

REPUBLIQUE DU SENEGAL

UN PEUPLE - UN BUT - UNE FOI

**COUR DE CASSATION
AUDIENCE SOLENNELLE
DE RENTREE DES COURS ET TRIBUNAUX**

ANNEE 1994-1995

THEME :

**LE STATUT DE LA FAMILLE EN DROIT
SENEGALAIS**

Mercredi 2 Novembre 1994

**DISCOURS D'USAGE PRONONCE PAR
MONSIEUR SOULEYMANE KANE
JUGE AU TRIBUNAL DEPARTEMENTAL
HORS CLASSE DE DAKAR**

INTRODUCTION

L'année qui s'achève a été consacrée par l'Assemblée Générale des Nations Unies à la famille, par sa résolution 44/82 du 08 décembre 1989. Son objectif était de sensibiliser les gouvernements et le secteur privé aux problèmes de la famille et accroître l'efficacité des programmes la concernant en s'inspirant des activités en cours en faveur des femmes, des enfants, des jeunes, des personnes âgées et des handicapés. Comme l'a souligné le Secrétaire Général des Nations Unies, Mr Boutros Boutros GHALI, «*l'année internationale de la famille doit aider à faire progresser les droits de l'homme, en particulier les droits de l'enfant, les libertés individuelles et l'égalité des sexes, dans le contexte familial, comme dans la société au sens large*».

La Justice sénégalaise ne pouvait rester sourde ou insensible à cet appel. En décidant de consacrer cette audience solennelle de rentrée des Cours et Tribunaux de l'année 1994 à une réflexion sur le statut de la famille, elle a voulu, conformément à la devise de l'année, aider à «*édifier la plus petite démocratie au coeur de la société*».

Il faut reconnaître cependant, que l'Etat du Sénégal confère à l'institution familiale toute l'importance qu'elle mérite, convaincu du fait que la famille constitue la cellule sociale de base de la société. Les familles en effet sont la pépinière de l'Etat ainsi que l'affirmait Portalis.

Cette prise de conscience du rôle éminemment important de la famille a conduit le législateur sénégalais à prendre des dispositions protectrices de la famille dans beaucoup de textes de Loi. Déjà dans le préambule de notre Charte fondamentale, le Peuple du Sénégal proclame le respect et la garantie intangibles des droits et des libertés de la personne humaine et de la famille.

A l'article 14 de la Constitution cette profession de foi est réaffirmée : «*le mariage et la famille constituent la base naturelle et morale de la communauté humaine. Ils sont placés sous la protection de l'Etat*».

Mais c'est surtout le Code de la Famille issu de la loi 72-41 du 1er juin 1972 et entré en vigueur le 1er janvier 1973 qui regroupe la quasi totalité des règles applicables à la famille depuis sa constitution jusqu'à sa dislocation. Souvent critiqué par certains pour ses audaces et par d'autres qui lui en réclament beaucoup plus, il suit son chemin, tourné résolument vers l'avenir, pour l'édification d'une société moderne où toutes les discriminations de quelque nature qu'elles soient auront disparu.

Une réflexion sur le statut de la famille en droit sénégalais suppose comme préalable que soit résolue une question importante : qu'est-ce que la famille ?

Si l'on s'en tient à l'étymologie, la famille, familia, constitue le groupement des personnes vivant sous le même toit et des mêmes ressources. La familia est une unité

économique, centre de production et de consommation. Même si elle peut être satisfaisante pour l'économiste, cette notion de famille ne peut pas être la nôtre.

Pour la sociologie, la famille est un groupe élémentaire formé d'individus que relie entre eux des faits d'ordre biologique : union des sexes, procréation, descendance d'un procréateur commun.

On constate aisément combien cette définition est imprécise : Jusqu'où le groupe familial va-t-il ? Quels parents faut-il y inclure ? Quelle parenté faut-il retenir, biologique ou adoptive, légitime ou naturelle ? Le Droit ne pouvait donc se contenter d'un concept aussi vague. Aussi, a-t-il fallu préciser les contours de la famille au plan juridique.

Comme la famille sociologique, la famille juridique se compose de personnes ayant entre elles un lien de parenté. Mais le Droit s'est efforcé d'apporter certaines précisions quant au degré de parenté exigé pour faire partie juridiquement de la famille et quant à l'origine de cette parenté.

On oppose généralement quant à la dimension deux types de famille : la famille-gens c'est-à-dire le lignage qui regroupe autour d'un ancêtre commun tous ses descendants et leurs conjoints, à la famille-domus c'est-à-dire le foyer qui se limite aux père et mère et à leurs enfants. L'on s'accorde également pour reconnaître que l'évolution historique a consisté à faire passer la famille du premier type au second par un mouvement de rétrécissement continu.

Pourtant, l'analyse du droit positif révèle que celui-ci n'adopte pas une conception unique de la famille : selon les intérêts à protéger et les problèmes à régler, il s'attache tantôt à une conception relativement large, tantôt à une conception beaucoup plus étroite. Ainsi le droit des successions reconnaît une vocation successorale aux parents jusqu'au sixième degré et même parfois jusqu'au douzième degré.

Donc ici une conception assez large de la famille s'est maintenue. En matière d'obligation alimentaire, la famille englobe tous les parents puisque l'article 263 du Code de la Famille dispose que cette obligation existe en ligne directe entre parents légitimes sans limitation de degré et en ligne collatérale entre frères et soeurs germains, utérins ou consanguins à l'exclusion de leurs descendants. Ici encore, le législateur a opté pour une conception assez étendue de la famille.

En revanche, la plupart des textes et notamment ceux qui concernent les effets patrimoniaux et personnels du mariage désignent sous le nom de famille un groupe beaucoup plus étroit composé des époux et de leurs enfants. Ainsi, l'article 100 du Code de la Famille affirme avec force que le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage, faisant du mariage la seule source possible d'une véritable famille. Cependant à côté de cette famille légi-

time, le Code de la Famille a prévu deux autres types de famille qui sont la famille naturelle et la famille adoptive.

Mais cette famille ainsi définie, quels sont ses rapports avec le droit ? Peut-elle vraiment faire l'objet d'un droit ?

Certains l'ont contesté en soutenant que la famille serait le lieu privilégié du «*non-droit*». En effet, ont-ils souligné, les comportements familiaux sont faiblement influencés par le droit. Ils demandent beaucoup plus de facteurs affectifs, sociologiques, idéologiques et même économiques que d'impératifs juridiques. Les individus vivent leurs relations familiales avant de songer à les couler dans un moule juridique.

De plus les techniques du droit, en particulier l'existence de règles générales édictées par la loi ou le règlement, l'intervention du juge pour résoudre les conflits et éventuellement de la force publique pour exécuter ces jugements, paraissent souvent trop abstraites ou brutales et en tout cas inadaptées à l'objet recherché qui est d'apaiser, de concilier, bref de reconstituer le tissu familial.

Pourtant ces remarques ne sont que partiellement exactes. Il y a bien un droit de la famille car la société ne peut se désintéresser d'une de ses cellules essentielles. Les comportements des individus ne sont que très rarement dictés par des considérations juridiques. Le droit vient seulement discipliner ces comportements, les enserrer dans certaines limites, éventuellement les normaliser.

Dans les relations familiales, comme dans les autres relations sociales, c'est donc principalement au moment où surgissent des conflits que le droit devient utile. Le juriste comme le médecin ne connaît que des malades, la règle de droit intervenant surtout dans des situations de crise c'est-à-dire contentieuses qui sont par hypothèse exceptionnelles. A ce moment, la technique du jugement par un tiers impartial, sur le fondement de règles préétablies est toujours nécessaire, même si elle doit revêtir des formes spéciales, adaptées à la nature des relations qu'il s'agit de normaliser.

Le droit a donc incontestablement sa place dans le domaine familial et cette place n'est à notre avis, ni plus, ni moins étendue que pour les autres aspects de la vie sociale. Partout, il est souhaitable d'éviter une réglementation tatillonne, qui est soit inutile, soit gênante, mais partout il est nécessaire également de poser des règles dont le respect permet d'éviter les conflits ou, s'ils naissent, de les résoudre dans les meilleures conditions possibles.

Puisqu'il est donc établi que le droit ne peut se désintéresser de la famille, quel but faut-il assigner à ce droit de la famille ?

On a longtemps pensé que le droit de la famille devait essentiellement se proposer de donner à celle-ci une certaine structure et de lui assigner une certaine place dans

l'organisation générale de la société. C'est donc là un but politique au sens large. Cependant du fait de la diversité des jugements de valeur portés sur la famille, certains soutenant que la famille est un obstacle à l'évolution sociale tandis que d'autres insistaient sur les entraves qu'elle apporte à la liberté individuelle, des désaccords profonds se sont manifestés sur le sens à donner à cette politique.

Plus récemment, un autre courant s'est manifesté, qui délaisse les conceptions politiques et assigne à ce droit un objectif tout différent qui consiste à tenter de favoriser le bonheur de ses membres. Dans un livre pénétrant paru en 1974 (*l'Autonomie du droit de la famille*), E. Du Pontavice soutient que le droit de la famille tient son autonomie de sa finalité, qui est l'épanouissement de l'être humain, le droit au bonheur.

Cette démarche, bien que séduisante repose à notre avis sur un fondement fragile. Le bonheur est trop impalpable pour faire l'objet d'un droit. Ce prétendu droit au bonheur nous paraît également être un leurre dans la mesure où en présence d'un conflit, il faut presque toujours sacrifier un bonheur à l'autre.

En réalité, le droit de la famille ne peut faire abstraction ni de l'un, ni de l'autre des deux objectifs qui viennent d'être rapidement esquissés : il doit organiser une structure familiale qui, à la fois favorise l'harmonie du groupe et permet aux individus de s'épanouir. Ces buts sont complémentaires et le législateur doit s'efforcer de les concilier.

L'analyse du dernier recensement général de la population et de l'habitat a révélé une grande importance de la vie en famille dans notre pays puisqu'on a dénombré en 1988 au Sénégal 784 484 familles constituées en moyenne de 8, 8 personnes.

Une autre donnée importante de ce recensement est l'accroissement du nombre des familles monoparentales ayant à leur tête une femme puisque 16 % de celles-ci jouent le rôle de chef de famille, accroissant ainsi leurs responsabilités dans le cadre familial. La population urbaine qui représentait en 1976, 34 % de la population totale est passée en 1988 à 39 % d'où un accroissement moyen annuel de 3,8 % largement supérieur au taux d'accroissement global de la population, ce qui entraîne des incidences importantes sur les familles au niveau de l'éducation, de la santé, de l'emploi, de la sécurité, etc.

La recherche de l'argent éloigne le plus souvent les parents de leur famille et contraint les enfants à adopter d'autres modèles que leur propose l'école parallèle en l'absence de modèle parental d'identification. Du fait de l'exode rural toujours croissant, on note que la tendance à l'individualisme se développe dans les campagnes car ceux qui reviennent des villes ont souvent acquis des habitudes qu'ils ne tardent pas à reproduire en campagne.

Presque partout dans le monde, on note la baisse du taux des mariages, l'augmentation des concubinages et du nombre des mères-célibataires avec la multiplication des divorces. La famille subit ainsi de profondes mutations.

«Familles, je vous hais», écrivait le jeune André GIDE dans les nourritures terrestres en 1897. Aujourd'hui encore, devant l'éclatement des formes de la famille traditionnelle, certains prédisent la fin de la famille.

Nous sommes cependant convaincus que la famille ne peut pas disparaître, car comme le disait Sa Sainteté le Pape Jean Paul II, «*La famille a des liens organiques et vitaux avec la société parce qu'elle en constitue le fondement et qu'elle la sustente sans cesse en réalisant son service de la vie : c'est au sein de la famille, en effet, que naissent les citoyens et dans la famille qu'ils font le premier apprentissage des vertus sociales, qui sont pour la société l'âme de sa vie et de son développement*».

Il n'est donc pas superflu de s'interroger sur la protection que le droit assure au mariage et à la famille en raison de leur rôle étymologiquement et réellement constitutif de la société civile. La famille s'impose en effet comme la société première à laquelle appartient tout être humain en naissant d'un père et d'une mère eux-mêmes engendrés de manière identique et insérés dans un réseau de relations interpersonnelles fondées sur le sang et sur le cœur. C'est l'ensemble des familles qui donnent corps à la Nation. Famille et Nation sont si consubstantiellement liées que la prospérité ou le malheur de l'une entraîne automatiquement le bonheur ou la ruine de l'autre.

C'est dire que l'ordre juridique ne peut ignorer la famille au risque de perdre sa finalité et son autorité puisqu'il doit refléter le souci du bien-être de l'ordre social. C'est pour cette raison que la loi régit de façon minutieuse l'institution tant en période normale par l'organisation des rapports entre parents et de ceux-ci à l'égard de leurs enfants qu'en période de crise, cette situation pouvant résulter soit d'un décès ou d'un divorce ou d'une séparation de corps ou de fait.

PREMIERE PARTIE : L'ORGANISATION DE LA FAMILLE

L'article 100 du code de la famille que nous avons déjà cité fait du mariage l'acte constitutif de la famille. Mais une fois cette famille constituée, le législateur doit l'organiser, c'est-à-dire préciser les règles de son fonctionnement car tout groupement doit être fortement organisé. Il est donc nécessaire pour la famille d'avoir une direction, un chef, qui sera capable de prendre toutes les décisions qui s'imposent dans l'intérêt commun de ses membres, parmi lesquels il y a des enfants, qui, en raison de leur âge ne peuvent intervenir dans la vie juridique de la famille.

Dans les coutumes sénégalaises, les rapports entre époux étaient dominés par l'idée de soumission. Le Code de la Famille a opéré une véritable révolution dans ce domaine en faisant de la femme un véritable sujet de droit. Cette option du législateur sénégalais s'expliquait à l'époque par la volonté de favoriser la politique de développement économique et social par la réforme du droit de la famille, car le développement, selon l'expression de M. KOUASSIGAN, «*exige des sociétés qui s'y engagent un ensemble de changements socioculturels qui leur imposent de cesser d'être ce qu'elles sont pour devenir ce qu'il est souhaitable qu'elles soient*».

Nous constatons que dans l'organisation de la famille, la prééminence du mari subsiste. Il existe également entre les membres de la famille des devoirs réciproques. Ces rapports d'autorité et d'égalité existent entre les époux et entre les parents et leurs enfants.

I - LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE ÉPOUX

Il est des rapports juridiques entre époux qui touchent davantage à la personne, d'autres à l'argent, d'où la distinction classique des rapports personnels et des rapports pécuniaires entre les époux.

A - Les rapports juridiques entre époux relatifs à la personne sont d'abord des rapports d'autorité. L'article 152 du Code de la Famille dispose sans aucune ambiguïté que le mari est le chef de famille. On constate donc, que malgré les efforts consentis pour améliorer le sort de la femme à l'intérieur de la famille, la prééminence du mari subsiste.

Doit-on maintenir aujourd'hui encore entre les époux un rapport de subordination en faveur du mari en lui laissant ses prérogatives de chef de famille ?

La réponse à cette question n'est pas facile même si on constate sur ce point que le droit français a, depuis la réforme du code civil intervenue le 04 juin 1970 mis les époux sur un même pied d'égalité. L'article 213 du code civil issu de la réforme de 1970 dispose que «*Les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir*». En droit français donc, ce sont les deux époux qui exercent une direction collégiale de la famille, les décisions devant être prises en commun par les deux époux sans que l'un ne puisse les imposer à l'autre unilatéralement.

Il nous semble qu'il est trop tôt pour instituer au Sénégal une direction conjointe de la famille. Nous pensons qu'il ne sert à rien de prendre des lois qui ne correspondent pas aux moeurs et qui ne seront donc pas appliquées. Pour qu'une loi vive disait le doyen RIPERT, il faut qu'elle soit reine dans le milieu juridique.

Même en France où l'évolution des mentalités et les revendications des féministes ont rendu cette réforme possible, l'application de la direction conjointe de la famille avec son corollaire le recours au juge en cas de désaccord ont conduit certains auteurs à ironiser sur le «*ménage à trois*» que forment les époux avec le juge. Il nous semble donc préférable de tout faire pour limiter au maximum l'intervention du juge en la matière en organisant la famille sur une autorité solide.

A coup sûr, l'évolution des mentalités et les luttes inlassables que mènent les féministes de ce pays contre toutes les formes de discrimination nous y conduiront. Le processus est d'ailleurs amorcé et la suppression en 1989 de la possibilité pour le mari de s'opposer à l'exercice d'une profession par son épouse a été une étape importante.

Le mari est encore au Sénégal détenteur de ce que le code de la famille appelle la «*puissance maritale*». Cependant plusieurs textes de Loi réservent une place importante à la femme qui participe également à la direction de la famille. Ainsi l'article 375 du Code de la Famille fait peser sur la femme mariée la charge de pourvoir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants. En outre la femme est le suppléant du mari dans la mesure où elle peut se faire habiliter par le juge à le représenter dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial.

Enfin, il est prévu plusieurs possibilités pour la femme d'agir et d'engager son conjoint, d'abord en vertu d'une représentation judiciaire, quand le conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, ensuite par l'exercice des pouvoirs domestiques qui permettent à l'un d'engager l'autre pour toutes les dépenses du ménage et enfin par la représentation conventionnelle qui permet à un époux de donner mandat à l'autre de le représenter dans l'exercice des pouvoirs que le régime matrimonial lui attribue.

En fait ces règles, contenues pour l'essentiel dans un paragraphe du code de la famille intitulé «*les règles destinées à faciliter le fonctionnement du régime*» peuvent en réalité constituer une entrave à son fonctionnement, à cause de l'habilitation judiciaire et donc du recours obligatoire au juge pour passer les actes voulus. Dans la vie de la famille ces actes sont nombreux et certains peuvent revêtir un caractère urgent, nécessitant que la décision soit prise sans attendre. Il serait donc souhaitable, qu'à défaut de pouvoir rendre la procédure de l'article 592 du code de procédure civile plus simple, qu'on laisse plus souvent les époux à leur conscience et limiter l'intervention du juge aux seuls cas où il est avéré qu'il a été fait un usage fautif ou abusif de ces dispositions.

En faisant du mari le chef de famille, la loi lui a donné le pouvoir de décision même s'il lui est précisé que ce pouvoir s'exerce dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. Ainsi donc, le mari doit choisir le parti qu'il estime le plus conforme aux intérêts généraux de la famille, et, pour éliminer tout risque de conflit, il doit prendre l'avis de sa femme.

La loi a par ailleurs donné au mari une liberté presque totale dans le choix de la résidence du ménage, qui, une fois fixée s'impose à l'épouse à moins que la résidence choisie par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre moral ou physique, auquel cas la femme peut être autorisée à avoir pour elle et ses enfants un autre domicile fixé par le juge. D'ailleurs dans sa décision, le juge accordera à la femme le droit de garder avec elle ses enfants et ne manquera certainement pas de fixer le montant de la contribution du mari aux charges du ménage.

Ainsi donc, et sur un plan purement théorique, on pourrait être en présence d'une famille où le père vivrait dans le domicile qu'il s'est lui-même choisi et la femme avec ses enfants dans une résidence fixée par le juge, à qui l'article 153 du Code de la Famille ne donne pas les moyens pour contraindre le mari à y habiter. Ne faudrait-il donc pas permettre au juge, au lieu de choisir un domicile pour la femme et les enfants

seulement, de laisser au mari le soin et le temps de trouver un lieu convenable. Nous pensons en tout cas que l'application de l'article 153 peut conduire, dans les cas où on est en présence d'époux pas très disposés à se faire des concessions à des situations dramatiques qui rendent urgente la modification de cette disposition sus-évoquée pour donner la possibilité au juge, hors des cas où il y a péril grave et imminent, d'essayer de rechercher une solution convenable pour les deux parties, et qui n'entrave pas leur obligation de communauté de vie.

En plus du choix de la résidence du ménage, les pouvoirs de chef de famille donnent au mari la possibilité de donner sa nationalité à son épouse. L'article 7 de la loi 61.70 du 07 mars 1961 déterminant la nationalité sénégalaise dispose en effet que la femme étrangère qui épouse un sénégalais acquiert la nationalité sénégalaise sauf s'il y a opposition au Gouvernement ou si la femme choisit de conserver sa nationalité d'origine.

Jusqu'en 1989, le mari avait la possibilité de s'opposer à l'exercice d'une activité professionnelle par son épouse. Désormais, la femme, comme le mari, a le plein exercice de sa capacité civile. Cette solution à notre avis mérite d'être approuvée, car la règle primitivement adoptée par les rédacteurs du Code de la Famille n'était qu'une survivance des règles traditionnelles fondées sur l'infériorité de la femme.

L'autorité du mari au sein de la famille n'est donc ni totale ni absolue, la plupart des droits et devoirs des époux étant réciproques.

La famille conjugale sénégalaise repose sur les droits et devoirs réciproques de fidélité, d'assistance et le principe de cohabitation.

Le devoir de fidélité est de l'essence du mariage et s'impose avec la même force aussi bien au mari qu'à la femme. Ce devoir existe pendant toute la durée du mariage et, bien qu'il s'agisse d'un domaine où la discrétion est particulièrement souhaitable, même et peut-être surtout pour la victime de l'infidélité, il arrive assez souvent que les tribunaux soient amenés à le sanctionner.

Ils ont ainsi eu l'occasion de préciser que la méconnaissance du devoir de fidélité peut apparaître même si l'adultère n'est pas prouvé, notamment lorsque l'un des époux a eu des relations équivoques avec un tiers, dès lors que celles-ci apparaissent injurieuses pour le conjoint.

Mais bien entendu, c'est très généralement l'adultère qui établit l'infidélité. Or, dans ce cas, la question qui se pose est celle de la sanction ou des sanctions applicables.

Au Sénégal, l'adultère est encore un délit réprimé en droit pénal au moins dans certains cas.

En France et bien avant la loi du 11 juillet 1976 des auteurs ont pensé que du fait de l'évolution des mœurs, il était devenu inutile de maintenir une sanction pénale qui ne peut intervenir que sur la plainte du conjoint offensé, lequel n'y recourant que pour obtenir le constat de flagrant délit d'adultère, qui simplifiera la procédure civile après une condamnation symbolique à une peine d'amende avec sursis.

Au Sénégal, pays fortement religieux où la licence observée ailleurs en matière de moralité sexuelle ne s'est pas encore totalement implantée, la répression de l'adultère par la loi pénale doit être maintenue même si le plus souvent et toujours pour les raisons sus-évoquées les victimes répugnent à s'en plaindre et ne l'invoque qu'à l'occasion de la procédure civile.

Car en effet, la violation du devoir de fidélité est également illicite au regard de la loi civile qui la sanctionne de diverses manières.

D'abord il s'agit d'une cause de divorce ou de séparation de corps dont peut se prévaloir l'époux trompé pour obtenir la rupture du lien conjugal contre le gré de l'autre époux et à ses torts.

L'adultère est également une faute civile qui engage la responsabilité civile de l'époux coupable. Cette responsabilité lorsqu'elle est mise en jeu, permet l'octroi de dommages-intérêts à la victime qui subit un dommage moral.

En plus de l'obligation de fidélité, les époux se doivent aux termes de l'article 151 du Code de la Famille, soins et assistance réciproques pour la sauvegarde des intérêts moraux et matériels du ménage et des enfants.

Monsieur Serge GUINCHARD pense que la rédaction de l'article 151 prête à confusion et son contenu ne correspond pas à son intitulé. Les devoirs de «*secours et assistance*» annoncés dans l'intitulé se transforment dans le corps du texte en «*soins et assistance*», deux expressions qui ne sont pas synonymes ; en effet, le devoir d'assistance est un devoir d'ordre personnel, c'est une aide matérielle (les soins) en cas de maladie, et morale (l'assistance proprement dite) aux contours forcément imprécis. Au contraire le devoir de secours est d'ordre patrimonial et peut être défini comme l'obligation qui pèse sur chaque époux de fournir à son conjoint les ressources nécessaires à la vie.

Ce devoir d'assistance ainsi entendu comporte une limite dans la mesure où l'article 166 autorise le divorce pour maladie grave et incurable de l'un des époux découverte pendant le mariage.

Nous pensons donc qu'il est assez contradictoire de faire peser sur les époux cette obligation de soins et d'assistance qui est l'un des fondements du mariage et permettre à l'un d'eux de pouvoir obtenir le divorce pour maladie grave et incurable de son

conjoint. Il est donc souhaitable que le divorce ne puisse être accordé que dans les hypothèses où cette maladie grave et incurable rend intolérable le maintien du lien conjugal parce qu'elle présente des dangers pour l'autre conjoint.

La troisième obligation qui s'impose aux époux est en plus de celles que nous venons de voir, l'obligation de cohabitation ou le devoir de communauté de vie, celle-ci étant essentielle au mariage. Cette règle qui résulte de l'article 149 du Code de la Famille condamne les pratiques coutumières qui imposaient à la femme d'habiter avec sa famille d'origine ou celle de son mari. En cas de polygamie les épouses auront droit à une égalité de traitement permettant à chacune d'elles de prétendre à une résidence propre si l'une d'elles en bénéficie.

Diverses sanctions sont possibles en cas de manquement de l'un des époux à son obligation de cohabitation : d'abord le fautif peut être condamné à réintégrer le domicile conjugal sous astreinte, ensuite l'autre, resté au foyer, peut valablement refuser de fournir sa contribution aux charges du ménage, ou demander le divorce ou la séparation de corps ou enfin obtenir des dommages-intérêts.

En plus de ces sanctions civiles, le code pénal à l'article 350 punit de peines d'amende et d'emprisonnement le conjoint qui abandonne sans motif grave pendant plus de deux mois la résidence familiale, ainsi que le mari qui abandonne pendant la même durée sa femme la sachant enceinte.

Après avoir énuméré les rapports d'ordre personnel qui lient les époux au sein de la famille, voyons à présent.

B - LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE ÉPOUX RELATIFS AUX BIENS

Dans ce domaine, l'essentiel de la réglementation est déterminé par le régime matrimonial qui est choisi au moment du mariage et qui n'est pas le même pour tous les ménages. Cependant le législateur a posé quelques principes fondamentaux communs à tous les époux. Ce statut de base du patrimoine du ménage que certains auteurs appellent régime primaire ou statut fondamental (car il forme un fonds commun sur lequel vient se greffer le régime matrimonial proprement dit) contient des règles qui définissent les principes fondamentaux constituant le droit commun des rapports patrimoniaux entre époux fondé sur le principe d'égalité entre les conjoints.

La première règle est celle de l'article 371 du Code de la Famille qui reconnaît à la femme le plein exercice de sa capacité civile, c'est-à-dire lui confère une liberté totale pour participer au commerce juridique. L'alinéa 2 de cet article crée même une inégalité en faveur de la femme puisque lorsqu'elle exerce une profession séparée de celle de son mari, les biens qu'elle acquiert constituent des biens réservés qu'elle administre et dont elle dispose quelque soit le régime, suivant les règles de la séparation des biens.

La deuxième règle est celle qui confère à la femme le pouvoir d'engager solidairement son époux lorsqu'elle passe seule des contrats relatifs aux charges du ménage. Notons enfin que l'article 314 permet à la femme de se faire ouvrir un compte de dépôt ou de titres en son nom personnel.

Quelquefois, il peut arriver que l'organisation des rapports patrimoniaux entre époux, telle qu'elle est prévue par la loi conduise à des impasses ou provoque la paralysie. Tel acte par exemple requiert le consentement d'un époux qui est absent, empêché ou qui, par hostilité à son conjoint, refuse son accord. Un époux peut également utiliser ses pouvoirs contre l'intérêt de la famille par des actes inconsidérés.

Pour essayer de remédier à ces dangers, le législateur a prévu des mécanismes assurant la suppléance de l'un des époux par l'autre et la sauvegarde contre l'un des époux des intérêts de la famille, ces règles ayant d'ailleurs déjà été indiquées à propos des rapports d'autorité au sein de la famille.

L'article 375 du code de la famille énonce une règle importante. C'est à elle qu'on pense en premier lieu s'agissant des rapports patrimoniaux entre époux. Cette règle fait peser sur les époux l'obligation de pourvoir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants communs.

Cette obligation de contribuer aux charges du ménage a un objet tout à fait distinct de celui de l'obligation alimentaire entre époux, c'est-à-dire du devoir de secours visés par l'article 151. La Cour de Cassation Française a eu l'occasion de le rappeler à de nombreuses reprises (23 juin 1970, D. 1971. 162, note Larroumet . 17 octobre 1976, Bull. I, n° 314, 24 octobre 1977, Bull. I n° 383).

En effet alors que le devoir de secours se limite à assurer au conjoint ce qui est nécessaire à sa subsistance, l'obligation de contribuer aux charges du mariage est beaucoup plus large. Elle englobe également, non seulement les frais destinés à l'entretien des enfants, mais, plus généralement, toutes les dépenses normales du ménage, c'est-à-dire celles qui assurent le train de vie de la famille, même si elles ne sont pas strictement nécessaires à la vie de tel ou tel de ses membres.

Peut-être parce qu'il le chef de famille ou du fait qu'il était le plus souvent le seul à avoir des revenus, le Code de la Famille fait peser sur le mari cette obligation à titre principal.

Cette question de quantum de la contribution ne présente plus un très grand intérêt aujourd'hui, puisque tous les revenus de l'un et l'autre époux sont absorbés par les charges qui deviennent de plus en plus insupportables, de telle sorte que chacun verse la totalité de ses ressources, sans qu'on se préoccupe d'une proportion quelconque. Il importe donc à l'Etat de se rappeler son devoir de protection de la famille qui lui est imposé par la Constitution et dont l'un des aspects nous semble être la lutte contre la misère.

C'est sous un autre angle que le problème de la contribution aux charges du ménage se présente actuellement. Il s'agit du cas où l'un des époux, généralement le mari, abandonne l'autre, en lui laissant la charge des enfants. Il faut alors le contraindre à participer aux dépenses.

Comment y parvenir ? Quelles sanctions assurent l'exécution de l'obligation ?

L'époux qui estime que son conjoint ne contribue pas aux charges du ménage peut obtenir du président du Tribunal départemental l'autorisation de saisir arrêter et de toucher dans la proportion de ses besoins, une part du salaire, du produit du travail ou des revenus de son conjoint.

Cette sanction est souvent inefficace car le mari sauf dans le cas où il est agent de l'Etat bénéficie parfois de la complicité de son employeur pour se soustraire à la condamnation. Il serait donc souhaitable de permettre aux femmes que l'abandon du mari laisse dans le besoin, d'obtenir des secours rapides.

La France a résolu le problème en confiant au Trésor public la tâche de recouvrer certaines créances privées pour le compte des particuliers. La mise en oeuvre d'un tel système peut être difficile dans notre pays où l'Etat n'a peut être pas les moyens de se substituer aux débiteurs récalcitrants dans un premier temps avant de tenter de se faire rembourser. Nous pensons cependant qu'une meilleure protection des éléments les plus faibles de la famille à savoir la femme et l'enfant commande que l'on étudie sérieusement la possibilité d'impliquer davantage l'administration dans le recouvrement des pensions alimentaires.

Le divorce et la séparation constituent une autre sanction de la violation par l'un des époux de son obligation de contribuer aux charges du mariage. Mais c'est surtout le code pénal à l'article 350 qui réprime de la manière la plus sévère le fait du conjoint qui se soustrait sans motif grave aux obligations d'ordre matériel résultant du mariage ainsi que de la puissance paternelle.

La loi ne régit pas seulement les relations entre les époux. Les rapports juridiques entre ceux-ci et leurs enfants font également l'objet d'une réglementation détaillée qui fait l'objet de ce que les juristes appellent la puissance paternelle.

II - LES RAPPORTS JURIDIQUES ENTRE PARENTS ET ENFANTS : LA PUISSANCE PATERNELLE

Cette puissance paternelle n'appartient qu'aux père et mère. Elle ne dépasse pas le cercle de la famille au sens restreint. Cette règle est consacrée par l'article 277 du Code de la Famille qui dispose que «*la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère*».

Pendant le mariage, cette puissance paternelle est exercée par le mari en sa qualité

de chef de famille. Au décès de l'un des parents le survivant exerce la puissance paternelle sur la personne de l'enfant. En cas de divorce ou de séparation de corps, le tribunal confie l'enfant à l'un des parents qui *«exerce les différents droits attachés à la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de l'enfant»*.

La rédaction de cet article 278 du Code de la Famille est assez curieuse et donne l'impression que le législateur confond les notions juridiques de puissance paternelle et d'administration légale. Le Code de la Famille donne en effet des définitions très précises de ces notions : la puissance paternelle est le mécanisme juridique permettant à son titulaire de pourvoir au gouvernement de la personne du mineur, tandis que l'administration légale ne concerne que la gestion du patrimoine du mineur. Les deux mécanismes sont donc totalement différents et il ne peut y avoir juridiquement *«une puissance paternelle sur les biens»*. Il y a donc là une erreur qu'il faudrait réparer d'autant plus qu'à l'article suivant, la loi dispose comme elle aurait dû le faire qu'en cas de décès de l'un des parents, *«le conjoint survivant est investi de la puissance paternelle en même temps que de l'administration légale»*.

En ce qui concerne l'enfant naturel, la détermination de la puissance paternelle se fait comme pour l'enfant légitime, si sa filiation est établie dès sa naissance à l'égard de ses deux parents. Si cette filiation est établie à l'égard de sa mère seulement, celle-ci est investie de la puissance paternelle. Toutefois en cas de reconnaissance postérieure du père, le juge peut décider le transfert de la puissance paternelle à ce dernier, si l'intérêt de l'enfant l'exige. Enfin, dans les cas où la filiation de l'enfant naturel n'est établie à l'égard d'aucun de ses parents, il est mis en tutelle.

S'il s'agit d'un enfant adoptif, la puissance paternelle appartient à l'adoptant. Si l'adoption a été faite par deux époux, la puissance paternelle leur appartient conjointement et s'exerce comme pour les enfants légitimes.

La puissance paternelle confère à son titulaire des droits sur la personne de l'enfant que sont le droit de garde et de direction ainsi que le droit dit de correction paternelle outre un droit sur les biens qu'on appelle le droit de jouissance légale.

C'est le rôle naturel de la famille de protéger l'enfant. Il arrive cependant que des parents indignes abusent de leur autorité, ou qu'au contraire ces parents négligent les devoirs mis à leur charge. Dans de pareils cas, la loi a prévu tout un système assurant la protection de l'enfant en dehors de sa famille et même contre elle.

Parfois, la loi peut déchoir le parent de la puissance paternelle. Il en est ainsi notamment lorsque le parent a été condamné pour excitation à la débauche, de ses propres enfants ou de ceux d'autrui ou pour crime ou délit commis sur la personne de son enfant. Dans ces cas, la déchéance de la puissance paternelle est obligatoire. Il y a par contre déchéance facultative lorsque le parent compromet gravement dit la loi, par de mauvais traitements, des exemples pernicieux d'inconduite notoire, par défaut de

soins ou manque de direction, la santé, la sécurité ou la moralité du ou des enfants remis à sa garde.

En plus de cette sanction, et toujours dans le souci d'une meilleure protection de l'enfant, le Code de la Famille, à l'article 293, renvoie aux dispositions des articles 593 à 607 du Code de Procédure Pénale qui traite de l'enfance en danger.

Les mineurs de 21 ans qui sont en danger moral ou matériel peuvent faire l'objet de mesures d'assistance éducative décidées par le président du Tribunal pour enfants suite à la requête du père, de la mère, de la personne investie ou non du droit de garde, du mineur lui-même ou du procureur de la République.

Quand on parle des mineurs en danger moral, on pense en premier lieu aux «*talibés*», ces enfants que certains parents abandonnent à des marabouts qui, au lieu de leur inculquer une éducation religieuse, les obligent à mendier pour gagner leur subsistance. Ces enfants sont souvent maltraités sous alimentés et leur très bas niveau de vie est reflété par leur misère vestimentaire.

Ces enfants, qui sont habitués à la vie errante, s'intègrent difficilement dans un cadre de vie plus organisé, ayant souvent perdu tout contact avec leur famille.

Il faut donc que l'Etat aide davantage les structures chargées d'accueillir ces enfants ce qui leur permettrait, à l'exemple de certains «*daras*», d'ajouter à la formation religieuse, un enseignement général et une formation morale et civique pouvant favoriser plus tard l'insertion de ces jeunes dans la société au lieu d'en faire à vie, des inadaptés sociaux.

DEUXIEME PARTIE : LA DESORGANISATION DE LA FAMILLE

Lorsque la famille se développe selon les prévisions légitimes du législateur, lorsque surtout elle tend à réaliser ce haut idéal moral qu'est le mariage, la famille est saine, forte et prospère et comme les peuples heureux, elle n'a pas d'histoire.

Malheureusement, à côté de cette famille, il en est une autre, malheureuse, divisée ; celle où les époux sont en désaccord, se trompent ou quittent le domicile conjugal en laissant le conjoint et les enfants dans la détresse. Cette famille est bien prête à se dissoudre. Elle se terminera par le divorce, par la séparation de corps ou simplement par l'abandon des époux. Parfois elle finira plus tragiquement encore.

I - LA DISSOLUTION DE LA FAMILLE PAR LE DIVORCE

Avant l'entrée en vigueur du Code de la Famille en 1973, deux systèmes coexistaient au Sénégal : celui d'une part du droit romain et de l'ancien droit, qui prévoyaient la répudiation unilatérale et le divorce par consentement mutuel et d'autre part, celui

de la loi Naquet du 27 juillet 1884, qui ne reconnaît pas le divorce par consentement mutuel, mais consacre la notion de divorce-sanction fondée sur l'idée de faute.

Le législateur de 1972 a voulu faire la synthèse de ces différents systèmes en prévoyant à côté du divorce-sanction, un divorce-remède ou divorce convention.

L'idée générale qui se dégage de cette loi est l'égalité qui est instaurée entre les deux époux en cas de désaccord.

Tout d'abord la réputation dont bénéficiait le mari dans presque toutes les coutumes a été supprimée. Désormais le divorce est une institution essentiellement judiciaire, ce qui permet à la femme d'être soustraite à la volonté unilatérale de son époux. Ensuite toutes les causes de rupture du lien matrimonial peuvent être invoquées par l'un ou l'autre des époux et la femme bénéficie même d'une cause de divorce de plus qui est le défaut d'entretien par le mari.

Le divorce par consentement mutuel semble avoir la faveur du législateur selon Mr Youssoupha NDIAYE. Beaucoup d'auteurs également lui trouvent bien des avantages.

D'abord, disent-ils, sur le plan juridique, le divorce par consentement mutuel est une conséquence de la théorie contractuelle du mariage. Si en effet, on considère que le mariage est un contrat, il est logique d'admettre l'existence du divorce par consentement mutuel : les époux sont liés par l'accord de leur volonté, leur accord peut les délier. Cette théorie contractuelle conduirait même, poussée à l'extrême, à admettre la répudiation unilatérale. La cause juridique des obligations de chacune des parties se trouvant dans les obligations de l'autre, le manquement de l'un des époux à ses devoirs envers son conjoint, permettrait à ce dernier de s'affranchir de ses propres engagements. Le divorce par consentement mutuel apparaît, ainsi, comme une application de la loi du parallélisme, loi qui règle de la même manière le mode de création d'un droit et son mode d'extinction.

Le divorce par consentement mutuel peut également, selon ces auteurs, se réclamer d'une certaine conception des intérêts familiaux, car apparaissant sur le plan familial, comme le moins mauvais de tous les divorces. L'accord des époux évite les querelles et les scandales familiaux. Il prévient les situations fausses et pénibles. Il épargne aux enfants les conflits que la procédure d'un divorce contentieux ne cesse d'alimenter et d'aggraver.

Au surplus, le consentement mutuel permet d'espérer le respect et l'exécution loyale des solutions dégagées à propos des effets du divorce. Cela présente une très grande importance, en particulier au sujet de la garde des enfants. En d'autres termes, donner effet à la volonté des époux, et sur le principe de la rupture, et sur toutes les difficultés soulevées par le divorce évite de douloureux conflits, et conduit à des situations franches et claires. Le divorce par consentement mutuel apparaît ainsi, aux yeux des tribunaux, comme le divorce le plus rassurant.

Néanmoins, des voix se sont élevées pour manifester une vive hostilité à l'égard de cette forme de divorce.

Dans un article dont le titre, «*Le divorce par consentement forcé*» est devenu célèbre, Mr Henri MAZEAUD a soutenu que le consentement mutuel au divorce est loin d'exister toujours. Souvent dit-il, c'est l'un des époux généralement le mari, qui veut le divorce afin de pouvoir se remarier car s'il ne s'agissait que de conflits qui rendent la vie commune difficile, les époux se seraient contentés d'une séparation de fait qui épargnerait aux enfants la situation d'enfants de divorcés. N'ayant pas de grief contre son épouse sinon d'avoir vieilli et qu'il en est las, le mari exigera coûte que coûte, le consentement de son épouse à la suite d'un chantage sur la garde des enfants, sur le montant de la pension alimentaire, etc.

Même dans un système comme celui de notre pays qui admet le divorce pour incompatibilité d'humeur et la polygamie, la tentation peut exister chez certains hommes, de contraindre leurs épouses, à accepter cette forme de divorce, afin d'éviter que les torts ne soient prononcés contre eux.

On a fait remarquer en outre, que le divorce par consentement mutuel fait du mariage un état voisin du concubinage : il multiplie les ruptures en permettant à chacun des époux de céder à un entraînement qu'il est susceptible de regretter plus tard.

Il n'est donc pas superflu de se demander si le système actuel doit être maintenu tel qu'il est et s'il faut continuer à adopter un certain libéralisme en rendant trop facile le divorce.

Nous pensons que, compte tenu des griefs portés contre l'institution du divorce par consentement mutuel et qui ne sont pas tous injustifiés les tribunaux devraient être plus vigilants afin que la comparution des époux candidats au divorce ne soit pas qu'une simple formalité.

Monsieur Kéba MBAYE avait perçu le danger et avait préconisé qu'on soumette les époux à un délai de réflexion au terme duquel leur volonté serait respectée par le juge s'ils maintenaient leur intention de rompre leur union. Cette proposition ne fut pas reprise par le comité de rédaction ce qui fait qu'aujourd'hui au Sénégal deux époux peuvent légalement divorcer le lendemain de leur mariage. Pour éviter cela, nous suggérons que cette idée soit réexaminée pour être rendue applicable d'autant plus que d'autres législations ont adopté depuis longtemps cette solution.

A côté du divorce par consentement mutuel, la loi prévoit une autre forme de rupture du lien matrimonial qui est le divorce contentieux.

Pour être examinée, la demande en divorce doit être fondée sur l'une des dix causes prévues par l'article 166 du Code de la Famille. A la pratique, on se rend compte que certaines de ces causes soulèvent un certain nombre de problèmes.

C'est le cas tout d'abord de l'incompatibilité d'humeur. Cette cause de divorce est pour certains, très proche de la répudiation que le Code de la Famille a pourtant supprimée. Elle se caractérise par le fait que l'époux demandeur n'est pas obligé de formuler un grief précis contre son conjoint. Il lui suffit seulement de venir devant le juge et affirmer qu'il ne peut plus supporter de lui rester uni pour en être libéré.

Il faut bien convenir qu'appliqué ainsi, le divorce pour incompatibilité d'humeur est une répudiation. Les seules différences avec le système antérieur nous semblent être qu'il est aussi, grâce au Code de la Famille, à la disposition de l'épouse et qu'il se fait en présence du juge, qui a un rôle purement passif n'ayant aucun pouvoir pour contrecarrer la demande.

La jurisprudence sénégalaise considère en effet généralement que l'incompatibilité d'humeur ne nécessite aucun grief précis contre le conjoint.

Nous pensons que cela est une erreur car le juge tient de son rôle naturel le pouvoir d'exiger des faits précis pouvant réellement justifier l'intolérabilité du maintien des liens conjugaux. Cette opinion est d'ailleurs également celle de M. Serge GUINCHARD qui pense que *«le juge a légalement un pouvoir d'appréciation et qu'il doit renoncer à prononcer le divorce s'il estime que le grief invoqué n'est pas fondé ; c'est le pouvoir du juge qui marque la différence entre la répudiation et l'incompatibilité d'humeur et en pratique il ne manque pas de l'exercer»*.

C'est en application de cette règle que la Justice de paix de Rufisque a rejeté une demande en divorce basée sur ce motif en estimant que le fait de gaspiller le ravitaillement ne constitue pas une cause suffisante d'incompatibilité d'humeur.

En outre par la formulation utilisée par le législateur, il est indéniable que le Code de la Famille exige des faits précis à l'appui de la demande.

En effet pour pouvoir fonder une action en divorce, l'incompatibilité d'humeur doit être de nature à rendre intolérable le maintien du lien conjugal. Or comment le juge peut-il déterminer ce caractère d'intolérabilité sans chercher à connaître et apprécier les faits ayant conduit le demandeur à vouloir se séparer de son conjoint ?

Pour une bonne administration de la justice, il faudrait donc que le divorce, comme nous l'avons déjà dit, ne soit pas une simple formalité administrative. Admettre que le juge puisse prononcer automatiquement le divorce si l'incompatibilité d'humeur est invoquée, c'est non seulement admettre une répudiation légalisée par le juge mais c'est aussi surtout fausser l'esprit des dispositions de l'article 166 du Code de la Famille et d'ailleurs de tout le texte dont l'un des objectifs était justement de soustraire l'épouse à la précarité de sa situation qui faisait qu'elle pouvait être chassée du domicile conjugal par la seule volonté de son mari.

La deuxième cause de divorce qui soulève également beaucoup de problèmes pratiques est le *«défaut d'entretien de la femme par le mari»*.

Cette cause de divorce trouve son origine dans la coutume et la religion musulmane, ce qui a conduit parfois les juges à faire appel au droit coutumier et à la jurisprudence islamique pour résoudre ce type de litiges. C'est ainsi qu'un jugement du Tribunal de Première Instance de Dakar a décidé que la coutume ouolof islamisée fait obligation au maire de pourvoir aux frais d'entretien de son épouse ; que cela est «*un devoir important dont la non-exécution donne à la femme la faculté de demander le divorce*».

Cependant, force est de reconnaître que les données ont beaucoup changé : l'autorité maritale va disparaître un jour inévitablement et le mari n'est plus le seul élément productif de la famille. Le législateur ici semble n'avoir envisagé que le cas où la femme dépend totalement du mari pour vivre. En effet l'homme qui se trouverait dans le besoin ne peut contraindre son épouse à lui venir en aide qu'en invoquant les dispositions de l'article 151 du Code de la Famille qui instituent entre les époux une obligation réciproque de soins et d'assistance ou celles de l'article 375 qui mettent à la charge des deux époux l'obligation de contribuer aux charges du ménage.

La conjoncture économique difficile a fait que cette cause de divorce est à l'origine de beaucoup de litiges entre époux.

Pour que l'action en divorce fondée sur cette cause aboutisse, la femme doit rapporter la preuve que son mari n'assure pas régulièrement son entretien. Il est vrai qu'aucun reçu n'est fait entre époux et qu'aucune comptabilité de ménage n'est tenue pour les dépenses du foyer, mais on ne peut se fonder uniquement sur les déclarations de la femme pour condamner le mari. Certaines juridictions avaient inversé la charge de la preuve en demandant au mari de prouver qu'il s'est acquitté régulièrement et convenablement de son obligation d'entretien. On note cependant maintenant que la tendance de la jurisprudence est à l'exigence d'une preuve par la femme du défaut d'entretien dont elle se plaint à défaut de l'aveu du mari.

Toutefois, il y a lieu de noter que l'administration de la preuve est difficile voire impossible dans de pareils cas. On ne peut et ne doit certes pas condamner le mari sur la base de simples déclarations de son épouse, mais on ne saurait non plus tolérer que des maris inconscients utilisent les rigueurs de la loi pour bénéficier d'une décharge totale de leurs devoirs. Aussi convient-il d'être moins rigoureux et permettre aux tribunaux de tirer de certains indices une présomption de défaut d'entretien.

Le divorce pose plusieurs problèmes dont le plus sérieux nous semble être la détermination de celui des deux époux qui sera chargé de la garde des enfants. A cet égard, l'article 278 du Code de la Famille dispose que «*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*».

Ainsi donc l'attribution des torts du divorce n'a aucune influence sur celle de la garde.

Quant à l'appréciation de l'intérêt des enfants, on peut remarquer qu'il conduit généralement les tribunaux à attribuer la garde à la mère au moins pour les très jeunes enfants.

L'attribution de la garde n'est jamais absolument définitive. A tout moment en effet, la décision peut être modifiée par le juge s'il survient des *«faits nouveaux»* qui rendent souhaitable la modification de la décision primitive. Ces faits nouveaux sont très variés : il peut s'agir du remariage du parent gardien, de la diminution de ses ressources, de l'altération de son état de santé, du changement de sa profession, etc.

Une fois que la garde a été attribuée, se pose le problème de la détermination de la pension alimentaire, c'est-à-dire la contribution du parent non attributaire de la garde aux frais d'entretien des enfants.

Cette question soulève de vives passions surtout de la part des hommes qui, lorsqu'ils font l'objet de décisions les condamnant à verser la pension alimentaire destinée aux enfants, crient à l'injustice et accablent de tous les maux le Code de la Famille et les juges qui selon eux, leur prennent de force une partie de leur revenu pour la donner à leur ancienne épouse qui l'utilise à d'autres fins.

Il est évident qu'il existe des femmes pour qui le divorce est un moyen de s'enrichir et qui n'utilisent pas les moyens mis à leur disposition au profit de leurs bénéficiaires. Dans de pareils cas le père peut toujours s'adresser au juge pour voir modifier l'attribution de la garde.

Cependant la plupart des récriminations des hommes ne sont pas justifiées et proviennent d'une mauvaise appréciation de la nature des efforts financiers qui leur sont demandés, qui ne constituent ni une sanction, ni un moyen d'enrichir la mère des enfants mais uniquement l'exécution d'une obligation naturelle et qui est de fournir à ses enfants les ressources leur permettant de vivre.

Durant la procédure de divorce contentieux, le juge a un rôle très actif en général, à la différence du divorce par consentement mutuel où son activité se limite à rechercher si la volonté des époux a été librement exprimée et s'il ne résulte de leur accord aucune disposition contraire à la loi, à l'ordre public ou aux bonnes moeurs.

La procédure de divorce contentieux débute par une conciliation qui doit être obligatoirement tentée par le juge au début de l'instance mais ce souci d'essayer de rapprocher les époux ne doit le quitter à aucun moment.

La pratique révèle cependant que le juge rend le plus souvent une ordonnance de non conciliation. La raison en est qu'au moment où les époux décident de porter leur différend devant la justice, toute chance de réconciliation est perdue car il est rare, dans de pareils cas, que les parents, les amis, les voisins et les chefs religieux laissent un couple se désunir sans tenter de le sauver.

Nous pensons cependant que cela ne devrait pas nous conduire à baisser les bras mais au contraire à persévérer et à essayer de toujours imaginer des techniques ou des procédés pouvant rendre possible la réconciliation des époux.

A ce niveau, nous estimons que, comme l'exige la loi le juge doit prendre le temps de recevoir lui-même l'époux demandeur au divorce et de lui faire dès cet instant les observations propres à le faire réfléchir davantage et peut être l'amener à renoncer à son projet.

En outre, il est préférable qu'au niveau de la conciliation, le juge ait d'abord des entretiens personnels avec chacun des époux avant de les réunir pour rendre plus grande l'espérance de conciliation et qu'il leur impose plus souvent un délai de réflexion au lieu d'être tenté parce qu'il a un rôle presque toujours trop chargé d'en finir le plus rapidement possible.

Tout ceci fait apparaître que la fonction de juge d'un tribunal départemental n'est pas une fonction aisée. On ne résout pas un litige d'ordre familial en appliquant abstractivement une règle juridique à une situation de fait comme cela se fait dans les autres branches du droit civil. Le juge aux affaires matrimoniales est obligé d'avoir recours, beaucoup plus que d'autres à toutes les sciences sociales pour pouvoir analyser convenablement le cas qui lui est soumis et le résoudre de la meilleure manière qui soit.

Il faut que les juges contribuent à freiner cette tendance à la désunion que l'on observe dans notre pays et que malheureusement l'étude des archives des tribunaux ne reflète pas correctement.

Il y a malheureusement trop de divorces au Sénégal. Le constat a été fait par beaucoup et ne date pas d'aujourd'hui. Cette remarque conduit à se poser la question de savoir ce qui amène les couples à se désunir si fréquemment ou en un mot, pour employer l'expression du doyen CARBONNIER, quelle sont les causes de la divortialité ?

Nous avons déjà eu l'occasion, en faisant l'analyse du droit positif sénégalais relatif à cette matière, de montrer que la loi elle-même a semblé vouloir rendre le divorce trop facile. On a l'impression que le législateur de 1972 a eu pour unique préoccupation d'améliorer la situation de la femme ne assurant son égalité par rapport au mari en cas de désaccord et non de rendre durable l'institution du mariage par la mise en place d'un cadre juridique qui y contribue.

Aujourd'hui, après plus de vingt années d'application, nous pensons qu'il y a lieu, sur la base du constat qui vient d'être fait, de revoir l'institution du divorce et par là essayer de sauver la famille et donc la société dans son ensemble.

Le droit surtout dans sa partie concernant la famille subit chaque jour des mutations. Il est donc nécessaire pour le législateur de toujours tenter de l'améliorer en

partant de l'analyse de la situation présente car «*c'est de la réalité seule*» disait E. DURKHEIM «*que l'on peut apprendre les améliorations qu'elle réclame*».

Les époux ne divorcent pas seulement, il faut bien le reconnaître, par l'effet d'une législation trop permissive. Les mêmes raisons qui poussent beaucoup de jeunes à ne pas se marier nous semblent se retrouver dans les facteurs de désunion précoce des couples. Ce facteur a trait à la conjoncture économique difficile qui, on s'en est rendu compte affecte dangereusement la stabilité du mariage.

Enfin, il a été dit que ce phénomène est la conséquence de l'émancipation des femmes et du rôle important qu'elles jouent maintenant au sein de la famille. Elles ne se résignent donc guère, et n'étant plus habitées par la peur d'affronter seules les difficultés de l'existence, elles n'hésitent pas à demander le divorce pour recouvrer leur liberté quand elles ne supportent plus les mauvais traitements dont elles sont victimes.

II - LA DESAGRÉGATION DE LA FAMILLE

Le divorce ne constitue pas la seule cause de désorganisation de la famille. Certaines circonstances comme le décès ou la séparation de corps ou de fait peuvent la désagréger.

Le décès de l'un des éléments composant la famille entraîne l'application des règles relatives à la succession et permet d'ouvrir son héritage. Les exigences de la paix sociale et de la continuité de la vie économique font de la succession une nécessité. Si chacun pouvait s'emparer des biens laissés par le défunt, il en résulterait un trouble social. Si les obligations du défunt s'éteignaient, ce serait la ruine du crédit car les vivants deviendraient la dupe des morts.

En matière de droit des successions, le législateur sénégalais a introduit un véritable dualisme. Le Code de la Famille prévoit des successions de droit commun et des successions de droit musulman. Ces dernières s'appliquent, aux termes des dispositions de l'article 371 aux «*personnes qui de leur vivant, ont, expressément ou par leur comportement, indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman*».

Dans un pays où plus de 90 % de la population est musulmane, on peut s'étonner que le régime de droit commun soit celui des successions non musulmanes fortement inspiré du système napoléonien.

L'un des traits caractéristiques du droit des successions est l'amélioration du sort de la veuve et de l'enfant naturel bien que sur ces deux points, les résistances de la tradition soient encore très vives.

En ce qui concerne la femme, elle retrouve sa liberté s'il lui arrive de perdre son

conjoint. Le lévirat était assez généralisé au Sénégal qui permettait à un héritier, le frère cadet le plus souvent, de prendre pour épouses les femmes du défunt. Le Code de la Famille ignore l'institution. La veuve est libre de se remarier avec qui elle veut, sous la seule réserve du respect du délai de viduité qui est normalement de 300 jours mais qui peut être réduit à 4 mois 10 jours pour tenir compte des règles du droit musulman.

Pour ce qui est de la dévolution de la succession proprement dite, la femme héritière dans les successions musulmanes a une situation beaucoup moins favorable de celle d'un homme.

L'enfant naturel a quant à lui un sort différent selon qu'il s'agit des successions de droit commun ou des successions de droit musulman.

Dans le cadre des successions de droit commun, les enfants naturels dont la filiation est établie sont *«appelés à la succession de leur père et mère dans les mêmes conditions que les enfants légitimes»* (article 533).

Cependant, l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime dans les successions de droit commun n'est pas totale car il faut nécessairement tenir compte de la restriction apportée par l'article 534 qui dispose que *«lorsqu'il s'agit d'un enfant né hors mariage, l'auteur de la reconnaissance qui était engagé dans les liens du mariage au moment de la reconnaissance doit, pour qu'elle produise son plein effet, justifier de l'acquiescement de son ou ses épouses»*.

Ce texte est d'une importance capitale qui commande que l'on s'interroge sur son domaine d'application et ensuite sur ses effets.

Quant au domaine, certains auteurs ont pensé que le texte visait en premier lieu l'enfant adultérin dont le droit sénégalais n'interdit pas l'établissement de la filiation mais exige l'acquiescement de l'épouse et à défaut limite ses droits successoraux. Cette interprétation est correcte mais le domaine de l'article 534 est plus large.

En effet, sont également visés les enfants naturels simples c'est-à-dire, dont le père, au moment de leur conception ou de leur naissance, n'était pas marié avec leur mère ou avec une autre personne ; mais ces enfants *«nés hors mariage»*, ont été par la suite reconnus par leur père, à un moment où celui-ci était marié avec une personne autre que la mère.

En conséquence, le fondement du texte est double : d'abord protéger la famille légitime contre l'intrusion d'enfants adultérins et ensuite protéger l'épouse qui n'aurait pas en connaissance en se mariant de l'existence d'un enfant naturel de son mari et qu'il n'aurait pas encore reconnu.

Quant aux effets du texte, on peut noter que d'une part, la reconnaissance de

l'enfant par son père reste un acte personnel ; l'épouse donne son acquiescement mais si elle le refuse, le père a juridiquement établi la filiation à l'égard de son enfant et que d'autre part, le seul effet du refus d'acquiescement par l'épouse est la diminution des droits de l'enfant.

Dans le cadre des successions musulmanes, les droits des enfants naturels sont les mêmes, quelles que soient par ailleurs les conditions de leur reconnaissance. Aux termes des dispositions de l'article 642 du Code de la Famille, l'enfant naturel hérite de sa mère et des parents de celle-ci et réciproquement dans les mêmes conditions donc qu'un enfant légitime. En revanche l'article 220 déclare dans un premier temps que l'enfant naturel ne peut hériter de son père pour ensuite réduire à néant ce principe en affirmant qu'il est cependant réputé, sauf disposition écrite contraire émanant du decujus, légataire d'une part égale à celle à laquelle il aurait pu prétendre s'il avait été légitime.

Donc en clair, et pour employer un langage moins ésotérique, en droit musulman, l'enfant naturel n'est pas l'héritier de son père mais on lui réservera une part égale à celle d'un enfant légitime sauf si le père a expressément et par écrit, manifesté son intention de l'écarter purement et simplement de sa succession.

La rédaction de ce texte est très habile, qui dit que l'enfant naturel n'hérite pas mais qu'il succède comme légataire.

On constate donc qu'ici, une concession importante a été faite à la coutume, ou plus exactement au droit musulman, en permettant au père d'un enfant naturel, d'écarter celui-ci de sa succession, s'il le désire.

Dans le droit des successions, la famille est protégée dans son patrimoine grâce à l'institution de la réserve héréditaire qui représente la fraction de l'hérédité affectée à certains membres de la famille. Aujourd'hui nul ne conteste l'utilité pratique, économique et sociale de la réserve qui joue un double rôle : d'une part, protéger la famille contre les libéralités anti-familiales qui feraient sortir les biens de la famille au profit de personnes non parentes du défunt, d'autre part, faire régner une certaine égalité entre les cohéritiers car le défunt ne peut pas avantager l'un de ses héritiers au delà de la quotité disponible qui est le tiers de la masse successorale.

Pour terminer sur ce chapitre, nous voudrions évoquer le problème du règlement des litiges successoraux qui, il faut bien en convenir, tarde souvent à intervenir dans des délais raisonnables.

Quelquefois, cette lenteur est inévitable : le partage d'une succession ne peut pas se faire sans que soient au préalable résolues beaucoup de questions ayant trait à la détermination du nombre des héritiers, de l'actif de la succession ainsi que du passif, au règlement de ce passif, aux demandes d'attribution préférentielle, aux opérations de réduction des dons et legs entamant la réserve, etc.

Il s'y ajoute que des incidents de procédure peuvent survenir à chaque étape, qui amène le juge chargé de l'affaire à se dessaisir provisoirement pour permettre à la juridiction d'appel ou à la Cour de Cassation de se prononcer.

On voit donc que dans ces cas là, il y a force majeure !

Cependant, nous estimons qu'un effort doit être fait dans ce domaine afin d'accélérer, quand cela est possible la solution de ces litiges. Pour y parvenir, il faudra qu'on associe plus souvent les notaires à la tâche et en outre, par des séminaires et des stages, qu'on assure la formation continue des juges chargés de ces questions qui sont loin d'être simples.

Outre le décès, il existe plusieurs autres causes de désagrégation de la famille qui sont l'annulation du mariage, et la séparation de fait. Tandis que les deux premières sont des institutions régies par le droit, la troisième dont nous allons privilégier l'étude ici, recouvre des faits qui violent le droit et laissent donc inaltéré au plan juridique le lien matrimonial.

Il est en effet assez fréquent que deux époux cessent la vie commune, sans qu'ait été prononcé, entre eux, le divorce ou la séparation de corps. Il s'instaure alors une situation de fait qui contredit la réalité d'un mariage qui subsiste pourtant juridiquement.

La première interrogation que l'on peut se poser est de savoir ce qui pousse les époux, à se placer ainsi dans un état que la loi ne prévoit pas, au lieu d'utiliser les moyens de relâchement ou dissolution de l'union que cette loi offre à leur mésintelligence.

A cela, il y a plusieurs raisons.

Tout d'abord, la séparation de fait est une des manifestations de la résistance des règles coutumières face à la législation moderne qui, on le sait, condamne cette pratique. Elle est en effet souvent le fait des épouses qui, étant maltraitées au domicile conjugal, pensent que leur seule ressource est de fuir, afin d'attirer l'attention des parents et de tout l'entourage sur leur situation et inciter ces derniers à prendre en main leur sort, en raisonnant le mari et en lui faisant promettre de se conduire autrement.

Ensuite la séparation de fait est parfois imposée à un conjoint par l'autre qui fuit le toit conjugal où il estime que toute cohabitation est impossible, une telle fuite pouvant être une réaction de défense devant le scandale causé par l'inconduite de l'époux qui demeure au foyer, son immoralité ou ses agissements odieux.

Ensuite, il n'y a pas d'autre issue que la séparation de fait pour l'épouse qui a échoué sa demande en divorce ou en séparation de corps et ne veut pas reprendre la vie commune.

Mais c'est surtout les divorces irrégulièrement faits qui sont à l'origine de la plupart

des séparations de fait, dans notre pays. Nos concitoyens continuent de penser que le mariage peut se défaire par la volonté unilatérale du mari et que dans tous les cas, un mariage non enregistré à l'Etat-Civil, peut être rompu d'un commun accord par les époux ou en la forme coutumière par la prononciation de la formule rituelle.

On sait que le code pénal sanctionne de peines correctionnelles le fait d'un époux qui abandonne sans motif son conjoint. La pratique révèle que ces sanctions pénales sont loin d'être efficaces.

La fréquence de ces situations rend plus que nécessaire leur prise en compte par le droit pour dans un premier temps freiner la tendance et ensuite y apporter les solutions adéquates.

CONCLUSION

Pour conclure sur cette analyse du statut juridique de la famille, nous ferons en premier lieu un constat : la famille sénégalaise tend à s'affaiblir du fait qu'il lui devient de plus en plus difficile d'assumer de façon suffisante ses fonctions essentielles à savoir la reproduction, la production, la formation sociale, l'éducation et la transmission des valeurs. Soumise aux pressions de la situation politique, sociale et économique, la famille n'est plus en mesure d'imposer une orientation marquée à ses membres, ni de fixer des normes.

L'espoir est cependant permis ; l'histoire a démontré que la famille s'est révélée être la forme sociale la plus universellement résistante, durable et souple que nous connaissons. Nous sommes donc convaincus qu'elle saura résister à toutes ces agressions et faire face à ces situations qui, nous l'espérons, sont conjoncturelles.

Pour y parvenir, il est nécessaire que les responsabilités et les tâches des parents au sein de la famille soient redistribuées. L'image du couple au sein duquel seul le mari travaille pour assurer à l'ensemble le confort et le bien-être tend à disparaître car le besoin de revenus, les conditions de vie difficiles et surtout, les progrès importants qu'elles ont réalisés dans le domaine de l'instruction conduisent de nombreuses femmes à travailler elles aussi et donc à seconder leur mari dans leurs fonctions traditionnelles.

La Charte des Nations-Unies, l'instrument principal qui doit nous inspirer et nous guider a d'ailleurs souligné la prééminence de l'égalité entre l'homme et la femme, comme un des principes fondamentaux de toutes les sociétés. Plus de cent pays ont ratifié ou accédé à la convention sur l'élimination de toute forme de discrimination contre la femme.

Il est donc d'une nécessité absolue que l'on harmonise notre droit de la famille à ces normes internationales. Certaines règles du Code de la Famille peuvent apparaître en effet comme étant discriminatoires à l'égard de la femme. Il en est ainsi notamment

de celle qui, en matière de dévolution successorale, octroie à la femme la moitié de la part d'un homme.

D'un autre côté, les récriminations des hommes, qui pensent qu'en réalité, le Code de la Famille est le code de la femme, doivent être prises en considération. Le mérite de tout droit, dépend nécessairement de sa réception par les populations dont il se propose de changer les conceptions, les habitudes de penser et d'agir. Or à ce niveau, tout n'est pas pour le mieux. Les réactions des hommes ne sont pas toujours causées par le désarroi provoqué par la perte de certains de leurs privilèges mais souvent aussi par l'utilisation qui est faite de certaines règles du code par des femmes qui ne vont en justice qu'avec le dessein avoué de leur prendre une partie de leur revenu.

Mais on ne peut pas régler le comportement et la vie commune seulement par des lois.

Notre pays a ainsi initié une politique de la famille dont les objectifs sont d'une part, la promotion économique de la famille en l'incitant, par le biais d'une approche participative, à élaborer et à mettre en oeuvre des actions de développement, le renforcement d'autre part du niveau socioculturel de la famille en améliorant son aptitude à la satisfaction des besoins sociaux de ses membres et enfin la protection de la famille contre toute forme de nuisance.

Les nécessités du développement économique et social exigent d'ailleurs que l'institution familiale soit placée au centre des préoccupations de tout gouvernant. Ce développement, et c'est par là que nous allons terminer, ne peut être pleinement réalisé sans la protection et la promotion de la famille qui est le vecteur des valeurs culturelles d'une nation et a un rôle de premier ordre dans l'établissement et la régulation de l'ordre social.