

L'INSTITUT DANOIS
DES DROITS
DE L'HOMME

Rupture du lien matrimonial,
pluralisme juridique
et droits des femmes
en Afrique de l'Ouest
francophone

Stéphanie Lagoutte

avec la participation de
Abraham Bengaly (Mali),
Boukar Youra (Niger)
et Papa Talla Fall (Sénégal)

Bamako, Niamey, Dakar et Copenhague

2014

Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone

*Stéphanie Lagoutte (dir.)
avec la participation de Abraham Bengaly (Mali),
Boukar Youra (Niger) et Papa Talla Fall (Sénégal)*

Institut danois des droits de l'homme
Bamako, Dakar, Niamey et Copenhague
2014

**Rupture du lien matrimonial,
pluralisme juridique et droits des femmes
en Afrique de l'Ouest francophone**

*Stéphanie Lagoutte (dir.)
avec la participation de Abraham Bengaly (Mali),
Boukar Youra (Niger) et Papa Talla Fall (Sénégal)*

Institut danois des droits de l'homme
Bamako, Dakar, Niamey et Copenhague
2014

Titre : Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone

Auteurs : Stéphanie Lagoutte (dir.), Abraham Bengaly, Boukar Youra, Papa Talla Fall et Monique Alexis

ISBN: 978-87-91836-92-3

EAN 9788791836923

Composition et impression: CREA PUB (Mr. Delessi Traoré) – Bamako - Mali

© 2014 Institut danois des droits de l'homme

Wilder Plads 8K

DK - 1403 Copenhagen K

Tél. : +45 3269 8888

www.humanrights.dk

Le présent document peut être reproduit, intégralement ou partiellement, à condition que l'auteur et la source soient cités.

SOMMAIRE

Remerciements.....	5
Liste des abréviations	6
Introduction : Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes	7
Partie 1 – Le Mali	21
Partie 2 – Le Niger	41
Partie 3 – Le Sénégal	61
Conclusions et propositions	84
Bibliographie consolidée	88

REMERCIEMENTS

Ce projet de recherche régional a reçu l'appui scientifique et financier de l'Institut Danois des Droits de l'homme (IDDH) à Copenhague, en partenariat avec l'Institut des Droits de l'homme et de la Paix (IDHP) de l'Université Cheik Anta Diop à Dakar. Le professeur Amsatou Sow SIDIBE de l'IDHP a inspiré cette recherche qui est avant tout le résultat du travail d'un réseau régional d'une douzaine de chercheurs du Burkina Faso, du Mali, du Niger et du Sénégal, coordonné par Stéphanie LAGOUTTE, chercheur à l'IDDH avec l'appui de Monique ALEXIS et de l'équipe Afrique de l'ouest de l'IDDH.

L'objectif du projet était de documenter et analyser les problèmes rencontrés lors de la rupture du lien matrimonial et explorer les solutions juridiques et non juridiques permettant une meilleure protection des droits dans le contexte familial. Le projet avait aussi pour but de développer les capacités de l'équipe de chercheurs en terme de conception d'un projet de recherche, de méthodologie et de réalisation d'une étude documentée et objective.

D'éminentes personnalités universitaires, telles que le professeur Abdoul Aziz KEBE, chef du département Arabe de l'Université Cheik Anta Diop à Dakar, le professeur Abdoullah Cisse de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis et le professeur Tidjani ALOU, doyen de la Faculté des sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni de Niamey ont enrichi les discussions et les débats avec les équipes de chercheurs à différentes phases du processus.

LISTE DES ABREVIATIONS

DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
CA	Cour d'appel
CADHP	Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
CEDEF	Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes
CMT	Code du mariage et de la tutelle (Mali)
CPF	Code des personnes et de la famille (Mali)
FCFA	Francs CFA
FSEJ	Faculté des sciences économiques et juridiques
IDDH	Institut danois des droits de l'homme (Copenhague, Danemark)
IDHP	Institut des droits de l'homme et de la paix (Dakar, Sénégal)
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
TD	Tribunal départemental (Sénégal)
TDHC	Tribunal départemental hors cadre (Dakar, Sénégal)
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
UCAD	Université Cheik Anta Diop (Dakar, Sénégal)

INTRODUCTION

Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes

Par Stéphanie Lagoutte¹

Depuis quelques années, une équipe de juristes, chercheurs confirmés, jeunes universitaires et praticiens du droit d'Afrique de l'Ouest francophone s'est engagée dans une exploration de la question délicate de la situation juridique des femmes au moment du divorce. Notre questionnement a évolué et s'est ramifié au fil de l'avancée de nos recherches, rencontres et discussions. Ce processus a abouti à la publication en janvier 2014 de trois études portant respectivement sur le Mali, le Niger et le Sénégal. Cette publication régionale est l'aboutissement, à ce jour, de nos travaux. Elle présente une version courte des trois études nationales ainsi que quelques pistes communes de réflexion que nous avons tenté d'en dégager.

Le but de ce chapitre introductif est de retracer les méandres du voyage intellectuel qui de Niamey à Dakar, en passant par Ouagadougou, Cotonou, Bamako et Copenhague, nous a permis de réfléchir sur le contexte très complexe du divorce en Afrique de l'Ouest francophone. Nous avons ainsi pu envisager les défis posés par le pluralisme juridique formel et informel qui existe dans cette région ainsi que sur la nécessité de protéger les droits des femmes dans ces situations très difficiles. Dans un même temps, nous avons aussi approfondi notre réflexion sur les aspects méthodologiques et pratiques du développement de notre projet de recherche. Nous avons envisagé, de manière pragmatique, les limites inhérentes à ce projet et nous nous sommes heurtés à de nombreuses difficultés en terme d'accès aux sources pertinentes. Enfin, nous avons pu réfléchir et échanger sur ce que la recherche et les chercheurs peuvent apporter pour éclairer des sujets et débats sociétaux, religieux et politiques souvent très sensibles.

Genèse du projet

L'idée de ce projet a germé au Niger où un petit groupe de chercheurs de la Faculté des Sciences Economiques et Juridiques (FSEJ) de Niamey travaillait sur différents défis liés au droit de la famille, aux droits humains et au pluralisme juridique. Lors de rencontres de chercheurs², les présentations et discussions ont montré que les contextes des pays sahéliens partageaient plusieurs traits communs : un pluralisme juridique plus ou moins reconnu et formalisé, une grande sensibilité politique, religieuse et sociale

¹ Chercheuse à l'Institut danois des droits de l'homme (IDDH) et coordinatrice scientifique du projet « Protection de la famille lors de la dissolution du mariage en Afrique de l'Ouest ».

² Colloques organisés au Niger, rencontres de chercheurs dans la région (Ouagadougou, 2007) et à l'IDDH au Danemark (dans le cadre du programme de partenariat de recherche de l'IDDH).

autour du sujet du divorce et peu de points d'entrée pour les droits humains dans la sphère de la famille, que ce soit en droit ou en pratique.

L'Institut Danois des Droits de l'Homme (IDDH) a donc initié, en partenariat avec des chercheurs africains, le projet de recherche sous régional « Protection de la famille lors de la dissolution du mariage en Afrique de l'Ouest ». L'objectif de ce projet était dès l'origine de documenter et analyser les problèmes rencontrés par les femmes en situation de divorce dans la région et explorer les solutions juridiques et non juridiques permettant une meilleure protection des droits dans le contexte familial. Un réseau de chercheurs s'est constitué progressivement englobant de manière plus ou moins formelle des chercheurs du Bénin, Burkina Faso, Mali, Niger et Sénégal. L'Institut des droits de l'homme et de la paix de l'Université Cheik Anta Diop (UCAD) de Dakar a été formellement associé à ce projet pour pouvoir ancrer nos travaux de recherche dans une institution à vocation régionale et bénéficier de surcroît des compétences de sa directrice, le Professeur Amsatou Sow SIDIBE, spécialiste du pluralisme juridique en matière familiale³.

Nous nous sommes d'abord attachés à dessiner les contours d'un projet qui prendrait comme point de départ les difficultés juridiques et sociales auxquelles les femmes semblaient être confrontées en cas de divorce. Il s'agissait donc d'identifier ces difficultés et d'envisager comment assurer une meilleure protection des droits des femmes.

Au cours des recherches menées par le groupe et lors des entretiens de terrain et réunions de restitution avec les acteurs concernés au niveau de chaque pays, il est néanmoins très rapidement apparu que la question du pluralisme juridique et normatif se trouve au centre de toutes les discussions : De quel divorce parlons-nous ? Et de quel mariage ? Quel droit, quelle coutume, quelle norme s'applique ? Ainsi, avant même d'envisager les problèmes auxquels les femmes sont confrontées, il a fallu clarifier et tenter de documenter les différentes situations juridiques et pratiques en question.

Ce travail de clarification et de documentation a été suivi d'un travail d'analyse, lequel a permis la publication de trois études nationales. Chaque étude envisage une typologie des divorces formels et informels avant d'identifier un certain nombre des difficultés auxquelles les femmes sont confrontées, principalement en termes de causes et d'effets du divorce. Loin d'être exhaustives, ces études représentent le commencement d'un travail scientifique, objectif et documenté sur le divorce dans les pays concernés. Nous avons choisi de les regrouper ici dans une publication commune qui met à jour ces situations juridiques et pratiques complexes et tente de commencer à brosser un tableau des défis communs aux trois pays de la région en matière d'accès des femmes à des divorces plus équitables.

³ Professeur Amsatou Sow SIDIBE est l'auteur de l'ouvrage *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*. Paris : LGDJ, 1991.

Complexité de la situation : Enjeux et difficultés communs aux pays concernés

Les pays concernés par le projet possèdent un certain nombre de traits communs, qu'il s'agisse du droit applicable au divorce, des traditions et coutumes revendiquées et appliquées par la population ou bien encore des relations plus ou moins formalisées entre le droit et les normes coutumières, ainsi qu'entre les autorités civiles et traditionnelles qui les appliquent.

Au niveau juridique formel, les pays d'Afrique de l'Ouest francophone possèdent tous une constitution proclamant la liberté, l'égalité et les droits humains de tous ainsi que le respect des obligations internationales en matière de droits humains. Le mariage et le divorce y sont régis par des codes de la famille souvent⁴ calqués sur un modèle français inadéquat et aujourd'hui dépassé tant au regard du contexte local qu'au niveau des instruments internationaux relatifs aux droits humains. Quoi qu'il en soit, cette situation juridique n'a en pratique quasiment aucun impact vu le peu de recours de la population aux autorités civiles (état-civil, tribunaux), même de proximité, pour régler les affaires familiales. En effet, les pays concernés par cette publication se caractérisent, encore aujourd'hui - avec des variations d'un pays et d'une région à l'autre - par une forte adhésion de la population à ses coutumes et par une préférence marquée pour les règlements intrafamiliaux des conflits entre époux.

Dans ce contexte traditionnel⁵, le mariage est considéré comme une nécessité sociale pour tous et le divorce est une catastrophe pour la femme (qu'elle soit répudiée ou qu'elle quitte son mari), pour sa famille et pour la communauté dans laquelle elle vit. Le divorce est donc un sujet difficile, honteux et tabou. Aux difficultés sociales rencontrées par les femmes s'ajoutent des situations de précarité économique très accentuée pour les femmes qui se retrouvent dans une situation de grande vulnérabilité en cas de divorce. En quittant leur foyer, elles se retrouvent souvent aussi privées de leur moyen de subsistances (mari, lopin de terre, petit commerce exercé à partir de la maison) et, dans certains cas, de leurs enfants. Mariées de manière coutumière, elles divorcent le plus souvent de cette manière aussi, répudiées par leur mari ou plus rarement en quittant le foyer conjugal. Le recours au juge civil n'est dans la plupart des cas pas une option, et même dans un tel cas, le parcours judiciaire est jonché d'obstacles et entraîne un coup financier important.

L'interaction entre droit civil et coutumes prend des formes variées. Les mariages coutumiers peuvent dans certains pays être régularisés, parfois même au moment de demander un divorce civil⁶, alors que dans d'autres pays ils sont ignorés par le droit.⁷ De la même manière, les répudiations sont dans

⁴ La situation du Sénégal est assez différente puisque le pays s'est pourvu d'un Code de la famille ambitieux en 1973, voir la partie sur le Sénégal. Le Mali a aussi un Code de la famille dont l'application est aléatoire puisque promulgué à la veille du coup d'Etat de 2012.

⁵ Le terme « contexte traditionnel » est utilisé par les auteurs des trois études de cet ouvrage. Il recouvre de manière générale les contextes informels, ruraux et parfois urbains, où les normes familiales informelles ou coutumières s'appliquent.

⁶ Voir la situation au Sénégal.

⁷ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes demande que les Etats parties rendent obligatoire l'enregistrement des mariages coutumiers ou religieux. Néanmoins, le Comité considère que les personnes n'ayant pu faire inscrire leur mariage sur un registre officiel ne doivent pas être pénalisées, notamment si c'est le manque d'infrastructure, d'information ou d'instruction qui les en a empêchés, voir Recommandation générale n° 29 sur l'article 16 (2013) : Conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution, CEDAW/C/GC/29, para. 25-26.

certain cas constatées – plus ou moins directement – par le juge civil et leurs effets encadrés. Dans d'autres cas, la répudiation informelle par l'homme peut se transformer en divorce civil aux torts partagés, voire aux torts de la femme. Elle peut aussi être interdite et son prononcé par le mari considéré comme une cause de divorce. Dans cet enchevêtrement de situations, une pluralité d'autorités intervient : chefs traditionnels, autorités civiles et judiciaires, assesseurs coutumiers dans les tribunaux et chefs religieux, imams, marabouts ou associations religieuses organisées. Ainsi, la place de l'islam dans les affaires matrimoniales et de divorce est aussi un trait commun aux pays concernés par cette étude. Il apparaît que, dans l'immense majorité des cas⁸, les pratiques islamiques du divorce sont le fonds commun de la plupart des différentes coutumes dans les trois pays étudiés. Ici encore, il existe une grande confusion sur les normes coutumières, religieuses/musulmanes et civiles applicables au mariage, aux relations entre époux et au divorce.

Il est remarquable aussi de constater qu'il existe dans ces pays peu de points d'entrée des droits humains dans la sphère de la famille, que ce soit en droit ou en pratique : de manière générale, les juges connaissent mal les standards nationaux et internationaux de droits humains ainsi que les engagements internationaux et régionaux pris par leurs Etats respectifs. Même s'ils les connaissent, l'analyse de la jurisprudence montre qu'ils ne les appliquent pas. Quant aux personnes concernées, elles ne connaissent peu ou pas leurs droits et elles ne vont pas vers les institutions ou les associations qui pourraient éventuellement, et dans la limite de leurs ressources souvent limitées, les aider.

Enfin, il faut observer que le contexte politique n'est pas propice à des débats apaisés et objectifs sur un sujet qui touche à des domaines aussi sensibles que la place de la famille dans la société, le mariage et le divorce, la mise en œuvre des droits humains au niveau national et le rôle de l'islam et des organisations islamiques dans la société. Deux des Etats concernés, le Mali et le Niger, sont aussi touchés par des problèmes graves liés à la présence de mouvements islamistes radicaux et de groupes terroristes sur leur territoire⁹ et à une montée générale d'un islam nouveau souvent perçu comme exogène dans la société. Dans ce contexte particulièrement sensible, chaque tentative de réformer le droit de la famille devient un énorme enjeu politique et un facteur de déstabilisation pour le pouvoir en place.

Cadre juridique des droits humains

Le cadre juridique des droits humains est pourtant en place dans les pays concernés par cette étude qui ont tous adopté les principaux instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme¹⁰. Ces instruments protègent, entre autres, les droits fondamentaux des personnes concernées

⁸ La situation est différente pour les minorités chrétiennes, catholiques et protestantes, pour lesquelles le recours à un mariage civil et un divorce est plus commun en l'absence d'une absorption des règles canoniques par la coutume, comme on le voit dans le cas de la Charia.

⁹ Rappelons simplement ici l'invasion du nord Mali par ces groupes qui ont instauré la Charia suite au coup d'Etat de mars 2012 (jusqu'en janvier 2013); le Niger est quant à lui pris en étau entre ces groupes armés au nord et la secte Boko Haram au sud (nord du Nigéria). Pour des informations le Mali, voir le rapport mondial de Human Rights Watch sur la situation au Mali en 2013, publié en janvier 2014 (<http://www.hrw.org/fr/world-report/2014/country-chapters/122044>); voir aussi : Crimes de guerre au Nord Mali, rapport de la FIDH et de l'AMDH, juillet 2012 (<http://www.fidh.org/fr/afrique/mali/Crimes-de-guerre-au-Nord-Mali>).

¹⁰ Seul le Niger a ratifié la CEDEF avec des réserves et n'a pas ratifié le Protocole de Maputo. Voir infra sur les réserves à la CEDEF.

au moment du divorce. Il s'agit notamment de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)¹¹, des deux pactes internationaux de 1966 relatifs, d'une part, aux droits civils et politiques (PIDCP)¹² et, d'autre part, aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)¹³, de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP)¹⁴, de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)¹⁵, de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (CADBE)¹⁶, de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF)¹⁷, de la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages¹⁸ et du Protocole relatif à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits de la femme appelé Protocole de Maputo¹⁹.

Dès 1948, la DUDH proclame que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat »²⁰. Cette disposition proclame aussi le droit de se marier et de fonder une famille ainsi que le principe du libre consentement des époux et l'interdiction des discriminations entre les époux : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, [...] ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». L'article 23, alinéa 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 stipule que : « Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire »²¹.

La femme et l'enfant font partie des catégories de personnes vulnérables auxquelles le droit international des droits de l'Homme accorde une attention particulière. Ainsi, la Convention de 1979 pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) dispose que « Les

¹¹ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948. Dans la première constitution du 22 septembre 1960, le Mali proclame son adhésion à la DUDH.

¹² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966. Mali : adhésion le 16 juillet 1974 ; Niger : 7 mars 1986 ; Sénégal : 13 février 1978.

¹³ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966. Mali : adhésion le 16 juillet 1974 ; Niger : 7 mars 1986 ; Sénégal : 13 février 1978.

¹⁴ Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples, 27 juin 1981. Mali : adhésion le 22 janvier 1982 ; Niger : 15 juillet 1986 ; Sénégal : 15 juin 1982.

¹⁵ Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989. Mali : adhésion le 20 septembre 1990 ; Niger : 30 septembre 1990 ; Sénégal : 31 juillet 1990.

¹⁶ Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, juillet 1990. Mali : adhésion le 3 juin 1998 ; Niger : 11 décembre 1999 ; Sénégal : 29 septembre 1998.

¹⁷ Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, 18 décembre 1979. Mali : adhésion le 10 septembre 1985 ; Niger : 8 octobre 1999 ; Sénégal : 5 février 1985.

¹⁸ Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, 10 décembre 1962. Mali : adhésion le 19 août 1964 ; Niger : 1^{er} décembre 1964 ; pas signée par le Sénégal.

¹⁹ Protocole relatif à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits de la femme (Protocole de Maputo), juillet 2003. Mali : ratifié le 13 janvier 2005 ; Niger : signé le 6 juillet 2004, mais pas ratifié ; Sénégal : 27 décembre 2004.

²⁰ Article 16. 3 de la DUDH.

²¹ Voir aussi : article 18.1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) du 27 juin 1981. Sur toutes ces dispositions, voir commentaire en anglais sur l'article 16 de la DUDH par Stéphanie LAGOUTTE et Ágúst Thór ÁRNASON: Article 16, in: Gudmundur ALFREDSSON et Asbjørn EIDE (red.): *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*. La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 325-357.

États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes »²². Plus particulièrement, la CEDEF précise que les États parties doivent prendre « toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux »²³. De la même manière, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) dispose que « L'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales »²⁴.

Les réserves à la CEDEF

En ce qui concerne la CEDEF, il faut noter que si les trois pays concernés par cet ouvrage ont signé et ratifié cette Convention, le Niger l'a fait avec des réserves qui soulèvent la question plus générale des réserves dites religieuses ou culturelles. Cette question préoccupe beaucoup le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et certains Etats parties à la Convention qui s'opposent depuis de nombreuses années à ce qu'ils considèrent comme une pratique vidant la CEDEF de son sens et son contenu²⁵.

Aux termes de l'article 28.2 de la Convention, les réserves qui vont à l'encontre du principe d'égalité entre hommes et femmes sont proscrites. Ainsi poser une réserve à l'encontre de l'article 2 de la CEDEF qui engage les Etats à adopter toutes les mesures appropriées pour « modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes » équivaut à remettre en cause le principe même de non-discrimination à l'égard des femmes. Il faut noter que l'article 16, qui vise une égalité entre l'homme et la femme dans le cadre du mariage ou de l'ensemble des rapports familiaux, est l'article le plus contesté de la Convention.

²² Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF), 18 décembre 1979, article 2. Cet article est repris à l'article 2 du Protocole à CADHP relatif aux droits des femmes, Protocole de Maputo, du 11 juillet 2003. L'expression discrimination contre la femme inclut toute sorte de distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe ayant « pour objectif ou pour résultat, la limitation ou la privation, pour la femme, de la reconnaissance, jouissance ou le libre exercice indépendamment de son état civil, sur la base de l'égalité entre homme et femme, des droits humains et des libertés fondamentales dans les sphères politique, économique, sociale, culturelle et civile » (CEDEF, article 1er).

²³ CEDEF, article 16.

²⁴ Article 18.3.

²⁵ Comité des droits de la femme, Recommandation générale n° 20 (1992) : réserves à l'égard de la Convention, publié dans la Compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traites, HRI\GEN\1\Rev.1 (1994). En ce qui concerne plus particulièrement l'article 16 de la CEDEF qui porte sur le mariage et les relations familiales, le Comité demande aussi aux Etats de retirer les réserves concernant cet article : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 21 (1994) : Egalité dans le mariage et les rapports familiaux, publié dans la Compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traites, HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), para 41-47. Voir aussi Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 29 sur l'article 16 (2013) : Conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution, CEDAW/C/GC/29, para. 54.

En effet, plus de 50% des Etats qui ont émis des réserves, en ont émis sur cet article²⁶.

Comme de nombreux autres pays, le Niger a émis plusieurs réserves à la CEDEF à l'égard des dispositions relatives aux rapports familiaux²⁷. Le Niger déclare que ces dispositions ne peuvent faire l'objet d'application immédiate en ce qu'elles sont « contraires aux coutumes et pratiques actuellement en vigueur, qui de par leur nature ne se modifient qu'au fil du temps et de l'évolution de la société, et ne sauraient, par conséquent, être abrogées d'autorité »²⁸. Les réserves émises par le Gouvernement du Niger ont entraîné le dépôt d'objections officielles par les gouvernements français et des Pays-Bas auprès du Secrétaire-Général. Selon eux, ces réserves, et en particulier celle portant sur l'article 2, sont manifestement contraires à l'objet et au but du traité et vident l'engagement de la République du Niger de tout contenu ; elles sont manifestement non autorisées par la Convention²⁹.

De plus, lors de son examen du Niger³⁰, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a exhorté le Niger « à intensifier son effort en vue de retirer dans un délai précis ses réserves »³¹ en rappelant que les réserves aux articles 2 et 16 sont contraires à l'objet et au but de la Convention. Le Comité ajoute, à juste titre, que le Niger « n'a pas formulé de réserves concernant d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, lesquels énoncent tous le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes et interdisent toute discrimination fondée sur le sexe »³². Par contre,

²⁶ Voir l'étude de Marsha A. FREEMAN : *Reservations to CEDAW : An Analysis for UNICEF*, Policy and Practice Discussion Paper, UNICEF, 2009 ; Hanna Beate SCHOEPP-SCHILLING, « Reservations to the CEDAW : An Unresolved Issue or (No) New Development », in Ineta ZIEMELE (ed.) : *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or reconciliation*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 3-39 ; Bouet-Devrière Sabine, *La question des réserves à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : les dangers d'une négation légitimée des droits de la femme*, Les Cahiers Rémois n 1, 1999, www.univ-reims.fr

²⁷ Notamment les alinéas d et f de l'article 2, l'article 5, alinéa a et l'article 16, alinéas c, e et g du paragraphe 1.

²⁸ Voir les réserves émises par le Gouvernement du Niger sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

²⁹ Communications déposées par la France (14 novembre 2000) et les Pays-Bas (6 décembre 2000) auprès du Secrétaire-Général, accessible sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Les Pays-Bas rappellent qu' « il est de l'intérêt commun des États que les traités auxquels ils ont décidé de devenir parties soient respectés, quant à leur objet et à leur but, par toutes les parties, et que celles-ci soient disposées à procéder à toute modification législative nécessaire pour s'acquitter de leurs obligations au titre des traités ».

²⁷ Notamment les alinéas d et f de l'article 2, l'article 5, alinéa a et l'article 16, alinéas c, e et g du paragraphe 1.

²⁸ Voir les réserves émises par le Gouvernement du Niger sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

²⁹ Communications déposées par la France (14 novembre 2000) et les Pays-Bas (6 décembre 2000) auprès du Secrétaire-Général, accessible sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Les Pays-Bas rappellent qu' « il est de l'intérêt commun des États que les traités auxquels ils ont décidé de devenir parties soient respectés, quant à leur objet et à leur but, par toutes les parties, et que celles-ci soient disposées à procéder à toute modification législative nécessaire pour s'acquitter de leurs obligations au titre des traités ».

³⁰ Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Niger, 11 juin 2007, CEDAW/C/NER/CO/2. Ces observations portent sur le rapport unique valant rapport initial et deuxième rapport périodique du Niger, CEDAW/C/NER1-2.

³¹ *Ibid.* para 10.

³² *Ibid.* para 9.

il faut rappeler que, plus récemment, le Niger n'a pas ratifié le Protocole de Maputo sur les droits de la femme qu'il a pourtant signé en 2004.

La discussion sur les réserves à la CEDEF ne doit pas occulter le fait qu'un examen des rapports périodiques des Etats présentés au Comité montre que dans certains États parties, qui n'ont pas émis de réserves à la Convention, certaines lois qui ont trait à la famille ne sont pas conformes aux dispositions de la Convention car elles prévoient encore de nombreuses mesures discriminatoires envers les femmes³³. Ainsi, l'absence de réserve lors de la ratification ou de l'adhésion de la CEDEF est loin de garantir une mise en œuvre de ses dispositions.

En effet, la discussion sur la validité ou non des réserves émises par le Niger est fort éloignée des préoccupations concrètes des personnes concernées sur le terrain, qu'il s'agisse des juges, des plaignants, de leurs avocats ou des acteurs intervenant au niveau des divorces informels. Néanmoins, elle témoigne, d'une part, des enjeux de politique nationale au Niger qui rendent difficile une levée de ces réserves ainsi que des débats plus généraux au sein de l'ONU sur les réserves nombreuses et à caractère général posées à la CEDEF. Cette discussion montre aussi qu'il existe encore et toujours un gouffre en matière d'élimination des discriminations à l'encontre des femmes entre les droits énoncés dans la CEDEF et promus par le Comité, les réalités sur le terrain et la volonté de certains gouvernements. Cela dit, on peut aussi considérer les réserves du Niger comme la manifestation d'une approche pragmatique quant à la réalité d'une mise en œuvre des dispositions de la CEDEF dans un pays où les coutumes restent la source normative principale en matière de rapports familiaux et où les juridictions civiles doivent se charger de l'application de ces coutumes³⁴. Cette approche pragmatique n'exclut pas une évolution des pratiques traditionnelles en matière de mariage et de divorce en vue d'une mise en conformité de ces pratiques avec le principe d'égalité énoncé par la Constitution du Niger et les instruments internationaux dument ratifiés.

La place du divorce dans les instruments internationaux de droits humains

Les différents textes évoqués consacrent des principes et des règles applicables aux rapports familiaux dont la dissolution du mariage et donc le divorce. De manière générale, ils mettent à la charge de l'État trois obligations : 1) l'obligation de respecter les droits qui requiert de l'État de s'abstenir d'intervenir dans la jouissance des droits ; 2) l'obligation de protection qui impose à l'État de prévenir et de sanctionner toute violation de ces droits par les tiers ; et 3) l'obligation de réalisation qui implique que l'État adopte les mesures appropriées, notamment les mesures législatives, budgétaires et judiciaires nécessaires à la réalisation complète de ces droits. Ainsi la protection des époux au moment du divorce peut être assurée par un arsenal de mesures de nature diverse : adoption d'une législation adéquate, mise en place de juridictions accessibles à tous, développement de service d'information, de conseils et d'aides juridictionnelles ainsi que création de services sociaux compétents et financés de manière adéquate.

³³ Recommandation générale n° 21 (1994), précitée, para. 45 et 46.

³⁴ Voir Partie sur le Niger.

Deux grands principes consacrés par les instruments internationaux mentionnés ci-dessus régissent la rupture du lien matrimonial : la liberté et l'égalité (et son corollaire, la non-discrimination). Les principaux instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme, s'ils ne mentionnent pas directement un droit au divorce, envisagent la dissolution du mariage³⁵. Les auteurs s'accordent sur le fait que le principe de liberté consacre le droit pour chacun des époux de demander le divorce, ne serait-ce que dans le but d'exercer leur liberté de se marier : ainsi, la liberté de se marier implique l'exclusion du principe d'indissolubilité du mariage »³⁶. En tout état de cause, si le divorce est prévu en droit national, le principe d'égalité entre les époux doit être respecté³⁷. Celui-ci implique un droit égal pour l'homme et la femme se trouvant dans une relation de mariage d'en demander la dissolution.

Des éléments concrets ont été identifiés par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes qui s'est, entre autres, attaché à promouvoir les droits des femmes dans les rapports familiaux et donc au moment du divorce tant dans l'examen périodique des rapports étatiques présentés devant lui que dans deux recommandations générales de 1994 et 2013³⁸.

De manière préliminaire, il est pertinent de noter, dans notre contexte de pluralisme juridique, que le Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'encontre des femmes est par principe critique vis-à-vis de la multiplicité des systèmes de droit de la famille. Selon le Comité, dans de tels systèmes, les lois ou les coutumes (ou autres normes informelles), régissant le statut personnel, varient selon l'identité de l'individu, en fonction par exemple de son appartenance ethnique ou sa religion. C'est pourquoi le Comité demande aux Etats d'adopter sous forme écrite un code de la famille ou des lois relatives au statut personnel qui garantissent l'égalité des époux ou des concubins, indépendamment de leur appartenance religieuse ou ethnique ou du groupe dont ils font partie. En l'absence d'un tel instrument unifiant le droit de la famille, le Comité souligne qu'il est important que chacun puisse décider, à toutes les étapes de la relation (conclusion du mariage, pendant le mariage et en cas de dissolution), si c'est la loi religieuse, la coutume ou le droit civil qui s'applique. Toutes ces normes formelles ou informelles doivent être pleinement conformes au principe fondamental de l'égalité entre hommes et femmes³⁹.

Nous verrons que même si la possibilité d'opter pour un régime de droit civil existe dans les trois pays, les recherches sur le terrain ont montré qu'en particulier au Mali et au Niger, cette possibilité ne trouve quasiment aucun écho dans la population. Ainsi les normes applicables en matière de mariage et de divorce restent avant tout celles fondées sur des critères d'appartenance ethniques, indépendamment de l'existence d'un cadre juridique civil, plus ou moins satisfaisant nous le verrons, mais que la population ne s'est pas encore approprié.

³⁵ PIDCP, art. 3 ; CEDEF, art. 16 et Protocole de Maputo, art.7.

³⁶ Voir sur ce point, Boubacar HASSANE, « Prolégomènes à une éventuelle réforme du droit du divorce au Niger » in *Les droits de la femme et de l'enfant. Réflexions africaines*, dir. Stéphanie LAGOUTTE et Nina SVANEBOG, Paris, Editions Karthala, 2011, p. 139. Sur la permission ou l'interdiction du divorce, voir aussi LAGOUTTE & ARNASSON précité p.337.

³⁷ Le divorce est expressément mentionné dans l'Observation générale n° 19 sur l'article 23 du PIDCP adoptée par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies en 1990, HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

³⁸ Recommandation générale n° 29 (2013), précitée, para. 39-48. Voir aussi Recommandation générale n° 21 (1994), précitée.

³⁹ Voir Recommandation générale n° 29 (2013), précitée, para. 12-15.

Dans sa recommandation générale de 2013, le Comité s'est attaché aux conséquences économiques du divorce. Il considère que :

Les circonstances du divorce (faute ou torts imputés en tout ou partie à l'un des époux) ne doivent pas avoir d'impact quant aux obligations financières (pensions ou indemnisations) entre les époux.

L'octroi du divorce à la femme ne doit pas être soumis au remboursement par elle de la dot versée au moment du mariage.

Une aide juridique gratuite (frais de justice et honoraires des avocats) doit être accessible aux femmes.

Le régime de répartition des biens au moment du divorce doit être équitable, ce qui suppose que

- les femmes doivent avoir la capacité juridique de détenir et gérer des biens avant, pendant et après le mariage ;
- les femmes puissent choisir un régime matrimonial qui prévoit le partage des biens acquis pendant le mariage ;
- les contributions indirectes au revenu du ménage soient prises en compte lors de la séparation des biens.

Ainsi, selon le Comité des droits de la femme, tous ces éléments participent à la garantie par l'Etat d'une égalité formelle et réelle des hommes et des femmes au moment du divorce.

Questions principales et hypothèses de recherche

Face au cadre international et régional des droits humains en matière de mariage et de divorce applicable, en tout ou partie, dans les trois pays concernés par cette étude et à la proclamation des principes de liberté et d'égalité dans les constitutions⁴⁰, les questions que s'est posé le groupe de chercheurs se sont articulées autour de deux axes de recherche.

Tout d'abord, il s'agissait de déterminer le droit applicable au divorce avant de pouvoir envisager sa compatibilité avec le cadre international et régional des droits humains. Au cours des recherches préliminaires, il s'est en effet rapidement avéré que les divorces prenaient souvent la forme de ruptures coutumières (répudiation) de mariages eux-mêmes coutumiers, enregistrés ou non, auprès des autorités civiles. Les liens entre droit civil et normes coutumières étant très différents d'un pays à l'autre, il fallait donc tenter de mettre un peu d'ordre dans les différentes formes de divorce, avant de pouvoir envisager les difficultés rencontrées par les femmes suivant les différentes situations. Il

⁴⁰ Au Mali, la Constitution du 25 février 1992 proclame dans son article 2 que « tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée ». Le préambule de cette constitution fait référence à la « détermination à défendre les droits de la Femme ». Au Niger, plusieurs dispositions de la Constitution du 25 novembre 2010 proclament le principe d'égalité de tous devant la loi (Préambule, article 8 et 10) et son article 22 est consacré à l'élimination par l'Etat de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et de la jeune fille, au développement de politiques publiques assurant leur plein épanouissement et leur participation au développement national ainsi qu'à la prise de mesures par l'Etat de lutte contre les violences faites aux femmes et aux enfants. Au Sénégal, la Constitution du 7 janvier 2001 rappelle son attachement au principe d'égalité et de non-discrimination dans le préambule par « le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes, de l'injustice, des inégalités et des discriminations ». La Constitution assure dans son article 1^{er} l'égalité de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. L'article 7 alinéa 4 dispose que « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit ».

s'agissait ici avant tout d'un souci d'identification et de clarification des formes de divorce, du droit applicable au divorce étant donné la pluralité des sources juridiques en matière de statut personnel et des autorités formelles ou informelles intervenant dans ce domaine. Il fallait donc établir une topographie, la plus documentée possible, du divorce dans les trois pays. Cette topographie des divorces serait étroitement liée à une topographie des formes de mariages.

Ensuite, une fois les différentes situations juridiques et concrètes clarifiées, les chercheurs voulaient tenter de circonscrire les problèmes rencontrés par les femmes. Dès l'origine, des problèmes de deux natures se présentaient : des problèmes d'ordre pratique et concret (situation de vulnérabilité économique et sociale, contexte religieux et traditionnel) et des problèmes liés aux aspects juridiques du divorce (inadéquation du droit, prise en compte ou non des aspects coutumiers du mariage et du divorce par le droit civil, accès aux tribunaux, défaut d'information des femmes, manque de formation des juges, etc.) A ceci s'ajoutait la question de l'adéquation du cadre juridique national, de sa pratique par les tribunaux et des situations concrètes vécues par les femmes, aux principes de droits humains proclamés et reconnus dans les trois pays, concernés par l'étude. L'idée était donc ici d'identifier les droits risquant d'être compromis dans les différentes situations de divorce dans chaque pays.

Ces nombreuses questions appelaient des réponses à la fois juridiques et sociologiques ou anthropologiques puisqu'il apparaissait nécessaire de cerner à la fois le droit en vigueur, son application par les autorités judiciaires et les raisons du non recours à ce droit par les populations des trois pays. C'est en partant sur cette base très large qu'il a fallu ensuite développer une méthodologie adaptée à nos questions, mais aussi aux ressources financières et humaines à notre disposition.

Approche méthodologique

Dans le contexte complexe décrit plus haut, peu de travaux de recherche ont été menés sur la famille, le droit et les droits de l'homme, à l'exception du Sénégal où les universités et centres de recherches fonctionnent plutôt bien. Dans ce pays, quelques monographies ont été publiées sur la famille et les droits des femmes ainsi que des articles de doctrine juridique sur le droit de la famille. Au Niger, un petit groupe de chercheurs de la FSEJ a réalisé quelques travaux, dont certains ont été publiés. Au Mali, les sources doctrinales juridiques ou autres sont quasi-inexistantes. Néanmoins, comme dans les deux autres pays, les praticiens du droit les étudiants et certaines ONG s'intéressent au droit de la famille⁴¹.

Conscients des limites méthodologiques imposées par le fait que les chercheurs embarqués dans ce projet étaient tous des juristes, nous nous sommes attachés à répondre à quatre préoccupations principales :

- surmonter les difficultés d'accès aux sources formelles de droit (textes législatifs et surtout la jurisprudence des tribunaux qui n'est pratiquement jamais publiée ou même répertoriée) ;
- recueillir les témoignages des personnes concernées par les procédures de divorce pour comprendre les difficultés auxquelles elles sont confrontées ;

⁴¹ Voir la bibliographie consolidée à la fin de cet ouvrage ainsi que les notes de bas de pages dans les trois parties.

- trouver des moyens objectifs de documenter les aspects informels du divorce (mariage coutumier, répudiation etc.) ;
- maintenir un dialogue avec les acteurs concernés en les tenant informés du projet et en leur restituant les résultats préliminaires des travaux de recherche.

La méthodologie choisie par chaque équipe de chercheurs est décrite en détail dans chaque partie, mais l'on peut, en introduction, réfléchir à leurs points communs et aux difficultés auxquelles nous nous sommes heurtés.

En ce qui concerne l'accès à la jurisprudence, les trois équipes ont mené des collectes extensives de jugements des tribunaux d'instances et de première instance, ainsi que de documents y afférant⁴². Ces collectes ont eu lieu dans la capitale ainsi que dans des zones géographiques plus éloignées. Elles ont été préparées par les chercheurs du projet et des équipes d'enquêteurs, étudiants de maîtrise ou de thèse, qui se sont ensuite déplacés dans les juridictions. Dans certains cas, les enquêteurs ont eu accès aux décisions de justice mais sans pouvoir toujours les photocopier ou les retranscrire ; au Mali, par exemple, ils se sont heurtés aussi au refus de certains greffiers de leur montrer les jugements, même anonymisés. Il faut noter qu'au Sénégal les chercheurs ont pu avoir un accès direct aux décisions de justice.

Globalement, il ressort des développements méthodologiques des trois études que les trois équipes de chercheurs ont recueilli chacune quelques centaines de décisions dans une douzaine de juridictions. La masse des jugements recueillis est plus importante au Sénégal, où la population a plus souvent recours à des juridictions qui fonctionnent relativement mieux qu'au Mali et au Niger, où le peu de décisions recueillies est en soi représentatif de la situation dans ces deux pays. Enfin, les variations dans la qualité juridique des décisions rendues est elle aussi représentative des disparités entre régions et pays en matière de formation des juges et indirectement des juristes en général (avocats, cliniques juridiques).

Lors des visites de terrain, les enquêteurs maliens et nigériens se sont entretenus avec des juges, avocats et autres personnels de justice ainsi qu'avec des associations s'occupant des droits des femmes pour comprendre comment les affaires de divorce étaient perçues au niveau local. Lors de ces entretiens, ainsi qu'en parlant avec les chefs religieux et traditionnels, ils ont pu ainsi recueillir des informations sur les pratiques informelles du divorce ainsi que sur le rôle des chefs traditionnels et religieux et sur les liens entre les divorces coutumiers et les procédures civiles. Les chercheurs nigériens ont aussi choisi de faire des recherches auprès de l'Association Islamique du Niger (AIN) pour en comprendre le rôle grandissant en matière de divorce.

Le défi inhérent à la collecte de données de terrain dans le cadre d'un tel projet de recherche est de maintenir un équilibre entre exhaustivité et représentativité des données collectées. Il est clair que les chercheurs du projet n'avaient pas les ressources pour mener des entretiens qualitatifs sur une grande échelle permettant de documenter de manière sociologique ou anthropologique la pratique

⁴² Par exemple, procès-verbaux ou certificats de répudiation au Niger ou bien fonds de dossiers de divorce au Sénégal.

informelle du divorce dans les trois pays. C'est pourquoi l'accent principal a été mis sur la collecte des décisions, dont l'analyse a été complétée accessoirement par des entretiens qualitatifs ciblés visant à comprendre l'appréhension du système civil par les acteurs concernés et à prendre en compte, sans l'analyser en détail, la réalité des formes informelles de divorces. Pour compenser l'impossibilité de mener de grandes enquêtes de fond sur le terrain, les chercheurs ont aussi choisi d'associer un certain nombre d'acteurs-clefs à leurs travaux, à travers les entretiens de terrain bien sûr mais aussi grâce à un travail d'explication de leur démarche et des résultats obtenus⁴³.

Les trois études présentées dans cet ouvrage suivent la structure esquissée plus haut : une topographie des divorces pour comprendre la complexité des situations au niveau local suivie d'une analyse des causes et des effets juridiques du divorce tentant de mettre en exergue certains enjeux de protection des droits des femmes. Une courte conclusion commune regroupe les pistes de réflexions et les propositions que les chercheurs ont développées à la fin des études par pays. Elles viennent compléter et mettre en perspective les analyses des situations observées sur le terrain en tentant de lancer des pistes pour un débat plus apaisé et aussi constructif que possible.

⁴³ Chaque étude nationale a fait l'objet d'au moins une consultation lors d'un atelier de présentation du travail ainsi que de discussions de fond lors de rencontres à Dakar en 2008, 2011 et 2013. Ces rencontres regroupaient des chercheurs du Mali, Niger, Sénégal, Burkina Faso et Danemark ainsi que des représentants de l'IDHP/UCAD, du LASDEL de Niamey et de l'IDDH.

PARTIE 1 : MALI

*Cette partie est une version réduite et rédigée de l'étude sur le divorce au Mali produite sous la coordination du Dr Abraham BENGALY, Enseignant chercheur, avec Me Amadou Tiéoulé DIARRA, Avocat, Chargé d'enseignement, AG Mohamed AGUISSA, assistant chercheur, Ibrahima Amadou MAIGA, assistant chercheur, tous affiliés à la Faculté de droit, Université de Bamako, Mali.*⁴⁴

La notion de divorce est étroitement liée à la conception qu'une société se fait du mariage. La société malienne oscille entre deux conceptions du mariage, l'une individualiste et l'autre communautaire. Selon la première conception, le mariage se présente comme un moyen de favoriser l'épanouissement des individus ; en cas de mésentente, le divorce est une possibilité à la disposition des deux personnes. A l'opposé, la conception communautaire du mariage met l'accent sur les valeurs collectives, la stabilité et la permanence de la société : le mariage se présente comme une institution qui ne dépend pas uniquement de la volonté individuelle, mais est liée aux impératifs de la famille au sens large et de la société. Ces dimensions individuelles et sociales du mariage - et du divorce - se doublent d'enjeux politiques, religieux et culturels sur fond d'une grande précarité économique aggravée encore par le conflit au Nord du pays.

Au cours des dernières décennies, le divorce a pris de l'ampleur en République du Mali⁴⁵. Pourtant, le divorce n'est pas une institution nouvelle dans ce pays. On le retrouve avant l'indépendance sous une forme plus ou moins formalisée dans le statut personnel des maliens régi par le droit français et les coutumiers juridiques⁴⁶. A partir de 1962, le divorce civil est régi par le Code du Mariage et de la Tutelle⁴⁷ puis, depuis 2011, par le nouveau Code des Personnes et de la Famille⁴⁸, qui consacre pour la première fois le divorce par consentement mutuel des époux. Ces dispositions de droit civil coexistent en pratique avec différentes coutumes et traditions en la matière. Toutes ces normes, formelles et informelles, prévoient différents régimes de divorce (causes, effets) et différentes procédures.

Dans le droit coutumier, le mariage n'est pas considéré comme un contrat perpétuel et éternel. En effet, la coutume admet la dissolution du mariage. Il en va de même pour la majorité de la société malienne fortement islamisée qui a opté pour les règles du droit musulman inspiré du Coran qui

⁴⁴ Voir : BENGALY, Abraham et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Mali*. Bamako : Observatoire des droits humains et de la Paix et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

⁴⁵ Les organisations de défense des droits des femmes telles que l'APDF, Wildaf et les chefs religieux rencontrés lors des enquêtes entre juillet à décembre 2012 étaient unanimes sur ce point. Voir aussi : *Etude sur la problématique du divorce au Mali* réalisée par RECOFEM, mai 2012.

⁴⁶ *Les coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française de 1935*, Comité d'Etudes historiques et scientifiques de l'Afrique Occidentale Française, Tome 2, Paris : Editions Larose, 1939

⁴⁷ Loi N°62-17/AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle (CMT).

⁴⁸ Loi N°2011 – 087 du 30 décembre 2011 portant Code des Personnes et de la Famille (CPF). La promulgation de cette loi est intervenue quelques jours avant le début de la crise au Mali en janvier 2012. Certains juges continuent d'appliquer le CMT de 1962 par méconnaissance des nouvelles dispositions.

permet la dissolution du mariage sous certaines conditions. En revanche, la minorité chrétienne ne connaît pas dans son dogme le divorce. Pour ce qui est de la répudiation, coutumière ou musulmane⁴⁹, par laquelle le mari impose unilatéralement le divorce à son épouse, elle a été interdite par le Code du Mariage et de la Tutelle de 1962 ainsi que par le Code pénal⁵⁰.

Etant donné la pluralité des sources juridiques en matière de statut des personnes, cette étude sur le divorce au Mali veut donc éclairer la question du droit et des normes applicables au divorce. Il s'agit aussi de mettre en lumière plus particulièrement les défis, en termes de protection des droits humains, qui se posent aux femmes en cas de divorce.

Une phase préparatoire du projet de recherche a permis de mettre en place toutes les conditions nécessaires au démarrage de la mission sur le terrain. Elle a consisté en une revue documentaire des études antérieures, des mémoires disponibles auprès des établissements de recherche et des documents complémentaires collectés. En parallèle, une équipe d'enseignants-chercheurs de la Faculté de droit de Bamako et de praticiens du droit s'est attachée à développer les outils de collecte de données sur le terrain et à préparer les aspects logistiques et matériels de la mission tout en tenant compte des difficultés liées au conflit et à la situation sécuritaire dans le pays. Ainsi des décisions de justice ont été collectées dans les zones préalablement identifiées⁵¹ auprès des juridictions de première instance, la cour d'appel de Bamako et la Cour suprême. De plus, des interviews et enquêtes ont été réalisées sur le terrain auprès de personnes ressources et d'institutions et structures qui interviennent dans le domaine des droits des femmes. Enfin, les données sur le divorce de fait ont été collectées par le biais d'enquêtes auprès des groupes cibles ci-après : hommes et femmes divorcés, chefs religieux et traditionnels, leaders d'organisations de la société civile ainsi que des personnels judiciaires (juges, avocats, huissiers, greffiers). Les données ont été recueillies sur la base de guides d'entretien développés par le groupe de chercheurs. Dans l'objectif d'assurer une fiabilité des données brutes, nous avons souvent posé les mêmes questions, pour en croiser les réponses, aux différentes institutions et personnes ressources qui interviennent dans le domaine des droits des femmes.

L'analyse des données a porté sur les textes législatifs et réglementaires, les décisions de justice, les interviews, les témoignages, avis des personnes ressources, les articles de journaux, les mémoires, rapports et ouvrages disponibles. L'analyse doctrinale à travers l'exploitation des écrits en matière de divorce en droit malien est apparue très utile (articles, mémoires, actes des colloques, conférences, différentes études sur la question, la loi sur le Code de la famille et toutes les discussions qui ont précédé son élaboration et son adoption), même si les sources disponibles sont en fin de compte peu nombreuses⁵².

Nous avons regroupé l'analyse de ces données en quatre parties : une typologie du divorce au Mali (1), l'accès au divorce (2), les causes du divorce (3) et les effets du divorce (4).

⁴⁹ Nous verrons que coutume et religion musulmane sont souvent étroitement liées.

⁵⁰ Selon les dispositions de l'article 58 du CMT la répudiation est interdite. La répudiation prononcée en violation de l'interdiction qui précède, dispense la femme de ses devoirs. L'article 184 du Code Pénal malien interdit la répudiation qu'il sanctionne d'une peine d'emprisonnement de 15 jours à 3 mois et/ou d'une amende de 20.000 à 120.000 F CFA.

⁵¹ Kayes, Sikasso, Ségou, Kati et Bamako.

⁵² Dans la version longue de l'étude consacrée au Mali, nous avons illustré notre analyse en ayant recours à des cas illustratifs, basés sur des faits réels relatés lors des entretiens avec les personnes ressources.

1. TYPOLOGIE DU DIVORCE

Avant l'indépendance, le mariage et la famille étaient essentiellement régis par les coutumes⁵³ et quelques textes épars. Il existait une pluralité de règles applicables au divorce. Depuis 1962, un Code de la famille est en vigueur, mais en pratique, le divorce est toujours marqué par ce pluralisme normatif. Ainsi, plusieurs systèmes normatifs coexistent au Mali en matière de dissolution de l'union conjugale : divorce judiciaire (1.1), divorce religieux (1.2) et divorce coutumier (1.3).

1.1. Le divorce judiciaire

Dès l'accession à l'indépendance, le Mali s'est doté d'un Code du mariage et de la tutelle (CMT)⁵⁴ qui subira plusieurs modifications⁵⁵. Avec l'évolution de la société malienne, la législation régissant ces droits, bien que révolutionnaire en son temps, est devenue inadaptée aux réalités et parfois contraire aux traités, conventions et accords internationaux ratifiés par le Mali⁵⁶. En 2011, le nouveau Code des Personnes et de la Famille (CPF) est entré en vigueur⁵⁷.

Selon le CPF, c'est le juge ou le tribunal qui prononce le divorce. L'action en divorce est soumise aux règles générales qui gouvernent les actions en justice. Compte tenu de son caractère essentiellement personnel, seuls les époux ont qualité pour agir en divorce, dans les cas prévus par la loi. L'action ne peut être intentée à la place de l'époux ni par ses créanciers, ni par ses héritiers. La qualité d'époux est exigée non seulement au moment de l'introduction de la demande, mais aussi tout au long du procès jusqu'à ce que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit à l'abri de tout recours.

1.2. Le divorce religieux

Au Mali coexistent trois religions monothéistes : la religion musulmane, qui est la religion de la très grande majorité des maliens, la religion catholique et la religion protestante.⁵⁸

Dans la religion musulmane, le mariage représente à la fois la consécration divine et le contrat civil conclu entre un homme et une femme. Les futurs époux s'engagent librement en présence de l'imam et devant au moins deux témoins, à vivre ensemble comme mari et femme pour fonder une famille,

⁵³ *Les coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française*, précité.

⁵⁴ Loi N°62-17/AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle.

⁵⁵ Ainsi, les règles relatives au consentement au mariage et à la monogamie ont été modifiées par la Loi N°6319/AN-RM du 25 janvier 1963. Les règles relatives à la tutelle ont été modifiées et complétées par l'ordonnance N°26/CMLN du 10 mars 1975. L'ordonnance N°73-36 du 31 juillet 1973 portant Code de la parenté a complété le Code du mariage et de la tutelle. S'agissant de l'état civil, la Loi N°68-14/AN-RM du 17 février 1968 portant organisation de l'état civil a été abrogée et remplacée par la Loi N°87-27AN-RM du 16 mars 1987 régissant l'état civil, elle-même complétée par la Loi N°88-37/AN-RM du 08 février 1988. Ces textes furent à leur tour abrogés et remplacés par la Loi N°06-04 du 28 juin 2006 régissant l'état civil.

⁵⁶ Les insuffisances de cette loi étaient perceptibles surtout en matière de successions, de donations et de protection des incapables.

⁵⁷ Loi N°2011 – 087 du 30 décembre 2011 portant Code des Personnes et de la Famille (CPF).

⁵⁸ Voir aussi les développements sur l'influence de la religion, *infra*.

dans l'amour et la protection mutuelle. Tout en affirmant que le contrat conclu par les époux le jour du mariage a pour objectif de durer à l'infini, l'islam accepte qu'un couple en crise puisse demander le divorce. Ainsi, même si on a coutume de dire en islam « que le divorce est parmi les choses permises par Dieu, la plus détestée », la procédure de divorce est encadrée et acceptée⁵⁹. La sourate 65 du Coran parle du divorce en 12 versets. Dès le premier verset on parle de répudiation s'agissant du divorce ; le Coran assimile donc la répudiation au divorce. En matière de répudiation, l'homme est le seul initiateur de la rupture : il lui suffit de prononcer ouvertement « Je ne veux plus de toi comme épouse » et le divorce est consommé. Il peut aussi revenir à sa convenance sur cette décision. Ainsi, selon certains érudits⁶⁰, mis à part quelques cas exceptionnels, le sort d'un mariage dépend toujours de l'époux. Selon le Coran, le divorce ne peut être envisagé qu'au terme de tentatives de réconciliation. Le verset 1 de la sourate 65 dit : « O prophète ! Ne répudiez vos femmes qu'au terme marqué ; comptez les jours exactement. Avant ce temps vous ne pouvez ni les chasser de vos maisons ni les en laisser sortir à moins qu'elles n'aient commis un adultère prouvé. Tels sont les préceptes de Dieu. Celui qui les transgresse perd son âme. Vous ne savez pas si Dieu ne fera pas surgir une circonstance qui vous réconciliera avec elles ». La séparation des corps est donc obligatoire mais n'entraîne pas *ipso facto* cessation des devoirs d'époux, exceptée l'obligation sexuelle. Le maximum de cette séparation est de trois mois au terme desquels s'il n'y a pas de réconciliation, le divorce est acquis et la femme recouvre sa liberté.

Pour les catholiques, le mariage est un sacrement. Il crée un lien sacré entre les époux qui engage pour toute la vie : « ce que Dieu a uni, l'homme ne doit pas le séparer », dit l'Évangile⁶¹. Autrement dit, les liens du mariage religieux ne peuvent pas être rompus. L'Église accepte malgré tout qu'un couple marié religieusement soit amené à se séparer ou même à divorcer civilement. Même si le fait de vivre séparé de son conjoint n'est plus un péché ni un motif d'exclusion (excommunication), l'Église ne permet pas le remariage religieux d'un époux divorcé puisqu'il est impossible de rompre le lien sacré du mariage pour célébrer un second mariage. Cette position a pour conséquence directe de priver du mariage religieux le chrétien baptisé qui souhaite épouser une personne divorcée. En principe, il n'exclut néanmoins en rien un remariage civil.

En ce qui concerne les protestants, c'est le mariage civil qui est surtout reconnu comme valable et suffisant. Se marier au temple n'a pas la même intensité solennelle que pour les catholiques ou les orthodoxes. Au cours de la cérémonie, les époux échangent leurs promesses de fidélité, amour, vérité, puis le pasteur bénit leur union. Il s'agit donc d'une simple bénédiction car le mariage n'est pas considéré comme un sacrement. En cas de discorde dans un couple, l'Église protestante proposera aide et soutien aux époux en vue d'obtenir leur réconciliation. Si toutes les tentatives échouent, l'Église protestante reconnaît l'échec de l'union et accepte le divorce des époux. Elle accepte aussi la possibilité de bénir une nouvelle union suite à l'autorisation à la commission synodale compétente qui examinera leur dossier⁶².

⁵⁹ Selon l'entretien qui a eu lieu au mois de septembre 2012, avec l'Imam Oumar BARRO représentant du Haut conseil islamique à Kayes.

⁶⁰ Voir entretien avec l'Imam Oumar BARRO de Kayes rencontré lors de l'enquête réalisée en septembre 2012.

⁶¹ Évangile selon Marc 10, 2-16.

⁶² Interview du Prêtre Abbé CAMARA de la Paroisse catholique de Kayes, septembre 2012.

1.3. Le divorce coutumier

La plupart des mariages en milieu rural ne sont pas célébrés devant l'officier d'état civil, mais dans un vestibule où la réunion des notables fait office de mairie. On ne demande pas le consentement des époux ; cela n'est pas nécessaire, pourvu que les familles se mettent d'accord. Le choix du futur conjoint se fait méticuleusement par les familles afin de donner au futur foyer une assise sûre et solide sous le regard vigilant des ascendants. Ainsi de nombreux mariages célébrés selon les coutumes et les traditions des différentes ethnies ignorent la loi (consentement des époux, par exemple) pourtant appelée à régler leurs effets.

Le divorce traditionnel est source de tensions sociales et parfois de heurts entre personnes et entre clans. Un chercheur notait il y a plusieurs décennies : « chez les bambara et les malinkés, le divorce était autrefois rare, étant perçu comme un acte déshonorant. Beaucoup de vieillards n'acceptaient pas assister aux palabres de divorce qui se tenait à l'extérieur du village »⁶³. De nombreux témoignages recueillis pendant nos enquêtes de terrain auprès de personnes âgées dans les régions de Ségou abondent dans le même sens. Le divorce est, en milieu traditionnel, un acte très grave. Autrefois, les divorcés faisaient la honte de leur famille et pouvaient dans certains cas être rejetés par leur clan. Il nous a été rapporté que dans le milieu bambara, « l'arbre sous lequel le divorce était prononcé mourrait deux ans après ». Toute famille dans laquelle intervenaient deux ou trois divorces était disgraciée et il lui était difficile de trouver un époux ou une épouse selon le cas. Ces familles étaient alors étiquetées pour leur légèreté et le non-respect de la parole donnée, « Mogo sébè duw tè »⁶⁴.

Ainsi, en milieu traditionnel, tout est mis en œuvre pour ne pas en venir au divorce sauf pour les causes exceptionnellement graves : injures⁶⁵, infidélité et impuissance du conjoint. En tout état de cause, le divorce intervient généralement après une longue procédure très lente, sauf dans les cas d'injures graves qui peuvent faire l'objet d'une procédure accélérée. Il faut noter que l'impuissance de l'homme n'entraîne pas toujours le divorce, la famille pouvant trouver une alternative consistant à créer un lien entre l'épouse et un homme pour les besoins de reproduction.

La tradition bambara a tendance à consacrer l'indissolubilité du mariage même si dans les faits, elle aménage une porte de sortie lorsque les liens conjugaux sapent la dignité de l'une des parties. Le principe est consacré par l'adage suivant : « le mariage n'est pas un grand boubou qu'on peut enlever quand on veut ». En pratique, le divorce relève principalement de l'initiative de l'homme. C'est l'époux qui peut répudier sa femme et demander le remboursement de tout ou partie de ce qu'il a offert. Il existe cependant des cas où la femme abandonne son mari et crée un état de divorce. Toutefois, même dans les cas où les torts du mari sont connus de tous, on accepte mal que la femme prenne l'initiative de

⁶³ Il s'agit de Moussa TRAVELE, cité par les auteurs du *Rapport sur le droit de la famille* publié par l'Institut national de formation judiciaire, Bamako, 1996, p. 86.

⁶⁴ Trad. « Ces familles ne sont pas respectables ».

⁶⁵ Il s'agit souvent de propos offensants proférés contre le père ou la mère de l'un des conjoints ou des atteintes à la dignité de la lignée de l'époux (observations personnelles des auteurs du rapport).

mettre fin au mariage. Le divorce est précédé de discussions et d'interventions de différents parents, notamment l'oncle maternel de la femme qui est le plus sollicité. Il ressort enfin de nos enquêtes de terrain, que l'opinion est de plus en plus tolérante vis-à-vis du divorce dans le milieu traditionnel.

2. ACCÈS AU DIVORCE

Ce sont les articles 325 à 371 du Code des personnes et de la famille (CPF) qui traitent de la dissolution du mariage par le divorce⁶⁶ ; les dispositions générales, articles 326 à 336, envisagent l'accès au divorce et les articles 353 à 363 prévoient la procédure de divorce. Ces dispositions traitent classiquement de la tentative de réconciliation, des mesures d'urgence à prendre pendant l'instance de divorce (art. 356), de la séparation de corps ainsi que d'une éventuelle demande reconventionnelle de divorce. Selon ces dispositions, les deux époux ont le droit de demander le divorce et sont traités de manière égale durant la procédure. Cependant, en pratique, les femmes rencontrent de nombreuses difficultés que nous examinerons dans cette partie de l'étude.

2.1. Les difficultés d'ordre juridique

Au cours de nos enquêtes, nous avons relevé que certains juges appliquent simultanément les deux codes, c'est-à-dire, le Code du Mariage et de la Tutelle (CMT) de 1962 et le Code des Personnes et de la Famille (CPF) de 2011. Cette situation a été observée dans la région de Kayes et Sikasso. La coexistence de ces deux textes est le résultat du manque de diffusion et sensibilisation sur le Code des personnes et de la famille. C'est pourquoi le personnel judiciaire a vivement souhaité l'instauration d'un programme de formation sur le Code des personnes et de la famille à l'intention des juges chargés des affaires matrimoniales. Par ailleurs un magistrat a expliqué aussi que « le juge est la chose des parties, ce qui fait qu'il peut être lié aux dispositions évoquées par celles-ci (...), c'est pourquoi il doit être avisé, passif et impartial »⁶⁷. Selon lui, les deux textes doivent cohabiter dans l'intérêt exclusif des citoyens et peuvent donc être appliqués alternativement. Cette perception nous paraît évidemment préoccupante en terme de protection des droits et de la sécurité juridique des personnes concernées.

Un certain nombre d'interlocuteurs a également évoqué le manque de prise en compte des conventions internationales dans le champ des affaires matrimoniales. La mise en conformité des dispositions législatives relatives à la famille avec le droit international est une revendication de longue date des organisations de défense des droits humains au Mali⁶⁸. En effet, le Mali a adhéré à de nombreuses conventions internationales qui mettent des obligations à la charge des États qui sont invités à pren-

⁶⁶ CPF, Titre IV, Chapitre I.

⁶⁷ Propos du magistrat Ousmane FATI, juge d'instruction au tribunal de première instance de Sikasso, entretien d'août 2012.

⁶⁸ Par exemple : Association des Juristes Maliennes (AJM), Association Malienne des Droits de l'Homme (AMDH), Association pour le Progrès et la Défense des Femmes (APDF), Coordination des Associations et ONG Féminines (CAFO) ou encore Wildaf : Women in law and Développement in Africa / Femmes droit et développement en Afrique.

dre les mesures nécessaires pour protéger les droits des personnes concernées, en particulier pour corriger les situations préjudiciables aux femmes⁶⁹. Il ressort d'ailleurs de l'étude relative à la politique nationale et au plan d'action en matière des droits humains⁷⁰ que le Mali mène des efforts constants pour harmoniser sa législation nationale avec les instruments juridiques internationaux qu'il a ratifiés. L'article 116 de la Constitution de 1992 prévoit l'application directe des instruments juridiques spécifiques, notamment la CEDEF et le Protocole de Maputo par le juge malien⁷¹. Pourtant, en pratique, le juge malien semble avoir opté pour le système dualiste et refuse d'appliquer le droit international en l'absence d'une norme législative concordante. Ainsi la Cour suprême a pu juger en matière successorale : « il est à préciser que même si dans les traités internationaux ratifiés l'égalité entre l'homme et la femme est prônée, il n'en demeure pas moins qu'en matière successorale pour que ce principe soit applicable, il faudra qu'il soit intégré dans les textes internes ; que ceci n'ayant pas été fait encore, la dévolution des biens successoraux se fera selon la coutume des parties »⁷².

2.2. Accès des femmes à la justice

De manière générale, il existe au Mali de nombreux obstacles à l'accès à la justice : les procédures judiciaires sont caractérisées par un langage ésotérique, un formalisme rigoureux, des procédures longues, des renvois intempestifs, des difficultés d'obtenir en temps utile, la délivrance des actes de jugement, etc⁷³. Ce constat général concerne également les femmes qui entament des procédures judiciaires.

En matière de divorce, il ressort des entretiens menés auprès des juges et du personnel judiciaire des tribunaux de Kayes, Sikasso, Ségou et Bamako qu'il existe parmi les femmes une méconnaissance de leurs droits en cas de divorce due principalement à un déficit d'information sur les procédures du divorce. De plus, de nombreuses femmes ne peuvent pas faire face aux frais nécessités par une action devant le service public de la justice (frais de consignation, frais d'établissement d'actes, frais d'huissier, frais d'avocats, etc.)⁷⁴. Dans la plupart des cas, elles sont obligées de renoncer à l'exercice de leur droit au divorce devant le juge. Ainsi, de nombreuses femmes qui pourraient gagner leur procès, le perdent faute de moyen⁷⁵.

⁶⁹ Par exemple : la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et le Protocole à la Charte africaine relatif aux droits des femmes (Protocole de Maputo). Voir chapitre introductif à cette étude et notes de bas de page sur les instruments internationaux et régionaux ratifiés par le Mali.

⁷⁰ Mamadou DIAKITE, *Etude sur la politique nationale en matière des droits humains*, PCDHG, 2011.

⁷¹ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie ». Cette disposition qui est la copie conforme de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

⁷² Cour suprême, Chambre civile, arrêt n°169 du 4 mars 2009.

⁷³ Lire à ce sujet : *Rapport final de l'étude sur l'état des lieux en matière des droits humains*, Synergie Conseil SARL, juillet 2002 ; *Etude sur la politique nationale en matière des droits humains*, par Mamadou DIAKITE, précité, *Etude sur l'état d'harmonisation de la législation nationale avec les conventions internationales et régionales des droits humains ratifiées par le Mali*, APPDH, 2004 ; *Etude sur l'état d'harmonisation de la législation nationale avec les instruments juridiques internationaux et régionaux des droits humains ratifiés par le Mali*, par Malik COULIBALY, PCDHG, 2011.

⁷⁴ Entretien avec le magistrat Sidi ABOUHARIRATA, Juge d'instruction au TPI de Kati (octobre 2012).

⁷⁵ Selon la même source.

Selon une étude de 2012 sur la problématique du divorce au Mali⁷⁶, les femmes bénéficient rarement de l'assistance judiciaire ou du service d'un conseil : ainsi, sur 66 femmes ayant initié une procédure de divorce en 2010, seulement 22 soit 33,33% ont pu bénéficier de la présence d'un avocat⁷⁷. Pourtant l'assistance judiciaire qui permet à une personne dépourvue de ressources d'obtenir une dispense de paiement de frais de procédure et d'exercer ses droits en justice est prévue par la loi N°01-082 du 24 août 2001. Le Décret d'octobre 2006 qui en fixe les modalités d'application et met en place des bureaux d'assistance judiciaire⁷⁸ n'est pas vraiment appliqué et l'action de ces bureaux reste donc limitée sur le terrain par manque de moyens financiers⁷⁹. Certaines structures de défense des droits des femmes tentent d'accompagner les femmes pour leur faciliter l'accès à la justice afin de bénéficier d'un procès équitable⁸⁰. Enfin, les femmes qui ont la chance d'accéder au prétoire font face à la complexité des règles de procédure. Elles sont souvent découragées à cause de l'éloignement des juridictions. En dépit de la volonté des ONG, les femmes maliennes demeurent néanmoins marginalisées devant les tribunaux.

A ces difficultés financières liées à la procédure judiciaire de divorce s'ajoutent de nombreuses difficultés économiques et financières de nature plus générale auxquelles les femmes sont tout particulièrement confrontées.

2.3. Les difficultés économiques et financières

L'étude sur les inégalités de genre et pauvreté au Mali réalisée par l'Observatoire du développement humain durable a révélé que des inégalités entre les hommes et les femmes existent partout au Mali. Elles sont perceptibles non seulement aux niveaux de l'accès aux pouvoirs coutumier et démocratique mais aussi de l'accès aux facteurs de production et aux services sociaux de base⁸¹.

En ce qui concerne les ressources économiques, les femmes sont moins instruites et ont moins d'avantages matériels et de perspectives de travail bien rémunéré que les hommes. La majorité des femmes travaillent dans l'agriculture vivrière ou d'exploitation. Elles sont ouvrières agricoles quand elles ne travaillent pas gratuitement pour produire le nécessaire vital à la famille. En dehors du secteur agricole, les femmes travaillent dans le secteur informel qui recouvre des activités de petit commerce et d'artisanat. Ces emplois, souvent exercés à domicile, sont rarement salariés et permettent tout juste aux femmes de subsister⁸².

⁷⁶ *La problématique du divorce au Mali*, Rapport provisoire, RECOFEM, mai 2012.

⁷⁷ *Idem*, p. 35. Le chiffre était de 34,61 en 2009. On peut noter que la situation est sensiblement meilleure dans le district de Bamako. Dans la Commune VI, 48 femmes sur les 108 qui étaient en instance de divorce ont été assistées par un avocat soit 44,44 % en 2009 (en 2010 : 47,50%).

⁷⁸ Ces bureaux sont établis au siège de chaque Tribunal de Première Instance et de Justice de Paix à Compétence Étendue.

⁷⁹ *Evaluation de l'appui pour l'accès des couches vulnérables à la justice*, OXFAM/NOVIB A WILDAF/Mali, janvier 2011, p. 32.

⁸⁰ L'organisation WILDAF Mali est régulièrement présente dans les procédures concernant les femmes et les enfants en soutenant la constitution d'avocats pour le suivi des procédures.

⁸¹ *Etude sur les inégalités de genre et pauvreté au Mali* réalisée par l'Observatoire pour le Développement Humain Durable (ODHD), p. 6. L'étude a identifié trois formes d'inégalités : les inégalités interpersonnelles qui ont des répercussions sur les liens de mariage et de filiation, les inégalités sur le plan économique et les inégalités d'accès aux pouvoirs (coutumier et démocratique). Les groupes les plus touchés par ces inégalités sont les femmes et les enfants. La persistance des inégalités trouve fondamentalement son explication dans la réinterprétation des relations socio-culturelles et religieuses entre l'homme et la femme (p. 7).

⁸² Voir sur ce point l'analyse de Aderanti ADEPOJU sur l'inégalité entre époux, dans son ouvrage intitulé *La famille africaine : politiques démographiques et développement*. Paris : Karthala, 1999, p. 253.

L'insuffisance de ressources financières freine les femmes dans leur perspective de divorce. Par exemple, comme dans les villages il n'y a pas de tribunaux, les candidats au divorce doivent se rendre au chef-lieu de la circonscription ce qui entraîne des frais de transport impossibles à engager pour ces femmes. De plus, même dans les quelques cas où elles arrivent à lancer une procédure de divorce judiciaire, elles n'ont la plupart du temps pas les moyens de tenir jusqu'au bout de cette procédure, faute de moyens financiers⁸³.

2.4. L'influence de l'islam

La religion dominante au Mali est l'islam qui concerne 90% de la population. Les 10% restant pratiquent soit une religion chrétienne, soit les religions traditionnelles⁸⁴. Traditionnellement, la rupture du mariage se fait donc selon les règles religieuses de l'islam (répudiation). Avec l'apparition du CMT en 1962, la promotion et l'émancipation de la femme prônée par l'Etat malien à partir de 1996 puis le CPF en 2011, le législateur malien s'est efforcé de rétablir un équilibre entre l'homme et la femme en matière de divorce civil.

Les chefs religieux musulmans exercent toujours⁸⁵ une influence réelle et notoire sur la société en général et sur les populations. Ainsi, le Haut Conseil Islamique a fait objection en 2009 au Code des personnes et de la famille avec le soutien d'une partie de la population. Cette influence des religieux sur les décisions étatiques fait d'eux des interlocuteurs incontournables et renforce ainsi davantage leur pouvoir. En outre, la population s'adresse volontiers à ces autorités religieuses musulmanes pour le règlement de différends privés, y compris le divorce. Dans la pratique ces autorités religieuses rendent de véritables décisions qui, pour les personnes concernées, se substituent aux jugements des tribunaux.

De plus, la conception dominante des grandes religions monothéistes selon laquelle la femme doit obéissance à son mari a été reconduite par l'article 316 alinéa 1^{er} du CPF qui dispose : « Dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent Code, la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme ». Il faut ici rappeler que le maintien d'une telle disposition était au cœur des divergences entre l'Etat et les courants islamistes lors des débats sur l'adoption du Code des personnes et de la famille en 2009. Il faut bien admettre que le maintien de cette disposition dans le CPF va à l'encontre du principe d'égalité entre homme et femme consacré par la Constitution malienne et les instruments internationaux et régionaux auxquels le Mali est partie.

⁸³ Ce constat est commun à toutes les personnes interrogées lors de nos enquêtes de terrain.

⁸⁴ Les chiffres varient un peu concernant cette répartition : Bintou SANANKOUA annonce 1% de chrétiens et 9% d'anémistes (*L'islam dans les sociétés de l'Afrique subsaharienne : défis et réponses*, communication au Colloque international, Dakar, 4 et 5 février 2008, p. 3), alors que le ministère des affaires étrangères des Etats Unis (département d'état) dans son rapport sur la religion au Mali en 2008 annonçait une répartition de 5% et 5% (International Religious Freedom Report 2008, accessible sur le site du State Department).

⁸⁵ Certains y voient même une influence accrue liée à une montée de l'islamisme politique, V. Poudiougou DIACHARI, *Mali : les dessous de la crise politique et sécuritaire*, 1000 Mots, n°4, juin 2013.

Enfin, l'action en divorce intentée par la femme est considérée par les religieux musulmans comme un manque de respect à son mari. L'un des arguments religieux le plus souvent invoqué est l'exigence de la soumission de la femme à l'homme par des textes religieux⁸⁶. Or, cette soumission ne peut en aucun cas être servile, oppressante ou étouffante pour la femme. Si c'est le cas, la religion en question cesse d'être une voie d'épanouissement pour elle, mais une prison⁸⁷. En tout état de cause, l'omnipotence religieuse sur la femme pousse celle-ci à renoncer dans beaucoup de cas à ester en justice, surtout lorsqu'il s'agit du divorce⁸⁸.

Lors de nos entretiens, certains chefs religieux ont expliqué qu'ils travaillent avec le CMT et le Coran et ils relèvent que les mêmes causes de divorce sont retenues en droit civil et dans le Coran⁸⁹. Ils notent que, contrairement à la procédure devant le tribunal civil, la tentative de conciliation est obligatoire en islam, même pour le divorce par consentement mutuel. Mais à la différence du juge qui insiste sur la volonté des parties, l'imam ou le marabout, invite les deux belles familles à chercher une entente entre les époux. Si cette étape est épuisée sans solution, le divorce sera alors prononcé.

2.5. Le regard de la société

Dans la société malienne, le mariage est « une nécessité sociale »⁹⁰. Il ne concerne pas que les époux mais leurs deux familles : une fois que la procédure du mariage est enclenchée, il se crée un pacte social liant ces deux familles à travers la mobilisation communautaire que cette union suscite. Il est indéniable que la rupture d'un tel pacte par un divorce ait des conséquences sociales. Ainsi, qu'il soit conflictuel ou à l'amiable, le divorce n'est jamais anodin. Le divorce ouvre une phase de turbulences et de perturbations. Ses effets débordent le seul cadre de l'intimité des conjoints qui se séparent. Le divorce redéfinit les rapports que chacun entretenait avec ses enfants, ses amis et autres parents ; il peut aussi avoir un impact économique important pour une communauté locale⁹¹.

Si le droit de divorcer est accordé aux femmes au même titre qu'aux hommes par la législation malienne, sa jouissance en est tout autre. En effet, l'exercice de ce droit expose les femmes à toutes sortes de pressions et de préjugés. Les entretiens menés sur le terrain mettent en lumière de manière très explicite un certain nombre de pesanteurs socio-culturelles. Pour certains, la femme est toujours reléguée au second plan et a un devoir de soumission⁹². Par ailleurs, C'est toujours la femme « qui

⁸⁶ Amadou T. DIARRA, *Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Mali*, WILDAF/Mali, 2002, p. 30.

⁸⁷ *Idem.*, p. 31.

⁸⁸ Voir *infra* développements sur les difficultés rencontrées par les femmes. Ces difficultés compromettent largement les efforts du législateur du 2 décembre 2011 dans la mesure où elles prennent une tournure religieuse dans une société anciennement et profondément islamisée.

⁸⁹ C'est le cas de l'Imam Oumar BARRO de Kayes rencontré lors de l'enquête réalisée en septembre 2012.

⁹⁰ Sarafilou COULIBALY et Tapa DIALLO, *Les effets du divorce à l'égard de la femme en droit malien*, Mémoire de Maitrise, FSJE (Université du Mali), Bamako, 2001, p. 7.

⁹¹ Dans une société où l'agriculture constitue l'activité principale, les femmes, en plus de leurs travaux ménagers, jouent un rôle essentiel du fait de leur participation active aux travaux champêtres. Ainsi, l'épouse est vue comme une source de revenu qui doit contribuer à la prospérité de son mari et son départ a un impact économique pour la communauté.

⁹² Propos recueillis à la Clinique juridique dénommée Association DEMESO, juillet 2012.

est considérée comme fautive mais jamais l'homme. Elle est vue d'un mauvais œil par son entourage et parfois même montrée du doigt où elle se trouve. Ce qui fait qu'il lui sera difficile de contracter un nouveau mariage. Ces préjugés font d'elle une personne désapprouvée, marginalisée et isolée... »⁹³. Ainsi, tant la société traditionnelle que moderne condamne au Mali les femmes non mariées, célibataires ou divorcées, qui sont perçues comme des personnes « délaissées, misérables et méprisées »⁹⁴. Les enquêtes de terrain ont montré que même si les femmes vivent parfois dans des conditions de précarité économique et affective déplorables⁹⁵, elles préfèrent souvent renoncer à la voie judiciaire pour éviter une telle marginalisation. Ainsi, elles préfèrent avoir recours aux familles (parents géniteurs et maritaux)⁹⁶, aux ami(e)s, aux chefs religieux aux fins d'une réconciliation, d'un compromis ou d'un règlement à l'amiable plutôt que de privilégier le recours juridictionnel.

Pour finir, il faut noter que nos entretiens ont révélé que certains hommes adoptent un comportement malveillant pour pousser leur épouse à demander le divorce en premier lieu afin de ne pas avoir à supporter les frais de la procédure. Dès que le juge prononce le divorce, ils interjettent appel tout en négligeant le dossier afin de mettre leur épouse dans l'embarras. Dans certains cas, le mari éconduit refuse même de divorcer, empêchant ainsi son épouse de se remarier et d'avoir des enfants.

3. LES CAUSES DE DIVORCE

L'article 325 du CPF donne la possibilité pour les époux d'opter pour l'une des formules proposées par le Code : divorce par consentement mutuel (3.1), divorce pour rupture de la vie commune (3.2) ou divorce par faute (3.3). Il s'agit là d'une rupture avec l'ancien système qui était basé sur le divorce contentieux⁹⁷. La consécration du divorce par consentement mutuel peut être interprétée comme un passage du *mariage-institution* au *mariage-contrat*.

3.1 Le divorce par consentement mutuel

L'avènement du CPF de 2011 opère une révolution du droit du divorce au Mali. Les deux époux peuvent désormais régler « à l'amiable » la rupture de leur lien matrimonial. Lorsqu'ils demandent conjointement le divorce, ils n'ont pas à en faire connaître la cause. Ils doivent seulement soumettre

⁹³ Témoignage de Bintou F. SAMAKE, Présidente de WILDAF/Mali, juillet 2012.

⁹⁴ Entretien avec Mody COULIBALY, Greffier au tribunal de première instance de Sikasso, août 2012.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ *Evaluation de l'appui pour l'accès des couches vulnérables à la justice*, OXFAM/NOVIB A WILDAF/Mali, précité.

⁹⁷ La Loi n°62-17/AN-RM du 3 février 1962 avait institué un divorce contentieux en donnant la possibilité à l'un quelconque des époux de demander le divorce pour cinq motifs : l'adultère, les excès, sévices et injures graves qui rendent la vie conjugale impossible, de la condamnation de l'un des conjoints à une peine afflictive et infamante, d'alcoolisme grave, de l'impossibilité pour le conjoint de satisfaire à ses obligations conjugales (art. 59 du CMT). En outre, la femme était fondée à demander le divorce lorsque le mari refuse de subvenir à ses besoins essentiels en nourriture, logement, habillement. Le non-paiement de la dot à l'expiration du délai fixé dans l'acte de mariage constituait également un motif de plus pour la femme (art. 60 du CMT). Dans les faits, ce dernier motif n'est jamais invoqué par les femmes. Issue de pratiques coutumières en désuétude, cette cause n'a aucune incidence sur l'ampleur du divorce. V sur ce point *Rapport sur la problématique du divorce*, RECOFEM, précité, p. 23.

à l'approbation du juge, un projet de convention qui règle les conséquences⁹⁸. Il n'existe pour le moment aucune jurisprudence disponible, mais nous pouvons présenter brièvement cette nouvelle procédure sur la base des dispositions du CPF.

En règle générale, les époux règlent librement les conditions et les conséquences de la rupture du lien conjugal toutes les fois qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à l'intérêt de l'enfant⁹⁹. Le consentement des époux n'est valable que s'il émane d'une volonté libre et exempte de vice. Il doit porter non seulement sur la rupture du lien conjugal, mais aussi sur le sort des biens et des enfants issus du mariage¹⁰⁰.

S'agissant des conditions de forme, la demande doit être présentée par écrit au tribunal civil du domicile commun, ou de celui de l'un des époux, soit par les époux en personne, soit par leurs conseils respectifs ou par un conseil choisi d'un commun accord. Au vu des pièces produites¹⁰¹, le juge entend les époux séparément, puis ensemble, et au besoin, assistés de leurs conseils¹⁰². Il peut leur faire des observations qu'il estime convenables et doit impérativement s'assurer de leur consentement. Il peut leur poser toute question qu'il estime utiles en ce qui concerne le sort de leurs biens et celui réservé aux enfants.

Si les époux persistent dans leur intention de divorcer, et si le juge estime la convention conforme aux prescriptions légales, il peut leur indiquer la possibilité de renouvellement de leur demande dans un délai de réflexion de trois mois. A défaut de renouvellement dans les six mois qui suivent l'expiration de ce délai de réflexion, la demande conjointe devient caduque. Lorsque la demande est réitérée au terme du délai de réflexion, le juge prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d'eux a librement donné son accord à la convention¹⁰³. Le jugement de divorce par consentement mutuel est rendu en dernier ressort¹⁰⁴. Lorsqu'il est passé en force de chose jugée, il dissout le lien matrimonial et rend exécutoires les conventions établies par les époux en ce qui concerne leurs biens et leurs enfants¹⁰⁵.

⁹⁸ Art. 337 du CPF.

⁹⁹ Art. 339 du CPF.

¹⁰⁰ Art. 340 du CPF. Cependant, aucune demande de divorce par consentement mutuel ne peut être présentée dans les six premiers mois du mariage ou lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection des incapables (art. 338 du CPF).

¹⁰¹ La demande doit être accompagnée d'un extrait de l'acte de mariage ; des extraits d'actes de naissance des enfants mineurs ; d'une convention matrimoniale s'il en existe ; d'un inventaire de tous les biens meubles et immeubles ; d'une convention écrite réglant la garde, l'éducation et l'entretien des enfants, le sort des biens liquidant la communauté, s'il y a lieu (art. 341 du CPF).

¹⁰² Art. 342 du CPF.

¹⁰³ Le juge homologue par la même décision, la convention réglant les conséquences du divorce, s'il y a lieu. Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux (art. 343 du CPF).

¹⁰⁴ Art. 344 du CPF.

¹⁰⁵ Art. 345 du CPF. Le jugement est opposable aux tiers à compter de la transcription aux registres de l'état civil. Une expédition du jugement passé en force de chose jugée est adressée par le tribunal à l'officier de l'état civil du lieu de célébration du mariage et de celui du lieu de naissance des parties, aux fins de mention en marge de leur acte de mariage et de leurs actes de naissance (art. 346 du CPF).

3.2 Le divorce pour rupture de la vie commune

L'un des deux époux peut demander le divorce pour rupture prolongée de la vie commune lorsque les époux vivent séparés de fait depuis trois ans ou en cas d'impossibilité de l'un des époux de satisfaire à ses obligations conjugales¹⁰⁶. Il en est de même lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent, depuis trois ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste entre les époux et ne pourra, selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir¹⁰⁷.

L'époux qui demande le divorce pour rupture de vie commune en supporte toutes les charges¹⁰⁸. Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles et morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande¹⁰⁹. Le juge rejette la demande d'office, lorsqu'il apparaît que le divorce aurait pour le conjoint des conséquences matérielles et morales d'une extrême dureté dans le cas prévu à l'article 344 du CPF.

Le juge assimile certains cas relevant du divorce pour faute¹¹⁰ au divorce pour rupture de la vie commune. Il s'agit tout d'abord de l'impossibilité de l'un des époux de satisfaire à ses obligations conjugales. Ainsi le juge a pu conclure à un divorce pour rupture de la vie commune au motif que le mari n'a pas eu de relations intimes avec son épouse depuis quatre ans¹¹¹. Ensuite, le défaut d'entretien de la femme en l'absence du mari peut être assimilé à une rupture de la vie commune¹¹². Ainsi le juge a pu prononcer le divorce pour rupture de la vie commune aux torts exclusifs du mari aux motifs que le mari a délibérément quitté sa femme depuis cinq ans environ et, durant tout ce temps, ne s'est pas chargé de l'entretien de sa femme et de ses deux enfants restés avec elle et n'a donné aucun signe de vie¹¹³.

3.3. Le divorce pour faute

Selon l'article 352 du CPF, un époux peut demander le divorce pour faute en cas d'adultère d'un des conjoints, d'excès, de sévices et d'injures graves de l'autre rendant la vie conjugale impossible, de condamnation de l'autre à une peine afflictive et infamante, d'alcoolisme invétéré ou de toxicomanie ou

¹⁰⁶ Art. 348 du CPF.

¹⁰⁷ Art. 349 du CPF.

¹⁰⁸ Art. 350 du CPF.

¹⁰⁹ Art. 351 du CPF.

¹¹⁰ Voir *infra*.

¹¹¹ Jugement n°62 du 10 février 2011 du TPI de Kayes (Divorce - garde des enfants). Voir aussi le cas illustratif de Madame Binta DIALLO, sans emploi et sans qualification, mariée à son cousin éleveur. Leur mariage a été arrangé par leurs familles comme il est de coutume chez eux (peulh), sans cérémonie civile. Pendant trois ans de vie commune, ils n'ont pas eu d'enfants. A la suite d'une maladie, son mari a perdu sa virilité. Elle est restée pendant dix ans dans cette situation. Quand elle a voulu le quitter, leurs parents s'y sont opposés. C'est treize après qu'elle a été autorisée à divorcer après que la famille se soit rendue compte de la réalité. A quarante ans, Madame DIALLO s'est remariée à un autre cousin et attend d'avoir un enfant.

¹¹² Au sens de l'article 348 du CPF « Un époux peut demander le divorce, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune lorsqu'ils vivent séparés de fait, depuis trois ans ou en cas d'impossibilité de l'un de satisfaire à ses obligations conjugales ».

¹¹³ Jugement n°62 du 10 février 2011 du TPI de Kayes. Le juge a confié les mineures à leur mère en réservant de larges droits de visites éventuelles au père. Il a mis les dépens à la charge du père.

de manquement à un engagement substantiel. L'épouse peut demander le divorce lorsque le mari refuse de subvenir à ses besoins essentiels : nourriture, logement, habillement et soins médicaux.

3.3.1. Adultère de l'un des époux

L'adultère du conjoint constitue une violation du devoir de fidélité auquel les deux conjoints sont tenus. C'est le fait pour une personne mariée d'entretenir des rapports sexuels avec une personne autre que son conjoint. L'adultère du mari comme celui de la femme est une cause péremptoire de divorce. L'adultère peut être constaté par un huissier de justice commis à cet effet. Un seul fait dûment établi d'adultère oblige le juge à prononcer le divorce¹¹⁴. Bien que très souvent avancé par les demandeurs en divorce, le motif basé sur l'adultère est quasiment impossible à prouver, sauf flagrant délit d'adultère ou grossesse de l'épouse pendant une longue absence du mari.

3.3.2. Abandon de domicile conjugal

Il est constant que le refus d'une épouse d'habiter avec son époux constitue un abandon du domicile conjugal, qui constitue une faute entrant dans les prévisions légales de l'article 352 du CPF. Ainsi, le juge peut prononcer, aux torts exclusifs de la défenderesse, le divorce pour refus d'habiter avec son mari à la résidence par lui choisie avant de confier la garde des enfants à leur père¹¹⁵.

3.3.3. Excès, sévices et injures graves de l'autre rendant la vie conjugale impossible

Une étude réalisée en 2012 exemplifie les faits constituant des injures, excès ou sévices graves. Il s'agit du refus du devoir conjugal, l'excès d'appétit sexuel, la jalousie et la menace de mort¹¹⁶. Il en est de même lorsque l'un des conjoints a caché l'existence d'un enfant issu d'une relation antérieure au mariage ou le fait d'avoir caché l'existence d'une grossesse provenant d'un homme autre que le fiancé. Ces différents motifs sont invoqués aussi bien par les femmes que les hommes. Toutefois, le refus du devoir conjugal a été spécifiquement dénoncé par des hommes tandis que ce sont des femmes qui se sont plaintes de l'excès d'appétit sexuel de leur conjoint¹¹⁷.

Par exemple, le juge a prononcé le divorce pour incompatibilité d'humeur, excès et sévices graves, aux torts exclusifs de l'époux, aux motifs que, pendant quatre ans, il n'y a pas eu de relations intimes entre lui et son épouse¹¹⁸. De la même manière, le juge a rendu une décision de divorce aux torts exclusifs du mari pour excès, sévices et injures graves, du fait de l'alcoolisme invétéré du mari, rendant

¹¹⁴ Jugement n° 357/2012 du 25 Octobre 2012 du TPI de Kayes (Divorce et garde des enfants).

¹¹⁵ Jugement n° 156/2011 du 14 Avril 2011 du TPI de Kayes (Divorce - garde des enfants).

¹¹⁶ *Rapport sur la problématique du divorce*, RECOFEM, précité, p. 25 .

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Jugement n°062 du 10 Février 2011 du TPI de Kayes (Divorce – incompatibilité d'humeur– excès et sévices graves).

la vie conjugale impossible¹¹⁹.

Dans le CMT de 1962, lorsque la demande de divorce était formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, le juge pouvait ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, il autorisait la femme à quitter la compagnie de son mari¹²⁰. Ainsi, dans un arrêt avant dire droit, le juge n'a pas voulu trancher l'espèce, mais a préféré accorder un délai d'épreuve d'une année aux époux. En l'espèce, les époux se trouvent actuellement séparés de résidence¹²¹. Cette disposition n'est pas reconduite dans le CPF ce qui n'exclut pas, comme pour toutes les procédures de divorce, une tentative de conciliation¹²².

3.3.4. Manquement à un engagement substantiel

Aux termes de l'article 352 du CPF, un époux peut demander le divorce en cas de manquement de l'autre à un engagement substantiel pris en vue du mariage. Cette cause de divorce est souvent étroitement liée à d'autres causes de divorce : ainsi le juge a prononcé le divorce aux torts exclusifs du mari, pour refus de regagner le domicile conjugal avant de cesser de subvenir aux besoins de son épouse¹²³.

L'engagement substantiel pourrait s'étendre à l'impossibilité pour le conjoint de satisfaire à ses obligations conjugales. A défaut de précision sur ce point, le juge doit interpréter le texte pour retrouver la volonté réelle du législateur. Il est important de souligner que le droit coutumier considère comme manquement aux obligations conjugales, l'incapacité du mari d'accomplir l'acte sexuel. Nous avons vu plus haut que cette situation peut aussi être traitée comme une rupture de la vie conjugale.

3.3.5. Défait d'entretien et refus de subvenir aux besoins essentiels

Le défaut d'entretien et refus de subvenir aux besoins essentiels de l'épouse par son mari constitue une faute sur la base de laquelle seule l'épouse peut demander le divorce. Le CPF précise que l'entretien couvre ici la nourriture, le logement, et l'habillement en y ajoutant les soins médicaux¹²⁴.

¹¹⁹ Jugement n°208 du 7 juin 2012 du TPI de Sikasso (Divorce – excès, sévices et injures graves) : « En rendant ce jugement par défaut, le juge a fait une bonne application de la loi ; car le fait que le défendeur n'a ni pas comparu, ni conclu favorise davantage la requérante. En conséquence, le tribunal reçoit la requête de la demanderesse, la déclare bien fondée, prononce le divorce aux torts exclusifs de l'époux, confie la garde des enfants à leur mère et condamne le père au paiement d'une pension alimentaire de cinq mille francs (5 000F) CFA par mois et par enfant ».

¹²⁰ Art. 75 du CMT.

¹²¹ Arrêt n°51 du 25 Janvier 2012 de la civile chambre de la Cour d'appel de Bamako (Divorce pour excès, sévices et injures graves) : « En prenant cette mesure provisoire, le juge a fait une bonne application de la loi tout en déboutant l'appelante de sa demande comme étant mal fondée. A défaut d'éléments nouveaux et de preuves suffisantes, la cour a certainement des raisons motivant son choix d'accorder un délai d'épreuve d'une année aux époux ».

¹²² Art. 354 à 357 du CPF.

¹²³ Jugement n°210 du 26 décembre 2012 du TPI de Kati (Divorce pour manquement à un engagement substantiel).

¹²⁴ Jugement n°147 du 9 Juin 2011 du TPI de la Commune IV du District de Bamako (Divorce – garde des enfants et pension alimentaire). V aussi Jugement n°209 du 26 décembre 2012 du TPI de Kati (Divorce pour injures et défaut d'entretien) : le juge prononce le divorce aux torts exclusifs du mari au motif que les griefs d'injures et défaut d'entretien invoqués à l'encontre de l'époux sont établis et constituent une faute au sens de l'article 352 du Code des Personnes et de la Famille.

Le CPF ne mentionne plus le non-paiement de la dot à l'expiration du délai accordé dans l'acte de mariage. Issu de pratiques coutumières, le non-paiement de la dot constituait autrefois un motif, rarement invoqué, pour la femme de demander le divorce. Même si cette situation de fait a peu d'incidence sur l'ampleur du nombre des divorces, elle constitue un souci en pratique pour certaines femmes. En droit, il peut apparaître surprenant qu'alors que la dot reste prévue par le Code¹²⁵, le non-paiement des montants en cause ne peut entraîner aucune conséquence juridique.

Le fait que cette cause de divorce ne soit ouverte qu'à l'épouse apparaît comme un effet sous-jacent des dispositions de l'article 34 du CMT¹²⁶ reconduites dans l'article 316 du CPF qui dispose : « dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent code, la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme ». En outre l'article 319 dispose : « le mari est le chef de famille (...) les charges du ménage pèsent sur le mari. La femme mariée qui dispose de revenus peut contribuer aux charges du ménage ». En pratique la non-contribution de la femme aux charges du ménage n'entraîne pas le divorce car les coutumes maliennes font peser ces charges exclusivement sur le mari. Même si le Code fait peser sur la femme qui dispose des revenus de contribuer au ménage, l'homme ne l'invoque pas devant le juge lorsque celle-ci ne s'en acquitte pas.

Pour conclure sur les causes de divorce, il faut noter que dans la pratique, la plupart des divorces sont prononcés sur la base des excès, sévices et injures graves qui sont devenus un « fourre-tout » permettant à de nombreux époux de se débarrasser de leur conjointe pour des motifs divers et variés. C'est le cas, par exemple, du manquement de la femme au devoir d'obéissance vis-à-vis du mari¹²⁷ qui est interprété comme une injure grave sanctionnée par le divorce¹²⁸.

4. LES EFFETS DU DIVORCE

La décision qui prononce le divorce dissout le mariage à la date à laquelle elle prend force de chose jugée. Elle libère les époux de leurs obligations matrimoniales. Elle produit un certain nombre d'effets, esquissés ci-après, entre les époux eux-mêmes et à l'égard des enfants. Nous sommes ici dans un domaine où il y a très peu de jurisprudence.

4.1. La dissolution du lien matrimonial

Il s'agit de la disparition du lien matrimonial pour l'avenir. Certes dans le passé, il y a eu un mariage valable et l'on ne peut faire que les époux n'aient été mariés. Mais pour l'avenir, la qualité d'époux cesse en la personne de chacun des époux. Les effets de la rupture commencent à courir du jour de

¹²⁵ L'article 288, alinéa 1er du CPF dispose : « La dot est obligatoire et à un caractère symbolique ».

¹²⁶ « Le mari est le chef de famille. En conséquence, les charges du ménage pèsent à titre principal sur lui ».

¹²⁷ Art. 316 du CPF : « Dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent Code, la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme. Les époux se doivent mutuellement fidélité, protection, secours et assistance. Ils s'obligent à la communauté de vie sur la base de l'affection et du respect ».

¹²⁸ Selon Mr. COULIBALY, greffier en chef auprès de la cour d'appel de Kayes, propos recueillies au mois de septembre 2013.

la décision judiciaire, du moins en ce qui concerne les effets sur la personne des époux, la faculté de se remarier. Il faut noter que la femme divorcée ne peut contracter un nouveau mariage avant un délai de trois mois à compter du divorce¹²⁹. Le délai de viduité a pour but d'éviter les conflits de paternité légitime concernant les enfants conçus pendant la période au cours de laquelle les époux étaient en instance de divorce. Le délai de trois mois correspond au délai qui doit être respecté dans la religion musulmane.¹³⁰

4.2. Les effets patrimoniaux

Les régimes matrimoniaux, la dissolution de la communauté, la liquidation des biens communs ou le partage des patrimoines des époux sont réglés par le Livre III du CPF. A l'exception du divorce par consentement mutuel dont les effets se règlent par une convention entre les époux, homologuée par le juge¹³¹, les effets patrimoniaux de tous les divorces judiciaires doivent être ordonnés par le juge qui prononce le divorce et ce, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux¹³².

4.3. Les effets du divorce à l'égard des enfants

Les enfants issus du mariage ne doivent pas avoir à souffrir du divorce de leurs parents. A cet effet, les enfants issus du lien dissous conservent tous les droits et privilèges qu'ils tiennent des lois ou des conventions matrimoniales de leurs parents¹³³. Les enfants seront confiés à l'époux qui a gagné le procès, c'est-à-dire celui au profit duquel le divorce est prononcé. Ceci exclut en principe celui aux torts duquel le divorce est prononcé, à moins que le tribunal n'ordonne, pour le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, que tous ou certains d'entre eux soient confiés aux soins, soit de l'autre époux soit d'une tierce personne. En la matière la décision du juge sera déterminée en fonction des renseignements recueillis ou à la demande de la famille ou du ministère public¹³⁴.

Dans certain cas, les femmes, faute de revenu, refusent de demander la garde des enfants¹³⁵. Cependant, les deux époux conservent le droit de surveillance, d'entretien et d'éducation des enfants quelle que soit la personne à laquelle ils seront confiés. Sauf circonstances exceptionnelles, un droit de visite est octroyé au parent qui n'a pas la garde.

¹²⁹ Art. 366 du CPF.

¹³⁰ Ce système est différent du droit civil français qui prévoyait un délai de viduité de 300 jours (couvrant une période de gestation de 9 mois) et qui a été aboli en 2004, de nouveaux moyens permettant de déterminer la paternité d'un enfant.

¹³¹ Art. 341 à 343 du CPF.

¹³² Pourvoi n°255 et 263 des 16 et 19 juin 2006, Arrêt n°166 du 6 août 2007, Section Judiciaire - 1ere Chambre Civile de la Cour Suprême (Divorce - dommages intérêts - discordance entre motifs et dispositif du jugement - liquidation et partage des intérêts matrimoniaux). Au sens des articles 47 et 48 du CMT, à la dissolution du mariage chaque époux qui apporte la preuve qu'un bien lui appartient sera autorisé à le reprendre, toutefois la preuve qu'un bien appartient à un époux sera administrée par acte authentique lorsqu'il s'agit d'un immeuble, la preuve de la propriété d'un bien meuble se fera par tout moyen ; lorsque la propriété d'un bien n'a pu être établie, ce bien sera partagé à égalité entre les époux.

¹³³ Art. 364 du CPF.

¹³⁴ Art. 369 du CPF.

¹³⁵ Ce fut le cas de l'une des personnes interviewées, Madame Assitan BALLO, qui à la suite de son divorce, est retournée vivre dans sa famille maternelle, sans ses enfants, mais reçoit de temps en temps la visite de ses enfants.

4.4. La pension alimentaire

Selon la jurisprudence recueillie, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé devra payer à l'autre une pension alimentaire au cas où celui-ci se trouverait dans le besoin par le fait du divorce¹³⁶. Même dans le cas d'un divorce aux torts partagés des époux, le juge en confiant la garde des enfants mineurs à leur mère peut condamner le mari au paiement d'une pension alimentaire¹³⁷.

Néanmoins, l'article 368 du CPF n'envisage plus que le cas de « l'épouse placée dans le besoin du fait du divorce prononcé aux torts du mari ». Celle-ci a droit à une pension alimentaire, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle pourrait aussi demander. La pension ne peut excéder le quart du montant des revenus du mari ; cette fraction est réduite dans le cas de mariages polygames.¹³⁸ La pension est versée pour un délai maximal de cinq ans, mais peut cesser d'être due plus tôt en cas de remariage de la femme, par exemple.

En cas de divorce, la pension alimentaire n'est souvent pas accordée et même si elle l'est, le montant est insignifiant, du fait de l'absence de revenu du mari, ou n'est pas versé. Dans de nombreuses situations concrètes, la femme qui ne travaille pas dépend totalement de son époux. Pourtant, nos entretiens ont révélé que certaines femmes ne réclament pas la pension qui leur est due, par ignorance ou même par simple pudeur. Cette absence de revenu à la suite du divorce place les femmes dans une situation précaire, en termes de logement par exemple. Même pour les femmes qui ont un revenu suffisant, les considérations sociales font qu'elles retournent souvent vivre dans leur famille pour échapper aux critiques, préjugés et difficultés d'une vie seule.

Enfin, il faut noter que selon la Cour Suprême, une demande de dommages-intérêts peut être faite tant sur la base de l'article 84 du CMT afin de réparer le préjudice matériel ou moral causé par la dissolution du mariage que sur la base de l'article 125 de la loi fixant le régime général des obligations (équivalent de l'article 1382 du Code civil) pour réparer tout dommage causé à autrui par sa faute, même d'imprudence, de maladresse ou de négligence¹³⁹.

¹³⁶ Arrêt n°160 du 7 mars 2012 de la Chambre civile de la Cour d'appel de Bamako (Divorce – garde des enfants et pension alimentaire).

¹³⁷ Jugement n°27 du 27 janvier 2011 du TPI de Sikasso (Divorce – garde des enfants et pension alimentaire) : « le tribunal a reçu les parties dans leur demande, confié la garde des enfants mineurs à leur mère dans l'intérêt de ceux-ci, condamné l'époux au paiement d'une pension alimentaire qui est fixée à 10 000F CFA par mois et par enfant et mis les frais à la charge des parties ».

¹³⁸ 1/8 pour 2 épouses; 1/12 pour trois épouses et 1/15 pour quatre épouse (art. 368).

¹³⁹ Pourvoi N°255 et 263 des 16 et 19 juin 2006, Arrêt N°166 du 06 août 2007, Section Judiciaire - 1ere Chambre Civile de la Cour Suprême. Ainsi, selon la Cour, en déboutant la femme de sa demande de dommages intérêts malgré les motifs pour lesquels le divorce a été prononcé aux torts exclusifs du mari, la Cour d'Appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 463 du Code de procédure civile, commerciale et sociale en raison de la discordance entre les motifs et le dispositif.

CONCLUSION

Les développements précédents ont permis d'examiner l'œuvre du législateur et du juge malien en matière du droit de la famille en général et du divorce en particulier. En 2011, le législateur a corrigé certaines discriminations qui subsistaient entre les époux dans le divorce. Il a aussi ouvert la voie du divorce non-contentieux. Ainsi le respect des choix individuels, le respect des droits humains et leur corollaire, l'égalité ou la non-discrimination ont été le slogan du nouveau Code des personnes et de la famille. Cependant, bien que le droit malien ait évolué, il n'en demeure pas moins des entraves à l'effectivité de l'équité entre les époux dans le divorce. Ce déséquilibre entre l'homme et la femme s'explique par la survivance très persistante d'us et coutumes qui font toujours loi dans certaines régions du pays. Cette coexistence entre la loi et les coutumes illustre le pluralisme juridique qui existe dans la société malienne et continue à poser de nombreux défis en matière de droits des femmes. En outre, un certain nombre des difficultés évoquées dans les développements précédents tiennent aussi aux difficultés économiques et sociales auxquelles le Mali se trouve confronté, qu'il s'agisse de la situation de précarité des femmes dans certains milieux ou des problèmes de fond et de ressources du système judiciaire malien pris dans son ensemble. Il apparaît donc que de nombreux efforts restent encore à fournir pour affiner le cadre législatif de la famille, encadrer les coutumes d'une manière qui respecte à la fois les aspirations locales et les droits de tous les maliens, tout en apportant un soutien pratique accru aux juridictions, aux institutions publiques, aux services sociaux, aux institutions traditionnelles et religieuses ainsi qu'à la société civile.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Voir aussi, *infra*, conclusions et propositions.

PARTIE 2 : LE NIGER

Cette partie est une version réduite et rédigée de l'étude sur le divorce au Niger produite par Monsieur Boukar YOURA, conseiller en droits humains à l'Institut Danois des droits de l'homme, avec Monsieur Mazou Moussa ABDOULAYE, juriste et Monsieur Ibrahima Halilou GUINSAOU, juriste de cabinet, sous la supervision du Docteur Boubacar HASSANE, enseignant chercheur à la Faculté des sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni de Niamey¹⁴¹.

Le mariage est sans doute un des phénomènes sociaux les plus marquants des sociétés humaines : tant les manières de le célébrer que les règles de sa dissolution varient d'un pays, d'une culture, d'un milieu à un autre. En ce qui concerne la dissolution du mariage au Niger, il existe non seulement une pluralité de règles qui s'y appliquent, mais aussi une multitude de formes de divorce et d'intervenants. Ceci n'est pas sans poser des problèmes de conciliation des normes applicables. Ainsi, relève-t-on au Niger quatre types de divorce : le divorce civil judiciaire, le divorce coutumier judiciaire, le divorce coutumier informel et la répudiation. Pour ce qui est du divorce civil judiciaire, il n'y a pas de difficultés particulières à appliquer les dispositions du Code civil. En revanche, lorsqu'il s'agit d'appliquer une coutume, des difficultés de conciliation ou de hiérarchisation se posent. Ainsi, sur le plan juridique, une lecture combinée des articles 171 de la Constitution du 25 novembre 2010¹⁴² et de l'article 63 de la loi 2004-50¹⁴³ permet de déterminer la place de la coutume dans la hiérarchie des normes juridiques : elle doit être conforme non seulement aux lois qui intéressent l'ordre public et la liberté des personnes, mais également aux traités ou accords régulièrement ratifiés, ainsi qu'à la constitution.

Dans la réalité quotidienne, les citoyens nigériens connaissent les coutumes en ce sens qu'elles leur sont endogènes et donc acceptées naturellement. Par contre, pour ce qui est des normes textuelles, qu'elles soient légales, internationales ou constitutionnelles, elles peuvent être perçues comme des normes « d'ailleurs », ésotériques, qui n'ont pas vocation à être invoquées devant le juge, ce qui les rend d'autant plus difficilement applicables. Ce qui est vrai pour les citoyens ordinaires l'est aussi, dans une certaine mesure, pour les magistrats responsables de l'application de la loi entendue au sens large. En effet, la connaissance par tous les juges des instruments internationaux relatifs aux droits humains n'est pas certaine, et même pour ceux qui connaîtraient ces instruments, leur application n'est pas chose aisée. En appliquant une coutume, le juge se trouve dans une situation confortable parce que les populations y adhèrent. Issus du même corps social, le juge est souvent aussi attaché

¹⁴¹ Voir YOURA, Boukar et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Niger*. Faculté de sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

¹⁴² « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Il faut préciser que le principe de réciprocité est inopérant en matière de droits humains.

¹⁴³ « Sous réserve du respect des conventions internationales régulièrement ratifiées, des dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes, les juridictions appliquent la coutume des parties : dans les affaires concernant [...] le divorce [...] ».

aux coutumes que les citoyens ordinaires. Certains auteurs sont d'ailleurs allés jusqu'à dire que ce sont les magistrats nigériens qui ont islamisé la jurisprudence en matière de statut personnel¹⁴⁴. Le cas de la répudiation est particulièrement illustratif de la situation juridique et pratique du divorce au Niger. La répudiation est une pratique coutumière en contradiction avec la Constitution et les instruments juridiques internationaux relatifs aux droits humains. Elle est pourtant, nous le verrons, la norme en matière de divorce et, de manière pragmatique, le législateur nigérien a tenu à en encadrer les effets.

De façon générale, il y a une réticence des pouvoirs publics qui, même s'ils sont conscients de leurs obligations nationales et internationales relativement aux droits humains, sont frileux par rapport à leur mise en œuvre effective comme nous l'avons vu concernant les réserves faites à la CEDEF par le gouvernement nigérien ou le refus de ratifier le Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo). De façon récurrente, toutes les tentatives visant à améliorer la situation de la femme dans le cadre du mariage ont jusqu'ici échoué au Niger ; il en est ainsi des différentes tentatives de faire adopter un Code de la famille¹⁴⁵. Dans le même sens, certaines recommandations faites au Niger, lors de son passage à l'Examen Périodique Universel (EPU) devant le Conseil des droits de l'Homme, ont trait à cette difficile intégration des droits de la femme dans l'ordonnement juridique du Niger¹⁴⁶.

C'est en tenant compte de ce contexte social et politique très complexe qu'une équipe de chercheurs nigériens s'est penchée sur la problématique du divorce et des droits humains au Niger. Les questions posées gravitent autour de deux axes : d'une part, une analyse à visée topographique des formes de divorce existant au Niger, des acteurs intervenants, des causes et effets du divorce ainsi qu'une identification du droit qui leur est applicable dans un contexte de pluralité de sources juridiques en matière de statut personnel. D'autre part, une analyse exploratoire des droits humains risquant d'être compromis dans une situation de divorce, ainsi que des défis qui se posent aux femmes en matière de divorce.

Pour ce faire, le groupe de recherche a adopté la méthodologie suivante : procéder, d'une part, à une analyse documentaire et, d'autre part, mener des enquêtes de terrain par entretiens et administration de questionnaires. L'analyse documentaire a concerné les textes nationaux et internationaux relatifs aux droits humains qui lient le Niger ; des décisions de justice des juridictions de la ville de Niamey et de celles de la région de Tahoua ont aussi été analysées. Des statistiques sur le divorce ont également été recueillies dans ces deux localités. Les résultats auxquels nous avons abouti sont ainsi présentés en quatre grandes parties : une typologie des divorces (1), l'accès au divorce (2), les causes de divorce (3) et les effets du divorce (4).

¹⁴⁴ Voir Actes du Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? » tenu à Niamey, du 21 au 23 novembre 2005.

¹⁴⁵ Voir Actes du Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », précité. Voir aussi l'échec du gouvernement nigérien à faire adopter un projet de loi visant à protéger les jeunes filles scolarisées.

¹⁴⁶ Il s'agit notamment des recommandations n° 76-12, 76-13 et 76-25. Tous les documents relatifs à l'EPU sont accessibles sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme :

www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/NESession10.aspx.

1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE DIVORCE

Au Niger, le divorce, entendu comme la dissolution d'un mariage valablement formé, revêt plusieurs formes. Contrairement à d'autres pays, il n'y est pas prononcé exclusivement devant le juge. Bien d'autres institutions habilitées ou non par la loi interviennent en cette matière. Ainsi, distingue-t-on quatre types de divorce.

1.1. Le divorce civil judiciaire

Il s'agit d'une dissolution de mariage qui résulte de l'application des dispositions du Code civil (articles 229 à 305) et qui a lieu devant le Tribunal de Grande Instance. Il convient de préciser que c'est le Code civil français de 1804 qui a été transposé au Niger avec quelques modifications mineures ; de fait, les citoyens nigériens ne s'y réfèrent pratiquement pas en ce qui concerne le mariage et le divorce. Seules quelques rares personnes qui se sont mariées sous le régime de ce code peuvent se le voir appliquer en cas de divorce. Ainsi, les décisions de divorce selon les dispositions de ce code sont assez rares¹⁴⁷ et c'est l'application des coutumes qui demeure quasiment la règle¹⁴⁸.

1.2. Le divorce coutumier judiciaire

C'est un divorce prononcé par le juge en application de la coutume des parties (si les deux époux sont régis par la même coutume), de la femme (si les deux époux nigériens sont de coutumes différentes) ou la coutume de l'époux nigérien (si la femme est étrangère)¹⁴⁹.

1.2.1. La coutume

Au Niger, la coutume fait partie intégrante de l'ordonnement juridique. Son application est seulement conditionnée par sa conformité aux traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés, aux lois et règles intéressant l'ordre public et la liberté des personnes¹⁵⁰.

En matière coutumière, ce sont les juridictions de proximité qui sont compétentes (tribunaux coutumiers, justices de paix, tribunaux d'instance ou justice de commune)¹⁵¹. L'appel d'un jugement coutumier de divorce se fait devant le Tribunal de Grande Instance plutôt que devant une cour d'appel. En matière de divorce coutumier, les juridictions ont l'obligation de s'adjoindre des assesseurs coutumiers, censés connaître la coutume des parties, du jugement de première instance jusqu'en

¹⁴⁷ Mais il en existe quand même. Voir arrêt n° 216 du 7 juillet 2008 de la chambre civile de la cour d'appel de Niamey.

¹⁴⁸ Voir jugement coutumier n° 08/12 du 24 février 2012 du Tribunal de Grande Instance hors classe de Niamey qui a annulé, en appel, un jugement coutumier du juge de la commune III de Niamey dans lequel celui-ci a appliqué une coutume alors même que les parties n'étaient pas régies par celle-ci.

¹⁴⁹ Art. 66 de la loi 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger.

¹⁵⁰ Art. 63 de la loi 2004-50 précitée.

¹⁵¹ Notons qu'en matière de divorce suivant les dispositions du Code civil, ce sont les tribunaux de première instance, les tribunaux régionaux ou les tribunaux de grande instance qui sont compétents (les appellations ont varié suivant les différentes organisations judiciaires qu'a connues le pays).

cassation¹⁵². Bien que ces assesseurs n'ont qu'une voix consultative, leur absence ou même le défaut de mention de leur identité dans la décision peut entraîner son annulation¹⁵³.

Le contenu des coutumes ainsi que leur connaissance sont sujets à caution. L'analyse des décisions judiciaires révèle qu'il n'y a véritablement pas de spécificités coutumières sur le divorce et que les mêmes assesseurs coutumiers seraient, à la limite, compétents pour se prononcer sur n'importe quel divorce coutumier. On peut en déduire que, ou bien la désignation des assesseurs ne s'effectue pas suivant la connaissance des coutumes mais plutôt sur celle de l'islam, ou bien les coutumes ont le même contenu sur les questions de divorce et ce contenu serait d'un fondement islamique. En effet, l'analyse de ces décisions amène à considérer qu'elles ont toutes été influencées par l'islam au point de ne pas remarquer des différences fondamentales dans leur application aux différents aspects de la rupture des liens conjugaux. Qu'on mette telle coutume sans l'épithète « islamisée », ou qu'on l'accompagne de celle-ci, l'influence de l'islam est toujours présente. Il n'est pas impossible de trouver une décision, en première instance, il est vrai, dans laquelle, il est tout simplement indiqué « coutume islamique » ou « coutume musulmane »¹⁵⁴. Dans les deux régions du pays où la collecte des décisions a été menée, on a relevé un éventail de coutumes, mais qui se recoupent toutes dans leur contenu par rapport au divorce. Il s'agit des coutumes suivantes : coutume adarawa ou coutume baadaré¹⁵⁵, coutume bouzou islamisée¹⁵⁶, coutume béri-béri musulmane¹⁵⁷, coutume djerma¹⁵⁸ ; coutume djerma islamisée ou musulmane¹⁵⁹ ; coutume haoussa¹⁶⁰ ; coutume haoussa islamisée ou musulmane¹⁶¹ ; cou-

¹⁵² Voir loi n°63-18 du 22 février 1963 (toujours en vigueur) en ses articles 36 (§2) et 38 ; loi 2004-50 du 22 juillet 2004 en ses articles 5, 43 et 84 ; le décret n° 62-221/MJ du 25 août 1962 portant application des articles 5 alinéa 3, 36 et 51 de la loi n° 62-11 du 16 mars 1962 ; Loi n° 90-10 du 13 juin 1990 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême.

¹⁵³ Dispositions de la loi n° 63-18 du 22 février 1963 fixant les règles de procédure à suivre devant les justices de paix (cette loi est encore appliquée). Voir aussi arrêt de la chambre judiciaire de la Cour suprême n° 93-24/C du 24 juin 1993 : « Attendu qu'à l'examen de la décision attaquée, la cour relève que le tribunal de Dosso, bien que siégeant en matière coutumière, ne s'est pas adjoint des assesseurs ; que dans ces conditions le tribunal n'était pas légalement formé ; que de ce fait la décision attaquée encourt cassation pour violation de l'article 5, alinéa 4, de la loi 62-11 du 16 mars 1962 ». Il est aussi indiqué dans le même arrêt que : « Sur le deuxième moyen soulevé d'office : violation des articles 36, alinéa 2, 37 et 38 de la loi 63-18 du 22 février 1963, en ce [que] la décision attaquée n'indique ni les noms des assesseurs, ni la coutume des parties et surtout qu'elle ne précise pas l'énoncé complet de la coutume appliquée ».

¹⁵⁴ Voir jugement coutumier n° 006 du 12 avril 1990 de la justice de paix de Tchintabaraden.

¹⁵⁵ Jugement n° 36 du 2 décembre 2005, jugement n° 007 du 20 octobre 2011 du Tribunal d'instance de Keita et jugement n° 002 du 5 mai 2011 du Tribunal d'instance de Keita.

¹⁵⁶ Jugement du 27 avril 2004 du Tribunal régional de Tahoua.

¹⁵⁷ Jugement coutumier n° 20 du 30 avril 2012 de la justice Niamey commune II.

¹⁵⁸ Jugement coutumier n° 260 du 13 novembre 2011 du 13 décembre 2011 de la justice Niamey commune III ; jugement coutumier n° 15 du 14 septembre 2010 de la justice Niamey commune I ; jugement coutumier n° 6/11 du 18 février 2011 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁵⁹ Jugement coutumier n° 82 du 5 juin 2012 de la justice Niamey commune III ; jugement n° 44 du 3 avril 2012 de la justice Niamey commune III ; jugement coutumier n°26/2010 du 15 février 2010 du tribunal d'instance de Madaoua ; jugement coutumier n° 26 du 25 mai 2012 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n° 17 du 15 juin 2007 du TGI hors classe de Niamey .

¹⁶⁰ Jugement coutumier n° 05 du 21 décembre 1998 de la justice de paix de Tchintabaraden (coutume haoussa des parties et application de la coutume musulmane en l'espèce) ; jugement coutumier n° 029 du 4 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n° 30 du 11 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey.

tume islamique¹⁶² ; coutume peulh¹⁶³ ou coutume peulh islamisée ou musulmane¹⁶⁴ ; coutume sonrai¹⁶⁵ ou coutume sonrai islamisée ou musulmane¹⁶⁶ ; coutume touarègue ou targuie¹⁶⁷, coutume touarègue islamisée ou musulmane¹⁶⁸. Ainsi, existe-t-il autant de coutumes que de groupes ethnolinguistiques, autant dire une multiplicité de mélanges de règles islamiques et de pratiques ancestrales ou contemporaines propres aux différents groupes. Dans un arrêt, la Cour suprême semble néanmoins ne pas admettre une coutume qui ne soit rattachable à aucun groupe ethno-linguistique¹⁶⁹. Dans d'autres décisions de justice, la règle coutumière est citée entre des guillemets alors même qu'il n'existe pas de support textuel des différentes coutumes dont il est fait application, sauf pour la « coutume islamique » ou « coutume musulmane »¹⁷⁰.

Le défaut de l'énoncé complet de la coutume appliquée et, *a fortiori*, l'absence totale de la mention de la coutume appliquée, entraîne l'annulation du jugement en appel ou en cassation. Ceci est un moyen pouvant être soulevé d'office par le juge à défaut de diligence des parties¹⁷¹. Par ailleurs, si les pratiques islamiques du divorce semblent être le fond commun des différentes coutumes, pour autant, le souci de respecter les spécificités ethnolinguistiques en matière de divorce n'est pas négligeable. En effet, l'application d'une coutume à la place d'une autre n'est pas tolérée par les juridictions supérieures et peut entraîner l'infirmité d'un jugement pour ce motif¹⁷². Enfin, ces coutumes sont évolutives, mais

¹⁶² Jugement coutumier n° 17 février 2012 de la justice Niamey commune III ; jugement coutumier n°48/2010 du 8 mars 2010 du tribunal d'instance de Madaoua ; jugement coutumier n° 18/11 du 8 juillet 2011 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶³ Jugement coutumier n°006 du 12 avril 1990 de la justice de paix de Tchintabaraden. Il faut observer que ce jugement aurait pu faire l'objet d'annulation en appel si l'une des parties était opposée à l'application de cette coutume islamique. C'est ce qui ressort dans le jugement coutumier n° 011 du 16/06/2006 du TGI hors classe de Niamey relativement à un divorce dans lequel l'une des parties s'est réclamée d'être de coutume chrétienne. En l'espèce, le juge a affirmé qu'« il n'y a pas de coutume chrétienne mais seulement la religion chrétienne ».

¹⁶⁴ Jugement coutumier n° 12/2011 de la justice Niamey commune V ; jugement coutumier n° 28 du 26 septembre 2008 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n° 02 du 2 février 2007 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶⁵ Jugement coutumier n° 18 du 24 juin 2002 du tribunal d'instance de Tchintabaraden ; jugement coutumier n°46/2011 du 22 décembre 2011 de la justice Niamey commune 5 ; jugement coutumier n°14/2010 du tribunal d'instance de Madaoua.

¹⁶⁶ Il est dit parfois coutume djerma-sonraï, voir jugement coutumier n° 10 du 11 avril 2008.

¹⁶⁷ Jugement coutumier n° 006 du 14 mars 2008 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶⁸ Jugement coutumier n°006 du 20 février 2009 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶⁹ Jugement coutumier n°265 du 20 décembre 2011 de la justice Niamey commune III ; jugement n°11 du 24 octobre 2005 du tribunal d'instance de Tchintabaraden ; jugement coutumier n°8 du 18 mars 2002 du tribunal d'instance de Tchintabaraden.

¹⁷⁰ Arrêt n°06-127 du 27 avril 2006 de la chambre judiciaire de la Cour suprême : « Mais attendu qu'en droit, comme l'a souligné le juge d'appel, que la coutume "gaoboro islamisée" n'existe pas, "Gaoboro" signifiant "gens de Gao" ; que ces "gens de Gao" peuvent être touareg, comme ils peuvent être sonrai ; que sur ce point, en annulant la décision qui lui est déferée, le juge d'appel a fait une saine application de la loi ».

¹⁷¹ Notons que même dans ce cas, il n'est fait référence à aucun verset coranique, ni à aucun écrit islamique.

¹⁷² Voir arrêt n°94-12/C du 14 avril 1994 de la chambre judiciaire de la Cour suprême ; arrêt n°06-127 du 27 avril 2006 de la chambre judiciaire de la cour suprême ; jugement coutumier n°41 du 2 décembre 2011 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n°26 du 25 mai 2012 du TGI hors classe de Niamey. Dans les 2 arrêts, il a été relevé, d'office par les juges, la violation de l'article 38 de la loi n°63-18 du 22 juillet 1963 fixant les règles de procédure à suivre devant les justices de paix statuant en matière civile et coutumière.

¹⁷³ Par exemple, dans le jugement coutumier n°17 du TGI hors classe de Niamey en date du 5 juin 2009, on peut lire : « Attendu que toutes les parties ont soutenu qu'elles sont de coutume Sonrai ; Qu'aux termes de l'article 63 al.2 de la loi n°2004-50 [...], les juridictions appliquent la coutume des parties ; Attendu qu'en l'espèce le premier juge dans sa décision a retenu effectivement la coutume Touareg comme coutume des parties ; par conséquent, il échet de dire que le premier juge a fait une mauvaise application de la coutume des parties. ». Plus loin, dans le dispositif de la décision, on peut lire : « Au fond, infirme particulièrement le jugement attaqué dont ses dispositions relatives au préliminaire de conciliation et au non-respect de la coutume des parties ; ».

leur applicabilité devant les juridictions n'est permise qu'en conformité avec l'ordre public en vigueur, les conventions internationales régulièrement ratifiées et en tenant compte du caractère fondamentalement évolutif de toute norme coutumière et de l'évolution générale du pays.¹⁷³

En ce qui concerne les compétences des assesseurs coutumiers qui sont censés être les dépositaires des coutumes qui éclairent les juges, il n'est exigé aucune qualification en matière islamique, bien que la réalité laisse supposer que cela soit nécessaire, compte tenu de l'influence islamique ci-dessus évoquée. Ainsi, les textes applicables ne sont pas précis en ce qui concerne les compétences qu'il faut avoir pour être désigné assesseur coutumier¹⁷⁴, sauf en ce qui concerne la chambre judiciaire de la cour suprême statuant en matière coutumière qui « est tenue de s'adjoindre deux assesseurs parlant français qui seront soit de la coutume des parties, soit notoirement reconnus pour leur compétence en ces matières »¹⁷⁵. De fait, le constat qu'on peut faire, à la suite de l'analyse des décisions recueillies dans ces deux régions, est que, pour être assesseur coutumier, il est nécessaire d'avoir des solides connaissances des pratiques islamiques en plus de son appartenance à un groupe ethnolinguistique ou de connaissances notoires des pratiques de ce groupe en matière de divorce. Il reste néanmoins à se poser la question de savoir si, avec la rémunération modique voire dérisoire¹⁷⁶ des assesseurs prévue par le décret ci-dessus évoqué, les juridictions sont dans la possibilité de s'adjoindre des assesseurs ayant réellement ces compétences.

1.2.2. La procédure du divorce judiciaire coutumier

La procédure du divorce judiciaire coutumier commence par une phase préliminaire de conciliation obligatoire devant le juge de proximité compétent en première instance¹⁷⁷. Le juge est tenu de tenter de dissuader les parties qui se présentent à lui pour un divorce. Le non-respect de cette étape peut entraîner l'annulation du jugement rendu par le juge sauf dans les cas d'extrême urgence¹⁷⁸. Si la tentative échoue, la juridiction saisie dresse un procès-verbal de non-conciliation et statue en chambre de conseil.

La présence des assesseurs de la coutume des parties est obligatoire, comme il a été dit plus haut, surtout celle de l'assesseur de la coutume de la femme. En effet, c'est la coutume de la femme qui est appliquée tant qu'elle est nigérienne et que cette coutume n'est pas en contradiction avec les conventions internationales

¹⁷³ Voir ces conditions rappelées par la chambre judiciaire de la Cour suprême (Arrêt Cour d'Etat n°83-2/C du 20 janvier 1983) et stipulées dans la loi 2004-50 (conformité aux conventions internationales régulièrement ratifiées).

¹⁷⁴ Décret n°62-221/MJ du 25 août 1962 portant application des articles 5 alinéa 3, 36 et 51 de la loi n°62-11 du 16 mars 1962 déterminant l'organisation judiciaire dans la République du Niger. L'article 1^{er} de ce décret dispose que : « Les assesseurs de statut de droit local que les juges de paix, les juges des tribunaux de première instance, les tribunaux de première instance et les sections des tribunaux sont tenus de s'adjoindre, lorsqu'ils statuent en matière coutumière, seront choisis sur une liste dressée en début de chaque année judiciaire, par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, sur proposition du ministre de l'intérieur.

¹⁷⁵ La loi n°90-10 du 13 juin 1990 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la cour suprême. Disposition reconduite dans la loi n°2000-10 du 14 août 2000 déterminant la composition, les attributions et le fonctionnement de la cour suprême en son article 31.

¹⁷⁶ 500 FCFA par vacation dans une juridiction de première instance, 1000 FCFA par vacation dans une juridiction d'appel suivant l'article 5 de ce décret du 25 août 1962.

¹⁷⁷ Disposition de la loi de 1963 sur les règles de procédure à suivre devant les justices de paix toujours en vigueur.

¹⁷⁸ Arrêt n°96-33/C du 6 juin 1996 de la chambre judiciaire de la cour suprême ; voir aussi jugement coutumier n°17 du 5 juin 2009 du TGI hors classe de Niamey.

régulièrement ratifiées par le Niger, les dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public et la liberté des personnes et que la femme n'y a pas renoncé¹⁷⁹. Les assesseurs n'ayant qu'une voix consultative, c'est au juge qu'il appartient de prendre la décision après avoir entendu les parties.

Les parties sont présentes avec ou sans l'assistance d'un avocat. Ainsi, sur 36 jugements en appel recueillis au TGI hors classe de Niamey, 21 jugements se sont passés sans que les parties ne soient assistées de leur avocat ; 13 se sont déroulés avec l'assistance d'un avocat pour chacune des parties ; deux jugements se sont passés avec l'assistance d'un avocat pour la femme et deux jugements se sont passés avec l'assistance d'un avocat pour l'époux. En revanche, aucun des jugements recueillis dans les tribunaux de première instance n'indique la présence d'un avocat¹⁸⁰.

L'acte d'appel se fait au greffe de la juridiction qui a rendu le jugement, dans les deux mois à partir de la date de la décision. Pour le pourvoi en cassation, le délai est d'un mois à partir de la date du jugement en appel¹⁸¹.

1.3. Le divorce coutumier informel

Le chercheur Boubacar HASSANE a identifié qu'au Niger des autorités interviennent, de manière informelle et en l'absence de toute habilitation légale, en matière de dissolution du mariage : les chefs coutumiers et les autorités religieuses¹⁸². Si les chefs traditionnels ont une compétence de conciliation¹⁸³, cela n'est pas le cas pour les autorités religieuses auxquelles il n'est reconnu aucun pouvoir pour traiter des questions de divorce. De surcroît, ces autorités religieuses délivrent des actes de divorce qui ressemblent fort bien à des décisions juridictionnelles¹⁸⁴.

Des recherches menées au siège de l'Association Islamique du Niger (AIN) à Niamey montrent que cette association prononce tous les ans plusieurs centaines de divorces (constats de répudiation ou décisions de divorce)¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Art. 63 et 66 de la loi 2004-50.

¹⁸⁰ Six jugements recueillis à la Justice Niamey commune II ; sept jugements à la Justice Niamey commune V ; 24 jugements TI de Tchintabaraden.

Le pourvoi en cassation se fait par déclaration au greffe de la juridiction d'appel. Un nombre important d'arrêts de la Cour suprême indique que les parties n'ont pas produit de mémoire et se sont contentées de faire la formalité du pourvoi. Dans ce cas, « [...]le requérant qui ne produit pas de mémoire pouvant contenir les moyens de droit à l'appui de sa déclaration de pourvoi, ne permet pas à la cour d'exercer son contrôle conformément à la loi ». Cependant, le pourvoi reste toujours utile car la Cour suprême peut, même à défaut de mémoires des parties, soulever d'office des moyens de cassation. Voir arrêt n°07-068 du 22 mars 2007 de la chambre judiciaire de la Cour suprême.

¹⁸¹ HASSANE B., « Prolégomènes à une éventuelle réforme du droit du divorce au Niger » in Stéphanie LAGOUTTE et Nina SVANEBERG (dir.), *Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines*, Karthala, 2011, p. 140.

¹⁸² Art. 15 al. 1^{er} de l'Ordonnance n°93-028 du 30 mars 1993 portant statut de la chefferie traditionnelle telle que modifiée par la loi n° 2008-22 du 23 juin 2008 : « Le chef traditionnel dispose du pouvoir de conciliation des parties en matière coutumière, civile et commerciale. »

¹⁸³ Voir annexes 3 et 4 de la version longue de l'étude sur le divorce au Niger (YOURA, Boukar et al., 2014 précitée).

¹⁸⁴ 640 divorces en 2000, 1008 en 2005, 287 en 2011. Voir le tableau statistique dans la version longue de l'étude sur le divorce au Niger (YOURA, Boukar et al., 2014 précité). Voir aussi : La répudiation, une autre forme de violation des droits des femmes, *Aïcha*, n° 17, Mars-Avril 2010, p. 10.

¹⁸⁵ HASSANE B., précité, p. 128.

1.4. La répudiation

« La répudiation est une forme de dissolution unilatérale du mariage par le mari, qui en a le pouvoir exclusif et discrétionnaire¹⁸⁶ ». Telle que définie, la répudiation peut faire l'objet de constat par l'autorité judiciaire, de façon légale¹⁸⁷, ou par l'autorité coutumière ou religieuse, de façon informelle. De par l'ampleur de ce type de dissolution du lien matrimonial, l'on pourrait dire qu'elle est la forme de divorce la plus usitée au Niger étant donné que les cas constatés judiciairement dépassent largement les divorces coutumiers judiciaires prononcés, sans même prendre en considération les cas n'ayant pas fait l'objet de constat que l'on imagine encore plus nombreux¹⁸⁸.

L'islam ne recommande pas le divorce et ne peut être, *a fortiori*, un facteur explicatif du taux élevé de répudiations au Niger. Bien au contraire, le divorce, de manière générale, est « La chose autorisée par Allah et la plus détestée de lui¹⁸⁹. » Ainsi la pratique de la répudiation semble principalement subsister parce que les hommes n'ont pas éprouvé la nécessité de l'éradiquer. Les gouvernements ont peur d'initier des réformes allant dans le sens d'améliorer la condition de la femme dans les relations matrimoniales parce qu'ils craignent que lesdites réformes ne soient pas approuvées par la majorité au parlement où les femmes sont sous-représentées ; ces gouvernements redoutent aussi que l'électorat masculin ne se retourne contre eux lors d'échéances électorales futures.

Après l'échec de plusieurs tentatives en vue d'amener à l'adoption d'un code de la famille au Niger, il n'y a actuellement aucun texte légal qui régit spécialement la répudiation. Bien qu'elle soit considérée comme une prérogative du mari de rompre unilatéralement les liens du mariage et qu'elle ait lieu, en principe, en dehors du cadre judiciaire, les juges nigériens y interviennent de plus en plus. En effet, ils sont amenés à la constater par l'établissement d'une preuve écrite à la demande de l'ex-époux. Si le juge ne se prononce pas sur l'opportunité ou le bien-fondé de la décision du mari de mettre un terme au mariage, il peut, en revanche à cette occasion, donner certains effets à l'acte de constat ou à travers l'ordonnance qu'il prend pour influencer sur les conséquences de cette répudiation. Ainsi, dans l'acte qu'il établit, le juge reconnaît la volonté du mari en précisant très souvent que la coutume et la religion musulmane autorisent la répudiation ; il décide alors sur le sort des enfants issus du couple sur requête ou d'office, sauf lorsqu'il en existe un accord amiable entre les parties¹⁹⁰, se prononce éventuellement sur les biens personnels des ex-époux, le respect ou non du délai de viduité¹⁹¹... De fait, certains actes de répudiation contiennent la plupart des indications que peut contenir un jugement coutumier de divorce et l'on a souvent du mal à distinguer les deux, sauf par la dénomination qu'ils portent.

¹⁸⁶ Article 79 al. 1^{er} de la loi 2004-50.

¹⁸⁷ A titre illustratif, pour l'année 2010, il y a eu, à Niamey, 398 répudiations constatées contre 99 divorces prononcés ; pour la même année, dans la région de Tahoua, il y a eu 234 répudiations constatées contre 99 divorces prononcés. (Direction de la statistique du Ministère de la justice).

¹⁸⁸ D'après un hadith dans lequel Abou Dawoud et Ibn Mâjah de Ibn Omar rapportent les propos du Prophète Mahomet, magazine *Aïcha*, précité, p. 10.

¹⁸⁹ Art. 79 al. 2 de la loi 2004-50.

¹⁹⁰ Voir PV de constat de répudiation du TGI de Tahoua du 7 février 2008 ; PV de constat de répudiation n°081/2012 du 31 mai 2012 du juge commune 1 de Niamey ; certificat de répudiation n°44 /11/JCV du 27 septembre 2012 du juge commune 5 de Niamey.

¹⁹¹ PV de constat de répudiation n° 007/2011 du 3 mars 2011 du juge commune 1 de Niamey.

Exemple de procès-verbal de répudiation :

« Par devant nous Amadou Djirmey Ibrahim, Juge au Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, plus spécialement chargé des affaires Civiles, Commerciales et Coutumières de la Commune I ; A comparu le nommé [X], né le [...] à [...], demeurant à Niamey quartier Recasement, lequel déclare venir nous saisir pour constater la répudiation de son épouse la nommée [Y], née le [...], demeurant à Niamey quartier Recasement, pour incompatibilité d'humeur ce jour 03/03/2011 ; Attendu que de leur union célébrée le[...] à [...] sont issus trois (3) enfants [...]dont l'aîné [...], le deuxième âgé de 15 ans se trouvant avec sa mère et le dernier âgé de 9 ans et qui vit avec son père ; Attendu que la présente répudiation est conforme à la coutume Haoussa de la femme ; qu'il échet de la constater ; Par ces motifs : Constatons la répudiation de la dame [Y] ; Annulons l'acte de mariage n° [...] les concernant ; Confions la garde du deuxième enfant à sa mère et celle du dernier à son père ; Fixons la pension alimentaire du deuxième enfant à 25.000 F par mois sans compter les frais de scolarité, d'habillement et de santé ; Condamnons le père au paiement de ladite pension alimentaire ; Ordonnons la restitution des effets personnels ; Disons que dame [Y] doit observer le coutumier délai de vi- duité de trois (3) périodes menstruelles avant de pouvoir contracter valablement toute nouvelle union ; De tout quoi nous dressons le présent procès-verbal pour servir et valoir ce que de droit. »¹⁹²

S'il n'y a pas d'obligation légale à déclarer la répudiation devant le juge pour l'époux qui la pratique, il y a par contre une obligation légale pour le juge de donner les suites voulues par le législateur une fois qu'une répudiation lui a été déclarée. Ainsi, l'article 79 de la loi 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en république du Niger fait obligation au juge saisi par l'époux qui a répudié sa conjointe, de statuer, sauf dans le cas où il existe un accord amiable entre les parties homologué par un juge compétent, sur les conséquences de cette répudiation. Néanmoins, la question de l'intérêt de l'époux à faire constater la répudiation par le juge se pose puisqu'en général, de ce constat résultent des charges pécuniaires pour lui. Mais les juges peuvent également être saisis par le couple ou par la femme répudiée seule pour se prononcer sur la garde des enfants ainsi que sur leur pension alimentaire. Ainsi, ce qui semblait être au tout début une initiative marginale de quelques juges¹⁹³ a fini par prendre une certaine ampleur. Par la disposition de l'article 79 de la loi précitée, le législateur a entendu maîtriser, un tant soit peu, les effets néfastes de la répudiation sur les droits des enfants issus du couple et ceux de leur mère répudiée. C'est cette brèche qui a permis aux juges d'avoir un droit de regard sur la manière dont la répudiation s'effectue. De plus, le non-respect de la procédure de répudiation par les maris peut amener le juge à accorder des dommages-intérêts à la femme suite à une répudiation jugée abusive¹⁹⁴.

Il existe deux grande catégories d'actes judiciaires consécutifs à la répudiation : les constats de répudiation (1) et les ordonnances aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire (2).

¹⁹² Certificat de répudiation n° 66 du 16 juillet 1992 du Tribunal de la commune Niamey II et certificat de répudiation n° 279 du 26 décembre 2001 du Tribunal de la commune Niamey II. Ce sont les plus anciens certificats de répudiation qui ont été recueillis lors de la collecte des décisions de justice à Niamey et dans la région de Tahoua.

¹⁹³ Voir jugement coutumier n° 15 du 14 septembre 2010 de la justice Niamey commune I. En l'espèce, le mari a d'abord abandonné le foyer conjugal avant de prononcer la répudiation par envoi d'un message téléphonique.

¹⁹⁴ PV de constat de répudiation n°16/TI/I/2011 du Tribunal d'instance d'Illéla.

1.4.1. Les constats de répudiation

Les différentes formes de constats de répudiation ont quasiment le même contenu et les mêmes effets ; la différence de dénomination n'a presque pas d'importance. Les principales mentions qui figurent sur ces actes sont : le nom de la juridiction où l'acte a été établi ; la dénomination de l'acte (PV de constat de répudiation, PV de répudiation, certificat de répudiation, constat de répudiation) avec un numéro de référencement ; la date de l'établissement de l'acte ; la composition de l'instance qui statue (juge assisté de son greffier, en général), en présence d'assesseurs coutumiers (rarement), d'un avocat du répudiateur (rarement) ; la comparution de l'époux devant le juge ; la conformité de la répudiation à la coutume des parties et/ou à la religion musulmane ; et la mention que le juge donne acte à la demande du mari.

Le Procès-verbal de constat de répudiation est généralement établi, à la demande de l'époux qui a comparu, par le juge assisté d'un greffier. Mais il peut arriver qu'il soit établi en présence de deux assesseurs coutumiers¹⁹⁵. Il apparaît comme un véritable jugement de divorce sauf que l'on ne mentionne pas la présence de l'épouse répudiée et cela en dépit de ce que certains aspects de l'acte laissent croire qu'elle est quelquefois présente ou représentée : « constatons le remboursement de la somme de 15.000 F par la femme au profit du mari¹⁹⁶ » ou bien : « attendu que les parties ont déclaré que le mariage n'a point été consommé, il y a lieu de dispenser I. A. du délai de viduité¹⁹⁷ ». L'acte contient un « attendu » selon lequel la répudiation est conforme à la coutume des parties ou que la religion musulmane et la coutume des parties reconnaissent à l'époux le droit unilatéral de répudiation. On peut aussi remarquer, qu'en général, les juges vont au-delà de ce qui leur est demandé dans la disposition de l'article 79 de la loi 2004-50. Il en va ainsi de l'observation ou non du délai de viduité par la femme répudiée, les frais de santé et d'habillement dus par le père qui n'a pas la garde des enfants. Quelquefois, l'établissement du PV de constat de répudiation se fait avec l'assistance d'un avocat, conseil du « répudiateur », et se présente quasiment comme un jugement.

La pratique de l'établissement du **certificat de répudiation** n'est pas la conséquence de l'application de la loi 2004-50 car il existe des certificats de répudiation qui lui sont antérieurs¹⁹⁸. Cela peut laisser supposer que le législateur s'est inspiré de cette initiative des juges pour insérer la disposition de l'article 79 dans la loi 2004-50. Le certificat de répudiation est établi, en général, en l'absence d'assesseurs, par le juge assisté de son greffier à la demande du « répudiateur » ou de son représentant. Il arrive que le certificat de répudiation soit établi en présence des deux assesseurs représentant la coutume des parties, ce qui amène à se demander s'il s'agit réellement d'une répudiation, de surcroît si l'acte mentionne certaines transactions entre les deux ex-époux¹⁹⁹.

¹⁹⁵ PV de constat de répudiation du 7 février 2008 du TGI de Tahoua.

¹⁹⁶ PV de constat de répudiation n°24/TI/ABK du 5 août 2010 du Tribunal d'instance d'Abalak.

¹⁹⁷ Voir par exemple, certificat de répudiation n°66 du cabinet du juge Niamey commune II en date du 16 juillet 1992 ; certificat de répudiation n°279 du 26 décembre 2001 du juge Niamey commune II précités.

¹⁹⁸ Certificat de répudiation n°006/012 du tribunal d'instance de Keita du 25 mai 2012.

¹⁹⁹ Certificat de répudiation n°17 du 30 janvier 2012 du cabinet du juge Niamey Commune II.

Le certificat de répudiation peut contenir des mentions sur la garde des enfants et leur pension alimentaire ou être assorti d'une ordonnance du juge aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire. Quelquefois, il est précisé dans le certificat que la décision sur la garde des enfants et leur pension alimentaire est réservée (différée), ce qui sous-entend qu'il devrait y avoir une enquête sociale ultérieure dont l'objectif est de déterminer celui qui doit avoir la garde dans l'intérêt supérieur de l'enfant²⁰⁰. Tout comme le PV de constat de répudiation, le certificat de répudiation peut contenir des mentions sur les frais de santé, de scolarité ou d'habillement en plus de la pension alimentaire dus par le père qui n'a pas obtenu la garde des enfants. Une des particularités du certificat de répudiation est que le juge applique souvent des règles coutumières en ce qui concerne la garde des enfants et leur pension alimentaire en l'absence des assesseurs coutumiers censés en être les dépositaires. La référence à l'âge de sept ans révolus ou non de l'enfant afin d'attribuer la garde en est révélatrice.

Le certificat de répudiation peut aussi comporter une transaction sur la dot et les effets personnels de la femme. Les exemples ici sont nombreux. Un certificat de répudiation fait mention d'un *nota bene* selon lequel « Les deux parties conviennent de ce qui suit : M. M. va garder les effets de Z. S. se trouvant chez lui en lieu et place de sa dot de 50.000 F.²⁰¹ » D'autres certificats évoquent le remboursement de la dot par la femme²⁰². Le certificat peut contenir aussi une transaction sur le remboursement par la femme des frais engagés par le mari lors du mariage en échange de la répudiation²⁰³. Ces indications sont assez curieuses dans le cadre d'une répudiation où il n'y a pas, en règle générale, de remboursement de la dot par la femme. Si l'article 79 concerne la dévolution des biens communs, on a du mal à concevoir que la dot soit un bien commun. Ceci amène à s'interroger, pour certains cas, sur la nature réelle de cet acte dit « certificat de répudiation ». Il peut même arriver que le mari fasse appel du certificat de répudiation²⁰⁴.

Le constat de répudiation est établi dans les mêmes formes qu'un certificat de répudiation, en l'absence des assesseurs par le juge assisté de son greffier. Ses effets sont l'annulation de l'acte de mariage, le constat de l'existence ou non d'enfants issus du couple sans qu'il n'y ait d'indications sur leur garde et leur pension alimentaire. Ce dernier élément laisse supposer que ces questions seront réglées par un acte séparé tel qu'une ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire du même juge²⁰⁵.

²⁰⁰ Certificat de répudiation n°46/12 du 26 juillet 2012 du cabinet du juge Niamey commune II.

²⁰¹ Certificat de répudiation n°25/2011 du 25 mai 2011 du juge de commune Niamey IV : « constatons le remboursement de la dot par Dame M. M. Y. le 30.12.2010 ; constatons que M. D. a récupéré son argent dans le cahier de décharge le 18.04.2011 ». Voir aussi le certificat de répudiation n°030/2012 du 10 avril 2012 du juge de commune Niamey IV.

²⁰² Certificat de répudiation n°006/012 du 25 mai 2012 du tribunal d'instance de Keita : « Donnons acte à H. I. de sa décision consistant à répudier son épouse S. L. A. en échange du paiement par celle-ci de la somme de 50.000 frs représentant l'argent engagé lors dudit mariage ».

²⁰³ Jugement coutumier n°10 du 11 avril 2008 du TGI hors classe de Niamey. En l'espèce, le mari a prétendu n'avoir pas été entendu par le juge qui a établi le certificat de répudiation, d'une part, et que, d'autre part, le certificat a été établi en l'absence du greffier. Quant à l'épouse, elle a soutenu que c'était le mari qui « a demandé [au] magistrat de lui accorder le divorce » lors de la tentative de conciliation des parties. Le juge d'appel s'est déclaré incompétent pour statuer sur un appel en matière de répudiation et a renvoyé les parties et la cause devant le juge civil en se fondant sur l'article 63 de la loi 2004-50.

²⁰⁴ Voir les constats de répudiation du juge du 3^e arrondissement de Niamey, par exemple : constat de répudiation n°039/2012 du 25 avril 2012.

²⁰⁵ PV de répudiation n°04/TI/ABK du 8 avril 2011 du Tribunal d'instance d'Abalak.

Le procès-verbal de répudiation est établi par le juge assisté d'un greffier dans les mêmes formes qu'un constat de répudiation. Il y est constaté la répudiation ainsi que l'attribution de la garde d'enfants issus du couple. Le constat de répudiation et le PV de répudiation ont la particularité d'être succincts, c'est-à-dire de comporter peu d'indications²⁰⁶.

1.4.2. L'ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire

Cette décision du juge sur les conséquences de la répudiation a généralement trait aux aspects suivants : constater la rupture des liens du mariage entre les époux ; annuler l'acte de mariage s'il en existe ; attribuer la garde des enfants et la condamnation du père au paiement d'une pension alimentaire s'il n'a pas obtenu leur garde ; condamner le père au paiement des frais de scolarité, de santé et d'habillement²⁰⁷ (sans évaluation des frais comme c'est le cas pour la pension alimentaire) ; déterminer les modalités du droit de visite et d'hébergement des enfants ; astreindre la femme à l'observation du délai de viduité ou l'en dispenser²⁰⁸. Suivant la disposition de l'article 79 de la loi 2004-50, cette ordonnance est exécutoire par provision et est susceptible des voies de recours ordinaires.

L'ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire est prise à la suite d'un constat de répudiation. Lorsqu'il n'y a pas eu d'accord amiable et valide entre les parties sur la garde des enfants et leur pension alimentaire, elle résulte de la saisine du juge²⁰⁹ soit par une des parties, soit par les deux parties d'un commun accord, ou d'une auto-saisine obligatoire du juge à défaut d'être saisi²¹⁰. Dans la pratique, c'est la femme répudiée qui saisit généralement le juge par rapport à la garde d'enfant et à la pension alimentaire dans les cas de répudiation qui s'apparentent, sur beaucoup d'aspects, à des divorces judiciaires. C'est pour cette raison qu'on la trouve souvent jointe à l'acte de constat de répudiation et porte la même date que ce dernier. L'ordonnance peut aussi être prise pour homologuer un accord amiable entre les parties sur la garde des enfants et la pension alimentaire²¹¹. L'ordonnance contient des indications sur l'attribution de la garde d'enfant ainsi que le montant de la pension alimentaire et les garanties de son paiement²¹². On peut relever la pratique d'un juge du 5^e arrondissement de Niamey qui assortit systématiquement chaque certificat de répudiation d'une ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire dès lors qu'il est issu un enfant de l'union dissoute²¹³.

²⁰⁶ Seuls les frais de scolarité ont été prévus par l'article 79 de la loi 2004-50.

²⁰⁷ De façon générale, tous les actes de répudiation comportent cette mention. Il semble que les juges étendent à la répudiation une jurisprudence constante en matière de divorce ; le délai de viduité ne figure pas, en effet, parmi les questions sur lesquelles le juge est tenu de statuer conformément à l'article 79 de la loi 2004-50.

²⁰⁸ Tribunal d'instance en région de Tahoua et du juge de commune à Niamey.

²⁰⁹ Art. 79 de la loi 2004-50.

²¹⁰ Ordonnance aux fins de garde d'enfants et de pension alimentaire du président du tribunal d'Abalak du 11 janvier 2012.

²¹¹ Ordonnances prises par le juge du 5^e arrondissement de Niamey et ordonnance et ordonnance du président du tribunal d'Abalak qui porte cette mention : « Disons qu'en cas de difficultés il nous en sera référé ».

²¹² Par exemple : certificat n°44/11/JCV du 27 septembre 2011 assorti de l'ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire n° 043 de la même date.

²¹³ Voir les Actes du colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? » et Rapport de la Conférence groupe du 22 décembre 2012 tenue à l'ENAM par Madame Diallo Achibi MAHADI et Monsieur Mohamed Taha MAYAKI sur le thème « Répudiation au Niger : Éléments d'une enquête dans la ville de Niamey ».

2. ACCÈS AU DIVORCE

La pluralité des types de divorce au Niger a des conséquences sur la position en droit et en fait des hommes et des femmes en ce qui concerne l'initiative du divorce et plus généralement l'accès au divorce.

L'homme dispose du pouvoir discrétionnaire de répudier sa femme, le plus souvent sans même observer les conditions prescrites par la coutume ou la religion²¹⁴. Seuls les hommes qui se sont mariés sous le régime du Code civil ne disposent pas de cette faculté et sont obligés de s'adresser au juge pour voir leur mariage dissout. Pour les femmes, quel que soit le type de divorce auquel elles veulent accéder, il leur faut nécessairement l'intervention des instances traditionnelles, religieuses ou juridictionnelles. Cette seule entremise peut être un obstacle au divorce quand on prend en compte le fait que les instances traditionnelles et religieuses ont la particularité d'être constituées exclusivement d'hommes. Les femmes seront ou non en mesure de franchir ce premier obstacle en fonction, entre autres, de leur âge, leur milieu, leur niveau d'instruction, leurs expériences et leur personnalité.

Pour la saisine du juge, les femmes nigériennes qui vivent majoritairement en milieu rural devront assumer des coûts liés à leur déplacement²¹⁵ et à leur prise en charge pendant le séjour au lieu où la juridiction est implantée. La carte judiciaire du Niger laisse en effet apparaître une faible couverture du territoire par le service public de la justice²¹⁶. Le nombre des magistrats par rapport à l'effectif total de la population demeure également insuffisant²¹⁷. Ces facteurs expliquent les lenteurs et lourdeurs judiciaires qui contribuent à asseoir le sentiment d'inefficacité de la justice²¹⁸. Il faut ajouter que l'assistance d'un avocat est dans la grande majorité des cas impossible parce que ceux-ci sont rares à s'être implantés en dehors de la capitale. Dans certains cas enfin, pour les femmes qui parviennent à accéder au juge, il arrive que celui-ci décide que le divorce ne produira ses effets qu'à partir du paiement (remboursement) de sa dot par la femme²¹⁹. Si celle-ci n'a pas les moyens de s'ac-

²¹⁴ La carte judiciaire du Niger montre qu'il y a un grand besoin de rapprocher la justice du justiciable ; cela est d'ailleurs une des recommandations des états généraux de la justice organisés, à Niamey, du 26 au 30 novembre 2012 : « Révision de la carte judiciaire du Niger afin de rapprocher davantage la justice des justiciables » ; « Rapprocher la justice des justiciables par la création de juridictions à moyen terme dans les nouveaux départements et à long terme dans les chefs-lieux de commune ».

²¹⁵ Pour les femmes rurales, en matière de divorce, la juridiction de proximité est le Tribunal d'Instance (TI) et la juridiction d'appel est le Tribunal de Grande Instance (TGI). Suivant l'actuelle carte judiciaire du Niger, il y a un TI au niveau de chaque chef-lieu de département et un TGI au niveau de chaque chef-lieu de région, plus ceux de Konni et d'Arlit. Suivant la loi 2004-50 portant organisation et compétence des juridictions en République du Niger.

²¹⁶ Suivant une affirmation du Secrétaire Général du SAMAN (Syndicat Autonome des Magistrats du Niger) lors d'un débat télévisé sur Dounia, rediffusé le dimanche 24 novembre 2013, il n'y aurait actuellement que 370 magistrats pour l'ensemble du pays, alors que la population du Niger est estimée à plus de 16 millions d'individus. Le barreau et l'ANLC étaient les autres invités à ce débat.

²¹⁷ Les Etats Généraux de la justice ont recommandé, pour une meilleure accessibilité de la justice, l'installation des services sociaux de justice, l'utilisation des langues nationales devant les juridictions en lieu et place de la langue officielle, la traduction régulière des textes de lois en langues nationales sur support papier et en format sonore, la désignation des femmes assesseurs au sein des juridictions pour prendre en charge les problèmes des femmes victimes la généralisation du mécanisme d'assistance juridique et judiciaire pour les personnes vulnérables.

²¹⁸ Jugement coutumier n°09/12 du 2 mars 2012 du TGI hors classe de Niamey.

²¹⁹ Sur le point du remboursement de la dot au moment du divorce, voir les recommandations du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes dans l'introduction de cet ouvrage.

quitter de cette obligation, elle ne peut pas divorcer.²²⁰

Si les chefs traditionnels et les autorités religieuses comblent en pratique l'absence ou l'inaccessibilité du juge dans leurs entités territoriales, leur intervention pose néanmoins problème. Ils ont en effet vocation à appliquer les coutumes et les préceptes religieux qui ne sont pas toujours conciliables avec les droits de la femme tels que consacrés par le droit positif nigérien.

Au vu de ce qui précède, il peut donc être affirmé qu'il y a, au Niger, une rupture d'égalité entre l'homme et la femme pour ce qui est du droit d'accès au divorce. L'homme peut se délier ou se libérer facilement d'un mariage dont il ne veut plus pendant que pour la femme, surtout rurale, cela constitue un vrai parcours du combattant pouvant la confiner dans la résignation.

3. LES CAUSES DE DIVORCE

Les causes de divorce sont prévues par les dispositions du Code civil (4.1) ou sont contenues dans la jurisprudence (4.2). De plus, les pratiques du divorce informel permettent aussi de déceler d'autres causes de divorce (4.3). Nous les évoquerons ici brièvement.

3.1. Les causes légales du divorce

Les articles 229 à 232 du Code civil énumèrent plusieurs causes de divorce. On distingue les causes péremptoires et celles non péremptoires.

Les causes péremptoires du divorce sont celles qui, une fois invoquées à l'appui d'une demande en divorce et prouvées, ne sont susceptibles ni d'interprétation ni d'appréciation par le juge. Il s'agit tout d'abord de l'adultère de l'un des époux, qui est à la fois une cause de divorce²²¹ et une infraction à la loi pénale²²². C'est le fait d'entretenir des relations sexuelles avec une autre personne que le

²²⁰ Art. 229 du Code civil : « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme » ; art. 230 du même Code : « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari ».

²²¹ Les articles 286, 287 et 289 du Code pénal disposent respectivement : « l'adultère de la femme mariée est le fait par celle-ci d'avoir des relations sexuelles avec un autre homme que son mari », « l'adultère de l'homme marié est le fait par celui-ci d'avoir des relations sexuelles avec une autre femme que son ou ses épouses », « Le coupable d'adultère sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 10.000 à 100.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement ».

²²² Arrêt n°216 du 7 juillet 2008 de la chambre civile de la cour d'appel de Niamey : « Attendu qu'il résulte des débats et des éléments du dossier notamment les attestations régulièrement établies et produites rapportant les déclarations des personnes précisément identifiées et des faits dont elles étaient témoins oculaires sur le contenu desquels Z.I. a répondu, que celle-ci avait effectivement tenu des propos injurieux à l'égard de son mari traité de bâtard, de con, de pire ennemi et qu'elle avait exercé sur lui des violences physiques notamment en le menaçant de mort et le poursuivant dans la cour avec un hachoir ; que d'ailleurs un constat d'huissier a également rapporté des scènes de violences et d'insulte imputées à Z.I.; Attendu que ces comportements, exercés selon divers témoignages en présence des enfants et des visiteurs, par Z.I. qui n'a pas produit en dehors de ses seules dénégations d'autres contrariant les attestations versées aux débats, que ne peut justifier le contenu de la lettre qu'un notaire a adressée à son mari qu'elle s'est frauduleusement procurée relative à une donation à elle faite, rendent intolérable le maintien de la vie conjugale ;[...] Attendu qu'il y a donc lieu de prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'épouse ».

conjoint au cours du mariage. Il s'agit d'une violation grave d'un des devoirs du mariage : le devoir de fidélité. Toutefois, pour valablement constituer une cause de divorce, l'adultère doit être prouvé. En pratique, la preuve de l'adultère demeure très difficile à apporter, sauf en cas de flagrant délit d'adultère. Il s'agit ensuite de la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Une telle peine est prononcée pour sanctionner la commission d'un crime. C'est une condamnation qui entraîne la privation de liberté et de la jouissance de certains droits civiques (droit de vote par exemple). L'époux condamné ayant violé l'obligation de se conduire honorablement, son conjoint ne doit pas être obligé de partager son déshonneur.

Les causes non péremptoires du divorce sont les excès, les sévices et les injures graves. Ce sont des atteintes à l'intégrité physique et morale exercées par l'un des époux sur l'autre. Cependant, pour constituer des causes du divorce, ces faits doivent remplir trois conditions cumulatives. D'une part, le fait doit constituer une violation des devoirs et obligations résultant du mariage. Ensuite, cette violation doit être grave ou renouvelée. Enfin, elle doit rendre intolérable le maintien du lien conjugal. Lorsque ces conditions sont réunies, le juge prononcera la dissolution du mariage²²³.

3.2. Les causes relevées dans la jurisprudence

De l'analyse des décisions de justices recueillies, il est ressorti une diversité de causes jurisprudentielles du divorce. Tandis que certaines se rattachent aux causes légales, la plus grande partie est coutumière ou de création prétorienne.

- **L'abandon du foyer conjugal par la femme est** une violation de l'obligation de cohabitation résultant du mariage. Le fait pour un époux qui quitte le domicile conjugal sans raison valable donne droit à l'autre de solliciter la dissolution du mariage. Dans ce sens, le juge relève : « attendu [...] qu'il précise avoir tout tenté pour réintégrer R.A dans le domicile conjugal mais celle-ci a catégoriquement décliné ses propositions [...] »²²⁴. Dans un autre cas similaire, le divorce est prononcé « aux torts de l'épouse qui refuse, sans raison apparente, de rejoindre son foyer »²²⁵.
- **L'absence prolongée du mari** est une situation très fréquente dans certaines régions du Niger touchées par l'exode rural. Ainsi, le Tribunal Régional de Tahoua a prononcé un divorce pour absence prolongée du mari pendant plus de cinq ans²²⁶.
- **Les faits de violences conjugales physiques et/ou verbales du mari sur la femme sont** très courants. Ils sont rappelés par la jurisprudence en ces termes : « Attendu que selon la coutume haoussa applicable en l'espèce, les sévices corporels constituent un motif légitime du divorce ; Attendu qu'il est constant

²²³ Jugement coutumier n°06/2011 du 18 février 2011 du TGI hors classe de Niamey.

²²⁴ Jugement coutumier n°02/12 du 2 février 2012 du TGI Hors Classe de Niamey.

²²⁵ Jugement du 27 avril 2004 du Tribunal régional de développement de Tahoua (1999-2001) l'exode rural concernerait 63,78% de la population masculine de la région. Il n'est plus un phénomène mais plutôt un comportement intégré dans les habitudes de la population. Les hommes partent et laissent derrière eux femmes et enfants. Certains ne reviendront pas ou reviennent après plusieurs années d'absence.

²²⁶ Jugement coutumier n°19 du 14 juillet 2008 du TGI hors classe de Niamey, voir également jugement coutumier n° 006 du 20/02/2009 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n°29 du 04 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n°30 du 11 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey, jugement coutumier n°5 du 3 mars 2011.

comme reconnu par T.D. qu'il a porté des coups et a occasionné des blessures sur la nommée Z.M. qui était alors son épouse ; que cet état de fait a été constaté par un certificat médical délivré le 19/12/2006 au nom de l'intimée par un médecin ; qu'il y a lieu en conséquence de prononcer le divorce entre T.D. et Z.M. aux torts exclusifs du mari »²²⁷. Mais il peut arriver que le mari soit la victime des violences²²⁸. Aucun texte ne prévoit la **stérilité** de l'un des époux comme cause de divorce. Mais certaines juridictions l'admettent comme telle²²⁹. Le problème de **sexualité** ou d'incompatibilité sexuelle existe aussi au rang des causes de divorce. En effet, il arrive que les juges prononcent la dissolution du mariage aux torts de la femme qui refuse « les rapports sexuels avec son mari, qui semble être trop exigeant »²³⁰. Les tribunaux acceptent aussi que le défaut d'entretien de la femme par le mari est une cause de divorce²³¹. Enfin, d'autres causes existent encore comme l'incompatibilité d'humeur ou le déclin d'amour²³².

3.3. Les causes relevées dans le divorce informel

Ce sont les causes pour lesquelles les autorités traditionnelles et religieuses prononcent le divorce, auxquelles s'ajoute le pouvoir discrétionnaire du mari dans le cadre de la répudiation. Ces causes recoupent en majorité celles déjà citées ci-dessus dans les cadres légal et jurisprudentiel du fait que le juge applique lui-même la loi et la coutume. Cependant, la polygamie, l'insoumission et le manque de respect à l'égard du mari et consorts, l'ingérence des parents dans le foyer de leurs enfants et la pauvreté ont aussi été considérés comme causes de divorce²³³. En matière de répudiation, les causes précitées peuvent être aussi valables et mentionnées dans les constats de répudiation. L'incompatibilité d'humeurs occupe une place de choix et apparaît même comme une cause « fourre-tout » qui permet de dissimuler la vraie cause de la rupture du lien conjugal. La cause réelle de l'abondante pratique de la répudiation est à rechercher dans la propension des hommes à se « débarrasser » de leur épouse sans avoir à se justifier et, cela bien souvent, en violation des règles religieuses ou tout simplement du bon sens.

²²⁷ Arrêt n°216 de la cour d'appel de Niamey précité.

²²⁸ Jugement coutumier n°7 du 6 avril 2007 du TGI hors classe de Niamey : « Attendu qu'en coutume Djerma, coutume des parties, la stérilité d'un époux est une cause de divorce [...] qu'il y a lieu de prononcer le divorce des époux ». Voir aussi : Jugement coutumier n°65 du 13 août 2004 du Tribunal Régional de Niamey : « Attendu qu'en coutume peulh, coutume des parties, la stérilité de l'un des époux est une cause de divorce ; qu'il ressort en l'espèce de forte présomption de stérilité chez A.I (aucun enfant après trois mariages qui ont duré des années, accouchement de Dame F pendant leur séparation de fait) ».

²²⁹ Jugement coutumier n°09/12 du 2 mars 2012 du TGI hors classe de Niamey, voir dans le même sens jugement coutumier n° 103 du 28 novembre 2008 de la justice Niamey commune III ; jugement n°26 du rôle en date du 29 mai 2008 du Tribunal d'instance de Bouza ; jugement du 20 janvier 2007 du TGI de Tahoua.

²³⁰ Jugement coutumier n° 17 du 5 juin 2009 du TGI hors classe de Niamey : « Attendu qu'il est de coutume que la discorde, l'incompréhension dans le mariage, le défaut d'entretien sont des causes légitimes du divorce ; qu'il est résulté des débats à l'audience que le départ de F.A est lié à l'incapacité de A.A, son mari, à faire face aux charges familiales ». Voir aussi jugement coutumier n° 17 du 15 juin 2007 du TGI hors classe de Niamey, jugement n°22 du Tribunal de Tahoua du 18 mai 2006 ; jugement n°22 du 18 mai 2006 et jugement du 8 février du TGI de Tahoua.

²³¹ Jugement n°26 du 29 mai 2009 du Tribunal d'instance de Bouza ; jugement n°04/91 du Tribunal régional de Tahoua.

²³² Rapport de la Conférence du samedi 22 décembre 2012 précité et entretiens avec les acteurs concernés par la problématique du divorce.

²³³ Voir aussi le chapitre introductif de cet ouvrage.

4. LES EFFETS DU DIVORCE

Il s'agit ici d'envisager les répercussions de la rupture des liens conjugaux qui se manifestent sur les droits de la femme. Il nous semble que la meilleure protection des droits de la femme se trouve indubitablement dans une procédure juridictionnelle de dissolution du lien matrimonial avec l'assistance d'un avocat. Rappelons ici que les autorités traditionnelles et religieuses appliquent des règles coutumières ou religieuses qui peuvent être attentatoires aux droits de la femme tels que consacrés par la constitution et les instruments internationaux des droits humains. Ces autorités ne sont pas légalement compétentes pour prononcer des décisions de divorce ni ne disposent légalement des moyens d'une exécution forcée de leurs décisions. En l'absence d'un encadrement de la répudiation par le juge, elle est la forme de divorce qui compromet le plus les droits de la femme.

4.1. Atteinte au principe d'égalité en droit et en dignité des êtres humains lors de la dissolution du mariage

La pratique de la répudiation témoigne du non-respect du principe d'égalité entre les sexes et occasionne la violation d'autres droits de la femme et de l'enfant. Selon la Constitution du 25 novembre 2010, actuellement en vigueur, aucune discrimination négative fondée sur le sexe ne doit avoir cours au Niger, soit-elle permise par une quelconque coutume. La Constitution fait référence aux instruments internationaux relatifs aux droits humains dans son préambule soit en les citant, soit en renvoyant au cadre général de la ratification des textes par le Niger²³⁴.

Elle contient plusieurs dispositions qui proclament le principe d'égalité de tous devant la loi²³⁵. De plus, l'article 22 est consacré à l'élimination par l'Etat de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et de la jeune fille, au développement de politiques publiques, assurant leur plein épanouissement et leur participation au développement national ainsi qu'à la prise de mesures par l'Etat de lutte contre les violences faites aux femmes et aux enfants. A ce titre, il faut noter que l'article 21 énonce que : « L'Etat et les collectivités publiques ont le devoir de veiller à la santé physique, mentale et morale de la famille, particulièrement de la mère et de l'enfant ».

L'égalité entre l'homme et la femme en matière de divorce voudrait qu'aucune des deux parties ne bénéficie d'un privilège au détriment de l'autre. L'homme et la femme étant deux êtres ayant les mêmes droits et la même dignité, il est donc inadmissible, dans une perspective de droits humains, de reconnaître un ascendant moral ou intellectuel à l'homme sur la femme. Pourtant, c'est ce qui semble être consacré à travers la faculté reconnue à l'homme de répudier sa femme. Dans cette situation, il est le seul instigateur et juge de l'opportunité de poursuivre ou de rompre le lien conjugal.

Ce pouvoir serait le pendant de sa responsabilité dans les charges familiales par rapport auxquelles la femme n'est tenue, théoriquement, à rien. Pourtant, si la plupart des coutumes reconnaissent que la femme doit faire l'objet d'une « discrimination positive » en ne l'obligeant pas à assumer les charges

²³⁴ Préambule, art. 8 et 10.

²³⁵ OIT, Convention n°183 de 2000 sur la protection de la maternité.

du foyer du point de vue économique et financier, cela ne devrait pas justifier qu'on lui dénie certains droits reconnus à l'homme. Cette « discrimination positive », à la manière des coutumes, est en deçà des avantages qu'offre la discrimination positive du système des droits humains au profit de la femme. En effet, celui-ci a pour base le principe d'égalité et de non-discrimination en droits et en dignité, avant de reconnaître à la femme certains avantages pour compenser sa situation de vulnérabilité, tel par exemple, le droit au congé de maternité, le droit à une indemnité de congé de maternité, le droit à une durée pour l'allaitement de son bébé reconnus dans les conventions de l'Organisation internationale du travail²³⁶.

4.2. L'atteinte au droit de propriété²³⁷

Le régime des biens, en matière coutumière, est celui de la séparation des biens. Ainsi, les biens initiaux du mari et de la femme restent généralement distincts. Ceci n'est pas le cas des biens acquis ou produits pendant le mariage : en cas de répudiation non constatée judiciairement, la femme peut les perdre de fait. Un autre risque pour la femme répudiée est lié au fait de ne pas pouvoir recouvrer des créances qu'elle peut avoir à l'égard de son ex-mari. Les droits ci-dessus évoqués étant très souvent affectés lors de la répudiation, le législateur a cru bon de les protéger par l'obligation qui est faite au juge saisi pour constater la répudiation de se prononcer sur le sort des enfants ainsi que sur la dévolution des biens communs²³⁸. Quand le juge constate la répudiation, il statue généralement aussi sur les dettes entre les ex-époux.

4.3. Atteinte à l'intégrité morale et précarité de la situation de la femme

La répudiation peut enfin être l'occasion de traumatisme psychologique pour la femme qui peut découler du sentiment d'être congédiée ou renvoyée arbitrairement ou, en termes plus prosaïques, « chassée du domicile conjugal », souvent avec des propos vexatoires ou humiliants. Le traumatisme peut être aussi lié au fait que, pour ce qui est des répudiations non constatées judiciairement, la femme peut être séparée par la même occasion de ses enfants. La règle coutumière dominante est que l'« enfant appartient au père » et qu'il peut être soustrait à la mère, même avant l'âge de sept ans qui est l'âge communément admis à partir duquel le père peut récupérer « son » enfant. On ne parle pas de droit de visite et d'hébergement des enfants au profit de la mère, cela dépend de la bonne volonté du mari ou de ses proches. Dans d'autres cas, la femme peut se retrouver avec ses enfants dans une situation de précarité, le mari ne supportant aucune charge de ceux-ci. Il n'existe pas un système d'allocations familiales pour soutenir un tel foyer. En pratique, cela est encore plus grave si les proches de la femme ne sont pas en mesure, pour diverses raisons, de lui apporter de l'aide. Le phénomène est fréquent au Niger.

²³⁶ Le droit de propriété est garanti à tous par l'article 28 de la Constitution du 25 novembre 2010.

²³⁷ Art. 79 de la loi 2004-50, précitée.

²³⁸ Voir aussi, *infra*, conclusions et propositions.

CONCLUSION

La population nigérienne est régie par des coutumes nominalement diverses en matière de rupture de liens matrimoniaux. Le contenu de ces coutumes est en réalité très similaire puisqu'elles ont toutes subi l'influence des préceptes islamiques.

La pratique de la répudiation sous-tend qu'il n'y a pas une égalité entre l'homme et la femme en matière de rupture du lien matrimonial, car cette faculté coutumière ou islamique de rompre unilatéralement les liens du mariage n'est reconnue qu'à l'époux. Au Niger, les juges saisis pour constater la répudiation n'ont guère l'opportunité de se pencher sur sa constitutionnalité, ni sur sa conformité aux conventions internationales régulièrement ratifiées par l'Etat, encore moins sur sa légalité ; ils sont mis devant un fait accompli qui, bien qu'il soit évident qu'il n'est pas conforme au principe de l'égalité des êtres humains au sein de l'Etat, n'est pas, non plus, constitutif d'infraction pénale punissable. Il leur est demandé de statuer sur les conséquences de cet acte et non de l'annuler ou de le réprimer.

Certes, à travers l'intervention des juges sur les conséquences de la répudiation, les droits des femmes et des enfants sont mieux protégés, mais qu'en est-il de la majorité des cas de répudiation qui ne font pas, en raison notamment du difficile accès au service de la justice, l'objet de constat par le juge ? La déclaration de la répudiation par le mari devant le juge n'étant pas obligatoire, on peut légitimement penser que les cas qui sont déclarés sont insignifiants par rapport à ceux qui ne le sont pas et, de surcroît, l'intérêt du mari dans cette procédure n'est pas apparent. Une répudiation constatée judiciairement donne quasiment le même degré de protection des droits des enfants et des femmes qu'un divorce judiciaire coutumier. Si dans les décisions qui concernent les enfants, il est fait, bien souvent, référence à la Convention sur les Droits des Enfants (CDE), en ce qui concerne les droits des femmes, il n'y est faite aucune application d'un texte international y relatif. Pourtant, le fait que le Niger ait émis des réserves par rapport à certaines dispositions de la CEDEF et qu'il n'ait pas ratifié le Protocole de Maputo sur les droits de la femme en Afrique ne le dédouane pas du respect du principe d'égalité entre l'homme et la femme conformément au droit international des droits de l'Homme et à sa propre constitution.

Le défi pour l'Etat du Niger reste certainement de pouvoir interdire la pratique de la répudiation par voie législative ou, tout au moins, la réglementer pour donner plein effet au principe d'égalité des citoyens contenu autant dans la Constitution du 25 novembre 2010 que dans divers instruments internationaux des droits humains qu'il a régulièrement ratifiés.

Mais, il est loisible de constater qu'il existe déjà une brèche qui est ouverte, qui lie la pratique informelle de la répudiation et le droit du divorce et qui permet aux juges d'avoir un droit de regard sur la manière dont cette répudiation s'effectue et ainsi d'assurer une meilleure protection des droits des femmes. En dernière analyse, il s'avère qu'une bonne connaissance par la femme de ses droits et son engagement à les faire respecter est le meilleur gage pour la protection de ceux-ci, quitte « à forcer la main » au juge et aux autorités politiques²³⁹.

²³⁹ Voir FALL, Papa Talla et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Sénégal*. Institut des droits de l'homme et de la paix, Université Cheik Anta Diop et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

PARTIE 3 : LE SENEGAL

Cette partie se base sur l'étude sur le divorce au Sénégal produite par Monsieur Papa Talla FALL, Maître de conférences agrégé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD), avec la collaboration de Madame Nougaye NDOUR, Assistante à la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'UCAD et avec la participation de : Dr. Fatou Kiné CAMARA, chargée d'enseignements à l'UCAD. Ont en outre participé à ces travaux des doctorants de la Faculté de droit de l'UCAD : Mme Arame NDIAYE, Mme Amayel DIOP, Mme Diarra NDIAYE, M. Baba FALL, M. Ndongo SARR, M. Mamadou SARR, M. Ismaël SANE, M. Moussa MONTERO, M. Serigne Mansour WADE, M. Bacary FALL, M. Bassirou MBALLO et M. Thiécoumba DIOUF (documentaliste)²⁴⁰.

Le divorce est organisé par le Code sénégalais de la famille : quelle que soit la forme du mariage, le divorce est obligatoirement judiciaire.²⁴¹ Même le mariage non enregistré à l'état civil (reconnu par la loi qui en limite les effets) ne peut être rompu légalement en dehors des juridictions. Ainsi le magistrat doit nécessairement soit constater le divorce à la suite de l'accord des époux de mettre un terme à leur union, c'est le divorce par consentement mutuel, soit le prononcer sur la requête d'un époux, c'est le divorce contentieux. A ce titre, le magistrat joue donc un rôle fondamental dans le divorce contentieux en particulier en tant que gardien d'une application équitable des dispositions relatives au divorce.

Cette étude sur la situation au Sénégal veut principalement répondre à la question de savoir si le divorce à l'épreuve de la pratique des juridictions sénégalaises permet d'assurer l'équité dans les rapports entre ex-époux. Il s'agit ici de s'interroger sur la mise en œuvre des principes d'égalité et de non-discrimination à l'égard des femmes consacrés par la Constitution et les conventions et accords relatifs aux droits humains et signés par le Sénégal²⁴². En signant tous ces instruments, le Sénégal s'est aussi engagé à prendre toutes les mesures nécessaires à assurer la protection, le respect et l'effectivité des droits reconnus aux femmes. En outre, la Constitution du 7 janvier 2001 rappelle le principe d'égalité et de non-discrimination dans son préambule par « le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes, de l'injustice, des inégalités et des discriminations ». La Constitution assure dans son article 1^{er} l'égalité de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. Ces droits sont consolidés pour les femmes dans son article 7 alinéa 4 qui dispose que « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit ».

La situation en pratique est très complexe. Certaines études sociologiques montrent que la question de la vulnérabilité économique et sociale des femmes joue un rôle important dans la pratique du divorce²⁴³. Ainsi, le professeur Ismaila Madior FALL a pu souligner : « L'affirmation de l'égalité entre hommes et femmes, entre tous les Sénégalais est fort symbolique dans un contexte social marqué

²⁴⁰ Article 157 du code de la famille.

²⁴¹ Voir chapitre introductif et développements sur le cadre international et régional des droits humains applicable en matière de famille, mariage et divorce.

²⁴² DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*. Paris : Karthala - CREPOS, 2008, 200p.

²⁴³ FALL I. M., *Evolution constitutionnelle du Sénégal – De la veille de l'Indépendance aux élections de 2007*. Dakar : Collection du CREDILA, XXII, CREDILA/CREPOS 2007, p. 19.

par les chefferies, les castes et autres inégalités sociales²⁴⁴». En pratique, malgré le caractère impératif des dispositions du Code de la famille en matière de divorce, beaucoup de mariages sont rompus en dehors des tribunaux. Il est donc nécessaire de s'attacher à comprendre comment les ruptures extrajudiciaires sont éventuellement appréhendées par le droit de la famille.

En ce qui concerne l'approche méthodologique, cette étude a essentiellement pour support une revue des textes juridiques en matière de divorce²⁴⁵, l'étude des travaux de doctrine juridique sur la question²⁴⁶, l'exploitation de 593 décisions de justice collectées dans le cadre du projet, des études de sciences sociales²⁴⁷ ainsi qu'un dossier de presse documentant le traitement de l'information relative au divorce par les médias nationaux²⁴⁸. Toutes les données recueillies ont ensuite été mises en cohérence en vue de discuter le caractère équitable ou non du divorce au Sénégal.

Faute de répertoire de jurisprudence disponible au Sénégal depuis de nombreuses années (si on met de côté les rares parutions du recueil des arrêts de la Cour suprême), les décisions ont toutes été collectées directement au niveau des différents tribunaux. Les recherches ont donc été menées au niveau des greffes des tribunaux ayant compétence en matière de divorce. Il s'agit des tribunaux départementaux et des tribunaux régionaux²⁴⁹. Six régions²⁵⁰ ont été choisies sur la base de plusieurs critères : le poids démographique, l'importance du contentieux du divorce, l'existence de foyers religieux qui constituent encore des espaces de résistance du droit traditionnel, l'urbanisation qui y est à l'œuvre et la paupérisation des populations parties des campagnes pour des villes incapables de les accueillir. A ces critères, il faut ajouter la position géographique, la taille et la composition ethnique de la population, l'importance du contentieux, la présence ou l'influence de confréries religieuses.

Un séjour au Centre National des Archives Judiciaires (CNAJ) du Sénégal à Louga a permis d'accéder au fond des dossiers de divorce pour y déceler et faire ressortir les vraies causes de divorce qui n'ap-

²⁴⁴ Le Code de la famille sénégalais est accessible en ligne sur le site du Ministère de la Justice du Sénégal : <http://www.justice.gouv.sn/droitp/CODE%20FAMILLE.PDF>.

²⁴⁵ Voir bibliographie consolidée à la fin de cette étude.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ Dossier de presse réalisé par Thiecoumba DIOUF, responsable service documentation de l'Assemblée Nationale.

²⁴⁸ C'est la loi 84-19 du 2 février 1984 (JORS du 3 mars 1984, p 124) qui a créé les tribunaux départementaux (TD) en remplacement des justices de paix se trouvant dans les départements. Compte tenu des disparités notées entre les différentes juridictions – relativement au volume du contentieux – il y a un projet de réforme tendant à remplacer ces tribunaux départementaux, adossés sur les circonscriptions administratives, en tribunaux d'instance ; les tribunaux régionaux seront, à leur tour, remplacés par des tribunaux de grande instance. La Cour de Cassation intervient en la matière, mais ses décisions sont exceptionnelles car les recours devant le juge de droit dans le contentieux du divorce sont en effet inaccoutumés.

²⁴⁹ Dakar, Thiès, Saint Louis, Diourbel, Kaolack et Louga. En raison de son éloignement et pour des questions financières, la Zone sud n'a pu, malheureusement, être intégrée dans l'étude, de même que le Sénégal oriental. Cette exclusion de la zone sud a été vivement critiquée par certains intervenants à l'atelier national pour des raisons objectives liées à la forte concentration de populations chrétiennes et animistes mais aussi des spécificités culturelles ne réservant pas les mêmes rôles à la femme. Aussi, il serait intéressant de compléter cette étude par une analyse de la jurisprudence rendu en matière de divorce par les juridictions de fond dans cette région.

²⁵⁰ L'article 130 du Code de la famille prévoit : « Aux jour, lieu et heure indiqués au formulaire-type, l'Officier de l'état civil ou son délégué, (...) assistent aux formalités consacrant le mariage, en présence de deux témoins majeurs pour chacun des époux, parent ou non ».

paraissent pas forcément dans les décisions rendues. L'accès à ces fonds a également permis de relever dans les décisions de non-lieu, la survivance des pratiques coutumières en matière de célébration de mariage et de dissolution du lien matrimonial. En plus des décisions, des documents en rapport avec le divorce ont été trouvés au CNAJ. Il s'agit d'exemplaires de lettre de demande de régularisation de divorce, de constatations de divorce et d'homologation de divorce, d'exemplaires de requêtes de divorce, de conclusions des parties (ou de leurs représentants), de rapports d'enquêtes sociales ou de procès-verbaux de constat d'abandon de famille.

Cette étude envisage successivement une courte typologie des divorces au Sénégal (1), puis une analyse des causes de divorce devant les juridictions sénégalaises (2) suivie d'une analyse des effets du divorce en matière patrimoniale et extrapatrimoniale (3).

1. TYPOLOGIE DES MARIAGES ET DES DIVORCES

Une courte typologie des divorces est nécessaire à la compréhension des imbrications entre divorces civils (et formels) et divorces coutumiers (et informels). Cette typologie est étroitement liée à une compréhension et présentation des différents types de mariage – formel et informel – qui coexistent toujours au Sénégal.

1.1. Une variété des mariages

L'article 114 alinéa 1 du Code de la famille prévoit deux formes de mariage : le mariage civil célébré par l'officier de l'état civil et le mariage coutumier constaté par lui²⁵¹. Le mariage coutumier constaté permet ainsi aux futurs époux de respecter à la fois les exigences de leur coutume et celles de la loi²⁵².

Normalement le mariage qui n'a fait l'objet ni de célébration ni de constatation est un mariage irrégulier du fait de l'absence d'intervention obligatoire de l'officier de l'état civil. Toutefois, compte tenu du faible taux de recours des citoyens de l'époque à l'état civil, le législateur de 1972 n'a pas entendu sanctionner un tel mariage par la nullité. Ainsi, l'article 146 du Code de la famille ne sanctionne ce type de mariage que par l'inopposabilité²⁵³ : le mariage est valable dans les rapports entre époux et à l'égard de certains tiers, nonobstant l'absence d'intervention de l'officier de l'état civil. Les époux ne peuvent se prévaloir d'un tel mariage à l'égard de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics ou privés pour prétendre notamment au bénéfice des avantages familiaux²⁵⁴. La loi

²⁵¹ Selon l'article 114 du Code de la famille le mariage coutumier ne peut être constaté que « lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal ». En pratique, le mariage dit coutumier renvoie essentiellement au mariage religieux. Toutes les coutumes matrimoniales applicables recensées dans l'arrêt n° 25-91 du 23 février 1961 sont musulmanes, chrétiennes ou animistes (par exemple : None catholique, Ouolof islamisée, Sarakholé musulmane, Malinké animiste).

²⁵² En plus de l'inopposabilité, le défaut d'enregistrement du mariage sans motifs légitimes expose les époux à une amende de 3000 à 18 000 Francs (art. 146 in fine).

²⁵³ Art. 146 du Code de la famille intitulé « Sanction de l'absence de la constatation ».

²⁵⁴ Art. 147 du Code de la famille.

offre aux époux la possibilité de régulariser un tel mariage dans les six mois suivant la célébration coutumière du mariage par une déclaration tardive devant l'officier de l'état civil qui aurait dû le constater²⁵⁵ ou, à défaut, par un jugement d'autorisation d'inscription délivré par le tribunal départemental compétent en vue de son enregistrement à l'état civil²⁵⁶.

Pour résumer, on trouve au Sénégal trois catégories de mariage : le mariage civil, le mariage coutumier constaté et le mariage qui n'a été ni célébré ni constaté par l'officier de l'état civil.

1.2. Les formes légales de divorce

Le divorce peut être défini comme la dissolution du mariage du vivant des époux. Il a pour conséquence la rupture définitive du lien matrimonial, les époux reprenant chacun leur liberté. Une telle séparation est organisée dans un cadre fixé par la société et la loi. Avant l'avènement du Code de la famille au Sénégal, beaucoup de mariages étaient soumis aux droits coutumiers. Le mariage était alors très facile à rompre. Le mari avait la qualité de juge et partie en matière de divorce. Il lui était loisible de dissoudre le mariage²⁵⁷. Aujourd'hui, quelle que soit la forme du mariage, le divorce est obligatoirement judiciaire depuis l'entrée en vigueur du Code de la famille au 1^{er} janvier 1973. L'article 830 dudit code abroge toutes les coutumes générales et locales, à l'exception de celles relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage²⁵⁸.

L'article 157 du Code de la famille prévoit deux formes de divorce. Il y a d'une part le divorce par consentement mutuel selon lequel les époux s'accordent non seulement sur le principe de la dissolution du mariage mais aussi sur ses effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux²⁵⁹. D'autre part, le divorce contentieux peut être prononcé à la demande de l'un des époux invoquant l'une des causes admises par la loi²⁶⁰. Ces causes sont prévues par l'article 166 du Code de la famille²⁶¹. En pratique, il faut cependant observer que malgré l'institution du divorce judiciaire, la répudiation est encore une réalité dans la société sénégalaise²⁶².

1.3. La répudiation

Le divorce coutumier (*tass* en wolof) peut être défini comme la dissolution du lien matrimonial selon les règles coutumières. Il s'agit en pratique d'une répudiation selon les règles de l'islam qui consiste pour l'homme à renvoyer sa femme chez ses parents. Contrairement au mariage coutumier qui fait l'objet

²⁵⁵ Art. 87 du Code de la famille : « lorsqu'un acte de naissance, de décès ou de mariage n'aura pas été dressé ou que la demande d'établissement en aura été présenté tardivement, le juge de paix [actuel juge du tribunal départemental] dans le ressort duquel l'acte aurait dû être reçu, pourra, par jugement, en autoriser l'inscription par l'officier de l'état civil (...) ».

²⁵⁶ Voir *infra* 1.3.

²⁵⁷ Il résulte dès lors de la combinaison de ces deux textes que la répudiation est désormais interdite avec l'entrée en vigueur du Code de la famille en janvier 1973.

²⁵⁸ Pour le régime juridique du divorce par consentement mutuel, voir les articles 158 à 164 du Code de la famille.

²⁵⁹ Voir les articles 165 à 180 du Code de la famille.

²⁶⁰ Voir *infra*, développements portant sur les causes de divorce (3.).

²⁶¹ DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*. Paris : Karthala - CREPOS, 2008, 200p.

²⁶² A ce stade, la répudiation ressemble plus à une séparation de corps qu'à un véritable divorce.

d'une reconnaissance à travers les procédures de constatation ou d'autorisation d'inscription tardive, ce divorce coutumier ne bénéficie d'aucune reconnaissance légale. La répudiation peut dans certains cas avoir lieu à la demande de la femme, mais l'époux reste maître de la décision de divorcer : soit il accède à la demande de la femme et la répudie, soit il n'y accède pas. Dans ce cas, l'autorité qui a permis la célébration ou la reconnaissance du mariage pourra procéder à la dissolution civile de l'union.

La répudiation est en pratique rigoureusement encadrée par les normes coutumières. Ainsi, pour qu'une répudiation soit valable, il faut qu'elle soit expressément formulée par l'époux. Elle suppose également le maintien de la cohabitation entre les époux dans le domicile conjugal pendant le délai de viduité²⁶³. D'ailleurs, la reprise de la vie affective pendant cette période anéantit la dissolution du mariage²⁶⁴. Lorsque la répudiation est du fait de l'homme, la femme a le droit, selon l'usage, d'emporter tout ce qui se trouve dans la chambre conjugale et ses ustensiles de cuisine ; elle a la garde des enfants en bas âge en principe et généralement, on lui permet d'avoir la garde définitive des filles dont l'éducation relève des prérogatives de la mère. En revanche, lorsque la répudiation résulte d'une demande expresse formulée par la femme, l'homme peut exiger la restitution de la dot et des cadeaux offerts lors de la formation du mariage. Cette demande de restitution est, comme le divorce coutumier, fortement combattue par le législateur sénégalais qui tente, à travers la loi de 1967 relative aux frais liés aux cérémonies familiales²⁶⁵, d'en conjurer les effets pervers²⁶⁶. En effet, l'article 6 de cette loi dispose que « les frais liés au mariage, aux cérémonies y afférentes et les dépenses occasionnées relatives aux cadeaux (...) ainsi qu'aux réjouissances ne peuvent dépasser 15000 FCFA ». Dans toutes les décisions, le juge en fait une application rigoureuse lorsque l'homme fait une demande de restitution d'une somme supérieure au montant légal²⁶⁷.

Lors des travaux préliminaires à l'adoption du Code de la famille de 1973, il avait été observé que le mariage était trop facile à rompre avec l'application des droits coutumiers²⁶⁸. Le Comité des options pour le Code de la famille (un comité composé d'experts, de religieux et chefs coutumiers chargé de réfléchir sur les orientations du code) a largement évoqué cette question au cours de ses travaux. La conclusion à laquelle il a abouti est qu'il fallait renoncer à la répudiation comme forme de rupture du mariage. Ainsi aujourd'hui, la répudiation est prohibée par la loi et sanctionnée par le juge. A travers la prohibition de la répudiation, et de manière plus générale en organisant la procédure civile de divorce, le Code de 1973 a ainsi entendu assurer au mariage plus de stabilité²⁶⁹. La prohibition de la répudiation visait aussi à ne pas reconnaître en droit une expression traditionnelle du pouvoir exorbitant et discrétionnaire de l'époux sur sa femme.

²⁶³ Il y a un usage *ceddo* qui veut que, lorsque la femme est enceinte, l'effectivité de la répudiation dépende du sexe de l'enfant à naître : si c'est un garçon, le mariage est consolidé alors que, si c'est une fille, la rupture est entérinée.

²⁶⁴ Loi n° 67-04 du 24 février 1967.

²⁶⁵ Sur le point du remboursement de la dot au moment du divorce, voir les recommandations du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes dans l'introduction de cet ouvrage.

²⁶⁶ TD Pikine n°325 du 24 avril 2006 : le « sieur Diop en offrant à sa femme la somme de 1.150.000 FCFA (...) a délibérément violé la loi (...) En conséquence, il est mal fondé à en réclamer le remboursement ».

²⁶⁷ DECOTTIGNIES R., *Requiem pour la famille africaine*. Dakar : Pedone, 1965, p. 278.

²⁶⁸ FALL P. T., Réflexions critiques sur le divorce en droit sénégalais, *Revue Droit Sénégalais* n° 12, Toulouse 1 (à paraître).

²⁶⁹ Parmi 593 décisions consultées, dépouillées et analysées dans le cadre de ce projet.

En pratique, la répudiation demeure néanmoins un problème véritable au Sénégal : elle apparaît expressément dans plus de cent décisions de divorce examinées dans le cadre de ce projet de recherche²⁷⁰. Ces décisions montrent, par exemple, que la répudiation peut survenir à la suite d'une simple dispute entre les époux²⁷¹. Elles montrent aussi que la répudiation peut se transformer en une arme redoutable lorsque les époux divorcés coutumièrement se retrouvent devant le juge pour se conformer à la loi. En principe, en cas de répudiation de la femme par l'homme, le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'homme pour injure grave. En pratique néanmoins, les situations sont assez complexes : par exemple, il n'est pas rare de voir un homme se dédire et s'opposer ainsi au remariage traditionnel de sa femme ou même la poursuivre pour bigamie alors qu'il l'avait répudiée publiquement²⁷². Lorsque la répudiation est du fait de la femme, celle-ci peut se retrouver poursuivie pour abandon de domicile conjugal par son époux qui, pour se venger, retire la répudiation qu'il a accordée à sa femme.

2. ACCES AU DIVORCE

Aux termes de l'article 157 du Code de la famille, le divorce implique nécessairement l'intervention d'un juge étatique, en l'occurrence le juge du tribunal départemental²⁷³. Le Code de la famille ne fait pas de discrimination en matière d'accès à la procédure de divorce. Ainsi, même si pendant la durée du mariage il y a une prééminence du mari considéré par l'article 152 du Code comme le chef de famille, la loi prévoit l'égal accès des époux au divorce. Il existe deux formes de divorce organisées par le Code de la famille : le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux.

2.1. Le divorce par consentement mutuel

Dans le divorce par consentement mutuel, la demande est conjointe. Les deux époux saisissent le juge par une requête conjointe. Si l'un seul des époux ne donne pas son accord, il n'y a pas de divorce par consentement mutuel possible.

Pour certains auteurs, le consentement n'est jamais également mutuel chez les deux époux²⁷⁴. Un examen des archives judiciaires du Sénégal – au Centre national des archives judiciaires²⁷⁵ – nous a d'ailleurs permis de constater que beaucoup de demandes de divorce radiées des rôles des tribunaux,

²⁷⁰ Par exemple, une discussion relative au « dépôt des clefs de la maison chez le boutiquier », voir TD Dakar n°2396 du 3 novembre 2009.

²⁷¹ TD Pikine n°408 du 18 août 2008.

²⁷² Le tribunal départemental (TD) est une juridiction de proximité institué par la loi n°84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal. Il est le juge compétent en matière de divorce. Ses décisions peuvent faire l'objet d'appel devant le tribunal régional dans le ressort duquel il est situé. Les tribunaux départementaux et régionaux correspondent pratiquement au découpage administratif du territoire national.

²⁷³ Par exemple, un mari cocufié est parfois amené à imposer un divorce par consentement mutuel sous la menace d'un divorce pour adultère qui jetterait l'opprobre sur la femme. De ce point de vue, le consentement mutuel est une fiction. Voir aussi : MA-ZEAUD H. Le divorce par consentement forcé, *D.* 1963, Chr. 141.

²⁷⁴ Séjour au Centre national des archives judiciaires du Sénégal à Louga en novembre 2012.

²⁷⁵ Fonds de dossier d'une demande de divorce radié du Rôle du tribunal, inédit.

concernaient des demandes de divorce prétendument par consentement mutuel alors qu'elles tenaient, en définitive, à valider légalement une rupture coutumière, une répudiation de la femme par le mari. Dans une affaire rejetée par le tribunal départemental de Louga, les époux avaient saisi le juge afin de prononcer la rupture de leur union par consentement mutuel²⁷⁶. Dans leur requête conjointe, ils déclaraient avoir divorcé coutumièrement en famille et cherchaient la régularisation de leur acte auprès du tribunal. En réalité, le divorce coutumier était intervenu suite à deux adultères successifs de la femme lui ayant valu d'avoir mis au monde deux enfants naturels de pères différents. Dans ce cas, le principe du divorce était imposé à l'un des époux par l'autre. D'ailleurs dans la plupart de ces divorces faussement consensuels, les parties qualifient la procédure de demandes « de régularisation de divorce », « de constatation de divorce », etc.

Il faut noter que sur plus de cinq cent procédures initiées devant les tribunaux départementaux à travers le pays (notamment Dakar, Rufisque, Pikine, Thiès, Tivaouane, Diourbel, Louga et Saint Louis), le divorce par consentement mutuel représente à peine 10% de l'ensemble²⁷⁷. Dans la grande majorité des cas, le divorce est contentieux

2.2. Le divorce contentieux

Dans la forme de rupture contentieuse, chaque époux est en mesure de saisir le tribunal pour obtenir de lui le prononcé de son divorce. Pourtant, nombreux sont les observateurs qui pensent que le Code de la famille a rendu justice aux femmes en la matière. L'homme n'est plus considéré comme l'acteur principal dans la problématique de l'issue ultime du mariage : ainsi, eu égard aux droits coutumiers abrogés par le code, un pas de géant a été franchi par les femmes dans le cadre de la protection de leurs droits. D'aucuns sont allés même jusqu'à qualifier le Code de la famille de « code de la femme »²⁷⁸ même si certains auteurs demeurent critiques²⁷⁹. Il a été noté qu'une certaine réticence quant au recours au juge persiste : dans une société encore ancrée dans les valeurs traditionnelles, la justice étatique a encore mauvaise presse, surtout en ce qui concerne les affaires de famille²⁸⁰. Une partie importante de la population conçoit encore difficilement qu'une femme 'traîne' son mari devant le tribunal pour divorcer. Comme le dit l'adage, « le linge sale se lave en famille ». Des femmes, même dans des cas de maltraitance et de violences conjugales, accèdent ainsi difficilement à la procédure judiciaire du fait des pressions sociales et familiales²⁸¹.

En pratique, l'examen des décisions de justice collectées dans le cadre de la présente étude montrent que les demandes en divorce introduites par les femmes représentent un peu plus de 75 %. Ceci peut en partie s'expliquer par le fait que, pour divorcer, il faut impérativement produire un certificat

²⁷⁶ Décisions de justice collectées dans le cadre de la présente étude (période 2000-2012).

²⁷⁷ PERRET T., Le Code satanique, *Africa international* n° 216, mai 1989.

²⁷⁸ KANE M., « La condition de la femme sénégalaise mariée selon la coutume islamisée », *Rev. Jur. et Pol.* 1974, p 779 et s.

²⁷⁹ FALL P. T., « La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais : l'imbroglio juridique ? », *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.

²⁸⁰ DIAL F. B., *Mariage et Divorce à Dakar*, précité.

²⁸¹ FALL P. T., La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais, précité.

de mariage (mariage devant l'officier d'état civil, constatation du mariage coutumier par un officier de l'état civil ou jugement d'autorisation d'inscription à l'état civil)²⁸² et que l'on peut observer que la plupart des mariages enregistrés à l'état civil sont le fait de personnes vivant en ville. L'urbanisation aidant, les femmes subiraient moins de pressions familiales et seraient donc plus à même de pouvoir recourir à la justice²⁸³. En zone rurale par contre et, dans une moindre mesure, en ville, la répudiation est pratiquement la règle, nonobstant l'entrée en vigueur du Code de la famille qui l'interdit.

Il est difficile de séparer la question du divorce contentieux de celle de la répudiation car nombreux sont les mariages rompus par la répudiation de la femme par le mari. En droit, si la répudiation n'est pas acceptée comme forme de divorce légale, elle n'est pas non plus sanctionnée en tant que telle. En pratique, les tribunaux sanctionnent la répudiation comme une cause de rupture injurieuse du mariage²⁸⁴. Le juge, qui ne va pas maintenir le mariage sous prétexte que la répudiation n'est pas reconnue, devient ici inévitablement l'autorité qui formalise cette répudiation. Par contre, le juge en limite certains de ses effets en retenant l'injure grave comme cause de rupture aux torts exclusifs du mari. Il appartient dès lors et toujours au législateur d'intervenir s'il est convaincu que ce phénomène peut et doit être éradiqué au profit de procédures judiciaires.

3. LES CAUSES DE DIVORCE

Selon l'article 165 du Code de la famille, chacun des époux peut demander le divorce en fondant son action sur l'une des causes prévues à l'article 166. Cet article stipule que le divorce peut être prononcé pour les causes suivantes :

- absence déclarée de l'un des époux;
- adultère de l'un des époux;
- condamnation de l'un des époux à une peine infamante;
- défaut d'entretien de la femme par le mari;
- refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage;
- abandon de la famille ou du domicile conjugal;
- mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible;
- stérilité définitive médicalement établie;
- maladie grave et incurable de l'un des époux découverte pendant le mariage;
- incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal.

Si la plupart des causes de divorce énumérées par l'article 166 peuvent toutes être invoquées indifféremment par chaque époux, il y a une exception notable : le défaut d'entretien de la femme par le mari, qui ne peut

²⁸² DIAL F. B., *Mariage et Divorce à Dakar*, précité.

²⁸³ FALL P. T., La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais, précité.

²⁸⁴ Sur le divorce de l'absent, MBAYE M. N., *Nouvelles annales africaines*, n°1-2009, p. 96 et s. et sur le phénomène des migrations féminines, COULIBALY-TANDIAN O. K., *Le savoir circuler au féminin : stratégies d'actrices, diversité des parcours et impacts sur les rapports sociaux de sexe*, Communication au symposium Migration et mondialisation (enjeux actuels et défis futurs), Dakar, les 18 au 20 novembre 2009.

être invoqué que par la femme. A ceci s'ajoute la question très débattue du divorce pour incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal qui est considéré par certains comme une forme de répudiation déguisée.

Sur le terrain, sur 593 décisions recensées, il apparaît une prédominance du divorce prononcé pour incompatibilité d'humeur, suivi respectivement du divorce pour défaut d'entretien, abandon de famille ou de domicile, du divorce par consentement mutuel, pour injures graves rendant intolérable le maintien du lien matrimonial, le divorce pour mauvais traitement et sévices. Les autres causes de divorce ont un caractère marginal (maladie, adultère ou non-respect des engagements) ou ne sont pas représentées du tout (condamnation à une peine infamante, absence déclarée ou stérilité médicalement établie). Pour chacune des formes de divorce contentieux étudié, la cause invoquée est rarement exclusive : soit le demandeur invoque deux ou plusieurs causes simultanément, soit le défendeur réagit en invoquant à son tour une cause qui lui est propre, soit enfin c'est le juge lui-même qui en soulève une d'office lorsque les parties n'établissent pas le bien fondé de leurs prétentions. Ainsi, certaines causes sont presque systématiquement couplées tels que le défaut d'entretien et l'abandon de domicile ou de famille ou encore les injures graves et sévices.

On constate enfin que les femmes obtiennent le divorce en se fondant principalement sur l'incompatibilité d'humeur et le défaut d'entretien par le mari. La particularité de ces deux causes réside dans le fait qu'elles existaient avant l'avènement du Code de la famille mais aussi, et surtout qu'elles permettent de dissimuler la ou les vraies causes motivant la demande en divorce.

Nous envisagerons successivement les causes invocables par les deux époux (3.1), le défaut d'entretien de la femme par le mari (3.2) et le divorce pour incompatibilité d'humeur (3.3).

3.1. Les causes invocables par les deux époux

3.1.1. L'absence déclarée de l'un des époux

L'absence est définie par l'alinéa premier de l'article 16 du Code de la famille comme la situation juridique d'une personne dont le manque de nouvelles rend l'existence incertaine. Elle constitue ainsi une situation de fait devant être constatée par la justice. Cette procédure concerne le plus souvent les hommes puisque, traditionnellement, ce sont eux qui quittent leur famille pour aller chercher fortune ailleurs, même les femmes commencent aussi à être concernées²⁸⁵. En pratique, cette cause n'est presque jamais invoquée dans le cadre d'une procédure de divorce. En présence d'une absence, le conjoint préfère le plus souvent invoquer d'autres causes de divorce notamment pour défaut d'entretien, abandon de famille ou de domicile conjugal²⁸⁶.

²⁸⁵ MBAYE M. N., Le divorce de l'absent, précité.

²⁸⁶ NDIAYE Y., Le divorce et la séparation de corps, *N.E.A* 1979, p 46.

3.1.2. L'adultère de l'un des époux

L'adultère est défini comme un manquement par l'un des époux à l'obligation de fidélité qui pèse sur lui. Concrètement, il consiste à avoir une relation sexuelle avec une personne autre que son conjoint. Il est réprimé par l'article 329 et suivant du Code pénal. L'adultère est une cause de divorce pouvant être invoquée aussi bien par l'homme que par la femme. Il s'agit là d'une évolution notable par rapport aux droits coutumiers. En effet, ces droits traitaient plus gravement l'adultère de la femme que celui du mari²⁸⁷. De fait, son contenu reste à géométrie variable dans le couple polygame dans la mesure où, pour la femme, il est toujours constitué alors que pour l'homme, il est relatif. Ainsi l'alinéa 2 de l'article 129 du Code de la famille précise : « Toutefois, pour les maris polygames, les usages tolérés par la coutume ne sauraient en eux-mêmes constituer l'adultère ».

L'adultère est une cause péremptoire de divorce qui ne laisse aucun pouvoir d'appréciation au juge du fond : s'il est prouvé, le divorce doit être prononcé²⁸⁸. Le divorce pour cause d'adultère fait partie de la catégorie de divorce pour faute et ne peut être obtenu par l'époux qui l'invoque que s'il apporte la preuve de l'acte d'adultère. L'administration de cette preuve est particulièrement difficile, l'adultère étant une infraction pénale au Sénégal²⁸⁹. Les exigences de la jurisprudence, en matière de preuve de l'adultère, sont une reproduction de l'article 331 alinéa 2 du Code pénal²⁹⁰. En pratique, soit l'adultère est prouvé par flagrant délit, soit il est prouvé par l'aveu de l'époux convaincu d'adultère. Cet aveu peut résulter de ce que l'époux incriminé ait reconnu avoir eu un enfant avec un tiers durant le mariage ou encore de l'épouse qui ne nie pas avoir mis au monde un enfant qui n'est pas issu des œuvres du mari²⁹¹.

Dans la pratique des tribunaux, aussi bien les femmes que les maris font recours à cette cause de divorce. Il faut noter que, dans beaucoup de décisions, à défaut de preuve des allégations d'adultère, le divorce est prononcé pour injure grave²⁹² s'il y a des faits compromettants et en l'absence de preuve de relations charnelles (par exemple le fait de surprendre son mari avec sa maîtresse dans la maison conjugale²⁹³). De la même manière, il arrive au juge de prononcer le divorce pour inconduite notoire ou pour comportement indigne parce que l'époux demandeur de divorce pour cause d'adultère, n'a

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ Elle est punie d'une amende de 20 000 à 100 000 FCFA sur la seule action de l'autre époux qui est maître des poursuites (Code pénal, art. 330).

²⁸⁹ L'article 331 alinéa 2 du Code pénal dispose : « les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité [d'adultère] seront, outre le flagrant délit, celles résultant de l'aveu ou des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu ». Selon l'article 331, le complice de l'adultère sera passible de la même peine que le coupable.

²⁹⁰ TD Pikine n°325 du 24 avril 2006 dans lequel le juge prononce le divorce aux torts et griefs partagés des époux pour abandon du domicile conjugal (la femme) et adultère (contre le mari ayant reconnu avoir eu un enfant hors mariage alors qu'il était marié ; TDHC Dakar n°8 du 5 mai 2010 prononçant le divorce notamment aux torts de la femme pour adultère, celle-ci ayant reconnu avoir entretenu des relations sexuelles avec un autre homme avec lequel elle a eu un enfant ; TD Rufisque n°62 du 9 février 2012 dans lequel c'est le mari qui reconnaît avoir une fille avec une dame autre que son épouse.

²⁹¹ Voir par exemple : TD Mbour n°47/12 du 4 août 2010.

²⁹² TD Rufisque, jugement n°154 du 15 juin 2010.

²⁹³ TD Rufisque n°247 du 25 août 2005 ; TD Thiès n°586 du 5 novembre 2001.

pas été en mesure d'en établir la preuve²⁹⁴. Dans une affaire, le juge relève « le manquement à l'obligation de réserve de la femme de par ses voyages répétés et en nouant une relation amoureuse, humiliant ainsi son mari » alors même que l'époux était dans l'impossibilité d'apporter la preuve de l'adultère qui l'aurait poussé à répudier sa femme²⁹⁵. Ces exemples posent problème dans la mesure où on peut arguer que bien qu'aucune preuve de l'adultère ne soit apportée, l'honneur et la réputation de la femme sont ternis par les accusations du mari et la sanction du juge qui à travers « les torts partagés », légitime les accusations du mari.

Dans le contexte sénégalais, il faut noter que l'adultère est considéré comme une cause honteuse et taboue, ce qui explique son manque de succès. Ainsi sur près de 600 décisions dépouillées, seules quatre sont directement relatives à l'adultère.

3.1.3. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante

La peine infamante peut frapper aussi bien l'homme que la femme ayant commis une infraction pénale. Pendant longtemps, l'organisation socio-économique faisait que les hommes étaient plus exposés que les femmes en matière de conflit avec la loi pénale (sauf pour l'avortement, l'infanticide et les coups et blessures). Mais les mutations de la société font de plus en plus que les femmes s'exposent aux mêmes types de délinquance que les hommes et par voie de conséquence aux mêmes peines²⁹⁶.

3.1.4. Non-respect des engagements pris en vue du mariage

Cette cause de divorce est très rarement invoquée par les époux au moment du divorce. Selon NDIAYE, elle concernerait par exemple le refus du mari de verser la partie reliquataire de la dot au terme convenu, le non-respect du mari de l'option de monogamie (ce qui serait aussi une violation de la loi) et la tentative de modification du régime matrimonial (ce qui serait une fraude)²⁹⁷. Dans la pratique judiciaire du divorce, le juge a tendance à assimiler le non-respect des engagements pris en vue du mariage au non versement de la dot ou de la fraction de la dot non libérée par le mari²⁹⁸. Dans une affaire jugée par le TD de Thiès en 2008, l'époux demande le divorce parce que « sa femme refuse de rejoindre le domicile conjugal sous l'influence de sa mère » alors que l'épouse soutient pour sa défense que son mari a « violé les engagements souscrits en vue du mariage, notamment celui consistant à la laisser continuer ses études » et a cessé de l'entretenir. Le juge n'a pas choisi d'explorer cette piste et a prononcé le divorce aux torts partagés pour défaut d'entretien et incompatibilité d'humeur²⁹⁹.

²⁹⁴ TD Mbacké du 23 décembre 2009.

²⁹⁵ Sur les critères que doit remplir la peine infamante voir NDIAYE Y., Le divorce et la séparation de corps, précité, p. 48.

²⁹⁶ NDIAYE Y., Le divorce et la séparation de corps, précité, pp. 51 et 52.

²⁹⁷ Voir article 6 de la loi n°67-04 du 24 février 1967, JOS du 1^{er} mars 1967. Voir aussi : TD Thiès n°107 du 15 mars 2004.

²⁹⁸ TD Thiès n°365 du 28 juillet 2008. Voir aussi TD Thiès n°569 du 15 décembre 2003, opposant S.D c/ I.D dans laquelle la femme a soulevé, en plus du non-respect des engagements, les mauvais traitements excès et sévices. Le second moyen étant suffisamment établi, juge l'a retenu pour prononcer le divorce aux torts exclusifs du mari.

²⁹⁹ Voir les ouvrages respectivement de NDIAYE Y. et de DIAL F. B. précités.

3.1.5. L'abandon de famille ou du domicile conjugal

L'abandon de domicile conjugal ou de famille est le fait pour un époux de quitter le domicile commun sans l'accord de son conjoint ou de ne pas s'acquitter des obligations inhérentes à son statut d'époux. Cette cause de divorce peut ainsi être indifféremment invoquée par l'homme et la femme, mais, dans les faits, cette cause de divorce concerne plus les hommes. En effet, la loi comme la coutume fait peser à titre principal sur le mari la prise en charge des dépenses familiales. Il arrive bien souvent que des maris indécis refusent de s'acquitter de cette obligation en abandonnant à eux-mêmes femme et enfants. Plus de 66% des demandes de divorce fondées sur cette cause de divorce émanent ainsi de femmes.

Mais cette cause de divorce n'épargne pas les femmes qui ont parfois encore tendance à rejoindre le domicile de leurs parents parce que leur ménage est en crise. Cette pratique traditionnelle (*faay* en wolof) consiste pour l'épouse à quitter son ménage jusqu'à ce que le mari vienne la chercher ; elle tend donc à un règlement des différends sous la supervision des parents, lesquels deviennent garants de l'accord³⁰⁰. La pratique du *faay* est condamnée par le droit moderne à travers « l'abandon de famille ou du domicile conjugal » comme cause légale de divorce. Beaucoup de femmes l'apprennent à leurs dépens. En effet, le mari, même fautif, profite parfois de cette cause de divorce pour obtenir une décision de dissolution aux torts exclusifs de leur épouse pour abandon de famille ou de domicile conjugal³⁰¹.

Ainsi dans une affaire, une femme est condamnée pour abandon de domicile alors même que souhaitant vivre aux côtés de son mari, elle refuse de rester au village alors que celui-ci est en permanence à Dakar. Pourtant, le juge rappelle « que la seule exception dont souffre l'article 153 du Code de la famille, c'est lorsque la résidence fixée par le mari présente pour elle et pour ses enfants des dangers d'ordre physiques ou d'ordre moral (...)»³⁰². De la même manière dans une autre espèce, le juge retient l'abandon de famille contre la femme et le défaut d'entretien contre le mari, pour prononcer le divorce aux torts partagés alors même qu'il apparaît dans les faits que c'est parce que « son mari a cessé de l'entretenir (...) et a toujours refusé qu'elle exerce une activité professionnelle » que la femme a quitté le domicile conjugal »³⁰³.

3.1.6. Les mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible

Tout époux qui en est victime est fondé à demander le divorce pour cause de mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible. La pratique des tribunaux départementaux

³⁰⁰ Parmi les demandes dépouillées, presque 34 % des demandes de divorce fondées sur cette cause émanent des hommes. Pour des exemples édifiants voir THIAO A., Typologie des causes de divorces invoquées devant le tribunal départemental de Dakar, Mémoire de maîtrise, UCAD 2010-2011 (sous la direction de P. T. FALL)

³⁰¹ TD Pikine n°118 du 8 février 2011.

³⁰² TD Pikine n°295 du 11 avril 2004.

³⁰³ Ce cas de violence conjugale jusque-là tabou devient de plus en plus répandu et discuté sur la place publique avec la création de l'association au Sénégal des maris battus. Voir aussi dans la jurisprudence : un mari traité d'esclave par sa femme (TD Rufisque n°6 du 5 janvier 2012), le fait d'avoir un comportement irrespectueux à l'égard de son époux (TD Thiès n°348 du 17 juillet 2000, n°37 du 14 janvier 2000), etc.

démontre qu'elle est invoquée aussi bien par le mari que par la femme. En ce qui concerne les décisions dépourvues, on peut noter que plus de 70 % des cas basés sur cette cause légale émanent des femmes.

Cette cause renferme plusieurs réalités à contenus variables : violence conjugale, violence à l'égard des femmes et/ou des enfants, ou encore, hypothèse beaucoup plus rare, violence à l'égard du mari³⁰⁴. Il s'agit d'une notion élastique entre les mains du juge de la famille et c'est l'une des causes les plus libérales en termes d'interprétation jurisprudentielle³⁰⁵. Ainsi, l'interprétation donnée de la notion de « mauvais traitements » permet aussi d'y inclure la violence exercée en dehors de la famille au sens strict, notamment par la belle-famille, souvent du côté du mari, ou les proches ou alliés.

Dans certaines décisions, le juge requalifie d'office la cause de divorce s'il apparaît que la femme a fait l'objet de châtiments corporels. Ainsi, dans une procédure de constat d'abandon de famille assorti de propos grossiers de la femme, le juge a prononcé le divorce aux torts exclusifs du mari pour mauvais traitement, excès et sévices, rendant justifié le départ de la femme³⁰⁶.

En l'absence d'une définition légale des injures graves, le juge retient des comportements divers et variés en vue du prononcé du divorce. Ainsi, le juge qualifie d'injure grave le fait pour un homme d'émettre un doute sur la paternité de l'enfant né du mariage en dehors d'une action régulière en désaveu de paternité³⁰⁷ ou d'accuser son épouse des « mœurs légères »³⁰⁸, ou encore pour une femme de traiter son mari d'impuissant ou sa belle-mère de prostituée³⁰⁹. L'appréciation du caractère injurieux des faits reprochés, de leur gravité ainsi que leur caractère intolérable pour le maintien du lien conjugal relève du pouvoir souverain des juges du fond³¹⁰.

L'injure constitue ainsi à côté de l'incompatibilité d'humeur l'une des causes les plus permissives. En effet, à côté de ce qui relève naturellement de l'injure grave, le juge assimile certains comportements à l'injure telle que la répudiation de la femme par le mari ou l'atmosphère ou les circonstances dans lesquelles les faits se sont produits. Il en est de même du délaissement affectif sans raison valable. Ainsi, toutes les fois que le juge est saisi à la suite d'une répudiation, il prononce toujours le divorce sur le fondement de l'injure grave aux torts exclusifs du mari³¹¹ et alloue à la femme des dommages et intérêts³¹². Parfois, le juge ne prend même pas la peine de qualifier la répudiation d'injures et vise directement la répudiation comme cause du divorce. Il en est ainsi dans une décision du TDHC de Dakar dans laquelle, le juge « prononce le divorce entre les époux (...)aux torts exclusifs du mari pour répudiation »³¹³.

³⁰⁴ FALL P. T., *Réflexions critiques sur le divorce*, précité.

³⁰⁵ TD Mbour n°101 RG n° 57/2011 du 30 mars 2011.

³⁰⁶ Justice de Paix Dakar, n° 364 du 26 mai 1977, époux Diallo.

³⁰⁷ TD Pikine n°107 du 16 janvier 2006.

³⁰⁸ TD Thiès n°107 du 6 mars 2008.

³⁰⁹ TDHC Dakar n°1215 du 12 juin 1996. Voir aussi : Cour de Cassation civ. et com., arrêt du 2 décembre 1998, n°06/RG/1998, n° 60614.

³¹⁰ TD Rufisque n°2 du 8 janvier 1981, TD Tivaouane n°81 du 28 mai 2009 ; TDHC Dakar n°2396 du 3 novembre 2009 ; TDHC Dakar n°55 du 12 janvier 2010.

³¹¹ TD Thiès n°91 du 10 février 2012.

³¹² TDHC Dakar n°55 du 12 janvier 2010.

³¹³ T. Paix de Rufisque n°2 du 8 janvier 1981.

Il arrive aussi au juge de prononcer le divorce aux torts réciproques des conjoints pour « injures graves rendant intolérable le maintien du lien conjugal » pour sanctionner l'homme d'avoir répudié sa femme et la femme pour avoir injurié sa belle-mère³¹⁴. De la même manière le juge peut prononcer le divorce aux torts réciproques des époux pour injures graves alors que les faits mettent en lumière la répudiation et l'abandon des enfants par le mari qui pour sa défense arguait d'une prétendue relation amoureuse de sa femme³¹⁵. Ces décisions illustrent bien la complexité de la réalité des affaires de divorce ; elles montrent aussi qu'une répudiation peut aisément se trouver « requalifiée » en divorce aux torts partagés.

3.1.7. La stérilité définitive médicalement établie

Le but du mariage est de fonder une famille et la stérilité définitive médicalement établie est donc encore aujourd'hui une cause de divorce. En tout état de cause, ce texte ne fait pas de discrimination entre l'homme et la femme, puisque la stérilité peut être constatée autant du côté de la femme que de celui du conjoint. En pratique, en cas d'infertilité du couple, l'homme n'est pratiquement jamais stigmatisé sauf dans l'hypothèse où il n'a pu consommer le mariage pour impuissance. La femme qui n'enfante pas en souffre même si elle n'est pas responsable de cette situation³¹⁶. Enfin, la pratique répandue de la polygamie fait que les hommes sont moins intéressés par cette cause de divorce. Au lieu de divorcer, ils préfèrent convoler en secondes noces. C'est peut-être pour cette raison qu'une telle cause de divorce est pratiquement anecdotique en jurisprudence.

3.1.8. La maladie grave de l'un des époux découverte pendant le mariage

Il n'existe pas dans le Code de la famille une définition ou une liste indicative des maladies graves et incurables pouvant être à l'origine du divorce. La seule condition requise dans le code c'est qu'elle soit découverte par l'autre époux pendant le mariage. Dans le langage médical, est considéré comme une maladie grave et incurable celle qui met en jeu le pronostic vital de la personne et pour laquelle un traitement curatif n'est pas possible à l'état actuel de la science médicale. C'est une cause de divorce floue, complexe³¹⁷ et difficile à utiliser parce qu'elle peut affecter la dignité de la personne et heurter dans certaines circonstances la morale. De plus, l'administration de sa preuve n'est pas aisée en raison du secret médical qui est opposable, même au conjoint³¹⁸. En outre, pour des raisons d'ordre moral, il est mal vu d'invoquer cette cause surtout quand on est une femme. C'est ce qui explique qu'elle soit une cause particulièrement tabou et résolument écartée au moment de décider du divorce. Nous n'avons pu trouver qu'une seule décision portant sur cette cause de divorce sur près de six cents décisions collectées. Ainsi, un mari a pu aussi obtenir le divorce sur le fondement

³¹⁴ TD Mbour n°47 du 4 août 2010.

³¹⁵ Selon DIOP, « la fonction des prestations matrimoniales est de transférer les pouvoirs de procréation de la femme dans le lignage de l'homme », voir DIOP, A. B., *La famille Wolof*. Paris : Karthala, 1981, p. 202.

³¹⁶ Elle est complexe parce qu'une pathologie peut être grave sans être incurable ; de même, une pathologie peut être simple mais incurable. D'autres maladies dites chroniques comme le diabète et l'hypertension artérielle sont considérées comme des pathologies incurables. Mais leur degré de gravité dépend de la nature de la complication, par exemple : insuffisance rénale ou accident cardio-vasculaire. Ou encore : neuro-palu (entretien avec Dr Aminata DIAGNE, médecin gynécologue au centre hospitalier Gaspard CAMARA, avril 2013).

³¹⁷ TD Pikine n°392 du 7 juillet 2009.

³¹⁸ TDHC Dakar n° 196 du 29 janvier 2009.

de cette cause parce que sa femme était dépressive³¹⁹. Le mari a versé dans le dossier un certificat de constatation de la maladie de sa femme délivré par un médecin. Le tribunal a fait ordonner une enquête par les services sociaux sur l'état de santé de la femme avant de prononcer le divorce pour cette cause.

Dans le cas où c'est le mari qui obtient le divorce pour maladie grave et incurable, une pension alimentaire est due à la femme pour compenser la disparition de l'obligation d'entretien. Elle peut être allouée pour une durée de trois ans au maximum et prend effet à compter du jugement. Mais, elle cesse si le mari établit qu'il n'a plus de ressources ou si la femme se remarie avant l'expiration de ces délais³²⁰. Dans le cas cité précédemment, le juge a pris acte de ce que le mari divorçant s'engageait à continuer de s'occuper de son ex-épouse en précisant qu'il allait la garder chez lui comme « ses parents ne veulent pas s'occuper d'elle et compte tenu qu'ils ont deux enfants majeurs »³²¹.

3.2. Le défaut d'entretien de la femme par le mari

Cette cause de divorce ne peut être invoquée que par la femme. Elle est étroitement liée au fait que la loi fait peser sur le mari une obligation d'entretien au profit de sa femme. Tout manquement de sa part autorise la créancière de l'obligation à demander et obtenir le divorce. Le défaut d'entretien de la femme par le mari est une cause de divorce que le Code de la famille emprunte directement au rite musulman malékite et à la coutume³²².

Cette différence de traitement en faveur de la femme n'est pas fortuite : l'obligation d'entretien de la femme est sans doute la contrepartie des pouvoirs importants que le Code reconnaît à l'époux en ce qui concerne la direction du ménage³²³. Ainsi cette cause de divorce est considérée comme la conséquence d'une obligation qui pèse sur le mari en vertu du mariage. Le mari est tenu, comme nous l'avons déjà dit, de pourvoir à l'entretien de sa femme. Néanmoins, les mutations familiales et sociales peuvent amener à poser le débat sur l'opportunité d'une telle cause de divorce aujourd'hui, dans un contexte où, notwithstanding les dispositions impératives du Code de la famille, beaucoup de ménages ne survivent que grâce aux femmes.

Le nombre élevé de divorces pour défaut d'entretien relevé dans l'étude illustre parfaitement le succès de cette cause de divorce auprès des femmes : le défaut d'entretien représente pratiquement le tiers des décisions collectées, environ 200 sur 593 collectées³²⁴. Cependant, il faut noter que le défaut d'entretien cache souvent une autre cause inavouable : l'impuissance du mari, la rupture de vie com-

³¹⁹ Art. 262 du Code de la famille modifiée par la loi n°89-01 du 17 janvier 1989, JO n°18.2 du 3 juin 1989.

³²⁰ TDHC Dakar n°196 du 29 janvier 2009.

³²¹ NDIAYE Y, Le divorce et la séparation de corps, précité, p. 49.

³²² Art. 152 du Code de la famille.

³²³ TD Saint-Louis n°74 du 19 mai 2010 ; TD Rufisque n°244 du 26 novembre 2007 ; TD Thiès n°536 du 13 novembre 2006 ; TD Thiès n°431 du 21 juillet 2013 ; TD Pikine n°678 du 4 décembre 2000 ; TD Thiès n°91 du 10 février 2012.

³²⁴ Le divorce pour cause d'absence est particulièrement long à obtenir ; voir MBAYE M. N, « Le divorce de l'absent en droit sénégalais » NEA, n°1, 2009, p. 93s.

mune, l'infidélité de l'époux volage, l'abandon de famille ou l'absence prolongée du mari³²⁵. Ainsi le défaut d'entretien invoqué par la femme et retenu par le mari peut cacher une absence du mari qui, depuis son retour à l'étranger, n'a pas donné de nouvelle³²⁶.

Les femmes invoquent parfois aussi cette cause pour obtenir l'indépendance nécessaire pour mener une activité économique. Ainsi, le juge a prononcé le divorce pour incompatibilité d'humeur alors que la femme, demanderesse, avait fondé son action sur le défaut d'entretien. Le juge a estimé que la femme a toujours vécu convenablement dans la situation qu'elle dénonce alors que rien n'a changé. Selon lui, la femme ne voulait plus rester dans les liens du mariage, qui plomberaient sa nouvelle activité économique³²⁷. Comme la sociologue Fatou Binetou DIAL l'a montré dans son ouvrage de 2008, le divorce est parfois un moyen d'émancipation et de promotion économique pour certaines femmes³²⁸.

3.3. L'incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal

Cette cause de divorce est la plus critiquée de l'article 166 du Code de la famille. Il s'agit en effet d'une cause de divorce très permissive permettant à tout conjoint, l'homme ou la femme, de sortir facilement des liens du mariage. Elle a été perçue par la doctrine comme un moyen de faire survivre la répudiation³²⁹, un auteur allant jusqu'à qualifier le divorce pour incompatibilité d'humeur de « répudiation déguisée »³³⁰.

Cette même crainte a animé le législateur sénégalais. En effet, celui-ci prévoit que le mari qui obtient le divorce sur le fondement de l'incompatibilité d'humeur doit verser une pension alimentaire à son ex-épouse³³¹. Cette pension peut durer entre six mois et un an en vue de compenser la perte de l'obligation d'entretien au bénéfice de la femme ; cette pension n'est pas subordonnée à une situation précaire de la femme³³². C'est la loi n°89-01 du 17 janvier 1989 qui a augmenté la durée de la pension en la portant aux délais actuels (de six mois à un an). Avant ladite réforme, la pension était de trois mois. Cette évolution législative a conforté la position doctrinale selon laquelle l'incompatibilité d'humeur est une forme de répudiation. De plus, dans la pratique judiciaire, elle peut être invoquée sans que l'époux n'avance de faits précis ; le juge se refusant tout pouvoir d'appréciation, le cas échéant. Un auteur parle d'ailleurs de « la rançon de la liberté de l'homme » à propos de la pension alimentaire versée à la femme en cas de divorce pour incompatibilité d'humeur à la requête de l'homme³³³.

Dans l'absolu, l'assimilation de l'incompatibilité d'humeur à la répudiation nous semble néanmoins excessive.

³²⁵ TD Mbour n°166 du 17 juillet 2001.

³²⁶ TD Diourbel n°76/12 du 1 juin 2012.

³²⁷ DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*, Paris : Karthala - CREPOS, 2008.

³²⁸ NDIAYE I. Y., Réflexions sur une cause de divorce : l'incompatibilité d'humeur, *EDJA* n° 13, 1987, p. 2.

³²⁹ NDIAYE I. Y., Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel, *Revue sénégalaise de droit* n° 36, janvier-juin 2011, p 13 et s spécialement p 36.

³³⁰ A l'inverse, la femme peut demander et obtenir le divorce pour incompatibilité d'humeur sans s'exposer au versement d'une pension alimentaire.

³³¹ NIANG M. B., Solidarité familiale et vulnérabilité économique en droit de la famille sénégalais, *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.

³³² NDIAYE I. Y., Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel, précité.

³³³ NDIAYE I. Y., Réflexions sur une cause de divorce, précité, p. 2.

En premier lieu, l'incompatibilité d'humeur n'est pas, du moins légalement, une cause de divorce expressément réservée à l'homme. Chaque époux, homme ou femme, est légalement fondé à demander le divorce sur cette base. La répudiation, en revanche, relève quasiment du pouvoir exclusif du mari qui peut en abuser (même si les coutumes énumèrent les causes de divorce). En second, l'étude de la jurisprudence sénégalaise démontre que l'incompatibilité d'humeur n'est pas une cause de divorce exclusivement invoquée par les hommes. Ainsi, dans le cadre de cette étude, sur l'ensemble des décisions recueillies sur la question, un peu plus de 78% des demandes en divorce émanent des femmes et seulement à peine 22% concernent les hommes.

Cette cause de divorce offre une grande flexibilité aux parties³³⁴ et au juge qui n'est pas tenu de caractériser les éléments constitutifs de l'incompatibilité d'humeur³³⁵. Cependant, il est de jurisprudence constante que le juge prononcera le divorce aux torts exclusifs de l'époux qui invoquerait l'incompatibilité d'humeur sans articuler aucun grief³³⁶ puisque cela permettrait de supposer que l'autre époux n'a commis aucune faute. Pour caractériser l'absence de faute de l'autre conjoint, le juge met l'accent sur « la volonté de rompre univoque de l'époux demandeur³³⁷. Le juge peut aussi prononcer l'incompatibilité d'humeur aux torts et griefs réciproques ou partagés³³⁸, en considérant, par exemple, que « compte tenu du milieu dans lequel évolue le couple et du climat à la limite malsain qui caractérise les relations entre C. Diallo et famille de son épouse, il est aisé de constater que l'incompatibilité est suffisamment profonde (...) »³³⁹.

Curieusement, il apparaît enfin que lorsque l'un des époux demandant le divorce ne parvient à prouver la cause invoquée, le juge soulève d'office cette cause de divorce ; il semble en effet convaincu que l'époux divorçant n'entend pas rester dans les liens du mariage. Il prononce alors le divorce aux torts exclusifs de celui-ci malgré le fait qu'il soit démontré que l'incompatibilité d'humeur est une cause de divorce objective³⁴⁰.

En fin de compte, l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce garantit tout à fait la liberté de rupture en matière de mariage ; elle évite de rendre indissoluble le mariage alors que l'union devient un enfer pour l'un des époux, lequel ne peut invoquer avec succès les autres causes de divorce.

4. LES EFFETS DU DIVORCE

Cette partie a pour but de donner un aperçu des deux séries d'effets produits par le divorce : les effets patrimoniaux (4.1) et extrapatrimoniaux (4.2). Il s'agit ici d'envisager les effets du divorce qui sont encadrés par le droit et le juge. Les solutions juridiques trouvées pour assurer l'égalité des époux au moment

³³⁴ TD Thiès n°158 du 04.03.2011.

³³⁵ TDHC de Dakar n°414 du 25.02.2009.

³³⁶ TD Pikine n°210 bis du 27.02.04 et n° 60 du 19.01.2004.

³³⁷ TD Saint-Louis n°153 du 08.06.2011, TD Thiès n°319 du 28.06.2010.

³³⁸ TD Pikine n° 174 du 23.02.2004.

³³⁹ NDIAYE I. Y., *Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel*, précité et FALL P. T., *Réflexions critiques sur le divorce en droit sénégalais*, précité.

³⁴⁰ Sur toutes ces questions voir notamment GUINCHARD S., *Droit patrimonial de la famille du Sénégal*, Coll. Bibliothèque africaine et malgache, t. XXXII. Paris, Dakar et Abidjan : LGDJ et Nouvelles éditions africaines, 1980.

de la dissolution du mariage ne doivent pas occulter qu'en pratique une grande partie des divorces (en particulier en cas de répudiation) se règle entre les familles, sans intervention du juge.

4.1. Les effets patrimoniaux du divorce

4.1.1. La dissolution du régime matrimonial

Cette question pose peu de difficultés en droit sénégalais. L'article 368 du Code de la famille prévoit trois types de régimes auxquels les époux peuvent adhérer sans possibilité de les modifier : la séparation des biens (a), le régime dotal (b) et le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts³⁴¹ (c).

a) **Le régime de la séparation des biens** est le régime de droit commun, applicable à défaut de choix exprès de l'un des deux autres régimes. L'époux polygame et les époux dont le mariage n'est pas déclaré à l'état civil sont obligatoirement soumis au régime séparatiste³⁴². Ce régime est d'ailleurs conforme à la tradition africaine : à la dissolution du mariage chaque époux repart avec ses biens. Il est vrai que pendant la vie harmonieuse du couple, la distinction peut être difficile. La loi pose des règles de preuve applicables à l'article 381 du Code de la famille. Le contentieux de la propriété se pose très rarement et concerne essentiellement les biens meubles. L'époux revendiquant parvient en général à établir son droit en produisant des factures ou par témoins³⁴³.

b) **Le régime dotal** est le régime par lequel la femme reçoit, à l'occasion de son mariage, des biens donnés par d'autres personnes que son conjoint. Ces biens (immeubles immatriculés, valeurs mobilières déposées dans un compte dotal ou des animaux constituant un cheptel) appartiennent à la femme mais sont gérés par le mari durant le fonctionnement dudit régime. A la dissolution du mariage, le mari devra les restituer à la femme qui en est propriétaire. Ce régime ne pose pas de problème particulier à la dissolution du mariage. De surcroît, sur l'ensemble des décisions recueillies, aucune ne révèle l'option d'un tel régime.

c) **Le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts** ne peut être choisi que lorsque le mari a opté en faveur de la monogamie, ce qui fait que peu de gens ont recours à ce régime. En droit sénégalais, ce régime fonctionne comme celui de la séparation des biens. Ce n'est qu'à la dissolution qu'il y a lieu de distinguer entre biens exclus de la liquidation et les autres biens³⁴⁴. Dans la pratique des tribunaux départementaux, les juges nomment un notaire pour liquider la communauté sous la supervision d'un juge commissaire³⁴⁵. Il faut noter que ces règles relatives à la liquidation ne sont applicables

³⁴¹ Comme déjà dit plus haut, le mariage coutumier non constaté est malgré tout valable. Il est seulement à effets limités.

³⁴² Pour les immeubles, l'article 379 du Code des obligations civiles et commerciales est le seul applicable. Et celui-ci n'autorise comme moyen de preuve que la mention figurant au livre foncier. Voir Cour suprême, arrêt n°53 du 28 mai 1980, Revue EDJA n° 18 du 25 août 1990.

³⁴³ Voir article 393 alinéa 2 du Code des obligations civiles et commerciales.

³⁴⁴ Par exemple : TDHC Dakar n°199 du 29 janvier 2008, voir THIAO A., Typologie des causes de divorce invoquées devant le tribunal départemental de Dakar, Mémoire de maîtrise, FSJP/UCAD, 2010-2011 (sous la direction de P. T. FALL), annexe n°12.

³⁴⁵ L'article 158 alinéa 2 du Code de la famille dispose : « Ce consentement [des époux divorçant par consentement mutuel] doit porter non seulement sur la rupture du lien conjugal mais aussi sur la situation des anciens époux quant aux biens et sur le sort réservé aux enfants issus du mariage ». Dans ce type de divorce, le juge ne fait que constater l'accord des parties.

que dans les hypothèses de divorce contentieux. En effet dans le divorce par consentement mutuel, ce sont les époux eux-mêmes qui règlent les effets patrimoniaux de la dissolution de leur mariage³⁴⁶.

4.1.2. Le versement d'une pension alimentaire à l'ex-époux

La loi prévoit que l'époux devra verser une pension alimentaire à son ex-conjoint dans deux hypothèses organisées par l'article 262 du Code de la famille : le divorce demandé et obtenu par le mari pour incompatibilité d'humeur (six mois à un an) ou pour maladie grave et incurable (trois ans au maximum). Le mari divorçant ne peut se soustraire à cette obligation qu'en démontrant qu'il n'a plus de ressources ou que la femme s'est remariée avant l'expiration des délais prévus par la loi.

Il existe donc sans conteste une réelle différence de traitement en faveur de la femme qui se justifie traditionnellement par la conception selon laquelle il appartient au mari de travailler pour entretenir femme et enfants. Une réflexion allant vers des dispositions en matière de pensions alimentaires prenant en compte les situations individuelles pourrait être engagée.

4.1.3. Les dommages-intérêts

Lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, la victime peut demander au juge l'octroi de dommages-intérêts pour les préjudices résultant de la dissolution du mariage. Un préjudice purement moral peut ouvrir droit à la réparation. Ainsi, la souffrance résultant de la rupture fautive du mariage ouvre droit au versement de dommages-intérêts à la victime. Par exemple, le juge a accordé des dommages et intérêts d'un montant de 500.000 FCFA à l'épouse ayant obtenu le divorce pour mauvais traitements et sévices aux torts exclusifs du mari³⁴⁷. Il a estimé « raisonnable compte tenu surtout du préjudice moral qu'elle a subi de la rupture du lien matrimonial à cet âge [environ 30 ans] »³⁴⁸.

Les juges qui refusent d'accorder le montant demandé fondent leur décision sur l'absence de démonstration, par la victime, de la proportionnalité entre ledit montant et le préjudice subi³⁴⁹.

En matière de réparation, les époux sont traités sur un pied d'égalité même si dans la pratique des tribunaux, l'on constate que la majeure partie des demandes en dommages et intérêts satisfaites ou non émanent des femmes. En effet, au Sénégal, il arrive très souvent que des femmes abandonnent leur activité professionnelle à la demande du mari soit pour l'assister dans son activité professionnelle soit pour mieux pourvoir à l'entretien des enfants. La plupart des époux étant mariés sous le régime

³⁴⁶ Elle demandait dix millions de FCFA.

³⁴⁷ TDHC Dakar n° 2181 du 5 décembre 2006.

³⁴⁸ TDHC Dakar n° 1980 du 31 août 2010 : « que le divorce ayant été prononcé aux torts exclusifs de Kh. A. R. B., la demande de M. G. est, en son principe fondée ; qu'au demeurant, le montant de 5.000.000 FCFA est manifestement exagérée d'autant que M. G. n'a pas démontré la proportion entre ce montant et le préjudice subi ; Que la somme de 500.000 francs FCFA est plus juste... ».

³⁴⁹ La seule alternative offerte à la femme en vue de recevoir une contrepartie de ses efforts est d'invoquer la notion de société créée de fait prévue par l'article 115 et régie par les articles 864 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. La société créée de fait est une société induite de l'attitude de plusieurs personnes qui se comportent, souvent sans en avoir conscience, comme des associés. C'est le cas de deux époux ou concubins exploitant le fonds de commerce de l'un d'entre eux, voir BONNARD J., Droit des sociétés. Paris : Hachette 2010/2011, p. 41.

de la séparation des biens, la femme qui a contribué au succès de l'activité professionnelle de son époux ne peut en aucun cas en revendiquer une partie en cas de dissolution du mariage. La question se pose alors de savoir si la femme pourrait invoquer alors la réparation du préjudice résultant pour elle relativement au maintien de son niveau de vie. La voie de la responsabilité civile ne permet pas de conférer la propriété de droits privatifs sur les biens d'autrui. La femme ne peut donc demander que le versement de dommages-intérêts pour la réparation d'un préjudice matériel ou moral. Et encore là, faudrait-il que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs de l'ex-mari. Or que le divorce soit prononcé à ses torts ou non, l'équité aurait voulu qu'elle reçoive une compensation par rapport aux sacrifices personnels consentis pour le bien de son mari et des enfants communs. Ici aussi une réflexion pourrait être engagée pour prendre en compte certaines situations individuelles difficiles³⁵⁰.

4.2. Les effets extrapatrimoniaux du divorce

Il faut distinguer selon que les effets concernent les époux ou les enfants.

4.2.1. Dans les rapports entre époux

En ce concerne les époux, il y a cessation de tout lien juridique. Toutefois, la loi prévoit que la femme divorcée peut continuer à faire usage du nom du mari sauf si celui-ci s'y oppose expressément³⁵¹. Pendant tout le temps que dure le mariage, l'usage par la femme du nom du mari est un droit : l'usage du nom patronymique du mari est un effet du mariage. Logiquement, un tel droit doit cesser avec la dissolution du ménage. Mais en pratique, la cessation brutale de l'usage du nom de famille du mari peut causer un préjudice à la femme connue dans son activité économique, littéraire ou artistique sous le nom de famille acquis en vertu du mariage.

Un autre effet extrapatrimonial concerne exclusivement la femme. Contrairement à l'homme, elle ne peut pas se remarier sans respecter un délai de viduité. Que le mariage soit dissout par un tribunal ou par répudiation, la femme ne peut se remarier valablement sans observer un certain délai d'attente. En droit coutumier, ce délai est respectivement de 3 mois et 4 mois 10 jours selon que le mariage est dissout par divorce ou par décès du mari. L'article 112 du Code de la famille fixe ce délai à 300 jours à compter de la dissolution du précédent mariage. Le même texte prévoit également que la femme peut opter en faveur des délais abrégés, lesquels correspondent aux délais du droit coutumier. Le cas échéant, un enfant qui naîtrait après 3 mois ou 4 mois 10 jours après la rupture du mariage pour cause de divorce ou de décès du mari sera considéré irréfragablement n'étant pas issu des œuvres du précédent mari.

Le fondement de cette règle est d'éviter les difficultés qui peuvent résulter de l'établissement de la paternité de l'enfant né après la rupture du mariage. Il est vrai que l'évolution actuelle des sciences et de la médecine (ADN, groupe sanguin, etc.) permettant de lever toute équivoque par rapport à la filiation

³⁵⁰ Art. 176 alinéa 3 du Code de la famille.

³⁵¹ TDHC Dakar n°1598 du 20 juillet 2010.

d'un enfant peut pousser à se poser la question de savoir si le maintien du délai de viduité est encore pertinent. Toutefois, l'état actuel des mœurs et l'intérêt de l'enfant ne militent pas encore en faveur de spéculation systématique sur la filiation des enfants nés de mères divorcées ou veuves qui se remariant.

4.2.2. Dans les rapports avec les enfants communs

Le juge doit statuer sur la garde des enfants en tenant compte du mieux de leurs intérêts dans un contexte où il y a très souvent des tiraillements entre les parents en ce qui concerne la garde des enfants, le droit de visite ainsi que la contribution à la charge financière qu'ils représentent.

a) Le droit de garde et le droit de visite : dans le cadre des dissolutions judiciaires, le juge doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour avoir une vue objective de la situation des enfants, le juge fait faire une enquête sociale par un assistant social avant de prendre sa décision. On observe en pratique que les enfants en bas âge sont souvent confiés à la mère avec un droit de visite au profit du père. Dans la plupart des décisions de divorce qui confèrent la garde au père, il s'agit d'adolescents. Il arrive toutefois qu'un enfant en bas âge soit confié à son père avec qui il vit pour ne pas bouleverser l'univers de celui-ci et dans lequel il semble épanoui³⁵². En matière de droit de visite, la formule utilisée par le juge peut être source d'interprétation, celui-ci utilisant le plus souvent la formule « droit de visite le plus large » pour le père³⁵³ ou la mère³⁵⁴ selon que ce droit est dévolu à l'un ou l'autre parent.

b) Le versement d'une pension alimentaire par le père : lorsque la garde est dévolue à la mère, le juge met à la charge du père une obligation de verser une pension alimentaire pour l'entretien des enfants communs. Pour ce faire le juge tient compte des revenus du père et des besoins de l'enfant. Aussi le montant de la pension varie-t-il en fonction des ressources du père et du nombre des enfants communs à charge³⁵⁵.

Cette pension pose beaucoup de problèmes dans les rapports entre ex-époux. En effet, certains hommes trouvent trop onéreuse la pension fixée par le juge. Ils cherchent alors à tout mettre en œuvre pour ne pas la verser. Par exemple, pour se soustraire à l'obligation de payer une pension alimentaire de 250 000 FCFA par mois, un directeur d'une clinique invoque notamment la cessation de toute activité professionnelle depuis 2002 pour raison de santé et l'absence de salaire depuis avril 2002³⁵⁶. D'après de nombreux témoignages, il est même arrivé que des hommes démissionnent de leur emploi pour cesser de verser la pension. Il arrive également que l'ex-époux saisisse le juge d'une demande en révision parce qu'il est convaincu que la femme utilise la pension à d'autres fins. Parfois enfin, certaines femmes ont du mal à recouvrer la pension même si des voies de droit leur sont offertes.³⁵⁷

³⁵² Voir Mémoire THIAO A., précité, annexes 9, 12 et 13.

³⁵³ TDHC Dakar n°1598, précité « il échet de confier...Mb. C. à son père, le droit de visite le plus large étant réservé à la mère » décide le juge.

³⁵⁴ Par exemple 35 000 FCFA ou 40 000 FCFA pour un seul enfant : TDHC Dakar, respectivement n°1824 bis du 10 août 2010 et n°1015 du 10 juin 2003 ; 100 000 FCFA pour deux enfants : Dakar n°202 du 29 janvier 2008 ; ou 200 000 FCFA pour trois enfants : Dakar n°18 du 8 janvier 2008.

³⁵⁵ TDHC Dakar n°2778 du 6 mai 2003

³⁵⁶ Observations par les chercheurs engagés dans ce projet de recherche.

³⁵⁷ Voir les témoignages recueillis de femmes divorcées, in DIAL F. B., précité, pp. 142 à 144.

Comme en l'état actuel des dispositions du Code de la famille, les dépenses afférentes à l'entretien des enfants sont mises automatiquement à la charge du père, certains pères débiteurs, dont l'ex-épouse à qui est confiée la garde de l'enfant a des revenus plus importants que les leurs, acceptent mal la situation.

Si les femmes qui obtiennent la garde à la suite d'une décision de divorce reçoivent une pension alimentaire, ce n'est pas le cas pour la majeure partie de celles dont le mariage est rompu coutumièrement. De nombreuses femmes divorcées vivent avec des enfants délaissés par leur père. La contribution financière pour l'entretien des enfants dépend des revenus du mari et de sa générosité en cas de rupture coutumière³⁵⁸. Ces familles monoparentales vivent le plus souvent avec de maigres ressources (beaucoup survivent notamment grâce au petit commerce). Il y a ainsi de réelles disparités entre les femmes divorcées selon que le mariage est rompu ou non devant un tribunal.

³⁵⁸ Programme national de bonne gouvernance, avril 2002, http://www.proddel.sn/IMG/doc/Plan_National_Bonne_Gouvernance.doc et cité dans le rapport de la Cour suprême du Sénégal pour 2010.

CONCLUSION

L'évaluation de la pratique du divorce montre que le divorce prononcé par un tribunal présente de réelles garanties en matière d'équité et de sécurité juridique. Malgré ses limites (notamment la conception que les gens se font de la justice surtout dans les affaires de famille), le divorce judiciaire semble être la meilleure option en matière de rupture du mariage. Nous avons montré que les femmes sénégalaises ont recours à la justice étatique pour dissoudre leur union matrimoniale, mais elles sont encore nombreuses à avoir du mal à accéder au divorce judiciaire. Beaucoup de mariages sont dissous par voie de répudiation, pourtant interdite depuis l'entrée en vigueur du Code de la famille. La répudiation est encore un paramètre non négligeable dans la problématique des désunions entre époux.

De plus, comme le mentionne le rapport du programme national de bonne gouvernance : « pour la grande majorité de la population, la justice ne remplit pas son rôle. Elle est lente, chère, complexe, inaccessible, inéquitable et parfois inadaptée à l'environnement socioculturel³⁵⁹ ». En ce qui concerne le divorce, les difficultés sont renforcées par le manque d'assistance des services sociaux compétents souvent en léthargie faute de moyens matériels et humains satisfaisants.

Le fait que le législateur sénégalais soumet le mariage coutumier au divorce judiciaire avec obligation de régularisation préalable crée une injustice à l'égard des femmes. En effet, lorsqu'un tel mariage est rompu par répudiation, c'est seulement la femme qui s'expose à une sanction pénale puisque l'ex-mari peut se rétracter et agir contre sa femme et son nouveau mari pour que ceux-ci soient condamnés pour le délit de bigamie. Cette défaveur qui frappe les femmes s'explique par le fait que d'une part, la répudiation n'entraîne pas dissolution légale du mariage et d'autre part, le mari dont le mariage est célébré coutumièrement, est considéré légalement comme polygame. Il lui est loisible de se remarier sans divorcer judiciairement avec sa première épouse alors que celle-ci ne le peut pas. En fin de compte, c'est l'opposition entre rupture coutumière et rupture judiciaire qui permet de constater que toutes les femmes ne bénéficient pas des mêmes traitements dans le cadre de la dissolution du mariage³⁶⁰.

³⁵⁹ Voir aussi, *infra*, conclusions et propositions.

³⁶⁰ Voir aussi, *infra*, conclusion et propositions.

CONCLUSIONS ET PROPOSITIONS

Les trois parties principales de cet ouvrage montrent que le droit de la famille évolue, que ce soit sous l'impulsion du législateur ou du juge. Même si cette évolution va clairement dans le sens d'une plus grande égalité entre les femmes et les hommes, il n'en demeure pas moins des entraves à l'effectivité de l'égalité entre les époux pendant le mariage et au moment du divorce. Ainsi, nous pouvons dresser une liste des défis communs aux trois pays :

- Les éléments de la législation applicable au mariage et au divorce ne sont pas complètement en conformité avec les engagements internationaux de ces pays en matière de droits des femmes ;
- Les coutumes posent problème en terme de discrimination à l'égard des femmes et les effets qu'elles produisent peuvent placer les femmes dans des situations extrêmement difficiles ;
- La précarité sociale et économique dans les trois pays rend les femmes particulièrement vulnérables pendant le mariage et au moment du divorce ;
- Le poids de la religion et de la culture reste très fort en matière familiale et produit des conséquences en termes politiques, en particulier en ce qui concerne les possibilités de réformer le droit de la famille ;
- Enfin, les systèmes judiciaires des trois Etats, en particulier au Mali et au Niger ont d'énormes problèmes de ressources humaines et financières fond et de ressources. La justice est lente, chère, complexe, inaccessible pour la plupart, inéquitable et parfois inadaptée à l'environnement socio culturel. En ce qui concerne le divorce, les difficultés sont renforcées par le manque d'assistance des services sociaux compétents, faute de moyens matériels et humains satisfaisants.

Chaque Etat se trouve face à des défis juridiques spécifiques. Ainsi, le Mali doit assurer la diffusion et la mise en œuvre de son nouveau Code des personnes et de la famille qui pour l'instant est méconnu au sein du personnel judiciaire et de la population. Le Niger doit assurer une application effective des dispositions légales relatives à la place de la coutume dans son ordre juridique. Au Sénégal, il apparaît important que l'obligation des époux de faire enregistrer leur mariage soit mise en œuvre de manière plus systématique, afin de garantir ensuite la possibilité d'un recours au divorce judiciaire en cas de rupture du mariage.

Il est aussi possible de tirer des enseignements communs aux trois études. Il ressort principalement que, quel que soit le pays concerné et l'état de son droit positif, la répudiation est encore un paramètre non négligeable dans la problématique des désunions entre époux. Il est reconnu par tous que la pratique de la répudiation consacre une inégalité entre l'homme et la femme en matière de rupture du lien matrimonial, car cette faculté coutumière ou islamique de rompre unilatéralement les liens du mariage n'est reconnue qu'à l'époux. Ainsi, le défi qui se présente en matière de divorce est le même dans les trois pays : comment appréhender et éventuellement prendre en compte cette pratique informelle et largement répandue de rupture du mariage ?

Divorce et droit

Bien que le principe d'égalité et de non-discrimination soit reconnu constitutionnellement et dans le droit civil, des éléments discriminatoires persistent en droit de la famille. Ainsi, la référence à la puissance maritale, à l'obéissance de l'épouse à son mari et au devoir de l'époux de subvenir aux besoins de celle-ci crée une distinction fondamentale entre les époux. Le divorce pour défaut d'entretien de l'épouse par l'époux, ainsi que la possibilité, dans certains cas uniquement pour la femme, de recevoir une pension alimentaire crée de nouvelles différences de traitement entre les ex-époux. Ces conceptions du divorce, conçues comme une compensation de la différence de position existant entre les deux époux pendant le mariage, sont donc basées sur des conceptions très subjectives des rapports entre époux, conceptions subjectives qui ont néanmoins des implications réelles pour les femmes. Il en va de même pour le constat civil de la répudiation, dans le cas du Niger. On le voit ici, le droit de la famille légitime des situations intrinsèquement inégalitaires tout en tentant d'en limiter les effets les plus dramatiques. Les solutions dégagées par la jurisprudence parcellaire dans les trois pays pour requalifier ou encadrer la répudiation ont le bénéfice d'être pragmatiques et adaptées à la réalité des inégalités rencontrées en pratique. Il n'en va pas moins qu'elles confirment une inégalité en fait et parfois en droit entre les époux au moment du divorce. Pour cette raison, ces solutions posent des problèmes au vu de leur conformité avec les normes de droit international et régional des droits humains qui requièrent que les différences de traitement soient justifiées de manière objective pour être éventuellement acceptées.

L'harmonisation des textes nationaux et le cas échéant de la pratique des tribunaux avec les instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits de la femme permettrait donc de mettre en place un cadre légal de nature à assurer une protection des droits des femmes sans forcément exclure une reconnaissance du fort pluralisme juridique existant en matière matrimoniale.

Divorce et pluralisme juridique

Comme nous l'avons vu, le Comité sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes est très critique vis-à-vis de la multiplicité des systèmes de droit de la famille, puisque dans de tels systèmes les lois et les coutumes (ou autres normes informelles) régissant le statut personnel s'appliquent en fonction de l'appartenance ethnique ou religieuse des personnes. Dans les trois pays qui nous concernent, même si la possibilité d'opter pour un régime de droit civil existe, les travaux présentés dans cet ouvrage confirment que les affaires matrimoniales et familiales sont réglées principalement de manière informelle et accessoirement devant les juridictions civiles.

Pour faire face à une situation assez semblable dans les trois pays, des choix différents ont été faits au niveau législatif et en pratique. Au Mali, le droit civil de la famille ne prend pas formellement en compte les coutumes : en principe, les deux systèmes existent indépendamment l'un de l'autre. En pratique, les populations ont très peu recours au système de droit civil, mais préfèrent se tourner vers les autorités religieuses de proximité, imam ou marabout pour faire constater ou faire procéder à la dissolution de leur mariage. Le Sénégal a choisi une solution mixte : les mariages coutumiers peuvent être

enregistrés à l'état civil, même tardivement, en revanche le divorce est nécessairement civil. Ainsi les répudiations sont interdites et la répudiation d'une femme par son mari peut entraîner le prononcé du divorce aux torts du mari. Néanmoins, les décisions collectées ont montré que tant le divorce par consentement mutuel que certaines causes de divorce pouvaient aisément couvrir des situations de répudiation. Dans ces cas-là, le juge a quand même la possibilité d'encadrer certains effets de ces séparations, mais la pratique des tribunaux judiciaires montre que cela ne se fait pas toujours en faveur de la femme. Au Niger, le pluralisme juridique est, nous l'avons vu, organisé par la Constitution. Le mariage peut être coutumier, civil et/ou judiciaire ; quant à la répudiation, elle peut être constatée par le tribunal. A cette occasion, et dans certains cas seulement, les juges, suivis plus tard par le législateur lui-même, ont développé la pratique judiciaire d'encadrer les effets néfastes de la répudiation, en particulier sur la situation économique de la femme qui peut ainsi se voir reconnaître le droit de recueillir la pension alimentaire que doit verser le père au profit des enfants dont elle a la garde. Il peut arriver, même si le cas est rare, que des dommages-intérêts soient versés par le mari à la femme pour répudiation abusive. Ainsi, une répudiation constatée judiciairement donne quasiment le même degré de protection des droits des femmes qu'un divorce judiciaire coutumier.

Les développements concernant le Niger et le Sénégal montrent clairement qu'une intervention du juge sur les effets de la répudiation assure en général une meilleure protection des droits de la femme. Néanmoins, concernant le Niger, cette approche pragmatique, qui prend en compte les coutumes qui de toute façon régissent informellement le statut personnel des nigériens, ne va pas sans poser de problèmes de conformité du droit nigérien avec le cadre international et régional des droits de l'homme. C'est bien en effet l'application de ces coutumes qui empêchent le Niger de lever les réserves posées à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes³⁶¹.

Enfin, il faut noter que sur la très grande partie du territoire des trois Etats concernés, la majorité des cas de répudiation ne font pas, en raison notamment du difficile accès au service de la justice, l'objet de constat par le juge. Dans ces cas-là, les femmes répudiées et chassées de leur foyer ne peuvent que subir des conséquences parfois catastrophiques en termes de moyen de subsistance pour elles et pour leurs enfants.

Quelques pistes de réflexion et propositions

Quelques pistes de réflexion et propositions ont été présentées, suite aux travaux de recherche menés au Mali, au Niger et au Sénégal. Elles tentent de répondre aux défis et préoccupations identifiés et analysés au cours de ce projet de recherche. Nous les avons regroupées autour de trois axes :

Affiner le cadre législatif et judiciaire de la famille

- Mettre le droit civil de la famille en conformité avec les standards internationaux et régionaux de protection des droits humains

³⁶¹ Voir chapitre introductifs sur les réserves à La CEDEF

- Mettre en œuvre sur le terrain une obligation d'enregistrer tous les mariages
- Amener les juges à appliquer le droit positif dans son intégralité et en respectant sa hiérarchisation
- Développer une justice familiale de proximité pour mieux garantir l'égal accès à la justice et renforcer les capacités des juridictions, institutions publiques, services sociaux, institutions traditionnelles et religieuses ainsi que des organisations de la société civile

Comprendre et encadrer les coutumes d'une manière qui respecte à la fois les aspirations locales et les droits de tous

- Ouvrir un dialogue au niveau national sur le rôle des coutumes en matière matrimoniale
- Formaliser l'intervention des autorités coutumières et religieuses et amener celles-ci à protéger les droits de toutes les parties concernées
- Amener à une meilleure connaissance par les femmes des coutumes qui leur sont appliquées afin pour elles d'en tirer le meilleur avantage
- Réfléchir à un encadrement des coutumes par les autorités judiciaires

Apporter un soutien pratique accru aux femmes en situation de divorce

- Rendre la justice plus accessible aux femmes en supprimant les obstacles physiques comme l'éloignement du service public de la justice, les barrières financières et les lourdeurs de la procédure de divorce
- Mettre en place ou renforcer les capacités de structures sociojuridiques (cliniques juridiques) dans leur mission d'information, d'écoute, de conseil et de médiation au profit des femmes en instance de divorce
- Accroître et étendre l'accompagnement juridique et judiciaire au profit des femmes
- Renforcer la sensibilisation et l'information des femmes sur leurs droits.

Pour finir, l'évaluation de la pratique du divorce dans les trois études permet de conclure que le divorce prononcé par un tribunal présente de réelles garanties en matière d'égalité entre hommes et femmes et de sécurité juridique. Malgré ses limites, et notamment la conception que les gens se font de la justice surtout dans les affaires de famille, le divorce judiciaire semble être la meilleure option en matière de rupture du mariage. En pratique néanmoins, cette forme judiciaire du divorce n'est que très rarement une option. Cette réalité ne peut être ignorée ni par le législateur, ni par le juge, qui doivent assurer la protection des droits de tous les protagonistes au divorce.

BIBLIOGRAPHIE CONSOLIDÉE

Ouvrages

- ADEPOJU A., *La famille africaine : politiques démographiques et développement*. Paris : Karthala, 1999.
- ANCEL M., *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*. Paris : AISJ, 1968.
- Bara Diop A., *La société wolof: tradition et changement*. Paris : Karthala, 2012.
- DECOTTIGNIES R., *Requiem pour la famille africaine*. Dakar : Pedone, 1965.
- DIOUF, N., *Droit de la famille. La pratique du tribunal départemental au Sénégal*. Dakar : Collection Espace juridique, Abis Editions, 2011.
- DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*. Paris : Karthala - CREPOS, 2008.
- DIOP, A. B., *La famille Wolof*. Paris : Karthala, 1981.
- DJOGBENOU J., *Droits de l'Homme Paix et Développement : La Contribution à l'étude du code des personnes et de la famille*. Cotonou : Editions Juris Ouanilo, 2007.
- FALL I. M., *Evolution constitutionnelle du Sénégal – De la veille de l'Indépendance aux élections de 2007*. Dakar : Collection du CREDILA, n°XXII, CREDILA/CREPOS, 2007.
- GUINCHARD S., *Droit patrimonial de la famille du Sénégal*. Paris, Dakar et Abidjan : Coll. Bibliothèque africaine et malgache, t. XXXII, LGDJ et Nouvelles éditions africaines, 1980.
- Kouassigan G. A., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*. Paris : Pedone, 1974.
- NDIAYE Y., *Le divorce et la séparation de corps*, Dakar : Nouvelles éditions africaines, 1979.
- SIDIBE A. S., *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*. Paris : LGDJ, 1991.

Articles

- ADJAMAGBO-JOHNSON B., « Législations et changements familiaux en Afrique sub-saharienne francophone », in *Ménages et familles en Afrique : Approche des dynamiques contemporaines*, Les Etudes du CEPED, n° 15, 1997, pp. 239 et s.
- CHÂÛBOU A., « La jurisprudence nigérienne en droit de la famille et l'émergence de la notion de coutume urbaine », *Journal of Legal Pluralism*, 1998, n° 42, pp. 157-170.
- FALL P. T., Réflexions critiques sur le divorce en droit sénégalais, *Revue Droit Sénégalais* n° 12, Toulouse 1 (à paraître).
- FALL P. T., La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais : l'imbroglio juridique ?, *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.
- GUINCHARD S., « Les grandes orientations du Code sénégalais de la famille », *Penant*, 1978, pp. 175-204.
- HASSANE B., « Prolégomènes à une éventuelle réforme du droit du divorce au Niger », in LAGOUTTE S. et SVANE BERG N., *Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines*. Paris : Khartala, 2011, pp. 123-154.
- KANE M., « La condition de la femme sénégalaise mariée selon la coutume islamisée », *Rev. Jur. et Pol.*, 1974, pp. 779 et s.
- KOUASSIGAN G. A., « Famille, droit et changement social en Afrique noire francophone », in *Famille*,

Droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert, Bruxelles, Bruylant et LGDJ, 1978, pp. 161-220.

MBAYE M. N., « Le divorce de l'absent », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1-2009, p. 96 et s.

NDIAYE I. Y., « Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel », *Revue sénégalaise de droit* n° 36, 2011, pp. 13 et s.

NDIAYE I. Y., « L'envers du droit traditionnel dans le code de la famille », *Revue de l'Association de droit pénal, droit sénégalais*, juillet-décembre 1995.

NDIAYE I. Y., Réflexions sur une cause de divorce : l'incompatibilité d'humeur, *EDJA* n° 13, 1987, pp. 2 et s.

NIANG M. B., « Solidarité familiale et vulnérabilité économique en droit de la famille sénégalais », *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.

SARR D., « Les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 », *Annales africaines*, 1976, pp. 170 et s.

TANKOANO A., DIALLO I. K. et MAÏGA D., « La réceptivité du droit en milieu rural nigérien » in *Les services juridiques en milieu rural (Afrique de l'Ouest)*, Genève, Commission Internationale des Juristes, 1987.

VANDERLINDEN J., « Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », *Afrique contemporaine*, 1990, pp.156 et s.

Rapports et Etudes

***Les trois études faites dans le cadre Projet de recherche sur la rupture du lien matrimoniale en Afrique de l'Ouest**

BENGALY, Abraham et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Mali*. Observatoire des droits humains et de la Paix et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

FALL, Papa Talla et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Sénégal*. Institut des droits de l'homme et de la paix, Université Cheik Anta Diop et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

YOURA, Boukar et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Niger*. Faculté de sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

***Mali :**

Rapport sur la problématique du divorce au Mali, RECOFEM, mai 2012.

Etude sur la politique nationale en matière des droits humains, réalisée par Mamadou DIAKITE, PCDHG, 2011.

Etude sur l'état d'harmonisation de la législation nationale avec les instruments juridiques internationaux et régionaux des droits humains ratifiés par le Mali, réalisée par Malik COULIBALY, PCDHG, 2011.

Evaluation de l'appui pour l'accès des couches vulnérables à la justice, réalisée par OXFAM/NOVIB et

WILDAF/Mali, présentée par Maître Alifa Habib KONE, janvier 2011.

Recueil de Textes Législatifs et Règlementaires sur la Femme, l'Enfant et la Famille, 1^{ère} Edition, Ministère de la promotion de la femme, de l'enfant et de la famille (Secrétariat Général), Bamako, CNDIFE 2007.

Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Mali, réalisé par Amadou T. DIARRA, sous la supervision de WILDAF/Mali, 2002.

Etude sur les aspects juridiques du développement économique, Etude préparée à la demande de l'Unesco sous la direction d'André TUNC, Dalloz, 1966.

***Niger :**

Actes du colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey, 21-23 novembre 2005, organisé par la FSEJ en partenariat avec l'IDDH, Niamey : FSEJ-IDDH, 2005.

Rapport général des Etats Généraux de la Justice, Bureau des Etats Généraux de la Justice, Niamey, 26 au 30 novembre 2012.

Rapport de la Conférence sur le thème : « Répudiation au Niger : Eléments d'une enquête dans la ville de Niamey » tenue à l'ENAM, le 22 décembre 2012 par Madame Diallo Achibi MAHADI et Monsieur Mohamed Taha MAYAKI.

L'INSTITUT DANOIS
DES DROITS
DE L'HOMME

L'objectif de cette publication régionale est de documenter et analyser les problèmes rencontrés lors de la rupture du lien matrimonial et explorer les solutions juridiques et non juridiques permettant une meilleure protection des droits dans le contexte familial. Nous publions donc ici trois études sur le Mali, le Niger et le Sénégal, accompagnées d'un chapitre introductif qui présente les enjeux liés au pluralisme juridique ainsi qu'aux droits humains en cause et d'une conclusion en forme de propositions et pistes de réflexion.

Chaque étude envisage une typologie des divorces formels et informels avant d'identifier un certain nombre des difficultés auxquelles les femmes sont confrontées, principalement en terme de causes et d'effets du divorce. Loin d'être exhaustives, ces études représentent le commencement d'un travail scientifique, objectif et documenté sur le divorce dans les pays concernés.

Le travail sur cet ouvrage collectif a été dirigé par Stéphanie LAGOUTTE, Docteur en droit et chercheuse à l'Institut danois des droits de l'homme, avec le concours des auteurs principaux des trois publications nationales : Abraham BENGALY, Docteur en droit et Enseignant chercheur à la Faculté de droit, Université de Bamako, Papa Talla FALL, Docteur en droit et Maître de conférences agrégé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar et Boukar YOURA, juriste et conseiller en droits humains à l'Institut Danois des droits de l'homme, Niamey.

Cette publication a été réalisée dans le cadre du programme Afrique de l'Ouest de l'Institut danois des droits de l'homme.

Titre : Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes en Afrique de l'Ouest francophone

Auteurs : Stéphanie Lagoutte (dir.), Abraham Bengaly, Boukar Youra, Papa Talla Fall et Monique Alexis

ISBN: 978-87-91836-92-3

EAN 9788791836923

Composition et impression: CREA PUB (Mr. Delessi Traoré) – Bamako - Mali

© 2014 Institut danois des droits de l'homme

Wilder Plads 8K

DK - 1403 Copenhagen K

Tél. : +45 3269 8888

www.humanrights.dk

Le présent document peut être reproduit, intégralement ou partiellement, à condition que l'auteur et la source soient cités.

SOMMAIRE

Remerciements.....	5
Liste des abréviations	6
Introduction : Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes	7
Partie 1 – Le Mali	21
Partie 2 – Le Niger	41
Partie 3 – Le Sénégal	61
Conclusions et propositions	84
Bibliographie consolidée	88

REMERCIEMENTS

Ce projet de recherche régional a reçu l'appui scientifique et financier de l'Institut Danois des Droits de l'homme (IDDH) à Copenhague, en partenariat avec l'Institut des Droits de l'homme et de la Paix (IDHP) de l'Université Cheik Anta Diop à Dakar. Le professeur Amsatou Sow SIDIBE de l'IDHP a inspiré cette recherche qui est avant tout le résultat du travail d'un réseau régional d'une douzaine de chercheurs du Burkina Faso, du Mali, du Niger et du Sénégal, coordonné par Stéphanie LAGOUTTE, chercheur à l'IDDH avec l'appui de Monique ALEXIS et de l'équipe Afrique de l'ouest de l'IDDH.

L'objectif du projet était de documenter et analyser les problèmes rencontrés lors de la rupture du lien matrimonial et explorer les solutions juridiques et non juridiques permettant une meilleure protection des droits dans le contexte familial. Le projet avait aussi pour but de développer les capacités de l'équipe de chercheurs en terme de conception d'un projet de recherche, de méthodologie et de réalisation d'une étude documentée et objective.

D'éminentes personnalités universitaires, telles que le professeur Abdoul Aziz KEBE, chef du département Arabe de l'Université Cheik Anta Diop à Dakar, le professeur Abdoullah Cisse de l'Université Gaston Berger de Saint-Louis et le professeur Tidjani ALOU, doyen de la Faculté des sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni de Niamey ont enrichi les discussions et les débats avec les équipes de chercheurs à différentes phases du processus.

LISTE DES ABREVIATIONS

DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
CA	Cour d'appel
CADHP	Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
CEDEF	Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes
CMT	Code du mariage et de la tutelle (Mali)
CPF	Code des personnes et de la famille (Mali)
FCFA	Francs CFA
FSEJ	Faculté des sciences économiques et juridiques
IDDH	Institut danois des droits de l'homme (Copenhague, Danemark)
IDHP	Institut des droits de l'homme et de la paix (Dakar, Sénégal)
PIDCP	Pacte international relatif aux droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels
TD	Tribunal départemental (Sénégal)
TDHC	Tribunal départemental hors cadre (Dakar, Sénégal)
TI	Tribunal d'instance
TGI	Tribunal de grande instance
UCAD	Université Cheik Anta Diop (Dakar, Sénégal)

INTRODUCTION

Rupture du lien matrimonial, pluralisme juridique et droits des femmes

Par Stéphanie Lagoutte¹

Depuis quelques années, une équipe de juristes, chercheurs confirmés, jeunes universitaires et praticiens du droit d'Afrique de l'Ouest francophone s'est engagée dans une exploration de la question délicate de la situation juridique des femmes au moment du divorce. Notre questionnement a évolué et s'est ramifié au fil de l'avancée de nos recherches, rencontres et discussions. Ce processus a abouti à la publication en janvier 2014 de trois études portant respectivement sur le Mali, le Niger et le Sénégal. Cette publication régionale est l'aboutissement, à ce jour, de nos travaux. Elle présente une version courte des trois études nationales ainsi que quelques pistes communes de réflexion que nous avons tenté d'en dégager.

Le but de ce chapitre introductif est de retracer les méandres du voyage intellectuel qui de Niamey à Dakar, en passant par Ouagadougou, Cotonou, Bamako et Copenhague, nous a permis de réfléchir sur le contexte très complexe du divorce en Afrique de l'Ouest francophone. Nous avons ainsi pu envisager les défis posés par le pluralisme juridique formel et informel qui existe dans cette région ainsi que sur la nécessité de protéger les droits des femmes dans ces situations très difficiles. Dans un même temps, nous avons aussi approfondi notre réflexion sur les aspects méthodologiques et pratiques du développement de notre projet de recherche. Nous avons envisagé, de manière pragmatique, les limites inhérentes à ce projet et nous nous sommes heurtés à de nombreuses difficultés en terme d'accès aux sources pertinentes. Enfin, nous avons pu réfléchir et échanger sur ce que la recherche et les chercheurs peuvent apporter pour éclairer des sujets et débats sociétaux, religieux et politiques souvent très sensibles.

Genèse du projet

L'idée de ce projet a germé au Niger où un petit groupe de chercheurs de la Faculté des Sciences Economiques et Juridiques (FSEJ) de Niamey travaillait sur différents défis liés au droit de la famille, aux droits humains et au pluralisme juridique. Lors de rencontres de chercheurs², les présentations et discussions ont montré que les contextes des pays sahéliens partageaient plusieurs traits communs : un pluralisme juridique plus ou moins reconnu et formalisé, une grande sensibilité politique, religieuse et sociale

¹ Chercheuse à l'Institut danois des droits de l'homme (IDDH) et coordinatrice scientifique du projet « Protection de la famille lors de la dissolution du mariage en Afrique de l'Ouest ».

² Colloques organisés au Niger, rencontres de chercheurs dans la région (Ouagadougou, 2007) et à l'IDDH au Danemark (dans le cadre du programme de partenariat de recherche de l'IDDH).

autour du sujet du divorce et peu de points d'entrée pour les droits humains dans la sphère de la famille, que ce soit en droit ou en pratique.

L'Institut Danois des Droits de l'Homme (IDDH) a donc initié, en partenariat avec des chercheurs africains, le projet de recherche sous régional « Protection de la famille lors de la dissolution du mariage en Afrique de l'Ouest ». L'objectif de ce projet était dès l'origine de documenter et analyser les problèmes rencontrés par les femmes en situation de divorce dans la région et explorer les solutions juridiques et non juridiques permettant une meilleure protection des droits dans le contexte familial. Un réseau de chercheurs s'est constitué progressivement englobant de manière plus ou moins formelle des chercheurs du Bénin, Burkina Faso, Mali, Niger et Sénégal. L'Institut des droits de l'homme et de la paix de l'Université Cheik Anta Diop (UCAD) de Dakar a été formellement associé à ce projet pour pouvoir ancrer nos travaux de recherche dans une institution à vocation régionale et bénéficier de surcroît des compétences de sa directrice, le Professeur Amsatou Sow SIDIBE, spécialiste du pluralisme juridique en matière familiale³.

Nous nous sommes d'abord attachés à dessiner les contours d'un projet qui prendrait comme point de départ les difficultés juridiques et sociales auxquelles les femmes semblaient être confrontées en cas de divorce. Il s'agissait donc d'identifier ces difficultés et d'envisager comment assurer une meilleure protection des droits des femmes.

Au cours des recherches menées par le groupe et lors des entretiens de terrain et réunions de restitution avec les acteurs concernés au niveau de chaque pays, il est néanmoins très rapidement apparu que la question du pluralisme juridique et normatif se trouve au centre de toutes les discussions : De quel divorce parlons-nous ? Et de quel mariage ? Quel droit, quelle coutume, quelle norme s'applique ? Ainsi, avant même d'envisager les problèmes auxquels les femmes sont confrontées, il a fallu clarifier et tenter de documenter les différentes situations juridiques et pratiques en question.

Ce travail de clarification et de documentation a été suivi d'un travail d'analyse, lequel a permis la publication de trois études nationales. Chaque étude envisage une typologie des divorces formels et informels avant d'identifier un certain nombre des difficultés auxquelles les femmes sont confrontées, principalement en termes de causes et d'effets du divorce. Loin d'être exhaustives, ces études représentent le commencement d'un travail scientifique, objectif et documenté sur le divorce dans les pays concernés. Nous avons choisi de les regrouper ici dans une publication commune qui met à jour ces situations juridiques et pratiques complexes et tente de commencer à brosser un tableau des défis communs aux trois pays de la région en matière d'accès des femmes à des divorces plus équitables.

³ Professeur Amsatou Sow SIDIBE est l'auteur de l'ouvrage *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*. Paris : LGDJ, 1991.

Complexité de la situation : Enjeux et difficultés communs aux pays concernés

Les pays concernés par le projet possèdent un certain nombre de traits communs, qu'il s'agisse du droit applicable au divorce, des traditions et coutumes revendiquées et appliquées par la population ou bien encore des relations plus ou moins formalisées entre le droit et les normes coutumières, ainsi qu'entre les autorités civiles et traditionnelles qui les appliquent.

Au niveau juridique formel, les pays d'Afrique de l'Ouest francophone possèdent tous une constitution proclamant la liberté, l'égalité et les droits humains de tous ainsi que le respect des obligations internationales en matière de droits humains. Le mariage et le divorce y sont régis par des codes de la famille souvent⁴ calqués sur un modèle français inadéquat et aujourd'hui dépassé tant au regard du contexte local qu'au niveau des instruments internationaux relatifs aux droits humains. Quoi qu'il en soit, cette situation juridique n'a en pratique quasiment aucun impact vu le peu de recours de la population aux autorités civiles (état-civil, tribunaux), même de proximité, pour régler les affaires familiales. En effet, les pays concernés par cette publication se caractérisent, encore aujourd'hui - avec des variations d'un pays et d'une région à l'autre - par une forte adhésion de la population à ses coutumes et par une préférence marquée pour les règlements intrafamiliaux des conflits entre époux.

Dans ce contexte traditionnel⁵, le mariage est considéré comme une nécessité sociale pour tous et le divorce est une catastrophe pour la femme (qu'elle soit répudiée ou qu'elle quitte son mari), pour sa famille et pour la communauté dans laquelle elle vit. Le divorce est donc un sujet difficile, honteux et tabou. Aux difficultés sociales rencontrées par les femmes s'ajoutent des situations de précarité économique très accentuée pour les femmes qui se retrouvent dans une situation de grande vulnérabilité en cas de divorce. En quittant leur foyer, elles se retrouvent souvent aussi privées de leur moyen de subsistances (mari, lopin de terre, petit commerce exercé à partir de la maison) et, dans certains cas, de leurs enfants. Mariées de manière coutumière, elles divorcent le plus souvent de cette manière aussi, répudiées par leur mari ou plus rarement en quittant le foyer conjugal. Le recours au juge civil n'est dans la plupart des cas pas une option, et même dans un tel cas, le parcours judiciaire est jonché d'obstacles et entraîne un coup financier important.

L'interaction entre droit civil et coutumes prend des formes variées. Les mariages coutumiers peuvent dans certains pays être régularisés, parfois même au moment de demander un divorce civil⁶, alors que dans d'autres pays ils sont ignorés par le droit.⁷ De la même manière, les répudiations sont dans

⁴ La situation du Sénégal est assez différente puisque le pays s'est pourvu d'un Code de la famille ambitieux en 1973, voir la partie sur le Sénégal. Le Mali a aussi un Code de la famille dont l'application est aléatoire puisque promulgué à la veille du coup d'Etat de 2012.

⁵ Le terme « contexte traditionnel » est utilisé par les auteurs des trois études de cet ouvrage. Il recouvre de manière générale les contextes informels, ruraux et parfois urbains, où les normes familiales informelles ou coutumières s'appliquent.

⁶ Voir la situation au Sénégal.

⁷ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes demande que les Etats parties rendent obligatoire l'enregistrement des mariages coutumiers ou religieux. Néanmoins, le Comité considère que les personnes n'ayant pu faire inscrire leur mariage sur un registre officiel ne doivent pas être pénalisées, notamment si c'est le manque d'infrastructure, d'information ou d'instruction qui les en a empêchés, voir Recommandation générale n° 29 sur l'article 16 (2013) : Conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution, CEDAW/C/GC/29, para. 25-26.

certaines cas constatées – plus ou moins directement – par le juge civil et leurs effets encadrés. Dans d'autres cas, la répudiation informelle par l'homme peut se transformer en divorce civil aux torts partagés, voire aux torts de la femme. Elle peut aussi être interdite et son prononcé par le mari considéré comme une cause de divorce. Dans cet enchevêtrement de situations, une pluralité d'autorités intervient : chefs traditionnels, autorités civiles et judiciaires, assesseurs coutumiers dans les tribunaux et chefs religieux, imams, marabouts ou associations religieuses organisées. Ainsi, la place de l'islam dans les affaires matrimoniales et de divorce est aussi un trait commun aux pays concernés par cette étude. Il apparaît que, dans l'immense majorité des cas⁸, les pratiques islamiques du divorce sont le fonds commun de la plupart des différentes coutumes dans les trois pays étudiés. Ici encore, il existe une grande confusion sur les normes coutumières, religieuses/musulmanes et civiles applicables au mariage, aux relations entre époux et au divorce.

Il est remarquable aussi de constater qu'il existe dans ces pays peu de points d'entrée des droits humains dans la sphère de la famille, que ce soit en droit ou en pratique : de manière générale, les juges connaissent mal les standards nationaux et internationaux de droits humains ainsi que les engagements internationaux et régionaux pris par leurs Etats respectifs. Même s'ils les connaissent, l'analyse de la jurisprudence montre qu'ils ne les appliquent pas. Quant aux personnes concernées, elles ne connaissent peu ou pas leurs droits et elles ne vont pas vers les institutions ou les associations qui pourraient éventuellement, et dans la limite de leurs ressources souvent limitées, les aider.

Enfin, il faut observer que le contexte politique n'est pas propice à des débats apaisés et objectifs sur un sujet qui touche à des domaines aussi sensibles que la place de la famille dans la société, le mariage et le divorce, la mise en œuvre des droits humains au niveau national et le rôle de l'islam et des organisations islamiques dans la société. Deux des Etats concernés, le Mali et le Niger, sont aussi touchés par des problèmes graves liés à la présence de mouvements islamistes radicaux et de groupes terroristes sur leur territoire⁹ et à une montée générale d'un islam nouveau souvent perçu comme exogène dans la société. Dans ce contexte particulièrement sensible, chaque tentative de réformer le droit de la famille devient un énorme enjeu politique et un facteur de déstabilisation pour le pouvoir en place.

Cadre juridique des droits humains

Le cadre juridique des droits humains est pourtant en place dans les pays concernés par cette étude qui ont tous adopté les principaux instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits de l'homme¹⁰. Ces instruments protègent, entre autres, les droits fondamentaux des personnes concernées

⁸ La situation est différente pour les minorités chrétiennes, catholiques et protestantes, pour lesquelles le recours à un mariage civil et un divorce est plus commun en l'absence d'une absorption des règles canoniques par la coutume, comme on le voit dans le cas de la Charia.

⁹ Rappelons simplement ici l'invasion du nord Mali par ces groupes qui ont instauré la Charia suite au coup d'Etat de mars 2012 (jusqu'en janvier 2013); le Niger est quant à lui pris en étau entre ces groupes armés au nord et la secte Boko Haram au sud (nord du Nigéria). Pour des informations le Mali, voir le rapport mondial de Human Rights Watch sur la situation au Mali en 2013, publié en janvier 2014 (<http://www.hrw.org/fr/world-report/2014/country-chapters/122044>); voir aussi : Crimes de guerre au Nord Mali, rapport de la FIDH et de l'AMDH, juillet 2012 (<http://www.fidh.org/fr/afrique/mali/Crimes-de-guerre-au-Nord-Mali>).

¹⁰ Seul le Niger a ratifié la CEDEF avec des réserves et n'a pas ratifié le Protocole de Maputo. Voir infra sur les réserves à la CEDEF.

au moment du divorce. Il s'agit notamment de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH)¹¹, des deux pactes internationaux de 1966 relatifs, d'une part, aux droits civils et politiques (PIDCP)¹² et, d'autre part, aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC)¹³, de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP)¹⁴, de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)¹⁵, de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (CADBE)¹⁶, de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF)¹⁷, de la Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages¹⁸ et du Protocole relatif à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits de la femme appelé Protocole de Maputo¹⁹.

Dès 1948, la DUDH proclame que « la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat »²⁰. Cette disposition proclame aussi le droit de se marier et de fonder une famille ainsi que le principe du libre consentement des époux et l'interdiction des discriminations entre les époux : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, [...] ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». L'article 23, alinéa 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 stipule que : « Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire »²¹.

La femme et l'enfant font partie des catégories de personnes vulnérables auxquelles le droit international des droits de l'Homme accorde une attention particulière. Ainsi, la Convention de 1979 pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) dispose que « Les

¹¹ Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, 10 décembre 1948. Dans la première constitution du 22 septembre 1960, le Mali proclame son adhésion à la DUDH.

¹² Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 16 décembre 1966. Mali : adhésion le 16 juillet 1974 ; Niger : 7 mars 1986 ; Sénégal : 13 février 1978.

¹³ Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 16 décembre 1966. Mali : adhésion le 16 juillet 1974 ; Niger : 7 mars 1986 ; Sénégal : 13 février 1978.

¹⁴ Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples, 27 juin 1981. Mali : adhésion le 22 janvier 1982 ; Niger : 15 juillet 1986 ; Sénégal : 15 juin 1982.

¹⁵ Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989. Mali : adhésion le 20 septembre 1990 ; Niger : 30 septembre 1990 ; Sénégal : 31 juillet 1990.

¹⁶ Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, juillet 1990. Mali : adhésion le 3 juin 1998 ; Niger : 11 décembre 1999 ; Sénégal : 29 septembre 1998.

¹⁷ Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, 18 décembre 1979. Mali : adhésion le 10 septembre 1985 ; Niger : 8 octobre 1999 ; Sénégal : 5 février 1985.

¹⁸ Convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, 10 décembre 1962. Mali : adhésion le 19 août 1964 ; Niger : 1^{er} décembre 1964 ; pas signée par le Sénégal.

¹⁹ Protocole relatif à la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits de la femme (Protocole de Maputo), juillet 2003. Mali : ratifié le 13 janvier 2005 ; Niger : signé le 6 juillet 2004, mais pas ratifié ; Sénégal : 27 décembre 2004.

²⁰ Article 16. 3 de la DUDH.

²¹ Voir aussi : article 18.1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) du 27 juin 1981. Sur toutes ces dispositions, voir commentaire en anglais sur l'article 16 de la DUDH par Stéphanie LAGOUTTE et Ágúst Thór ÁRNASON: Article 16, in: Gudmundur ALFREDSSON et Asbjørn EIDE (red.): *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*. La Haye: Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp. 325-357.

États parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes »²². Plus particulièrement, la CEDEF précise que les États parties doivent prendre « toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux »²³. De la même manière, la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) dispose que « L'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales »²⁴.

Les réserves à la CEDEF

En ce qui concerne la CEDEF, il faut noter que si les trois pays concernés par cet ouvrage ont signé et ratifié cette Convention, le Niger l'a fait avec des réserves qui soulèvent la question plus générale des réserves dites religieuses ou culturelles. Cette question préoccupe beaucoup le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes et certains Etats parties à la Convention qui s'opposent depuis de nombreuses années à ce qu'ils considèrent comme une pratique vidant la CEDEF de son sens et son contenu²⁵.

Aux termes de l'article 28.2 de la Convention, les réserves qui vont à l'encontre du principe d'égalité entre hommes et femmes sont proscrites. Ainsi poser une réserve à l'encontre de l'article 2 de la CEDEF qui engage les Etats à adopter toutes les mesures appropriées pour « modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes » équivaut à remettre en cause le principe même de non-discrimination à l'égard des femmes. Il faut noter que l'article 16, qui vise une égalité entre l'homme et la femme dans le cadre du mariage ou de l'ensemble des rapports familiaux, est l'article le plus contesté de la Convention.

²² Convention pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (CEDEF), 18 décembre 1979, article 2. Cet article est repris à l'article 2 du Protocole à CADHP relatif aux droits des femmes, Protocole de Maputo, du 11 juillet 2003. L'expression discrimination contre la femme inclut toute sorte de distinction, exclusion ou restriction fondée sur le sexe ayant « pour objectif ou pour résultat, la limitation ou la privation, pour la femme, de la reconnaissance, jouissance ou le libre exercice indépendamment de son état civil, sur la base de l'égalité entre homme et femme, des droits humains et des libertés fondamentales dans les sphères politique, économique, sociale, culturelle et civile » (CEDEF, article 1er).

²³ CEDEF, article 16.

²⁴ Article 18.3.

²⁵ Comité des droits de la femme, Recommandation générale n° 20 (1992) : réserves à l'égard de la Convention, publié dans la Compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traites, HRI\GEN\1\Rev.1 (1994). En ce qui concerne plus particulièrement l'article 16 de la CEDEF qui porte sur le mariage et les relations familiales, le Comité demande aussi aux Etats de retirer les réserves concernant cet article : Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 21 (1994) : Egalité dans le mariage et les rapports familiaux, publié dans la Compilation des commentaires généraux et recommandations générales adoptées par les organes des traites, HRI\GEN\1\Rev.1 (1994), para 41-47. Voir aussi Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Recommandation générale n° 29 sur l'article 16 (2013) : Conséquences économiques du mariage, et des liens familiaux et de leur dissolution, CEDAW/C/GC/29, para. 54.

En effet, plus de 50% des Etats qui ont émis des réserves, en ont émis sur cet article²⁶.

Comme de nombreux autres pays, le Niger a émis plusieurs réserves à la CEDEF à l'égard des dispositions relatives aux rapports familiaux²⁷. Le Niger déclare que ces dispositions ne peuvent faire l'objet d'application immédiate en ce qu'elles sont « contraires aux coutumes et pratiques actuellement en vigueur, qui de par leur nature ne se modifient qu'au fil du temps et de l'évolution de la société, et ne sauraient, par conséquent, être abrogées d'autorité »²⁸. Les réserves émises par le Gouvernement du Niger ont entraîné le dépôt d'objections officielles par les gouvernements français et des Pays-Bas auprès du Secrétaire-Général. Selon eux, ces réserves, et en particulier celle portant sur l'article 2, sont manifestement contraires à l'objet et au but du traité et vident l'engagement de la République du Niger de tout contenu ; elles sont manifestement non autorisées par la Convention²⁹.

De plus, lors de son examen du Niger³⁰, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a exhorté le Niger « à intensifier son effort en vue de retirer dans un délai précis ses réserves »³¹ en rappelant que les réserves aux articles 2 et 16 sont contraires à l'objet et au but de la Convention. Le Comité ajoute, à juste titre, que le Niger « n'a pas formulé de réserves concernant d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme, lesquels énoncent tous le principe de l'égalité entre les femmes et les hommes et interdisent toute discrimination fondée sur le sexe »³². Par contre,

²⁶ Voir l'étude de Marsha A. FREEMAN : *Reservations to CEDAW : An Analysis for UNICEF*, Policy and Practice Discussion Paper, UNICEF, 2009 ; Hanna Beate SCHOEPP-SCHILLING, « Reservations to the CEDAW : An Unresolved Issue or (No) New Development », in Ineta ZIEMELE (ed.) : *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime : Conflict, Harmony or reconciliation*, Leiden : Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 3-39 ; Bouet-Devrière Sabine, *La question des réserves à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes : les dangers d'une négation légitimée des droits de la femme*, Les Cahiers Rémois n 1, 1999, www.univ-reims.fr

²⁷ Notamment les alinéas d et f de l'article 2, l'article 5, alinéa a et l'article 16, alinéas c, e et g du paragraphe 1.

²⁸ Voir les réserves émises par le Gouvernement du Niger sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

²⁹ Communications déposées par la France (14 novembre 2000) et les Pays-Bas (6 décembre 2000) auprès du Secrétaire-Général, accessible sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Les Pays-Bas rappellent qu' « il est de l'intérêt commun des États que les traités auxquels ils ont décidé de devenir parties soient respectés, quant à leur objet et à leur but, par toutes les parties, et que celles-ci soient disposées à procéder à toute modification législative nécessaire pour s'acquitter de leurs obligations au titre des traités ».

²⁷ Notamment les alinéas d et f de l'article 2, l'article 5, alinéa a et l'article 16, alinéas c, e et g du paragraphe 1.

²⁸ Voir les réserves émises par le Gouvernement du Niger sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations-Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes.

²⁹ Communications déposées par la France (14 novembre 2000) et les Pays-Bas (6 décembre 2000) auprès du Secrétaire-Général, accessible sur le site internet du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme / Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Les Pays-Bas rappellent qu' « il est de l'intérêt commun des États que les traités auxquels ils ont décidé de devenir parties soient respectés, quant à leur objet et à leur but, par toutes les parties, et que celles-ci soient disposées à procéder à toute modification législative nécessaire pour s'acquitter de leurs obligations au titre des traités ».

³⁰ Observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes : Niger, 11 juin 2007, CEDAW/C/NER/CO/2. Ces observations portent sur le rapport unique valant rapport initial et deuxième rapport périodique du Niger, CEDAW/C/NER1-2.

³¹ *Ibid.* para 10.

³² *Ibid.* para 9.

il faut rappeler que, plus récemment, le Niger n'a pas ratifié le Protocole de Maputo sur les droits de la femme qu'il a pourtant signé en 2004.

La discussion sur les réserves à la CEDEF ne doit pas occulter le fait qu'un examen des rapports périodiques des Etats présentés au Comité montre que dans certains États parties, qui n'ont pas émis de réserves à la Convention, certaines lois qui ont trait à la famille ne sont pas conformes aux dispositions de la Convention car elles prévoient encore de nombreuses mesures discriminatoires envers les femmes³³. Ainsi, l'absence de réserve lors de la ratification ou de l'adhésion de la CEDEF est loin de garantir une mise en œuvre de ses dispositions.

En effet, la discussion sur la validité ou non des réserves émises par le Niger est fort éloignée des préoccupations concrètes des personnes concernées sur le terrain, qu'il s'agisse des juges, des plaignants, de leurs avocats ou des acteurs intervenant au niveau des divorces informels. Néanmoins, elle témoigne, d'une part, des enjeux de politique nationale au Niger qui rendent difficile une levée de ces réserves ainsi que des débats plus généraux au sein de l'ONU sur les réserves nombreuses et à caractère général posées à la CEDEF. Cette discussion montre aussi qu'il existe encore et toujours un gouffre en matière d'élimination des discriminations à l'encontre des femmes entre les droits énoncés dans la CEDEF et promus par le Comité, les réalités sur le terrain et la volonté de certains gouvernements. Cela dit, on peut aussi considérer les réserves du Niger comme la manifestation d'une approche pragmatique quant à la réalité d'une mise en œuvre des dispositions de la CEDEF dans un pays où les coutumes restent la source normative principale en matière de rapports familiaux et où les juridictions civiles doivent se charger de l'application de ces coutumes³⁴. Cette approche pragmatique n'exclut pas une évolution des pratiques traditionnelles en matière de mariage et de divorce en vue d'une mise en conformité de ces pratiques avec le principe d'égalité énoncé par la Constitution du Niger et les instruments internationaux dument ratifiés.

La place du divorce dans les instruments internationaux de droits humains

Les différents textes évoqués consacrent des principes et des règles applicables aux rapports familiaux dont la dissolution du mariage et donc le divorce. De manière générale, ils mettent à la charge de l'État trois obligations : 1) l'obligation de respecter les droits qui requiert de l'État de s'abstenir d'intervenir dans la jouissance des droits ; 2) l'obligation de protection qui impose à l'État de prévenir et de sanctionner toute violation de ces droits par les tiers ; et 3) l'obligation de réalisation qui implique que l'État adopte les mesures appropriées, notamment les mesures législatives, budgétaires et judiciaires nécessaires à la réalisation complète de ces droits. Ainsi la protection des époux au moment du divorce peut être assurée par un arsenal de mesures de nature diverse : adoption d'une législation adéquate, mise en place de juridictions accessibles à tous, développement de service d'information, de conseils et d'aides juridictionnelles ainsi que création de services sociaux compétents et financés de manière adéquate.

³³ Recommandation générale n° 21 (1994), précitée, para. 45 et 46.

³⁴ Voir Partie sur le Niger.

Deux grands principes consacrés par les instruments internationaux mentionnés ci-dessus régissent la rupture du lien matrimonial : la liberté et l'égalité (et son corollaire, la non-discrimination). Les principaux instruments juridiques relatifs aux droits de l'homme, s'ils ne mentionnent pas directement un droit au divorce, envisagent la dissolution du mariage³⁵. Les auteurs s'accordent sur le fait que le principe de liberté consacre le droit pour chacun des époux de demander le divorce, ne serait-ce que dans le but d'exercer leur liberté de se marier : ainsi, la liberté de se marier implique l'exclusion du principe d'indissolubilité du mariage »³⁶. En tout état de cause, si le divorce est prévu en droit national, le principe d'égalité entre les époux doit être respecté³⁷. Celui-ci implique un droit égal pour l'homme et la femme se trouvant dans une relation de mariage d'en demander la dissolution.

Des éléments concrets ont été identifiés par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes qui s'est, entre autres, attaché à promouvoir les droits des femmes dans les rapports familiaux et donc au moment du divorce tant dans l'examen périodique des rapports étatiques présentés devant lui que dans deux recommandations générales de 1994 et 2013³⁸.

De manière préliminaire, il est pertinent de noter, dans notre contexte de pluralisme juridique, que le Comité sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'encontre des femmes est par principe critique vis-à-vis de la multiplicité des systèmes de droit de la famille. Selon le Comité, dans de tels systèmes, les lois ou les coutumes (ou autres normes informelles), régissant le statut personnel, varient selon l'identité de l'individu, en fonction par exemple de son appartenance ethnique ou sa religion. C'est pourquoi le Comité demande aux Etats d'adopter sous forme écrite un code de la famille ou des lois relatives au statut personnel qui garantissent l'égalité des époux ou des concubins, indépendamment de leur appartenance religieuse ou ethnique ou du groupe dont ils font partie. En l'absence d'un tel instrument unifiant le droit de la famille, le Comité souligne qu'il est important que chacun puisse décider, à toutes les étapes de la relation (conclusion du mariage, pendant le mariage et en cas de dissolution), si c'est la loi religieuse, la coutume ou le droit civil qui s'applique. Toutes ces normes formelles ou informelles doivent être pleinement conformes au principe fondamental de l'égalité entre hommes et femmes³⁹.

Nous verrons que même si la possibilité d'opter pour un régime de droit civil existe dans les trois pays, les recherches sur le terrain ont montré qu'en particulier au Mali et au Niger, cette possibilité ne trouve quasiment aucun écho dans la population. Ainsi les normes applicables en matière de mariage et de divorce restent avant tout celles fondées sur des critères d'appartenance ethniques, indépendamment de l'existence d'un cadre juridique civil, plus ou moins satisfaisant nous le verrons, mais que la population ne s'est pas encore approprié.

³⁵ PIDCP, art. 3 ; CEDEF, art. 16 et Protocole de Maputo, art.7.

³⁶ Voir sur ce point, Boubacar HASSANE, « Prolégomènes à une éventuelle réforme du droit du divorce au Niger » in *Les droits de la femme et de l'enfant. Réflexions africaines*, dir. Stéphanie LAGOUTTE et Nina SVANE BERG, Paris, Editions Karthala, 2011, p. 139. Sur la permission ou l'interdiction du divorce, voir aussi LAGOUTTE & ARNASSON précité p.337.

³⁷ Le divorce est expressément mentionné dans l'Observation générale n° 19 sur l'article 23 du PIDCP adoptée par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies en 1990, HRI\GEN\1\Rev.1 (1994).

³⁸ Recommandation générale n° 29 (2013), précitée, para. 39-48. Voir aussi Recommandation générale n° 21 (1994), précitée.

³⁹ Voir Recommandation générale n° 29 (2013), précitée, para. 12-15.

Dans sa recommandation générale de 2013, le Comité s'est attaché aux conséquences économiques du divorce. Il considère que :

Les circonstances du divorce (faute ou torts imputés en tout ou partie à l'un des époux) ne doivent pas avoir d'impact quant aux obligations financières (pensions ou indemnisations) entre les époux.

L'octroi du divorce à la femme ne doit pas être soumis au remboursement par elle de la dot versée au moment du mariage.

Une aide juridique gratuite (frais de justice et honoraires des avocats) doit être accessible aux femmes.

Le régime de répartition des biens au moment du divorce doit être équitable, ce qui suppose que

- les femmes doivent avoir la capacité juridique de détenir et gérer des biens avant, pendant et après le mariage ;
- les femmes puissent choisir un régime matrimonial qui prévoit le partage des biens acquis pendant le mariage ;
- les contributions indirectes au revenu du ménage soient prises en compte lors de la séparation des biens.

Ainsi, selon le Comité des droits de la femme, tous ces éléments participent à la garantie par l'Etat d'une égalité formelle et réelle des hommes et des femmes au moment du divorce.

Questions principales et hypothèses de recherche

Face au cadre international et régional des droits humains en matière de mariage et de divorce applicable, en tout ou partie, dans les trois pays concernés par cette étude et à la proclamation des principes de liberté et d'égalité dans les constitutions⁴⁰, les questions que s'est posé le groupe de chercheurs se sont articulées autour de deux axes de recherche.

Tout d'abord, il s'agissait de déterminer le droit applicable au divorce avant de pouvoir envisager sa compatibilité avec le cadre international et régional des droits humains. Au cours des recherches préliminaires, il s'est en effet rapidement avéré que les divorces prenaient souvent la forme de ruptures coutumières (répudiation) de mariages eux-mêmes coutumiers, enregistrés ou non, auprès des autorités civiles. Les liens entre droit civil et normes coutumières étant très différents d'un pays à l'autre, il fallait donc tenter de mettre un peu d'ordre dans les différentes formes de divorce, avant de pouvoir envisager les difficultés rencontrées par les femmes suivant les différentes situations. Il

⁴⁰ Au Mali, la Constitution du 25 février 1992 proclame dans son article 2 que « tous les Maliens naissent et demeurent libres et égaux en droits et en devoirs. Toute discrimination fondée sur l'origine sociale, la couleur, la langue, la race, le sexe, la religion et l'opinion politique est prohibée ». Le préambule de cette constitution fait référence à la « détermination à défendre les droits de la Femme ». Au Niger, plusieurs dispositions de la Constitution du 25 novembre 2010 proclament le principe d'égalité de tous devant la loi (Préambule, article 8 et 10) et son article 22 est consacré à l'élimination par l'Etat de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et de la jeune fille, au développement de politiques publiques assurant leur plein épanouissement et leur participation au développement national ainsi qu'à la prise de mesures par l'Etat de lutte contre les violences faites aux femmes et aux enfants. Au Sénégal, la Constitution du 7 janvier 2001 rappelle son attachement au principe d'égalité et de non-discrimination dans le préambule par « le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes, de l'injustice, des inégalités et des discriminations ». La Constitution assure dans son article 1^{er} l'égalité de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. L'article 7 alinéa 4 dispose que « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit ».

s'agissait ici avant tout d'un souci d'identification et de clarification des formes de divorce, du droit applicable au divorce étant donné la pluralité des sources juridiques en matière de statut personnel et des autorités formelles ou informelles intervenant dans ce domaine. Il fallait donc établir une topographie, la plus documentée possible, du divorce dans les trois pays. Cette topographie des divorces serait étroitement liée à une topographie des formes de mariages.

Ensuite, une fois les différentes situations juridiques et concrètes clarifiées, les chercheurs voulaient tenter de circonscrire les problèmes rencontrés par les femmes. Dès l'origine, des problèmes de deux natures se présentaient : des problèmes d'ordre pratique et concret (situation de vulnérabilité économique et sociale, contexte religieux et traditionnel) et des problèmes liés aux aspects juridiques du divorce (inadéquation du droit, prise en compte ou non des aspects coutumiers du mariage et du divorce par le droit civil, accès aux tribunaux, défaut d'information des femmes, manque de formation des juges, etc.) A ceci s'ajoutait la question de l'adéquation du cadre juridique national, de sa pratique par les tribunaux et des situations concrètes vécues par les femmes, aux principes de droits humains proclamés et reconnus dans les trois pays, concernés par l'étude. L'idée était donc ici d'identifier les droits risquant d'être compromis dans les différentes situations de divorce dans chaque pays.

Ces nombreuses questions appelaient des réponses à la fois juridiques et sociologiques ou anthropologiques puisqu'il apparaissait nécessaire de cerner à la fois le droit en vigueur, son application par les autorités judiciaires et les raisons du non recours à ce droit par les populations des trois pays. C'est en partant sur cette base très large qu'il a fallu ensuite développer une méthodologie adaptée à nos questions, mais aussi aux ressources financières et humaines à notre disposition.

Approche méthodologique

Dans le contexte complexe décrit plus haut, peu de travaux de recherche ont été menés sur la famille, le droit et les droits de l'homme, à l'exception du Sénégal où les universités et centres de recherches fonctionnent plutôt bien. Dans ce pays, quelques monographies ont été publiées sur la famille et les droits des femmes ainsi que des articles de doctrine juridique sur le droit de la famille. Au Niger, un petit groupe de chercheurs de la FSEJ a réalisé quelques travaux, dont certains ont été publiés. Au Mali, les sources doctrinales juridiques ou autres sont quasi-inexistantes. Néanmoins, comme dans les deux autres pays, les praticiens du droit les étudiants et certaines ONG s'intéressent au droit de la famille⁴¹.

Conscients des limites méthodologiques imposées par le fait que les chercheurs embarqués dans ce projet étaient tous des juristes, nous nous sommes attachés à répondre à quatre préoccupations principales :

- surmonter les difficultés d'accès aux sources formelles de droit (textes législatifs et surtout la jurisprudence des tribunaux qui n'est pratiquement jamais publiée ou même répertoriée) ;
- recueillir les témoignages des personnes concernées par les procédures de divorce pour comprendre les difficultés auxquelles elles sont confrontées ;

⁴¹ Voir la bibliographie consolidée à la fin de cet ouvrage ainsi que les notes de bas de pages dans les trois parties.

- trouver des moyens objectifs de documenter les aspects informels du divorce (mariage coutumier, répudiation etc.) ;
- maintenir un dialogue avec les acteurs concernés en les tenant informés du projet et en leur restituant les résultats préliminaires des travaux de recherche.

La méthodologie choisie par chaque équipe de chercheurs est décrite en détail dans chaque partie, mais l'on peut, en introduction, réfléchir à leurs points communs et aux difficultés auxquelles nous nous sommes heurtés.

En ce qui concerne l'accès à la jurisprudence, les trois équipes ont mené des collectes extensives de jugements des tribunaux d'instances et de première instance, ainsi que de documents y afférant⁴². Ces collectes ont eu lieu dans la capitale ainsi que dans des zones géographiques plus éloignées. Elles ont été préparées par les chercheurs du projet et des équipes d'enquêteurs, étudiants de maîtrise ou de thèse, qui se sont ensuite déplacés dans les juridictions. Dans certains cas, les enquêteurs ont eu accès aux décisions de justice mais sans pouvoir toujours les photocopier ou les retranscrire ; au Mali, par exemple, ils se sont heurtés aussi au refus de certains greffiers de leur montrer les jugements, même anonymisés. Il faut noter qu'au Sénégal les chercheurs ont pu avoir un accès direct aux décisions de justice.

Globalement, il ressort des développements méthodologiques des trois études que les trois équipes de chercheurs ont recueilli chacune quelques centaines de décisions dans une douzaine de juridictions. La masse des jugements recueillis est plus importante au Sénégal, où la population a plus souvent recours à des juridictions qui fonctionnent relativement mieux qu'au Mali et au Niger, où le peu de décisions recueillies est en soi représentatif de la situation dans ces deux pays. Enfin, les variations dans la qualité juridique des décisions rendues est elle aussi représentative des disparités entre régions et pays en matière de formation des juges et indirectement des juristes en général (avocats, cliniques juridiques).

Lors des visites de terrain, les enquêteurs maliens et nigériens se sont entretenus avec des juges, avocats et autres personnels de justice ainsi qu'avec des associations s'occupant des droits des femmes pour comprendre comment les affaires de divorce étaient perçues au niveau local. Lors de ces entretiens, ainsi qu'en parlant avec les chefs religieux et traditionnels, ils ont pu ainsi recueillir des informations sur les pratiques informelles du divorce ainsi que sur le rôle des chefs traditionnels et religieux et sur les liens entre les divorces coutumiers et les procédures civiles. Les chercheurs nigériens ont aussi choisi de faire des recherches auprès de l'Association Islamique du Niger (AIN) pour en comprendre le rôle grandissant en matière de divorce.

Le défi inhérent à la collecte de données de terrain dans le cadre d'un tel projet de recherche est de maintenir un équilibre entre exhaustivité et représentativité des données collectées. Il est clair que les chercheurs du projet n'avaient pas les ressources pour mener des entretiens qualitatifs sur une grande échelle permettant de documenter de manière sociologique ou anthropologique la pratique

⁴² Par exemple, procès-verbaux ou certificats de répudiation au Niger ou bien fonds de dossiers de divorce au Sénégal.

informelle du divorce dans les trois pays. C'est pourquoi l'accent principal a été mis sur la collecte des décisions, dont l'analyse a été complétée accessoirement par des entretiens qualitatifs ciblés visant à comprendre l'appréhension du système civil par les acteurs concernés et à prendre en compte, sans l'analyser en détail, la réalité des formes informelles de divorces. Pour compenser l'impossibilité de mener de grandes enquêtes de fond sur le terrain, les chercheurs ont aussi choisi d'associer un certain nombre d'acteurs-clefs à leurs travaux, à travers les entretiens de terrain bien sûr mais aussi grâce à un travail d'explication de leur démarche et des résultats obtenus⁴³.

Les trois études présentées dans cet ouvrage suivent la structure esquissée plus haut : une topographie des divorces pour comprendre la complexité des situations au niveau local suivie d'une analyse des causes et des effets juridiques du divorce tentant de mettre en exergue certains enjeux de protection des droits des femmes. Une courte conclusion commune regroupe les pistes de réflexions et les propositions que les chercheurs ont développées à la fin des études par pays. Elles viennent compléter et mettre en perspective les analyses des situations observées sur le terrain en tentant de lancer des pistes pour un débat plus apaisé et aussi constructif que possible.

⁴³ Chaque étude nationale a fait l'objet d'au moins une consultation lors d'un atelier de présentation du travail ainsi que de discussions de fond lors de rencontres à Dakar en 2008, 2011 et 2013. Ces rencontres regroupaient des chercheurs du Mali, Niger, Sénégal, Burkina Faso et Danemark ainsi que des représentants de l'IDHP/UCAD, du LASDEL de Niamey et de l'IDDH.

PARTIE 1 : MALI

*Cette partie est une version réduite et rédigée de l'étude sur le divorce au Mali produite sous la coordination du Dr Abraham BENGALY, Enseignant chercheur, avec Me Amadou Tiéoulé DIARRA, Avocat, Chargé d'enseignement, AG Mohamed AGUISSA, assistant chercheur, Ibrahima Amadou MAIGA, assistant chercheur, tous affiliés à la Faculté de droit, Université de Bamako, Mali.*⁴⁴

La notion de divorce est étroitement liée à la conception qu'une société se fait du mariage. La société malienne oscille entre deux conceptions du mariage, l'une individualiste et l'autre communautaire. Selon la première conception, le mariage se présente comme un moyen de favoriser l'épanouissement des individus ; en cas de mésentente, le divorce est une possibilité à la disposition des deux personnes. A l'opposé, la conception communautaire du mariage met l'accent sur les valeurs collectives, la stabilité et la permanence de la société : le mariage se présente comme une institution qui ne dépend pas uniquement de la volonté individuelle, mais est liée aux impératifs de la famille au sens large et de la société. Ces dimensions individuelles et sociales du mariage - et du divorce - se doublent d'enjeux politiques, religieux et culturels sur fond d'une grande précarité économique aggravée encore par le conflit au Nord du pays.

Au cours des dernières décennies, le divorce a pris de l'ampleur en République du Mali⁴⁵. Pourtant, le divorce n'est pas une institution nouvelle dans ce pays. On le retrouve avant l'indépendance sous une forme plus ou moins formalisée dans le statut personnel des maliens régi par le droit français et les coutumiers juridiques⁴⁶. A partir de 1962, le divorce civil est régi par le Code du Mariage et de la Tutelle⁴⁷ puis, depuis 2011, par le nouveau Code des Personnes et de la Famille⁴⁸, qui consacre pour la première fois le divorce par consentement mutuel des époux. Ces dispositions de droit civil coexistent en pratique avec différentes coutumes et traditions en la matière. Toutes ces normes, formelles et informelles, prévoient différents régimes de divorce (causes, effets) et différentes procédures.

Dans le droit coutumier, le mariage n'est pas considéré comme un contrat perpétuel et éternel. En effet, la coutume admet la dissolution du mariage. Il en va de même pour la majorité de la société malienne fortement islamisée qui a opté pour les règles du droit musulman inspiré du Coran qui

⁴⁴ Voir : BENGALY, Abraham et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Mali*. Bamako : Observatoire des droits humains et de la Paix et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

⁴⁵ Les organisations de défense des droits des femmes telles que l'APDF, Wildaf et les chefs religieux rencontrés lors des enquêtes entre juillet à décembre 2012 étaient unanimes sur ce point. Voir aussi : *Etude sur la problématique du divorce au Mali* réalisée par RECOFEM, mai 2012.

⁴⁶ *Les coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française de 1935*, Comité d'Etudes historiques et scientifiques de l'Afrique Occidentale Française, Tome 2, Paris : Editions Larose, 1939

⁴⁷ Loi N°62-17/AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle (CMT).

⁴⁸ Loi N°2011 – 087 du 30 décembre 2011 portant Code des Personnes et de la Famille (CPF). La promulgation de cette loi est intervenue quelques jours avant le début de la crise au Mali en janvier 2012. Certains juges continuent d'appliquer le CMT de 1962 par méconnaissance des nouvelles dispositions.

permet la dissolution du mariage sous certaines conditions. En revanche, la minorité chrétienne ne connaît pas dans son dogme le divorce. Pour ce qui est de la répudiation, coutumière ou musulmane⁴⁹, par laquelle le mari impose unilatéralement le divorce à son épouse, elle a été interdite par le Code du Mariage et de la Tutelle de 1962 ainsi que par le Code pénal⁵⁰.

Etant donné la pluralité des sources juridiques en matière de statut des personnes, cette étude sur le divorce au Mali veut donc éclairer la question du droit et des normes applicables au divorce. Il s'agit aussi de mettre en lumière plus particulièrement les défis, en termes de protection des droits humains, qui se posent aux femmes en cas de divorce.

Une phase préparatoire du projet de recherche a permis de mettre en place toutes les conditions nécessaires au démarrage de la mission sur le terrain. Elle a consisté en une revue documentaire des études antérieures, des mémoires disponibles auprès des établissements de recherche et des documents complémentaires collectés. En parallèle, une équipe d'enseignants-chercheurs de la Faculté de droit de Bamako et de praticiens du droit s'est attachée à développer les outils de collecte de données sur le terrain et à préparer les aspects logistiques et matériels de la mission tout en tenant compte des difficultés liées au conflit et à la situation sécuritaire dans le pays. Ainsi des décisions de justice ont été collectées dans les zones préalablement identifiées⁵¹ auprès des juridictions de première instance, la cour d'appel de Bamako et la Cour suprême. De plus, des interviews et enquêtes ont été réalisées sur le terrain auprès de personnes ressources et d'institutions et structures qui interviennent dans le domaine des droits des femmes. Enfin, les données sur le divorce de fait ont été collectées par le biais d'enquêtes auprès des groupes cibles ci-après : hommes et femmes divorcés, chefs religieux et traditionnels, leaders d'organisations de la société civile ainsi que des personnels judiciaires (juges, avocats, huissiers, greffiers). Les données ont été recueillies sur la base de guides d'entretien développés par le groupe de chercheurs. Dans l'objectif d'assurer une fiabilité des données brutes, nous avons souvent posé les mêmes questions, pour en croiser les réponses, aux différentes institutions et personnes ressources qui interviennent dans le domaine des droits des femmes.

L'analyse des données a porté sur les textes législatifs et réglementaires, les décisions de justice, les interviews, les témoignages, avis des personnes ressources, les articles de journaux, les mémoires, rapports et ouvrages disponibles. L'analyse doctrinale à travers l'exploitation des écrits en matière de divorce en droit malien est apparue très utile (articles, mémoires, actes des colloques, conférences, différentes études sur la question, la loi sur le Code de la famille et toutes les discussions qui ont précédé son élaboration et son adoption), même si les sources disponibles sont en fin de compte peu nombreuses⁵².

Nous avons regroupé l'analyse de ces données en quatre parties : une typologie du divorce au Mali (1), l'accès au divorce (2), les causes du divorce (3) et les effets du divorce (4).

⁴⁹ Nous verrons que coutume et religion musulmane sont souvent étroitement liées.

⁵⁰ Selon les dispositions de l'article 58 du CMT la répudiation est interdite. La répudiation prononcée en violation de l'interdiction qui précède, dispense la femme de ses devoirs. L'article 184 du Code Pénal malien interdit la répudiation qu'il sanctionne d'une peine d'emprisonnement de 15 jours à 3 mois et/ou d'une amende de 20.000 à 120.000 F CFA.

⁵¹ Kayes, Sikasso, Ségou, Kati et Bamako.

⁵² Dans la version longue de l'étude consacrée au Mali, nous avons illustré notre analyse en ayant recours à des cas illustratifs, basés sur des faits réels relatés lors des entretiens avec les personnes ressources.

1. TYPOLOGIE DU DIVORCE

Avant l'indépendance, le mariage et la famille étaient essentiellement régis par les coutumes⁵³ et quelques textes épars. Il existait une pluralité de règles applicables au divorce. Depuis 1962, un Code de la famille est en vigueur, mais en pratique, le divorce est toujours marqué par ce pluralisme normatif. Ainsi, plusieurs systèmes normatifs coexistent au Mali en matière de dissolution de l'union conjugale : divorce judiciaire (1.1), divorce religieux (1.2) et divorce coutumier (1.3).

1.1. Le divorce judiciaire

Dès l'accession à l'indépendance, le Mali s'est doté d'un Code du mariage et de la tutelle (CMT)⁵⁴ qui subira plusieurs modifications⁵⁵. Avec l'évolution de la société malienne, la législation régissant ces droits, bien que révolutionnaire en son temps, est devenue inadaptée aux réalités et parfois contraire aux traités, conventions et accords internationaux ratifiés par le Mali⁵⁶. En 2011, le nouveau Code des Personnes et de la Famille (CPF) est entré en vigueur⁵⁷.

Selon le CPF, c'est le juge ou le tribunal qui prononce le divorce. L'action en divorce est soumise aux règles générales qui gouvernent les actions en justice. Compte tenu de son caractère essentiellement personnel, seuls les époux ont qualité pour agir en divorce, dans les cas prévus par la loi. L'action ne peut être intentée à la place de l'époux ni par ses créanciers, ni par ses héritiers. La qualité d'époux est exigée non seulement au moment de l'introduction de la demande, mais aussi tout au long du procès jusqu'à ce que le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce soit à l'abri de tout recours.

1.2. Le divorce religieux

Au Mali coexistent trois religions monothéistes : la religion musulmane, qui est la religion de la très grande majorité des maliens, la religion catholique et la religion protestante.⁵⁸

Dans la religion musulmane, le mariage représente à la fois la consécration divine et le contrat civil conclu entre un homme et une femme. Les futurs époux s'engagent librement en présence de l'imam et devant au moins deux témoins, à vivre ensemble comme mari et femme pour fonder une famille,

⁵³ *Les coutumiers juridiques de l'Afrique occidentale française*, précité.

⁵⁴ Loi N°62-17/AN-RM du 3 février 1962 portant Code du mariage et de la tutelle.

⁵⁵ Ainsi, les règles relatives au consentement au mariage et à la monogamie ont été modifiées par la Loi N°6319/AN-RM du 25 janvier 1963. Les règles relatives à la tutelle ont été modifiées et complétées par l'ordonnance N°26/CMLN du 10 mars 1975. L'ordonnance N°73-36 du 31 juillet 1973 portant Code de la parenté a complété le Code du mariage et de la tutelle. S'agissant de l'état civil, la Loi N°68-14/AN-RM du 17 février 1968 portant organisation de l'état civil a été abrogée et remplacée par la Loi N°87-27AN-RM du 16 mars 1987 régissant l'état civil, elle-même complétée par la Loi N°88-37/AN-RM du 08 février 1988. Ces textes furent à leur tour abrogés et remplacés par la Loi N°06-04 du 28 juin 2006 régissant l'état civil.

⁵⁶ Les insuffisances de cette loi étaient perceptibles surtout en matière de successions, de donations et de protection des incapables.

⁵⁷ Loi N°2011 – 087 du 30 décembre 2011 portant Code des Personnes et de la Famille (CPF).

⁵⁸ Voir aussi les développements sur l'influence de la religion, *infra*.

dans l'amour et la protection mutuelle. Tout en affirmant que le contrat conclu par les époux le jour du mariage a pour objectif de durer à l'infini, l'islam accepte qu'un couple en crise puisse demander le divorce. Ainsi, même si on a coutume de dire en islam « que le divorce est parmi les choses permises par Dieu, la plus détestée », la procédure de divorce est encadrée et acceptée⁵⁹. La sourate 65 du Coran parle du divorce en 12 versets. Dès le premier verset on parle de répudiation s'agissant du divorce ; le Coran assimile donc la répudiation au divorce. En matière de répudiation, l'homme est le seul initiateur de la rupture : il lui suffit de prononcer ouvertement « Je ne veux plus de toi comme épouse » et le divorce est consommé. Il peut aussi revenir à sa convenance sur cette décision. Ainsi, selon certains érudits⁶⁰, mis à part quelques cas exceptionnels, le sort d'un mariage dépend toujours de l'époux. Selon le Coran, le divorce ne peut être envisagé qu'au terme de tentatives de réconciliation. Le verset 1 de la sourate 65 dit : « O prophète ! Ne répudiez vos femmes qu'au terme marqué ; comptez les jours exactement. Avant ce temps vous ne pouvez ni les chasser de vos maisons ni les en laisser sortir à moins qu'elles n'aient commis un adultère prouvé. Tels sont les préceptes de Dieu. Celui qui les transgresse perd son âme. Vous ne savez pas si Dieu ne fera pas surgir une circonstance qui vous réconciliera avec elles ». La séparation des corps est donc obligatoire mais n'entraîne pas *ipso facto* cessation des devoirs d'époux, exceptée l'obligation sexuelle. Le maximum de cette séparation est de trois mois au terme desquels s'il n'y a pas de réconciliation, le divorce est acquis et la femme recouvre sa liberté.

Pour les catholiques, le mariage est un sacrement. Il crée un lien sacré entre les époux qui engage pour toute la vie : « ce que Dieu a uni, l'homme ne doit pas le séparer », dit l'Évangile⁶¹. Autrement dit, les liens du mariage religieux ne peuvent pas être rompus. L'Église accepte malgré tout qu'un couple marié religieusement soit amené à se séparer ou même à divorcer civilement. Même si le fait de vivre séparé de son conjoint n'est plus un péché ni un motif d'exclusion (excommunication), l'Église ne permet pas le remariage religieux d'un époux divorcé puisqu'il est impossible de rompre le lien sacré du mariage pour célébrer un second mariage. Cette position a pour conséquence directe de priver du mariage religieux le chrétien baptisé qui souhaite épouser une personne divorcée. En principe, il n'exclut néanmoins en rien un remariage civil.

En ce qui concerne les protestants, c'est le mariage civil qui est surtout reconnu comme valable et suffisant. Se marier au temple n'a pas la même intensité solennelle que pour les catholiques ou les orthodoxes. Au cours de la cérémonie, les époux échangent leurs promesses de fidélité, amour, vérité, puis le pasteur bénit leur union. Il s'agit donc d'une simple bénédiction car le mariage n'est pas considéré comme un sacrement. En cas de discord dans un couple, l'Église protestante proposera aide et soutien aux époux en vue d'obtenir leur réconciliation. Si toutes les tentatives échouent, l'Église protestante reconnaît l'échec de l'union et accepte le divorce des époux. Elle accepte aussi la possibilité de bénir une nouvelle union suite à l'autorisation à la commission synodale compétente qui examinera leur dossier⁶².

⁵⁹ Selon l'entretien qui a eu lieu au mois de septembre 2012, avec l'Imam Oumar BARRO représentant du Haut conseil islamique à Kayes.

⁶⁰ Voir entretien avec l'Imam Oumar BARRO de Kayes rencontré lors de l'enquête réalisée en septembre 2012.

⁶¹ Évangile selon Marc 10, 2-16.

⁶² Interview du Prêtre Abbé CAMARA de la Paroisse catholique de Kayes, septembre 2012.

1.3. Le divorce coutumier

La plupart des mariages en milieu rural ne sont pas célébrés devant l'officier d'état civil, mais dans un vestibule où la réunion des notables fait office de mairie. On ne demande pas le consentement des époux ; cela n'est pas nécessaire, pourvu que les familles se mettent d'accord. Le choix du futur conjoint se fait méticuleusement par les familles afin de donner au futur foyer une assise sûre et solide sous le regard vigilant des ascendants. Ainsi de nombreux mariages célébrés selon les coutumes et les traditions des différentes ethnies ignorent la loi (consentement des époux, par exemple) pourtant appelée à régler leurs effets.

Le divorce traditionnel est source de tensions sociales et parfois de heurts entre personnes et entre clans. Un chercheur notait il y a plusieurs décennies : « chez les bambara et les malinkés, le divorce était autrefois rare, étant perçu comme un acte déshonorant. Beaucoup de vieillards n'acceptaient pas assister aux palabres de divorce qui se tenait à l'extérieur du village »⁶³. De nombreux témoignages recueillis pendant nos enquêtes de terrain auprès de personnes âgées dans les régions de Ségou abondent dans le même sens. Le divorce est, en milieu traditionnel, un acte très grave. Autrefois, les divorcés faisaient la honte de leur famille et pouvaient dans certains cas être rejetés par leur clan. Il nous a été rapporté que dans le milieu bambara, « l'arbre sous lequel le divorce était prononcé mourrait deux ans après ». Toute famille dans laquelle intervenaient deux ou trois divorces était disgraciée et il lui était difficile de trouver un époux ou une épouse selon le cas. Ces familles étaient alors étiquetées pour leur légèreté et le non-respect de la parole donnée, « Mogo sébè duw tè »⁶⁴.

Ainsi, en milieu traditionnel, tout est mis en œuvre pour ne pas en venir au divorce sauf pour les causes exceptionnellement graves : injures⁶⁵, infidélité et impuissance du conjoint. En tout état de cause, le divorce intervient généralement après une longue procédure très lente, sauf dans les cas d'injures graves qui peuvent faire l'objet d'une procédure accélérée. Il faut noter que l'impuissance de l'homme n'entraîne pas toujours le divorce, la famille pouvant trouver une alternative consistant à créer un lien entre l'épouse et un homme pour les besoins de reproduction.

La tradition bambara a tendance à consacrer l'indissolubilité du mariage même si dans les faits, elle aménage une porte de sortie lorsque les liens conjugaux sapent la dignité de l'une des parties. Le principe est consacré par l'adage suivant : « le mariage n'est pas un grand boubou qu'on peut enlever quand on veut ». En pratique, le divorce relève principalement de l'initiative de l'homme. C'est l'époux qui peut répudier sa femme et demander le remboursement de tout ou partie de ce qu'il a offert. Il existe cependant des cas où la femme abandonne son mari et crée un état de divorce. Toutefois, même dans les cas où les torts du mari sont connus de tous, on accepte mal que la femme prenne l'initiative de

⁶³ Il s'agit de Moussa TRAVELE, cité par les auteurs du *Rapport sur le droit de la famille* publié par l'Institut national de formation judiciaire, Bamako, 1996, p. 86.

⁶⁴ Trad. « Ces familles ne sont pas respectables ».

⁶⁵ Il s'agit souvent de propos offensants proférés contre le père ou la mère de l'un des conjoints ou des atteintes à la dignité de la lignée de l'époux (observations personnelles des auteurs du rapport).

mettre fin au mariage. Le divorce est précédé de discussions et d'interventions de différents parents, notamment l'oncle maternel de la femme qui est le plus sollicité. Il ressort enfin de nos enquêtes de terrain, que l'opinion est de plus en plus tolérante vis-à-vis du divorce dans le milieu traditionnel.

2. ACCÈS AU DIVORCE

Ce sont les articles 325 à 371 du Code des personnes et de la famille (CPF) qui traitent de la dissolution du mariage par le divorce⁶⁶ ; les dispositions générales, articles 326 à 336, envisagent l'accès au divorce et les articles 353 à 363 prévoient la procédure de divorce. Ces dispositions traitent classiquement de la tentative de réconciliation, des mesures d'urgence à prendre pendant l'instance de divorce (art. 356), de la séparation de corps ainsi que d'une éventuelle demande reconventionnelle de divorce. Selon ces dispositions, les deux époux ont le droit de demander le divorce et sont traités de manière égale durant la procédure. Cependant, en pratique, les femmes rencontrent de nombreuses difficultés que nous examinerons dans cette partie de l'étude.

2.1. Les difficultés d'ordre juridique

Au cours de nos enquêtes, nous avons relevé que certains juges appliquent simultanément les deux codes, c'est-à-dire, le Code du Mariage et de la Tutelle (CMT) de 1962 et le Code des Personnes et de la Famille (CPF) de 2011. Cette situation a été observée dans la région de Kayes et Sikasso. La coexistence de ces deux textes est le résultat du manque de diffusion et sensibilisation sur le Code des personnes et de la famille. C'est pourquoi le personnel judiciaire a vivement souhaité l'instauration d'un programme de formation sur le Code des personnes et de la famille à l'intention des juges chargés des affaires matrimoniales. Par ailleurs un magistrat a expliqué aussi que « le juge est la chose des parties, ce qui fait qu'il peut être lié aux dispositions évoquées par celles-ci (...), c'est pourquoi il doit être avisé, passif et impartial »⁶⁷. Selon lui, les deux textes doivent cohabiter dans l'intérêt exclusif des citoyens et peuvent donc être appliqués alternativement. Cette perception nous paraît évidemment préoccupante en terme de protection des droits et de la sécurité juridique des personnes concernées.

Un certain nombre d'interlocuteurs a également évoqué le manque de prise en compte des conventions internationales dans le champ des affaires matrimoniales. La mise en conformité des dispositions législatives relatives à la famille avec le droit international est une revendication de longue date des organisations de défense des droits humains au Mali⁶⁸. En effet, le Mali a adhéré à de nombreuses conventions internationales qui mettent des obligations à la charge des États qui sont invités à pren-

⁶⁶ CPF, Titre IV, Chapitre I.

⁶⁷ Propos du magistrat Ousmane FATI, juge d'instruction au tribunal de première instance de Sikasso, entretien d'août 2012.

⁶⁸ Par exemple : Association des Juristes Maliennes (AJM), Association Malienne des Droits de l'Homme (AMDH), Association pour le Progrès et la Défense des Femmes (APDF), Coordination des Associations et ONG Féminines (CAFO) ou encore Wildaf : Women in law and Développement in Africa / Femmes droit et développement en Afrique.

dre les mesures nécessaires pour protéger les droits des personnes concernées, en particulier pour corriger les situations préjudiciables aux femmes⁶⁹. Il ressort d'ailleurs de l'étude relative à la politique nationale et au plan d'action en matière des droits humains⁷⁰ que le Mali mène des efforts constants pour harmoniser sa législation nationale avec les instruments juridiques internationaux qu'il a ratifiés. L'article 116 de la Constitution de 1992 prévoit l'application directe des instruments juridiques spécifiques, notamment la CEDEF et le Protocole de Maputo par le juge malien⁷¹. Pourtant, en pratique, le juge malien semble avoir opté pour le système dualiste et refuse d'appliquer le droit international en l'absence d'une norme législative concordante. Ainsi la Cour suprême a pu juger en matière successorale : « il est à préciser que même si dans les traités internationaux ratifiés l'égalité entre l'homme et la femme est prônée, il n'en demeure pas moins qu'en matière successorale pour que ce principe soit applicable, il faudra qu'il soit intégré dans les textes internes ; que ceci n'ayant pas été fait encore, la dévolution des biens successoraux se fera selon la coutume des parties »⁷².

2.2. Accès des femmes à la justice

De manière générale, il existe au Mali de nombreux obstacles à l'accès à la justice : les procédures judiciaires sont caractérisées par un langage ésotérique, un formalisme rigoureux, des procédures longues, des renvois intempestifs, des difficultés d'obtenir en temps utile, la délivrance des actes de jugement, etc⁷³. Ce constat général concerne également les femmes qui entament des procédures judiciaires.

En matière de divorce, il ressort des entretiens menés auprès des juges et du personnel judiciaire des tribunaux de Kayes, Sikasso, Ségou et Bamako qu'il existe parmi les femmes une méconnaissance de leurs droits en cas de divorce due principalement à un déficit d'information sur les procédures du divorce. De plus, de nombreuses femmes ne peuvent pas faire face aux frais nécessités par une action devant le service public de la justice (frais de consignation, frais d'établissement d'actes, frais d'huissier, frais d'avocats, etc.)⁷⁴. Dans la plupart des cas, elles sont obligées de renoncer à l'exercice de leur droit au divorce devant le juge. Ainsi, de nombreuses femmes qui pourraient gagner leur procès, le perdent faute de moyen⁷⁵.

⁶⁹ Par exemple : la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDEF) et le Protocole à la Charte africaine relatif aux droits des femmes (Protocole de Maputo). Voir chapitre introductif à cette étude et notes de bas de page sur les instruments internationaux et régionaux ratifiés par le Mali.

⁷⁰ Mamadou DIAKITE, *Etude sur la politique nationale en matière des droits humains*, PCDHG, 2011.

⁷¹ « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord de son application par l'autre partie ». Cette disposition qui est la copie conforme de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958.

⁷² Cour suprême, Chambre civile, arrêt n°169 du 4 mars 2009.

⁷³ Lire à ce sujet : *Rapport final de l'étude sur l'état des lieux en matière des droits humains*, Synergie Conseil SARL, juillet 2002 ; *Etude sur la politique nationale en matière des droits humains*, par Mamadou DIAKITE, précité, *Etude sur l'état d'harmonisation de la législation nationale avec les conventions internationales et régionales des droits humains ratifiées par le Mali*, APPDH, 2004 ; *Etude sur l'état d'harmonisation de la législation nationale avec les instruments juridiques internationaux et régionaux des droits humains ratifiés par le Mali*, par Malik COULIBALY, PCDHG, 2011.

⁷⁴ Entretien avec le magistrat Sidi ABOUHARIRATA, Juge d'instruction au TPI de Kati (octobre 2012).

⁷⁵ Selon la même source.

Selon une étude de 2012 sur la problématique du divorce au Mali⁷⁶, les femmes bénéficient rarement de l'assistance judiciaire ou du service d'un conseil : ainsi, sur 66 femmes ayant initié une procédure de divorce en 2010, seulement 22 soit 33,33% ont pu bénéficier de la présence d'un avocat⁷⁷. Pourtant l'assistance judiciaire qui permet à une personne dépourvue de ressources d'obtenir une dispense de paiement de frais de procédure et d'exercer ses droits en justice est prévue par la loi N°01-082 du 24 août 2001. Le Décret d'octobre 2006 qui en fixe les modalités d'application et met en place des bureaux d'assistance judiciaire⁷⁸ n'est pas vraiment appliqué et l'action de ces bureaux reste donc limitée sur le terrain par manque de moyens financiers⁷⁹. Certaines structures de défense des droits des femmes tentent d'accompagner les femmes pour leur faciliter l'accès à la justice afin de bénéficier d'un procès équitable⁸⁰. Enfin, les femmes qui ont la chance d'accéder au prétoire font face à la complexité des règles de procédure. Elles sont souvent découragées à cause de l'éloignement des juridictions. En dépit de la volonté des ONG, les femmes maliennes demeurent néanmoins marginalisées devant les tribunaux.

A ces difficultés financières liées à la procédure judiciaire de divorce s'ajoutent de nombreuses difficultés économiques et financières de nature plus générale auxquelles les femmes sont tout particulièrement confrontées.

2.3. Les difficultés économiques et financières

L'étude sur les inégalités de genre et pauvreté au Mali réalisée par l'Observatoire du développement humain durable a révélé que des inégalités entre les hommes et les femmes existent partout au Mali. Elles sont perceptibles non seulement aux niveaux de l'accès aux pouvoirs coutumier et démocratique mais aussi de l'accès aux facteurs de production et aux services sociaux de base⁸¹.

En ce qui concerne les ressources économiques, les femmes sont moins instruites et ont moins d'avantages matériels et de perspectives de travail bien rémunéré que les hommes. La majorité des femmes travaillent dans l'agriculture vivrière ou d'exploitation. Elles sont ouvrières agricoles quand elles ne travaillent pas gratuitement pour produire le nécessaire vital à la famille. En dehors du secteur agricole, les femmes travaillent dans le secteur informel qui recouvre des activités de petit commerce et d'artisanat. Ces emplois, souvent exercés à domicile, sont rarement salariés et permettent tout juste aux femmes de subsister⁸².

⁷⁶ *La problématique du divorce au Mali*, Rapport provisoire, RECOFEM, mai 2012.

⁷⁷ *Idem*, p. 35. Le chiffre était de 34,61 en 2009. On peut noter que la situation est sensiblement meilleure dans le district de Bamako. Dans la Commune VI, 48 femmes sur les 108 qui étaient en instance de divorce ont été assistées par un avocat soit 44,44 % en 2009 (en 2010 : 47,50%).

⁷⁸ Ces bureaux sont établis au siège de chaque Tribunal de Première Instance et de Justice de Paix à Compétence Étendue.

⁷⁹ *Evaluation de l'appui pour l'accès des couches vulnérables à la justice*, OXFAM/NOVIB A WILDAF/Mali, janvier 2011, p. 32.

⁸⁰ L'organisation WILDAF Mali est régulièrement présente dans les procédures concernant les femmes et les enfants en soutenant la constitution d'avocats pour le suivi des procédures.

⁸¹ *Etude sur les inégalités de genre et pauvreté au Mali* réalisée par l'Observatoire pour le Développement Humain Durable (ODHD), p. 6. L'étude a identifié trois formes d'inégalités : les inégalités interpersonnelles qui ont des répercussions sur les liens de mariage et de filiation, les inégalités sur le plan économique et les inégalités d'accès aux pouvoirs (coutumier et démocratique). Les groupes les plus touchés par ces inégalités sont les femmes et les enfants. La persistance des inégalités trouve fondamentalement son explication dans la réinterprétation des relations socio-culturelles et religieuses entre l'homme et la femme (p. 7).

⁸² Voir sur ce point l'analyse de Aderanti ADEPOJU sur l'inégalité entre époux, dans son ouvrage intitulé *La famille africaine : politiques démographiques et développement*. Paris : Karthala, 1999, p. 253.

L'insuffisance de ressources financières freine les femmes dans leur perspective de divorce. Par exemple, comme dans les villages il n'y a pas de tribunaux, les candidats au divorce doivent se rendre au chef-lieu de la circonscription ce qui entraîne des frais de transport impossibles à engager pour ces femmes. De plus, même dans les quelques cas où elles arrivent à lancer une procédure de divorce judiciaire, elles n'ont la plupart du temps pas les moyens de tenir jusqu'au bout de cette procédure, faute de moyens financiers⁸³.

2.4. L'influence de l'islam

La religion dominante au Mali est l'islam qui concerne 90% de la population. Les 10% restant pratiquent soit une religion chrétienne, soit les religions traditionnelles⁸⁴. Traditionnellement, la rupture du mariage se fait donc selon les règles religieuses de l'islam (répudiation). Avec l'apparition du CMT en 1962, la promotion et l'émancipation de la femme prônée par l'Etat malien à partir de 1996 puis le CPF en 2011, le législateur malien s'est efforcé de rétablir un équilibre entre l'homme et la femme en matière de divorce civil.

Les chefs religieux musulmans exercent toujours⁸⁵ une influence réelle et notoire sur la société en général et sur les populations. Ainsi, le Haut Conseil Islamique a fait objection en 2009 au Code des personnes et de la famille avec le soutien d'une partie de la population. Cette influence des religieux sur les décisions étatiques fait d'eux des interlocuteurs incontournables et renforce ainsi davantage leur pouvoir. En outre, la population s'adresse volontiers à ces autorités religieuses musulmanes pour le règlement de différends privés, y compris le divorce. Dans la pratique ces autorités religieuses rendent de véritables décisions qui, pour les personnes concernées, se substituent aux jugements des tribunaux.

De plus, la conception dominante des grandes religions monothéistes selon laquelle la femme doit obéissance à son mari a été reconduite par l'article 316 alinéa 1^{er} du CPF qui dispose : « Dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent Code, la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme ». Il faut ici rappeler que le maintien d'une telle disposition était au cœur des divergences entre l'Etat et les courants islamistes lors des débats sur l'adoption du Code des personnes et de la famille en 2009. Il faut bien admettre que le maintien de cette disposition dans le CPF va à l'encontre du principe d'égalité entre homme et femme consacré par la Constitution malienne et les instruments internationaux et régionaux auxquels le Mali est partie.

⁸³ Ce constat est commun à toutes les personnes interrogées lors de nos enquêtes de terrain.

⁸⁴ Les chiffres varient un peu concernant cette répartition : Bintou SANANKOUA annonce 1% de chrétiens et 9% d'anémistes (*L'islam dans les sociétés de l'Afrique subsaharienne : défis et réponses*, communication au Colloque international, Dakar, 4 et 5 février 2008, p. 3), alors que le ministère des affaires étrangères des Etats Unis (département d'état) dans son rapport sur la religion au Mali en 2008 annonçait une répartition de 5% et 5% (International Religious Freedom Report 2008, accessible sur le site du State Department).

⁸⁵ Certains y voient même une influence accrue liée à une montée de l'islamisme politique, V. Poudiougou DIACHARI, *Mali : les dessous de la crise politique et sécuritaire*, 1000 Mots, n°4, juin 2013.

Enfin, l'action en divorce intentée par la femme est considérée par les religieux musulmans comme un manque de respect à son mari. L'un des arguments religieux le plus souvent invoqué est l'exigence de la soumission de la femme à l'homme par des textes religieux⁸⁶. Or, cette soumission ne peut en aucun cas être servile, oppressante ou étouffante pour la femme. Si c'est le cas, la religion en question cesse d'être une voie d'épanouissement pour elle, mais une prison⁸⁷. En tout état de cause, l'omnipotence religieuse sur la femme pousse celle-ci à renoncer dans beaucoup de cas à ester en justice, surtout lorsqu'il s'agit du divorce⁸⁸.

Lors de nos entretiens, certains chefs religieux ont expliqué qu'ils travaillent avec le CMT et le Coran et ils relèvent que les mêmes causes de divorce sont retenues en droit civil et dans le Coran⁸⁹. Ils notent que, contrairement à la procédure devant le tribunal civil, la tentative de conciliation est obligatoire en islam, même pour le divorce par consentement mutuel. Mais à la différence du juge qui insiste sur la volonté des parties, l'imam ou le marabout, invite les deux belles familles à chercher une entente entre les époux. Si cette étape est épuisée sans solution, le divorce sera alors prononcé.

2.5. Le regard de la société

Dans la société malienne, le mariage est « une nécessité sociale »⁹⁰. Il ne concerne pas que les époux mais leurs deux familles : une fois que la procédure du mariage est enclenchée, il se crée un pacte social liant ces deux familles à travers la mobilisation communautaire que cette union suscite. Il est indéniable que la rupture d'un tel pacte par un divorce ait des conséquences sociales. Ainsi, qu'il soit conflictuel ou à l'amiable, le divorce n'est jamais anodin. Le divorce ouvre une phase de turbulences et de perturbations. Ses effets débordent le seul cadre de l'intimité des conjoints qui se séparent. Le divorce redéfinit les rapports que chacun entretenait avec ses enfants, ses amis et autres parents ; il peut aussi avoir un impact économique important pour une communauté locale⁹¹.

Si le droit de divorcer est accordé aux femmes au même titre qu'aux hommes par la législation malienne, sa jouissance en est tout autre. En effet, l'exercice de ce droit expose les femmes à toutes sortes de pressions et de préjugés. Les entretiens menés sur le terrain mettent en lumière de manière très explicite un certain nombre de pesanteurs socio-culturelles. Pour certains, la femme est toujours reléguée au second plan et a un devoir de soumission⁹². Par ailleurs, C'est toujours la femme « qui

⁸⁶ Amadou T. DIARRA, *Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Mali*, WILDAF/Mali, 2002, p. 30.

⁸⁷ *Idem.*, p. 31.

⁸⁸ Voir *infra* développements sur les difficultés rencontrées par les femmes. Ces difficultés compromettent largement les efforts du législateur du 2 décembre 2011 dans la mesure où elles prennent une tournure religieuse dans une société anciennement et profondément islamisée.

⁸⁹ C'est le cas de l'Imam Oumar BARRO de Kayes rencontré lors de l'enquête réalisée en septembre 2012.

⁹⁰ Sarafilou COULIBALY et Tapa DIALLO, *Les effets du divorce à l'égard de la femme en droit malien*, Mémoire de Maitrise, FSJE (Université du Mali), Bamako, 2001, p. 7.

⁹¹ Dans une société où l'agriculture constitue l'activité principale, les femmes, en plus de leurs travaux ménagers, jouent un rôle essentiel du fait de leur participation active aux travaux champêtres. Ainsi, l'épouse est vue comme une source de revenu qui doit contribuer à la prospérité de son mari et son départ a un impact économique pour la communauté.

⁹² Propos recueillis à la Clinique juridique dénommée Association DEMESO, juillet 2012.

est considérée comme fautive mais jamais l'homme. Elle est vue d'un mauvais œil par son entourage et parfois même montrée du doigt où elle se trouve. Ce qui fait qu'il lui sera difficile de contracter un nouveau mariage. Ces préjugés font d'elle une personne désapprouvée, marginalisée et isolée... »⁹³. Ainsi, tant la société traditionnelle que moderne condamne au Mali les femmes non mariées, célibataires ou divorcées, qui sont perçues comme des personnes « délaissées, misérables et méprisées »⁹⁴. Les enquêtes de terrain ont montré que même si les femmes vivent parfois dans des conditions de précarité économique et affective déplorables⁹⁵, elles préfèrent souvent renoncer à la voie judiciaire pour éviter une telle marginalisation. Ainsi, elles préfèrent avoir recours aux familles (parents géniteurs et maritaux)⁹⁶, aux ami(e)s, aux chefs religieux aux fins d'une réconciliation, d'un compromis ou d'un règlement à l'amiable plutôt que de privilégier le recours juridictionnel.

Pour finir, il faut noter que nos entretiens ont révélé que certains hommes adoptent un comportement malveillant pour pousser leur épouse à demander le divorce en premier lieu afin de ne pas avoir à supporter les frais de la procédure. Dès que le juge prononce le divorce, ils interjettent appel tout en négligeant le dossier afin de mettre leur épouse dans l'embarras. Dans certains cas, le mari éconduit refuse même de divorcer, empêchant ainsi son épouse de se remarier et d'avoir des enfants.

3. LES CAUSES DE DIVORCE

L'article 325 du CPF donne la possibilité pour les époux d'opter pour l'une des formules proposées par le Code : divorce par consentement mutuel (3.1), divorce pour rupture de la vie commune (3.2) ou divorce par faute (3.3). Il s'agit là d'une rupture avec l'ancien système qui était basé sur le divorce contentieux⁹⁷. La consécration du divorce par consentement mutuel peut être interprétée comme un passage du *mariage-institution* au *mariage-contrat*.

3.1 Le divorce par consentement mutuel

L'avènement du CPF de 2011 opère une révolution du droit du divorce au Mali. Les deux époux peuvent désormais régler « à l'amiable » la rupture de leur lien matrimonial. Lorsqu'ils demandent conjointement le divorce, ils n'ont pas à en faire connaître la cause. Ils doivent seulement soumettre

⁹³ Témoignage de Bintou F. SAMAKE, Présidente de WILDAF/Mali, juillet 2012.

⁹⁴ Entretien avec Mody COULIBALY, Greffier au tribunal de première instance de Sikasso, août 2012.

⁹⁵ *Idem*.

⁹⁶ *Evaluation de l'appui pour l'accès des couches vulnérables à la justice*, OXFAM/NOVIB A WILDAF/Mali, précité.

⁹⁷ La Loi n°62-17/AN-RM du 3 février 1962 avait institué un divorce contentieux en donnant la possibilité à l'un quelconque des époux de demander le divorce pour cinq motifs : l'adultère, les excès, sévices et injures graves qui rendent la vie conjugale impossible, de la condamnation de l'un des conjoints à une peine afflictive et infamante, d'alcoolisme grave, de l'impossibilité pour le conjoint de satisfaire à ses obligations conjugales (art. 59 du CMT). En outre, la femme était fondée à demander le divorce lorsque le mari refuse de subvenir à ses besoins essentiels en nourriture, logement, habillement. Le non-paiement de la dot à l'expiration du délai fixé dans l'acte de mariage constituait également un motif de plus pour la femme (art. 60 du CMT). Dans les faits, ce dernier motif n'est jamais invoqué par les femmes. Issue de pratiques coutumières en désuétude, cette cause n'a aucune incidence sur l'ampleur du divorce. V sur ce point *Rapport sur la problématique du divorce*, RECOFEM, précité, p. 23.

à l'approbation du juge, un projet de convention qui règle les conséquences⁹⁸. Il n'existe pour le moment aucune jurisprudence disponible, mais nous pouvons présenter brièvement cette nouvelle procédure sur la base des dispositions du CPF.

En règle générale, les époux règlent librement les conditions et les conséquences de la rupture du lien conjugal toutes les fois qu'elles ne sont pas contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs et à l'intérêt de l'enfant⁹⁹. Le consentement des époux n'est valable que s'il émane d'une volonté libre et exempte de vice. Il doit porter non seulement sur la rupture du lien conjugal, mais aussi sur le sort des biens et des enfants issus du mariage¹⁰⁰.

S'agissant des conditions de forme, la demande doit être présentée par écrit au tribunal civil du domicile commun, ou de celui de l'un des époux, soit par les époux en personne, soit par leurs conseils respectifs ou par un conseil choisi d'un commun accord. Au vu des pièces produites¹⁰¹, le juge entend les époux séparément, puis ensemble, et au besoin, assistés de leurs conseils¹⁰². Il peut leur faire des observations qu'il estime convenables et doit impérativement s'assurer de leur consentement. Il peut leur poser toute question qu'il estime utiles en ce qui concerne le sort de leurs biens et celui réservé aux enfants.

Si les époux persistent dans leur intention de divorcer, et si le juge estime la convention conforme aux prescriptions légales, il peut leur indiquer la possibilité de renouvellement de leur demande dans un délai de réflexion de trois mois. A défaut de renouvellement dans les six mois qui suivent l'expiration de ce délai de réflexion, la demande conjointe devient caduque. Lorsque la demande est réitérée au terme du délai de réflexion, le juge prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que chacun d'eux a librement donné son accord à la convention¹⁰³. Le jugement de divorce par consentement mutuel est rendu en dernier ressort¹⁰⁴. Lorsqu'il est passé en force de chose jugée, il dissout le lien matrimonial et rend exécutoires les conventions établies par les époux en ce qui concerne leurs biens et leurs enfants¹⁰⁵.

⁹⁸ Art. 337 du CPF.

⁹⁹ Art. 339 du CPF.

¹⁰⁰ Art. 340 du CPF. Cependant, aucune demande de divorce par consentement mutuel ne peut être présentée dans les six premiers mois du mariage ou lorsque l'un des époux se trouve placé sous l'un des régimes de protection des incapables (art. 338 du CPF).

¹⁰¹ La demande doit être accompagnée d'un extrait de l'acte de mariage ; des extraits d'actes de naissance des enfants mineurs ; d'une convention matrimoniale s'il en existe ; d'un inventaire de tous les biens meubles et immeubles ; d'une convention écrite réglant la garde, l'éducation et l'entretien des enfants, le sort des biens liquidant la communauté, s'il y a lieu (art. 341 du CPF).

¹⁰² Art. 342 du CPF.

¹⁰³ Le juge homologue par la même décision, la convention réglant les conséquences du divorce, s'il y a lieu. Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux (art. 343 du CPF).

¹⁰⁴ Art. 344 du CPF.

¹⁰⁵ Art. 345 du CPF. Le jugement est opposable aux tiers à compter de la transcription aux registres de l'état civil. Une expédition du jugement passé en force de chose jugée est adressée par le tribunal à l'officier de l'état civil du lieu de célébration du mariage et de celui du lieu de naissance des parties, aux fins de mention en marge de leur acte de mariage et de leurs actes de naissance (art. 346 du CPF).

3.2 Le divorce pour rupture de la vie commune

L'un des deux époux peut demander le divorce pour rupture prolongée de la vie commune lorsque les époux vivent séparés de fait depuis trois ans ou en cas d'impossibilité de l'un des époux de satisfaire à ses obligations conjugales¹⁰⁶. Il en est de même lorsque les facultés mentales du conjoint se trouvent, depuis trois ans, si gravement altérées qu'aucune communauté de vie ne subsiste entre les époux et ne pourra, selon les prévisions les plus raisonnables, se reconstituer dans l'avenir¹⁰⁷.

L'époux qui demande le divorce pour rupture de vie commune en supporte toutes les charges¹⁰⁸. Si l'autre époux établit que le divorce aurait, soit pour lui, compte tenu de son âge et de la durée du mariage, soit pour les enfants, des conséquences matérielles et morales d'une exceptionnelle dureté, le juge rejette la demande¹⁰⁹. Le juge rejette la demande d'office, lorsqu'il apparaît que le divorce aurait pour le conjoint des conséquences matérielles et morales d'une extrême dureté dans le cas prévu à l'article 344 du CPF.

Le juge assimile certains cas relevant du divorce pour faute¹¹⁰ au divorce pour rupture de la vie commune. Il s'agit tout d'abord de l'impossibilité de l'un des époux de satisfaire à ses obligations conjugales. Ainsi le juge a pu conclure à un divorce pour rupture de la vie commune au motif que le mari n'a pas eu de relations intimes avec son épouse depuis quatre ans¹¹¹. Ensuite, le défaut d'entretien de la femme en l'absence du mari peut être assimilé à une rupture de la vie commune¹¹². Ainsi le juge a pu prononcer le divorce pour rupture de la vie commune aux torts exclusifs du mari aux motifs que le mari a délibérément quitté sa femme depuis cinq ans environ et, durant tout ce temps, ne s'est pas chargé de l'entretien de sa femme et de ses deux enfants restés avec elle et n'a donné aucun signe de vie¹¹³.

3.3. Le divorce pour faute

Selon l'article 352 du CPF, un époux peut demander le divorce pour faute en cas d'adultère d'un des conjoints, d'excès, de sévices et d'injures graves de l'autre rendant la vie conjugale impossible, de condamnation de l'autre à une peine afflictive et infamante, d'alcoolisme invétéré ou de toxicomanie ou

¹⁰⁶ Art. 348 du CPF.

¹⁰⁷ Art. 349 du CPF.

¹⁰⁸ Art. 350 du CPF.

¹⁰⁹ Art. 351 du CPF.

¹¹⁰ Voir *infra*.

¹¹¹ Jugement n°62 du 10 février 2011 du TPI de Kayes (Divorce - garde des enfants). Voir aussi le cas illustratif de Madame Binta DIALLO, sans emploi et sans qualification, mariée à son cousin éleveur. Leur mariage a été arrangé par leurs familles comme il est de coutume chez eux (peulh), sans cérémonie civile. Pendant trois ans de vie commune, ils n'ont pas eu d'enfants. A la suite d'une maladie, son mari a perdu sa virilité. Elle est restée pendant dix ans dans cette situation. Quand elle a voulu le quitter, leurs parents s'y sont opposés. C'est treize après qu'elle a été autorisée à divorcer après que la famille se soit rendue compte de la réalité. A quarante ans, Madame DIALLO s'est remariée à un autre cousin et attend d'avoir un enfant.

¹¹² Au sens de l'article 348 du CPF « Un époux peut demander le divorce, en raison d'une rupture prolongée de la vie commune lorsqu'ils vivent séparés de fait, depuis trois ans ou en cas d'impossibilité de l'un de satisfaire à ses obligations conjugales ».

¹¹³ Jugement n°62 du 10 février 2011 du TPI de Kayes. Le juge a confié les mineures à leur mère en réservant de larges droits de visites éventuelles au père. Il a mis les dépens à la charge du père.

de manquement à un engagement substantiel. L'épouse peut demander le divorce lorsque le mari refuse de subvenir à ses besoins essentiels : nourriture, logement, habillement et soins médicaux.

3.3.1. Adultère de l'un des époux

L'adultère du conjoint constitue une violation du devoir de fidélité auquel les deux conjoints sont tenus. C'est le fait pour une personne mariée d'entretenir des rapports sexuels avec une personne autre que son conjoint. L'adultère du mari comme celui de la femme est une cause péremptoire de divorce. L'adultère peut être constaté par un huissier de justice commis à cet effet. Un seul fait dûment établi d'adultère oblige le juge à prononcer le divorce¹¹⁴. Bien que très souvent avancé par les demandeurs en divorce, le motif basé sur l'adultère est quasiment impossible à prouver, sauf flagrant délit d'adultère ou grossesse de l'épouse pendant une longue absence du mari.

3.3.2. Abandon de domicile conjugal

Il est constant que le refus d'une épouse d'habiter avec son époux constitue un abandon du domicile conjugal, qui constitue une faute entrant dans les prévisions légales de l'article 352 du CPF. Ainsi, le juge peut prononcer, aux torts exclusifs de la défenderesse, le divorce pour refus d'habiter avec son mari à la résidence par lui choisie avant de confier la garde des enfants à leur père¹¹⁵.

3.3.3. Excès, sévices et injures graves de l'autre rendant la vie conjugale impossible

Une étude réalisée en 2012 exemplifie les faits constituant des injures, excès ou sévices graves. Il s'agit du refus du devoir conjugal, l'excès d'appétit sexuel, la jalousie et la menace de mort¹¹⁶. Il en est de même lorsque l'un des conjoints a caché l'existence d'un enfant issu d'une relation antérieure au mariage ou le fait d'avoir caché l'existence d'une grossesse provenant d'un homme autre que le fiancé. Ces différents motifs sont invoqués aussi bien par les femmes que les hommes. Toutefois, le refus du devoir conjugal a été spécifiquement dénoncé par des hommes tandis que ce sont des femmes qui se sont plaintes de l'excès d'appétit sexuel de leur conjoint¹¹⁷.

Par exemple, le juge a prononcé le divorce pour incompatibilité d'humeur, excès et sévices graves, aux torts exclusifs de l'époux, aux motifs que, pendant quatre ans, il n'y a pas eu de relations intimes entre lui et son épouse¹¹⁸. De la même manière, le juge a rendu une décision de divorce aux torts exclusifs du mari pour excès, sévices et injures graves, du fait de l'alcoolisme invétéré du mari, rendant

¹¹⁴ Jugement n° 357/2012 du 25 Octobre 2012 du TPI de Kayes (Divorce et garde des enfants).

¹¹⁵ Jugement n° 156/2011 du 14 Avril 2011 du TPI de Kayes (Divorce - garde des enfants).

¹¹⁶ *Rapport sur la problématique du divorce*, RECOFEM, précité, p. 25 .

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Jugement n°062 du 10 Février 2011 du TPI de Kayes (Divorce – incompatibilité d'humeur– excès et sévices graves).

la vie conjugale impossible¹¹⁹.

Dans le CMT de 1962, lorsque la demande de divorce était formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, encore qu'elle soit bien établie, le juge pouvait ne pas admettre immédiatement le divorce. Dans ce cas, avant de faire droit, il autorisait la femme à quitter la compagnie de son mari¹²⁰. Ainsi, dans un arrêt avant dire droit, le juge n'a pas voulu trancher l'espèce, mais a préféré accorder un délai d'épreuve d'une année aux époux. En l'espèce, les époux se trouvent actuellement séparés de résidence¹²¹. Cette disposition n'est pas reconduite dans le CPF ce qui n'exclut pas, comme pour toutes les procédures de divorce, une tentative de conciliation¹²².

3.3.4. Manquement à un engagement substantiel

Aux termes de l'article 352 du CPF, un époux peut demander le divorce en cas de manquement de l'autre à un engagement substantiel pris en vue du mariage. Cette cause de divorce est souvent étroitement liée à d'autres causes de divorce : ainsi le juge a prononcé le divorce aux torts exclusifs du mari, pour refus de regagner le domicile conjugal avant de cesser de subvenir aux besoins de son épouse¹²³.

L'engagement substantiel pourrait s'étendre à l'impossibilité pour le conjoint de satisfaire à ses obligations conjugales. A défaut de précision sur ce point, le juge doit interpréter le texte pour retrouver la volonté réelle du législateur. Il est important de souligner que le droit coutumier considère comme manquement aux obligations conjugales, l'incapacité du mari d'accomplir l'acte sexuel. Nous avons vu plus haut que cette situation peut aussi être traitée comme une rupture de la vie conjugale.

3.3.5. Défait d'entretien et refus de subvenir aux besoins essentiels

Le défaut d'entretien et refus de subvenir aux besoins essentiels de l'épouse par son mari constitue une faute sur la base de laquelle seule l'épouse peut demander le divorce. Le CPF précise que l'entretien couvre ici la nourriture, le logement, et l'habillement en y ajoutant les soins médicaux¹²⁴.

¹¹⁹ Jugement n°208 du 7 juin 2012 du TPI de Sikasso (Divorce – excès, sévices et injures graves) : « En rendant ce jugement par défaut, le juge a fait une bonne application de la loi ; car le fait que le défendeur n'a ni pas comparu, ni conclu favorise davantage la requérante. En conséquence, le tribunal reçoit la requête de la demanderesse, la déclare bien fondée, prononce le divorce aux torts exclusifs de l'époux, confie la garde des enfants à leur mère et condamne le père au paiement d'une pension alimentaire de cinq mille francs (5 000F) CFA par mois et par enfant ».

¹²⁰ Art. 75 du CMT.

¹²¹ Arrêt n°51 du 25 Janvier 2012 de la civile chambre de la Cour d'appel de Bamako (Divorce pour excès, sévices et injures graves) : « En prenant cette mesure provisoire, le juge a fait une bonne application de la loi tout en déboutant l'appelante de sa demande comme étant mal fondée. A défaut d'éléments nouveaux et de preuves suffisantes, la cour a certainement des raisons motivant son choix d'accorder un délai d'épreuve d'une année aux époux ».

¹²² Art. 354 à 357 du CPF.

¹²³ Jugement n°210 du 26 décembre 2012 du TPI de Kati (Divorce pour manquement à un engagement substantiel).

¹²⁴ Jugement n°147 du 9 Juin 2011 du TPI de la Commune IV du District de Bamako (Divorce – garde des enfants et pension alimentaire). V aussi Jugement n°209 du 26 décembre 2012 du TPI de Kati (Divorce pour injures et défaut d'entretien) : le juge prononce le divorce aux torts exclusifs du mari au motif que les griefs d'injures et défaut d'entretien invoqués à l'encontre de l'époux sont établis et constituent une faute au sens de l'article 352 du Code des Personnes et de la Famille.

Le CPF ne mentionne plus le non-paiement de la dot à l'expiration du délai accordé dans l'acte de mariage. Issu de pratiques coutumières, le non-paiement de la dot constituait autrefois un motif, rarement invoqué, pour la femme de demander le divorce. Même si cette situation de fait a peu d'incidence sur l'ampleur du nombre des divorces, elle constitue un souci en pratique pour certaines femmes. En droit, il peut apparaître surprenant qu'alors que la dot reste prévue par le Code¹²⁵, le non-paiement des montants en cause ne peut entraîner aucune conséquence juridique.

Le fait que cette cause de divorce ne soit ouverte qu'à l'épouse apparaît comme un effet sous-jacent des dispositions de l'article 34 du CMT¹²⁶ reconduites dans l'article 316 du CPF qui dispose : « dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent code, la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme ». En outre l'article 319 dispose : « le mari est le chef de famille (...) les charges du ménage pèsent sur le mari. La femme mariée qui dispose de revenus peut contribuer aux charges du ménage ». En pratique la non-contribution de la femme aux charges du ménage n'entraîne pas le divorce car les coutumes maliennes font peser ces charges exclusivement sur le mari. Même si le Code fait peser sur la femme qui dispose des revenus de contribuer au ménage, l'homme ne l'invoque pas devant le juge lorsque celle-ci ne s'en acquitte pas.

Pour conclure sur les causes de divorce, il faut noter que dans la pratique, la plupart des divorces sont prononcés sur la base des excès, sévices et injures graves qui sont devenus un « fourre-tout » permettant à de nombreux époux de se débarrasser de leur conjointe pour des motifs divers et variés. C'est le cas, par exemple, du manquement de la femme au devoir d'obéissance vis-à-vis du mari¹²⁷ qui est interprété comme une injure grave sanctionnée par le divorce¹²⁸.

4. LES EFFETS DU DIVORCE

La décision qui prononce le divorce dissout le mariage à la date à laquelle elle prend force de chose jugée. Elle libère les époux de leurs obligations matrimoniales. Elle produit un certain nombre d'effets, esquissés ci-après, entre les époux eux-mêmes et à l'égard des enfants. Nous sommes ici dans un domaine où il y a très peu de jurisprudence.

4.1. La dissolution du lien matrimonial

Il s'agit de la disparition du lien matrimonial pour l'avenir. Certes dans le passé, il y a eu un mariage valable et l'on ne peut faire que les époux n'aient été mariés. Mais pour l'avenir, la qualité d'époux cesse en la personne de chacun des époux. Les effets de la rupture commencent à courir du jour de

¹²⁵ L'article 288, alinéa 1er du CPF dispose : « La dot est obligatoire et à un caractère symbolique ».

¹²⁶ « Le mari est le chef de famille. En conséquence, les charges du ménage pèsent à titre principal sur lui ».

¹²⁷ Art. 316 du CPF : « Dans la limite des droits et devoirs respectifs des époux consacrés par le présent Code, la femme doit obéissance à son mari, et le mari, protection à sa femme. Les époux se doivent mutuellement fidélité, protection, secours et assistance. Ils s'obligent à la communauté de vie sur la base de l'affection et du respect ».

¹²⁸ Selon Mr. COULIBALY, greffier en chef auprès de la cour d'appel de Kayes, propos recueillies au mois de septembre 2013.

la décision judiciaire, du moins en ce qui concerne les effets sur la personne des époux, la faculté de se remarier. Il faut noter que la femme divorcée ne peut contracter un nouveau mariage avant un délai de trois mois à compter du divorce¹²⁹. Le délai de viduité a pour but d'éviter les conflits de paternité légitime concernant les enfants conçus pendant la période au cours de laquelle les époux étaient en instance de divorce. Le délai de trois mois correspond au délai qui doit être respecté dans la religion musulmane.¹³⁰

4.2. Les effets patrimoniaux

Les régimes matrimoniaux, la dissolution de la communauté, la liquidation des biens communs ou le partage des patrimoines des époux sont réglés par le Livre III du CPF. A l'exception du divorce par consentement mutuel dont les effets se règlent par une convention entre les époux, homologuée par le juge¹³¹, les effets patrimoniaux de tous les divorces judiciaires doivent être ordonnés par le juge qui prononce le divorce et ce, quel que soit le régime matrimonial adopté par les époux¹³².

4.3. Les effets du divorce à l'égard des enfants

Les enfants issus du mariage ne doivent pas avoir à souffrir du divorce de leurs parents. A cet effet, les enfants issus du lien dissous conservent tous les droits et privilèges qu'ils tiennent des lois ou des conventions matrimoniales de leurs parents¹³³. Les enfants seront confiés à l'époux qui a gagné le procès, c'est-à-dire celui au profit duquel le divorce est prononcé. Ceci exclut en principe celui aux torts duquel le divorce est prononcé, à moins que le tribunal n'ordonne, pour le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, que tous ou certains d'entre eux soient confiés aux soins, soit de l'autre époux soit d'une tierce personne. En la matière la décision du juge sera déterminée en fonction des renseignements recueillis ou à la demande de la famille ou du ministère public¹³⁴.

Dans certain cas, les femmes, faute de revenu, refusent de demander la garde des enfants¹³⁵. Cependant, les deux époux conservent le droit de surveillance, d'entretien et d'éducation des enfants quelle que soit la personne à laquelle ils seront confiés. Sauf circonstances exceptionnelles, un droit de visite est octroyé au parent qui n'a pas la garde.

¹²⁹ Art. 366 du CPF.

¹³⁰ Ce système est différent du droit civil français qui prévoyait un délai de viduité de 300 jours (couvrant une période de gestation de 9 mois) et qui a été aboli en 2004, de nouveaux moyens permettant de déterminer la paternité d'un enfant.

¹³¹ Art. 341 à 343 du CPF.

¹³² Pourvoi n°255 et 263 des 16 et 19 juin 2006, Arrêt n°166 du 6 août 2007, Section Judiciaire - 1ere Chambre Civile de la Cour Suprême (Divorce - dommages intérêts - discordance entre motifs et dispositif du jugement - liquidation et partage des intérêts matrimoniaux). Au sens des articles 47 et 48 du CMT, à la dissolution du mariage chaque époux qui apporte la preuve qu'un bien lui appartient sera autorisé à le reprendre, toutefois la preuve qu'un bien appartient à un époux sera administrée par acte authentique lorsqu'il s'agit d'un immeuble, la preuve de la propriété d'un bien meuble se fera par tout moyen ; lorsque la propriété d'un bien n'a pu être établie, ce bien sera partagé à égalité entre les époux.

¹³³ Art. 364 du CPF.

¹³⁴ Art. 369 du CPF.

¹³⁵ Ce fut le cas de l'une des personnes interviewées, Madame Assitan BALLO, qui à la suite de son divorce, est retournée vivre dans sa famille maternelle, sans ses enfants, mais reçoit de temps en temps la visite de ses enfants.

4.4. La pension alimentaire

Selon la jurisprudence recueillie, l'époux contre lequel le divorce a été prononcé devra payer à l'autre une pension alimentaire au cas où celui-ci se trouverait dans le besoin par le fait du divorce¹³⁶. Même dans le cas d'un divorce aux torts partagés des époux, le juge en confiant la garde des enfants mineurs à leur mère peut condamner le mari au paiement d'une pension alimentaire¹³⁷.

Néanmoins, l'article 368 du CPF n'envisage plus que le cas de « l'épouse placée dans le besoin du fait du divorce prononcé aux torts du mari ». Celle-ci a droit à une pension alimentaire, sans préjudice des dommages-intérêts qu'elle pourrait aussi demander. La pension ne peut excéder le quart du montant des revenus du mari ; cette fraction est réduite dans le cas de mariages polygames.¹³⁸ La pension est versée pour un délai maximal de cinq ans, mais peut cesser d'être due plus tôt en cas de remariage de la femme, par exemple.

En cas de divorce, la pension alimentaire n'est souvent pas accordée et même si elle l'est, le montant est insignifiant, du fait de l'absence de revenu du mari, ou n'est pas versé. Dans de nombreuses situations concrètes, la femme qui ne travaille pas dépend totalement de son époux. Pourtant, nos entretiens ont révélé que certaines femmes ne réclament pas la pension qui leur est due, par ignorance ou même par simple pudeur. Cette absence de revenu à la suite du divorce place les femmes dans une situation précaire, en termes de logement par exemple. Même pour les femmes qui ont un revenu suffisant, les considérations sociales font qu'elles retournent souvent vivre dans leur famille pour échapper aux critiques, préjugés et difficultés d'une vie seule.

Enfin, il faut noter que selon la Cour Suprême, une demande de dommages-intérêts peut être faite tant sur la base de l'article 84 du CMT afin de réparer le préjudice matériel ou moral causé par la dissolution du mariage que sur la base de l'article 125 de la loi fixant le régime général des obligations (équivalent de l'article 1382 du Code civil) pour réparer tout dommage causé à autrui par sa faute, même d'imprudence, de maladresse ou de négligence¹³⁹.

¹³⁶ Arrêt n°160 du 7 mars 2012 de la Chambre civile de la Cour d'appel de Bamako (Divorce – garde des enfants et pension alimentaire).

¹³⁷ Jugement n°27 du 27 janvier 2011 du TPI de Sikasso (Divorce – garde des enfants et pension alimentaire) : « le tribunal a reçu les parties dans leur demande, confié la garde des enfants mineurs à leur mère dans l'intérêt de ceux-ci, condamné l'époux au paiement d'une pension alimentaire qui est fixée à 10 000F CFA par mois et par enfant et mis les frais à la charge des parties ».

¹³⁸ 1/8 pour 2 épouses; 1/12 pour trois épouses et 1/15 pour quatre épouse (art. 368).

¹³⁹ Pourvoi N°255 et 263 des 16 et 19 juin 2006, Arrêt N°166 du 06 août 2007, Section Judiciaire - 1ere Chambre Civile de la Cour Suprême. Ainsi, selon la Cour, en déboutant la femme de sa demande de dommages intérêts malgré les motifs pour lesquels le divorce a été prononcé aux torts exclusifs du mari, la Cour d'Appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 463 du Code de procédure civile, commerciale et sociale en raison de la discordance entre les motifs et le dispositif.

CONCLUSION

Les développements précédents ont permis d'examiner l'œuvre du législateur et du juge malien en matière du droit de la famille en général et du divorce en particulier. En 2011, le législateur a corrigé certaines discriminations qui subsistaient entre les époux dans le divorce. Il a aussi ouvert la voie du divorce non-contentieux. Ainsi le respect des choix individuels, le respect des droits humains et leur corollaire, l'égalité ou la non-discrimination ont été le slogan du nouveau Code des personnes et de la famille. Cependant, bien que le droit malien ait évolué, il n'en demeure pas moins des entraves à l'effectivité de l'équité entre les époux dans le divorce. Ce déséquilibre entre l'homme et la femme s'explique par la survivance très persistante d'us et coutumes qui font toujours loi dans certaines régions du pays. Cette coexistence entre la loi et les coutumes illustre le pluralisme juridique qui existe dans la société malienne et continue à poser de nombreux défis en matière de droits des femmes. En outre, un certain nombre des difficultés évoquées dans les développements précédents tiennent aussi aux difficultés économiques et sociales auxquelles le Mali se trouve confronté, qu'il s'agisse de la situation de précarité des femmes dans certains milieux ou des problèmes de fond et de ressources du système judiciaire malien pris dans son ensemble. Il apparaît donc que de nombreux efforts restent encore à fournir pour affiner le cadre législatif de la famille, encadrer les coutumes d'une manière qui respecte à la fois les aspirations locales et les droits de tous les maliens, tout en apportant un soutien pratique accru aux juridictions, aux institutions publiques, aux services sociaux, aux institutions traditionnelles et religieuses ainsi qu'à la société civile.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Voir aussi, *infra*, conclusions et propositions.

PARTIE 2 : LE NIGER

Cette partie est une version réduite et rédigée de l'étude sur le divorce au Niger produite par Monsieur Boukar YOURA, conseiller en droits humains à l'Institut Danois des droits de l'homme, avec Monsieur Mazou Moussa ABDOULAYE, juriste et Monsieur Ibrahim Halilou GUINSAOU, juriste de cabinet, sous la supervision du Docteur Boubacar HASSANE, enseignant chercheur à la Faculté des sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni de Niamey¹⁴¹.

Le mariage est sans doute un des phénomènes sociaux les plus marquants des sociétés humaines : tant les manières de le célébrer que les règles de sa dissolution varient d'un pays, d'une culture, d'un milieu à un autre. En ce qui concerne la dissolution du mariage au Niger, il existe non seulement une pluralité de règles qui s'y appliquent, mais aussi une multitude de formes de divorce et d'intervenants. Ceci n'est pas sans poser des problèmes de conciliation des normes applicables. Ainsi, relève-t-on au Niger quatre types de divorce : le divorce civil judiciaire, le divorce coutumier judiciaire, le divorce coutumier informel et la répudiation. Pour ce qui est du divorce civil judiciaire, il n'y a pas de difficultés particulières à appliquer les dispositions du Code civil. En revanche, lorsqu'il s'agit d'appliquer une coutume, des difficultés de conciliation ou de hiérarchisation se posent. Ainsi, sur le plan juridique, une lecture combinée des articles 171 de la Constitution du 25 novembre 2010¹⁴² et de l'article 63 de la loi 2004-50¹⁴³ permet de déterminer la place de la coutume dans la hiérarchie des normes juridiques : elle doit être conforme non seulement aux lois qui intéressent l'ordre public et la liberté des personnes, mais également aux traités ou accords régulièrement ratifiés, ainsi qu'à la constitution.

Dans la réalité quotidienne, les citoyens nigériens connaissent les coutumes en ce sens qu'elles leur sont endogènes et donc acceptées naturellement. Par contre, pour ce qui est des normes textuelles, qu'elles soient légales, internationales ou constitutionnelles, elles peuvent être perçues comme des normes « d'ailleurs », ésotériques, qui n'ont pas vocation à être invoquées devant le juge, ce qui les rend d'autant plus difficilement applicables. Ce qui est vrai pour les citoyens ordinaires l'est aussi, dans une certaine mesure, pour les magistrats responsables de l'application de la loi entendue au sens large. En effet, la connaissance par tous les juges des instruments internationaux relatifs aux droits humains n'est pas certaine, et même pour ceux qui connaîtraient ces instruments, leur application n'est pas chose aisée. En appliquant une coutume, le juge se trouve dans une situation confortable parce que les populations y adhèrent. Issus du même corps social, le juge est souvent aussi attaché

¹⁴¹ Voir YOURA, Boukar et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Niger*. Faculté de sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

¹⁴² « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Il faut préciser que le principe de réciprocité est inopérant en matière de droits humains.

¹⁴³ « Sous réserve du respect des conventions internationales régulièrement ratifiées, des dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public ou la liberté des personnes, les juridictions appliquent la coutume des parties : dans les affaires concernant [...] le divorce [...] ».

aux coutumes que les citoyens ordinaires. Certains auteurs sont d'ailleurs allés jusqu'à dire que ce sont les magistrats nigériens qui ont islamisé la jurisprudence en matière de statut personnel¹⁴⁴. Le cas de la répudiation est particulièrement illustratif de la situation juridique et pratique du divorce au Niger. La répudiation est une pratique coutumière en contradiction avec la Constitution et les instruments juridiques internationaux relatifs aux droits humains. Elle est pourtant, nous le verrons, la norme en matière de divorce et, de manière pragmatique, le législateur nigérien a tenu à en encadrer les effets.

De façon générale, il y a une réticence des pouvoirs publics qui, même s'ils sont conscients de leurs obligations nationales et internationales relativement aux droits humains, sont frileux par rapport à leur mise en œuvre effective comme nous l'avons vu concernant les réserves faites à la CEDEF par le gouvernement nigérien ou le refus de ratifier le Protocole à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples relatif aux droits de la femme en Afrique (Protocole de Maputo). De façon récurrente, toutes les tentatives visant à améliorer la situation de la femme dans le cadre du mariage ont jusqu'ici échoué au Niger ; il en est ainsi des différentes tentatives de faire adopter un Code de la famille¹⁴⁵. Dans le même sens, certaines recommandations faites au Niger, lors de son passage à l'Examen Périodique Universel (EPU) devant le Conseil des droits de l'Homme, ont trait à cette difficile intégration des droits de la femme dans l'ordonnement juridique du Niger¹⁴⁶.

C'est en tenant compte de ce contexte social et politique très complexe qu'une équipe de chercheurs nigériens s'est penchée sur la problématique du divorce et des droits humains au Niger. Les questions posées gravitent autour de deux axes : d'une part, une analyse à visée topographique des formes de divorce existant au Niger, des acteurs intervenants, des causes et effets du divorce ainsi qu'une identification du droit qui leur est applicable dans un contexte de pluralité de sources juridiques en matière de statut personnel. D'autre part, une analyse exploratoire des droits humains risquant d'être compromis dans une situation de divorce, ainsi que des défis qui se posent aux femmes en matière de divorce.

Pour ce faire, le groupe de recherche a adopté la méthodologie suivante : procéder, d'une part, à une analyse documentaire et, d'autre part, mener des enquêtes de terrain par entretiens et administration de questionnaires. L'analyse documentaire a concerné les textes nationaux et internationaux relatifs aux droits humains qui lient le Niger ; des décisions de justice des juridictions de la ville de Niamey et de celles de la région de Tahoua ont aussi été analysées. Des statistiques sur le divorce ont également été recueillies dans ces deux localités. Les résultats auxquels nous avons abouti sont ainsi présentés en quatre grandes parties : une typologie des divorces (1), l'accès au divorce (2), les causes de divorce (3) et les effets du divorce (4).

¹⁴⁴ Voir Actes du Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? » tenu à Niamey, du 21 au 23 novembre 2005.

¹⁴⁵ Voir Actes du Colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », précité. Voir aussi l'échec du gouvernement nigérien à faire adopter un projet de loi visant à protéger les jeunes filles scolarisées.

¹⁴⁶ Il s'agit notamment des recommandations n° 76-12, 76-13 et 76-25. Tous les documents relatifs à l'EPU sont accessibles sur le site du Haut-Commissariat aux droits de l'homme :

www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/NESession10.aspx.

1. LES DIFFÉRENTS TYPES DE DIVORCE

Au Niger, le divorce, entendu comme la dissolution d'un mariage valablement formé, revêt plusieurs formes. Contrairement à d'autres pays, il n'y est pas prononcé exclusivement devant le juge. Bien d'autres institutions habilitées ou non par la loi interviennent en cette matière. Ainsi, distingue-t-on quatre types de divorce.

1.1. Le divorce civil judiciaire

Il s'agit d'une dissolution de mariage qui résulte de l'application des dispositions du Code civil (articles 229 à 305) et qui a lieu devant le Tribunal de Grande Instance. Il convient de préciser que c'est le Code civil français de 1804 qui a été transposé au Niger avec quelques modifications mineures ; de fait, les citoyens nigériens ne s'y réfèrent pratiquement pas en ce qui concerne le mariage et le divorce. Seules quelques rares personnes qui se sont mariées sous le régime de ce code peuvent se le voir appliquer en cas de divorce. Ainsi, les décisions de divorce selon les dispositions de ce code sont assez rares¹⁴⁷ et c'est l'application des coutumes qui demeure quasiment la règle¹⁴⁸.

1.2. Le divorce coutumier judiciaire

C'est un divorce prononcé par le juge en application de la coutume des parties (si les deux époux sont régis par la même coutume), de la femme (si les deux époux nigériens sont de coutumes différentes) ou la coutume de l'époux nigérien (si la femme est étrangère)¹⁴⁹.

1.2.1. La coutume

Au Niger, la coutume fait partie intégrante de l'ordonnement juridique. Son application est seulement conditionnée par sa conformité aux traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés, aux lois et règles intéressant l'ordre public et la liberté des personnes¹⁵⁰.

En matière coutumière, ce sont les juridictions de proximité qui sont compétentes (tribunaux coutumiers, justices de paix, tribunaux d'instance ou justice de commune)¹⁵¹. L'appel d'un jugement coutumier de divorce se fait devant le Tribunal de Grande Instance plutôt que devant une cour d'appel. En matière de divorce coutumier, les juridictions ont l'obligation de s'adjoindre des assesseurs coutumiers, censés connaître la coutume des parties, du jugement de première instance jusqu'en

¹⁴⁷ Mais il en existe quand même. Voir arrêt n° 216 du 7 juillet 2008 de la chambre civile de la cour d'appel de Niamey.

¹⁴⁸ Voir jugement coutumier n° 08/12 du 24 février 2012 du Tribunal de Grande Instance hors classe de Niamey qui a annulé, en appel, un jugement coutumier du juge de la commune III de Niamey dans lequel celui-ci a appliqué une coutume alors même que les parties n'étaient pas régies par celle-ci.

¹⁴⁹ Art. 66 de la loi 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en République du Niger.

¹⁵⁰ Art. 63 de la loi 2004-50 précitée.

¹⁵¹ Notons qu'en matière de divorce suivant les dispositions du Code civil, ce sont les tribunaux de première instance, les tribunaux régionaux ou les tribunaux de grande instance qui sont compétents (les appellations ont varié suivant les différentes organisations judiciaires qu'a connues le pays).

cassation¹⁵². Bien que ces assesseurs n'ont qu'une voix consultative, leur absence ou même le défaut de mention de leur identité dans la décision peut entraîner son annulation¹⁵³.

Le contenu des coutumes ainsi que leur connaissance sont sujets à caution. L'analyse des décisions judiciaires révèle qu'il n'y a véritablement pas de spécificités coutumières sur le divorce et que les mêmes assesseurs coutumiers seraient, à la limite, compétents pour se prononcer sur n'importe quel divorce coutumier. On peut en déduire que, ou bien la désignation des assesseurs ne s'effectue pas suivant la connaissance des coutumes mais plutôt sur celle de l'islam, ou bien les coutumes ont le même contenu sur les questions de divorce et ce contenu serait d'un fondement islamique. En effet, l'analyse de ces décisions amène à considérer qu'elles ont toutes été influencées par l'islam au point de ne pas remarquer des différences fondamentales dans leur application aux différents aspects de la rupture des liens conjugaux. Qu'on mette telle coutume sans l'épithète « islamisée », ou qu'on l'accompagne de celle-ci, l'influence de l'islam est toujours présente. Il n'est pas impossible de trouver une décision, en première instance, il est vrai, dans laquelle, il est tout simplement indiqué « coutume islamique » ou « coutume musulmane »¹⁵⁴. Dans les deux régions du pays où la collecte des décisions a été menée, on a relevé un éventail de coutumes, mais qui se recoupent toutes dans leur contenu par rapport au divorce. Il s'agit des coutumes suivantes : coutume adarawa ou coutume baadaré¹⁵⁵, coutume bouzou islamisée¹⁵⁶, coutume béri-béri musulmane¹⁵⁷, coutume djerma¹⁵⁸ ; coutume djerma islamisée ou musulmane¹⁵⁹ ; coutume haoussa¹⁶⁰ ; coutume haoussa islamisée ou musulmane¹⁶¹ ; cou-

¹⁵² Voir loi n°63-18 du 22 février 1963 (toujours en vigueur) en ses articles 36 (§2) et 38 ; loi 2004-50 du 22 juillet 2004 en ses articles 5, 43 et 84 ; le décret n° 62-221/MJ du 25 août 1962 portant application des articles 5 alinéa 3, 36 et 51 de la loi n° 62-11 du 16 mars 1962 ; Loi n° 90-10 du 13 juin 1990 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la Cour suprême.

¹⁵³ Dispositions de la loi n° 63-18 du 22 février 1963 fixant les règles de procédure à suivre devant les justices de paix (cette loi est encore appliquée). Voir aussi arrêt de la chambre judiciaire de la Cour suprême n° 93-24/C du 24 juin 1993 : « Attendu qu'à l'examen de la décision attaquée, la cour relève que le tribunal de Dosso, bien que siégeant en matière coutumière, ne s'est pas adjoint des assesseurs ; que dans ces conditions le tribunal n'était pas légalement formé ; que de ce fait la décision attaquée encourt cassation pour violation de l'article 5, alinéa 4, de la loi 62-11 du 16 mars 1962 ». Il est aussi indiqué dans le même arrêt que : « Sur le deuxième moyen soulevé d'office : violation des articles 36, alinéa 2, 37 et 38 de la loi 63-18 du 22 février 1963, en ce [que] la décision attaquée n'indique ni les noms des assesseurs, ni la coutume des parties et surtout qu'elle ne précise pas l'énoncé complet de la coutume appliquée ».

¹⁵⁴ Voir jugement coutumier n° 006 du 12 avril 1990 de la justice de paix de Tchintabaraden.

¹⁵⁵ Jugement n° 36 du 2 décembre 2005, jugement n° 007 du 20 octobre 2011 du Tribunal d'instance de Keita et jugement n° 002 du 5 mai 2011 du Tribunal d'instance de Keita.

¹⁵⁶ Jugement du 27 avril 2004 du Tribunal régional de Tahoua.

¹⁵⁷ Jugement coutumier n° 20 du 30 avril 2012 de la justice Niamey commune II.

¹⁵⁸ Jugement coutumier n° 260 du 13 novembre 2011 du 13 décembre 2011 de la justice Niamey commune III ; jugement coutumier n° 15 du 14 septembre 2010 de la justice Niamey commune I ; jugement coutumier n° 6/11 du 18 février 2011 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁵⁹ Jugement coutumier n° 82 du 5 juin 2012 de la justice Niamey commune III ; jugement n° 44 du 3 avril 2012 de la justice Niamey commune III ; jugement coutumier n°26/2010 du 15 février 2010 du tribunal d'instance de Madaoua ; jugement coutumier n° 26 du 25 mai 2012 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n° 17 du 15 juin 2007 du TGI hors classe de Niamey .

¹⁶⁰ Jugement coutumier n° 05 du 21 décembre 1998 de la justice de paix de Tchintabaraden (coutume haoussa des parties et application de la coutume musulmane en l'espèce) ; jugement coutumier n° 029 du 4 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n° 30 du 11 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey.

tume islamique¹⁶² ; coutume peulh¹⁶³ ou coutume peulh islamisée ou musulmane¹⁶⁴ ; coutume sonrai¹⁶⁵ ou coutume sonrai islamisée ou musulmane¹⁶⁶ ; coutume touarègue ou targuie¹⁶⁷, coutume touarègue islamisée ou musulmane¹⁶⁸. Ainsi, existe-t-il autant de coutumes que de groupes ethnolinguistiques, autant dire une multiplicité de mélanges de règles islamiques et de pratiques ancestrales ou contemporaines propres aux différents groupes. Dans un arrêt, la Cour suprême semble néanmoins ne pas admettre une coutume qui ne soit rattachable à aucun groupe ethno-linguistique¹⁶⁹. Dans d'autres décisions de justice, la règle coutumière est citée entre des guillemets alors même qu'il n'existe pas de support textuel des différentes coutumes dont il est fait application, sauf pour la « coutume islamique » ou « coutume musulmane »¹⁷⁰.

Le défaut de l'énoncé complet de la coutume appliquée et, *a fortiori*, l'absence totale de la mention de la coutume appliquée, entraîne l'annulation du jugement en appel ou en cassation. Ceci est un moyen pouvant être soulevé d'office par le juge à défaut de diligence des parties¹⁷¹. Par ailleurs, si les pratiques islamiques du divorce semblent être le fond commun des différentes coutumes, pour autant, le souci de respecter les spécificités ethnolinguistiques en matière de divorce n'est pas négligeable. En effet, l'application d'une coutume à la place d'une autre n'est pas tolérée par les juridictions supérieures et peut entraîner l'infirmité d'un jugement pour ce motif¹⁷². Enfin, ces coutumes sont évolutives, mais

¹⁶¹ Jugement coutumier n° 17 février 2012 de la justice Niamey commune III ; jugement coutumier n°48/2010 du 8 mars 2010 du tribunal d'instance de Madaoua ; jugement coutumier n° 18/11 du 8 juillet 2011 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶² Jugement coutumier n°006 du 12 avril 1990 de la justice de paix de Tchintabaraden. Il faut observer que ce jugement aurait pu faire l'objet d'annulation en appel si l'une des parties était opposée à l'application de cette coutume islamique. C'est ce qui ressort dans le jugement coutumier n° 011 du 16/06/2006 du TGI hors classe de Niamey relativement à un divorce dans lequel l'une des parties s'est réclamée d'être de coutume chrétienne. En l'espèce, le juge a affirmé qu'« il n'y a pas de coutume chrétienne mais seulement la religion chrétienne ».

¹⁶³ Jugement coutumier n° 12/2011 de la justice Niamey commune V ; jugement coutumier n° 28 du 26 septembre 2008 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n° 02 du 2 février 2007 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶⁴ Jugement coutumier n° 18 du 24 juin 2002 du tribunal d'instance de Tchintabaraden ; jugement coutumier n°46/2011 du 22 décembre 2011 de la justice Niamey commune 5 ; jugement coutumier n°14/2010 du tribunal d'instance de Madaoua.

¹⁶⁵ Il est dit parfois coutume djerma-sonraï, voir jugement coutumier n° 10 du 11 avril 2008.

¹⁶⁶ Jugement coutumier n° 006 du 14 mars 2008 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶⁷ Jugement coutumier n°006 du 20 février 2009 du TGI hors classe de Niamey.

¹⁶⁸ Jugement coutumier n°265 du 20 décembre 2011 de la justice Niamey commune III ; jugement n°11 du 24 octobre 2005 du tribunal d'instance de Tchintabaraden ; jugement coutumier n°8 du 18 mars 2002 du tribunal d'instance de Tchintabaraden.

¹⁶⁹ Arrêt n°06-127 du 27 avril 2006 de la chambre judiciaire de la Cour suprême : « Mais attendu qu'en droit, comme l'a souligné le juge d'appel, que la coutume "gaoboro islamisée" n'existe pas, "Gaoboro" signifiant "gens de Gao" ; que ces "gens de Gao" peuvent être touareg, comme ils peuvent être sonrai ; que sur ce point, en annulant la décision qui lui est déferée, le juge d'appel a fait une saine application de la loi ».

¹⁷⁰ Notons que même dans ce cas, il n'est fait référence à aucun verset coranique, ni à aucun écrit islamique.

¹⁷¹ Voir arrêt n°94-12/C du 14 avril 1994 de la chambre judiciaire de la Cour suprême ; arrêt n°06-127 du 27 avril 2006 de la chambre judiciaire de la cour suprême ; jugement coutumier n°41 du 2 décembre 2011 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n°26 du 25 mai 2012 du TGI hors classe de Niamey. Dans les 2 arrêts, il a été relevé, d'office par les juges, la violation de l'article 38 de la loi n°63-18 du 22 juillet 1963 fixant les règles de procédure à suivre devant les justices de paix statuant en matière civile et coutumière.

¹⁷² Par exemple, dans le jugement coutumier n°17 du TGI hors classe de Niamey en date du 5 juin 2009, on peut lire : « Attendu que toutes les parties ont soutenu qu'elles sont de coutume Sonrai ; Qu'aux termes de l'article 63 al.2 de la loi n°2004-50 [...], les juridictions appliquent la coutume des parties ; Attendu qu'en l'espèce le premier juge dans sa décision a retenu effectivement la coutume Touareg comme coutume des parties ; par conséquent, il échet de dire que le premier juge a fait une mauvaise application de la coutume des parties. ». Plus loin, dans le dispositif de la décision, on peut lire : « Au fond, infirme particulièrement le jugement attaqué dont ses dispositions relatives au préliminaire de conciliation et au non-respect de la coutume des parties ; ».

leur applicabilité devant les juridictions n'est permise qu'en conformité avec l'ordre public en vigueur, les conventions internationales régulièrement ratifiées et en tenant compte du caractère fondamentalement évolutif de toute norme coutumière et de l'évolution générale du pays.¹⁷³

En ce qui concerne les compétences des assesseurs coutumiers qui sont censés être les dépositaires des coutumes qui éclairent les juges, il n'est exigé aucune qualification en matière islamique, bien que la réalité laisse supposer que cela soit nécessaire, compte tenu de l'influence islamique ci-dessus évoquée. Ainsi, les textes applicables ne sont pas précis en ce qui concerne les compétences qu'il faut avoir pour être désigné assesseur coutumier¹⁷⁴, sauf en ce qui concerne la chambre judiciaire de la cour suprême statuant en matière coutumière qui « est tenue de s'adjoindre deux assesseurs parlant français qui seront soit de la coutume des parties, soit notoirement reconnus pour leur compétence en ces matières »¹⁷⁵. De fait, le constat qu'on peut faire, à la suite de l'analyse des décisions recueillies dans ces deux régions, est que, pour être assesseur coutumier, il est nécessaire d'avoir des solides connaissances des pratiques islamiques en plus de son appartenance à un groupe ethnolinguistique ou de connaissances notoires des pratiques de ce groupe en matière de divorce. Il reste néanmoins à se poser la question de savoir si, avec la rémunération modique voire dérisoire¹⁷⁶ des assesseurs prévue par le décret ci-dessus évoqué, les juridictions sont dans la possibilité de s'adjoindre des assesseurs ayant réellement ces compétences.

1.2.2. La procédure du divorce judiciaire coutumier

La procédure du divorce judiciaire coutumier commence par une phase préliminaire de conciliation obligatoire devant le juge de proximité compétent en première instance¹⁷⁷. Le juge est tenu de tenter de dissuader les parties qui se présentent à lui pour un divorce. Le non-respect de cette étape peut entraîner l'annulation du jugement rendu par le juge sauf dans les cas d'extrême urgence¹⁷⁸. Si la tentative échoue, la juridiction saisie dresse un procès-verbal de non-conciliation et statue en chambre de conseil.

La présence des assesseurs de la coutume des parties est obligatoire, comme il a été dit plus haut, surtout celle de l'assesseur de la coutume de la femme. En effet, c'est la coutume de la femme qui est appliquée tant qu'elle est nigérienne et que cette coutume n'est pas en contradiction avec les conventions internationales

¹⁷³ Voir ces conditions rappelées par la chambre judiciaire de la Cour suprême (Arrêt Cour d'Etat n°83-2/C du 20 janvier 1983) et stipulées dans la loi 2004-50 (conformité aux conventions internationales régulièrement ratifiées).

¹⁷⁴ Décret n°62-221/MJ du 25 août 1962 portant application des articles 5 alinéa 3, 36 et 51 de la loi n°62-11 du 16 mars 1962 déterminant l'organisation judiciaire dans la République du Niger. L'article 1^{er} de ce décret dispose que : « Les assesseurs de statut de droit local que les juges de paix, les juges des tribunaux de première instance, les tribunaux de première instance et les sections des tribunaux sont tenus de s'adjoindre, lorsqu'ils statuent en matière coutumière, seront choisis sur une liste dressée en début de chaque année judiciaire, par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, sur proposition du ministre de l'intérieur.

¹⁷⁵ La loi n°90-10 du 13 juin 1990 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la cour suprême. Disposition reconduite dans la loi n°2000-10 du 14 août 2000 déterminant la composition, les attributions et le fonctionnement de la cour suprême en son article 31.

¹⁷⁶ 500 FCFA par vacation dans une juridiction de première instance, 1000 FCFA par vacation dans une juridiction d'appel suivant l'article 5 de ce décret du 25 août 1962.

¹⁷⁷ Disposition de la loi de 1963 sur les règles de procédure à suivre devant les justices de paix toujours en vigueur.

¹⁷⁸ Arrêt n°96-33/C du 6 juin 1996 de la chambre judiciaire de la cour suprême ; voir aussi jugement coutumier n°17 du 5 juin 2009 du TGI hors classe de Niamey.

régulièrement ratifiées par le Niger, les dispositions législatives ou des règles fondamentales concernant l'ordre public et la liberté des personnes et que la femme n'y a pas renoncé¹⁷⁹. Les assesseurs n'ayant qu'une voix consultative, c'est au juge qu'il appartient de prendre la décision après avoir entendu les parties.

Les parties sont présentes avec ou sans l'assistance d'un avocat. Ainsi, sur 36 jugements en appel recueillis au TGI hors classe de Niamey, 21 jugements se sont passés sans que les parties ne soient assistées de leur avocat ; 13 se sont déroulés avec l'assistance d'un avocat pour chacune des parties ; deux jugements se sont passés avec l'assistance d'un avocat pour la femme et deux jugements se sont passés avec l'assistance d'un avocat pour l'époux. En revanche, aucun des jugements recueillis dans les tribunaux de première instance n'indique la présence d'un avocat¹⁸⁰.

L'acte d'appel se fait au greffe de la juridiction qui a rendu le jugement, dans les deux mois à partir de la date de la décision. Pour le pourvoi en cassation, le délai est d'un mois à partir de la date du jugement en appel¹⁸¹.

1.3. Le divorce coutumier informel

Le chercheur Boubacar HASSANE a identifié qu'au Niger des autorités interviennent, de manière informelle et en l'absence de toute habilitation légale, en matière de dissolution du mariage : les chefs coutumiers et les autorités religieuses¹⁸². Si les chefs traditionnels ont une compétence de conciliation¹⁸³, cela n'est pas le cas pour les autorités religieuses auxquelles il n'est reconnu aucun pouvoir pour traiter des questions de divorce. De surcroît, ces autorités religieuses délivrent des actes de divorce qui ressemblent fort bien à des décisions juridictionnelles¹⁸⁴.

Des recherches menées au siège de l'Association Islamique du Niger (AIN) à Niamey montrent que cette association prononce tous les ans plusieurs centaines de divorces (constats de répudiation ou décisions de divorce)¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Art. 63 et 66 de la loi 2004-50.

¹⁸⁰ Six jugements recueillis à la Justice Niamey commune II ; sept jugements à la Justice Niamey commune V ; 24 jugements TI de Tchintabaraden.

Le pourvoi en cassation se fait par déclaration au greffe de la juridiction d'appel. Un nombre important d'arrêts de la Cour suprême indique que les parties n'ont pas produit de mémoire et se sont contentées de faire la formalité du pourvoi. Dans ce cas, « [...]le requérant qui ne produit pas de mémoire pouvant contenir les moyens de droit à l'appui de sa déclaration de pourvoi, ne permet pas à la cour d'exercer son contrôle conformément à la loi ». Cependant, le pourvoi reste toujours utile car la Cour suprême peut, même à défaut de mémoires des parties, soulever d'office des moyens de cassation. Voir arrêt n°07-068 du 22 mars 2007 de la chambre judiciaire de la Cour suprême.

¹⁸¹ HASSANE B., « Prolégomènes à une éventuelle réforme du droit du divorce au Niger » in Stéphanie LAGOUTTE et Nina SVANEBERG (dir.), *Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines*, Karthala, 2011, p. 140.

¹⁸² Art. 15 al. 1^{er} de l'Ordonnance n°93-028 du 30 mars 1993 portant statut de la chefferie traditionnelle telle que modifiée par la loi n° 2008-22 du 23 juin 2008 : « Le chef traditionnel dispose du pouvoir de conciliation des parties en matière coutumière, civile et commerciale. »

¹⁸³ Voir annexes 3 et 4 de la version longue de l'étude sur le divorce au Niger (YOURA, Boukar et al., 2014 précitée).

¹⁸⁴ 640 divorces en 2000, 1008 en 2005, 287 en 2011. Voir le tableau statistique dans la version longue de l'étude sur le divorce au Niger (YOURA, Boukar et al., 2014 précité). Voir aussi : La répudiation, une autre forme de violation des droits des femmes, *Aïcha*, n° 17, Mars-Avril 2010, p. 10.

¹⁸⁵ HASSANE B., précité, p. 128.

1.4. La répudiation

« La répudiation est une forme de dissolution unilatérale du mariage par le mari, qui en a le pouvoir exclusif et discrétionnaire¹⁸⁶ ». Telle que définie, la répudiation peut faire l'objet de constat par l'autorité judiciaire, de façon légale¹⁸⁷, ou par l'autorité coutumière ou religieuse, de façon informelle. De par l'ampleur de ce type de dissolution du lien matrimonial, l'on pourrait dire qu'elle est la forme de divorce la plus usitée au Niger étant donné que les cas constatés judiciairement dépassent largement les divorces coutumiers judiciaires prononcés, sans même prendre en considération les cas n'ayant pas fait l'objet de constat que l'on imagine encore plus nombreux¹⁸⁸.

L'islam ne recommande pas le divorce et ne peut être, *a fortiori*, un facteur explicatif du taux élevé de répudiations au Niger. Bien au contraire, le divorce, de manière générale, est « La chose autorisée par Allah et la plus détestée de lui¹⁸⁹. » Ainsi la pratique de la répudiation semble principalement subsister parce que les hommes n'ont pas éprouvé la nécessité de l'éradiquer. Les gouvernements ont peur d'initier des réformes allant dans le sens d'améliorer la condition de la femme dans les relations matrimoniales parce qu'ils craignent que lesdites réformes ne soient pas approuvées par la majorité au parlement où les femmes sont sous-représentées ; ces gouvernements redoutent aussi que l'électorat masculin ne se retourne contre eux lors d'échéances électorales futures.

Après l'échec de plusieurs tentatives en vue d'amener à l'adoption d'un code de la famille au Niger, il n'y a actuellement aucun texte légal qui régit spécialement la répudiation. Bien qu'elle soit considérée comme une prérogative du mari de rompre unilatéralement les liens du mariage et qu'elle ait lieu, en principe, en dehors du cadre judiciaire, les juges nigériens y interviennent de plus en plus. En effet, ils sont amenés à la constater par l'établissement d'une preuve écrite à la demande de l'ex-époux. Si le juge ne se prononce pas sur l'opportunité ou le bien-fondé de la décision du mari de mettre un terme au mariage, il peut, en revanche à cette occasion, donner certains effets à l'acte de constat ou à travers l'ordonnance qu'il prend pour influencer sur les conséquences de cette répudiation. Ainsi, dans l'acte qu'il établit, le juge reconnaît la volonté du mari en précisant très souvent que la coutume et la religion musulmane autorisent la répudiation ; il décide alors sur le sort des enfants issus du couple sur requête ou d'office, sauf lorsqu'il en existe un accord amiable entre les parties¹⁹⁰, se prononce éventuellement sur les biens personnels des ex-époux, le respect ou non du délai de viduité¹⁹¹... De fait, certains actes de répudiation contiennent la plupart des indications que peut contenir un jugement coutumier de divorce et l'on a souvent du mal à distinguer les deux, sauf par la dénomination qu'ils portent.

¹⁸⁶ Article 79 al. 1^{er} de la loi 2004-50.

¹⁸⁷ A titre illustratif, pour l'année 2010, il y a eu, à Niamey, 398 répudiations constatées contre 99 divorces prononcés ; pour la même année, dans la région de Tahoua, il y a eu 234 répudiations constatées contre 99 divorces prononcés. (Direction de la statistique du Ministère de la justice).

¹⁸⁸ D'après un hadith dans lequel Abou Dawoud et Ibn Mâjah de Ibn Omar rapportent les propos du Prophète Mahomet, magazine *Aïcha*, précité, p. 10.

¹⁸⁹ Art. 79 al. 2 de la loi 2004-50.

¹⁹⁰ Voir PV de constat de répudiation du TGI de Tahoua du 7 février 2008 ; PV de constat de répudiation n°081/2012 du 31 mai 2012 du juge commune 1 de Niamey ; certificat de répudiation n°44/11/JCV du 27 septembre 2012 du juge commune 5 de Niamey.

¹⁹¹ PV de constat de répudiation n° 007/2011 du 3 mars 2011 du juge commune 1 de Niamey.

Exemple de procès-verbal de répudiation :

« Par devant nous Amadou Djirmey Ibrahim, Juge au Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, plus spécialement chargé des affaires Civiles, Commerciales et Coutumières de la Commune I ; A comparu le nommé [X], né le [...] à [...], demeurant à Niamey quartier Recasement, lequel déclare venir nous saisir pour constater la répudiation de son épouse la nommée [Y], née le [...], demeurant à Niamey quartier Recasement, pour incompatibilité d'humeur ce jour 03/03/2011 ; Attendu que de leur union célébrée le[...] à [...] sont issus trois (3) enfants [...] dont l'aîné [...], le deuxième âgé de 15 ans se trouvant avec sa mère et le dernier âgé de 9 ans et qui vit avec son père ; Attendu que la présente répudiation est conforme à la coutume Haoussa de la femme ; qu'il échet de la constater ; Par ces motifs : Constatons la répudiation de la dame [Y] ; Annulons l'acte de mariage n° [...] les concernant ; Confions la garde du deuxième enfant à sa mère et celle du dernier à son père ; Fixons la pension alimentaire du deuxième enfant à 25.000 F par mois sans compter les frais de scolarité, d'habillement et de santé ; Condamnons le père au paiement de ladite pension alimentaire ; Ordonnons la restitution des effets personnels ; Disons que dame [Y] doit observer le coutumier délai de viabilité de trois (3) périodes menstruelles avant de pouvoir contracter valablement toute nouvelle union ; De tout quoi nous dressons le présent procès-verbal pour servir et valoir ce que de droit. »¹⁹²

S'il n'y a pas d'obligation légale à déclarer la répudiation devant le juge pour l'époux qui la pratique, il y a par contre une obligation légale pour le juge de donner les suites voulues par le législateur une fois qu'une répudiation lui a été déclarée. Ainsi, l'article 79 de la loi 2004-50 du 22 juillet 2004 fixant l'organisation et la compétence des juridictions en république du Niger fait obligation au juge saisi par l'époux qui a répudié sa conjointe, de statuer, sauf dans le cas où il existe un accord amiable entre les parties homologué par un juge compétent, sur les conséquences de cette répudiation. Néanmoins, la question de l'intérêt de l'époux à faire constater la répudiation par le juge se pose puisqu'en général, de ce constat résultent des charges pécuniaires pour lui. Mais les juges peuvent également être saisis par le couple ou par la femme répudiée seule pour se prononcer sur la garde des enfants ainsi que sur leur pension alimentaire. Ainsi, ce qui semblait être au tout début une initiative marginale de quelques juges¹⁹³ a fini par prendre une certaine ampleur. Par la disposition de l'article 79 de la loi précitée, le législateur a entendu maîtriser, un tant soit peu, les effets néfastes de la répudiation sur les droits des enfants issus du couple et ceux de leur mère répudiée. C'est cette brèche qui a permis aux juges d'avoir un droit de regard sur la manière dont la répudiation s'effectue. De plus, le non-respect de la procédure de répudiation par les maris peut amener le juge à accorder des dommages-intérêts à la femme suite à une répudiation jugée abusive¹⁹⁴.

Il existe deux grande catégories d'actes judiciaires consécutifs à la répudiation : les constats de répudiation (1) et les ordonnances aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire (2).

¹⁹² Certificat de répudiation n° 66 du 16 juillet 1992 du Tribunal de la commune Niamey II et certificat de répudiation n° 279 du 26 décembre 2001 du Tribunal de la commune Niamey II. Ce sont les plus anciens certificats de répudiation qui ont été recueillis lors de la collecte des décisions de justice à Niamey et dans la région de Tahoua.

¹⁹³ Voir jugement coutumier n° 15 du 14 septembre 2010 de la justice Niamey commune I. En l'espèce, le mari a d'abord abandonné le foyer conjugal avant de prononcer la répudiation par envoi d'un message téléphonique.

¹⁹⁴ PV de constat de répudiation n°16/TI/I/2011 du Tribunal d'instance d'Illéla.

1.4.1. Les constats de répudiation

Les différentes formes de constats de répudiation ont quasiment le même contenu et les mêmes effets ; la différence de dénomination n'a presque pas d'importance. Les principales mentions qui figurent sur ces actes sont : le nom de la juridiction où l'acte a été établi ; la dénomination de l'acte (PV de constat de répudiation, PV de répudiation, certificat de répudiation, constat de répudiation) avec un numéro de référencement ; la date de l'établissement de l'acte ; la composition de l'instance qui statue (juge assisté de son greffier, en général), en présence d'assesseurs coutumiers (rarement), d'un avocat du répudiateur (rarement) ; la comparution de l'époux devant le juge ; la conformité de la répudiation à la coutume des parties et/ou à la religion musulmane ; et la mention que le juge donne acte à la demande du mari.

Le Procès-verbal de constat de répudiation est généralement établi, à la demande de l'époux qui a comparu, par le juge assisté d'un greffier. Mais il peut arriver qu'il soit établi en présence de deux assesseurs coutumiers¹⁹⁵. Il apparaît comme un véritable jugement de divorce sauf que l'on ne mentionne pas la présence de l'épouse répudiée et cela en dépit de ce que certains aspects de l'acte laissent croire qu'elle est quelquefois présente ou représentée : « constatons le remboursement de la somme de 15.000 F par la femme au profit du mari¹⁹⁶ » ou bien : « attendu que les parties ont déclaré que le mariage n'a point été consommé, il y a lieu de dispenser I. A. du délai de viduité¹⁹⁷ ». L'acte contient un « attendu » selon lequel la répudiation est conforme à la coutume des parties ou que la religion musulmane et la coutume des parties reconnaissent à l'époux le droit unilatéral de répudiation. On peut aussi remarquer, qu'en général, les juges vont au-delà de ce qui leur est demandé dans la disposition de l'article 79 de la loi 2004-50. Il en va ainsi de l'observation ou non du délai de viduité par la femme répudiée, les frais de santé et d'habillement dus par le père qui n'a pas la garde des enfants. Quelquefois, l'établissement du PV de constat de répudiation se fait avec l'assistance d'un avocat, conseil du « répudiateur », et se présente quasiment comme un jugement.

La pratique de l'établissement du **certificat de répudiation** n'est pas la conséquence de l'application de la loi 2004-50 car il existe des certificats de répudiation qui lui sont antérieurs¹⁹⁸. Cela peut laisser supposer que le législateur s'est inspiré de cette initiative des juges pour insérer la disposition de l'article 79 dans la loi 2004-50. Le certificat de répudiation est établi, en général, en l'absence d'assesseurs, par le juge assisté de son greffier à la demande du « répudiateur » ou de son représentant. Il arrive que le certificat de répudiation soit établi en présence des deux assesseurs représentant la coutume des parties, ce qui amène à se demander s'il s'agit réellement d'une répudiation, de surcroît si l'acte mentionne certaines transactions entre les deux ex-époux¹⁹⁹.

¹⁹⁵ PV de constat de répudiation du 7 février 2008 du TGI de Tahoua.

¹⁹⁶ PV de constat de répudiation n°24/TI/ABK du 5 août 2010 du Tribunal d'instance d'Abalak.

¹⁹⁷ Voir par exemple, certificat de répudiation n°66 du cabinet du juge Niamey commune II en date du 16 juillet 1992 ; certificat de répudiation n°279 du 26 décembre 2001 du juge Niamey commune II précités.

¹⁹⁸ Certificat de répudiation n°006/012 du tribunal d'instance de Keita du 25 mai 2012.

¹⁹⁹ Certificat de répudiation n°17 du 30 janvier 2012 du cabinet du juge Niamey Commune II.

Le certificat de répudiation peut contenir des mentions sur la garde des enfants et leur pension alimentaire ou être assorti d'une ordonnance du juge aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire. Quelquefois, il est précisé dans le certificat que la décision sur la garde des enfants et leur pension alimentaire est réservée (différée), ce qui sous-entend qu'il devrait y avoir une enquête sociale ultérieure dont l'objectif est de déterminer celui qui doit avoir la garde dans l'intérêt supérieur de l'enfant²⁰⁰. Tout comme le PV de constat de répudiation, le certificat de répudiation peut contenir des mentions sur les frais de santé, de scolarité ou d'habillement en plus de la pension alimentaire dus par le père qui n'a pas obtenu la garde des enfants. Une des particularités du certificat de répudiation est que le juge applique souvent des règles coutumières en ce qui concerne la garde des enfants et leur pension alimentaire en l'absence des assesseurs coutumiers censés en être les dépositaires. La référence à l'âge de sept ans révolus ou non de l'enfant afin d'attribuer la garde en est révélatrice.

Le certificat de répudiation peut aussi comporter une transaction sur la dot et les effets personnels de la femme. Les exemples ici sont nombreux. Un certificat de répudiation fait mention d'un *nota bene* selon lequel « Les deux parties conviennent de ce qui suit : M. M. va garder les effets de Z. S. se trouvant chez lui en lieu et place de sa dot de 50.000 F.²⁰¹ » D'autres certificats évoquent le remboursement de la dot par la femme²⁰². Le certificat peut contenir aussi une transaction sur le remboursement par la femme des frais engagés par le mari lors du mariage en échange de la répudiation²⁰³. Ces indications sont assez curieuses dans le cadre d'une répudiation où il n'y a pas, en règle générale, de remboursement de la dot par la femme. Si l'article 79 concerne la dévolution des biens communs, on a du mal à concevoir que la dot soit un bien commun. Ceci amène à s'interroger, pour certains cas, sur la nature réelle de cet acte dit « certificat de répudiation ». Il peut même arriver que le mari fasse appel du certificat de répudiation²⁰⁴.

Le constat de répudiation est établi dans les mêmes formes qu'un certificat de répudiation, en l'absence des assesseurs par le juge assisté de son greffier. Ses effets sont l'annulation de l'acte de mariage, le constat de l'existence ou non d'enfants issus du couple sans qu'il n'y ait d'indications sur leur garde et leur pension alimentaire. Ce dernier élément laisse supposer que ces questions seront réglées par un acte séparé tel qu'une ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire du même juge²⁰⁵.

²⁰⁰ Certificat de répudiation n°46/12 du 26 juillet 2012 du cabinet du juge Niamey commune II.

²⁰¹ Certificat de répudiation n°25/2011 du 25 mai 2011 du juge de commune Niamey IV : « constatons le remboursement de la dot par Dame M. M. Y. le 30.12.2010 ; constatons que M. D. a récupéré son argent dans le cahier de décharge le 18.04.2011 ». Voir aussi le certificat de répudiation n°030/2012 du 10 avril 2012 du juge de commune Niamey IV.

²⁰² Certificat de répudiation n°006/012 du 25 mai 2012 du tribunal d'instance de Keita : « Donnons acte à H. I. de sa décision consistant à répudier son épouse S. L. A. en échange du paiement par celle-ci de la somme de 50.000 frs représentant l'argent engagé lors dudit mariage ».

²⁰³ Jugement coutumier n°10 du 11 avril 2008 du TGI hors classe de Niamey. En l'espèce, le mari a prétendu n'avoir pas été entendu par le juge qui a établi le certificat de répudiation, d'une part, et que, d'autre part, le certificat a été établi en l'absence du greffier. Quant à l'épouse, elle a soutenu que c'était le mari qui « a demandé [au] magistrat de lui accorder le divorce » lors de la tentative de conciliation des parties. Le juge d'appel s'est déclaré incompétent pour statuer sur un appel en matière de répudiation et a renvoyé les parties et la cause devant le juge civil en se fondant sur l'article 63 de la loi 2004-50.

²⁰⁴ Voir les constats de répudiation du juge du 3^e arrondissement de Niamey, par exemple : constat de répudiation n°039/2012 du 25 avril 2012.

²⁰⁵ PV de répudiation n°04/TI/ABK du 8 avril 2011 du Tribunal d'instance d'Abalak.

Le procès-verbal de répudiation est établi par le juge assisté d'un greffier dans les mêmes formes qu'un constat de répudiation. Il y est constaté la répudiation ainsi que l'attribution de la garde d'enfants issus du couple. Le constat de répudiation et le PV de répudiation ont la particularité d'être succincts, c'est-à-dire de comporter peu d'indications²⁰⁶.

1.4.2. L'ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire

Cette décision du juge sur les conséquences de la répudiation a généralement trait aux aspects suivants : constater la rupture des liens du mariage entre les époux ; annuler l'acte de mariage s'il en existe ; attribuer la garde des enfants et la condamnation du père au paiement d'une pension alimentaire s'il n'a pas obtenu leur garde ; condamner le père au paiement des frais de scolarité, de santé et d'habillement²⁰⁷ (sans évaluation des frais comme c'est le cas pour la pension alimentaire) ; déterminer les modalités du droit de visite et d'hébergement des enfants ; astreindre la femme à l'observation du délai de viduité ou l'en dispenser²⁰⁸. Suivant la disposition de l'article 79 de la loi 2004-50, cette ordonnance est exécutoire par provision et est susceptible des voies de recours ordinaires.

L'ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire est prise à la suite d'un constat de répudiation. Lorsqu'il n'y a pas eu d'accord amiable et valide entre les parties sur la garde des enfants et leur pension alimentaire, elle résulte de la saisine du juge²⁰⁹ soit par une des parties, soit par les deux parties d'un commun accord, ou d'une auto-saisine obligatoire du juge à défaut d'être saisi²¹⁰. Dans la pratique, c'est la femme répudiée qui saisit généralement le juge par rapport à la garde d'enfant et à la pension alimentaire dans les cas de répudiation qui s'apparentent, sur beaucoup d'aspects, à des divorces judiciaires. C'est pour cette raison qu'on la trouve souvent jointe à l'acte de constat de répudiation et porte la même date que ce dernier. L'ordonnance peut aussi être prise pour homologuer un accord amiable entre les parties sur la garde des enfants et la pension alimentaire²¹¹. L'ordonnance contient des indications sur l'attribution de la garde d'enfant ainsi que le montant de la pension alimentaire et les garanties de son paiement²¹². On peut relever la pratique d'un juge du 5^e arrondissement de Niamey qui assortit systématiquement chaque certificat de répudiation d'une ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire dès lors qu'il est issu un enfant de l'union dissoute²¹³.

²⁰⁶ Seuls les frais de scolarité ont été prévus par l'article 79 de la loi 2004-50.

²⁰⁷ De façon générale, tous les actes de répudiation comportent cette mention. Il semble que les juges étendent à la répudiation une jurisprudence constante en matière de divorce ; le délai de viduité ne figure pas, en effet, parmi les questions sur lesquelles le juge est tenu de statuer conformément à l'article 79 de la loi 2004-50.

²⁰⁸ Tribunal d'instance en région de Tahoua et du juge de commune à Niamey.

²⁰⁹ Art. 79 de la loi 2004-50.

²¹⁰ Ordonnance aux fins de garde d'enfants et de pension alimentaire du président du tribunal d'Abalak du 11 janvier 2012.

²¹¹ Ordonnances prises par le juge du 5^e arrondissement de Niamey et ordonnance et ordonnance du président du tribunal d'Abalak qui porte cette mention : « Disons qu'en cas de difficultés il nous en sera référé ».

²¹² Par exemple : certificat n°44/11/JCV du 27 septembre 2011 assorti de l'ordonnance aux fins de garde d'enfant et de pension alimentaire n° 043 de la même date.

²¹³ Voir les Actes du colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? » et Rapport de la Conférence groupe du 22 décembre 2012 tenue à l'ENAM par Madame Diallo Achibi MAHADI et Monsieur Mohamed Taha MAYAKI sur le thème « Répudiation au Niger : Éléments d'une enquête dans la ville de Niamey ».

2. ACCÈS AU DIVORCE

La pluralité des types de divorce au Niger a des conséquences sur la position en droit et en fait des hommes et des femmes en ce qui concerne l'initiative du divorce et plus généralement l'accès au divorce.

L'homme dispose du pouvoir discrétionnaire de répudier sa femme, le plus souvent sans même observer les conditions prescrites par la coutume ou la religion²¹⁴. Seuls les hommes qui se sont mariés sous le régime du Code civil ne disposent pas de cette faculté et sont obligés de s'adresser au juge pour voir leur mariage dissout. Pour les femmes, quel que soit le type de divorce auquel elles veulent accéder, il leur faut nécessairement l'intervention des instances traditionnelles, religieuses ou juridictionnelles. Cette seule entremise peut être un obstacle au divorce quand on prend en compte le fait que les instances traditionnelles et religieuses ont la particularité d'être constituées exclusivement d'hommes. Les femmes seront ou non en mesure de franchir ce premier obstacle en fonction, entre autres, de leur âge, leur milieu, leur niveau d'instruction, leurs expériences et leur personnalité.

Pour la saisine du juge, les femmes nigériennes qui vivent majoritairement en milieu rural devront assumer des coûts liés à leur déplacement²¹⁵ et à leur prise en charge pendant le séjour au lieu où la juridiction est implantée. La carte judiciaire du Niger laisse en effet apparaître une faible couverture du territoire par le service public de la justice²¹⁶. Le nombre des magistrats par rapport à l'effectif total de la population demeure également insuffisant²¹⁷. Ces facteurs expliquent les lenteurs et lourdeurs judiciaires qui contribuent à asseoir le sentiment d'inefficacité de la justice²¹⁸. Il faut ajouter que l'assistance d'un avocat est dans la grande majorité des cas impossible parce que ceux-ci sont rares à s'être implantés en dehors de la capitale. Dans certains cas enfin, pour les femmes qui parviennent à accéder au juge, il arrive que celui-ci décide que le divorce ne produira ses effets qu'à partir du paiement (remboursement) de sa dot par la femme²¹⁹. Si celle-ci n'a pas les moyens de s'ac-

²¹⁴ La carte judiciaire du Niger montre qu'il y a un grand besoin de rapprocher la justice du justiciable ; cela est d'ailleurs une des recommandations des états généraux de la justice organisés, à Niamey, du 26 au 30 novembre 2012 : « Révision de la carte judiciaire du Niger afin de rapprocher davantage la justice des justiciables » ; « Rapprocher la justice des justiciables par la création de juridictions à moyen terme dans les nouveaux départements et à long terme dans les chefs-lieux de commune ».

²¹⁵ Pour les femmes rurales, en matière de divorce, la juridiction de proximité est le Tribunal d'Instance (TI) et la juridiction d'appel est le Tribunal de Grande Instance (TGI). Suivant l'actuelle carte judiciaire du Niger, il y a un TI au niveau de chaque chef-lieu de département et un TGI au niveau de chaque chef-lieu de région, plus ceux de Konni et d'Arlit. Suivant la loi 2004-50 portant organisation et compétence des juridictions en République du Niger.

²¹⁶ Suivant une affirmation du Secrétaire Général du SAMAN (Syndicat Autonome des Magistrats du Niger) lors d'un débat télévisé sur Dounia, rediffusé le dimanche 24 novembre 2013, il n'y aurait actuellement que 370 magistrats pour l'ensemble du pays, alors que la population du Niger est estimée à plus de 16 millions d'individus. Le barreau et l'ANLC étaient les autres invités à ce débat.

²¹⁷ Les Etats Généraux de la justice ont recommandé, pour une meilleure accessibilité de la justice, l'installation des services sociaux de justice, l'utilisation des langues nationales devant les juridictions en lieu et place de la langue officielle, la traduction régulière des textes de lois en langues nationales sur support papier et en format sonore, la désignation des femmes assesseurs au sein des juridictions pour prendre en charge les problèmes des femmes victimes la généralisation du mécanisme d'assistance juridique et judiciaire pour les personnes vulnérables.

²¹⁸ Jugement coutumier n°09/12 du 2 mars 2012 du TGI hors classe de Niamey.

²¹⁹ Sur le point du remboursement de la dot au moment du divorce, voir les recommandations du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes dans l'introduction de cet ouvrage.

quitter de cette obligation, elle ne peut pas divorcer.²²⁰

Si les chefs traditionnels et les autorités religieuses comblent en pratique l'absence ou l'inaccessibilité du juge dans leurs entités territoriales, leur intervention pose néanmoins problème. Ils ont en effet vocation à appliquer les coutumes et les préceptes religieux qui ne sont pas toujours conciliables avec les droits de la femme tels que consacrés par le droit positif nigérien.

Au vu de ce qui précède, il peut donc être affirmé qu'il y a, au Niger, une rupture d'égalité entre l'homme et la femme pour ce qui est du droit d'accès au divorce. L'homme peut se délier ou se libérer facilement d'un mariage dont il ne veut plus pendant que pour la femme, surtout rurale, cela constitue un vrai parcours du combattant pouvant la confiner dans la résignation.

3. LES CAUSES DE DIVORCE

Les causes de divorce sont prévues par les dispositions du Code civil (4.1) ou sont contenues dans la jurisprudence (4.2). De plus, les pratiques du divorce informel permettent aussi de déceler d'autres causes de divorce (4.3). Nous les évoquerons ici brièvement.

3.1. Les causes légales du divorce

Les articles 229 à 232 du Code civil énumèrent plusieurs causes de divorce. On distingue les causes péremptoires et celles non péremptoires.

Les causes péremptoires du divorce sont celles qui, une fois invoquées à l'appui d'une demande en divorce et prouvées, ne sont susceptibles ni d'interprétation ni d'appréciation par le juge. Il s'agit tout d'abord de l'adultère de l'un des époux, qui est à la fois une cause de divorce²²¹ et une infraction à la loi pénale²²². C'est le fait d'entretenir des relations sexuelles avec une autre personne que le

²²⁰ Art. 229 du Code civil : « Le mari pourra demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme » ; art. 230 du même Code : « La femme pourra demander le divorce pour cause d'adultère de son mari ».

²²¹ Les articles 286, 287 et 289 du Code pénal disposent respectivement : « l'adultère de la femme mariée est le fait par celle-ci d'avoir des relations sexuelles avec un autre homme que son mari », « l'adultère de l'homme marié est le fait par celui-ci d'avoir des relations sexuelles avec une autre femme que son ou ses épouses », « Le coupable d'adultère sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de 10.000 à 100.000 francs ou de l'une de ces deux peines seulement ».

²²² Arrêt n°216 du 7 juillet 2008 de la chambre civile de la cour d'appel de Niamey : « Attendu qu'il résulte des débats et des éléments du dossier notamment les attestations régulièrement établies et produites rapportant les déclarations des personnes précisément identifiées et des faits dont elles étaient témoins oculaires sur le contenu desquels Z.I. a répondu, que celle-ci avait effectivement tenu des propos injurieux à l'égard de son mari traité de bâtard, de con, de pire ennemi et qu'elle avait exercé sur lui des violences physiques notamment en le menaçant de mort et le poursuivant dans la cour avec un hachoir ; que d'ailleurs un constat d'huissier a également rapporté des scènes de violences et d'insulte imputées à Z.I.; Attendu que ces comportements, exercés selon divers témoignages en présence des enfants et des visiteurs, par Z.I. qui n'a pas produit en dehors de ses seules dénégations d'autres contrariant les attestations versées aux débats, que ne peut justifier le contenu de la lettre qu'un notaire a adressée à son mari qu'elle s'est frauduleusement procurée relative à une donation à elle faite, rendent intolérable le maintien de la vie conjugale ;[...] Attendu qu'il y a donc lieu de prononcer le divorce aux torts exclusifs de l'épouse ».

conjoint au cours du mariage. Il s'agit d'une violation grave d'un des devoirs du mariage : le devoir de fidélité. Toutefois, pour valablement constituer une cause de divorce, l'adultère doit être prouvé. En pratique, la preuve de l'adultère demeure très difficile à apporter, sauf en cas de flagrant délit d'adultère. Il s'agit ensuite de la condamnation de l'un des époux à une peine afflictive et infamante. Une telle peine est prononcée pour sanctionner la commission d'un crime. C'est une condamnation qui entraîne la privation de liberté et de la jouissance de certains droits civiques (droit de vote par exemple). L'époux condamné ayant violé l'obligation de se conduire honorablement, son conjoint ne doit pas être obligé de partager son déshonneur.

Les causes non péremptoires du divorce sont les excès, les sévices et les injures graves. Ce sont des atteintes à l'intégrité physique et morale exercées par l'un des époux sur l'autre. Cependant, pour constituer des causes du divorce, ces faits doivent remplir trois conditions cumulatives. D'une part, le fait doit constituer une violation des devoirs et obligations résultant du mariage. Ensuite, cette violation doit être grave ou renouvelée. Enfin, elle doit rendre intolérable le maintien du lien conjugal. Lorsque ces conditions sont réunies, le juge prononcera la dissolution du mariage²²³.

3.2. Les causes relevées dans la jurisprudence

De l'analyse des décisions de justices recueillies, il est ressorti une diversité de causes jurisprudentielles du divorce. Tandis que certaines se rattachent aux causes légales, la plus grande partie est coutumière ou de création prétorienne.

- **L'abandon du foyer conjugal par la femme est** une violation de l'obligation de cohabitation résultant du mariage. Le fait pour un époux qui quitte le domicile conjugal sans raison valable donne droit à l'autre de solliciter la dissolution du mariage. Dans ce sens, le juge relève : « attendu [...] qu'il précise avoir tout tenté pour réintégrer R.A dans le domicile conjugal mais celle-ci a catégoriquement décliné ses propositions [...] »²²⁴. Dans un autre cas similaire, le divorce est prononcé « aux torts de l'épouse qui refuse, sans raison apparente, de rejoindre son foyer »²²⁵.
- **L'absence prolongée du mari** est une situation très fréquente dans certaines régions du Niger touchées par l'exode rural. Ainsi, le Tribunal Régional de Tahoua a prononcé un divorce pour absence prolongée du mari pendant plus de cinq ans²²⁶.
- **Les faits de violences conjugales physiques et/ou verbales du mari sur la femme sont** très courants. Ils sont rappelés par la jurisprudence en ces termes : « Attendu que selon la coutume haoussa applicable en l'espèce, les sévices corporels constituent un motif légitime du divorce ; Attendu qu'il est constant

²²³ Jugement coutumier n°06/2011 du 18 février 2011 du TGI hors classe de Niamey.

²²⁴ Jugement coutumier n°02/12 du 2 février 2012 du TGI Hors Classe de Niamey.

²²⁵ Jugement du 27 avril 2004 du Tribunal régional de développement de Tahoua (1999-2001) l'exode rural concernerait 63,78% de la population masculine de la région. Il n'est plus un phénomène mais plutôt un comportement intégré dans les habitudes de la population. Les hommes partent et laissent derrière eux femmes et enfants. Certains ne reviendront pas ou reviennent après plusieurs années d'absence.

²²⁶ Jugement coutumier n°19 du 14 juillet 2008 du TGI hors classe de Niamey, voir également jugement coutumier n° 006 du 20/02/2009 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n°29 du 04 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey ; jugement coutumier n°30 du 11 décembre 2009 du TGI hors classe de Niamey, jugement coutumier n°5 du 3 mars 2011.

comme reconnu par T.D. qu'il a porté des coups et a occasionné des blessures sur la nommée Z.M. qui était alors son épouse ; que cet état de fait a été constaté par un certificat médical délivré le 19/12/2006 au nom de l'intimée par un médecin ; qu'il y a lieu en conséquence de prononcer le divorce entre T.D. et Z.M. aux torts exclusifs du mari »²²⁷. Mais il peut arriver que le mari soit la victime des violences²²⁸. Aucun texte ne prévoit la **stérilité** de l'un des époux comme cause du divorce. Mais certaines juridictions l'admettent comme telle²²⁹. Le problème de **sexualité** ou d'incompatibilité sexuelle existe aussi au rang des causes de divorce. En effet, il arrive que les juges prononcent la dissolution du mariage aux torts de la femme qui refuse « les rapports sexuels avec son mari, qui semble être trop exigent »²³⁰. Les tribunaux acceptent aussi que le défaut d'entretien de la femme par le mari est une cause de divorce²³¹. Enfin, d'autres causes existent encore comme l'incompatibilité d'humeur ou le déclin d'amour²³².

3.3. Les causes relevées dans le divorce informel

Ce sont les causes pour lesquelles les autorités traditionnelles et religieuses prononcent le divorce, auxquelles s'ajoute le pouvoir discrétionnaire du mari dans le cadre de la répudiation. Ces causes recourent en majorité celles déjà citées ci-dessus dans les cadres légal et jurisprudentiel du fait que le juge applique lui-même la loi et la coutume. Cependant, la polygamie, l'insoumission et le manque de respect à l'égard du mari et consorts, l'ingérence des parents dans le foyer de leurs enfants et la pauvreté ont aussi été considérés comme causes de divorce²³³. En matière de répudiation, les causes précitées peuvent être aussi valables et mentionnées dans les constats de répudiation. L'incompatibilité d'humeurs occupe une place de choix et apparaît même comme une cause « fourre-tout » qui permet de dissimuler la vraie cause de la rupture du lien conjugal. La cause réelle de l'abondante pratique de la répudiation est à rechercher dans la propension des hommes à se « débarrasser » de leur épouse sans avoir à se justifier et, cela bien souvent, en violation des règles religieuses ou tout simplement du bon sens.

²²⁷ Arrêt n°216 de la cour d'appel de Niamey précité.

²²⁸ Jugement coutumier n°7 du 6 avril 2007 du TGI hors classe de Niamey : « Attendu qu'en coutume Djerma, coutume des parties, la stérilité d'un époux est une cause de divorce [...] qu'il y a lieu de prononcer le divorce des époux ». Voir aussi : Jugement coutumier n°65 du 13 août 2004 du Tribunal Régional de Niamey : « Attendu qu'en coutume peulh, coutume des parties, la stérilité de l'un des époux est une cause de divorce ; qu'il ressort en l'espèce de forte présomption de stérilité chez A.I (aucun enfant après trois mariages qui ont duré des années, accouchement de Dame F pendant leur séparation de fait) ».

²²⁹ Jugement coutumier n°09/12 du 2 mars 2012 du TGI hors classe de Niamey, voir dans le même sens jugement coutumier n° 103 du 28 novembre 2008 de la justice Niamey commune III ; jugement n°26 du rôle en date du 29 mai 2008 du Tribunal d'instance de Bouza ; jugement du 20 janvier 2007 du TGI de Tahoua.

²³⁰ Jugement coutumier n° 17 du 5 juin 2009 du TGI hors classe de Niamey : « Attendu qu'il est de coutume que la discorde, l'incompréhension dans le mariage, le défaut d'entretien sont des causes légitimes du divorce ; qu'il est résulté des débats à l'audience que le départ de F.A est lié à l'incapacité de A.A, son mari, à faire face aux charges familiales ». Voir aussi jugement coutumier n° 17 du 15 juin 2007 du TGI hors classe de Niamey, jugement n°22 du Tribunal de Tahoua du 18 mai 2006 ; jugement n°22 du 18 mai 2006 et jugement du 8 février du TGI de Tahoua.

²³¹ Jugement n°26 du 29 mai 2009 du Tribunal d'instance de Bouza ; jugement n°04/91 du Tribunal régional de Tahoua.

²³² Rapport de la Conférence du samedi 22 décembre 2012 précité et entretiens avec les acteurs concernés par la problématique du divorce.

²³³ Voir aussi le chapitre introductif de cet ouvrage.

4. LES EFFETS DU DIVORCE

Il s'agit ici d'envisager les répercussions de la rupture des liens conjugaux qui se manifestent sur les droits de la femme. Il nous semble que la meilleure protection des droits de la femme se trouve indubitablement dans une procédure juridictionnelle de dissolution du lien matrimonial avec l'assistance d'un avocat. Rappelons ici que les autorités traditionnelles et religieuses appliquent des règles coutumières ou religieuses qui peuvent être attentatoires aux droits de la femme tels que consacrés par la constitution et les instruments internationaux des droits humains. Ces autorités ne sont pas légalement compétentes pour prononcer des décisions de divorce ni ne disposent légalement des moyens d'une exécution forcée de leurs décisions. En l'absence d'un encadrement de la répudiation par le juge, elle est la forme de divorce qui compromet le plus les droits de la femme.

4.1. Atteinte au principe d'égalité en droit et en dignité des êtres humains lors de la dissolution du mariage

La pratique de la répudiation témoigne du non-respect du principe d'égalité entre les sexes et occasionne la violation d'autres droits de la femme et de l'enfant. Selon la Constitution du 25 novembre 2010, actuellement en vigueur, aucune discrimination négative fondée sur le sexe ne doit avoir cours au Niger, soit-elle permise par une quelconque coutume. La Constitution fait référence aux instruments internationaux relatifs aux droits humains dans son préambule soit en les citant, soit en renvoyant au cadre général de la ratification des textes par le Niger²³⁴.

Elle contient plusieurs dispositions qui proclament le principe d'égalité de tous devant la loi²³⁵. De plus, l'article 22 est consacré à l'élimination par l'Etat de toute forme de discrimination à l'égard de la femme et de la jeune fille, au développement de politiques publiques, assurant leur plein épanouissement et leur participation au développement national ainsi qu'à la prise de mesures par l'Etat de lutte contre les violences faites aux femmes et aux enfants. A ce titre, il faut noter que l'article 21 énonce que : « L'Etat et les collectivités publiques ont le devoir de veiller à la santé physique, mentale et morale de la famille, particulièrement de la mère et de l'enfant ».

L'égalité entre l'homme et la femme en matière de divorce voudrait qu'aucune des deux parties ne bénéficie d'un privilège au détriment de l'autre. L'homme et la femme étant deux êtres ayant les mêmes droits et la même dignité, il est donc inadmissible, dans une perspective de droits humains, de reconnaître un ascendant moral ou intellectuel à l'homme sur la femme. Pourtant, c'est ce qui semble être consacré à travers la faculté reconnue à l'homme de répudier sa femme. Dans cette situation, il est le seul instigateur et juge de l'opportunité de poursuivre ou de rompre le lien conjugal.

Ce pouvoir serait le pendant de sa responsabilité dans les charges familiales par rapport auxquelles la femme n'est tenue, théoriquement, à rien. Pourtant, si la plupart des coutumes reconnaissent que la femme doit faire l'objet d'une « discrimination positive » en ne l'obligeant pas à assumer les charges

²³⁴ Préambule, art. 8 et 10.

²³⁵ OIT, Convention n°183 de 2000 sur la protection de la maternité.

du foyer du point de vue économique et financier, cela ne devrait pas justifier qu'on lui dénie certains droits reconnus à l'homme. Cette « discrimination positive », à la manière des coutumes, est en deçà des avantages qu'offre la discrimination positive du système des droits humains au profit de la femme. En effet, celui-ci a pour base le principe d'égalité et de non-discrimination en droits et en dignité, avant de reconnaître à la femme certains avantages pour compenser sa situation de vulnérabilité, tel par exemple, le droit au congé de maternité, le droit à une indemnité de congé de maternité, le droit à une durée pour l'allaitement de son bébé reconnus dans les conventions de l'Organisation internationale du travail²³⁶.

4.2. L'atteinte au droit de propriété²³⁷

Le régime des biens, en matière coutumière, est celui de la séparation des biens. Ainsi, les biens initiaux du mari et de la femme restent généralement distincts. Ceci n'est pas le cas des biens acquis ou produits pendant le mariage : en cas de répudiation non constatée judiciairement, la femme peut les perdre de fait. Un autre risque pour la femme répudiée est lié au fait de ne pas pouvoir recouvrer des créances qu'elle peut avoir à l'égard de son ex-mari. Les droits ci-dessus évoqués étant très souvent affectés lors de la répudiation, le législateur a cru bon de les protéger par l'obligation qui est faite au juge saisi pour constater la répudiation de se prononcer sur le sort des enfants ainsi que sur la dévolution des biens communs²³⁸. Quand le juge constate la répudiation, il statue généralement aussi sur les dettes entre les ex-époux.

4.3. Atteinte à l'intégrité morale et précarité de la situation de la femme

La répudiation peut enfin être l'occasion de traumatisme psychologique pour la femme qui peut découler du sentiment d'être congédiée ou renvoyée arbitrairement ou, en termes plus prosaïques, « chassée du domicile conjugal », souvent avec des propos vexatoires ou humiliants. Le traumatisme peut être aussi lié au fait que, pour ce qui est des répudiations non constatées judiciairement, la femme peut être séparée par la même occasion de ses enfants. La règle coutumière dominante est que l'« enfant appartient au père » et qu'il peut être soustrait à la mère, même avant l'âge de sept ans qui est l'âge communément admis à partir duquel le père peut récupérer « son » enfant. On ne parle pas de droit de visite et d'hébergement des enfants au profit de la mère, cela dépend de la bonne volonté du mari ou de ses proches. Dans d'autres cas, la femme peut se retrouver avec ses enfants dans une situation de précarité, le mari ne supportant aucune charge de ceux-ci. Il n'existe pas un système d'allocations familiales pour soutenir un tel foyer. En pratique, cela est encore plus grave si les proches de la femme ne sont pas en mesure, pour diverses raisons, de lui apporter de l'aide. Le phénomène est fréquent au Niger.

²³⁶ Le droit de propriété est garanti à tous par l'article 28 de la Constitution du 25 novembre 2010.

²³⁷ Art. 79 de la loi 2004-50, précitée.

²³⁸ Voir aussi, *infra*, conclusions et propositions.

CONCLUSION

La population nigérienne est régie par des coutumes nominalement diverses en matière de rupture de liens matrimoniaux. Le contenu de ces coutumes est en réalité très similaire puisqu'elles ont toutes subi l'influence des préceptes islamiques.

La pratique de la répudiation sous-tend qu'il n'y a pas une égalité entre l'homme et la femme en matière de rupture du lien matrimonial, car cette faculté coutumière ou islamique de rompre unilatéralement les liens du mariage n'est reconnue qu'à l'époux. Au Niger, les juges saisis pour constater la répudiation n'ont guère l'opportunité de se pencher sur sa constitutionnalité, ni sur sa conformité aux conventions internationales régulièrement ratifiées par l'Etat, encore moins sur sa légalité ; ils sont mis devant un fait accompli qui, bien qu'il soit évident qu'il n'est pas conforme au principe de l'égalité des êtres humains au sein de l'Etat, n'est pas, non plus, constitutif d'infraction pénale punissable. Il leur est demandé de statuer sur les conséquences de cet acte et non de l'annuler ou de le réprimer.

Certes, à travers l'intervention des juges sur les conséquences de la répudiation, les droits des femmes et des enfants sont mieux protégés, mais qu'en est-il de la majorité des cas de répudiation qui ne font pas, en raison notamment du difficile accès au service de la justice, l'objet de constat par le juge ? La déclaration de la répudiation par le mari devant le juge n'étant pas obligatoire, on peut légitimement penser que les cas qui sont déclarés sont insignifiants par rapport à ceux qui ne le sont pas et, de surcroît, l'intérêt du mari dans cette procédure n'est pas apparent. Une répudiation constatée judiciairement donne quasiment le même degré de protection des droits des enfants et des femmes qu'un divorce judiciaire coutumier. Si dans les décisions qui concernent les enfants, il est fait, bien souvent, référence à la Convention sur les Droits des Enfants (CDE), en ce qui concerne les droits des femmes, il n'y est faite aucune application d'un texte international y relatif. Pourtant, le fait que le Niger ait émis des réserves par rapport à certaines dispositions de la CEDEF et qu'il n'ait pas ratifié le Protocole de Maputo sur les droits de la femme en Afrique ne le dédouane pas du respect du principe d'égalité entre l'homme et la femme conformément au droit international des droits de l'Homme et à sa propre constitution.

Le défi pour l'Etat du Niger reste certainement de pouvoir interdire la pratique de la répudiation par voie législative ou, tout au moins, la réglementer pour donner plein effet au principe d'égalité des citoyens contenu autant dans la Constitution du 25 novembre 2010 que dans divers instruments internationaux des droits humains qu'il a régulièrement ratifiés.

Mais, il est loisible de constater qu'il existe déjà une brèche qui est ouverte, qui lie la pratique informelle de la répudiation et le droit du divorce et qui permet aux juges d'avoir un droit de regard sur la manière dont cette répudiation s'effectue et ainsi d'assurer une meilleure protection des droits des femmes. En dernière analyse, il s'avère qu'une bonne connaissance par la femme de ses droits et son engagement à les faire respecter est le meilleur gage pour la protection de ceux-ci, quitte « à forcer la main » au juge et aux autorités politiques²³⁹.

²³⁹ Voir FALL, Papa Talla et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Sénégal*. Institut des droits de l'homme et de la paix, Université Cheik Anta Diop et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

PARTIE 3 : LE SENEGAL

Cette partie se base sur l'étude sur le divorce au Sénégal produite par Monsieur Papa Talla FALL, Maître de conférences agrégé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar (UCAD), avec la collaboration de Madame Nougaye NDOUR, Assistante à la Faculté des Sciences juridiques et politiques de l'UCAD et avec la participation de : Dr. Fatou Kiné CAMARA, chargée d'enseignements à l'UCAD. Ont en outre participé à ces travaux des doctorants de la Faculté de droit de l'UCAD : Mme Arame NDIAYE, Mme Amayel DIOP, Mme Diarra NDIAYE, M. Baba FALL, M. Ndongo SARR, M. Mamadou SARR, M. Ismaël SANE, M. Moussa MONTERO, M. Serigne Mansour WADE, M. Bacary FALL, M. Bassirou MBALLO et M. Thiécoumba DIOUF (documentaliste)²⁴⁰.

Le divorce est organisé par le Code sénégalais de la famille : quelle que soit la forme du mariage, le divorce est obligatoirement judiciaire.²⁴¹ Même le mariage non enregistré à l'état civil (reconnu par la loi qui en limite les effets) ne peut être rompu légalement en dehors des juridictions. Ainsi le magistrat doit nécessairement soit constater le divorce à la suite de l'accord des époux de mettre un terme à leur union, c'est le divorce par consentement mutuel, soit le prononcer sur la requête d'un époux, c'est le divorce contentieux. A ce titre, le magistrat joue donc un rôle fondamental dans le divorce contentieux en particulier en tant que gardien d'une application équitable des dispositions relatives au divorce.

Cette étude sur la situation au Sénégal veut principalement répondre à la question de savoir si le divorce à l'épreuve de la pratique des juridictions sénégalaises permet d'assurer l'équité dans les rapports entre ex-époux. Il s'agit ici de s'interroger sur la mise en œuvre des principes d'égalité et de non-discrimination à l'égard des femmes consacrés par la Constitution et les conventions et accords relatifs aux droits humains et signés par le Sénégal²⁴². En signant tous ces instruments, le Sénégal s'est aussi engagé à prendre toutes les mesures nécessaires à assurer la protection, le respect et l'effectivité des droits reconnus aux femmes. En outre, la Constitution du 7 janvier 2001 rappelle le principe d'égalité et de non-discrimination dans son préambule par « le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes, de l'injustice, des inégalités et des discriminations ». La Constitution assure dans son article 1^{er} l'égalité de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. Ces droits sont consolidés pour les femmes dans son article 7 alinéa 4 qui dispose que « Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit ».

La situation en pratique est très complexe. Certaines études sociologiques montrent que la question de la vulnérabilité économique et sociale des femmes joue un rôle important dans la pratique du divorce²⁴³. Ainsi, le professeur Ismaila Madior FALL a pu souligner : « L'affirmation de l'égalité entre hommes et femmes, entre tous les Sénégalais est fort symbolique dans un contexte social marqué

²⁴⁰ Article 157 du code de la famille.

²⁴¹ Voir chapitre introductif et développements sur le cadre international et régional des droits humains applicable en matière de famille, mariage et divorce.

²⁴² DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*. Paris : Karthala - CREPOS, 2008, 200p.

²⁴³ FALL I. M., *Evolution constitutionnelle du Sénégal – De la veille de l'Indépendance aux élections de 2007*. Dakar : Collection du CREDILA, XXII, CREDILA/CREPOS 2007, p. 19.

par les chefferies, les castes et autres inégalités sociales²⁴⁴». En pratique, malgré le caractère impératif des dispositions du Code de la famille en matière de divorce, beaucoup de mariages sont rompus en dehors des tribunaux. Il est donc nécessaire de s'attacher à comprendre comment les ruptures extrajudiciaires sont éventuellement appréhendées par le droit de la famille.

En ce qui concerne l'approche méthodologique, cette étude a essentiellement pour support une revue des textes juridiques en matière de divorce²⁴⁵, l'étude des travaux de doctrine juridique sur la question²⁴⁶, l'exploitation de 593 décisions de justice collectées dans le cadre du projet, des études de sciences sociales²⁴⁷ ainsi qu'un dossier de presse documentant le traitement de l'information relative au divorce par les médias nationaux²⁴⁸. Toutes les données recueillies ont ensuite été mises en cohérence en vue de discuter le caractère équitable ou non du divorce au Sénégal.

Faute de répertoire de jurisprudence disponible au Sénégal depuis de nombreuses années (si on met de côté les rares parutions du recueil des arrêts de la Cour suprême), les décisions ont toutes été collectées directement au niveau des différents tribunaux. Les recherches ont donc été menées au niveau des greffes des tribunaux ayant compétence en matière de divorce. Il s'agit des tribunaux départementaux et des tribunaux régionaux²⁴⁹. Six régions²⁵⁰ ont été choisies sur la base de plusieurs critères : le poids démographique, l'importance du contentieux du divorce, l'existence de foyers religieux qui constituent encore des espaces de résistance du droit traditionnel, l'urbanisation qui y est à l'œuvre et la paupérisation des populations parties des campagnes pour des villes incapables de les accueillir. A ces critères, il faut ajouter la position géographique, la taille et la composition ethnique de la population, l'importance du contentieux, la présence ou l'influence de confréries religieuses.

Un séjour au Centre National des Archives Judiciaires (CNAJ) du Sénégal à Louga a permis d'accéder au fond des dossiers de divorce pour y déceler et faire ressortir les vraies causes de divorce qui n'ap-

²⁴⁴ Le Code de la famille sénégalais est accessible en ligne sur le site du Ministère de la Justice du Sénégal : <http://www.justice.gouv.sn/droitp/CODE%20FAMILLE.PDF>.

²⁴⁵ Voir bibliographie consolidée à la fin de cette étude.

²⁴⁶ *Idem*.

²⁴⁷ Dossier de presse réalisé par Thiecoumba DIOUF, responsable service documentation de l'Assemblée Nationale.

²⁴⁸ C'est la loi 84-19 du 2 février 1984 (JORS du 3 mars 1984, p 124) qui a créé les tribunaux départementaux (TD) en remplacement des justices de paix se trouvant dans les départements. Compte tenu des disparités notées entre les différentes juridictions – relativement au volume du contentieux – il y a un projet de réforme tendant à remplacer ces tribunaux départementaux, adossés sur les circonscriptions administratives, en tribunaux d'instance ; les tribunaux régionaux seront, à leur tour, remplacés par des tribunaux de grande instance. La Cour de Cassation intervient en la matière, mais ses décisions sont exceptionnelles car les recours devant le juge de droit dans le contentieux du divorce sont en effet inaccoutumés.

²⁴⁹ Dakar, Thiès, Saint Louis, Diourbel, Kaolack et Louga. En raison de son éloignement et pour des questions financières, la Zone sud n'a pu, malheureusement, être intégrée dans l'étude, de même que le Sénégal oriental. Cette exclusion de la zone sud a été vivement critiquée par certains intervenants à l'atelier national pour des raisons objectives liées à la forte concentration de populations chrétiennes et animistes mais aussi des spécificités culturelles ne réservant pas les mêmes rôles à la femme. Aussi, il serait intéressant de compléter cette étude par une analyse de la jurisprudence rendu en matière de divorce par les juridictions de fond dans cette région.

²⁵⁰ L'article 130 du Code de la famille prévoit : « Aux jour, lieu et heure indiqués au formulaire-type, l'Officier de l'état civil ou son délégué, (...) assistent aux formalités consacrant le mariage, en présence de deux témoins majeurs pour chacun des époux, parent ou non ».

paraissent pas forcément dans les décisions rendues. L'accès à ces fonds a également permis de relever dans les décisions de non-lieu, la survivance des pratiques coutumières en matière de célébration de mariage et de dissolution du lien matrimonial. En plus des décisions, des documents en rapport avec le divorce ont été trouvés au CNAJ. Il s'agit d'exemplaires de lettre de demande de régularisation de divorce, de constatations de divorce et d'homologation de divorce, d'exemplaires de requêtes de divorce, de conclusions des parties (ou de leurs représentants), de rapports d'enquêtes sociales ou de procès-verbaux de constat d'abandon de famille.

Cette étude envisage successivement une courte typologie des divorces au Sénégal (1), puis une analyse des causes de divorce devant les juridictions sénégalaises (2) suivie d'une analyse des effets du divorce en matière patrimoniale et extrapatrimoniale (3).

1. TYPOLOGIE DES MARIAGES ET DES DIVORCES

Une courte typologie des divorces est nécessaire à la compréhension des imbrications entre divorces civils (et formels) et divorces coutumiers (et informels). Cette typologie est étroitement liée à une compréhension et présentation des différents types de mariage – formel et informel – qui coexistent toujours au Sénégal.

1.1. Une variété des mariages

L'article 114 alinéa 1 du Code de la famille prévoit deux formes de mariage : le mariage civil célébré par l'officier de l'état civil et le mariage coutumier constaté par lui²⁵¹. Le mariage coutumier constaté permet ainsi aux futurs époux de respecter à la fois les exigences de leur coutume et celles de la loi²⁵².

Normalement le mariage qui n'a fait l'objet ni de célébration ni de constatation est un mariage irrégulier du fait de l'absence d'intervention obligatoire de l'officier de l'état civil. Toutefois, compte tenu du faible taux de recours des citoyens de l'époque à l'état civil, le législateur de 1972 n'a pas entendu sanctionner un tel mariage par la nullité. Ainsi, l'article 146 du Code de la famille ne sanctionne ce type de mariage que par l'inopposabilité²⁵³ : le mariage est valable dans les rapports entre époux et à l'égard de certains tiers, nonobstant l'absence d'intervention de l'officier de l'état civil. Les époux ne peuvent se prévaloir d'un tel mariage à l'égard de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics ou privés pour prétendre notamment au bénéfice des avantages familiaux²⁵⁴. La loi

²⁵¹ Selon l'article 114 du Code de la famille le mariage coutumier ne peut être constaté que « lorsque les futurs époux observent une coutume matrimoniale en usage au Sénégal ». En pratique, le mariage dit coutumier renvoie essentiellement au mariage religieux. Toutes les coutumes matrimoniales applicables recensées dans l'arrêt n° 25-91 du 23 février 1961 sont musulmanes, chrétiennes ou animistes (par exemple : None catholique, Ouolof islamisée, Sarakholé musulmane, Malinké animiste).

²⁵² En plus de l'inopposabilité, le défaut d'enregistrement du mariage sans motifs légitimes expose les époux à une amende de 3000 à 18 000 Francs (art. 146 in fine).

²⁵³ Art. 146 du Code de la famille intitulé « Sanction de l'absence de la constatation ».

²⁵⁴ Art. 147 du Code de la famille.

offre aux époux la possibilité de régulariser un tel mariage dans les six mois suivant la célébration coutumière du mariage par une déclaration tardive devant l'officier de l'état civil qui aurait dû le constater²⁵⁵ ou, à défaut, par un jugement d'autorisation d'inscription délivré par le tribunal départemental compétent en vue de son enregistrement à l'état civil²⁵⁶.

Pour résumer, on trouve au Sénégal trois catégories de mariage : le mariage civil, le mariage coutumier constaté et le mariage qui n'a été ni célébré ni constaté par l'officier de l'état civil.

1.2. Les formes légales de divorce

Le divorce peut être défini comme la dissolution du mariage du vivant des époux. Il a pour conséquence la rupture définitive du lien matrimonial, les époux reprenant chacun leur liberté. Une telle séparation est organisée dans un cadre fixé par la société et la loi. Avant l'avènement du Code de la famille au Sénégal, beaucoup de mariages étaient soumis aux droits coutumiers. Le mariage était alors très facile à rompre. Le mari avait la qualité de juge et partie en matière de divorce. Il lui était loisible de dissoudre le mariage²⁵⁷. Aujourd'hui, quelle que soit la forme du mariage, le divorce est obligatoirement judiciaire depuis l'entrée en vigueur du Code de la famille au 1^{er} janvier 1973. L'article 830 dudit code abroge toutes les coutumes générales et locales, à l'exception de celles relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage²⁵⁸.

L'article 157 du Code de la famille prévoit deux formes de divorce. Il y a d'une part le divorce par consentement mutuel selon lequel les époux s'accordent non seulement sur le principe de la dissolution du mariage mais aussi sur ses effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux²⁵⁹. D'autre part, le divorce contentieux peut être prononcé à la demande de l'un des époux invoquant l'une des causes admises par la loi²⁶⁰. Ces causes sont prévues par l'article 166 du Code de la famille²⁶¹. En pratique, il faut cependant observer que malgré l'institution du divorce judiciaire, la répudiation est encore une réalité dans la société sénégalaise²⁶².

1.3. La répudiation

Le divorce coutumier (*tass* en wolof) peut être défini comme la dissolution du lien matrimonial selon les règles coutumières. Il s'agit en pratique d'une répudiation selon les règles de l'islam qui consiste pour l'homme à renvoyer sa femme chez ses parents. Contrairement au mariage coutumier qui fait l'objet

²⁵⁵ Art. 87 du Code de la famille : « lorsqu'un acte de naissance, de décès ou de mariage n'aura pas été dressé ou que la demande d'établissement en aura été présenté tardivement, le juge de paix [actuel juge du tribunal départemental] dans le ressort duquel l'acte aurait dû être reçu, pourra, par jugement, en autoriser l'inscription par l'officier de l'état civil (...) ».

²⁵⁶ Voir *infra* 1.3.

²⁵⁷ Il résulte dès lors de la combinaison de ces deux textes que la répudiation est désormais interdite avec l'entrée en vigueur du Code de la famille en janvier 1973.

²⁵⁸ Pour le régime juridique du divorce par consentement mutuel, voir les articles 158 à 164 du Code de la famille.

²⁵⁹ Voir les articles 165 à 180 du Code de la famille.

²⁶⁰ Voir *infra*, développements portant sur les causes de divorce (3.).

²⁶¹ DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*. Paris : Karthala - CREPOS, 2008, 200p.

²⁶² A ce stade, la répudiation ressemble plus à une séparation de corps qu'à un véritable divorce.

d'une reconnaissance à travers les procédures de constatation ou d'autorisation d'inscription tardive, ce divorce coutumier ne bénéficie d'aucune reconnaissance légale. La répudiation peut dans certains cas avoir lieu à la demande de la femme, mais l'époux reste maître de la décision de divorcer : soit il accède à la demande de la femme et la répudie, soit il n'y accède pas. Dans ce cas, l'autorité qui a permis la célébration ou la reconnaissance du mariage pourra procéder à la dissolution civile de l'union.

La répudiation est en pratique rigoureusement encadrée par les normes coutumières. Ainsi, pour qu'une répudiation soit valable, il faut qu'elle soit expressément formulée par l'époux. Elle suppose également le maintien de la cohabitation entre les époux dans le domicile conjugal pendant le délai de viduité²⁶³. D'ailleurs, la reprise de la vie affective pendant cette période anéantit la dissolution du mariage²⁶⁴. Lorsque la répudiation est du fait de l'homme, la femme a le droit, selon l'usage, d'emporter tout ce qui se trouve dans la chambre conjugale et ses ustensiles de cuisine ; elle a la garde des enfants en bas âge en principe et généralement, on lui permet d'avoir la garde définitive des filles dont l'éducation relève des prérogatives de la mère. En revanche, lorsque la répudiation résulte d'une demande expresse formulée par la femme, l'homme peut exiger la restitution de la dot et des cadeaux offerts lors de la formation du mariage. Cette demande de restitution est, comme le divorce coutumier, fortement combattue par le législateur sénégalais qui tente, à travers la loi de 1967 relative aux frais liés aux cérémonies familiales²⁶⁵, d'en conjurer les effets pervers²⁶⁶. En effet, l'article 6 de cette loi dispose que « les frais liés au mariage, aux cérémonies y afférentes et les dépenses occasionnées relatives aux cadeaux (...) ainsi qu'aux réjouissances ne peuvent dépasser 15000 FCFA ». Dans toutes les décisions, le juge en fait une application rigoureuse lorsque l'homme fait une demande de restitution d'une somme supérieure au montant légal²⁶⁷.

Lors des travaux préliminaires à l'adoption du Code de la famille de 1973, il avait été observé que le mariage était trop facile à rompre avec l'application des droits coutumiers²⁶⁸. Le Comité des options pour le Code de la famille (un comité composé d'experts, de religieux et chefs coutumiers chargé de réfléchir sur les orientations du code) a largement évoqué cette question au cours de ses travaux. La conclusion à laquelle il a abouti est qu'il fallait renoncer à la répudiation comme forme de rupture du mariage. Ainsi aujourd'hui, la répudiation est prohibée par la loi et sanctionnée par le juge. A travers la prohibition de la répudiation, et de manière plus générale en organisant la procédure civile de divorce, le Code de 1973 a ainsi entendu assurer au mariage plus de stabilité²⁶⁹. La prohibition de la répudiation visait aussi à ne pas reconnaître en droit une expression traditionnelle du pouvoir exorbitant et discrétionnaire de l'époux sur sa femme.

²⁶³ Il y a un usage *ceddo* qui veut que, lorsque la femme est enceinte, l'effectivité de la répudiation dépende du sexe de l'enfant à naître : si c'est un garçon, le mariage est consolidé alors que, si c'est une fille, la rupture est entérinée.

²⁶⁴ Loi n° 67-04 du 24 février 1967.

²⁶⁵ Sur le point du remboursement de la dot au moment du divorce, voir les recommandations du Comité pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes dans l'introduction de cet ouvrage.

²⁶⁶ TD Pikine n°325 du 24 avril 2006 : le « sieur Diop en offrant à sa femme la somme de 1.150.000 FCFA (...) a délibérément violé la loi (...) En conséquence, il est mal fondé à en réclamer le remboursement ».

²⁶⁷ DECOTTIGNIES R., *Requiem pour la famille africaine*. Dakar : Pedone, 1965, p. 278.

²⁶⁸ FALL P. T., Réflexions critiques sur le divorce en droit sénégalais, *Revue Droit Sénégalais* n° 12, Toulouse 1 (à paraître).

²⁶⁹ Parmi 593 décisions consultées, dépouillées et analysées dans le cadre de ce projet.

En pratique, la répudiation demeure néanmoins un problème véritable au Sénégal : elle apparaît expressément dans plus de cent décisions de divorce examinées dans le cadre de ce projet de recherche²⁷⁰. Ces décisions montrent, par exemple, que la répudiation peut survenir à la suite d'une simple dispute entre les époux²⁷¹. Elles montrent aussi que la répudiation peut se transformer en une arme redoutable lorsque les époux divorcés coutumièrement se retrouvent devant le juge pour se conformer à la loi. En principe, en cas de répudiation de la femme par l'homme, le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'homme pour injure grave. En pratique néanmoins, les situations sont assez complexes : par exemple, il n'est pas rare de voir un homme se dédire et s'opposer ainsi au remariage traditionnel de sa femme ou même la poursuivre pour bigamie alors qu'il l'avait répudiée publiquement²⁷². Lorsque la répudiation est du fait de la femme, celle-ci peut se retrouver poursuivie pour abandon de domicile conjugal par son époux qui, pour se venger, retire la répudiation qu'il a accordée à sa femme.

2. ACCES AU DIVORCE

Aux termes de l'article 157 du Code de la famille, le divorce implique nécessairement l'intervention d'un juge étatique, en l'occurrence le juge du tribunal départemental²⁷³. Le Code de la famille ne fait pas de discrimination en matière d'accès à la procédure de divorce. Ainsi, même si pendant la durée du mariage il y a une prééminence du mari considéré par l'article 152 du Code comme le chef de famille, la loi prévoit l'égal accès des époux au divorce. Il existe deux formes de divorce organisées par le Code de la famille : le divorce par consentement mutuel et le divorce contentieux.

2.1. Le divorce par consentement mutuel

Dans le divorce par consentement mutuel, la demande est conjointe. Les deux époux saisissent le juge par une requête conjointe. Si l'un seul des époux ne donne pas son accord, il n'y a pas de divorce par consentement mutuel possible.

Pour certains auteurs, le consentement n'est jamais également mutuel chez les deux époux²⁷⁴. Un examen des archives judiciaires du Sénégal – au Centre national des archives judiciaires²⁷⁵ – nous a d'ailleurs permis de constater que beaucoup de demandes de divorce radiées des rôles des tribunaux,

²⁷⁰ Par exemple, une discussion relative au « dépôt des clefs de la maison chez le boutiquier », voir TD Dakar n°2396 du 3 novembre 2009.

²⁷¹ TD Pikine n°408 du 18 août 2008.

²⁷² Le tribunal départemental (TD) est une juridiction de proximité institué par la loi n°84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire du Sénégal. Il est le juge compétent en matière de divorce. Ses décisions peuvent faire l'objet d'appel devant le tribunal régional dans le ressort duquel il est situé. Les tribunaux départementaux et régionaux correspondent pratiquement au découpage administratif du territoire national.

²⁷³ Par exemple, un mari cocufié est parfois amené à imposer un divorce par consentement mutuel sous la menace d'un divorce pour adultère qui jetterait l'opprobre sur la femme. De ce point de vue, le consentement mutuel est une fiction. Voir aussi : MA-ZEAUD H. Le divorce par consentement forcé, *D.* 1963, Chr. 141.

²⁷⁴ Séjour au Centre national des archives judiciaires du Sénégal à Louga en novembre 2012.

²⁷⁵ Fonds de dossier d'une demande de divorce radié du Rôle du tribunal, inédit.

concernaient des demandes de divorce prétendument par consentement mutuel alors qu'elles tenaient, en définitive, à valider légalement une rupture coutumière, une répudiation de la femme par le mari. Dans une affaire rejetée par le tribunal départemental de Louga, les époux avaient saisi le juge afin de prononcer la rupture de leur union par consentement mutuel²⁷⁶. Dans leur requête conjointe, ils déclaraient avoir divorcé coutumièrement en famille et cherchaient la régularisation de leur acte auprès du tribunal. En réalité, le divorce coutumier était intervenu suite à deux adultères successifs de la femme lui ayant valu d'avoir mis au monde deux enfants naturels de pères différents. Dans ce cas, le principe du divorce était imposé à l'un des époux par l'autre. D'ailleurs dans la plupart de ces divorces faussement consensuels, les parties qualifient la procédure de demandes « de régularisation de divorce », « de constatation de divorce », etc.

Il faut noter que sur plus de cinq cent procédures initiées devant les tribunaux départementaux à travers le pays (notamment Dakar, Rufisque, Pikine, Thiès, Tivaouane, Diourbel, Louga et Saint Louis), le divorce par consentement mutuel représente à peine 10% de l'ensemble²⁷⁷. Dans la grande majorité des cas, le divorce est contentieux

2.2. Le divorce contentieux

Dans la forme de rupture contentieuse, chaque époux est en mesure de saisir le tribunal pour obtenir de lui le prononcé de son divorce. Pourtant, nombreux sont les observateurs qui pensent que le Code de la famille a rendu justice aux femmes en la matière. L'homme n'est plus considéré comme l'acteur principal dans la problématique de l'issue ultime du mariage : ainsi, eu égard aux droits coutumiers abrogés par le code, un pas de géant a été franchi par les femmes dans le cadre de la protection de leurs droits. D'aucuns sont allés même jusqu'à qualifier le Code de la famille de « code de la femme »²⁷⁸ même si certains auteurs demeurent critiques²⁷⁹. Il a été noté qu'une certaine réticence quant au recours au juge persiste : dans une société encore ancrée dans les valeurs traditionnelles, la justice étatique a encore mauvaise presse, surtout en ce qui concerne les affaires de famille²⁸⁰. Une partie importante de la population conçoit encore difficilement qu'une femme 'traîne' son mari devant le tribunal pour divorcer. Comme le dit l'adage, « le linge sale se lave en famille ». Des femmes, même dans des cas de maltraitance et de violences conjugales, accèdent ainsi difficilement à la procédure judiciaire du fait des pressions sociales et familiales²⁸¹.

En pratique, l'examen des décisions de justice collectées dans le cadre de la présente étude montrent que les demandes en divorce introduites par les femmes représentent un peu plus de 75 %. Ceci peut en partie s'expliquer par le fait que, pour divorcer, il faut impérativement produire un certificat

²⁷⁶ Décisions de justice collectées dans le cadre de la présente étude (période 2000-2012).

²⁷⁷ PERRET T., Le Code satanique, *Africa international* n° 216, mai 1989.

²⁷⁸ KANE M., « La condition de la femme sénégalaise mariée selon la coutume islamisée », *Rev. Jur. et Pol.* 1974, p 779 et s.

²⁷⁹ FALL P. T., « La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais : l'imbroglio juridique ? », *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.

²⁸⁰ DIAL F. B., *Mariage et Divorce à Dakar*, précité.

²⁸¹ FALL P. T., La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais, précité.

de mariage (mariage devant l'officier d'état civil, constatation du mariage coutumier par un officier de l'état civil ou jugement d'autorisation d'inscription à l'état civil)²⁸² et que l'on peut observer que la plupart des mariages enregistrés à l'état civil sont le fait de personnes vivant en ville. L'urbanisation aidant, les femmes subiraient moins de pressions familiales et seraient donc plus à même de pouvoir recourir à la justice²⁸³. En zone rurale par contre et, dans une moindre mesure, en ville, la répudiation est pratiquement la règle, nonobstant l'entrée en vigueur du Code de la famille qui l'interdit.

Il est difficile de séparer la question du divorce contentieux de celle de la répudiation car nombreux sont les mariages rompus par la répudiation de la femme par le mari. En droit, si la répudiation n'est pas acceptée comme forme de divorce légale, elle n'est pas non plus sanctionnée en tant que telle. En pratique, les tribunaux sanctionnent la répudiation comme une cause de rupture injurieuse du mariage²⁸⁴. Le juge, qui ne va pas maintenir le mariage sous prétexte que la répudiation n'est pas reconnue, devient ici inévitablement l'autorité qui formalise cette répudiation. Par contre, le juge en limite certains de ses effets en retenant l'injure grave comme cause de rupture aux torts exclusifs du mari. Il appartient dès lors et toujours au législateur d'intervenir s'il est convaincu que ce phénomène peut et doit être éradiqué au profit de procédures judiciaires.

3. LES CAUSES DE DIVORCE

Selon l'article 165 du Code de la famille, chacun des époux peut demander le divorce en fondant son action sur l'une des causes prévues à l'article 166. Cet article stipule que le divorce peut être prononcé pour les causes suivantes :

- absence déclarée de l'un des époux;
- adultère de l'un des époux;
- condamnation de l'un des époux à une peine infamante;
- défaut d'entretien de la femme par le mari;
- refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage;
- abandon de la famille ou du domicile conjugal;
- mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible;
- stérilité définitive médicalement établie;
- maladie grave et incurable de l'un des époux découverte pendant le mariage;
- incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal.

Si la plupart des causes de divorce énumérées par l'article 166 peuvent toutes être invoquées indifféremment par chaque époux, il y a une exception notable : le défaut d'entretien de la femme par le mari, qui ne peut

²⁸² DIAL F. B., *Mariage et Divorce à Dakar*, précité.

²⁸³ FALL P. T., La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais, précité.

²⁸⁴ Sur le divorce de l'absent, MBAYE M. N., *Nouvelles annales africaines*, n°1-2009, p. 96 et s. et sur le phénomène des migrations féminines, COULIBALY-TANDIAN O. K., *Le savoir circuler au féminin : stratégies d'actrices, diversité des parcours et impacts sur les rapports sociaux de sexe*, Communication au symposium Migration et mondialisation (enjeux actuels et défis futurs), Dakar, les 18 au 20 novembre 2009.

être invoqué que par la femme. A ceci s'ajoute la question très débattue du divorce pour incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal qui est considéré par certains comme une forme de répudiation déguisée.

Sur le terrain, sur 593 décisions recensées, il apparaît une prédominance du divorce prononcé pour incompatibilité d'humeur, suivi respectivement du divorce pour défaut d'entretien, abandon de famille ou de domicile, du divorce par consentement mutuel, pour injures graves rendant intolérable le maintien du lien matrimonial, le divorce pour mauvais traitement et sévices. Les autres causes de divorce ont un caractère marginal (maladie, adultère ou non-respect des engagements) ou ne sont pas représentées du tout (condamnation à une peine infamante, absence déclarée ou stérilité médicalement établie). Pour chacune des formes de divorce contentieux étudié, la cause invoquée est rarement exclusive : soit le demandeur invoque deux ou plusieurs causes simultanément, soit le défendeur réagit en invoquant à son tour une cause qui lui est propre, soit enfin c'est le juge lui-même qui en soulève une d'office lorsque les parties n'établissent pas le bien fondé de leurs prétentions. Ainsi, certaines causes sont presque systématiquement couplées tels que le défaut d'entretien et l'abandon de domicile ou de famille ou encore les injures graves et sévices.

On constate enfin que les femmes obtiennent le divorce en se fondant principalement sur l'incompatibilité d'humeur et le défaut d'entretien par le mari. La particularité de ces deux causes réside dans le fait qu'elles existaient avant l'avènement du Code de la famille mais aussi, et surtout qu'elles permettent de dissimuler la ou les vraies causes motivant la demande en divorce.

Nous envisagerons successivement les causes invocables par les deux époux (3.1), le défaut d'entretien de la femme par le mari (3.2) et le divorce pour incompatibilité d'humeur (3.3).

3.1. Les causes invocables par les deux époux

3.1.1. L'absence déclarée de l'un des époux

L'absence est définie par l'alinéa premier de l'article 16 du Code de la famille comme la situation juridique d'une personne dont le manque de nouvelles rend l'existence incertaine. Elle constitue ainsi une situation de fait devant être constatée par la justice. Cette procédure concerne le plus souvent les hommes puisque, traditionnellement, ce sont eux qui quittent leur famille pour aller chercher fortune ailleurs, même les femmes commencent aussi à être concernées²⁸⁵. En pratique, cette cause n'est presque jamais invoquée dans le cadre d'une procédure de divorce. En présence d'une absence, le conjoint préfère le plus souvent invoquer d'autres causes de divorce notamment pour défaut d'entretien, abandon de famille ou de domicile conjugal²⁸⁶.

²⁸⁵ MBAYE M. N., Le divorce de l'absent, précité.

²⁸⁶ NDIAYE Y., Le divorce et la séparation de corps, *N.E.A* 1979, p 46.

3.1.2. L'adultère de l'un des époux

L'adultère est défini comme un manquement par l'un des époux à l'obligation de fidélité qui pèse sur lui. Concrètement, il consiste à avoir une relation sexuelle avec une personne autre que son conjoint. Il est réprimé par l'article 329 et suivant du Code pénal. L'adultère est une cause de divorce pouvant être invoquée aussi bien par l'homme que par la femme. Il s'agit là d'une évolution notable par rapport aux droits coutumiers. En effet, ces droits traitaient plus gravement l'adultère de la femme que celui du mari²⁸⁷. De fait, son contenu reste à géométrie variable dans le couple polygame dans la mesure où, pour la femme, il est toujours constitué alors que pour l'homme, il est relatif. Ainsi l'alinéa 2 de l'article 129 du Code de la famille précise : « Toutefois, pour les maris polygames, les usages tolérés par la coutume ne sauraient en eux-mêmes constituer l'adultère ».

L'adultère est une cause péremptoire de divorce qui ne laisse aucun pouvoir d'appréciation au juge du fond : s'il est prouvé, le divorce doit être prononcé²⁸⁸. Le divorce pour cause d'adultère fait partie de la catégorie de divorce pour faute et ne peut être obtenu par l'époux qui l'invoque que s'il apporte la preuve de l'acte d'adultère. L'administration de cette preuve est particulièrement difficile, l'adultère étant une infraction pénale au Sénégal²⁸⁹. Les exigences de la jurisprudence, en matière de preuve de l'adultère, sont une reproduction de l'article 331 alinéa 2 du Code pénal²⁹⁰. En pratique, soit l'adultère est prouvé par flagrant délit, soit il est prouvé par l'aveu de l'époux convaincu d'adultère. Cet aveu peut résulter de ce que l'époux incriminé ait reconnu avoir eu un enfant avec un tiers durant le mariage ou encore de l'épouse qui ne nie pas avoir mis au monde un enfant qui n'est pas issu des œuvres du mari²⁹¹.

Dans la pratique des tribunaux, aussi bien les femmes que les maris font recours à cette cause de divorce. Il faut noter que, dans beaucoup de décisions, à défaut de preuve des allégations d'adultère, le divorce est prononcé pour injure grave²⁹² s'il y a des faits compromettants et en l'absence de preuve de relations charnelles (par exemple le fait de surprendre son mari avec sa maîtresse dans la maison conjugale²⁹³). De la même manière, il arrive au juge de prononcer le divorce pour inconduite notoire ou pour comportement indigne parce que l'époux demandeur de divorce pour cause d'adultère, n'a

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ Elle est punie d'une amende de 20 000 à 100 000 FCFA sur la seule action de l'autre époux qui est maître des poursuites (Code pénal, art. 330).

²⁸⁹ L'article 331 alinéa 2 du Code pénal dispose : « les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité [d'adultère] seront, outre le flagrant délit, celles résultant de l'aveu ou des lettres ou autres pièces écrites par le prévenu ». Selon l'article 331, le complice de l'adultère sera passible de la même peine que le coupable.

²⁹⁰ TD Pikine n°325 du 24 avril 2006 dans lequel le juge prononce le divorce aux torts et griefs partagés des époux pour abandon du domicile conjugal (la femme) et adultère (contre le mari ayant reconnu avoir eu un enfant hors mariage alors qu'il était marié ; TDHC Dakar n°8 du 5 mai 2010 prononçant le divorce notamment aux torts de la femme pour adultère, celle-ci ayant reconnu avoir entretenu des relations sexuelles avec un autre homme avec lequel elle a eu un enfant ; TD Rufisque n°62 du 9 février 2012 dans lequel c'est le mari qui reconnaît avoir une fille avec une dame autre que son épouse.

²⁹¹ Voir par exemple : TD Mbour n°47/12 du 4 août 2010.

²⁹² TD Rufisque, jugement n°154 du 15 juin 2010.

²⁹³ TD Rufisque n°247 du 25 août 2005 ; TD Thiès n°586 du 5 novembre 2001.

pas été en mesure d'en établir la preuve²⁹⁴. Dans une affaire, le juge relève « le manquement à l'obligation de réserve de la femme de par ses voyages répétés et en nouant une relation amoureuse, humiliant ainsi son mari » alors même que l'époux était dans l'impossibilité d'apporter la preuve de l'adultère qui l'aurait poussé à répudier sa femme²⁹⁵. Ces exemples posent problème dans la mesure où on peut arguer que bien qu'aucune preuve de l'adultère ne soit apportée, l'honneur et la réputation de la femme sont ternis par les accusations du mari et la sanction du juge qui à travers « les torts partagés », légitiment les accusations du mari.

Dans le contexte sénégalais, il faut noter que l'adultère est considéré comme une cause honteuse et taboue, ce qui explique son manque de succès. Ainsi sur près de 600 décisions dépouillées, seules quatre sont directement relatives à l'adultère.

3.1.3. La condamnation de l'un des époux à une peine infamante

La peine infamante peut frapper aussi bien l'homme que la femme ayant commis une infraction pénale. Pendant longtemps, l'organisation socio-économique faisait que les hommes étaient plus exposés que les femmes en matière de conflit avec la loi pénale (sauf pour l'avortement, l'infanticide et les coups et blessures). Mais les mutations de la société font de plus en plus que les femmes s'exposent aux mêmes types de délinquance que les hommes et par voie de conséquence aux mêmes peines²⁹⁶.

3.1.4. Non-respect des engagements pris en vue du mariage

Cette cause de divorce est très rarement invoquée par les époux au moment du divorce. Selon NDIAYE, elle concernerait par exemple le refus du mari de verser la partie reliquataire de la dot au terme convenu, le non-respect du mari de l'option de monogamie (ce qui serait aussi une violation de la loi) et la tentative de modification du régime matrimonial (ce qui serait une fraude)²⁹⁷. Dans la pratique judiciaire du divorce, le juge a tendance à assimiler le non-respect des engagements pris en vue du mariage au non versement de la dot ou de la fraction de la dot non libérée par le mari²⁹⁸. Dans une affaire jugée par le TD de Thiès en 2008, l'époux demande le divorce parce que « sa femme refuse de rejoindre le domicile conjugal sous l'influence de sa mère » alors que l'épouse soutient pour sa défense que son mari a « violé les engagements souscrits en vue du mariage, notamment celui consistant à la laisser continuer ses études » et a cessé de l'entretenir. Le juge n'a pas choisi d'explorer cette piste et a prononcé le divorce aux torts partagés pour défaut d'entretien et incompatibilité d'humeur²⁹⁹.

²⁹⁴ TD Mbacké du 23 décembre 2009.

²⁹⁵ Sur les critères que doit remplir la peine infamante voir NDIAYE Y., Le divorce et la séparation de corps, précité, p. 48.

²⁹⁶ NDIAYE Y., Le divorce et la séparation de corps, précité, pp. 51 et 52.

²⁹⁷ Voir article 6 de la loi n°67-04 du 24 février 1967, JOS du 1^{er} mars 1967. Voir aussi : TD Thiès n°107 du 15 mars 2004.

²⁹⁸ TD Thiès n°365 du 28 juillet 2008. Voir aussi TD Thiès n°569 du 15 décembre 2003, opposant S.D c/ I.D dans laquelle la femme a soulevé, en plus du non-respect des engagements, les mauvais traitements excès et sévices. Le second moyen étant suffisamment établi, juge l'a retenu pour prononcer le divorce aux torts exclusifs du mari.

²⁹⁹ Voir les ouvrages respectivement de NDIAYE Y. et de DIAL F. B. précités.

3.1.5. L'abandon de famille ou du domicile conjugal

L'abandon de domicile conjugal ou de famille est le fait pour un époux de quitter le domicile commun sans l'accord de son conjoint ou de ne pas s'acquitter des obligations inhérentes à son statut d'époux. Cette cause de divorce peut ainsi être indifféremment invoquée par l'homme et la femme, mais, dans les faits, cette cause de divorce concerne plus les hommes. En effet, la loi comme la coutume fait peser à titre principal sur le mari la prise en charge des dépenses familiales. Il arrive bien souvent que des maris indécis refusent de s'acquitter de cette obligation en abandonnant à eux-mêmes femme et enfants. Plus de 66% des demandes de divorce fondées sur cette cause de divorce émanent ainsi de femmes.

Mais cette cause de divorce n'épargne pas les femmes qui ont parfois encore tendance à rejoindre le domicile de leurs parents parce que leur ménage est en crise. Cette pratique traditionnelle (*faay* en wolof) consiste pour l'épouse à quitter son ménage jusqu'à ce que le mari vienne la chercher ; elle tend donc à un règlement des différends sous la supervision des parents, lesquels deviennent garants de l'accord³⁰⁰. La pratique du *faay* est condamnée par le droit moderne à travers « l'abandon de famille ou du domicile conjugal » comme cause légale de divorce. Beaucoup de femmes l'apprennent à leurs dépens. En effet, le mari, même fautif, profite parfois de cette cause de divorce pour obtenir une décision de dissolution aux torts exclusifs de leur épouse pour abandon de famille ou de domicile conjugal³⁰¹.

Ainsi dans une affaire, une femme est condamnée pour abandon de domicile alors même que souhaitant vivre aux côtés de son mari, elle refuse de rester au village alors que celui-ci est en permanence à Dakar. Pourtant, le juge rappelle « que la seule exception dont souffre l'article 153 du Code de la famille, c'est lorsque la résidence fixée par le mari présente pour elle et pour ses enfants des dangers d'ordre physiques ou d'ordre moral (...)»³⁰². De la même manière dans une autre espèce, le juge retient l'abandon de famille contre la femme et le défaut d'entretien contre le mari, pour prononcer le divorce aux torts partagés alors même qu'il apparaît dans les faits que c'est parce que « son mari a cessé de l'entretenir (...) et a toujours refusé qu'elle exerce une activité professionnelle » que la femme a quitté le domicile conjugal »³⁰³.

3.1.6. Les mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible

Tout époux qui en est victime est fondé à demander le divorce pour cause de mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves rendant l'existence en commun impossible. La pratique des tribunaux départementaux

³⁰⁰ Parmi les demandes dépouillées, presque 34 % des demandes de divorce fondées sur cette cause émanent des hommes. Pour des exemples édifiants voir THIAO A., Typologie des causes de divorces invoquées devant le tribunal départemental de Dakar, Mémoire de maîtrise, UCAD 2010-2011 (sous la direction de P. T. FALL)

³⁰¹ TD Pikine n°118 du 8 février 2011.

³⁰² TD Pikine n°295 du 11 avril 2004.

³⁰³ Ce cas de violence conjugale jusque-là tabou devient de plus en plus répandu et discuté sur la place publique avec la création de l'association au Sénégal des maris battus. Voir aussi dans la jurisprudence : un mari traité d'esclave par sa femme (TD Rufisque n°6 du 5 janvier 2012), le fait d'avoir un comportement irrespectueux à l'égard de son époux (TD Thiès n°348 du 17 juillet 2000, n°37 du 14 janvier 2000), etc.

démontre qu'elle est invoquée aussi bien par le mari que par la femme. En ce qui concerne les décisions dépourvues, on peut noter que plus de 70 % des cas basés sur cette cause légale émanent des femmes.

Cette cause renferme plusieurs réalités à contenus variables : violence conjugale, violence à l'égard des femmes et/ou des enfants, ou encore, hypothèse beaucoup plus rare, violence à l'égard du mari³⁰⁴. Il s'agit d'une notion élastique entre les mains du juge de la famille et c'est l'une des causes les plus libérales en termes d'interprétation jurisprudentielle³⁰⁵. Ainsi, l'interprétation donnée de la notion de « mauvais traitements » permet aussi d'y inclure la violence exercée en dehors de la famille au sens strict, notamment par la belle-famille, souvent du côté du mari, ou les proches ou alliés.

Dans certaines décisions, le juge requalifie d'office la cause de divorce s'il apparaît que la femme a fait l'objet de châtiments corporels. Ainsi, dans une procédure de constat d'abandon de famille assorti de propos grossiers de la femme, le juge a prononcé le divorce aux torts exclusifs du mari pour mauvais traitement, excès et sévices, rendant justifié le départ de la femme³⁰⁶.

En l'absence d'une définition légale des injures graves, le juge retient des comportements divers et variés en vue du prononcé du divorce. Ainsi, le juge qualifie d'injure grave le fait pour un homme d'émettre un doute sur la paternité de l'enfant né du mariage en dehors d'une action régulière en désaveu de paternité³⁰⁷ ou d'accuser son épouse des « mœurs légères »³⁰⁸, ou encore pour une femme de traiter son mari d'impuissant ou sa belle-mère de prostituée³⁰⁹. L'appréciation du caractère injurieux des faits reprochés, de leur gravité ainsi que leur caractère intolérable pour le maintien du lien conjugal relève du pouvoir souverain des juges du fond³¹⁰.

L'injure constitue ainsi à côté de l'incompatibilité d'humeur l'une des causes les plus permissives. En effet, à côté de ce qui relève naturellement de l'injure grave, le juge assimile certains comportements à l'injure telle que la répudiation de la femme par le mari ou l'atmosphère ou les circonstances dans lesquelles les faits se sont produits. Il en est de même du délaissement affectif sans raison valable. Ainsi, toutes les fois que le juge est saisi à la suite d'une répudiation, il prononce toujours le divorce sur le fondement de l'injure grave aux torts exclusifs du mari³¹¹ et alloue à la femme des dommages et intérêts³¹². Parfois, le juge ne prend même pas la peine de qualifier la répudiation d'injures et vise directement la répudiation comme cause du divorce. Il en est ainsi dans une décision du TDHC de Dakar dans laquelle, le juge « prononce le divorce entre les époux (...)aux torts exclusifs du mari pour répudiation »³¹³.

³⁰⁴ FALL P. T., *Réflexions critiques sur le divorce*, précité.

³⁰⁵ TD Mbour n°101 RG n° 57/2011 du 30 mars 2011.

³⁰⁶ Justice de Paix Dakar, n° 364 du 26 mai 1977, époux Diallo.

³⁰⁷ TD Pikine n°107 du 16 janvier 2006.

³⁰⁸ TD Thiès n°107 du 6 mars 2008.

³⁰⁹ TDHC Dakar n°1215 du 12 juin 1996. Voir aussi : Cour de Cassation civ. et com., arrêt du 2 décembre 1998, n°06/RG/1998, n° 60614.

³¹⁰ TD Rufisque n°2 du 8 janvier 1981, TD Tivaouane n°81 du 28 mai 2009 ; TDHC Dakar n°2396 du 3 novembre 2009 ; TDHC Dakar n°55 du 12 janvier 2010.

³¹¹ TD Thiès n°91 du 10 février 2012.

³¹² TDHC Dakar n°55 du 12 janvier 2010.

³¹³ T. Paix de Rufisque n°2 du 8 janvier 1981.

Il arrive aussi au juge de prononcer le divorce aux torts réciproques des conjoints pour « injures graves rendant intolérable le maintien du lien conjugal » pour sanctionner l'homme d'avoir répudié sa femme et la femme pour avoir injurié sa belle-mère³¹⁴. De la même manière le juge peut prononcer le divorce aux torts réciproques des époux pour injures graves alors que les faits mettent en lumière la répudiation et l'abandon des enfants par le mari qui pour sa défense arguait d'une prétendue relation amoureuse de sa femme³¹⁵. Ces décisions illustrent bien la complexité de la réalité des affaires de divorce ; elles montrent aussi qu'une répudiation peut aisément se trouver « requalifiée » en divorce aux torts partagés.

3.1.7. La stérilité définitive médicalement établie

Le but du mariage est de fonder une famille et la stérilité définitive médicalement établie est donc encore aujourd'hui une cause de divorce. En tout état de cause, ce texte ne fait pas de discrimination entre l'homme et la femme, puisque la stérilité peut être constatée autant du côté de la femme que de celui du conjoint. En pratique, en cas d'infertilité du couple, l'homme n'est pratiquement jamais stigmatisé sauf dans l'hypothèse où il n'a pu consommer le mariage pour impuissance. La femme qui n'enfante pas en souffre même si elle n'est pas responsable de cette situation³¹⁶. Enfin, la pratique répandue de la polygamie fait que les hommes sont moins intéressés par cette cause de divorce. Au lieu de divorcer, ils préfèrent convoler en secondes noces. C'est peut-être pour cette raison qu'une telle cause de divorce est pratiquement anecdotique en jurisprudence.

3.1.8. La maladie grave de l'un des époux découverte pendant le mariage

Il n'existe pas dans le Code de la famille une définition ou une liste indicative des maladies graves et incurables pouvant être à l'origine du divorce. La seule condition requise dans le code c'est qu'elle soit découverte par l'autre époux pendant le mariage. Dans le langage médical, est considéré comme une maladie grave et incurable celle qui met en jeu le pronostic vital de la personne et pour laquelle un traitement curatif n'est pas possible à l'état actuel de la science médicale. C'est une cause de divorce floue, complexe³¹⁷ et difficile à utiliser parce qu'elle peut affecter la dignité de la personne et heurter dans certaines circonstances la morale. De plus, l'administration de sa preuve n'est pas aisée en raison du secret médical qui est opposable, même au conjoint³¹⁸. En outre, pour des raisons d'ordre moral, il est mal vu d'invoquer cette cause surtout quand on est une femme. C'est ce qui explique qu'elle soit une cause particulièrement tabou et résolument écartée au moment de décider du divorce. Nous n'avons pu trouver qu'une seule décision portant sur cette cause de divorce sur près de six cents décisions collectées. Ainsi, un mari a pu aussi obtenir le divorce sur le fondement

³¹⁴ TD Mbour n°47 du 4 août 2010.

³¹⁵ Selon DIOP, « la fonction des prestations matrimoniales est de transférer les pouvoirs de procréation de la femme dans le lignage de l'homme », voir DIOP, A. B., *La famille Wolof*. Paris : Karthala, 1981, p. 202.

³¹⁶ Elle est complexe parce qu'une pathologie peut être grave sans être incurable ; de même, une pathologie peut être simple mais incurable. D'autres maladies dites chroniques comme le diabète et l'hypertension artérielle sont considérées comme des pathologies incurables. Mais leur degré de gravité dépend de la nature de la complication, par exemple : insuffisance rénale ou accident cardio-vasculaire. Ou encore : neuro-palu (entretien avec Dr Aminata DIAGNE, médecin gynécologue au centre hospitalier Gaspard CAMARA, avril 2013).

³¹⁷ TD Pikine n°392 du 7 juillet 2009.

³¹⁸ TDHC Dakar n° 196 du 29 janvier 2009.

de cette cause parce que sa femme était dépressive³¹⁹. Le mari a versé dans le dossier un certificat de constatation de la maladie de sa femme délivré par un médecin. Le tribunal a fait ordonner une enquête par les services sociaux sur l'état de santé de la femme avant de prononcer le divorce pour cette cause.

Dans le cas où c'est le mari qui obtient le divorce pour maladie grave et incurable, une pension alimentaire est due à la femme pour compenser la disparition de l'obligation d'entretien. Elle peut être allouée pour une durée de trois ans au maximum et prend effet à compter du jugement. Mais, elle cesse si le mari établit qu'il n'a plus de ressources ou si la femme se remarie avant l'expiration de ces délais³²⁰. Dans le cas cité précédemment, le juge a pris acte de ce que le mari divorçant s'engageait à continuer de s'occuper de son ex-épouse en précisant qu'il allait la garder chez lui comme « ses parents ne veulent pas s'occuper d'elle et compte tenu qu'ils ont deux enfants majeurs »³²¹.

3.2. Le défaut d'entretien de la femme par le mari

Cette cause de divorce ne peut être invoquée que par la femme. Elle est étroitement liée au fait que la loi fait peser sur le mari une obligation d'entretien au profit de sa femme. Tout manquement de sa part autorise la créancière de l'obligation à demander et obtenir le divorce. Le défaut d'entretien de la femme par le mari est une cause de divorce que le Code de la famille emprunte directement au rite musulman malékite et à la coutume³²².

Cette différence de traitement en faveur de la femme n'est pas fortuite : l'obligation d'entretien de la femme est sans doute la contrepartie des pouvoirs importants que le Code reconnaît à l'époux en ce qui concerne la direction du ménage³²³. Ainsi cette cause de divorce est considérée comme la conséquence d'une obligation qui pèse sur le mari en vertu du mariage. Le mari est tenu, comme nous l'avons déjà dit, de pourvoir à l'entretien de sa femme. Néanmoins, les mutations familiales et sociales peuvent amener à poser le débat sur l'opportunité d'une telle cause de divorce aujourd'hui, dans un contexte où, notwithstanding les dispositions impératives du Code de la famille, beaucoup de ménages ne survivent que grâce aux femmes.

Le nombre élevé de divorces pour défaut d'entretien relevé dans l'étude illustre parfaitement le succès de cette cause de divorce auprès des femmes : le défaut d'entretien représente pratiquement le tiers des décisions collectées, environ 200 sur 593 collectées³²⁴. Cependant, il faut noter que le défaut d'entretien cache souvent une autre cause inavouable : l'impuissance du mari, la rupture de vie com-

³¹⁹ Art. 262 du Code de la famille modifiée par la loi n°89-01 du 17 janvier 1989, JO n°18.2 du 3 juin 1989.

³²⁰ TDHC Dakar n°196 du 29 janvier 2009.

³²¹ NDIAYE Y, Le divorce et la séparation de corps, précité, p. 49.

³²² Art. 152 du Code de la famille.

³²³ TD Saint-Louis n°74 du 19 mai 2010 ; TD Rufisque n°244 du 26 novembre 2007 ; TD Thiès n°536 du 13 novembre 2006 ; TD Thiès n°431 du 21 juillet 2013 ; TD Pikine n°678 du 4 décembre 2000 ; TD Thiès n°91 du 10 février 2012.

³²⁴ Le divorce pour cause d'absence est particulièrement long à obtenir ; voir MBAYE M. N, « Le divorce de l'absent en droit sénégalais » NEA, n°1, 2009, p. 93s.

mune, l'infidélité de l'époux volage, l'abandon de famille ou l'absence prolongée du mari³²⁵. Ainsi le défaut d'entretien invoqué par la femme et retenu par le mari peut cacher une absence du mari qui, depuis son retour à l'étranger, n'a pas donné de nouvelle³²⁶.

Les femmes invoquent parfois aussi cette cause pour obtenir l'indépendance nécessaire pour mener une activité économique. Ainsi, le juge a prononcé le divorce pour incompatibilité d'humeur alors que la femme, demanderesse, avait fondé son action sur le défaut d'entretien. Le juge a estimé que la femme a toujours vécu convenablement dans la situation qu'elle dénonce alors que rien n'a changé. Selon lui, la femme ne voulait plus rester dans les liens du mariage, qui plomberaient sa nouvelle activité économique³²⁷. Comme la sociologue Fatou Binetou DIAL l'a montré dans son ouvrage de 2008, le divorce est parfois un moyen d'émancipation et de promotion économique pour certaines femmes³²⁸.

3.3. L'incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal

Cette cause de divorce est la plus critiquée de l'article 166 du Code de la famille. Il s'agit en effet d'une cause de divorce très permissive permettant à tout conjoint, l'homme ou la femme, de sortir facilement des liens du mariage. Elle a été perçue par la doctrine comme un moyen de faire survivre la répudiation³²⁹, un auteur allant jusqu'à qualifier le divorce pour incompatibilité d'humeur de « répudiation déguisée »³³⁰.

Cette même crainte a animé le législateur sénégalais. En effet, celui-ci prévoit que le mari qui obtient le divorce sur le fondement de l'incompatibilité d'humeur doit verser une pension alimentaire à son ex-épouse³³¹. Cette pension peut durer entre six mois et un an en vue de compenser la perte de l'obligation d'entretien au bénéfice de la femme ; cette pension n'est pas subordonnée à une situation précaire de la femme³³². C'est la loi n°89-01 du 17 janvier 1989 qui a augmenté la durée de la pension en la portant aux délais actuels (de six mois à un an). Avant ladite réforme, la pension était de trois mois. Cette évolution législative a conforté la position doctrinale selon laquelle l'incompatibilité d'humeur est une forme de répudiation. De plus, dans la pratique judiciaire, elle peut être invoquée sans que l'époux n'avance de faits précis ; le juge se refusant tout pouvoir d'appréciation, le cas échéant. Un auteur parle d'ailleurs de « la rançon de la liberté de l'homme » à propos de la pension alimentaire versée à la femme en cas de divorce pour incompatibilité d'humeur à la requête de l'homme³³³.

Dans l'absolu, l'assimilation de l'incompatibilité d'humeur à la répudiation nous semble néanmoins excessive.

³²⁵ TD Mbour n°166 du 17 juillet 2001.

³²⁶ TD Diourbel n°76/12 du 1 juin 2012.

³²⁷ DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*, Paris : Karthala - CREPOS, 2008.

³²⁸ NDIAYE I. Y., Réflexions sur une cause de divorce : l'incompatibilité d'humeur, *EDJA* n° 13, 1987, p. 2.

³²⁹ NDIAYE I. Y., Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel, *Revue sénégalaise de droit* n° 36, janvier-juin 2011, p 13 et s spécialement p 36.

³³⁰ A l'inverse, la femme peut demander et obtenir le divorce pour incompatibilité d'humeur sans s'exposer au versement d'une pension alimentaire.

³³¹ NIANG M. B., Solidarité familiale et vulnérabilité économique en droit de la famille sénégalais, *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.

³³² NDIAYE I. Y., Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel, précité.

³³³ NDIAYE I. Y., Réflexions sur une cause de divorce, précité, p. 2.

En premier lieu, l'incompatibilité d'humeur n'est pas, du moins légalement, une cause de divorce expressément réservée à l'homme. Chaque époux, homme ou femme, est légalement fondé à demander le divorce sur cette base. La répudiation, en revanche, relève quasiment du pouvoir exclusif du mari qui peut en abuser (même si les coutumes énumèrent les causes de divorce). En second, l'étude de la jurisprudence sénégalaise démontre que l'incompatibilité d'humeur n'est pas une cause de divorce exclusivement invoquée par les hommes. Ainsi, dans le cadre de cette étude, sur l'ensemble des décisions recueillies sur la question, un peu plus de 78% des demandes en divorce émanent des femmes et seulement à peine 22% concernent les hommes.

Cette cause de divorce offre une grande flexibilité aux parties³³⁴ et au juge qui n'est pas tenu de caractériser les éléments constitutifs de l'incompatibilité d'humeur³³⁵. Cependant, il est de jurisprudence constante que le juge prononcera le divorce aux torts exclusifs de l'époux qui invoquerait l'incompatibilité d'humeur sans articuler aucun grief³³⁶ puisque cela permettrait de supposer que l'autre époux n'a commis aucune faute. Pour caractériser l'absence de faute de l'autre conjoint, le juge met l'accent sur « la volonté de rompre univoque de l'époux demandeur³³⁷. Le juge peut aussi prononcer l'incompatibilité d'humeur aux torts et griefs réciproques ou partagés³³⁸, en considérant, par exemple, que « compte tenu du milieu dans lequel évolue le couple et du climat à la limite malsain qui caractérise les relations entre C. Diallo et famille de son épouse, il est aisé de constater que l'incompatibilité est suffisamment profonde (...) »³³⁹.

Curieusement, il apparaît enfin que lorsque l'un des époux demandant le divorce ne parvient à prouver la cause invoquée, le juge soulève d'office cette cause de divorce ; il semble en effet convaincu que l'époux divorçant n'entend pas rester dans les liens du mariage. Il prononce alors le divorce aux torts exclusifs de celui-ci malgré le fait qu'il soit démontré que l'incompatibilité d'humeur est une cause de divorce objective³⁴⁰.

En fin de compte, l'incompatibilité d'humeur comme cause de divorce garantit tout à fait la liberté de rupture en matière de mariage ; elle évite de rendre indissoluble le mariage alors que l'union devient un enfer pour l'un des époux, lequel ne peut invoquer avec succès les autres causes de divorce.

4. LES EFFETS DU DIVORCE

Cette partie a pour but de donner un aperçu des deux séries d'effets produits par le divorce : les effets patrimoniaux (4.1) et extrapatrimoniaux (4.2). Il s'agit ici d'envisager les effets du divorce qui sont encadrés par le droit et le juge. Les solutions juridiques trouvées pour assurer l'égalité des époux au moment

³³⁴ TD Thiès n°158 du 04.03.2011.

³³⁵ TDHC de Dakar n°414 du 25.02.2009.

³³⁶ TD Pikine n°210 bis du 27.02.04 et n° 60 du 19.01.2004.

³³⁷ TD Saint-Louis n°153 du 08.06.2011, TD Thiès n°319 du 28.06.2010.

³³⁸ TD Pikine n° 174 du 23.02.2004.

³³⁹ NDIAYE I. Y., *Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel*, précité et FALL P. T., *Réflexions critiques sur le divorce en droit sénégalais*, précité.

³⁴⁰ Sur toutes ces questions voir notamment GUINCHARD S., *Droit patrimonial de la famille du Sénégal*, Coll. Bibliothèque africaine et malgache, t. XXXII. Paris, Dakar et Abidjan : LGDJ et Nouvelles éditions africaines, 1980.

de la dissolution du mariage ne doivent pas occulter qu'en pratique une grande partie des divorces (en particulier en cas de répudiation) se règle entre les familles, sans intervention du juge.

4.1. Les effets patrimoniaux du divorce

4.1.1. La dissolution du régime matrimonial

Cette question pose peu de difficultés en droit sénégalais. L'article 368 du Code de la famille prévoit trois types de régimes auxquels les époux peuvent adhérer sans possibilité de les modifier : la séparation des biens (a), le régime dotal (b) et le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts³⁴¹ (c).

a) **Le régime de la séparation des biens** est le régime de droit commun, applicable à défaut de choix exprès de l'un des deux autres régimes. L'époux polygame et les époux dont le mariage n'est pas déclaré à l'état civil sont obligatoirement soumis au régime séparatiste³⁴². Ce régime est d'ailleurs conforme à la tradition africaine : à la dissolution du mariage chaque époux repart avec ses biens. Il est vrai que pendant la vie harmonieuse du couple, la distinction peut être difficile. La loi pose des règles de preuve applicables à l'article 381 du Code de la famille. Le contentieux de la propriété se pose très rarement et concerne essentiellement les biens meubles. L'époux revendiquant parvient en général à établir son droit en produisant des factures ou par témoins³⁴³.

b) **Le régime dotal** est le régime par lequel la femme reçoit, à l'occasion de son mariage, des biens donnés par d'autres personnes que son conjoint. Ces biens (immeubles immatriculés, valeurs mobilières déposées dans un compte dotal ou des animaux constituant un cheptel) appartiennent à la femme mais sont gérés par le mari durant le fonctionnement dudit régime. A la dissolution du mariage, le mari devra les restituer à la femme qui en est propriétaire. Ce régime ne pose pas de problème particulier à la dissolution du mariage. De surcroît, sur l'ensemble des décisions recueillies, aucune ne révèle l'option d'un tel régime.

c) **Le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts** ne peut être choisi que lorsque le mari a opté en faveur de la monogamie, ce qui fait que peu de gens ont recours à ce régime. En droit sénégalais, ce régime fonctionne comme celui de la séparation des biens. Ce n'est qu'à la dissolution qu'il y a lieu de distinguer entre biens exclus de la liquidation et les autres biens³⁴⁴. Dans la pratique des tribunaux départementaux, les juges nomment un notaire pour liquider la communauté sous la supervision d'un juge commissaire³⁴⁵. Il faut noter que ces règles relatives à la liquidation ne sont applicables

³⁴¹ Comme déjà dit plus haut, le mariage coutumier non constaté est malgré tout valable. Il est seulement à effets limités.

³⁴² Pour les immeubles, l'article 379 du Code des obligations civiles et commerciales est le seul applicable. Et celui-ci n'autorise comme moyen de preuve que la mention figurant au livre foncier. Voir Cour suprême, arrêt n°53 du 28 mai 1980, Revue EDJA n° 18 du 25 août 1990.

³⁴³ Voir article 393 alinéa 2 du Code des obligations civiles et commerciales.

³⁴⁴ Par exemple : TDHC Dakar n°199 du 29 janvier 2008, voir THIAO A., Typologie des causes de divorce invoquées devant le tribunal départemental de Dakar, Mémoire de maîtrise, FSJP/UCAD, 2010-2011 (sous la direction de P. T. FALL), annexe n°12.

³⁴⁵ L'article 158 alinéa 2 du Code de la famille dispose : « Ce consentement [des époux divorçant par consentement mutuel] doit porter non seulement sur la rupture du lien conjugal mais aussi sur la situation des anciens époux quant aux biens et sur le sort réservé aux enfants issus du mariage ». Dans ce type de divorce, le juge ne fait que constater l'accord des parties.

que dans les hypothèses de divorce contentieux. En effet dans le divorce par consentement mutuel, ce sont les époux eux-mêmes qui règlent les effets patrimoniaux de la dissolution de leur mariage³⁴⁶.

4.1.2. Le versement d'une pension alimentaire à l'ex-époux

La loi prévoit que l'époux devra verser une pension alimentaire à son ex-conjoint dans deux hypothèses organisées par l'article 262 du Code de la famille : le divorce demandé et obtenu par le mari pour incompatibilité d'humeur (six mois à un an) ou pour maladie grave et incurable (trois ans au maximum). Le mari divorçant ne peut se soustraire à cette obligation qu'en démontrant qu'il n'a plus de ressources ou que la femme s'est remariée avant l'expiration des délais prévus par la loi.

Il existe donc sans conteste une réelle différence de traitement en faveur de la femme qui se justifie traditionnellement par la conception selon laquelle il appartient au mari de travailler pour entretenir femme et enfants. Une réflexion allant vers des dispositions en matière de pensions alimentaires prenant en compte les situations individuelles pourrait être engagée.

4.1.3. Les dommages-intérêts

Lorsque le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux, la victime peut demander au juge l'octroi de dommages-intérêts pour les préjudices résultant de la dissolution du mariage. Un préjudice purement moral peut ouvrir droit à la réparation. Ainsi, la souffrance résultant de la rupture fautive du mariage ouvre droit au versement de dommages-intérêts à la victime. Par exemple, le juge a accordé des dommages et intérêts d'un montant de 500.000 FCFA à l'épouse ayant obtenu le divorce pour mauvais traitements et sévices aux torts exclusifs du mari³⁴⁷. Il a estimé « raisonnable compte tenu surtout du préjudice moral qu'elle a subi de la rupture du lien matrimonial à cet âge [environ 30 ans] »³⁴⁸.

Les juges qui refusent d'accorder le montant demandé fondent leur décision sur l'absence de démonstration, par la victime, de la proportionnalité entre ledit montant et le préjudice subi³⁴⁹.

En matière de réparation, les époux sont traités sur un pied d'égalité même si dans la pratique des tribunaux, l'on constate que la majeure partie des demandes en dommages et intérêts satisfaites ou non émanent des femmes. En effet, au Sénégal, il arrive très souvent que des femmes abandonnent leur activité professionnelle à la demande du mari soit pour l'assister dans son activité professionnelle soit pour mieux pourvoir à l'entretien des enfants. La plupart des époux étant mariés sous le régime

³⁴⁶ Elle demandait dix millions de FCFA.

³⁴⁷ TDHC Dakar n° 2181 du 5 décembre 2006.

³⁴⁸ TDHC Dakar n° 1980 du 31 août 2010 : « que le divorce ayant été prononcé aux torts exclusifs de Kh. A. R. B., la demande de M. G. est, en son principe fondée ; qu'au demeurant, le montant de 5.000.000 FCFA est manifestement exagérée d'autant que M. G. n'a pas démontré la proportion entre ce montant et le préjudice subi ; Que la somme de 500.000 francs FCFA est plus juste... ».

³⁴⁹ La seule alternative offerte à la femme en vue de recevoir une contrepartie de ses efforts est d'invoquer la notion de société créée de fait prévue par l'article 115 et régie par les articles 864 et suivants de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique. La société créée de fait est une société induite de l'attitude de plusieurs personnes qui se comportent, souvent sans en avoir conscience, comme des associés. C'est le cas de deux époux ou concubins exploitant le fonds de commerce de l'un d'entre eux, voir BONNARD J., Droit des sociétés. Paris : Hachette 2010/2011, p. 41.

de la séparation des biens, la femme qui a contribué au succès de l'activité professionnelle de son époux ne peut en aucun cas en revendiquer une partie en cas de dissolution du mariage. La question se pose alors de savoir si la femme pourrait invoquer alors la réparation du préjudice résultant pour elle relativement au maintien de son niveau de vie. La voie de la responsabilité civile ne permet pas de conférer la propriété de droits privatifs sur les biens d'autrui. La femme ne peut donc demander que le versement de dommages-intérêts pour la réparation d'un préjudice matériel ou moral. Et encore là, faudrait-il que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs de l'ex-mari. Or que le divorce soit prononcé à ses torts ou non, l'équité aurait voulu qu'elle reçoive une compensation par rapport aux sacrifices personnels consentis pour le bien de son mari et des enfants communs. Ici aussi une réflexion pourrait être engagée pour prendre en compte certaines situations individuelles difficiles³⁵⁰.

4.2. Les effets extrapatrimoniaux du divorce

Il faut distinguer selon que les effets concernent les époux ou les enfants.

4.2.1. Dans les rapports entre époux

En ce concerne les époux, il y a cessation de tout lien juridique. Toutefois, la loi prévoit que la femme divorcée peut continuer à faire usage du nom du mari sauf si celui-ci s'y oppose expressément³⁵¹. Pendant tout le temps que dure le mariage, l'usage par la femme du nom du mari est un droit : l'usage du nom patronymique du mari est un effet du mariage. Logiquement, un tel droit doit cesser avec la dissolution du ménage. Mais en pratique, la cessation brutale de l'usage du nom de famille du mari peut causer un préjudice à la femme connue dans son activité économique, littéraire ou artistique sous le nom de famille acquis en vertu du mariage.

Un autre effet extrapatrimonial concerne exclusivement la femme. Contrairement à l'homme, elle ne peut pas se remarier sans respecter un délai de viduité. Que le mariage soit dissout par un tribunal ou par répudiation, la femme ne peut se remarier valablement sans observer un certain délai d'attente. En droit coutumier, ce délai est respectivement de 3 mois et 4 mois 10 jours selon que le mariage est dissout par divorce ou par décès du mari. L'article 112 du Code de la famille fixe ce délai à 300 jours à compter de la dissolution du précédent mariage. Le même texte prévoit également que la femme peut opter en faveur des délais abrégés, lesquels correspondent aux délais du droit coutumier. Le cas échéant, un enfant qui naîtrait après 3 mois ou 4 mois 10 jours après la rupture du mariage pour cause de divorce ou de décès du mari sera considéré irréfragablement n'étant pas issu des œuvres du précédent mari.

Le fondement de cette règle est d'éviter les difficultés qui peuvent résulter de l'établissement de la paternité de l'enfant né après la rupture du mariage. Il est vrai que l'évolution actuelle des sciences et de la médecine (ADN, groupe sanguin, etc.) permettant de lever toute équivoque par rapport à la filiation

³⁵⁰ Art. 176 alinéa 3 du Code de la famille.

³⁵¹ TDHC Dakar n°1598 du 20 juillet 2010.

d'un enfant peut pousser à se poser la question de savoir si le maintien du délai de viduité est encore pertinent. Toutefois, l'état actuel des mœurs et l'intérêt de l'enfant ne militent pas encore en faveur de spéculation systématique sur la filiation des enfants nés de mères divorcées ou veuves qui se remarient.

4.2.2. Dans les rapports avec les enfants communs

Le juge doit statuer sur la garde des enfants en tenant compte du mieux de leurs intérêts dans un contexte où il y a très souvent des tiraillements entre les parents en ce qui concerne la garde des enfants, le droit de visite ainsi que la contribution à la charge financière qu'ils représentent.

a) Le droit de garde et le droit de visite : dans le cadre des dissolutions judiciaires, le juge doit tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour avoir une vue objective de la situation des enfants, le juge fait faire une enquête sociale par un assistant social avant de prendre sa décision. On observe en pratique que les enfants en bas âge sont souvent confiés à la mère avec un droit de visite au profit du père. Dans la plupart des décisions de divorce qui confèrent la garde au père, il s'agit d'adolescents. Il arrive toutefois qu'un enfant en bas âge soit confié à son père avec qui il vit pour ne pas bouleverser l'univers de celui-ci et dans lequel il semble épanoui³⁵². En matière de droit de visite, la formule utilisée par le juge peut être source d'interprétation, celui-ci utilisant le plus souvent la formule « droit de visite le plus large » pour le père³⁵³ ou la mère³⁵⁴ selon que ce droit est dévolu à l'un ou l'autre parent.

b) Le versement d'une pension alimentaire par le père : lorsque la garde est dévolue à la mère, le juge met à la charge du père une obligation de verser une pension alimentaire pour l'entretien des enfants communs. Pour ce faire le juge tient compte des revenus du père et des besoins de l'enfant. Aussi le montant de la pension varie-t-il en fonction des ressources du père et du nombre des enfants communs à charge³⁵⁵.

Cette pension pose beaucoup de problèmes dans les rapports entre ex-époux. En effet, certains hommes trouvent trop onéreuse la pension fixée par le juge. Ils cherchent alors à tout mettre en œuvre pour ne pas la verser. Par exemple, pour se soustraire à l'obligation de payer une pension alimentaire de 250 000 FCFA par mois, un directeur d'une clinique invoque notamment la cessation de toute activité professionnelle depuis 2002 pour raison de santé et l'absence de salaire depuis avril 2002³⁵⁶. D'après de nombreux témoignages, il est même arrivé que des hommes démissionnent de leur emploi pour cesser de verser la pension. Il arrive également que l'ex-époux saisisse le juge d'une demande en révision parce qu'il est convaincu que la femme utilise la pension à d'autres fins. Parfois enfin, certaines femmes ont du mal à recouvrer la pension même si des voies de droit leur sont offertes.³⁵⁷

³⁵² Voir Mémoire THIAO A., précité, annexes 9, 12 et 13.

³⁵³ TDHC Dakar n°1598, précité « il échet de confier...Mb. C. à son père, le droit de visite le plus large étant réservé à la mère » décide le juge.

³⁵⁴ Par exemple 35 000 FCFA ou 40 000 FCFA pour un seul enfant : TDHC Dakar, respectivement n°1824 bis du 10 août 2010 et n°1015 du 10 juin 2003 ; 100 000 FCFA pour deux enfants : Dakar n°202 du 29 janvier 2008 ; ou 200 000 FCFA pour trois enfants : Dakar n°18 du 8 janvier 2008.

³⁵⁵ TDHC Dakar n°2778 du 6 mai 2003

³⁵⁶ Observations par les chercheurs engagés dans ce projet de recherche.

³⁵⁷ Voir les témoignages recueillis de femmes divorcées, in DIAL F. B., précité, pp. 142 à 144.

Comme en l'état actuel des dispositions du Code de la famille, les dépenses afférentes à l'entretien des enfants sont mises automatiquement à la charge du père, certains pères débiteurs, dont l'ex-épouse à qui est confiée la garde de l'enfant a des revenus plus importants que les leurs, acceptent mal la situation.

Si les femmes qui obtiennent la garde à la suite d'une décision de divorce reçoivent une pension alimentaire, ce n'est pas le cas pour la majeure partie de celles dont le mariage est rompu coutumièrement. De nombreuses femmes divorcées vivent avec des enfants délaissés par leur père. La contribution financière pour l'entretien des enfants dépend des revenus du mari et de sa générosité en cas de rupture coutumière³⁵⁸. Ces familles monoparentales vivent le plus souvent avec de maigres ressources (beaucoup survivent notamment grâce au petit commerce). Il y a ainsi de réelles disparités entre les femmes divorcées selon que le mariage est rompu ou non devant un tribunal.

³⁵⁸ Programme national de bonne gouvernance, avril 2002, http://www.proddel.sn/IMG/doc/Plan_National_Bonne_Gouvernance.doc et cité dans le rapport de la Cour suprême du Sénégal pour 2010.

CONCLUSION

L'évaluation de la pratique du divorce montre que le divorce prononcé par un tribunal présente de réelles garanties en matière d'équité et de sécurité juridique. Malgré ses limites (notamment la conception que les gens se font de la justice surtout dans les affaires de famille), le divorce judiciaire semble être la meilleure option en matière de rupture du mariage. Nous avons montré que les femmes sénégalaises ont recours à la justice étatique pour dissoudre leur union matrimoniale, mais elles sont encore nombreuses à avoir du mal à accéder au divorce judiciaire. Beaucoup de mariages sont dissous par voie de répudiation, pourtant interdite depuis l'entrée en vigueur du Code de la famille. La répudiation est encore un paramètre non négligeable dans la problématique des désunions entre époux.

De plus, comme le mentionne le rapport du programme national de bonne gouvernance : « pour la grande majorité de la population, la justice ne remplit pas son rôle. Elle est lente, chère, complexe, inaccessible, inéquitable et parfois inadaptée à l'environnement socioculturel³⁵⁹ ». En ce qui concerne le divorce, les difficultés sont renforcées par le manque d'assistance des services sociaux compétents souvent en léthargie faute de moyens matériels et humains satisfaisants.

Le fait que le législateur sénégalais soumet le mariage coutumier au divorce judiciaire avec obligation de régularisation préalable crée une injustice à l'égard des femmes. En effet, lorsqu'un tel mariage est rompu par répudiation, c'est seulement la femme qui s'expose à une sanction pénale puisque l'ex-mari peut se rétracter et agir contre sa femme et son nouveau mari pour que ceux-ci soient condamnés pour le délit de bigamie. Cette défaveur qui frappe les femmes s'explique par le fait que d'une part, la répudiation n'entraîne pas dissolution légale du mariage et d'autre part, le mari dont le mariage est célébré coutumièrement, est considéré légalement comme polygame. Il lui est loisible de se remarier sans divorcer judiciairement avec sa première épouse alors que celle-ci ne le peut pas. En fin de compte, c'est l'opposition entre rupture coutumière et rupture judiciaire qui permet de constater que toutes les femmes ne bénéficient pas des mêmes traitements dans le cadre de la dissolution du mariage³⁶⁰.

³⁵⁹ Voir aussi, *infra*, conclusions et propositions.

³⁶⁰ Voir aussi, *infra*, conclusion et propositions.

CONCLUSIONS ET PROPOSITIONS

Les trois parties principales de cet ouvrage montrent que le droit de la famille évolue, que ce soit sous l'impulsion du législateur ou du juge. Même si cette évolution va clairement dans le sens d'une plus grande égalité entre les femmes et les hommes, il n'en demeure pas moins des entraves à l'effectivité de l'égalité entre les époux pendant le mariage et au moment du divorce. Ainsi, nous pouvons dresser une liste des défis communs aux trois pays :

- Les éléments de la législation applicable au mariage et au divorce ne sont pas complètement en conformité avec les engagements internationaux de ces pays en matière de droits des femmes ;
- Les coutumes posent problème en terme de discrimination à l'égard des femmes et les effets qu'elles produisent peuvent placer les femmes dans des situations extrêmement difficiles ;
- La précarité sociale et économique dans les trois pays rend les femmes particulièrement vulnérables pendant le mariage et au moment du divorce ;
- Le poids de la religion et de la culture reste très fort en matière familiale et produit des conséquences en termes politiques, en particulier en ce qui concerne les possibilités de réformer le droit de la famille ;
- Enfin, les systèmes judiciaires des trois Etats, en particulier au Mali et au Niger ont d'énormes problèmes de ressources humaines et financières fond et de ressources. La justice est lente, chère, complexe, inaccessible pour la plupart, inéquitable et parfois inadaptée à l'environnement socio culturel. En ce qui concerne le divorce, les difficultés sont renforcées par le manque d'assistance des services sociaux compétents, faute de moyens matériels et humains satisfaisants.

Chaque Etat se trouve face à des défis juridiques spécifiques. Ainsi, le Mali doit assurer la diffusion et la mise en œuvre de son nouveau Code des personnes et de la famille qui pour l'instant est méconnu au sein du personnel judiciaire et de la population. Le Niger doit assurer une application effective des dispositions légales relatives à la place de la coutume dans son ordre juridique. Au Sénégal, il apparaît important que l'obligation des époux de faire enregistrer leur mariage soit mise en œuvre de manière plus systématique, afin de garantir ensuite la possibilité d'un recours au divorce judiciaire en cas de rupture du mariage.

Il est aussi possible de tirer des enseignements communs aux trois études. Il ressort principalement que, quel que soit le pays concerné et l'état de son droit positif, la répudiation est encore un paramètre non négligeable dans la problématique des désunions entre époux. Il est reconnu par tous que la pratique de la répudiation consacre une inégalité entre l'homme et la femme en matière de rupture du lien matrimonial, car cette faculté coutumière ou islamique de rompre unilatéralement les liens du mariage n'est reconnue qu'à l'époux. Ainsi, le défi qui se présente en matière de divorce est le même dans les trois pays : comment appréhender et éventuellement prendre en compte cette pratique informelle et largement répandue de rupture du mariage ?

Divorce et droit

Bien que le principe d'égalité et de non-discrimination soit reconnu constitutionnellement et dans le droit civil, des éléments discriminatoires persistent en droit de la famille. Ainsi, la référence à la puissance maritale, à l'obéissance de l'épouse à son mari et au devoir de l'époux de subvenir aux besoins de celle-ci crée une distinction fondamentale entre les époux. Le divorce pour défaut d'entretien de l'épouse par l'époux, ainsi que la possibilité, dans certains cas uniquement pour la femme, de recevoir une pension alimentaire crée de nouvelles différences de traitement entre les ex-époux. Ces conceptions du divorce, conçues comme une compensation de la différence de position existant entre les deux époux pendant le mariage, sont donc basées sur des conceptions très subjectives des rapports entre époux, conceptions subjectives qui ont néanmoins des implications réelles pour les femmes. Il en va de même pour le constat civil de la répudiation, dans le cas du Niger. On le voit ici, le droit de la famille légitime des situations intrinsèquement inégalitaires tout en tentant d'en limiter les effets les plus dramatiques. Les solutions dégagées par la jurisprudence parcellaire dans les trois pays pour requalifier ou encadrer la répudiation ont le bénéfice d'être pragmatiques et adaptées à la réalité des inégalités rencontrées en pratique. Il n'en va pas moins qu'elles confirment une inégalité en fait et parfois en droit entre les époux au moment du divorce. Pour cette raison, ces solutions posent des problèmes au vu de leur conformité avec les normes de droit international et régional des droits humains qui requièrent que les différences de traitement soient justifiées de manière objective pour être éventuellement acceptées.

L'harmonisation des textes nationaux et le cas échéant de la pratique des tribunaux avec les instruments juridiques internationaux et régionaux relatifs aux droits de la femme permettrait donc de mettre en place un cadre légal de nature à assurer une protection des droits des femmes sans forcément exclure une reconnaissance du fort pluralisme juridique existant en matière matrimoniale.

Divorce et pluralisme juridique

Comme nous l'avons vu, le Comité sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes est très critique vis-à-vis de la multiplicité des systèmes de droit de la famille, puisque dans de tels systèmes les lois et les coutumes (ou autres normes informelles) régissant le statut personnel s'appliquent en fonction de l'appartenance ethnique ou religieuse des personnes. Dans les trois pays qui nous concernent, même si la possibilité d'opter pour un régime de droit civil existe, les travaux présentés dans cet ouvrage confirment que les affaires matrimoniales et familiales sont réglées principalement de manière informelle et accessoirement devant les juridictions civiles.

Pour faire face à une situation assez semblable dans les trois pays, des choix différents ont été faits au niveau législatif et en pratique. Au Mali, le droit civil de la famille ne prend pas formellement en compte les coutumes : en principe, les deux systèmes existent indépendamment l'un de l'autre. En pratique, les populations ont très peu recours au système de droit civil, mais préfèrent se tourner vers les autorités religieuses de proximité, imam ou marabout pour faire constater ou faire procéder à la dissolution de leur mariage. Le Sénégal a choisi une solution mixte : les mariages coutumiers peuvent être

enregistrés à l'état civil, même tardivement, en revanche le divorce est nécessairement civil. Ainsi les répudiations sont interdites et la répudiation d'une femme par son mari peut entraîner le prononcé du divorce aux torts du mari. Néanmoins, les décisions collectées ont montré que tant le divorce par consentement mutuel que certaines causes de divorce pouvaient aisément couvrir des situations de répudiation. Dans ces cas-là, le juge a quand même la possibilité d'encadrer certains effets de ces séparations, mais la pratique des tribunaux judiciaires montre que cela ne se fait pas toujours en faveur de la femme. Au Niger, le pluralisme juridique est, nous l'avons vu, organisé par la Constitution. Le mariage peut être coutumier, civil et/ou judiciaire ; quant à la répudiation, elle peut être constatée par le tribunal. A cette occasion, et dans certains cas seulement, les juges, suivis plus tard par le législateur lui-même, ont développé la pratique judiciaire d'encadrer les effets néfastes de la répudiation, en particulier sur la situation économique de la femme qui peut ainsi se voir reconnaître le droit de recueillir la pension alimentaire que doit verser le père au profit des enfants dont elle a la garde. Il peut arriver, même si le cas est rare, que des dommages-intérêts soient versés par le mari à la femme pour répudiation abusive. Ainsi, une répudiation constatée judiciairement donne quasiment le même degré de protection des droits des femmes qu'un divorce judiciaire coutumier.

Les développements concernant le Niger et le Sénégal montrent clairement qu'une intervention du juge sur les effets de la répudiation assure en général une meilleure protection des droits de la femme. Néanmoins, concernant le Niger, cette approche pragmatique, qui prend en compte les coutumes qui de toute façon régissent informellement le statut personnel des nigériens, ne va pas sans poser de problèmes de conformité du droit nigérien avec le cadre international et régional des droits de l'homme. C'est bien en effet l'application de ces coutumes qui empêchent le Niger de lever les réserves posées à la Convention sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes³⁶¹.

Enfin, il faut noter que sur la très grande partie du territoire des trois Etats concernés, la majorité des cas de répudiation ne font pas, en raison notamment du difficile accès au service de la justice, l'objet de constat par le juge. Dans ces cas-là, les femmes répudiées et chassées de leur foyer ne peuvent que subir des conséquences parfois catastrophiques en termes de moyen de subsistance pour elles et pour leurs enfants.

Quelques pistes de réflexion et propositions

Quelques pistes de réflexion et propositions ont été présentées, suite aux travaux de recherche menés au Mali, au Niger et au Sénégal. Elles tentent de répondre aux défis et préoccupations identifiés et analysés au cours de ce projet de recherche. Nous les avons regroupées autour de trois axes :

Affiner le cadre législatif et judiciaire de la famille

- Mettre le droit civil de la famille en conformité avec les standards internationaux et régionaux de protection des droits humains

³⁶¹ Voir chapitre introductifs sur les réserves à La CEDEF

- Mettre en œuvre sur le terrain une obligation d'enregistrer tous les mariages
- Amener les juges à appliquer le droit positif dans son intégralité et en respectant sa hiérarchisation
- Développer une justice familiale de proximité pour mieux garantir l'égal accès à la justice et renforcer les capacités des juridictions, institutions publiques, services sociaux, institutions traditionnelles et religieuses ainsi que des organisations de la société civile

Comprendre et encadrer les coutumes d'une manière qui respecte à la fois les aspirations locales et les droits de tous

- Ouvrir un dialogue au niveau national sur le rôle des coutumes en matière matrimoniale
- Formaliser l'intervention des autorités coutumières et religieuses et amener celles-ci à protéger les droits de toutes les parties concernées
- Amener à une meilleure connaissance par les femmes des coutumes qui leur sont appliquées afin pour elles d'en tirer le meilleur avantage
- Réfléchir à un encadrement des coutumes par les autorités judiciaires

Apporter un soutien pratique accru aux femmes en situation de divorce

- Rendre la justice plus accessible aux femmes en supprimant les obstacles physiques comme l'éloignement du service public de la justice, les barrières financières et les lourdeurs de la procédure de divorce
- Mettre en place ou renforcer les capacités de structures sociojuridiques (cliniques juridiques) dans leur mission d'information, d'écoute, de conseil et de médiation au profit des femmes en instance de divorce
- Accroître et étendre l'accompagnement juridique et judiciaire au profit des femmes
- Renforcer la sensibilisation et l'information des femmes sur leurs droits.

Pour finir, l'évaluation de la pratique du divorce dans les trois études permet de conclure que le divorce prononcé par un tribunal présente de réelles garanties en matière d'égalité entre hommes et femmes et de sécurité juridique. Malgré ses limites, et notamment la conception que les gens se font de la justice surtout dans les affaires de famille, le divorce judiciaire semble être la meilleure option en matière de rupture du mariage. En pratique néanmoins, cette forme judiciaire du divorce n'est que très rarement une option. Cette réalité ne peut être ignorée ni par le législateur, ni par le juge, qui doivent assurer la protection des droits de tous les protagonistes au divorce.

BIBLIOGRAPHIE CONSOLIDÉE

Ouvrages

- ADEPOJU A., *La famille africaine : politiques démographiques et développement*. Paris : Karthala, 1999.
- ANCEL M., *Le droit de la famille en Afrique noire et à Madagascar*. Paris : AISJ, 1968.
- Bara Diop A., *La société wolof: tradition et changement*. Paris : Karthala, 2012.
- DECOTTIGNIES R., *Requiem pour la famille africaine*. Dakar : Pedone, 1965.
- DIOUF, N., *Droit de la famille. La pratique du tribunal départemental au Sénégal*. Dakar : Collection Espace juridique, Abis Editions, 2011.
- DIAL F. B., *Mariage et divorce à Dakar. Itinéraires féminins*. Paris : Karthala - CREPOS, 2008.
- DIOP, A. B., *La famille Wolof*. Paris : Karthala, 1981.
- DJOGBENOU J., *Droits de l'Homme Paix et Développement : La Contribution à l'étude du code des personnes et de la famille*. Cotonou : Editions Juris Ouanilo, 2007.
- FALL I. M., *Evolution constitutionnelle du Sénégal – De la veille de l'Indépendance aux élections de 2007*. Dakar : Collection du CREDILA, n°XXII, CREDILA/CREPOS, 2007.
- GUINCHARD S., *Droit patrimonial de la famille du Sénégal*. Paris, Dakar et Abidjan : Coll. Bibliothèque africaine et malgache, t. XXXII, LGDJ et Nouvelles éditions africaines, 1980.
- Kouassigan G. A., *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone*. Paris : Pedone, 1974.
- NDIAYE Y., *Le divorce et la séparation de corps*, Dakar : Nouvelles éditions africaines, 1979.
- SIDIBE A. S., *Le pluralisme juridique en Afrique (l'exemple du droit successoral sénégalais)*. Paris : LGDJ, 1991.

Articles

- ADJAMAGBO-JOHNSON B., « Législations et changements familiaux en Afrique sub-saharienne francophone », in *Ménages et familles en Afrique : Approche des dynamiques contemporaines*, Les Etudes du CEPED, n° 15, 1997, pp. 239 et s.
- CHÂÛBOU A., « La jurisprudence nigérienne en droit de la famille et l'émergence de la notion de coutume urbaine », *Journal of Legal Pluralism*, 1998, n° 42, pp. 157-170.
- FALL P. T., Réflexions critiques sur le divorce en droit sénégalais, *Revue Droit Sénégalais* n° 12, Toulouse 1 (à paraître).
- FALL P. T., La rupture du mariage coutumier en droit sénégalais : l'imbroglio juridique ?, *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.
- GUINCHARD S., « Les grandes orientations du Code sénégalais de la famille », *Penant*, 1978, pp. 175-204.
- HASSANE B., « Prolégomènes à une éventuelle réforme du droit du divorce au Niger », in LAGOUTTE S. et SVANEBOURG N., *Les droits de la femme et de l'enfant, Réflexions africaines*. Paris : Khartala, 2011, pp. 123-154.
- KANE M., « La condition de la femme sénégalaise mariée selon la coutume islamisée », *Rev. Jur. et Pol.*, 1974, pp. 779 et s.
- KOUASSIGAN G. A., « Famille, droit et changement social en Afrique noire francophone », in *Famille*,

Droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIII^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin organisées par le Centre de Droit de la Famille les 25 et 26 mars 1976 à Woluwe-St-Lambert, Bruxelles, Bruylant et LGDJ, 1978, pp. 161-220.

MBAYE M. N., « Le divorce de l'absent », *Nouvelles Annales Africaines*, n° 1-2009, p. 96 et s.

NDIAYE I. Y., « Le mariage à l'épreuve du droit traditionnel », *Revue sénégalaise de droit* n° 36, 2011, pp. 13 et s.

NDIAYE I. Y., « L'envers du droit traditionnel dans le code de la famille », *Revue de l'Association de droit pénal, droit sénégalais*, juillet-décembre 1995.

NDIAYE I. Y., Réflexions sur une cause de divorce : l'incompatibilité d'humeur, *EDJA* n° 13, 1987, pp. 2 et s.

NIANG M. B., « Solidarité familiale et vulnérabilité économique en droit de la famille sénégalais », *Nouvelles annales africaines*, 2011/2.

SARR D., « Les causes de rupture du lien matrimonial de 1872 à 1946 », *Annales africaines*, 1976, pp. 170 et s.

TANKOANO A., DIALLO I. K. et MAÏGA D., « La réceptivité du droit en milieu rural nigérien » in *Les services juridiques en milieu rural (Afrique de l'Ouest)*, Genève, Commission Internationale des Juristes, 1987.

VANDERLINDEN J., « Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », *Afrique contemporaine*, 1990, pp.156 et s.

Rapports et Etudes

***Les trois études faites dans le cadre Projet de recherche sur la rupture du lien matrimoniale en Afrique de l'Ouest**

BENGALY, Abraham et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Mali*. Observatoire des droits humains et de la Paix et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

FALL, Papa Talla et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Sénégal*. Institut des droits de l'homme et de la paix, Université Cheik Anta Diop et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

YOURA, Boukar et al. : *Projet de recherche sur la rupture du lien matrimonial en Afrique de l'Ouest : Etude sur le Niger*. Faculté de sciences économiques et juridiques de l'Université Abdou Moumouni et Institut danois des droits de l'homme, 2014.

***Mali :**

Rapport sur la problématique du divorce au Mali, RECOFEM, mai 2012.

Etude sur la politique nationale en matière des droits humains, réalisée par Mamadou DIAKITE, PCDHG, 2011.

Etude sur l'état d'harmonisation de la législation nationale avec les instruments juridiques internationaux et régionaux des droits humains ratifiés par le Mali, réalisée par Malik COULIBALY, PCDHG, 2011.

Evaluation de l'appui pour l'accès des couches vulnérables à la justice, réalisée par OXFAM/NOVIB et

WILDAF/Mali, présentée par Maître Alifa Habib KONE, janvier 2011.

Recueil de Textes Législatifs et Règlementaires sur la Femme, l'Enfant et la Famille, 1^{ère} Edition, Ministère de la promotion de la femme, de l'enfant et de la famille (Secrétariat Général), Bamako, CNDIFE 2007.

Plaidoyer pour une effectivité des droits de la femme au Mali, réalisé par Amadou T. DIARRA, sous la supervision de WILDAF/Mali, 2002.

Etude sur les aspects juridiques du développement économique, Etude préparée à la demande de l'Unesco sous la direction d'André TUNC, Dalloz, 1966.

***Niger :**

Actes du colloque « Quel droit de la famille pour le Niger ? », Niamey, 21-23 novembre 2005, organisé par la FSEJ en partenariat avec l'IDDH, Niamey : FSEJ-IDDH, 2005.

Rapport général des Etats Généraux de la Justice, Bureau des Etats Généraux de la Justice, Niamey, 26 au 30 novembre 2012.

Rapport de la Conférence sur le thème : « Répudiation au Niger : Eléments d'une enquête dans la ville de Niamey » tenue à l'ENAM, le 22 décembre 2012 par Madame Diallo Achibi MAHADI et Monsieur Mohamed Taha MAYAKI.