

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNE ACADEMIQUE 1980-1981

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Réflexions sur la condition juridique de l'enfant simplement conçu ou « infans-conceptus »

Mémoire présenté par

BARA NIANG

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET
DE MAGISTRATURE (E.N.A.M.)

DIVISION JUDICIAIRE

S U J E T

REFLEXIONS SUR LA CONDITION JURIDIQUE
DE L'ENFANT SIMPLEMENT CONÇU OU
"INFANS-CONCEPTUS"

MEMOIRE DE FIN DE SCOLARITE

Présenté par BARA NIANG
Auditeur de Justice 3ème année

Année scolaire : 1980/81

340
NIA

P L A N

I N T R O D U C T I O N

HISTORIQUE DE LA MAXIME "INFANS CONCEPTUS"

PREMIERE PARTIE : LE STATUT CIVIL DE L'ENFANT CONÇU

CHAPITRE 1er - La période légale de conception

CHAPITRE 2è - L'Etat de l'enfant conçu

- paragraphe 1 - la Nationalité de l'enfant conçu
- paragraphe 2 - la Parenté de l'enfant conçu

CHAPITRE 3è - Le Patrimoine de l'enfant conçu

- paragraphe 1 - sens du principe
- paragraphe 2 - Applications du principe

CHAPITRE 4è - La représentation de l'enfant conçu

- paragraphe 1 - Dans quels cas y a-t-il lieu à nomination de curateur au ventre
- paragraphe 2 - Désignation du curateur
- paragraphe 3 - Attribution du curateur
- paragraphe 4 - Cessation des fonctions

DEUXIEME PARTIE : PROTECTION DE L'ENFANT CONÇU ET DE LA MERE
EN ETAT DE GROSSESSE

CHAPITRE 1er - Protection de l'enfant conçu

Section 1 - l'Avortement et la protection de la natalité

- paragraphe 1 - l'Avortement
- paragraphe 2 - protection de la natalité

Section 2 - Situation de la mère en état de grossesse et,
devant subir une condamnation à mort

Section 3 - l'Infanticide

.../...

AVANT - PROPOS

Je me propose de traiter dans le cadre des mémoires de fin de scolarité du thème : Réflexions sur la condition juridique de l'enfant simplement conçu ou "Infans Conceptus".

Les raisons qui me poussent à traiter d'un tel sujet sont au nombre de deux :

La première : l'on a souvent spéculé sur l'année internationale de la femme ; de l'enfant et des handicapés physiques, mais l'on feint d'ignorer ce futur enfant qui, se trouvant dans le sein de sa mère, a des droits comme l'enfant qui physiquement existe.

La deuxième : A plusieurs reprises, je me suis posé la question de savoir si ce n'est pas par ignorance du droit à la vie de l'infans conceptus, que certaines futures mères avec la complicité de certains hommes cherchent par des actes répréhensibles, tels que l'avortement, l'infanticide, à empêcher au premier nommé de naître, de profiter de la vie comme tout autre être humain.

Ce futur enfant, étant capable d'acquérir des droits, doit être protégé dans ses biens et dans sa personne.

Pour une meilleure compréhension du sujet, cette étude sera précise et concise. Il est à souligner que cette étude sera plus théorique que jurisprudentielle. La jurisprudence en la matière n'est pas très abondante ni en France, ni au Sénégal.

Le code civil Français va plus loin que le code de la famille, en exigeant une troisième condition : la viabilité.

Certes, le principe est que la personnalité commence à la naissance, mais par faveur pour l'enfant conçu, elle remonte à la date de la conception, toutes les fois que cette rétroactivité est dans l'intérêt de la personne dont il s'agit. C'est ce qu'exprime l'adage "Infans Conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur".

La règle selon laquelle, l'enfant conçu peut acquérir des droits, n'est écrite nulle part dans les lois Français^{es} seulement certains textes, en formulent des applications particulières, généralisées par la jurisprudence.

C'est ainsi que l'article 725 du code civil décide que pour être appelé à une succession, il faut être conçu au moment où elle s'ouvre ; il en résulte qu'un enfant posthume sera appelé à hériter de son père, il existait juridiquement au décès de celui-ci du seul fait de sa conception.

L'article 906 applique le même principe en matière de libéralités : pour recevoir par donation, il suffit d'être conçu au moment de la donation et, pour recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

La jurisprudence, partant de ces dispositions particulières, considère la règle comme générale et l'applique dans d'autres circonstances par exemple : pour reconnaître un droit à une rente à l'enfant simplement conçu au moment de l'accident du travail qui a

HISTORIQUE DE LA MAXIME "INFANS CONCEPTUS"

Le devenir est le passage du possible au réel, de la puissance à l'acte.

La puissance, c'est l'être en tant qu'il n'est pas encore parvenu à son achèvement, qu'il n'a pas encore reçu toutes les déterminations ou formes qu'il comporte.

L'enfant conçu participe de la réalité de la puissance.

Ces vues aristotéliciennes nous changent de la métaphysique stoïcienne qui contestait à l'enfant conçu la qualité d'être parce que seule la séparation d'avec sa mère lui faisait acquérir l'âme. Ces conceptions philosophiques sont restées ignorées des praticiens de la Grèce et de Rome.

- Dans la législation Romaine : on ne peut attribuer à l'enfant conçu la capacité juridique dans toute sa plénitude. Car ici, intervient une idée qui a eu une importance considérable dans la législation romaine ; c'est la suivante : seul celui qui a une volonté peut rendre sa condition pire - or, il est certain que l'enfant conçu n'a pas de volonté, et que les actes juridiques qui le concernent sont accomplis à son insu. Cet être juridique ne peut donc rendre sa condition pire. Il n'est réputé conçu que si tel est son intérêt : "Quoties de commodis ejus agitur".

La maxime romaine comprend deux idées distinctes qui se justifient logiquement.

.../...

M. Albertario a soutenu et démontré, que la maxime *Infans conceptus* appartient au droit post-classique. C'est seulement à cette époque que l'enfant conçu a été considéré comme né toutes les fois que tel était son intérêt.

- L'ancien droit Français, a recueilli la maxime "*Infans Conceptus*". Il ne pouvait reproduire à la lettre les solutions romaines, mais il s'est inspiré largement de leur esprit. Maintes fois Domat et Pothier invoquent l'antique adage. Les travaux préparatoires du code civil y font allusion.

Valeur de la Maxime dans le droit positif Français aujourd'hui.

Elle constitue une fiction juridique, c'est-à-dire une altération voulue du réel en vue de certains résultats utiles. Si nous pensons que le sujet de droit a son type naturel et premier dans l'être humain individuel, la fiction "*Infans Conceptus*" permettra l'extension de la catégorie "sujet de droit" à l'enfant non encore existant".

- Remise en cause de la fiction : cette fiction était très utile du temps où le droit était le fruit d'une conquête quotidienne, où le prêteur édictait dans la crainte, des décisions pleines d'audace. Mais il n'en est plus de même aujourd'hui. Point n'est besoin au législateur d'user de fiction, il lui suffit de légiférer et de disposer.

Le code civil Suisse du 10 décembre 1907 a supprimé très simplement toute idée de fiction dans son article 31 "La personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant.

.../...

LE STATUT CIVIL DE L'ENFANT CONÇU

LE STATUT CIVIL DE L'ENFANT CONÇU

L'enfant conçu a une parenté, un patrimoine. Il peut se voir désigner un protecteur spécialement chargé de veiller à sa personne et à ses intérêts.

Quid de la nationalité et du moment de la conception. Ce sont là deux questions délicates qui se posent.

REQUETE 28 NOVEMBRE 1833. S.1834.1.668

Il est à souligner que certains médecins critiquent ce système pour avoir observé des grossesses prolongées.

Un troisième système plus généralement admis qui se réfère à la nationalité du père au moment de la naissance. La loi française du 10 août 1927, dans son article 1er parle de l'enfant "né d'un français en France ou à l'étranger" ou "né en France d'une mère française". Par l'expression "né en FRANCE" la loi semble bien viser le fait matériel et physiologique de la naissance. La jurisprudence française sur la matière est assez pauvre en documents. Un arrêt de la Cour d'Appel de Metz a d'abord appliqué la maxime *Infans conceptus*. Quelques années après, dans un cas voisin, la chambre des requêtes de la Cour de Cassation paraissait vouloir s'attacher uniquement au moment de la naissance.

Au total, il faut dire qu'en France, d'après la loi du 10 août 1927, c'est le système de la nationalité à l'époque de la naissance qui est consacré.

B - Le problème au Sénégal

L'article premier de la loi 61-10 du 7 mars 1961 confère la nationalité sénégalaise à toute personne née au Sénégal... Comme en France, la loi semble viser le fait matériel et physiologique de la naissance. En conséquence la date à prendre en considération est celle de la naissance et non de la conception. Est-ce dans l'intérêt de l'enfant, c'est toute la question qui se pose.

PARAGRAPHE 2.- LA PARENTE DE L'ENFANT CONCU

L'enfant a-t-il dès la conception une parenté, cette parenté légitime, naturelle ou adultérine est-elle invariable ?

.../...

Le code admet de la même façon que l'enfant qui est né plus de 180 jours et moins de 300 jours après la célébration du mariage a été conçu pendant le mariage. La jurisprudence en a déduit cette conséquence que tant que le mari n'a pas exercé l'action en désaveu, il doit être regardé comme le père de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, et que la reconnaissance de cet enfant faite par celui qui se prétend son père naturel est nulle.

b) LA CONCEPTION HORS MARIAGE MAIS NAISSANCE DANS
DANS LE MARIAGE

L'article 192 alinea 1 du Code de la famille dispose "Néanmoins l'enfant né, même avant le 180^e jour du mariage, ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants :

- S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage.

- S'il a assisté à l'établissement de l'acte de naissance et, si cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer.

- Si l'enfant n'est pas né vivant.

Il y a lieu de souligner que l'article 192 du Code de la famille n'est rien d'autre que la copie conforme de l'article 314 du code civil.

1°) Quel est le sens de l'article 314 C. civil

Suivant l'opinion traditionnelle, l'article 314 du Code civil consacre une exception à la règle formelle de l'article 314 du Code civil.

../...

autonome de la légitimité, l'enfant qui naît dans le mariage est légitime dès le jour où il a été conçu.

La Cour de Cassation tend à admettre que la légitimité de l'enfant né dans le mariage a un effet rétroactif. Elle l'a affirmé dans l'arrêt Dégas, en effaçant le vice d'adultérinité antérieur au mariage. Elle vient dans l'arrêt Dewalle, cassant l'arrêt de Douai, d'accueillir la thèse de la rétroactivité d'une manière implicite. Elle a basé sa décision en termes exprès sur la maxime "Infans conceptus".

Dewalle est victime d'un accident du travail le 14 octobre 1930. Il meurt, le 25 octobre des suites de l'accident, après avoir régularisé par mariage, à la date du 23 octobre, une liaison illégitime. Sa veuve met au monde, le 4 février 1931 une fille Jeannine, au nom de laquelle elle demande une rente viagère.

La Cour de Cassation, après avoir constaté que la jeune Jeannine Dewalle, dont la conception était antérieure au mariage, aux Termes des articles 314 et suivants du Code Civil, était incontestablement conçue au jour de l'accident, a jugé en ces termes :

"Attendu que la Cour d'Appel a écarté la demande motif pris de ce que... conçue illégitime, la jeune Dewalle n'est devenue légitime qu'à partir et par l'effet du mariage des parents, dont la célébration est postérieure à l'accident.

Mais, attendu que, l'enfant conçu est considéré comme étant déjà né en tant que son intérêt l'exige quant à l'obtention de

.../...

S'il fondait au contraire sa légitimité sur le simple fait qu'il était né pendant le mariage, sa conception fût-elle antérieure, il pouvait réclamer la rente en alléguant le fait qu'il était conçu au moment de l'accident, et que sa légitimité rétroagit à cette date.

La Cour de Cassation a cassé l'arrêt de la cour de Rouen du 2 décembre (DALLOZ. P.1935.1.5) qui avait décidé que la mineure Herawal, née plus de 180 jours après la célébration du mariage devait être réputée conçue dans le mariage et, ne pouvait prétendre être déjà conçue au moment de l'accident antérieur au mariage de ses parents.

La cour de Caen devant qui le renvoi avait été ordonné, a, par arrêt en date du 20 juin 1935 (GAZETTE DU PALAIS 1935.2.470) déclaré la demande de rente introduite au nom de l'enfant irrécusable. Mais elle a invoqué à l'appui de sa décision des motifs différents : elle a admis que la mineure Héraurval pouvait soutenir qu'elle était déjà conçue au moment de l'accident. Cependant, elle n'avait pas droit à la rente prévue par la loi de 1898, puisque comme enfant naturel, non reconnue au jour de l'accident, elle en était exclue et que, comme enfant légitime, elle ne pouvait faire remonter sa légitimité au-delà du mariage qui en était l'origine.

Cette argumentation a été condamnée par la Cour de Cassation dans l'arrêt Dewalle du 2 juillet 1936

CASS CIVILE 2 JUILLET 1936. GAZETTE DU PALAIS 1935.2.470.

.../...

Les effets de la reconnaissance sauf en matière de nationalité remontent au jour de la conception. Cette précision aura son intérêt au cas de succession ouverte postérieurement à la conception de l'enfant mais antérieurement à sa reconnaissance, l'enfant sera habile à succéder.

c) LE PRINCIPE DE L'ILLEGITIMITE DE L'ENFANT INCESTUEUX ET ADULTERIN

L'enfant naturel incestueux est celui dont les parents ne peuvent pas se marier pour des raisons de parenté ou d'alliance, contrairement à l'enfant adultérin qui est issu de relations adultérines de son père ou de sa mère.

Ces enfants ont dès leur conception, une parenté "illégitime".

d) EXCEPTION

Il faut préciser que si l'enfant est issu des relations adultères d'une femme mariée et d'un homme libre de tout lien conjugal, il aura le qualité d'enfant légitime en l'absence d'une action en désaveu exercée par le mari. Cette solution est conforme à la règle pater is est.

c) LEGITIMATION

L'enfant naturel simple peut toujours être légitimé par le mariage subséquent de ses auteurs. Mais la question se pose de savoir si cette légitimation aura un effet rétroactif? La réponse en est que la légitimation ne produit d'effets qu'à partir de la célébration du mariage, elle ne rétroagit pas au jour de la conception.

.../...

sance n'aura pas été dans l'acte de naissance, elle ne pourra l'être que dans un acte authentique postérieur. Ce qui laisse supposer que l'enfant doit sortir du sein de sa mère pour faire l'objet d'une reconnaissance.

La jurisprudence et les auteurs abondent dans un sens inversé affirmant que le texte de l'article 334 n'a nullement exclu la possibilité d'une reconnaissance antérieure à la naissance.

Le législateur sénégalais admet dans son article 193 al 3 la reconnaissance d'un enfant conçu.

Lorsque la reconnaissance concerne un enfant conçu, l'officier de l'état civil devra mentionner en tête de l'acte : "Reconnaissance d'enfant à naître".

n'est pas le cas dans 667 du code de la famille.

Ces textes nous permettent d'énoncer un principe général : l'enfant conçu est un sujet de droit à la condition qu'il naisse vivant au Sénégal, et viable en France.

J'envisagerai dans ce chapitre, dans un premier temps le sens du principe et dans un second temps ses applications.

PARAGRAPHE 1 - SENS DU PRINCIPE

A - Comment déterminera-t-on le moment de la conception

Convient-il de faire appel aux présomptions édictées par les articles 312 et suivants du code civil, 191 du code de la famille, au titre de la filiation légitime ; cette présomption de l'article 312, relative à la légitimité, a été aussi étendue par la jurisprudence aux droits du patrimoine. La conception se place entre le 300^e jour et le 180^e jour qui précèdent sa naissance, suivant l'intérêt de l'enfant.

B - A quelles conditions l'enfant conçu peut-il recevoir à titre gratuit ou succéder.

Pour recevoir à titre gratuit ou succéder, l'enfant doit d'abord naître vivant. Le code sénégalais s'arrête à cette condition, ^{mais} la jurisprudence française exige une deuxième : la viabilité.

a) Il faut que l'enfant naisse vivant

C'est là un problème de physiologie et, les solutions juridiques seront fonction du "donné naturel".

La naissance suppose d'abord la sortie de l'enfant hors du ventre de la mère. Un enfant ne peut être réputé né qu'autant qu'il est sorti vivant du sein de sa mère.

Le législateur sénégalais s'arrête là, mais la jurisprudence française

b) Il faut ensuite que l'enfant naisse viable

C'est-à-dire ayant les organes essentiels à son existence. Il

faut également malgré le silence du code, que l'enfant ait une forme

humaine.

Cette condition se rattache à celle de la viabilité.

À la différence de la vie, la viabilité est toujours présumée, comme étant

le fait le plus ordinaire.

L'article 725 du code civil, en présentant la non-viabilité

de l'enfant comme un cas d'incapacité, rejette par là-même, le fardeau

de la preuve sur ceux qui prétendent que l'enfant n'est pas né viable,

car la capacité est la règle, l'incapacité l'exception.

La viabilité d'un enfant est une question de fait que les juges

ont à résoudre en cas de contestation en s'aidant des conseils des gens de

l'art.

Cette condition jurisprudentielle ne figure pas dans la nouvelle

législation sénégalaise.

Que faut-il déduire?

La question devrait, à notre sens être envisagée sous l'angle de

la technique juridique d'abord, sous l'angle de l'opportunité ensuite.

1°) SUR LE PLAN DE LA TECHNIQUE JURIDIQUE

Le législateur sénégalais avait à sa disposition l'arsenal de ses

propres coutumes et du droit positif français auxquels il s'est, le plus

souvent référé pour trouver la règle applicable.

Il n'est pas nécessaire de faire appel à la maxime

Infans conceptus mais simplement à l'article 725 du code civil, l'enfant conçu succède dans les mêmes conditions que l'enfant déjà né. Il succède avec les mêmes droits et les mêmes prérogatives. Il sera donc éventuellement héritier réservataire.

B - Dispositions à titre gratuit

a) Testament

L'article 906 du code civil, l'équivalent de 667 du code de la famille s'exprime en ces termes "Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Antérieurement à l'ordonnance de 1735 sur les testaments, l'autorité de la règle catonienne était diverse en FRANCE. Les pays de droit écrit l'observaient, la plupart des pays coutumiers la rejetaient. On considérait dans ces derniers pays que le testament n'ayant d'effet que du jour du décès du testateur, c'est à cette époque seulement qu'il était utile de constater la capacité du légataire.

L'ordonnance de 1735 vint essayer de fonder en FRANCE, l'unité de législation en matière de testament. Elle opta pour le système du droit Romain en corrigeant la rigueur, admettant ainsi une exception à la règle catonienne dans un cas particulier. Elle valida les libéralités faites en faveur des enfants à naître institués par le testament, pourvu qu'ils fussent nés ou conçus au décès du testateur.

Le code civil a adopté le système de l'ordonnance de 1735.

En cas de partage des biens de père et mère et autres ascendants à leurs enfants soit par acte entre vif, soit par testament, l'omission dans le partage d'un enfant conçu à cette époque entrainera la nullité de l'acte.

Les biens dont les pères et mère ont la faculté de disposer peuvent être par eux donnés, en tout ou partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître desdits donataires ou légataires, article 790 du code de la famille.

C - La stipulation pour autrui

L'enfant conçu peut être bénéficiaire d'une stipulation pour autrui. La stipulation permet de passer au nom de l'Infans Conceptus, des conventions à titre onéreux. Ces conventions seront peut-être frappées d'une nullité relative. Mais cette nullité ne pourra être invoquée que par l'enfant après sa naissance. La cour de cassation l'a admis dans l'arrêt Brand du 2 décembre 1901. La veuve Emile Brand stipulant dans son propre intérêt et dans l'intérêt de l'enfant dont elle était enceinte à la mort de son mari survenue le 1er juin 1897, consentait à des tierces personnes une promesse de vente, à la date du 5 juin 1897, à réaliser ultérieurement par acte authentique, du fonds de commerce dépendant de la succession du défunt et de la communauté ayant existé entre lui et sa femme. Cette promesse de vente contenait des clauses tout à fait favorables à la veuve et à l'enfant conçu. Après la naissance de Madeleine BRAND survenue, le 21 juin 1897, le fonds, de commerce est adjugé dans les formes légales, aux bénéficiaires de la promesse. La veuve Brand demande alors l'exécution des stipulations contenues dans l'acte du 5 juin 1897. La Cour de Poitiers accueille sa demande.

.../...

CHAPITRE IV

Certes, il faut permettre à l'Infans Conceptus d'avoir un patrimoine

comme tout être humain, mais faudrait-il aussi le protéger dans son

patrimoine, en lui désignant un représentant.

qui se trouvent sur sa tête d'une manière définitive que s'il n'y a pas eu de mariage, il faut en conséquence désigner un représentant pour la défense de ses droits. Or l'enfant conceptus est l'objet d'une incapacité d'exercice spéciale

la solution qui se présente d'abord à l'esprit, est de désigner la mère tutrice dès avant la naissance de l'enfant et de la charger de la représenter. Cette solution serait contraire à la tradition historique, le Droit Romain et l'ancien Droit décidaient en effet qu'on ne peut désigner de tuteur proprement dit qu'un individu déjà né. Cette solution serait par ailleurs impraticable, car il ne s'agit pas simplement ici de la sauvegarde d'intérêts pécuniaires. L'enfant conceptus peut être victime de tentatives criminelles, de agression ou de suppression de part. Si le mari, dans l'ignorance de la grossesse de sa femme n'est en lui l'ignorant de l'enfant, il peut à certaines parties du régime économique se constituer la mère à défaut est héritier imprévu et à attendre à la vie de l'enfant qu'elle porte dans son sein ? Ne faut-il pas, d'autre part, protéger les héritiers du mari contre une stimulation de grossesse et d'accouchement faite en vue de s'emparer de la fortune du défunt ? L'art. 910 du Code de Commerce est consacré à ces questions. Il est évident que tout en étant au ventre par le conseil de l'héritier.

Il faut souligner que le législateur sénégalais n'a pas prévu cette représentation de l'enfant conçu de manière expresse.

Paragraphe 1 - Dans quels cas y a-t-il lieu à nomination de curateur au ventre

Il faut tout d'abord préciser que la nomination de curateur au ventre est facultative, et que la loi n'attache aucune sanction à l'inobservation du texte de l'article 393.

En règle générale, tout intéressé a qualité pour demander cette nomination ; cela résulte des termes mêmes de l'article 393 : "Si lors du décès du mari, la femme est enceinte" cette mesure peut être prise par ceux-là seuls que la femme déclare être enceinte, sans que les parents aient le droit d'exiger que la veuve prouve sa grossesse en se soumettant à une visite médicale.

AIX, 19 MARS 1807 ; CHRONIQUE. D. A12.704 -

Le droit des parents du défunt à l'envoi en possession de ces biens peut ainsi se trouver suspendu par cette simple allégation.

Mais en revanche, un curateur au ventre peut être nommé en l'absence d'une demande quelconque de la femme, et alors même qu'elle déclare ne pas être enceinte. Elle a toujours le droit de s'opposer à cette mesure en offrant de se soumettre à une expertise médicale. Elle peut avoir intérêt à le faire si son mari lui a adressé un legs universel.

.../...

Mais il a été jugé qu'une procédure de folle enchère contre une veuve légataire universelle est légalement poursuivie et, produit ses effets résolutoires si la grossesse de cette veuve et la nomination d'un curateur au ventre n'ont pas été notifiés au créancier poursuivant.

CASSATION CIVILE 19 AVRIL 1887. D.P1887.1.490

Paragraphe 3. — Attributions du curateur

Le curateur a une double mission à remplir. Il administre les biens de la succession du mari, mais il veille aussi au danger d'une suppression ou d'une supposition de part, mais n'a aucune autorité sur la femme ; il ne pourrait lui assigner un lieu de sa résidence ou de son accouchement. Mais il a le droit de rendre visite à la femme et même d'assister à son accouchement.

Le curateur est surtout chargé d'administrer provisoirement la succession du mari prédécédé et de représenter l'enfant à naître. Son autorité est exclusive, la mère ne peut pas s'immiscer dans l'administration avant la naissance de l'enfant. Toutefois si le curateur négligeait les intérêts de l'enfant, la mère pourrait provoquer la réunion du conseil de famille qui aviserait.

Le curateur dont l'autorité n'est que provisoire, doit se borner à faire des actes conservatoires, notamment renouveler les inscriptions, interrompre les prescriptions, recevoir les revenus, payer les dettes exigibles, s'il existe dans la succession des fonds suffisants. Il peut requérir l'opposition des scellés à

.../...

Ce qui est sûr, c'est qu'on doit nommer à l'enfant conçu un curateur ad hoc en raison de l'opposition d'intérêts.

TOULOUSE 6 DECEMBRE 1883. SIREY 1884.1.346

Paragraphe 4.- Cessation des Fonctions

Les fonctions du curateur au ventre cessent par l'accouchement de la femme, (il devient alors subrogé-tuteur), par le décès de la femme, par l'expiration sans accouchement du 300^e jour après le décès du mari, par la survenance de l'incapacité du curateur, par le décès de ce dernier.

Le curateur doit rendre compte de sa gestion à ceux qui recueillent la succession définitivement ou à la veuve qui devient tutrice légale.

Certes, il est important de reconnaître à l'enfant, la possibilité d'acquérir des droits et, d'être représenté par un curateur, alors qu'il se trouve dans le sein de sa mère. Mais il est encore plus important de le protéger dans sa vie, pour qu'il puisse, une fois sorti du sein de sa mère, jouir de ses droits. Cette protection à la vie de l'enfant conçu ne peut être efficace que lorsqu'elle est prolongée par celle de la mère qui le porte dans son sein.

et décret-loi du 29 juillet 1939 en France ; décret du 30 mai 1933 au Sénégal).

Mais force était de constater que cet arsenal repressif démesuré, tombait peu à peu en désuétude, et que l'opinion publique n'admettait plus l'application d'une législation inadaptée au regard de l'évolution des mœurs. Et, de fait, on ne pouvait manquer d'être frappé du décalage existant entre le contenu des textes et la réalité quotidienne. Plusieurs centaines de milliers d'avortement clandestins et délicieux étaient pratiqués chaque année dans des conditions sanitaires souvent effroyables. En FRANCE, le nombre des condamnations pour avortement tombait de 5621 en 1946 à 288 en 1972, pour atteindre un chiffre proche de zéro en 1974. Des réformes apparaissent inévitables et souhaitables, les relaxes prononcées par certains tribunaux traduisant un refus pur et simple d'appliquer la loi. Le législateur essaya d'abord, de prévenir l'avortement par une réglementation de la contraception : ce fut l'oeuvre des lois du 28 décembre 1967 et du 4 décembre 1974 sur la régulation des naissances, qui abrogèrent en partie les dispositions de la loi du 31 juillet 1920.

Quant à l'avortement proprement dit, le législateur français adopte une solution d'attente et de compromis entre les partisans du statu quo et ceux qui demandaient la dépénalisation de l'avortement, au nom de la liberté de la femme et de son droit à disposer de son corps (la libération sexuelle).

Sans supprimer la repression de l'avortement, le législateur français admit une réglementation plus permise de l'interruption de grossesse et suspendit pour cinq ans et dans certaines conditions l'application de l'article 317. les préoccupations natalistes restaient au

.../...

Mais un nombre croissant de médecins en Afrique franco-
phone sont en faveur d'une révision de la législation actuellement en
vigueur, qui interdit pratiquement l'avortement, législation imposée par
l'ancien colonisateur il y a plus de cinquante ans.

Lequel est le plus criminel : entre réprimer l'avorte-
ment et autoriser une mère de famille pauvre de treize enfants, abandon-
née enceinte par son mari, à obtenir un avortement dans des conditions
adéquates.

Certes, répondre à la question est chose difficile, mais
quoiqu'il en soit, réprimer l'avortement, c'est contribuer à la protec-
tion de l'enfant simplement conçu et par delà à la protection de la na-
talité.

1.- L'AVORTEMENT PROCURE

Les articles 317 du Code pénal français et 305 du Code pénal sénégalais incriminent l'avortement procuré par "aliments, breuvages, médicaments, manoeuvres, violences ou par tout autre moyen".

Autrement dit, les deux textes incriminent l'usage de n'importe quel procédé artificiel, substance ou manoeuvre, moyen mécanique ou chimique, dès lors qu'il tend à procurer l'avortement, que ce procédé soit mis en oeuvre par un tiers ou par la femme elle-même.

Malgré la généralité des termes, la chambre criminelle exige que les juges du fond précisent le moyen abortif incriminé.

(CRIM 6 DECEMBRE 1951, BULL. CRIM 1951 N° 330)

En réalité, la loi incrimine moins le procédé que la recherche du résultat ; c'est pourquoi les articles 317 du Code pénal français et 305 du Code pénal sénégalais punissent la tentative d'avortement. Et la jurisprudence en fait une application extensive remarquable. Elle rejette la notion de délit impossible et l'impunité tenant à l'efficacité des moyens employés. Pour la chambre criminelle, il y a tentative d'avortement, non seulement lorsque le résultat recherché n'est pas obtenu par suite d'une circonstance indépendante de la volonté de l'agent, mais aussi lorsque les moyens utilisés sont totalement impropres à l'obtenir.

(CRIM 9 NOVEMBRE 1928. D.F 1929.1.97)

L'avortement est un délit formel.

.../...

Alors que l'article 317 al 3 ne reprend pas expressément cette disposition, la Cour de cassation étend l'incrimination à la femme qui, se croyant enceinte, aurait elle-même tenté de se procurer l'avortement.

(CRIM 8 JUILLET 1943. D.C 1944.5)

L'article 305 du Code pénal sénégalais, ne vise pas de manière expresse, la femme supposée enceinte, mais seulement la femme enceinte. C'est là où se situe la démarcation entre le Code pénal français et le Code pénal sénégalais, mais rien n'empêche à nos tribunaux de l'étendre aux femmes supposées enceintes pour éviter les difficultés de preuve.

c) L'INTENTION COUPABLE

L'avortement constitue un délit intentionnel. L'intention coupable résulte de l'utilisation volontaire de certains procédés pour procurer un avortement. Elle est suffisamment caractérisée dès l'instant que l'agent a cru à la grossesse de la femme et à l'efficacité du moyen.

Le mobile qui le pousse à agir reste sans influence sur l'intention coupable, de même que le consentement de la femme, en cas d'avortement procuré ou tenté par un tiers. Solution logique, puisque les articles 317 du Code pénal français et 305 du Code pénal sénégalais, incriminent aussi l'avortement que la femme se procure ou tente de se procurer à elle-même.

.../...

de grossesse peut être demandée ne doit pas induire en erreur sur la portée réelle de la loi de 1975. Elle prend soin de rappeler que "la loi garantit le respect de tout être humain dès le commencement de la vie. Il ne saurait être porté atteinte à ce principe qu'en cas de nécessité et selon les conditions définies par la présente loi" (article 1er). Or les conditions définies par la loi apparaissent très strictes et confirment l'opinion que la repression des manoeuvres abortives demeure la règle, leur justification l'exception.

2.- L'INTERRUPTION DE GROSSESSE DOIT INTERVENIR AVANT LA FIN DE LA DIXIEME SEMAINE DE LA GROSSESSE Article L. 162-1

L'interruption de grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin, et seulement dans un établissement d'hospitalisation public ou privé, agréé conformément aux dispositions de l'article L. 176. En conséquence, n'est pas justifiée et tombe sous le coup des dispositions de l'article 317, l'interruption de grossesse pratiquée par toute autre personne qu'un médecin, y compris par la femme elle-même, avant la fin de la dixième semaine de la grossesse, et celle pratiquée par un médecin au-delà de la dixième semaine de la grossesse, sauf motif thérapeutique. Mais avant d'arriver à ce stade ultime, la femme qui demande l'interruption de sa grossesse est soumise à l'obligation de suivre une procédure destinée à la faire réfléchir sur la portée de son geste, et à l'inciter à renoncer à son projet.

La femme doit commencer par consulter un médecin librement choisi. Son rôle est de simple conseil, et il ne peut faire obstacle à la décision de la femme, s'il y est défavorable ; mais il doit l'informer "des risques médicaux qu'elle encourt pour elle-même et pour ses ma-

.../...

était justifié par l'état de nécessité, lorsqu'il se révélait indispensable pour sauver la vie de la mère. Légalement reconnu en 1939, l'avortement thérapeutique a été libéralisé par la loi du 17 janvier 1975, qui en a étendu le champ d'application.

L'interruption volontaire de grossesse pour motif thérapeutique peut être pratiquée dans deux cas : lorsque "la poursuite de la grossesse met en péril grave la santé de la femme, ou qu'il existe une forte probabilité que l'enfant à naître soit atteint d'une affection d'une particulière gravité reconnue incurable au moment du diagnostic".

L'appréciation de la nécessité d'une telle intervention appartient exclusivement au corps médical. L'interruption de grossesse est subordonnée à une attestation établissant que l'on se trouve dans l'un des deux cas prévus par la loi, et fournie, après examen et discussion par deux médecins, dont l'un inscrit sur une liste d'experts près la Cour de Cassation ou une Cour d'Appel.

L'interruption pour motif thérapeutique peut être pratiquée "à toute époque" de la grossesse, mais seulement par un médecin, dans un établissement d'hospitalisation public ou privé. La clause de conscience s'applique à l'interruption de grossesse pour motif thérapeutique.

C.- La Repression

Hormis les cas dans lesquels la loi autorise les médecins à pratiquer des interruptions volontaires de grossesse, l'avortement reste toujours punissable.

d'une amende de 3600 à 36000 f en France et 100.000 à 500.000 f au Sénégal, ou de l'une de ces peines seulement

Article 317 al 5 du C.P.F et 305 du C.P.S al 5 et 6

3°) AGGRAVATION TENANT A L'HABITUDE

Les peines sont aggravées "si le coupable s'est livré habituellement" aux actes incriminés : il est puni d'un emprisonnement de cinq à dix ans et, d'une amende de 18.000 à 72.000 f en France et 50.000 à 500.000 f au Sénégal.

(Article 317 al 2 du C.P.F et 305 al 2 du C.P.S)

La sévérité de la loi à l'encontre de ceux qui font profession d'avorteur est accentuée par l'appréciation de la chambre criminelle qui estime que deux faits d'avortement suffisent à caractériser l'habitude.

(CRIM 24 MARS 1944, D.A 1944.75)

L'article 305 du C.P.S. poursuit, qu'il ne pourra être prononcé le sursis à l'exécution de la peine lorsque le coupable sera l'une des personnes énoncées à l'alinéa 4

Il faut noter qu'en France, la peine d'Interdiction de séjour, maintenue à titre facultatif dans certains cas par l'article 317 al 6, a totalement disparu par suite de l'abrogation de ce texte par la loi du 11 juillet 1975

.../...

commun des articles 59 et 60 du C.P.F ; 45 et 46 du C.P.S : indication de moyens ou de procédés abortifs, fourniture de locaux, d'adresses etc. Si les actes de complicité ne semblent pas suffisamment caractérisés, il est possible de les poursuivre pour incitation à l'avortement, tels de simples conseils donnés à une femme enceinte.

CRIM 15 JANVIER 1954. D 1954. 128

Comme la peine dépend de la qualité de l'auteur principal du délit, les juges doivent clairement préciser de qui le prévenu est complice.

CRIM 20 NOVEMBRE 1957. BULL 1957 n° 752

Ainsi, celui qui accepte que l'avortement soit pratiqué sous son toit, sera complice de l'avorteur.

CRIM 12 DECEMBRE 1956. BULL 1956 n° 380

Tandis que celui qui sert d'intermédiaire à la femme, ou lui fournit une adresse, sera complice de la femme.

CRIM 29 NOVEMBRE 1946. GAZETTE DU PALAIS 1947.1.25

S'il y a complicité à la fois de la femme et de l'avorteur, il faut retenir la complicité de ce dernier punie sévèrement.

CRIM 5 JUIN 1947. J.C.P 1947.II.3930

C'est un pas vers une bonne éducation sexuelle qui pourra au moins influencer sur la recrudescence des avortements, infanticides. Mieux vaut prévenir que guérir.

Mais aujourd'hui, en France, la loi sur la régulation des naissances pose un véritable problème démographique, et les autorités inquiètes d'un lendemain désastreux, favorisent les couples qui produisent au-delà de deux enfants, en leur accordant des indemnités. Ce même problème pourra, avec la libéralisation de la publicité anticonceptionnelle favorisant l'entrée en vigueur du planing familial, demain se poser dans notre pays (Sénégal) qui est encore dans l'état de sous-développement et a besoin de bras.

A.- L'incitation à l'avortement

a) LA PROVOCATION DIRECTE A L'AVORTEMENT

Elle est visée par l'article L. 647 al 1 qui, dans sa rédaction actuelle (loi du 17 janvier 1975) punit "ceux qui, par un moyen quelconque, auront provoqué l'interruption de grossesse, même licite, alors même que cette provocation n'aurait pas été suivie d'effet". Devant les termes très généraux utilisés par le législateur français, on doit admettre que le texte incrimine aujourd'hui n'importe quelle provocation, réalisée sous les formes les plus diverses, qu'elle s'adresse au public, ou à une personne déterminée. Cette dernière solution déjà admise en jurisprudence, demeurerait fort critiquée

CRIM 28 AVRIL 1944, D.A 1944.107

.../...

6) LA VENTE OU LA DISTRIBUTION DES SUBSTANCES ABORTIVES

L'article L. 645 du code français de la santé publique "interdit à toutes personnes d'exposer, d'offrir, de faire offrir, de vendre, de mettre en vente, de faire vendre, de distribuer, de faire distribuer de quelque manière que ce soit, les remèdes et substances, sondes intra-utérines et autres objets analogues, susceptibles de provoquer ou de favoriser l'avortement".

L'incrimination apparaît très large, tant, la notion "d'objet" est susceptible d'une interprétation extensive, c'est ainsi que la remise d'une ordonnance médicale contenant l'indication de remèdes destinés à favoriser l'avortement constitue une "distribution d'objet" au sens de ce texte

CRIM 26 JUILLET 1955, BULL 1955 n° 364

Au surplus la Cour de Cassation estime qu'un fait isolé de remise suffit à constituer une "distribution"

CRIM 13 JANVIER 1954. D.1954.28

Toute infraction à ces dispositions est punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de 1.800 à 18.000 francs, en outre la confiscation des substances, instruments et objets saisis sera obligatoirement prononcée, de même, mais à titre facultatif la suspension temporaire ou l'incapacité d'exercer la profession à l'occasion de laquelle le délit aura été commis (article L. 646. C.S.P).

.../...

Section 2.- Cas de la mère enceinte devant subir une
condamnation à mort

L'article 27 du Code pénal français prévoit le cas où une femme condamnée à mort se trouve enceinte : "si une femme condamnée à mort, se déclare enceinte, elle ne subira sa peine qu'après délivrance". L'origine de cette disposition remonte aux lois Romaines. Sans doute invoquait-on la maxime "NON DEBET CALAMITAS MATRIS EI NOCERE CUI IN VENTRE EST". On la retrouve dans l'ordonnance de 1770, à l'article 13 du titre 25. L'ordonnance prescrivait la vérification même dans le cas où la femme condamnée n'avait fait aucune déclaration, si elle paraissait enceinte.

Au Sénégal, ce cas est réglementé par l'article 16 du Code pénal qui dispose "Si une femme condamnée à mort se déclare et s'il est vérifié qu'elle est enceinte, elle ne subira la peine qu'après délivrance".

A la lecture de cette disposition, on peut dire que la vérification n'a lieu qu'après déclaration de sa grossesse. Il faut que la femme se déclare enceinte.

A mon avis, le législateur sénégalais devait exiger la vérification sans la déclaration de la femme, ce qui ne ferait que renforcer la protection de l'enfant simplement conçu.

Section 3.- L'infanticide

Les articles 300 du Code pénal français, 285 du Code pénal sénégalais, définissent l'infanticide comme étant le meur-

réclusion criminelle de dix à vingt ans, cependant que toute autre personne, auteur principal ou complice, reste passible des peines de droit commun du meurtre ou de l'assassinat.

Cette protection de l'enfant conçu ne saurait être efficace, si elle n'était pas complétée par celle de la mère qui le porte dans son sein.

Le Gouvernement Français demanda au Parlement la modification de l'article 29 du livre premier du code du travail, en s'inspirant du projet adopté à Washington. C'est à la suite de ce projet que fut votée la loi du 4 Janvier 1928 qui proroge la durée de la suspension du travail pour la femme à l'occasion de ses couches de huit à douze semaines consécutives. Cette loi institue enfin une période complémentaire de repos de trois semaines en cas de prolongation d'absence due sans conteste à la grossesse ou aux couches.

Le législateur sénégalais, inspiré par son homologue français, a minutieusement réglementé la situation de la mère salariée ou non salariée mais mariée à un salarié, pendant, avant et après ses couches.

S E C T I O N 1

- LA SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL -

Ce sont les articles 138 et 139 du code du travail sénégalais qui prévoient cette suspension.

Toute femme enceinte dont l'état a été constaté médicalement, ou dont la grossesse est apparente peut quitter le travail sans préavis et, sans avoir de ce fait à payer une indemnité de rupture de contrat.

A l'occasion de son accouchement et sans que cette interruption de service puisse être considérée comme une cause de rupture du contrat, toute femme a le droit de suspendre son travail pendant quatorze semaines consécutives, dont huit semaines postérieurement à la délivrance.

C'est un droit étroitement lié à l'existence d'un contrat de travail. Les allocations prénatales sont accordées à toute femme conjointe d'un travailleur salarié, à toute femme salariée non mariée, et à toute femme salariée dont le mari n'exerce aucune activité professionnelle rémunérée. En principe, elles sont dues depuis la grossesse jusqu'à l'accouchement.

B. CONDITIONS D'ATTRIBUTION --

La grossesse doit être déclarée dans les trois mois au moyen d'un certificat médical, pour que les allocations soient dues pour les neuf mois de grossesse.

Au-delà de trois mois, elles ne seront dues que depuis le jour de la déclaration jusqu'au jour de l'accouchement. La femme enceinte est tenue de subir trois examens médicaux. Toute visite médicale non subie fait perdre le bénéfice de la fraction correspondante.

Les allocations sont versées en trois fractions : une première de deux mensualités avant le troisième mois de grossesse ; une deuxième de quatre mensualités vers le sixième mois ; la dernière en trois mensualités vers le huitième mois.

Si la grossesse est interrompue avant le premier examen médical, aucune allocation ne sera allouée ; après le premier examen, les allocations seront dues en fonction du nombre réel de mois de grossesse.

Le versement des allocations prénatales peut être exclu même si les trois examens sont subis dans un cas particulier : lorsque le médecin atteste sur le carnet de grossesse que les prescriptions pour la protection de la mère et de l'enfant n'ont pas été respectées.

Section 4.- Le congé de maternité et les soins gratuits

L'article 138 du Code du travail pose le principe du congé de maternité en ces termes :

" A l'occasion de son accouchement et sans que cette interruption de service puisse être considérée comme une cause de rupture du contrat de travail, toute femme a le droit de suspendre son travail pendant quatorze semaines consécutives, dont huit semaines postérieures à la délivrance".

Avant la modification intervenue en 1980, la femme, pendant cette période de suspension du contrat de travail pour raison de maternité, percevait 50 % de son salaire, ce qui ne lui permettait pas d'assurer sa subsistance et les soins nécessités par son état. A la suite d'une pression/^{fort}ressentie des femmes juristes et du Secrétaire d'Etat à la condition féminine, le législateur sénégalais a modifié cette disposition, en accordant à la femme salariée, le paiement de l'intégralité de son salaire pendant la période du congé de maternité.

La femme enceinte a droit à un régime spécial médical d'assistance en vue d'assurer les soins nécessités par son état.

Il faut, avant de terminer ce chapitre concernant la protection de la mère en état de grossesse, souligner que le législateur sénégalais s'est soucié de la cohésion familiale en édictant des sanctions pour certains manquements et faits graves dans la vie familiale. Il punit d'une peine d'emprisonnement, le mari qui, sans motif

.../...

CONCLUSION

Il faut souligner le mérite du législateur sénégalais à l'instar de ses homologues étrangers, français particulièrement, d'avoir par des dispositions expresses, permis à l'enfant simplement conçu d'acquiescer des droits, d'être protégé dans sa vie en réprimant toutes les infractions tendant à l'empêcher de jouir de la vie sauf cas de nécessité.

Ce mérite se manifeste aussi dans le fait pour le législateur sénégalais, d'interdire certains travaux durs aux femmes enceintes salariées, de reconnaître à la future mère, la possibilité de suspendre son travail sans crainte d'une rupture, de bénéficier suivant qu'elle soit salariée ou mariée à un salarié, d'un congé de maternité ; d'allocations prénatales ; d'allocations de maternité.

En dehors de ce mérite, des lacunes ont été observées dans certains domaines, le législateur sénégalais garde le silence, alors qu'il pouvait légiférer ou préciser purement et simplement. En ce qui concerne la représentation de l'enfant conçu, le législateur sénégalais ne dit mot. De même, au niveau de la repression de l'avortement, le législateur sénégalais parle de la femme enceinte et non supposée enceinte. Une telle situation pouvant créer des difficultés de preuve, il lui appartenait de préciser

Au niveau de la protection de la mère, des insuffisances sont à noter : pour le repos d'allaitement, certes la mère enceinte salariée y a droit, mais dans la pratique, on constate que beaucoup d'entreprises sont dépourvues d'installation en con-

BIBLIOGRAPHIES

SEBAC (Louis)

Condition juridique des personnes physiques
et des personnes morales avant leur naissance

MAZEAUD : Droit Civil T 2

Personnes et la Personnalité 1976

Code civil français

Code de la famille du Sénégal

Code pénal français

Code pénal sénégalais

Code du travail et de la Sécurité sociale du
Sénégal

MICHEL VERON : Droit pénal spécial 1976

Le Droit au service de la justice (Amicale
des juristes sénégalais)

Soleil du 26 décembre 1980