

REMARIAGE ET INFLUENCES RECIPROQUES DES UNIONS SUCCESSIVES

Par

Christian Ousmane CISS

Docteur en droit privé, Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Le modèle du mariage indissoluble prôné jadis par certaines valeurs religieuses¹ et traditionnelles est aujourd'hui dominé, en droit positif, par un autre qui place la liberté au cœur de l'union conjugale dû souvent à l'évolution liberticide des mœurs sur les valeurs du mariage². La permissivité de cette appréhension à dominance contractuelle³ fait de la rupture une renonciation concertée ou unilatérale à un mariage pourtant institutionnalisé⁴ expliquant la distanciation ou la vulnérabilité du lien conjugal. Liberté est laissée à toute personne de se marier, de rompre⁵ et corrélativement de se remarier⁶. En réalité, il ne s'agit que de la liberté de se marier ou du droit au mariage aussi bien dans sa version initiale d'entrer en premier mariage que celle postérieure à l'union précédente du remariage. Se succèdent ainsi des unions qui s'influencent réciproquement.

La notion de remariage suppose préalablement un mariage antérieur dissous ou supposé l'être⁷. Il s'agit d'abord d'une forme de mariage licite⁸ reconnu en droit sénégalais à savoir le mariage célébré ou constaté⁹ et le mariage coutumier non constaté reconnu comme valable¹⁰. La notion de remariage prend également en compte, par interprétation extensive, le nouveau mariage célébré suite à l'annulation du premier parce non seulement cette dernière

¹ Canon 1056 « *Les propriétés essentielles du mariage sont l'unité et l'indissolubilité qui, dans le mariage chrétien, en raison du sacrement, acquièrent une solidité particulière* »; J.P. DURAND, « Code civil et droit canonique », *Pouvoirs* 2003/4, n° 107, p. 71.

² V. DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance des tiers beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage », *D.*, p. 2494.

³ J.P. DURAND, « Code civil et droit canonique », *op. cit.*, n° 107, p. 71.

⁴ Certes l'intervention du juge reste exigée pour la rupture du mariage mais le divorce par consentement mutuel ajouté à la permissivité de certaines causes du divorce contentieux, font dominer l'unilatéralisme. En droit français, l'intervention du juge n'est plus impérativement nécessaire dans le divorce par consentement mutuel. Les conjoints peuvent passer la convention avec la présence de leurs avocats, et celle-ci déposée ensuite au rang de minute d'un notaire.

⁵ CEDH 18 déc. 1987, req. N° 11329/85, F... c/Suisse, Rec. CEDH, Série A, n° 128.

⁶ Art. 176 al. 2 C. F.

⁷ On vise ici particulièrement la validité du mariage formé avant la dissolution du précédent voué à la nullité (Art. 144 al. 2 C. F.).

⁸ Ainsi, le concubinage et autres relations de fait antérieures illicites parce que respectivement objet d'incrimination ou non reconnus ne peuvent logiquement attribuer à un éventuel autre mariage qui s'en suivrait la qualification de remariage.

⁹ Art. 114 al. 1 C. F.

¹⁰ Art. 146 C. F.

n'est faite que pour l'avenir mais le législateur valide le nouveau mariage formé avant la nullité du mariage précédent¹¹.

Quant à la dissolution de l'union précédente, elle doit exister et résulter soit d'une désagrégation naturelle pour cause de décès soit d'une rupture pour cause de divorce¹² entraînant la perte de la qualité antérieure d'époux et conséquemment la récupération, à nouveau, de la liberté pour chaque époux de se remarier.

Il ne s'agit pas de reconnaître l'existence, en droit sénégalais, de la famille recomposée, mais de voir la possible articulation entre les droits réciproques nés des rapports résultant de l'union d'une part et d'autre part en se référant à la réalité des faits d'entrevoir une reconnaissance juridique des engagements des tiers aux différentes unions.

Une lecture des dispositions consacrées aux droits réciproques des époux dans le mariage manifeste à chaque fois l'intention du législateur, après avoir posé le principe, de le relativiser. Il en est ainsi dans la relativisation du principe de la puissance maritale par une reconnaissance des droits accessoires à la femme, des charges du ménage¹³, de la détermination de la résidence conjugale¹⁴. Cette même logique guide les répartitions des effets de la dislocation du mariage. Manifestement, le législateur rejette toute égalité entre les époux et se focalise sur l'intérêt des enfants de vivre avec l'un ou l'autre des parents pour leurs donner l'exclusivité de la garde mais toujours avec cet esprit d'équilibrisme qui le pousse à reconnaître à l'époux privé de garde, non seulement un droit de visite, mais aussi de surveillance de l'action du titulaire de la garde.

Mais en cas de remariage de l'un des ex-époux, l'équilibre recherché se transforme en un affrontement entre droits réciproques aussi bien dans la relation entre parents séparés-mêmes qu'à l'égard des nouveaux conjoints. Et en l'absence d'une prévision salvatrice légale, se trouvent juxtaposés des droits individuels ou collectifs de protagonistes aux intérêts divergents pendant une période de tranquillité voulue mais parfois difficile.

S'accumulent ainsi que s'influencent, par succession de mariages, des droits et obligations conséquents. La question essentielle est de savoir comment se déterminent les influences réciproques tant sur le plan institutionnel que matériel des droits résultants des mariages

¹¹ « *Le mariage nul produit ses effets, comme s'il avait été valable, jusqu'au jour où la décision prononçant la nullité est devenue définitive, il est réputé dissous à compter de ce jour. Ces dispositions ne s'opposent pas à la validité d'un nouveau mariage contracté avant l'annulation* », (Art. 144 C.F.).

¹² La dissolution du mariage revoit aux modes légaux de désagrégation par décès ou divorce. Les autres modes à l'image de la répudiation et ou de la rupture de fait ne sont pas recevables.

¹³ Les charges du ménage sont supporter par les époux mais durant le mariage, elles pèsent principalement sur l'homme en tant que chef de famille.

¹⁴ Aux termes de l'article 153 du code de la famille, il incombe à l'homme. Mais la femme peut dans certaines situations demander une résidence séparée pour elle et ses enfants.

successifs. Comment articuler institutionnellement les mariages successifs et matériellement les droits et obligations aussi bien conjugaux que parentaux qui résultent du remariage ?

Aucun intérêt même purement théorique et prospectif n'aurait été attaché à la question du remariage si le législateur n'avait pas tenté à travers des règles modernes de résoudre des situations qui, en fait, auraient été résolues socialement en s'adossant sur les structures lignagères traditionnelles qui, en cas de rupture avec la lignée du mari, permet à la femme parfois avec ses enfants de se réfugier dans sa famille d'origine¹⁵ surtout dans le système matriarcal¹⁶. Cette option législative pour un mariage substantiellement moderne, dissoluble librement voire même facilement transpose en Afrique certaines préoccupations débattues en occident relatives particulièrement à la reconfiguration de la nouvelle famille issue des dissolutions et recompositions familiales successives.

Le lien juridique de la famille autour du sang¹⁷, de la parenté biologique coexiste avec une situation de fait prise en compte actuellement par la notion de parentalité¹⁸ suite à la conjugalité. Aujourd'hui, la prise en compte du lien affectif ou sentimental a conduit certains auteurs à constater et à reconnaître une famille à géométrie variable¹⁹ dans les sociétés occidentales où « *l'amour est en passe de devenir la seule condition véritablement légitime de la constitution juridique de la famille* »²⁰. Mais les conséquences de la reconnaissance de la parentalité, par l'intégration subséquente d'un tiers soit en la personne du beau-parent, soit des enfants du lit précédent dans une autre famille, sur la succession, l'autorité parentale et même la généalogie, ne plaident pas favorablement pour une reconnaissance juridique d'une place aux tiers particulièrement des beaux parents dans la relation avec l'enfant du conjoint.

En droit positif, le code de la famille n'attribue par une place effective aux tiers²¹ c'est-à-dire à une personne autres que les parents biologiques dans la vie juridique de l'enfant.

¹⁵ Th. LOCOH, M.P. THIRIAT, « Divorce et remariage des femmes en Afrique de l'ouest, Le cas du Togo », *Population*, 50^e année, n°1, 1995, p. 66.

¹⁶ CH. A. DIOP, *L'Unité culturelle de l'Afrique noire précoloniale: domaine du patriarcat et du matriarcat*, Paris Présence Africaine 1982; H. CL. HAWAD, « Matriarcat », <https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/2011-HCH-Matriarcat>, consulté pour la dernière fois le 28 décembre 2019.

¹⁷ La question à savoir qui est parent : « *Celui qui le veut (sociologiquement) ? Celui qui le peut (biologiquement) ? Celui que le droit désigne comme tel (techniquement) ? Aujourd'hui, la hiérarchie est pensée dans l'ordre qui suit : 1° la biologie, 2° la sociologie, 3° le droit (qui enregistre et prolonge les deux autres)* » (V. Fr. ROUVIERE, « Volonté et filiation: la confusion des genres », *RTD Civ.* 2019, p. 704).

¹⁸ V. DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance des tiers beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage », *op. cit.*, p. 2494.

¹⁹ S. BUGNA, « Les familles recomposées: Aspects successoraux », *AJ Famille* 2007, p. 302.

²⁰ C. PERES, « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *Arch. Phil. Droit* 2014, Tome 57, p. 174.

²¹ Dans une conception restreinte, la notion de tiers renvoie en matière familiale « *étroitement à la personne qui n'est ni le père ni la mère de l'enfant et prend en charge celui-ci, ou entretient avec lui des relations personnelles, ou assiste ses parents dans l'exercice de leur autorité* ». Plus largement, l'invocation de la notion de tiers fait appel à « *deux phénomènes, celui de la recomposition familiale après dissolution d'une précédente*

Le législateur laisse juxtaposées les différentes catégories de droits et d'obligations des unions successives sans chercher à trouver leurs liens mutuels. Il accorde paradoxalement peu de place aux personnes autres que les parents biologiques alors qu'il aurait parfois fallu seulement trouver un équilibre entre la vérité biologique et la vérité sociologique²². Cette option législative semble être en contradiction avec le système traditionnel de communautarisation de la vie qui intègre les époux²³ et leur progéniture dans une collectivité sociale réfractaire à la dissolubilité du mariage²⁴. Si cette réalité traditionnelle peut à la limite paraître conforme au rejet de toute extranéité dans la famille, d'autres techniques juridiques coutumières, reconnaissent celui qui, dans une conception juridique, recevrait la qualification de tiers. Des techniques juridiques traditionnelles acceptent que des personnes dépourvues de tout lien filial avec l'enfant exercent, sur lui, une garde quasi permanente acceptée qualifiée de confiage²⁵ ou parfois d'adoption de fait²⁶.

Si le droit de la famille se veut moderne sur cette question, par option ou feinte d'une réalité ostensible, c'est également en déphasage avec les solutions sociales de fait d'influences traditionnelles qui accompagnent le relâchement du lien conjugal. Sans que le juge ne soit interpellé à la rupture du lien conjugal, la femme et ses enfants peuvent retourner dans sa famille et la situation est réglée naturellement, peu importe que l'homme participe à l'entretien des enfants. Cette attitude de la femme, qui traduit certes un aspect de la communautarisation propre à la société africaine, ne rime pas avec une autre conception qui, comme un agrément, accepte la femme dans la famille de son mari avec, en cas de décès de ce dernier, seul moyen de dissolution du mariage, l'institution des techniques juridiques visant à

famille, et celui de l'homoparentalité » ((V. D. FENOUILLE, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ?, *Petites affiches* 24 févr. 2010, n°39, p. 7-8).

²² H. FUCHERON, « Toute vérité est-elle bonne à dire ? (note à verser au dossier de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) », *D.* 2008. Chron. 3035.

²³ Dans la conception collectiviste du mariage en ce qu'il pactise deux familles en intégrant les époux dans la grande famille formée accueillant l'union, le ménage y tient une place vénérable. Logiquement, la notion de remariage n'y tient qu'une place restreinte de réaffectation interne d'une femme déjà détentrice de l'agrément familial consécutivement au premier mariage fondateur. Une réaffectation interne qui ne peut résulter par conséquent que du décès du conjoint excluant ainsi celle résultant d'un divorce. (V. J. HILAIRE, « Variation sur le mariage, A propos de la codification en Afrique noire », *Penant*, n° 720, Avril, Mai, Juin 1968, p. 151).

²⁴ Le mariage est un agrément familial pour la femme qui intègre ainsi de manière quasi définitive la famille du mari avec comme conséquence une certaine recomposition interne en cas de fin du mariage souvent à cause de mort avec l'utilisation des techniques juridiques traditionnelles comme le lévirat et même parfois le sororat.

²⁵ C. VANDERMEERSCH, « Les enfants confiés âgés de moins de 6 ans au Sénégal en 1992-1993 », *Population*, 2002/4 Vol. 57, p. 663.

²⁶ El. S. NDIAYE, « Retour sur le civilement responsable du fait d'autrui: l'exemple de la responsabilité parentale », in Code des obligations civiles et commerciales (COCC): cinquante ans après Vol. 2, *Harmattan* 2018, p. 2018.

la conserver comme le lévirat. Encore, faudrait-il qu'elle y consente car son désir résolu de rupture, manifestation de la liberté, oblige la famille du mari à accepter son choix.

Le remariage peut être causé par le relâchement du lien conjugal que facilite la libéralisation du divorce consacré d'ailleurs par le droit de la famille comme le seul mode de rupture du mariage. Si cette conception semble recevoir un accueil favorable, elle « *n'a pas pour corollaire l'assurance du remariage, il est même délicat d'y voir une faiblesse du mariage* »²⁷. D'ailleurs, une relation systématique ne saurait être établie entre le divorce et remariage du fait de la dépendance sentimentale de la dernière, étrangère à toute appréhension juridique.

Quoiqu'il en soit, des influences ou interférences réciproques se font entre les mariages successifs parce que leurs frontières ne sont pas aussi étanches. Dans une première, l'ancienne union normalement dissous continue de produire ses effets malgré le remariage (I). À l'inverse, le nouveau mariage remet en cause un ensemble de droits acquis ou d'obligations tenues en vertu de la première union (II).

I- Remariage et effets de la précédente union matrimoniale sur la nouvelle

Des situations ou des droits et obligations nés valablement de l'ancienne union et concernant aussi bien l'ex conjoint que les enfants peuvent survivre à sa dissolution et impacter négativement le nouveau projet d'union ou celle qui est déjà nouée. Au niveau institutionnel, l'ancien mariage même dissous prohibe le nouveau à travers les empêchements au mariage (A). Sur le plan matériel, les effets de la précédente union survivent indifféremment à la formation d'une nouvelle (B).

A- Les prohibitions institutionnelles au remariage résultant de l'ancienne union

La liberté fondamentale au mariage a eu un effet réducteur voire limitatif sur les empêchements. En droit français, de six²⁸, leur nombre a été réduit à deux²⁹, faisant naître en droit sénégalais la question de l'opportunité de conserver encore certains d'entre eux qui se trouvent dépassés par l'évolution sociétale et scientifique³⁰. La précédente union ou les effets de celle-ci exercent une force de prohibition sur un éventuel remariage empêchant ainsi son

²⁷ J. BOSQUET-DENIS, « Le remariage », *RTD civ.* 1979, p. 530.

²⁸ Les six empêchements étaient: la mort civile, la complicité d'adultère, l'existence d'un divorce antérieur entre les futurs époux, le respect d'un délai de viduité, l'existence d'un mariage antérieur non dissous, la parenté ou l'alliance à un certain degré.

²⁹ Il ne reste que l'inexistence d'un mariage antérieur non dissous et l'interdiction du mariage entre parents.

³⁰ Il en est ainsi particulièrement du délai de viduité dépassé par les progrès médicaux qui permettent de déceler très tôt les grossesses afin de partir avant le remariage à déterminer les parentés.

existence. La sanction de l'empêchement n'est pas dans l'opposition devant l'officier d'état civil au nouveau mariage car cette sanction est limitée par le législateur à des cas non liés au remariage³¹ mais dans la nullité absolue³² due aux prohibitions pour lien de parenté et d'alliance³³. Quoiqu'il en soit en sanctionnant pénalement par la bigamie ou civilement par l'annulation du nouveau mariage, le législateur donne ostensiblement à la précédente union une force d'interdiction sur la nouvelle. Justifiées par l'interdiction des unions de sang³⁴ ou par l'immoralité³⁵, ces prohibitions de mariages sont particulièrement les seuls empêchements au remariage touchant la personne des époux (2) ou l'existence d'un lien d'alliance antérieur (1).

1)- Les empêchements dus à l'existence d'un lien d'alliance antérieur

Les empêchements qui touchent directement le statut des époux portent particulièrement sur l'existence d'une alliance antérieure. Il s'agit notamment de l'interdiction du mariage avec les ascendants et les descendants de son conjoint et jusqu'au troisième degré³⁶. Cette interdiction est absolue en droit sénégalais lorsqu'elle empêche un conjoint d'épouser l'enfant de son époux qu'il soit issu ou non d'un premier lit rendant ainsi indifférent sa qualité d'enfant légitime. Cet empêchement de mariage, concerne les mariages entre beaux-parents et bel-enfant pendant l'union avec le parent qui avait été à l'origine de cette relation et même après celle-ci. L'absolutisme³⁷ est dans l'absence d'exceptions à l'empêchement. Le droit français accorde plus ou moins un assouplissement en permettant le mariage mais uniquement après une dispense du Président de la République pour motif grave et après le décès de la personne à l'origine de l'alliance³⁸. Mais la Cour européenne de droit de l'homme a levé cette interdiction du mariage entre beaux-parents et bel-enfant qu'elle

³¹ Il s'agit de l'opposition du fiancé évincé au mariage de l'autre jusqu'à restitution des cadeaux reçus des fiançailles (107 al 2 C. F.), de l'opposition des parents au mariage de leur enfant mineur (art. 109 C. F.) et de la condition liée à l'absence de lien matrimonial antérieur non dissous (art. 113 C. F.).

³² Mais l'annulation du nouveau mariage due à l'empêchement de l'adoption surtout simple est considérée par certains auteurs comme sévère vue la faiblesse de son trouble social et moral (J. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3^{ème} vol., *La famille*, 7^{ème} éd., par LEVENEUR, 1995, Montchrestien, n° 791).

³³ Art. 141 - 4° C. F.

³⁴ Fr. ROUVIERE, « Volonté et filiation: la confusion des genres », *op. cit.*, p.703.

³⁵ J. HAUSER, « Empêchements à mariage: où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », note sous Cour EDH, 13 sept. 2005, *RTD Civ.* 2005, p. 758.

³⁶ Art. 110 C. F.

³⁷ La religion musulmane admet le mariage entre l'ex-mari et l'enfant de l'ex-épouse né d'un autre lit si l'union n'avait pas été consommée entre les deux ex-époux.

³⁸ J. HAUSER, « Empêchements à mariage: où le grand-père de l'enfant devient le mari de la mère, ancienne épouse du fils », *op. cit.*, p. 758.

considère comme contraire au droit fondamental de se marier³⁹. Mais cet empêchement renaît normalement si le beau-parent avait adopté l'enfant du conjoint.

Un autre empêchement au remariage est lié à l'adoption⁴⁰. Dans la situation d'une adoption simple, le législateur prévoit expressément un ensemble de prohibitions de mariages mais seules quelques-unes sont relatives au remariage. Il s'agit expressément du mariage entre « *l'adopté et le conjoint de l'adoptant et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté* »⁴¹. Si l'adopté peut être à sa première union, le conjoint de l'adoptant, sauf en cas de polygamie et selon les options conjugales de l'homme⁴², sera forcément en situation de remariage. Ainsi durant le mariage et surtout la dissolution de la première union, l'adopté ne peut pas se remarier avec le conjoint de son adoptant et inversement. Le droit sénégalais en fait une règle absolue puisque aucune limite n'est apportée à cette interdiction, ni même la dissolution ultérieure de l'alliance à l'origine de cette relation.

Comme si cela n'était pas nécessaire, ce degré de précision n'a pas été atteint, par le législateur, dans l'adoption plénière. Cependant, il maintient expressément les empêchements du mariage entre l'adopté et sa famille d'origine malgré la perte irrévocable de sa qualité d'enfant de celle-ci. Toutefois, de la combinaison des articles 241 et 242 du code de la famille, l'adopté qui n'appartient plus à sa famille de sang est dans une situation juridique similaire à celle des enfants légitimes dans la famille de l'adoptant. Dès lors, les empêchements de ces derniers lui sont opposables. En outre, les empêchements étant des obligations, elles incombent en vertu de l'article 242 du code la famille aux adoptés⁴³.

L'autre sous variante de cet empêchement entre allié, parfois non liée directement au remariage, prend la forme d'une prohibition collatérale des unions entre beaux enfants. En l'absence de lien de parenté de sang entre eux, sa justification est dans l'immoralité d'un tel lien. D'où sa force relative et la limitation de sa portée ou de son étendue par le code de la famille. L'article 110 al. 2 du code la famille dispose qu' « *il n'y a plus prohibition pour cause d'alliance entre beau-frère et belle-soeur lorsque l'union qui provoquait l'alliance a*

³⁹ CEDH 13 sept. 2005, B. and L. v/United Kingdom, req. n° 36536/02.

⁴⁰ V. FRAISSINIER-AMIOT, « Interdiction d'une adoption par chacun des "beaux-parents" sur un Interdiction d'une adoption par chacun des "beaux-parents" sur un même enfant », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2011, *Petites affiches*, n° 50, 11 mars 2011, p. 9.

⁴¹ Art. 248 al. 2-2 C. F.

⁴² Le mari polygame qui contracte une autre union dans la limite de ses options conjugales ne se remarie pas puisque une ancienne union n'a pas été préalablement dissoute.

⁴³ M. LAMARCHE, J-J LEMOULAND, « Mariage: sanctions de l'inobservation des conditions de formation », *Répertoire Dalloz Droit civil*, Janvier 2014 (Actualisation: Mai 2018), n° 38.

été dissoute par le décès »⁴⁴. L'empêchement reste, à l'inverse, maintenu lorsque la première union a été rompue par divorce.

Un autre empêchement, qualifiable d'interdiction pour cause d'alliance, est lié à l'inexistence d'un mariage antérieur non dissous⁴⁵. En droit français l'intention du législateur était clairement de lutter contre la polygamie considérée comme contraire aux valeurs européennes. Mais en acceptant la polygamie en droit de la famille sénégalais, le législateur ne cherche en réalité qu'à réguler la pluralité de liens matrimoniaux en fonction des options conjugales.

La nullité absolue est la sanction logique des empêchements liés à l'adoption plénière car en assimilant l'adopté en un enfant légitime, il entre dans les empêchements liés à la parenté⁴⁶. Il en est autrement la sanction des empêchements découlant de l'adoption simple pour lesquels le législateur ne prévoit pas de sanction. Or, en l'absence de texte, la nullité ne peut être prononcée. D'ailleurs, l'annulation du nouveau mariage due l'empêchement de l'adoption surtout simple est considéré par certains auteurs comme sévère vue la faiblesse de son trouble social et moral⁴⁷. L'opposition au nouveau mariage devant l'officier d'état civil reste alors la seule sanction prévisible.

2)- L'empêchement relatif à la situation personnelle à un conjoint

Des législations guidées par des considérations religieuses empêchaient jadis la formation d'une nouvelle union entre le conjoint adultérin et son complice souvent père biologique de l'enfant qui en est issu. Cette interdictionne pouvait perdurer parce qu'elle viole fondamentalement la liberté du mariage. Cet empêchement n'avait pas été consacré en droit sénégalais contrairement à celui du délai de viduité.

En outre, l'article 112 al. 1 du code de la famille interdit à la femme de se remarier avant la fin d'un délai de viduité de trois cent (300) jours depuis la dissolution de la précédente. Le législateur exige son respect aussi bien directement en cas de divorce ou de mort d'un conjoint qu'indirectement en cas de nullité du mariage⁴⁸. Ce délai de viduité, qui

⁴⁴ Art. 110 al. 2 C. F.

⁴⁵ « La femme ne peut contracter un nouveau mariage avant la mention sur le registre de l'état civil de la dissolution du précédent.

L'homme ne peut contracter un nouveau mariage s'il a un nombre d'épouses supérieur à celui autorisé par la loi, compte tenu des options de monogamie ou de limitation de polygamie souscrites par lui » (art. 113 C.F.).

⁴⁶ Art. 141- 4° C. F.

⁴⁷ J. MAZEAUD et CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 1, 3^{ème} vol., *La famille*, op. cit., n° 791.

⁴⁸ M. LAMARCHE, J-J LEMOULAND, « Mariage: conditions de formation », *Répertoire Dalloz Droit civil*, Janvier 2014,(Actualisation, Octobre 2019),n° 322.

peut être réduit⁴⁹, est un moyen d'éviter les confusions de filiations⁵⁰ puisqu'il prend fin dès la naissance de l'enfant⁵¹. S'il est compréhensible que l'ex épouse en grossesse le respecte, c'est trop exigé de la femme qui n'est pas enceinte le respect d'un tel délai. Il devient impérieux qu'elle soit exonérée de son respect dès qu'elle parvient à prouver qu'elle n'est pas enceinte. D'ailleurs son maintien comme cause d'empêchement au mariage est aujourd'hui inopportune si sa justification est dans la détermination de la paternité, puisque le développement de la science médicale⁵² permet rapidement d'être fixé sur l'état de la femme après le mariage. Ensuite, cette même inopportunité du maintien est dans la violation du principe d'égalité des genres dès lors que le respect du délai de viduité ne s'impose pas également aux hommes. Même diminué⁵³ ou parfois abrégé⁵⁴, le respect du délai de viduité pour la femme reste un empêchement au mariage en droit sénégalais. Mais le législateur ne prévoit pas de nullité faisant penser qu'en l'absence de texte, la sanction est l'opposition. Lorsqu'en l'absence d'opposition, le mariage est célébré et la femme accouche après la célébration, on ne pourra qu'invoquer la présomption de paternité du nouveau mari qui est guidée au-delà de la véracité de la filiation à satisfaire les droits alimentaires de l'enfant.

Quant à la clause de viduité existant surtout dans le cadre de la donation, elle n'est en réalité qu'une interdiction conventionnelle du remariage et est jugée licite par une doctrine lorsqu'elle est justement motivée⁵⁵. Le juge a considéré également comme licite une clause de viduité qui a pour motif légitime la protection de l'époux contre sa propre faiblesse ou contre une éventuelle union immorale⁵⁶. Elle ne porte pas toujours uniquement atteinte au droit du mariage mais elle peut être contestée dans sa validité parce que violant également d'autres principes fondamentaux dont notamment la liberté d'entreprendre et de disposition⁵⁷. Par contre, sont immorales et sanctionnées les clauses dictées notamment par la jalousie⁵⁸ ou des rancœurs⁵⁹. Il faut cependant relativiser et reconnaître à la clause qu'une force indirecte sur le

⁴⁹ « Elle peut cependant limiter le délai à 3 mois en cas de dissolution du mariage par le divorce ou par annulation et à 4 mois et 10 jours après dissolution du mariage antérieur... » (Art. 112 al. 2 C.F.).

⁵⁰ N. DISSAUX, « Divorce: conséquences », *Répertoire Dalloz Droit civil*, Juillet 2017 (Actualisation: Septembre 2019), n° 56.

⁵¹ Art. 112 al. 3 C.F.

⁵² I. BARRIERE BROUSSE, « Mariage Conditions de fond », *Juris Classeur Droit international*, Fasc. 546-10 13 Février 2015.

⁵³ Art. 112 al. 2 C.F.

⁵⁴ « Dans tous les cas, le délai prend fin par la délivrance de la femme » Art. 112 al. 3 C.F.

⁵⁵ I. NAJJAR, « Libéralités: conditions et charges », *Répertoire Dalloz Droit civil*, Juin 2011 (actualisation: Août 2017), n° 77.

⁵⁶ Limoges, 5 nov. 1940, JCP 1941. II. 1700, note Guyot; Req. 25 mars 1946, *Gaz. Pal.* 1946. 1. 226

⁵⁷ M. LAMARCHE, J.-J. MOULAND, « Mariage: conditions de formation », *op. cit.*, n° 95.

⁵⁸ Colmar, 5 janv. 1932, *Gaz. Pal.* 1932. 2. 684; TGI Chaumont, 25 sept. 1969, JCP 1970. II. 16213, note M. D.

⁵⁹ Cass. Civ. 1^{er}, 8 nov. 1965, *Gaz. Pal.* 1966. 1. 55; *RTD Civ.* 1966. 332, obs. R. Savatier

droit au remariage puisqu'elle n'anéantit que la libéralité pour la personne décidée à se remarier.

Dans le sillage des clauses restreignant la liberté du remariage, mais justifiées par des raisons morales et professionnelles, le juge refuse d'accepter que des raisons confessionnelles puissent justifier l'interdiction du remariage⁶⁰.

Le législateur n'a pas non plus prévu de sanction spécifique en cas de violation du délai de viduité. Elle serait, comme précédemment évoqué dans le droit d'opposition à la célébration de la nouvelle union⁶¹ et non dans la nullité de mariage formé en l'absence d'une prévision textuelle.

B- La survie matérielle des effets de l'ancienne union à la nouvelle

La survie des effets de l'ancienne union à la nouvelle prend d'abord la forme d'une domination ou d'une prééminence des droits et obligations de la première sur la nouvelle malgré sa dissolution(1). Elle se manifeste également par une coexistence voire même une juxtaposition des effets de la précédente union avec ceux de la nouvelle (2).

1)- La prééminence des droits et obligations de l'ancienne union

Certains droits ou obligations survivent systématiquement à la dissolution du premier mariage et même au remariage pendant que d'autres y parviennent par la volonté des époux, qu'elle s'exprime de manière unilatérale ou conventionnellement. Légalement après la dissolution du premier mariage, le remariage qui s'ensuit n'a aucun effet sur l'autorité parentale. Les parents continuent à la conserver sur leurs enfants quel que soit celui qui exerce la garde. Les conditions de dissolution du mariage sont indifférentes à l'attribution de la garde même si elles ont été provoquées par la nouvelle union. Le remariage d'un des ex époux est indifférent à l'attribution de la garde car « *L'époux remarié, même coupable, n'est pas forcément déchu du droit de garde; il pourra continuer à exercer son autorité parentale* »⁶². Le juge ne doit avoir comme seule référence que l'intérêt de l'enfant au moment d'attribuer la garde.

Relativement à la femme divorcée, elle « *peut continuer à user du nom du mari, sauf si ce dernier s'y oppose expressément* »⁶³. Ce droit d'usage illimité continue automatiquement

⁶⁰ Cass., ch. mixte, 17 oct. 1975, *D.* 1976, p. 511, note Guiho ; *JCP* 1976. II. 18238, note Lindon; *RTD Civ.* 1976, p. 122, obs. Nerson ; *Gaz. Pal.* 1976. 1, p. 191, note L. C.

⁶¹ Art. 172 Code civil

⁶² J. BOSQUET-DENIS, « Le remariage », *op. cit.*, p. 549.

⁶³ Art. 176 al. 3 C.F.

et survit à la rupture du mariage, sauf opposition expresse de l'ex-mari. Il semble exister un droit légal de continuation de l'usage profitable à la femme qui ne peut être interrompu que par une volonté expresse unilatérale de son ex-mari. Ni le droit sénégalais, ni le droit français, ne font du remariage une cause de cessation de l'usage du nom du mari. Mais il peut motiver subjectivement l'opposition expresse du mari à l'usage de son nom au-delà du divorce ou constituer, en droit français, une clause de continuation de celui-ci. Toute liberté est laissée juridiquement à l'ex épouse de pouvoir négocier et par la volonté commune de conclure un accord en vue de la continuation de l'usage du nom. Un usage illimité en l'absence d'une limitation temporaire dans l'accord d'autorisation sauf si cet accord fait du remariage de la femme une cause d'extinction. La logique voudrait certes que le remariage de la femme avec un tiers rende l'accord caduc⁶⁴, mais lorsque la femme est toujours connue sous le nom de son ex-mari ou lorsqu'une convention le prévoit ou n'est pas limitée dans le temps, l'usage par la femme du nom de son ex-mari survit au remariage⁶⁵. Dans le sens inverse, le remariage du mari ne saurait justifier la révocation d'usage du nom non limité ni temporellement ni matériellement par le premier⁶⁶. D'ailleurs la femme même divorcée peut obtenir du juge, malgré l'opposition de son ex-mari, le droit de continuer à user de son nom si elle justifie l'existence d'un intérêt légitime.

L'indisponibilité de l'état civil avait fait penser à celle du nom qui en constitue un élément afin d'invalider toute convention entre ex époux en ignorance de sa limitation purement usuelle car « *l'autorisation n'a pas pour objet de changer un nom; elle porte sur le seul usage d'un nom. Le contenu de cette autorisation est libre* »⁶⁷. La femme n'acquiert pas le nom de son mari, ce qui conduirait à le changer mais elle n'en fait qu'un usage qui ne viole pas l'indisponibilité aussi bien du nom que de l'état civil.

Une autre illustration est trouvée la survie de la pension alimentaire dépendait du fondement qui lui est attribué. Entre fondement alimentaire⁶⁸ et fondement indemnitaire, s'est incrustée une théorie mixte qui, partant de l'indemnité alimentaire, voit dans la pension alimentaire une persistance de l'obligation de secours au-delà de la dissolution du mariage⁶⁹. Elle est donc une indemnité de la suppression de l'obligation de secours et non une réparation

⁶⁴ TGI Paris, 10 févr. 1981, *D.* 1981. 443, note Lindon ; *JCP* 1981, II, 19624, note Huet-Weiller.

⁶⁵ Paris, 4 mars 2004, inédit

⁶⁶ JAF Montbrison, 8 janv. 2003, *Gaz. Pal.* 2003. 3053, note Massip.

⁶⁷ N. DISSAUX, « Divorce: conséquences », *op. cit.*, n° 87.

⁶⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, 3^{ème} éd., T. III, Paris 1878, n° 308; J. PELISSIER, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, Bibliothèque de Droit Privé, LGDJ 1961.

⁶⁹ G. RIPERT, « Les caractères de la pension alimentaire allouée au cas de divorce », *D.H.* 1927, p. 43.

du dommage résultant du divorce. A ce titre, elle survit aussi bien à la dissolution qu'au remariage justifiant la réforme sémantique qui en fait une prestation compensatoire en France. Une clause insérée dans l'accord du divorce pour consentement mutuel, permet de prévoir la survie de la pension alimentaire au-delà du remariage⁷⁰. Si cette solution conventionnelle concerne également en droit français le divorce contentieux, il en est autrement en droit sénégalais qui ne peut en connaître qu'en cas de divorce pour consentement mutuel. En dehors même du divorce, le beau parent peut subvenir aux besoins alimentaires de l'enfant du conjoint en invocation de l'article 266 du code de la famille qui prévoit l'existence d'un contrat portant versement d'aliments à titre gratuit « *entre personnes qui ne sont pas tenues légalement à l'obligation alimentaire ou lorsque les conditions d'existence de celle-ci ne sont pas remplies* »⁷¹. Mais sa durée est limitée à un an et le contrat ne peut être renouvelé qu'en cas de vieillesse, d'infirmité ou de maladie du bénéficiaire des aliments⁷². Seules l'infirmité et la maladie peuvent concerner l'enfant du conjoint. Si ces cas sont restreints, le législateur ne limite ni la durée du contrat ni le nombre de renouvellements en faisant un vrai outil conventionnel pour le beau-parent désireux de prendre en charge l'enfant du conjoint.

2)- La juxtaposition inarticulée des effets des unions successives

La survie des droits et obligations de l'ancienne union au-delà du remariage se manifeste parfois par la coexistence des effets de la première union sur la nouvelle surtout dans la relation entre le droit de garde de la première et la résidence maritale. Le divorce met fin à la cohabitation⁷³ et oblige le juge à statuer sur la garde des enfants. Une nouvelle union oblige une autre cohabitation indifféremment de l'obligation de résidence avec l'enfant sous garde entraînant ainsi une corésidence⁷⁴. C'est la relation difficile entre les articles 284 et 153 du code de la famille. L'article 284 dispose que « *La garde comporte le droit et le devoir pour celui qui exerce la puissance paternelle de fixer chez lui la résidence de l'enfant* ». Or, l'article 153 du même code attribue au mari principalement la liberté de fixer la résidence conjugale en un lieu. D'autorité, le législateur dispose que « *le choix de la résidence du ménage appartient au mari* »⁷⁵. Une approche hypothétique exclut à premier abord tout conflit de normes lorsque l'homme se voit attribuer la garde judiciaire suite au divorce. Son

⁷⁰ CH. LESBAT, « Le sort de la prestation compensatoire en cas de remariage des ex-époux entre eux », Comm. Sous cass. Cass. 1^{ère} civ., 22 sept. 2016, *JCP N*, n° 21-22, 25 Mai 2018, p. 1195.

⁷¹ Art. 266 al.1 C.F.

⁷² Art. 266 al. 2 C.F.

⁷³ N. DISSAUX, « Divorce: conséquences », *op. cit.*, n° 282.

⁷⁴ A. MARTIAL, « Famille recomposée: Les familles recomposées: le point de vue de l'ethnologue », *AJ Famille* 2007, p. 288.

⁷⁵ Art. 153 C.F.

remariage laisse entier son droit de fixer la résidence conjugale. Il doit alors fixer la résidence de ses enfants issus du précédent mariage au lieu où il a décidé de fixer la résidence conjugale de son nouveau mariage surtout lorsqu'il n'a qu'une seule résidence, puisque le droit de garde fait résider l'enfant chez son gardien. Mais il semble, selon les termes de la loi, pouvoir exister une résidence des enfants séparée de celle de la résidence conjugale.

Quant à la femme gardienne, tenue de résider avec l'enfant du premier lit d'une part et d'autre part de rejoindre la résidence conjugale fixée par le mari, elle se trouve obligée de résider dans la seconde avec l'enfant du premier lit. Mais le paradoxe est que l'obligation d'accueil maritale de l'article 153 al. 1 du code de la famille ne vaut qu'à l'égard de la femme. Le nouveau mari n'est nullement tenu de recevoir à sa résidence l'enfant du conjoint. La femme est infondée à exiger du mari une obligation de recevoir l'enfant. Or, la garde rime avec une cohabitation avec ce dernier. Cette impasse législative pourrait justifier certes une révision de la garde judiciaire car ce fait nouveau ne va pas, selon le législateur, dans l'intérêt de l'enfant⁷⁶. De même, il est possible de trouver dans l'indétermination ou l'extensibilité interprétative de l'obligation de secours et d'assistance entre époux les raisons d'une contrainte de recevoir l'enfant du conjoint titulaire de la garde.

Dans l'hypothèse où le père s'est vu octroyer la garde de l'enfant et fixe après son remariage la résidence conjugale dans laquelle sa nouvelle épouse la rejoint. Le mari ne peut passe prévaloir du droit à une résidence séparée lorsque le danger subi par son enfant provient de sa nouvelle épouse. Une déprotection infantile dont la généralité dépasse la spécificité de la situation du bel enfant pour concerner tous les enfants.

La question est de savoir si l'article 153 al. 2 du code de la famille concerne aussi les enfants du premier lit ou uniquement ceux nés du nouveau mariage. En vertu de cette disposition, la femme a le droit de demander pour elle et ses enfants un domicile séparé de la résidence conjugale fixée par le mari si cette dernière présente pour la famille un danger d'ordre physique et moral⁷⁷. L'article 153 al. 2 ne semble pas distinguer entre enfants du premier lit ou du deuxième pourvu seulement qu'ils appartiennent à la femme vulnérabilisant parfois la nouvelle union conjugale. Ainsi, la femme gardien doit pouvoir obtenir une résidence séparée lorsqu'elle parvient à justifier le danger que présentent pour « *elle et ses enfants* » une résidence conjugale. Le législateur ne prend en considération que les enfants de la femme, manifestant la primauté de l'intérêt des enfants sur l'obligation de cohabitation.

⁷⁶ Art. 279 al. 1 C.F.

⁷⁷ Art. 153 al 2 C.F.

Si le législateur fait peser principalement sur le mari le droit de fixer la résidence conjugale, il n'en résulte pas forcément que les charges financières ou les frais de loyer pèseront uniquement sur lui car les « dépenses de loyer au logement de la famille relèvent à l'évidence de celles « qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants » »⁷⁸. Ce sont des charges du ménage qui pèsent solidairement sur les deux mais principalement sur l'homme.

Dans le divorce pour consentement mutuel, les époux sont dans l'obligation de solutionner d'un commun accord tous les effets du mariage sous la vérification logique du juge⁷⁹. Peuvent-ils prévoir conventionnellement la conservation de la résidence comme celle des enfants après divorce ? Il existe un lien unilatéral qui fait la résidence de la garde. Mais la décision de conserver pour les enfants la résidence conjugale, celle de leur enfance, pousse parfois les époux en phase de séparation à s'accorder incidemment sur une conséquence plus générale, celle de la garde des enfants. En réalité, il appartient exclusivement à la personne titulaire de la garde de fixer, conformément à l'article 284 du code de la famille, la résidence des enfants et de le faire impérativement chez lui. L'accord de divorce mutuel apparaît comme une renonciation conditionnelle dont la force juridique est limitée. Elle cède devant l'impérativité de fixer la résidence des enfants chez le parent qui exerce la puissance parentale. Si l'homme l'exerce, il est alors titulaire de la garde et comme il avait fixé légalement la résidence conjugale, les enfants conservent leur résidence habituelle. La situation est plus délicate lorsque la femme s'était vue attribuer la garde. Elle ne pourra exécuter l'accord que si elle ne s'est pas remariée. Dès lors l'impérativité de la loi fixant la résidence au lieu choisi par son nouveau mari et l'obligation pour la femme de l'y rejoindre vont la conduire à abandonner la résidence conventionnelle des enfants afin de la fixer au lieu choisi par le mari. Il semble alors que les droits du nouveau mari priment indubitablement sur le choix de la résidence avec tous les risques que cela comporte pour les enfants. C'est sûrement pour éviter les conséquences néfastes d'un tel accord que la garde est exclue de l'accord pour le divorce pour consentement mutuel parce que considérée comme relevant de l'ordre public⁸⁰.

Le droit de visite du parent privé de la garde est conçu pour le Doyen CORNU comme un tempérament⁸¹, une compensation au perdant. Il s'exerce en principe au lieu de résidence

⁷⁸ Fr. LUCET, « Quand et à quelles conditions l'engagement solidaire des époux aux dépenses du loyer et des charges du local servant à l'habitation prend-t-il fin ? », *D.* 1992, p. 219.

⁷⁹ G. PETIT, « Le logement et la rupture du couple », *AJ Famille* 2011, p. 464.

⁸⁰ Art. 158 al. 3 C.F.

⁸¹ G. CORNU, *Droit civil*, 9^{ème} éd., Monchrestien, Coll. Domat Droit privé, p. 313.

des enfants et selon les conditions que le juge se charge lui-même de définir⁸². En cas de remariage de l'un des parents, la cohabitation des nouveaux époux se trouve confrontée au droit de visite du parent privé de garde. Si la fixation de la résidence accepte des dérogations strictement encadrées par la loi⁸³, il en est autrement du droit de visite qui apparaît absolu. Aucune limitation ne semble être prévue par le législateur. En réalité, ce sont les modalités du droit de visite qui sont indéterminées. Or, les enfants, résidant avec leur mère titulaire de la garde, l'exercice du droit de visite s'effectue à la résidence choisie par le nouvel époux. Ce dernier est-il tenu de l'y accueillir ou peut-il invoquer le droit à la vie privée ou l'inviolabilité du domicile pour refuser le droit de visite. Tout montre que les droits des protagonistes sont de force juridique différente. Le droit à la vie privée a une valeur constitutionnelle contrairement à l'autorité parentale qui constitue le soubassement du droit de visite. Le législateur n'a pas créé une obligation ou un devoir du nouvel époux de recevoir le parent qui veut exercer son droit de visite. Rien ne l'oblige juridiquement à recevoir le parent des enfants de son conjoint. Mais il ne peut s'opposer à l'exercice du droit de l'autorité parentale. D'ailleurs quelle que soit sa force juridique, le droit à la vie privée, qui peut comporter l'inviolabilité du domicile, ne se trouve pas altéré dès lors que la garde et le droit de visite ne sont pas de fait mais de droit car découlant de la décision du juge. En outre, l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur ceux égoïstes des protagonistes. Le remède serait d'allier le droit de visite avec le droit d'hébergement et de créer la possibilité de l'exercice du premier dans un endroit neutre. Cette solution pourrait constituer un palliatif aux éventuels conflits entre les droits réciproques. Par contre, l'opposition éventuelle du nouveau conjoint du titulaire de la garde à l'exercice, chez lui, du droit de visite serait une entrave. Mais le devoir de secours et d'assistance se trouverait malmené par un tel comportement de refus du conjoint. L'épouse aurait dans cette hypothèse le droit de demander une résidence séparée pour elle et ses enfants sans distinguer ceux issus du premier mariage du deuxième si l'intérêt des enfants le commande.

II- Remariage et effets de la nouvelle union sur l'ancienne

Le nouveau mariage a juridiquement un effet d'accumulation des droits et obligations résultant aussi bien du nouveau que de l'ancien mariage sans que le législateur ait décidé ou voulu les harmoniser avec comme conséquence leur juxtaposition inarticulée (A). Si logiquement la nouvelle union donne naissance à des droits et obligations aux époux c'est

⁸² Art. 278 C.F.

⁸³ Ces limitations renvoient au droit accessoirement.

seulement en considération de la présence même passive⁸⁴ des parties de l'ancienne union. La difficulté est plus sérieuse lorsqu'il s'agit d'établir la relation entre le beau-parent et l'enfant du conjoint. Les choix législatifs sont tranchés: le beau-parent est un tiers⁸⁵ dans la relation qui l'unit à l'enfant issu d'un premier lit⁸⁶. Il n'a ni l'autorité parentale⁸⁷, ni la tutelle⁸⁸ manifestant ainsi une préférence du lien biologique supposée plus protectrice de l'enfant⁸⁹. Mais il peut donner en affection⁹⁰ et en recevoir faisant naître sur lien, en fait, des charges en quête de reconnaissance (B).

A- Remariage et remise en cause des droits de la précédente union

La nouvelle union produit des effets rétroactifs par des dispositions qui prévoient des possibilités de modifications des droits déjà acquis (1). Si cette première influence est relative, il en est autrement d'une autre plus radicale qui supprime par le remariage, les effets issus valablement de la précédente union (2).

1)- Remariage et possibilité de modification des droits acquis

Une illustration de la révision de droits acquis par le conjoint suite au remariage est d'abord dans la remise en cause de l'autorité parentale et de l'administration légale attribuées légalement à l'autre parent survivant du conjoint. En disposant qu' « *en cas de dissolution du mariage par décès, le conjoint survivant est investi de la puissance paternelle en même temps que de l'administration légale* »⁹¹, le législateur donne à la règle de dévolution de la puissance parentale une portée générale en l'attribuant à l'épouse ou à l'époux survivant. Mais quelle que soit sa généralité, ce texte ne concerne en réalité que la femme qui n'exerce qu'accessoirement voire même que subsidiairement la puissance parentale notamment en cas de déchéance, de mort du mari. L'époux survivant qui détient déjà la puissance maritale ne continue que la conservation, à la mort de sa femme, de l'autorité parentale qu'il exerce à titre

⁸⁴ La présence passive concerne particulièrement les enfants de l'ancienne union et celle active, le conjoint qui, du fait du remariage a rejoint volontairement un nouveau lien.

⁸⁵ « *En droit de la famille, il est celui qui, dépourvu de lien juridique avec l'enfant, est extérieur au cercle familial* », (Voir M. BRUGGEMAN, « Les familles recomposées: Le(s) tiers et l'enfant », *AJ Famille* 2007, p. 294).

⁸⁶ A. MIRKOVIC, « Un statut pour le « beau-parent » », *D.* 2008, p. 1709.

⁸⁷ M. REBOURG, « Les familles recomposées: La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Etat du droit positif », *AJ Famille* 2007, p. 294.

⁸⁸ A-M LEROYER, « L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *RTD Civ.* 1998, p. 593, n° 9.

⁸⁹ M. BRUGGEMAN, « Les familles recomposées: Le(s) tiers et l'enfant », *op. cit.*, p. 297.

⁹⁰ A. MARTIAL, « Famille recomposée: Les familles recomposées: le point de vue de l'ethnologue », *op. cit.*, p. 288.

⁹¹ Art. 279 al.1 C.F.

principal en tant que chef de famille. Cette réalité transparaît d'ailleurs dans la suite de l'alinéa 1 de l'article 279 du code de la famille quand le législateur particularise le texte en disposant qu' « *En particulier la veuve est investie de l'obligation de garder d'entretenir et d'éduquer les enfants nés du mariage, à moins qu'elle ne demande au juge d'en être déchargée* »⁹². Il y a là un droit légal de garde des enfants acquis par la femme veuve qui peut être modifié en cas de remariage. Ainsi, selon la même disposition, « *si l'intérêt de l'enfant l'exige, tout parent intéressé peut demander que les conditions de garde, d'entretien et d'éducation de l'enfant soient fixées par le juge, notamment en cas de remariage de la veuve* »⁹³. Cette disposition fait apparaître une certaine méfiance à l'égard du remariage. Mais l'inquiétude vient de l'établissement d'une contradiction légale entre intérêt de l'enfant et remariage. Si la volonté de protéger l'enfant apparaît ostensiblement, on ne saurait déstructurer ou remettre en cause les fondements ou les raisons qui guident l'octroi de la garde. Or, la garde est déterminée lors de la rupture du lien conjugal et non à l'occasion du remariage d'autant plus que le législateur ne rejette aucunement une cohabitation de fait entre l'enfant gardé par un conjoint et son nouveau conjoint. Faudrait-il que le remariage impacte négativement sur l'intérêt de l'enfant pour que la garde soit remise en cause. En outre, si les actes du gardien de l'enfant sont soumis au contrôle judiciaire, le comportement du nouveau conjoint sur l'enfant du premier lit ne peut justifier directement le changement de la garde sauf invoquer la déchéance obligatoire de l'autorité parentale du gardien après avoir réussi à la faire condamner pour les infractions pour l'une des infractions prévues à l'article 296 CF⁹⁴. Enfin le remariage n'est pas systématiquement contraire à l'intérêt de l'enfant.

Une autre illustration de la révision des droits acquis par la femme venant de la nature supplétive de la règle modificatrice est ensuite relative à l'effet du remariage sur la conversion de l'administration légale en tutelle. S'il s'apparente plus à une perte du fait que la femme détentrice de l'administration légale s'en verra privée du fait de la transformation en tutelle, l'article 304 al. 2 du code de la famille pose deux règles qui concernent la révision de l'administration légale en tutelle en considération du remariage.

⁹² Art. 279 al.1 C.F.

⁹³ Art. 279 al. 1 C.F.

⁹⁴ Il s'agit conformément à l'article 296 du code de la famille de la

« 1° Condamnation pour excitation à la débauche de ses propres enfants;

2° Double condamnation pour excitation de mineurs à la débauche;

3° Condamnation pour crime, ou pour délit passible de plus de 5 ans d'emprisonnement, commis sur la personne de son enfant ou comme coauteur ou complice d'un crime ou d'un délit passible de plus de 5 ans d'emprisonnement commis par lui;

4° Double condamnation pour délit commis sur la personne de son enfant ».

La première est indirecte parce qu'elle s'exerce au cours de la garde sur l'enfant surtout pour le parent qui en est bénéficiaire et qui, à cause du remariage cohabite avec son nouveau mari. Elle protège l'enfant contre le comportement de la femme titulaire de la garde qui change d'attitude d'elle-même ou sous l'influence du nouveau mari. Ainsi, « *A tout moment, soit d'office, soit à la requête de parents ou alliés ou du ministère public, le juge des tutelles peut convertir en tutelle l'administration légale lorsque cette mesure est rendue nécessaire par le comportement de l'administrateur légal* »⁹⁵. Il s'agit d'une action en justice d'envergure qui concerne principalement les effets néfastes du remariage sur la situation de la personne de l'enfant. Postérieurement au remariage, et pour ne prendre en compte que la particularité de la femme, sans s'opposer au nouveau mariage quels que soient ses effets supposés néfastes pour les enfants, les intéressés et même le ministère public peuvent demander la conversion de l'administration légale en tutelle. En ouvrant l'action en reconversion de l'administration légale en tutelle au-delà des détenteurs de l'autorité parentale, le législateur cherche à protéger l'enfant contre les maltraitances.

La deuxième plus directe concerne le remariage de la femme qui convertit l'administration légale en tutelle. Selon le législateur, « *La tutelle peut également se substituer à l'administration légale sur décision du juge des tutelles en cas de remariage de la mère ou mariage de la mère naturelle exerçant la puissance paternelle* »⁹⁶. Si cette disposition n'entraîne pas systématiquement une révision de l'administration légale en tutelle du fait de sa suppléativité, c'est en raison du remariage de la femme que le juge est amené à se prononcer sur cette transformation.

2)- Remariage et perte des droits du premier mariage

En disposant que « *Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, sont toujours révocables* »⁹⁷, le législateur institue une révocation volontaire *ad nutum*, quoique gênante en cours de mariage. En pratique, certains auteurs fixent la date de la révocation au moment du divorce⁹⁸ ou au décès, le remariage peut naturellement en être à défaut « *de décision expresse, ces donations et avantages pourraient maintenues* »⁹⁹. La survie des donations tient de l'absence de volonté de révocation unilatérale de l'époux donateur.

⁹⁵ Art. 304 al. 2 C.F.

⁹⁶ Art. 304 al. 2 C.F.

⁹⁷ Art. 823 C.F.

⁹⁸ P-J. CLAUX, « Révocation des donations entre époux pour ingratitude », *AJ Famille* 2011, p. 317.

⁹⁹ J. BOSQUET-DENIS, « Le remariage », *op. cit.*, p. 550

Le remariage comme cause de révocation peut être légitimement justifié par le refus d'une confusion des patrimoines. À l'image de l'annulation des donations par personnes interposées, la révocation des donations pour remariage est un obstacle à la transmission des biens des enfants légitimes aux beaux-enfants, en un mot aux tiers¹⁰⁰.

Si la révocation des donations entre époux pour remariage reste réelle, il en est autrement de leur survenance dans le temps. Pour certains, la révocabilité des donations ne peut aller au-delà de la période de prononcé du divorce car « *ce qui n'aurait pas été révoqué au moment du divorce ne devrait plus pouvoir l'être ultérieurement sur le fondement de l'art. 1096 dans la mesure où une donation de biens présents, même affectée d'un terme, a déjà fixé les droits du donataire sur un bien déterminé* »¹⁰¹. D'autres atténuant la nature d'ordre public de la révocation *ad nutum*, considèrent « *qu'il s'agit d'un ordre public temporaire, attaché à la condition d'époux. Aussi, l'époux donateur pourrait renoncer à l'exercice de son droit après disparition du lien matrimonial* »¹⁰². Il importe peu que la révocation ait lieu avant ou après le remariage. Cette dernière position paraît plus acceptable car la précocité de la révocation remet fondamentalement en cause l'existence même du remariage comme motif de révocation de donation. Le remariage n'est possible et ne peut intervenir que postérieurement au divorce.

Les effets du retour de l'absent sur le nouveau mariage du conjoint présent permettent d'une part de poser la problématique de la validité et des effets du nouveau mariage¹⁰³. La validité est d'abord relative à la nullité du mariage pour bigamie. Sa probabilité est réelle lorsque le conjoint de l'absent n'a demandé le divorce ni pour une cause de droit commun avant la déclaration d'absence ni pour la cause spéciale d'absence entre cette déclaration d'absence et le jugement déclaratif de décès puisque cette dernière met automatiquement fin à l'ancienne union. Il en est ainsi lorsque le conjoint du disparu se remarie avant la déclaration de décès.

Quant aux effets « *Quel que soit le moment où l'absent ou le disparu réapparaît les enfants cessent d'être soumis au régime de l'administration légale ou de la tutelle. Dans le cas de divorce ou de remariage opposable au conjoint qui réapparaît, le juge statuera sur la garde des enfants au mieux de leur intérêt* »¹⁰⁴. Cette disposition fait du divorce et du remariage une alternative obligeant le juge à statuer sur l'attribution de la garde des enfants en

¹⁰⁰ P. BERTHET, « La révocation des donations entre époux », *Petites affiches* 1^{er} févr. 2000, n°22, p. 8.

¹⁰¹ S. FERRE-ANDRE, « Donations entre époux et conséquences en cas de séparation », *AJ Famille* 2014, p. 616.

¹⁰² P. BERTHET, « La révocation des donations entre époux », *op. cit.*, n°22, p. 11.

¹⁰³ M. GAYE, « Procédure d'absence et sort des droits de l'absent », *Nouvelle annales africaines*, n° spécial 2014, p. 125; M. ND. MBAYE, « Le divorce de l'absent en droit sénégalais », *Nouvelles annales africaines*, n° 1, 2009, p. 99.

¹⁰⁴ Art. 28 C.F.

cas de réapparition ultérieure. D'une part, seul le divorce contraint le juge à statuer sur la garde et non le remariage. Mais l'intérêt d'une telle tâche reste réduit dans le cadre d'une procédure d'incertitude sur l'existence de la personne où la garde reste encore entre les mains du conjoint présent. Cette garde accessoire existant au titre de l'autorité parentale ou des systèmes de représentation de l'incapable reste immuablement entre les mains des parents jusqu'à la rupture de l'union ou à la déchéance de l'autorité parentale. Ni le divorce ni le remariage du conjoint de l'absent avant son retour n'oblige légalement le juge à statuer sur la garde. L'autre garde qualifiable d'autonome intervient au moment de la rupture particulièrement du divorce, le remariage ultérieur est par conséquent indifférent quant à son attribution. Ce qui conduit à confondre deux gardes de fonctions similaires sur les enfants mais de survenance temporelle décalée. Si l'époux ne peut se remarier sans divorcer, le remariage ne suit pas tous les divorces.

Un autre aspect important relevant de la perte des droits acquis par la femme concerne la pension alimentaire. Elle est versée par le mari à la femme en cas de divorce pour incompatibilité d'humeur ou pour maladie grave et incurable pendant un temps limité. Mais l'article 262 al. 3 du code de la famille dispose que la pension « *cesse si le mari établit qu'il n'a plus de ressources ou si la femme se remarie avant l'expiration de ces délais* ». Ce sont des faits nouveaux qui conduisent à une suppression de la pension alimentaire¹⁰⁵ parce que le nouveau mari supporte par conséquent un nouveau devoir de secours à l'égard de la femme créancière.

Même si la formulation de l'article 262 peut faire penser à une suppression de plein droit, en réalité elle ne peut être décidée que par le juge. Pour éviter cette lourdeur judiciaire, le juge français considère que le remariage, même entre les ex époux, rend caduques les prestations compensatoires¹⁰⁶. Pour le justifier un auteur estime que « *si le divorce a créé un déséquilibre dans les situations respectives des parties, on peut supposer que le remariage entre eux restaure cet équilibre. La prestation n'a donc plus de raison d'être et cette disparition d'un élément essentiel à sa validité est parfaitement sanctionnée par le prononcé de la caducité* »¹⁰⁷.

¹⁰⁵ A. GOUTTENOIRE, V. BONNET, « Aliments », *Répertoire Dalloz Procédure civile*, Mars 2014, parag. 132.

¹⁰⁶ Cass. Civ., 17 oct. 2007, *Bull. civ. I*, n° 321; *D.* 2008. 200, note Raoul-Cormeil; *AJ fam.* 2007. 475, obs. David, *RTD civ.* 2008. 88, obs. Hauser.

¹⁰⁷ J.-R. BINET, « Caducité de la prestation par l'effet du remariage entre les époux: le piège de la répétition des sommes indûment versées », *Comm. Sous Cass. Civ.*, 22 sept. 2016, *Droit de la famille*, n° 11, Novembre 2016, p. 219.

Due au titre d'une extension, au-delà du mariage, de l'obligation de secours¹⁰⁸ ou considérée comme « l'assurance contre le « sinistre » matériel que représente le passage de la vie en couple à la situation de personne seule »¹⁰⁹, la pension alimentaire semble survivre à l'union qui lui a permis d'exister. Par conséquent, sa suppression ne doit pas résulter uniquement d'une nouvelle union juridiquement reconnue de la femme comme semble le limiter l'alinéa 3 de l'article 262 du code de la famille mais de toute relation même de fait ou illicite démontrant que l'ancienne épouse ne vit plus seule à l'image du concubinage.

Une solution légale qui définit clairement la fin de la pension alimentaire pour remariage, mais qui n'empêche pas de se poser des questions sur la validité d'une convention prévoyant sa caducité en cas de conclusion d'une nouvelle union.

Il en est de même des obligations temporaires aux aliments et au logement pour veuvage « *La succession du mari prédécédé doit à la veuve les aliments et le logement pendant un délai de 300 jours suivant le décès. Cette obligation cesse si la veuve se remarie avant l'expiration du délai* »¹¹⁰. Un droit de logement qui porte sur l'immeuble de la résidence conjugale et les meubles qui le garnissent ou sur les frais de loyer lorsque l'immeuble ne relève pas de la propriété du défunt¹¹¹. Ce droit d'ordre public applicable de plein droit pour la durée de trois cent (300) jours ou jusqu'au remariage est supporté par la succession sans qu'on puisse savoir si la charge du paiement est déductible de l'ensemble de la succession ou uniquement de celle de la femme survivante.

Le remariage produit un effet extinctif sur le droit au renouvellement du maintien de l'indivision pour cause de mort. En effet, à la suite du décès, le conjoint survivant peut obtenir du juge, le maintien de l'indivision « *en ce qui concerne l'immeuble ou partie d'immeuble servant effectivement d'habitation au défunt et à son conjoint ou le droit au bail des locaux servant effectivement d'habitation* »¹¹². Ce droit, appartient au conjoint du *de cuius* qui est devenu propriétaire de l'immeuble ou colocataire des locaux objet du bail avant ou du fait du décès, est prescriptible en cinq (5) ans¹¹³. Ce délai de maintien est renouvelable jusqu'au décès du conjoint survivant¹¹⁴.

Le remariage anéantit les droits acquis de la première union en ce qui concerne l'émancipation du mineur. En outre, le premier mariage émancipe de plein droit le mineur qui,

¹⁰⁸ G. RAOUL-CORMEIL, « Cas où le remariage est un antidote à une prestation compensatoire », *D.*, p. 201, n° 9.

¹⁰⁹ J. BICHOT, « Veuvage et protection sociale », *Droit social* 2004, p. 1117.

¹¹⁰ Art. 262 al. 4 C.F.

¹¹¹ B. PAYS, « Du droit d'usage et d'habitation au droit au logement », *AJDI* 2002, p. 748.

¹¹² Art. 462 al. 3 C.F.

¹¹³ Art. 462 al. 3 C.F.

¹¹⁴ Art. 462 al. 5 C.F.

comme une personne majeure, pourra dès lors effectuer seul les actes de la vie civile¹¹⁵. Néanmoins il devra « *pour se marier (...) observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé* »¹¹⁶. En réalité, cette règle concerne uniquement le remariage du mineur ayant acquis la capacité juridique par émancipation automatique à une première union. Mais cette émancipation acquise de la première union est remise en cause puisque le législateur l'oblige à agir comme s'il n'avait pas été déjà émancipé. Il devra alors comme avant le premier mariage émancipateur recueillir le consentement des personnes qui exercent sur lui la puissance parentale. Si les visées protectrices de cette règle sont compréhensibles, ses raisons strictement juridiques sont être en déphasage avec la réalité d'une maturation sociale acquise en cours de vie conjugale et légitimée juridiquement par l'émancipation.

B- Remariage et reconnaissance exceptionnelle de nouveaux droits parentaux

Le législateur ne reconnaît pas aussi bien aux beaux-parents qu'à l'enfant issu du premier lit des droits et des obligations réciproques en vertu de la nouvelle union. La reconnaissance de droits ou la charge d'obligations en considération du nouveau mariage aux personnes qui devaient être concernées que par la première union n'est qu'exceptionnelle. Mais cette difficile reconnaissance d'un statut légal au beau-parent a l'inconvénient de déplacer le problème sur un terrain extra-légal¹¹⁷ à travers des solutions purement factuelles¹¹⁸. Les beaux-parents peuvent vouloir parfois asseoir une relation durable avec l'enfant du conjoint. Ils devront dans ce cas tenter la difficile reconnaissance judiciaire d'un lien filial (1). Mais très souvent, ils n'ont pas des ambitions généalogiques, leur désir se limitant uniquement à trouver une couverture juridique à leurs fonctions factuelles quotidiennes à l'égard de l'enfant de leurs conjoints (2).

1)- La légitimation juridique de la relation factuelle par des solutions partielles

Le législateur n'établit pas de relation successorale entre l'enfant et son « *beau-parent* » et inversement¹¹⁹. Les successions s'appuient solidement sur la parenté qui est fonction de la filiation¹²⁰. Mais indirectement, en augmentant volontairement la masse successorale de son conjoint notamment par des donations, le beau-parent peut permettre

¹¹⁵ Art. 339 al. 1 C.F.

¹¹⁶ Art. 339 C.F. issu de la loi n° 99-82 du 3 sept 1999.

¹¹⁷ R. DECOTTIGNIES, « Requiem pour la famille africaine », *Annale africaine* 1965, p. 259.

¹¹⁸ V. DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance des tiers beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage », *op. cit.*, p. 2494.

¹¹⁹ A. MIRKOVIC, « Un statut pour le « beau-parent » », *op. cit.*, p. 1712.

¹²⁰ C. PERES, « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *op. cit.*, p. 193.

à l'enfant de celui-ci de bénéficier par ricochet de ses biens. Mais quelle que soit sa motivation, cette technique est limitée par la réserve héréditaire permettant ainsi aux héritiers bénéficiaires de demander la réduction des donations manifestement excessives. Toutefois, des solutions de parade ont été trouvées dans la souscription d'une assurance vie qui n'est pas considérée comme une libéralité, plaçant ainsi les sommes qui en découlent hors de la succession¹²¹.

Ensuite, l'article 278 du code de la famille prévoit que le droit de garde peut être attribué à une tierce personne à condition que l'intérêt de l'enfant et la nécessité l'exigent¹²². Le beau-parent est un tiers « *qui a tissé des liens de fait, des liens d'affection avec l'enfant* »¹²³ du conjoint à force de vie commune. Au titre de cette qualité de tiers privilégié, il peut avantageusement prétendre à la garde judiciaire de l'enfant du conjoint en invoquant sa participation personnelle et financière au développement de l'enfant, démontrant ainsi la réunion des conditions de la nécessité et de l'intérêt. Par conséquent, il ne pourra se prévaloir de cette qualité que lors d'une éventuelle modification de la garde initiale. En outre, même si l'intérêt de l'enfant le justifie, la négation de toute qualité juridique aux beaux-parents le prive de tout pouvoir de saisine directe du juge.

De même, le nouveau conjoint n'est tenu, en principe, d'aucune obligation alimentaire à l'égard des beaux-enfants¹²⁴. Le code de la famille lie directement l'obligation alimentaire à la parenté de sang¹²⁵ ou d'alliance¹²⁶ et non à la parentalité. Il n'existe aucune solidarité légale entre époux relativement aux charges alimentaires à l'égard des enfants issus d'un premier lit. De même l'indisponibilité consécutive à l'intransmissibilité, à l'incessibilité et à l'insaisissabilité du devoir d'entretien¹²⁷ conformément à l'article 270 du code de la famille empêche le parent biologique de se décharger sur son conjoint. Mais indirectement cette charge peut être supportée par l'époux non parent. Toutefois cette contribution volontaire à l'entretien de l'enfant du conjoint est réduite à la force d'une obligation naturelle qui

¹²¹ S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.* 2016, p. 778, par. 29.

¹²² « *Le jugement prononçant ou constatant le divorce ou la séparation de corps statue sur la garde de chacun des enfants qui, pour son plus grand avantage, sera confié à l'un ou l'autre des parents ou, s'il est nécessaire, à une tierce personne* », (Art. 278 al. 1 C.F.).

¹²³ P. SERVANT, « La résidence habituelle de l'enfant: l'intérêt de l'enfant, le juge et le tiers », *D.*, p. 1665.

¹²⁴ M. REBOURG, « Les familles recomposées: La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Etat du droit positif », *op. cit.*, p. 292.

¹²⁵ Art. 263 C.F.

¹²⁶ Art. 264 C.F.

¹²⁷ M. REBOURG, « Les familles recomposées: La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Etat du droit positif », *op. cit.*, p. 292.

n'attribue nullement au bel enfant bénéficiaire un droit au paiement forcé, ni une action en répétition de l'indu au beau-parent¹²⁸.

Il revient également aux époux de supporter les charges du ménage faisant ainsi profiter à l'enfant issu du premier lit, des moyens de subsistance fournis même en partie par le conjoint du gardien biologique. Et dans l'hypothèse où ce dernier est dépourvu de ressources, l'enfant est exclusivement nourri par le beau parent¹²⁹ faisant constater une certaine redistribution des ressources profitables à la famille éclatée¹³⁰. Cela est conforté est dans la solidarité par rapport aux dettes du ménage¹³¹ dans lesquelles sont incluses les dettes personnelles contractées par un des époux qui sont intégrées dans le passif de la communauté¹³². On peut logiquement douter de l'intégration, dans les charges du nouveau mariage, des dépenses faites par le conjoint relativement à l'enfant du conjoint. Les charges du ménage ne doivent, en principe, concerner que les enfants issus du ménage. Mais certains auteurs qualifient les contributions quotidiennes à l'entretien de l'enfant du conjoint de gain indirect pour ce dernier dans ce qu'elles augmentent à son actif¹³³.

La prise en charge de l'enfant du conjoint par le tiers beau-parent peut lui permettre également, au titre des droits, de se prévaloir accessoirement des droits sociaux qui en résultent. En droit de la sécurité sociale, la prise en charge par le beau-parent de l'enfant du conjoint même sans aucune relation de droit¹³⁴ peut lui permettre de solliciter des allocations. La notion d'enfant en charge renvoie à une situation de fait¹³⁵ d'une « *personne qui assure d'une manière générale et permanente le logement, la nourriture, l'habillement et l'éducation de l'enfant* »¹³⁶. L'indifférence légale de l'existence d'un lien filial de parenté avec l'enfant

¹²⁸ M. REBOURG, « Les familles recomposées: La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Etat du droit positif », *ibidem.*, p. 292; Fr. GRANET-LAMBRECHTS, « L'intérêt d'une ex-femme à contester la reconnaissance d'un enfant naturel d'un deuxième lit et réparation du préjudice suite à la réduction de la pension alimentaire versée pour les enfants du premier lit », *D.* 1993, p. 165.

¹²⁹ E. BLARY-CLEMENT, « Le second mari d'une femme divorcée n'est tenu d'aucune obligation alimentaire à l'égard de l'enfant de celle-ci né d'un premier lit », *D.* 1993, p. 128.

¹³⁰ F. LUCET, « Familles éclatées, familles reconstituées: les aspects patrimoniaux », *Deffrénois* 1991, p. 513.

¹³¹ S. PERRIN, *Parenté et parentalité: le rôle du tiers dans la vie de l'enfant, Étude de droit comparé européen*, Thèse, Université de Strasbourg, 1^{er} juillet 2009, p. 70.

¹³² M-C RIVIER, « Les secondes familles et le droit des obligations alimentaires », *Petites affiches*, n° 121, 08/10/1997, p. 9.

¹³³ Pour Monsieur LEVENEUR, « *la vie à deux est source d'économies relatives, et chacun participant aux dépenses quotidiennes le débiteur de l'obligation alimentaire a donc plus de ressources disponibles* », (V. L. LEVENEUR, « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? Dans les familles recomposées », *Petites affiches*, n° 39, 24 févr. 2010, p. 11).

¹³⁴ M. REBOURG, « Les familles recomposées: La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Etat du droit positif », *op. cit.*, p. 292

¹³⁵ M. REBOURG, « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *RDSS* 1998, p. 402.

¹³⁶ Art. 6 al. 1^{er} de la loi 73-37 du 31 juillet 1993 portant code de la sécurité sociale JORS n° 50 spéciale du 4 août 1973, n° 4308.

correspond parfaitement à la situation du beau parent qui assume effectivement des charges économiques, éducatives au profit de l'enfant du conjoint.

Une prise en charge appréhendée alors uniquement en sécurité sociale et non comme une modalité d'exécution de la pension alimentaire du parent privé de la garde confirme sa nature purement factuelle. D'ailleurs la cour de cassation française a décidé que « *les textes n'imposent pas lorsqu'un enfant est confié par sa mère à un tiers que l'allocataire justifie de l'existence d'une obligation alimentaire pesant sur lui ou d'un titre juridique lui conférant la garde de l'enfant* »¹³⁷. Cette jurisprudence étend le domaine personnel des allocataires des prestations familiales en permettant au beau parent qui s'occupe de l'enfant du conjoint d'en prétendre ou dans le sens contraire de lui en priver s'il est avéré que les parents de droit subviennent entièrement à la prise en charge de l'enfant¹³⁸. Certes, la prise en charge est fondamentalement liée à la parenté excluant *de facto* celle résultant de la conjugalité¹³⁹. Il faut distinguer la prise en charge effective de celle de nature exclusivement économique existant dans la pension alimentaire même si des influences mutuelles peuvent exister¹⁴⁰. La première, indifférente de la personne qui s'en prévaut, est essentiellement extrapatrimoniale, reconnaît plus de place considération au tiers. L'article 6 alinéa 1 du code de la sécurité sociale du Sénégal se montre favorable à une appréhension purement réelle de la prise en charge¹⁴¹ mais en énumérant de manière limitative les catégories des enfants pris en charge¹⁴² et les bénéficiaires, à ce titre, de prestation familiale pour prise en charge d'un enfant, le législateur objectivise ce qui, en réalité, ne nécessitait qu'une preuve effective¹⁴³ confirmant l'exigence pour certains¹⁴⁴ d'une prévision légale préalable comme le fait l'article 7 du Code de la sécurité sociale du Sénégal¹⁴⁵.

¹³⁷ Cass. Soc. 25 nov. 1993, D. 1995.39.

¹³⁸ M. REBOUR, « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *op. cit.*, p. 405

¹³⁹ D. ATTIAS, « La prise en charge financière de l'enfant », *AJ Famille* 2010, p. 62.

¹⁴⁰ M. REBOUR, « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *op. cit.*, p. 405.

¹⁴¹ Art. 6 al. 1 Code de la sécurité sociale.

¹⁴² « *Ouvrent droit aux prestations familiales les enfants à la charge du travailleur salarié qui entrent dans l'une des catégories suivantes :*

1° *les enfants issus du mariage du travailleur à condition qu'ils aient été inscrits sur les registres de l'état civil et que ce mariage ait été célébré ou constaté par l'officier de l'état civil ;*

2° *les enfants ayant fait l'objet d'une adoption conformément à la loi ;*

3° *les enfants de la femme salariée non mariée dont la filiation naturelle est établie par reconnaissance volontaire ou par jugement conformément à la loi ;*

4° *les enfants dont la filiation naturelle, tant à l'égard du travailleur marié que son épouse, est établie conformément à la loi* » (Art. 7 Code de la sécurité sociale).

¹⁴³ C. BOUVIER-LE BERR, « L'enfant à charge en droit social et en droit fiscal après la réforme de l'autorité parentale du 4 mars 2002 », *RDSS* 2003, p. 486.

¹⁴⁴ C. BOUVIER-LE BERR, « L'enfant à charge en droit social et en droit fiscal après la réforme de l'autorité parentale du 4 mars 2002 », *ibidem*, p. 486.

¹⁴⁵ Art. 7 Code de la Sécurité sociale

2)- La restriction des solutions établissant une filiation légale avec l'enfant du conjoint

La généralité de la solution est soit dans la délégation judiciaire de l'autorité parentale, considérée comme un mode de gestion pouvant associer les tiers beaux-parents dans la direction de la vie de l'enfant¹⁴⁶ en les investissant de prérogatives partielles ou totales¹⁴⁷ sur l'enfant. Cette délégation est *a minima*¹⁴⁸ parce que conditionnée à la volonté des parents biologiques¹⁴⁹ réduit la force d'une institution qui devrait également servir à sanctionner, mais dans l'intérêt de l'enfant¹⁵⁰ d'ailleurs non visé expressément par le législateur¹⁵¹, les manquements des parents biologiques à leurs obligations parentales d'autant plus que le ministère public ne peut s'auto saisir aux fins de demander la délégation de l'autorité parentale. De même la domination de l'extra-patrimonialité de la délégation de la puissance paternelle diminue les chances du beau-père lié à l'enfant que par des actes matériels d'entretien, sans justifier d'une capacité d'éducation bien que le législateur ait visé globalement la situation du parent biologique qui serait dans l'« *impossibilité absolue de s'acquitter de l'ensemble de ses devoirs* » parentaux.

En outre, il existe une certaine méfiance à la création d'un statut légal établissant un lien de parenté filial avec les beaux-parents et l'enfant du conjoint à une relation dominée par la subjectivité du lien affectif face à l'intangibilité de la vérité biologique et la préservation du patrimoine familial contre les faux héritiers. Comme pour déjouer un piège certains auteurs estiment que « ...le droit des successions ne doit ni imposer, ni même présumer de façon systématique, « la fragilité des sentiments et la fugacité des volontés ne permett(a)nt pas de fonder l'octroi de prérogatives juridiques sécurisées »¹⁵². La priorité est la protection du patrimoine successorale de la famille biologique.

¹⁴⁶ V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, « Autorité parentale », *Répertoire Dalloz Procédure civile*, déc. 2014, n° 302.

¹⁴⁷ Art. 291 al. 2 C. F.

¹⁴⁸ Le délégué à la puissance paternelle n'est tenu d'une obligation d'entretien et d'éducation de l'enfant qu'en cas d'impossibilité des tenants de l'autorité parentale (Art. 289 C. F.).

¹⁴⁹ Il revient au préalable aux parents biologiques délégataires de choisir le délégué qui doit recevoir par la suite l'agrément du juge après, vérification du respect des conditions de fond et de forme. Certains auteurs dénoncent la limitation du contrôle du juge à la conformité légale sans une investigation réelle sur la validité de la convention à la base de la délégation (V. M. BRUGGEMAN, « Les familles recomposées: Le(s) tiers et l'enfant », *op. cit.*, p. 295).

¹⁵⁰ A-M. LEROYER, « L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *op. cit.*, p. 593, n° 9.

¹⁵¹ Le législateur ne fait pas expressément de l'intérêt de l'enfant une condition d'existence de la délégation de l'autorité parentale mais l'article. 292 du code de la famille ne la maintient pas « si elle se révèle fâcheuse pour l'enfant » et logiquement contraire à son intérêt.

¹⁵² C. PERES, « Les successions à l'heure des nouvelles mutations de la famille », *op. cit.*, p. 174.

Une autre solution de la reconnaissance du bel enfant paraît moins exigeante mais suspecte de fraude¹⁵³. Pour en limiter les dérives, la prééminence de la filiation biologique sur n'importe quelle reconnaissance a été consacrée¹⁵⁴ et l'établissement d'une nouvelle filiation pour un enfant qui en possède déjà est interdit¹⁵⁵ afin d'éviter la confusion et la pluralité de filiation sur un même enfant¹⁵⁶. La reconnaissance par complaisance par une légitimation l'enfant du conjoint est illicite parce que « *l'enfant, pour être légitimé, doit avoir pour père et mère les deux personnes qui s'épousent* »¹⁵⁷. C'est la présomption *pater is est*. Même l'enfant adultérin, né dans un mariage, ne peut en principe être reconnu par le père biologique adultérin qui se remarie avec sa mère, qu'après le désaveu de paternité de l'ex-mari car la présomption de *pater is est* survit à la dissolution de l'ancienne union. La mère biologique ne peut contester la paternité de l'ex-mari¹⁵⁸ quelle que soit sa conviction. Mais cette sécurisation s'effrite délicatement face à la mauvaise foi d'un beau parent déterminé, aidé par une certaine permissivité d'une reconnaissance certes explicite¹⁵⁹ mais aux formalités plus que légères¹⁶⁰. Ce que d'aucuns qualifient de reconnaissance mensongère¹⁶¹ dans le fait qu'elle entraîne son dévoiement frauduleux par exploitation avantageuse des failles d'un formalisme à dominance procédurale, conduit le beau parent à reconnaître facilement l'enfant du conjoint non reconnu par son père biologique.

Par suite d'un divorce, le remariage de la mère avec le père biologique adultérin n'entraîne la légitimation que si l'enfant est reconnu préalablement par le père puisque le législateur la conditionne cumulativement à l'établissement de la filiation aussi bien l'égard de l'un et de l'autre¹⁶². La légitimation s'appuie et confirme juridiquement la filiation biologique.

¹⁵³ M. REBOURG, « Familles recomposées et liens interpersonnels », JCP Nn° 19, 10 Mai 2013, 1127, n°21.

¹⁵⁴ CEDH, sect. I, 18 mai 2006, Rozanski c/ Pologne, req. N° 55339/00.

¹⁵⁵ R. LE GUIDEDEC, « Filiation: contestation », *Répertoire Dalloz Droit civil*, Octobre 2008, n° 12.

¹⁵⁶ R. LE GUIDEDEC, « Filiation: contestation », *ibidem*, n° 12.

¹⁵⁷ V. BERGERON, « La légitimation et l'adoption de l'enfant hors du mariage », *Les Cahiers de droit*, Volume 4, n° 2, p. 16.

¹⁵⁸ J. BOSQUET-DENIS, « Le remariage », *op. cit.*, p.544.

¹⁵⁹ ND. C. M. NDIAYE, *Le statut juridique de l'enfant né hors mariage au Sénégal*, Thèse, UCAD 2013, p. 302.

¹⁶⁰ Sous réserve de la présomption de paternité du mari de la mère sur les enfants de cette dernière l'article 193 al. 3 du code de la famille « *la déclaration de naissance faite à l'officier de l'état civil par le père déclarant sa paternité suffit à établir la filiation et vaut reconnaissance de sa part* ».

¹⁶¹ M. REBOURG, « Les familles recomposées: La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Etat du droit positif », *op. cit.*, p. 291.

¹⁶² « *L'enfant a la qualité d'enfant légitime lorsque l'union de ses parents intervient après l'établissement de sa filiation à l'égard de l'un et de l'autre* » (Art. 194 al. 1 C.F.).

L'adoption de l'enfant du conjoint constitue la solution présentant plus de probabilité¹⁶³ en ce qu'elle « offre à l'enfant un berceau suffisamment accueillant pour qu'on favorise cette solution »¹⁶⁴. En droit positif, l'article 224 du code de la famille reconnaît à l'époux le pouvoir d'adopter les enfants de son conjoint¹⁶⁵. Mais cette adoption restreinte est conditionnée à l'inexistence entre les époux d'enfant issu de leur mariage au moment de l'adoption¹⁶⁶, au consentement des parents biologiques¹⁶⁷ séparément¹⁶⁸ ou de la famille et à la présence de « justes motifs » et d'intérêt en faveur de l'enfant adopté¹⁶⁹. Le consentement des parents biologiques est fondamental poussant le juge à réitérer dans des arrêts successifs l'interdiction de toute adoption qui les priverait de leurs droits parentaux¹⁷⁰. Il s'agit d'éviter le transfert exclusif de la filiation au beau-parent¹⁷¹. Le consentement à l'adoption du parent biologique ne sera plus requis en cas de décès du parent biologique ou d'incapacité de celui-ci à le manifester¹⁷². Aucun lien affectif ou financier n'est exigé entre l'enfant et son beau-parent même en droit français où les conditions semblent plus restrictives particulièrement pour l'adoption plénière¹⁷³ afin de privilégier le choix d'une adoption simple.

L'acquisition de la qualité d'héritier de l'adopté dans la succession des beaux-parents dépend du type d'adoption. L'adoption plénière¹⁷⁴, qui donne à l'adopté « les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime »¹⁷⁵ à l'égard de l'adoptant, crée un lien filial

¹⁶³ M. REBOURG, « Les familles recomposées: La prise en charge de l'enfant par son beau-parent pendant la vie commune, Etat du droit positif », *op. cit.*, p. 293.

¹⁶⁴ D. FENOUILLET, « Du mythe de l'engendrement au mythe de la volonté, Adoption, procréation et parenté à l'épreuve de la toute-puissance du sujet », *D.* 2014, p. 43.

¹⁶⁵ Art. 224 C.F.

¹⁶⁶ Art. 226 al. 2 C.F.

¹⁶⁷ Art. 229 C.F.

¹⁶⁸ Art. 230 al. 1 C.F.

¹⁶⁹ Art. 223 al. 2 C.F.

¹⁷⁰ « Mais attendu qu'ayant retenu à juste titre que Mme Y..., mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par Mme X..., alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche prétendument omise, a légalement justifié sa décision », (Cass. Civ., 1^{er} civ. 20 février 2007, n° 04-15.676).

¹⁷¹ V. DEPADT-SEBAG, « La reconnaissance juridique des tiers beaux-parents: entre adoption simple et délégation-partage », *op. cit.*, p. 2494.

¹⁷² M. COULIBALY, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone: réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, Université Grenoble Alpes, 2015, p.105, n° 74.

¹⁷³ Une certaine doctrine résume parfaitement de la substance de la loi française de 5 juillet 1996 en ce domaine en estimant que « l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est autorisée que dans trois hypothèses : l'enfant n'a de filiation établie qu'à l'égard de ce conjoint ; l'autre parent que le conjoint s'est vu retirer totalement l'autorité parentale; cet autre parent est décédé sans laisser d'ascendants au premier degré ou ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant » (voir V. FRAISSINIER-AMIOT, « Interdiction d'une adoption par chacun des "beaux-parents" sur un Interdiction d'une adoption par chacun des "beaux-parents" sur un même enfant », note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2011, *op. cit.*, p. 9).

¹⁷⁴ Art. 539 C.F.

¹⁷⁵ Art. 242 C.F.

irrévocable¹⁷⁶ qui survit à la rupture du lien conjugal qui a permis son établissement. Le beau-parent devra continuer d'une part à supporter l'obligation alimentaire à l'égard de l'adopté fut-il uniquement l'enfant de l'ex conjoint¹⁷⁷ et d'autre part sa vocation successorale reste inchangée. Dans l'adoption simple¹⁷⁸, le code de la famille distingue l'adoption sans vocation successorale¹⁷⁹ de celle avec succession¹⁸⁰. Si la première demande qu'une stipulation écarte expressément la succession, son absence présume l'adoption de la dernière forme. L'adoption simple à vocation successorale du bel enfant lui donne des droits successoraux similaires à ceux des enfants légitimes sans toutefois lui reconnaître la qualité d'héritier réservataire¹⁸¹. Mais des contournements conventionnels permettent à l'adoptant de décider d'octroyer la qualité d'héritier absolu à l'adopté à travers l'assurance-vie.

La distinction entre adoption plénière et adoption simple influence plus fortement l'autorité parentale. Dans l'adoption simple, le beau-parent adoptant en est certes cotitulaire mais laisse-t-il l'exercice au parent biologique. Certains auteurs plaident pour une réponse affirmative¹⁸², en considération de la dualité parentale égalitaire en droit français¹⁸³ découlant de l'autorité parentale conjointe. Dans cette logique, il est estimé qu'en l'absence de partage d'autorité parentale en droit sénégalais, le conjoint gardien s'en trouve privée au profit de l'adoptant même s'il l'adopte également¹⁸⁴. Or, dans l'état actuel de la législation sénégalaise, l'adoption de son propre enfant reste encore impossible¹⁸⁵. Le privilège marital dans l'exercice unilatéral de l'autorité paternelle¹⁸⁶ s'oppose à sa conservation par l'épouse mère biologique même gardien de l'enfant adopté. La solution est par conséquent dans le choix d'une adoption simple qui permet une conservation, par le parent de l'adopté de son autorité

¹⁷⁶ Art. 243 C.F.

¹⁷⁷ I. CORPART, « Famille recomposée: Les familles recomposées décomposées », *AJ Famille* 2007, p. 300.

¹⁷⁸ Art. 540 C.F.

¹⁷⁹ Art. 250 C.F.

¹⁸⁰ Art. 251 C.F.

¹⁸¹ Art. 540 al. 2, 3 C.F.

¹⁸² « *L'adoption simple, spécialement celle exercée par le beau-parent, a, de son côté, des effets insuffisants sur l'autorité parentale : si l'adoptant est cotitulaire de l'autorité, seul le parent par le sang l'exerce* » (V. A-M LEROYER, « L'enfant confié à un tiers: de l'autorité parentale à l'autorité familiale », *op. cit.*, p. 593, n° 9).

¹⁸³ Article 365 du Code civil français qui dispose que « *l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint mais celui-ci en conserve l'exercice* ».

¹⁸⁴ « *En effet, dans l'hypothèse où l'auteur (parent par le sang) conjoint de l'adoptant, appartenant à la « famille par le sang de l'enfant », n'adopte pas simultanément son propre enfant, il se trouverait privé, par le fait de l'adoption, de son autorité parentale sur son propre enfant (lorsque l'adoption est de forme limitée ou adoption-protection) et pire, de son lien de parenté à l'égard de son enfant (lorsque l'adoption est plénière-hypothèse envisageable seulement au Sénégal)* », (V. M. COULIBALY, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone: réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, Université Grenoble Alpes, 2015, p. 99, N° 165).

¹⁸⁵ Art. 224 C.F.

¹⁸⁶ El. S. NDIAYE, « Retour sur le civilement responsable du fait d'autrui: l'exemple de la responsabilité parentale », *op. cit.*, p. 2018.

parentale, concurremment à celle de nouveau conjoint adoptant¹⁸⁷ et cela en déphasage avec la puissance maritale.

¹⁸⁷ J.-J. LEMOULAND, « Famille », *Répertoire Dalloz Droit civil*, Septembre 2015, n° 35.

Publié officiellement sur le site de la **Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique** (Afrilex) : <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/>

Relayé par [Légibénin](#), site d'information juridique et de recherche juridique au Bénin