

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1984-1985

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Etude critique de l'émancipation de la femme sénégalaise par le code de la famille

Mémoire présenté par

AMADY BA

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION ET DE MAGISTRATURE

ETUDE CRITIQUE
DE L'EMANCIPATION DE LA FEMME SENEGALAISE
PAR LE CODE DE LA FAMILLE

MEMOIRE

présenté par

Amady BA

3° ANNEE DIVISION JUDICIAIRE :



ANNEE 1984-1985

A mes regrettés disparus,
A ma mère,
A mon oncle,
A tous mes camarades de Promotion et
A tous ceux qui me sont chers,

Je dédie ce modeste travail qui se veut
l'expression de plusieurs années d'efforts scolaires.

Hommage très respectueux et sincère expression
de mes sentiments de vive reconnaissance à tous
ceux qui ont contribué, de près ou de loin, à la
réalisation et à la confection de ce mémoire.

AVANT - PROPOS

La femme africaine, pendant les époques précoloniale et coloniale et jusqu'à une période récente de notre droit de la famille, a invariablement connu un statut nettement inférieur à celui de l'homme.

Cependant, avec l'ère des Indépendances, nos Etats africains, confrontés aux impératifs de la modernité et du développement, ont essayé de se doter d'un droit interne propre et approprié.

La femme sénégalaise, vue à travers la dynamique de son statut, illustre de façon éclatante cette évolution.

De la femme, objet de droit dans la vieille tradition, elle est devenue, de nos jours, avec l'avènement de la loi 72-61 du 12 juin 1972, portant code de la famille, la femme, sujet de droit.

Avec ce code, demeuré encore un thème de prédilection à cause de l'ordonnancement juridique traditionnel qu'il a bouleversé, la femme est émancipée par rapport au droit antérieur par les multiples droits qui lui sont reconnus.

Cependant si le voeu du législateur sénégalais a été de faire d'elle un sujet pleinement émancipé et indépendant, force nous est de constater que l'intention du législateur n'a pas totalement atteint son but avec le maintien dans le code de certaines institutions "a priori" limitantes pour l'épanouissement de la femme.

Nous allons nous apesantir sur cette double idée en démontrant d'abord que le nouveau code a essayé d'émanciper la femme par rapport au droit antérieur (I) mais ensuite, qu'à la lecture critique de certaines dispositions, cette émancipation n'est pas totale, des limites qui marquent l'emprise de la conception traditionnelle de la famille y étant apportées.

Nous nous efforcerons de "lege ferenda" de préconiser des solutions pour réduire certaines inégalités (II).

S O M M A I R E

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

Les 3 phases de l'évolution du droit sénégalais de la
famille et de la situation juridique de la femme :

- * L'EPOQUE PRECOLONIALE : ou le statut inférieur
 - * L'enfance de la femme
 - * Le mariage
 - * Le divorce
 - * La succession

- * L'EPOQUE COLONIALE : ou les tentatives de modification
 - * Le decret Mandel : 1939
 - * Le decret Jacquinot : 1951

- * L'EPOQUE DES INDEPENDANCES : ou la position du problème

*
* * *
*

II/ - P L A N
=====

1 ERE PARTIE : L E S M A N I F E S T A T I O N S
===== DE L'EMANCIPATION DE LA FEMME
D A N S L E C O D E D E L A F A M I L L E

L'EMANCIPATION DE LA FUTURE
! CHAPITRE I : EPOUSE DANS SES RAPPORTS AVEC !
! SA FAMILLE D'ORIGINE !

SECTION I : LA LIBERTE DONNEE A LA FUTURE EPOUSE POUR CONSENTIR
AU MARIAGE ET CHOISIR SON CONJOINT :

§ 1 : L'EXIGENCE D'UN AGE MINIMUM POUR POUVOIR
CONTRACTER EN TOUTE LIBERTE :

I/ - LES SOLUTIONS DU CODE DE LA FAMILLE :

II/ - LES JUSTIFICATIONS ET LES MODALITES D'APPLICATION :

§ 2 : LE CONSENTEMENT DE L'EPOUSE CONDITION
DE VALIDITE DU MARIAGE :

I/ - EXIGENCE DU CONSENTEMENT A L'OCCASION DES FIANCAILLES

II/ - EXIGENCE DU CONSENTEMENT AU MOMENT DU MARIAGE :

SECTION II : LA DOT : "AFFAIRE DES EPOUX" :

§ 1 : ROLES INITIAUX DE LA DOT :

§ 2 : LA LIBERTE DE DECISION DONNEE PAR LA LOI AUX EPOUX :

I/ - LE CARACTERE FACULTATIF DE LA DOT :

II/ - LA DOT, PROPRIETE EXCLUSIVE DE L'EPOUSE :

L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE DANS
CHAPITRE II : SES RAPPORTS AVEC L'EPOUX AU
 SEIN DE LA FAMILLE CONJUGALE

SECTION I : L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE AU STADE DE LA
 CREATION DE LA FAMILLE CONJUGALE :

- § 1 : L'EGALITE ENTRE EPOUX RESULTANT DE L'OPTION QUE LEUR
 DONNE LE LEGISLATEUR POUR LE CHOIX DU STATUT DU MENAGE :
- § 2 : LES SANCTIONS A LA VIOLATION DE L'ENGAGEMENT
 DE MONOGAMIE OU DE POLYGAMIE LIMITEE :

SECTION II : L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE DURANT LA VIE DU MENAGE :

§ 1 : DANS LES RAPPORTS EXTRAPATRIMONIAUX :

I/ - EGALISATION DANS LES OBLIGATIONS
 PERSONNELLES ENTRE EPOUX :

- A/ - L'OBLIGATION DE SECOURS ET D'ASSISTANCE
 B/ - L'OBLIGATION DE FIDELITE
 C/ - L'OBLIGATION DE COHABITATION

II/ - EGALISATION DANS LES SANCTIONS INFLIGES AUX
 EPOUX EN CAS DE MANQUEMENT A CES OBLIGATIONS
 PERSONNELLES :

- A/ - LES SANCTIONS A L'OBLIGATION DE SECOURS ET
 D'ASSISTANCE ET A L'OBLIGATION DE FIDELITE :
 B/ - LA SANCTION DE L'ABANDON DE DOMICILE :

§ 2 : DANS LES RAPPORTS PATRIMONIAUX :

I/ - LES REGLES DU REGIME PRIMAIRE :

A/ - EN PERIODE NORMALE :

- a/ - Le plein exercice de la capacité civile
 et l'exercice d'une profession :
 b/ - La contribution des époux aux charges
 de ménage :

c/ - Les contrats entre époux et le compte en banque :

B/ - EN PERIODE DE CRISE :

a/ - L'intervention du juge en cas de conflit entre époux :

b/ L'intervention du juge dans le cas où l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté :

II/ - LES REGLES DU REGIME MATRIMONIAL CHOISI PAR LES EPOUX :

A/ - DANS LE REGIME DE LA SEPARATION DES BIENS :

B/ - DANS LE REGIME COMMUNAUTAIRE DE PARTICIPATION AUX MEUBLES ET ACQUETS :

SECTION III : L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE AU MOMENT OU APRES LE DEMEMBREMENT DU MARIAGE :

§ 1 : L'EMANCIPATION DE LA FEMME VEUVE OU LA LIBERTE RETROUVEE

I/ - LA SUPPRESSION DU LEVIRAT :

II/ - LA LIBERTE DE SE REMARIER :

S 2 : L'EMANCIPATION DE LA FEMME DIVORCEE OU L'EGALITE DANS LE DESACCORD :

I/ - LA SUPPRESSION DU DROIT DE REPUDIATION :

II/ - LE TRIOMPHE DU DIVORCE ET DE LA SEPARATION DE CORPS

A/ - LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL :

B/ - LE DIVORCE CONTENTIEUX :

C/ - LA SEPARATION DE CORPS :

LIMITES A L'EMANCIPATION DE LA FEMME
PAR LE CODE DE LA FAMILLE
ET SOLUTIONS PROPOSEES POUR REDUIRE
CERTAINES INEGALITES

2 EME PARTIE :

LES LIMITES A L'EMANCIPA-
TION DE LA FEMME PAR LE
CODE DE LA FAMILLE

CHAPITRE I :

SECTION I : LIMITES AU STADE DE LA CREATION DE LA FAMILLE CONJUGALE :

§ 1 : LE MAINTIEN DE LA POLYGAMIE COMME
REGIME DE DROIT COMMUN :

§ 2 : JUSTIFICATIONS ET APPRECIATIONS CRITIQUES :

I/ - JUSTIFICATIONS :

A/ - L'INFLUENCE DE L'ISLAM

B/ - L'INFLUENCE DES COUTUMES

II/ - APPRECIATIONS CRITIQUES :

SECTION II : LIMITES DURANT LA VIE DU MENAGE :

§ 1 : DANS LES RAPPORTS EXTRAPATRIMONIAUX :

I/ - L'AUTORITE MARITALE :

II/ - LA PUISSANCE PATERNELLE :

§ 2 : DANS LES RAPPORTS PATRIMONIAUX :

I/ - L'ADMINISTRATION PAR LE MARI DES BIENS DOTAUX :

II/ - LES SANCTIONS :

SECTION III : LIMITES APRES LE DEMEMBREMENT DU LIEN CONJUGAL :

I/ - L'INFERIORITE DE LA FEMME DANS LA DEVOLUTION
SUCCESSORALE EN DROIT MUSULMAN :

II/ - APPRECIATION CRITIQUE :

SOLUTION PROPOSEES POUR
CHAPITRE II : REDUIRE LES INEGALITES

SECTION I : LES REFORMES IMMEDIATES :

§ 1 : LA NECESSITE POUR LA FEMME D'EXERCER UNE
PROFESSION SANS OPPOSITION :

§ 2 : LA NECESSITE POUR LA FEMME D'ADMINISTRER
LES BIENS DOTAUX :

§ 3 : LA NECESSITE POUR LA FEMME D'EXERCER CONJOINTEMENT
AVEC LE MARI LA PUISSANCE PATERNELLE :

§ 4 : LA NECESSITE D'INFLIGER DES SANCTIONS CIVILES OU
PENALES AUX PARENTS ET A TOUTE PERSONNE QUI AURAIT
CELEBRE LE MARIAGE ALORS QUE LA FILLE N'AVAIT PAS
L'AGE REQUIS :

§ 5 : LA NECESSITE POUR LES AUTORITES DE MENER UNE VASTE
CAMPAGNE DE VULGARISATION ET DE DIFFUSION DU CODE
DE LA FAMILLE :

SECTION II : LES REFORMES FUTURES :

§ 1 : LA SUPPRESSION DE LA DOT :

§ 2 : LA SUPPRESSION DE LA POLYGAMIE :

*

* * *

*

III/ - C O N C L U S I O N G E N E R A L E

=====

*
* * *
*

IV/ - B I B L I O G R A P H I E

=====

I/ - INTRODUCTION

=====

La situation juridique de la femme en droit coutumier a toujours été liée à la structure de la société dans laquelle elle évolue.

Dans la période précoloniale, les individus sans distinction étaient régis par les coutumes qui se caractérisaient par leur diversité.

Dans ce système, les relations avec le monde extérieur au groupe ne pouvaient se faire que par l'intermédiaire du chef de la grande famille qui est le membre le plus ancien du groupe auquel toute la famille est soumise. Il représente le groupe dont il est le mandataire, ce qui explique sa présence dans toutes sortes de négociations politiques, économiques, juridiques et religieuses.

En effet, dans cette conception, la famille africaine est définie selon les termes de Mr Kouassigan comme une "communauté d'individus qui se réclament d'un ancêtre commun, unis les uns aux autres par les liens de parenté qui ne sont pas nécessairement fondés sur la consanguinité, pratiquant le même culte en observant les mêmes interdits qu'il comporte, soumis à l'autorité d'un chef qui est à la fois représentant du groupe et administrateur de son patrimoine commun".

Ce qui explique l'omnipotence du chef de famille sur chaque membre du groupe du sexe masculin et surtout féminin. La femme dans un tel système était reconnue par rapport à l'homme comme un être faible par nature. Cette concentration du pouvoir de direction, de décision et de protection reposait essentiellement sur le privilège de masculinité et d'ancienneté.

Sans remonter aux âges où le droit de vie ou de mort du père sur sa progéniture existait ou l'époque où le père de famille pouvait offrir en gage sa propre fille à son créancier, on peut dire que dans la quasi-totalité des multiples coutumes en vigueur au Sénégal, la femme dans les étapes capitales de sa vie (enfance, mariage, divorce, succession) était régie par ce principe constant de la suprématie de l'homme : le privilège de masculinité reste une dominante de notre droit de la famille.

Dès le jeune âge de la femme, nos sociétés, qu'elles soient toucouleur ou sérère, ont édicté des règles l'astreignant aux travaux les plus pénibles.

S'agissant du mariage, on s'est toujours passé de son consentement ; à la limite, une simple consultation valant information suffisait.

Le père de famille ou le tuteur matrimonial en la personne de l'oncle paternel, après consultation de pure forme du conseil de famille, accordait la main de sa fille en se fondant sur le critère d'honorabilité de la famille du prétendant. L'union était donc l'affaire des hommes et de leurs délégataires dont les seuls consentements créaient un lien matrimonial entre deux conjoints qui se connaissaient à peine.

Ainsi, il n'était pas rare de réserver en mariage une fille nouveau-née à un futur époux de droit. Et même dans certaines ethnies, on célébrait des mariages de jeunes filles qui n'avaient pas atteint l'âge de la puberté.

Dans ses rapports extrapatrimoniaux avec son conjoint, la femme mariée, dans la quasi-totalité de nos coutumes, est strictement soumise à une obligation de fidélité, d'obéissance et même de soumission.

Le mari, seul guide incontestable de la famille en a la direction tant matérielle que morale. De par son droit marital, il choisit la résidence conjugale et régit la conduite de la femme vis-à-vis des tiers. Même la responsabilité encourue par la femme, de son propre fait, relève de l'époux.

Quant aux enfants issus de l'union, le mari exerce de plein droit la puissance paternelle à laquelle seule l'éducation des jeunes filles échappe, au profit de la mère.

Dans leurs rapports patrimoniaux, il est un devoir impérieux pour le mari, d'entretenir la femme et les enfants, et de leur assurer le bien être matériel et moral dont ils ont besoin.

Ainsi la contribution aux charges du ménage et les devoirs de secours et d'assistance entre époux, tels que le conçoit le code civil français sont inconnus dans nos moeurs. Ils sont mal vus dans l'union traditionnelle à moins que par extrapolation, on assimile à de telles obliga-

tions la participation aux travaux ménagers et surtout agricoles, comme il est de coutume en milieu rural, notamment dans certaines ethnies du Sud du pays (Casamance) où les épouses, de par leur nombre dans le ménage polygamique, constituent une véritable main-d'oeuvre pour la riziculture.

Cependant, en ce qui concerne les effets du mariage sur les biens, la femme, en principe, peut posséder, acquérir et administrer ses propres biens dans toutes les coutumes en vigueur.

Le principe de la séparation des biens, justement confirmé par l'Islam est de vigueur.

Toutefois, le mari conserve en général, une certaine autorité tutélaire dans l'administration des biens de la femme, la quelle ne peut faire certains actes d'aliénation sans autorisation ou consultation de son époux.

Quand il s'agissait de divorcer, l'époux en toute liberté, pouvait le faire, ce qui n'était pas le cas de la femme. En effet, autant les préparatifs, cérémonies, rites et festivités du mariage dans nos habitudes sont longs et dispendieux, autant le divorce était instantané et facile, tout au moins pour le mari.

Le divorce traditionnel n'était pas à proprement parler contentieux ; une simple signification par personnes interposées des intentions du mari au tuteur matrimonial de la femme, pouvait suffire pour rompre l'union. Le mari pouvait unilatéralement mettre fin à l'union ou répudier sa femme pour les motifs les plus capricieux : une petite sortie sans autorisation, un ordre mal exécuté, un repas mal préparé étaient des motifs de "remerciement" sans autre forme de procès.

Ce tableau que nous présentons ci-dessus résume le droit familial avant la pénétration coloniale.

Cependant il ne pouvait se concevoir, se justifier et convenir qu'à une Afrique traditionnelle non encore ouverte au monde moderne.

Avec la colonisation, le législateur colonial tentera d'opérer un changement dans cet état de choses.

En droit privé, le colonisateur était parti d'un principe :

celui du maintien des institutions "indigènes" impliquant le refus d'annexer le système juridique traditionnel.

Cependant, malgré ce principe, par des mesures partielles, le législateur fit preuve d'une grande audace en modifiant certaines règles du mariage.

D'abord combattant le droit de contrainte au mariage, il disposait dans le décret Mandel du 15 juin 1939 : " sont nulles de plein droit sans que la partie qui se dirait lésée par le prononcé de la nullité puisse de ce fait réclamer une indemnité :

- toute convention matrimoniale concernant une fillette impubère quelle soit ou non accompagnée du consentement de la fille,
- toute convention matrimoniale concernant la fille pubère lorsque celle-ci refuse son consentement".

Ensuite poussant plus loin avec le décret Jacquinot du 14 septembre 1951, le colonisateur régla l'institution coutumière de la dot en habilitant les tribunaux de droit local à juger les litiges résultant des prétentions excessives du beau-père.

Mais il faut noter que ces deux dispositions, excellentes à tous points de vue, tombèrent en désuétude, faute de réceptivité dans les populations auxquelles elles étaient applicables.

Celles-ci les considéraient comme limitant le droit traditionnel du père de famille sur la personne de sa fille.

La situation juridique de la femme n'avait pas subi de ce fait un bouleversement dans ses manifestations les plus concrètes que nous avons notées dans la période précoloniale.

En y réfléchissant maintenant, on peut dire qu'il s'agissait du point de départ d'une autre évolution plus importante et plus actuelle résultant de la décolonisation qui allait entraîner un bouleversement total dans les structures du droit de la famille sénégalaise et par conséquent de la condition juridique de la femme.

Avec les Indépendances, les législateurs africains, convaincus de l'efficacité d'un droit uniforme, déployèrent une activité législative intense.

L'efficacité d'un droit uniforme allait de pair avec la nécessité d'élaborer des règles génératrices de valeurs nouvelles et provoquant une mutation de mentalité conforme à ce droit de développement que Mr Kouassigan définit comme "un ensemble de mesures législatives et réglementaires mises en oeuvre pour provoquer des changements socio-culturels favorables au développement".

Le législateur sénégalais s'inspirant de cet esprit et évitant l'expérience malheureuse de son homologue colonial (qui, sans transition a voulu opérer un changement brutal) se fixa un objectif : favoriser le développement par l'élaboration d'un droit nouveau et uniforme de la famille sans faire table rase de la tradition. Ce qui l'amena à voter la loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant code de la famille.

Tout en s'inspirant aussi de la déclaration du Ministre de la Justice qui disait, recommandant aux membres du comité chargé des travaux préparatoires pour l'élaboration du code "de se placer résolument dans une perspective d'avenir et de ne tenir aucun compte des habitudes archaïques ou incompatibles...", le législateur a évité de calquer entièrement le modèle occidental.

Comment a-t-il opéré la transformation des structures traditionnelles pour aboutir à l'émancipation de la femme par rapport au droit antérieur en édictant le code de la famille ?

Cette émancipation au vu des nouvelles dispositions, est-elle effective ?

Nous remarquons que visant l'émancipation de la femme par rapport au droit antérieur, le législateur, dans le code de la famille, a opéré un double changement :

1/ - il a édicté des règles nouvelles qui s'efforcent d'affranchir la femme sénégalaise, future épouse, de l'emprise de sa famille d'origine, en exigeant qu'elle consente personnellement au mariage et qu'elle établisse librement les modalités de son union avec son époux pour fonder la famille conjugale et,

2/ - il a établi au sein de la famille conjugale ainsi créée par le mariage, une égalité entre les conjoints en réglementant leurs droits et leurs devoirs réciproques.

Cependant, malgré l'effort déployé par le législateur à ces deux niveaux pour émanciper la femme, force nous est de relever que l'affranchissement de l'épouse et l'égalisation de ses rapports ne sont pas parfaits. Des limites qui marquent souvent la résistance des coutumes y sont apportées.

Ainsi, pour mieux appréhender la consistance et la portée réelle de cette étude critique, peut-être conviendra-t-il d'étudier, dans une première partie, le nouveau statut de la femme à travers les dispositions marquantes de la loi 72-61 du 12 juin 1972, pour ensuite, dans une deuxième partie, examiner les limites à cette émancipation.

Nous ferons, pour conclure, quelques propositions pour une émancipation effective.

*
* * *
*

LES MANIFESTATIONS DE
 (1 ERE PARTIE : L'EMANCIPATION DE LA FEMME)
 (-----
 DANS LE CODE DE LA FAMILLE)

CHAPITRE I : L'EMANCIPATION DE LA FUTURE EPOUSE
 DANS SES RAPPORTS
 AVEC SA FAMILLE D'ORIGINE

Pour promouvoir l'émancipation de l'épouse dans ses rapports avec sa famille d'origine, et la soustraire de toute contrainte familiale, le législateur sénégalais a fortement ébranlé l'autorité parentale à deux points de vue.

Il a tout d'abord permis aux époux de se déterminer librement en ce qui concerne le consentement au mariage et le choix du conjoint et il a ensuite donné aux futurs époux la faculté de faire ou de ne pas faire de la dot une condition de validité du mariage.

SECTION 1 : LA LIBERTE DONNEE A LA FUTURE EPOUSE POUR
 CONSENTIR AU MARIAGE ET CHOISIR SON CONJOINT :

Le législateur, contrairement au droit traditionnel, a réglementé l'âge nuptial et fait du consentement de la future épouse, une condition essentielle de la validité du mariage.

§ 1 : L'EXIGENCE D'UN AGE MINIMUM POUR POUVOIR CONTRACTER
 EN TOUTE LIBERTE :

Cette exigence n'était pas requise dans le droit traditionnel. Quant au droit colonial, il avait mis un terme à certains excès. Toutefois, il a fallu attendre l'apparition du code de la famille pour qu'une réglementation stricte soit édictée en cette matière.

I/ - LES SOLUTIONS DU CODE DE LA FAMILLE :

Dans le droit traditionnel, l'âge minimum pour contracter

mariage n'avait pas été fixé avec précision.

La plupart des coutumes autorisaient le mariage de la fille non pubère. Seules quelques unes influencées par le droit musulman, exigeaient la condition de la puberté et admettaient que le mariage fût conclu à la condition qu'il ne fût consommé qu'à la puberté ou que la jeune fille se révélât par son aspect physique apte à supporter une grossesse.

Après la circulaire du 7 mars 1937 et le décret Mandel du 15 juin 1939, le législateur sénégalais mit à profit l'échec du droit colonial pour mieux réussir sa tâche. Et ainsi l'article 111 du code de la famille fixe impérativement l'âge minimum pour contracter mariage à savoir : 20 ans pour l'homme et 16 ans pour la femme, sauf dispense accordée par le Président de la République.

II/ - JUSTIFICATIONS ET MODALITES D'APPLICATION :

A/ - JUSTIFICATIONS :

Les raisons qui motivent la position du législateur sénégalais sont à la fois d'ordre physiologique et social et d'ordre psychologique.

Les raisons physiologiques sont liées au souci de mettre la femme dans les meilleures conditions pour procréer.

Les raisons sociales concernent l'intérêt pour la jeune fille à marier de pouvoir poursuivre ses études assez longtemps avant son mariage.

Les raisons psychologiques sans doute les plus déterminantes sont commandées par la volonté du législateur sénégalais de soustraire la jeune fille à l'influence du chef de famille grâce à une maturité d'esprit suffisante pour consentir avec lucidité, personnellement et librement, au mariage. Cette maturité d'esprit doit lui permettre, en effet, de prendre conscience de l'importance de l'institution qu'est le mariage.

B/ - MODALITES D'APPLICATION :

Pour permettre une application stricte de la règle, le législateur sénégalais use de trois procédés :

- Il impose aux futurs époux d'apporter la preuve de leur âge par la production devant l'officier de l'état civil des actes de naissance les concernant.

- Il alourdit la procédure de dispense d'âge pour motifs gra-

ves en prescrivant que cette dispense ne peut être accordée que par le Chef de l'Etat.

- Il prévoit une sanction de nullité (article 41 alinéa 3) lorsqu'il est constaté qu'au moment de la célébration l'un des époux n'avait pas l'âge requis et ne bénéficiait pas de dispense. Cette nullité est constatable, quelle que soit la forme du mariage.

(Sur ce point d'ailleurs, le colloque de l'Amicale des Juristes sénégalais tenu à Dakar les 27 et 28 janvier 1983 va plus loin en proposant dans son rapport des sanctions civiles à l'encontre des parents et des personnes ayant célébré le mariage alors que l'un des époux n'avait pas l'âge requis.)

§ 2 : LE CONSENTEMENT DES EPOUX, CONDITION DE VALIDITE DU MARIAGE

Dans le droit traditionnel si le consentement de l'homme était quelquefois requis, il n'en était pas de même pour la femme. Le consentement du chef de famille donné avec ou sans consentement de la femme suffisait pour sceller l'union.

Par conséquent, seul était requis le consentement de la personne exerçant la puissance paternelle sur la jeune fille. Il a fallu attendre l'apparition du code de la famille, après les échecs successifs du décret Mandel et la loi sénégalaise du 23 juin 1961 pour que soit définitivement sonné le "glas du mariage forcé".

Le code de la famille fait du consentement une nécessité. Il doit être conscient, exempt de vices. Afin d'assurer la protection du consentement, le législateur sénégalais prévoit des sanctions lorsque le mariage est contracté en dépit des règles édictées.

Les sanctions sont la nullité absolue et la nullité relative. Selon le code de la famille, le consentement doit exister aussi bien au moment des fiançailles que lors de la célébration du mariage.

I/ - EXIGENCE DU CONSENTEMENT A L'OCCASION

DES FIANCAILLES :

Cette exigence s'explique par le fait que le législateur sénégalais fait des fiançailles une convention solennelle par laquelle un homme et une femme se promettent mutuellement le mariage (article 101) et toute convention, surtout solennelle, implique nécessairement existence du consentement des deux partenaires. Si nous nous référons à certaines cou-

coutumes sénégalaises notamment sérère, toucouleur, wolof, nous nous apercevons que le législateur sénégalais a conservé aux fiançailles l'importance qu'elles revêtent dans le droit traditionnel mais que contrairement à ce droit, il en fait uniquement l'affaire des époux, non des parents.

Dans les coutumes, les fiançailles étaient plutôt un accord mettant en cause deux familles. Il en résultait que le consentement des fiancés même majeurs, n'était requis que subsidiairement.

Dans le code de la famille, le législateur sénégalais apporte des innovations non seulement en définissant les fiançailles mais en les réglant. Dans le code de la famille, les fiançailles sont soumises à des conditions de fond et de forme. Elles engendrent des droits et des devoirs entre fiancés, ainsi que des réparations en cas de rupture abusive.

Nous remarquons ainsi que le législateur sénégalais réglemente minutieusement cette institution pour écarter toute intervention familiale. Il autorise en outre, chacun des futurs époux à rompre unilatéralement les fiançailles, cela dans le but de leur permettre de garder toute liberté du consentement jusqu'au "oui" final, au moment de la célébration du mariage.

II/ - EXIGENCE DU CONSENTEMENT AU MOMENT DU MARIAGE :

Cette exigence est garantie par l'abolition des pouvoirs du chef de famille dans le rituel, au profit de l'officier de l'état civil.

En effet dans le droit traditionnel le mariage était le plus souvent célébré par les chefs de famille assistés de quelques notables. Ce genre de rituel se concevait fort bien dans un système où seul le consentement du chef de famille est requis pour sceller l'union.

Le mariage était célébré selon la coutume et le législateur s'en accommodait. Toutefois, en ce qui concernait les ressortissants des quatre communes de plein exercice au Sénégal, un décret du 20 mai 1857 consacrait, sauf option expresse en faveur du droit civil français, la compétence exclusive des tribunaux coutumiers en cette matière : c'était le statut réservé. Dans le code de la famille, le législateur a conservé au mariage coutumier sa valeur légale que lui avait reconnue la loi du 23 juin 1961. Cette option, allant à l'encontre de l'orientation nouvelle de l'ordre juridique sénégalais s'explique certainement par une concession peut être provisoire à certaines autorités traditionnelles ou reli-

gieuses.

Ainsi l'article 114 du code de la famille dispose en effet "selon le choix des futurs époux, le mariage peut être célébré par l'officier de l'état civil ou constaté par lui ou par son délégué dans les conditions prévues par la loi".

En ce qui concerne le mariage coutumier, il est valable et ne peut être constaté que lorsque les futurs époux observent l'une des coutumes matrimoniales en usage au Sénégal, dont la liste est fixée par l'arrêté du 28 février 1961.

Toutefois, il faut noter que le législateur sénégalais protège le consentement des époux. La vérification du consentement est facilitée par la suppression du mariage par procuration, contrairement au code malien, car ce type de mariage peut restreindre ou masquer la volonté des époux.

Cette vérification s'impose à l'Officier d'état civil d'une manière impérative.

C'est ainsi que dans le système de la célébration du mariage par l'Officier de l'état civil, les époux sont tenus de lui remettre un certain nombre de pièces (actes de naissance, copies des actes accordant des dispenses, etc...) afin de procéder à la déclaration du mariage (article 113).

C'est à l'occasion de la remise de ces pièces que l'Officier de l'état civil leur pose un certain nombre de questions relatives à la dot, à l'option de monogamie ou limitation de polygamie et au type du régime matrimonial.

Les époux sont tenus de répondre personnellement à ces questions en dehors de toute contrainte familiale.

Dans le système de la constatation du mariage par l'Officier de l'état civil, c'est lors du dépôt des pièces que ce dernier procède à la vérification du consentement des époux (article 127) tandis que dans le système de la célébration du mariage, c'est lors de la célébration proprement dite que cette vérification a lieu.

Dans ce dernier système, les futurs époux sont tenus de se présenter personnellement devant l'Officier de l'état civil et de formuler solennellement leur consentement par le "oui".

La deuxième atteinte portée à l'autorité parentale est relative à la dot.

SECTION 2 : LA DOT "AFFAIRE DES EPOUX" :

La dot dans le droit traditionnel est considérée comme le régulateur matrimonial entre les familles.

Désignant un ensemble de prestations, elle apparaît ainsi comme le symbole de l'alliance des familles. C'est la raison pour laquelle elle n'avait qu'une valeur symbolique.

La dot peut revêtir des formes variées : dot en argent, en denrées ou encore en travail. Elle est en principe essentielle à la validité du mariage. La coutume du mariage dotal est une coutume très ancienne et fort répandue. Elle est prévue dans la Bible. Elle est aussi prévue par le Droit musulman où elle revient à la femme. Il convient alors d'étudier les rôles initiaux de la dot avant d'en examiner la portée dans le code de la famille.

§ 1 : ROLES INITIAUX DE LA DOT :

Initialement la dot jouait quatre rôles :

- 1/ - Elle constituait un gage remis par le mari aux beaux parents pour garantir qu'il traitera bien sa femme.
- 2/ - Elle valait compensation pour le groupe qui perd un de ses membres.
- 3/ - Elle était le symbole du consentement des familles.
- 4/ - Elle assurerait la filiation des enfants.

C'est ainsi qu'elle était essentiellement composée d'objet de fabrication artisanale du travail des futurs époux. Cependant, le développement urbain et le mercantilisme imposeront une autre conception de la dot. Elle devient alors un moyen de spéculation pour les parents, et "prix de vente" de la jeune fille.

Le père de famille accorde la main de sa fille au prétendant qui offre des cadeaux de grande valeur. La dot ainsi conçue était devenue l'une des institutions les plus critiquées car elle pouvait engendrer des conséquences néfastes en cas de crise dans le ménage des époux.

Les jeunes se déterminaient de plus en plus du mariage, devenu, à la longue, affaire de personnes riches et souvent assez âgées.

Les divorces se multipliaient pour cause de spéculation : l'épouse sous l'influence du chef de famille, n'hésitait pas à rompre

les liens du mariage au profit d'une autre liaison plus "rentable".

En dépit de ces faits devant lesquels son prédécesseur colonial a échoué, le législateur sénégalais a choisi de conserver l'institution de la dot et d'en faire l'affaire des époux.

§ 2 : LA LIBERTE DE DECISION DONNEE PAR LA LOI AUX EPOUX :

Dans le but d'écartier toute intervention familiale dans la détermination de la dot, le code de la famille l'a strictement réglé dans son article 132 en lui donnant un caractère facultatif et en en faisant une propriété exclusive de l'épouse.

I/ - LE CARACTERE FACULTATIF :

Selon l'article 132 du code de la famille, les futurs époux décideront librement de la condition de validité du mariage : une somme d'argent ou d'autres biens, à remettre en partie ou en totalité par le futur époux à la future épouse.

Désormais l'intervention des parents est abolie en ce qui concerne la dot. Ce sont les époux qui décident et libres à eux de se marier sans dot.

Par conséquent, la dot devient une condition de validité du mariage par l'effet de la volonté des époux.

C'est lors de l'établissement de l'acte de mariage que l'Officier de l'état civil demande aux époux s'ils entendent faire ou non de la dot une condition de validité du mariage. Dans l'affirmative, il fait préciser son montant, la part payable d'avance, le taux perçu par la femme au moment de la célébration.

La dot dans le code de la famille n'a donc effet sur le mariage que lorsque les époux ont librement décidé d'en faire une condition du mariage.

Lorsque selon la volonté des époux la dot est une condition de validité du mariage, le code de la famille en donne la pleine propriété à l'épouse.

II/ - LA DOT, PROPRIETE EXCLUSIVE DE L'EPOUSE :

Contrairement au droit traditionnel qui donnait aux parents de la fille la propriété de la dot, leur permettant ainsi de spéculer sur

la dot et d'agir sur le consentement de leur fille, le code de la famille fait d'elle une propriété exclusive de la femme.

Désormais, la femme a la libre disposition de la dot qui, par là même, perd son caractère de "prix de vente" de la femme au bénéfice de ses parents. Le code de la famille, du reste, dans ce domaine, est conforme au droit musulman.

Toutefois, le principe subit quelques atteintes dues au législateur qui limite le montant de la dot à 3000 francs et à 15 000 francs le montant des cadeaux et des frais pour les réjouissances (loi n° 67-04 du 24 février 1967). Cette même loi prévoit des sanctions aussi bien contre les époux que leurs familles en cas de manquement (amende de 500 000 francs et en cas de récidive, emprisonnement de 1 à 6 mois).

La question de la dot ainsi réglée, le législateur sénégalais a organisé la famille conjugale de manière à assurer une égalité de traitement entre les époux.

L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE
CHAPITRE II : DANS SES RAPPORTS AVEC L'EPOUX
 AU SEIN DE LA FAMILLE CONJUGALE

Dans le code de la famille, la nouvelle famille est conçue comme un groupement autonome formé par les époux et leurs enfants. Au sein de cette famille conjugale, le législateur sénégalais établit des rapports d'égalité entre époux sur trois points :

- Au stade de l'union conjugale, les époux sont libres de déterminer le statut du ménage en optant pour la monogamie ou pour la polygamie limitée.

- Par ailleurs, l'égalité durant la vie du ménage se manifeste par les pouvoirs reconnus également au mari et à la femme sur le plan des rapports personnels et patrimoniaux.

- Enfin, lors de la dissolution du mariage, l'égalité est assurée par la suppression de la répudiation et la pratique, en cas de décès du mari, d'"affectation" de la veuve à l'un des héritiers dudit mari.

SECTION I : L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE AU STADE DE LA

CREATION DE LA FAMILLE CONJUGALE :

Si le législateur n'a pas attaqué de façon radicale l'institution de la polygamie, défavorable à la femme, il a toutefois donné à celle-ci la possibilité de l'écarter en lui octroyant la même liberté que le mari pour déterminer le statut du ménage. En effet, en mettant à la portée de la femme la possibilité d'exiger du mari d'opter pour la monogamie, le législateur la libère de son statut coutumier et la place sur un même pied avec son époux.

§ 1 : L'EGALITE ENTRE EPOUX RESULTANT DE L'OPTION QUE LEUR
 DONNE LE LEGISLATEUR POUR LE CHOIX DU STATUT DU MENAGE :

Appréhendant l'échec que susciterait la suppression brutale par voie législative de l'institution de la polygamie, le législateur sénégalais a préféré suggérer aux époux d'y renoncer en mettant d'abord à leur disposition l'option de monogamie qui n'est point une innovation par le fait que le Droit musulman laisse à la femme la possibilité d'exiger

l'engagement de monogamie.

Déjà le décret Jacquinot dans son article 5 prescrivait que "tout citoyen ayant observé son statut personnel peut au moment de contracter mariage, faire inscrire par l'Officier de l'état civil sur l'acte de mariage, sa déclaration de ne prendre une autre épouse aussi longtemps que le mariage qu'il contracte ne sera pas régulièrement dissous". L'article 134 du code de la famille donne aussi la possibilité aux époux non seulement dès le départ d'opter pour la monogamie, mais d'y revenir si au départ le ménage était polygame. Par contre, l'option de limitation de polygamie est un régime transitoire entre la monogamie et la polygamie. L'existence d'un précédent mariage n'est pas un empêchement à une telle option, sauf si le futur époux a déjà un nombre égal à quatre épouses ou s'il s'est déjà marié en optant pour le régime monogamique lors de ce premier mariage.

L'option de limitation de polygamie est irrévocable dans le sens d'une augmentation du nombre d'épouses et non dans celui d'une restriction.

§ 2 : LES SANCTIONS A LA VIOLATION DE L'ENGAGEMENT DE MONOGAMIE OU DE LIMITATION DE POLYGAMIE :

En cas de violation, le code de la famille prévoit dans son article 141, la nullité absolue de l'union.

On peut reprocher au législateur de n'avoir pas précisé de quelle union il s'agit. On peut penser qu'il s'agit plutôt de la nouvelle union contractée compte tenu de la situation grave qu'entraînerait l'annulation des deux unions lorsque les époux ont opté pour la polygamie et ^{aux} 3 unions lorsqu'ils ont opté pour la limitation de polygamie".

Il aurait fallu, pour éviter plus sûrement les violations de l'engagement, prévoir peut-être, en plus de la sanction civile de nullité absolue, une sanction pénale d'amende ou d'emprisonnement contre l'époux de mauvaise foi.

SECTION II : L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE DURANT LA VIE DU MENAGE :

Dans les rapports extrapatrimoniaux ou patrimoniaux, le législateur établit l'égalité entre époux dans les conditions suivantes :

§ 1 : LES RAPPORTS EXTRAPATRIMONIAUX :

La vie conjugale, telle qu'elle est conçue dans le code de la famille repose sur des droits et des devoirs réciproques de secours, d'assistance, de fidélité et de cohabitation.

I/ - EGALISATION DANS LES OBLIGATIONS PERSONNELLES
ENTRE EPOUX :

A/ - L'OBLIGATION DE SECOURS ET D'ASSISTANCE :

Le devoir de secours est une obligation matérielle qui s'impose à l'un des époux à l'égard de l'autre qui est dans le besoin. C'est une application de l'obligation alimentaire du fait qu'elle revêt un aspect pécuniaire. Elle oblige par là le conjoint qui a plus de moyens d'entretenir l'autre qui est dans le besoin.

Le devoir d'assistance a trait aux soins personnels, au réconfort que les conjoints doivent se prodiguer mutuellement en cas de besoin, de maladie, etc...

L'assistance se traduit pour l'époux en une obligation de faire, obligeant le conjoint à soigner, à ne pas abandonner l'autre. Elle implique une communauté de vie.

B/ - L'OBLIGATION DE FIDELITE :

Le devoir de fidélité tel qu'il est conçu dans le droit français (article 212 code civil) et repris par l'article 150 du code de la famille n'a de sens en ce qui concerne le mari, que dans le cadre du mariage monogamique. A moins de penser qu'il y a infidélité, dans le cas du mariage polygamique sans option de limitation, lors d'un cinquième mariage ou en cas de pratiques extra-conjugales en dehors des femmes légitimes. En ce qui concerne le mariage polygamique limité, il y aurait infidélité en cas de dépassement du nombre d'épouses autorisées ou de pratiques extra-conjugales en dehors des épouses comprises dans ce nombre.

C/ - L'OBLIGATION DE COHABITATION :

La loi exige la cohabitation des époux afin de raffermir leur solidarité par une communauté de vie assurée reposant sur le respect et l'affection réciproque.

La loi bannit ainsi les pratiques coutumières qui consistaient pour la femme à habiter avec sa famille d'origine ou celle du mari

après le mariage. Le mari est tenu de recevoir la femme à son domicile.

L'obligation de cohabitation se comprend non seulement comme l'obligation de mener une vie commune mais encore comme celle d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint.

En outre, dans le mariage polygamique, chaque époux peut prétendre à une résidence propre dans le cas où l'une d'elle en bénéficie en vertu de l'article 149 alinéa 2 du code de la famille qui dispose "qu'en cas de polygamie, chaque épouse peut prétendre à l'égalité de traitement par rapport aux autres".

II/ - EGALISATION DANS LES SANCTIONS INFLIGÉES AUX
EPOUX EN CAS DE MANQUEMENT A CES OBLIGATIONS
PERSONNELLES :

A/ - LES SANCTIONS DE L'OBLIGATION DE SECOURS
ET D'ASSISTANCE ET DE L'OBLIGATION DE FIDÉLITÉ :

Les devoirs de secours, d'assistance et de fidélité sont sanctionnés dans le code par le divorce ou la séparation de corps. Leur violation constitue en effet une injure grave pouvant entraîner une condamnation à des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi pour l'époux qui a obtenu gain de cause.

L'adultère est cause de divorce et de séparation de corps. Sur le plan pénal, on observait antérieurement une inégalité en ce qui concerne la sanction de l'adultère : l'adultère de la femme était puni dans tous les cas, tandis que celui du mari était puni seulement dans le cas où il entretient une concubine au domicile conjugal.

Alors que l'adultère de la femme était puni d'emprisonnement et d'amende, celui du mari n'entraînait qu'une amende.

Enfin le complice de la femme encourrait une sanction alors que celui du mari n'était pas puni.

Aujourd'hui l'article 329 du code pénal supprime ces inégalités en soumettant les époux aux mêmes sanctions (amende de 20 000 à 100 000 francs).

B/ - LA SANCTION DE L'ABANDON DE DOMICILE :

La violation de l'obligation de cohabiter est sanctionnée par la possibilité pour le conjoint non coupable de demander le divorce

ou la séparation de corps pour injure grave et de réclamer du conjoint fautif l'exécution du devoir de secours et d'assistance. On peut déplore que le code sénégalais de la famille n'ait pas prévu à l'instar des droits français et ivoirien, la possibilité pour le conjoint de requérir la force publique pour contraindre l'autre à le rejoindre ou à le recevoir au domicile conjugal.

§ 2 : LES RAPPORTS PATRIMONIAUX :

Avant d'examiner le fonctionnement des différents régimes matrimoniaux, il nous faut étudier les différentes règles applicables dans tout régime aussi bien pour le mari que pour la femme.

I/ - LES REGLES DU REGIME PRIMAIRE :

Elles sont applicables par le seul effet du mariage. Il faut distinguer les règles applicables en période normale et celles applicables en période de crise.

A/ - EN PERIODE NORMALE :

Ici il n'y a aucune difficulté patrimoniale entre les époux. Ces règles sont relatives au plein exercice de la capacité civile, à l'exercice d'une profession par la femme, à la contribution aux charges du ménage, aux contrats entre époux et au compte en banque de la femme mariée.

a/ - Le plein exercice de la capacité et l'exercice d'une profession :

Ces deux prérogatives essentielles reconnues à la femme marquent une rupture avec le droit antérieur et aboutissent à une conséquence directe, à savoir l'existence des biens réservés.

En donnant à la femme la pleine capacité civile, l'article 371 du code de la famille lui reconnaît l'aptitude à apparaître sur la scène juridique, c'est-à-dire à passer les actes juridiques par elle-même sans assistance et lui reconnaît les mêmes pouvoirs que le mari pour administrer, gérer et disposer de ses biens.

Cette attitude du législateur sénégalais constitue une grande innovation dans la mesure où la femme a été toujours considérée comme une personne frappée d'incapacité, méritant d'être protégée parce que faible par nature.

C'est dans cette même optique que le législateur sénégalais

a accordé à la femme la liberté de choisir et d'exercer une profession. Selon l'article 154 du code de la famille, la femme peut exercer une profession même séparée de celle de son mari.

En l'absence d'une opposition valable, la femme exerçant la profession acquiert des biens appelés "biens réservés". Ce sont les biens provenant de son activité professionnelle et qui sont réservés à la libre jouissance et à la libre disposition de la femme.

Ces biens comprennent quant à leur étendue, non seulement les gains professionnels (salaire, commission, etc...), mais aussi les économies réalisées à partir de ces gains et aussi des biens acquis grâce à ces gains et à ces économies. Sur tous ces biens et quel que soit le régime matrimonial, la femme a le même pouvoir qu'elle aurait sur ses biens personnels dans un régime de séparation de biens. Toutefois, ces biens peuvent répondre des dettes contractées pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants, même si la dette avait été contractée par le mari ; ceci en vertu de la solidarité des dettes ménagères prévues par le code.

b/ - La contribution aux charges du ménage

L'article 375 du code de la famille pose le principe de la contribution aux charges du ménage.

Par charges du ménage, il faut entendre les dépenses courantes de nourriture, d'habillement, de soins médicaux, de frais scolaires, de loisirs familiaux et d'entretien de la maison.

L'alinéa 2 de l'article 375 dispose que "l'obligation de contribution aux charges du ménage pèse à titre principal sur le mari qui doit fournir selon ses qualités à la femme, ce qui est nécessaire pour faire vivre le ménage.

On peut déplorer que le code n'ait pas précisé de quelle façon doit s'effectuer la contribution de la femme en disposant par exemple qu'elle est tenue de son côté de s'acquitter de sa contribution selon ses facultés par des prélèvements sur ses ressources personnelles ou par ses apports en travaux ménagers au sein du foyer lorsqu'elle ne possède pas de ressources personnelles.

La jurisprudence sénégalaise a décidé à juste titre que si la femme est sans ressources, le mari doit lui fournir tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie compte tenu des facultés et de l'état de la femme : Justice de paix de Dakar : 26 juin 1975 RCSP Tome 2, page 226. Cepen-

dant cette décision ajoute quelque chose qui paraît moins fondée. Elle ajoute que les époux contribuent aux charges du ménage en proportion de leurs facultés respectives. Ce qui contredit évidemment l'article 372, alinéa 2.

Le code pose en outre, le principe de la solidarité des dettes contractées pour l'entretien du ménage. Ce qui permet aux créanciers de s'adresser indifféremment à l'un ou l'autre des époux pour exiger d'eux le paiement de l'intégralité de la dette contractée pour ses besoins domestiques.

Toutefois, cette solidarité peut disparaître lorsque l'exagération des dépenses est manifeste par rapport au train de vie du ménage ou pour les dettes qui seraient contractées avec un tiers de mauvaise foi.

En cas de manquement à l'obligation de contribution d'un époux, le juge peut prescrire toutes les mesures urgentes que requiert l'intérêt de la famille.

c/ - Les contrats et le compte en banque

Le code édicte les mêmes règles pour les époux en matière de contrats tels que le mandat, la vente et la société. Le législateur sénégalais a bien perçu que le mandat constitue une technique commode de fonctionnement du régime matrimonial. Aussi, contrairement aux contrats de vente et de société, souffrant d'une certaine défiance, constitue-t-il dans le code de la famille l'un des contrats le mieux perçus.

Le code de la famille reconnaît en outre à la femme, au même titre que le mari, le droit de se faire ouvrir librement et sans consentement de son conjoint, tout compte de dépôt et tout compte de titre en son nom. Elle peut, en principe, retirer librement des fonds qu'elle y a déposés.

Qu'en est-il en période de crise ?

B/ - EN PERIODE DE CRISE :

En cas de mésentente entre époux, le législateur sénégalais apporte la solution aux difficultés par l'intervention du juge, qui non seulement arbitre les conflits patrimoniaux entre époux, mais aussi permet dans certains cas, d'assurer le bon fonctionnement du régime matrimonial.

a/ - Intervention du juge en cas de conflit entre époux :

Le conflit peut provenir d'un acte déterminé dont le consentement

tement des deux époux est requis.

Ici l'article 373 dispose "Un époux peut être autorisé par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement du conjoint est nécessaire si le refus de celui-ci n'est pas justifié par l'intérêt de la famille".

Dans ce cas, l'acte passé par l'un des époux par autorisation de justice, est opposable à l'époux dont le concours fait défaut.

Par conséquent, l'époux bénéficiant de l'habilitation judiciaire agit comme représentant de son conjoint pour passer l'acte déterminé. C'est là une autorisation judiciaire spéciale pour un acte déterminé et ^{non} ~~spéciale~~ d'une autorisation judiciaire générale.

b/ - Intervention du juge dans le cas où l'un des époux est hors d'état de manifester sa volonté :

L'article 372 alinéa 2 dispose "si l'un des époux se trouve hors d'état de manifester sa volonté, l'autre peut se faire habiliter en justice à le représenter en tout ou partie dans l'exercice des pouvoirs résultant du régime matrimonial. Dans ce cas, l'autorisation judiciaire peut être générale ou spéciale. Lorsque l'époux agit pour le compte du conjoint, tout se passe comme si c'était le conjoint hors d'état de manifester sa volonté qui avait agi lui-même.

II/ - LES REGLES DU REGIME MATRIMONIAL CHOISI PAR LES EPOUX :

A/ - DANS LE REGIME DE LA SEPARATION DES BIENS :

L'article 368 du code de la famille conformément au droit traditionnel, fait de la séparation des biens, le régime légal. Les raisons d'une telle option ne sont pas cependant les mêmes dans les deux cas.

Dans le droit traditionnel, l'option pour un tel régime s'expliquait par le fait que le mariage de la femme n'impliquait pas intégration dans la famille du mari, le mariage ne créant pas une unité sociale et économique formée des époux et de leurs enfants et gardant son autonomie.

Dans le code, cette option s'explique par le fait que dans notre société où la polygamie est reconnue, c'est le régime qui assure le mieux l'indépendance de la femme.

Le mécanisme de ce régime est simple car chaque époux a sur ses biens, toutes les prérogatives attachées au droit de la propriété quel que soit le mode d'acquisition de ses biens. Dans l'administration et la gestion des biens, l'épouse a tous les pouvoirs sur ses biens. Le régime est le seul moyen permettant de faire respecter la prescription de l'article 369 alinéa 3 qui interdit au mari d'utiliser les revenus d'un des époux au profit de l'autre.

C'est pourquoi l'article 369 alinéa 3 décide que lorsque le mari n'a pas souscrit l'option de monogamie, seuls le régime de droit commun de la séparation des biens et le régime dotal peuvent être choisis.

Toutefois le principe de la gestion des biens personnels par chacun des époux doit être tempéré par le mandat de l'article 372 (conventionnel ou judiciaire) que l'un des époux peut donner à l'autre de gérer et d'administrer ses biens.

Pour le règlement du passif, le principe de la séparation des patrimoines des époux implique que chacun des époux n'est tenu que de ses dettes personnelles et n'est pas en revanche tenu des dettes de son conjoint.

Cependant, en raison de la communauté de vie, le principe est battu en brèche en ce qui concerne les dettes contractées par l'entretien du ménage et l'éducation des enfants. Lors de la dissolution du régime, le problème est rendu simple par le fait que chaque époux ayant la propriété de ses biens personnels, il n'y a pas lieu de procéder à la liquidation des biens qui, sur le plan juridique, n'ont jamais été confondus.

Chaque époux garde ses biens personnels.

En cas de mauvaise gestion ou de confusion de fait des biens personnels, l'article 381 dispose que "c'est à l'époux qui prétend que le bien lui est personnel que repose le fardeau de la preuve et il peut, tant à l'égard des tiers que de son conjoint, rapporter la preuve par tous les moyens sauf en ce qui concerne les immeubles immatriculés pour lesquels est exigé l'acte d'immatriculation. Il existe en outre des présomptions de propriété. C'est ainsi que sont considérés comme biens personnels, certains biens meubles par nature et par destination tels que les bijoux de la femme et les droits exclusivement attachés à la personne.

De même, les meubles meublants de la principale habitation du mari sont présumés lui appartenir et en cas de polygamie, les meubles meu-

biens trouvés dans la demeure assignée par le mari à la femme sont présumés appartenir à cette dernière. Ces présomptions ne sont pas cependant irréfragables et peuvent être combattues par la preuve contraire qui peut être d'ailleurs rapportée par tous les moyens.

B/ - LE REGIME COMMUNAUTAIRE DE PARTICIPATION AUX MEUBLES ET ACQUETS :

Plus complexe que le précédent, son actif se compose des meubles et acquêts fait par les époux avant leur mariage, ensemble ou séparément, exception faite des biens réservés de la femme, des droits exclusivement attachés à la personne et des immeubles dont les époux étaient propriétaires avant le mariage. Le passif est composé de toutes les dettes antérieures au mariage et de celles contractées pendant le mariage. Les dettes que l'un des époux a faites sont opposables à l'autre et emportent de plein droit la solidarité des deux époux.

Dans l'administration, la gestion et la disposition des biens le code proclame l'égalité des époux, contrairement aux droits français ou ivoirien où seul l'époux administre les biens.

L'attitude du législateur sénégalais qui admet que la femme ait des pouvoirs autonomes sur ses biens propres en refusant de les centraliser entre les mains du mari est dictée par son souci de rendre concrète l'émancipation de la femme. Dans l'administration, les pouvoirs sont égaux sous réserve du bail d'un immeuble à usage commercial donné sans l'accord de l'autre.

Dans la gestion, c'est le même principe qui subsiste sous réserve du mandat de l'article 372 ou lorsque un conjoint mettrait en péril les intérêts de la famille en laissant par exemple dépérir ses propres biens ou en détournant les revenus qu'il en retire.

Les actes de disposition ne peuvent être faits que du consentement commun des époux.

Toutefois le code opère une distinction judicieuse entre les actes de disposition emportant aliénation totale ou partielle à titre onéreux ou gratuit d'immeubles, de fonds de commerce ou de droits sociaux négociables et des actes de disposition à titre gratuit, tels que les legs

Pour les premiers, la loi est formelle, le consentement de l'époux est nécessairement requis.

Pour les seconds, tout dépendra du sort du bien légué à la suite du partage de la communauté : le legs ne sera valable que si l'objet tombe dans le lot du donateur. Lors du partage, les époux sont tenus de payer à leurs créanciers les dettes encore existantes qui étaient entrées à communauté, qu'il s'agisse des dettes personnelles ou des dettes communes, en vertu de la solidarité.

C'est seulement après le règlement du passif que le surplus est partagé entre les époux et leurs ayants cause. Ici l'article 394 alinéa 2 dispose que "le surplus est partagé par moitié entre les époux et leurs ayants cause". On se place au jour du partage pour déterminer la masse partageable.

L'émancipation de la femme se manifeste enfin dans l'égalité des droits reconnus aux époux au moment ou après le démembrement du mariage

SECTION II : L'EMANCIPATION DE L'EPOUSE AU MOMENT OU APRES LE DEMEMBREMENT DU MARIAGE :

La rupture avec le droit traditionnel paraît presque totale, qu'il s'agisse d'un démembrement par décès ou par divorce ou séparation de corps.

Dans le premier cas, la femme veuve retrouve sa liberté.

Dans le deuxième cas, elle est à égalité dans le conflit qui l'oppose à son mari.

§ 1 : L'EMANCIPATION DE LA FEMME VEUVE OU LA LIBERTE RETROUVEE

Une grande innovation suivie d'une conséquence est apportée par le code de la famille pour réaliser l'égalité en ce qui concerne les effets de la dissolution par décès : c'est la suppression de la pratique de la revendication de la veuve et l'affirmation du principe de la liberté de l'épouse.

I/ - LA SUPPRESSION DU LEVIRAT :

Mettant fin aux pratiques rétrogrades, le législateur sénégalais ne fait aucune allusion au levirat qui était assez généralisé.

Selon cette coutume, la veuve devait épouser un parent de son mari décédé que lui désignait le chef de famille à moins de rembourser la dot.

A l'époque coloniale, le décret Mandel du 15 juin 1939 était intervenu pour déclarer "nulle toute revendication de veuve ou toute autre personne faisant partie d'une succession" et un décret du 20 février 1946 était venu le compléter en prescrivant des sanctions pénales.

Ces textes ne reçurent aucune application en raison de l'ordre social traditionnel.

Le code de la famille met fin à une telle pratique en proclamant dans son article 166 "le divorce dissout le mariage" et que "chacun des époux peut librement contracter une nouvelle union..."

II/ - LA LIBERTE DE SE REMARIER :

Désormais la femme est libre de se remarier avec le partenaire de son choix après la dissolution du lien matrimonial par décès du conjoint. La seule limite est relative au délai de viduité. Cette liberté s'accompagne d'ailleurs de mesures patrimoniales.

D'une part, la veuve, et elle seule, se voit reconnaître par le code de la famille, une créance alimentaire sur la succession du mari : l'article 262, dernier alinéa, lui accorde un droit à des aliments et au logement pendant 300 jours, suivant le décès. Cette obligation cesse en cas de remariage.

D'autre part, la veuve peut demander au juge de paix (devenu avec la loi n° 84-19 du 2 février 1984 fixant l'organisation judiciaire, juge au tribunal départemental), du lieu d'ouverture de la succession l'autorisation de percevoir des débiteurs de la succession ou des dépositaires de fonds successoraux, une provision destinée à faire face à ses besoins urgents (article 461).

§ 2 : L'EMANCIPATION DE LA FEMME DIVORCEE OU L'EGALITE DANS LE DESACCORD :

Une réforme radicale a consisté, dans ce domaine, à supprimer la répudiation et à faire triompher le divorce judiciaire.

I/ - LA SUPPRESSION DU DROIT DE REPUDIATION :

La répudiation consiste dans la faculté pour le mari de renvoyer sa femme à tout moment. Elle mettait donc celle-ci à la merci de la volonté du mari qui pouvait l'expulser du domicile conjugal avec ou sans motif quelle que soit la durée du mariage.

Pratique très ancienne, sorte de divorce par volonté unilatérale du mari ayant son origine dans le droit musulman, elle avait été reprise en général par toutes nos coutumes.

Au Sénégal, en dehors des coutumes wolof du saloum et de Dagana et des coutumes peulh, la majorité des coutumes exigeait que le mari invoque des raisons très sérieuses de répudiation : inégalité des castes non découverte au moment du mariage, sorcellerie, adultère, etc...

Mais pour d'autres coutumes moins exigeantes, l'incompatibilité d'humeur était un motif suffisant.

Certaines coutumes telles que la coutume wolof prévoyaient une sanction pour le mari qui répudiait sans motif, en donnant droit à la femme de conserver la dot.

Il faut remarquer que le droit traditionnel, comme d'ailleurs le droit musulman, ne voulait pas laisser le sort de la femme à la merci absolue du mari.

A côté de la répudiation, il avait admis le divorce qui est une faculté donnée aux époux de demander en justice la dissolution du mariage, en invoquant des causes déterminées.

C'est toutefois l'apparition du nouveau code qui a mis un terme au sort injuste fait à la femme en proclamant la suppression de la répudiation au profit du divorce judiciaire, unique possibilité pour l'un et l'autre époux de mettre fin au lien conjugal.

C'est ainsi que faisant application de ce principe, le tribunal de première instance de Dakar, en appel d'un jugement de la justice de paix en date du 5 mai 1977 (Dame Khady Mbaye c/ Sieur Alassane Mbaye), devait dire : "attendu que depuis l'entrée en vigueur du code de la famille, la répudiation est formellement interdite au Sénégal, etc..."

En effet, comme l'a dit Monsieur Kéba Mbaye, "la répudiation est considérée comme étant incompatible avec le principe de l'égalité des sexes et la nouvelle politique africaine et malgache d'émancipation de la femme".

II/ -- LE TRIOMPHE DU DIVORCE ET DE LA

SEPARATION DE CORPS :

En supprimant la répudiation, faculté unilatérale pour le mari de dissoudre le mariage et en prônant le divorce judiciaire, faculté

pour l'un et l'autre des époux de demander en justice la dissolution du lien matrimonial, le législateur met le mari et la femme sur un pied d'égalité.

Ainsi dans le code ne subsiste que le divorce sous deux formes :

- le divorce par consentement mutuel et
- le divorce contentieux.

A/ - LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL :

Ce type de divorce est caractérisé par sa simplicité et sa rapidité dans la procédure. Point n'est besoin qu'un tel divorce repose sur une faute. C'est un divorce-remède et les époux peuvent en faire usage chaque fois que la vie commune est impossible entre eux et qu'il faut trouver un moyen de remédier à une telle situation. Cette position est à approuver car il est tout à fait normal que le divorce puisse être prononcé en dehors de toute faute des conjoints pour des causes rendant humainement intolérable le maintien des liens conjugaux et faisant se dégrader la vie commune à tel point qu'elle perd toute valeur et tout sens.

Ce divorce incite tout d'abord les époux en désaccord à se conduire, sous le contrôle du juge, en adultes capables de préparer, de gérer et de résoudre leur désunion. Son rôle essentiel est donc de "dédramatiser" la situation des époux en désaccord. Il apparaît ainsi comme la solution la moins traumatisante pour le ménage et pour les enfants.

Par ailleurs, il permet aux époux d'éviter les amères blessures d'amour-propre et d'organiser une situation franche et claire pour l'accueil des enfants qui ne sont plus les victimes des querelles et des scandales des parents. Le divorce à la demande et du consentement mutuel des époux résulte d'une double opération : la convention des époux et l'homologation de celle-ci par le juge de paix. Il dissout le mariage et rend exécutoires les conventions établies par les époux.

B/ - LE DIVORCE CONTENTIEUX :

A côté du divorce par consentement mutuel, le législateur sénégalais admet le divorce contentieux que l'on rencontre lorsqu'un des époux, par suite d'une faute du conjoint, veut rompre le lien matrimonial.

Dans ce divorce, la femme comme l'homme peut agir en justice en fondant son action sur l'une des causes prévues par la loi (article 165).

Dans le droit traditionnel, c'était le plus souvent sur la demande de la femme que les chefs et juges coutumiers avaient à connaître du divorce, le mari usant le plus souvent du droit de répudiation. Le divorce au début pouvait être prononcé par les autorités mêmes qui avaient noué le mariage, tels que les chefs de famille, les chefs religieux, les chefs de village ou de canton sans préjudice de la compétence des juridictions de l'Etat, lorsqu'elles étaient saisies.

Avec le code de la famille, la procédure de divorce relève exclusivement de la compétence des tribunaux judiciaires. Elle se déroule en plusieurs étapes qui sont : la requête en divorce, les observations, les mesures provisoires prises par le juge, la tentative de conciliation, l'instance proprement dite et le jugement.

Là encore l'égalité entre époux est réalisée du fait que les règles qui leur sont appliquées sont identiques. Les fautes prévues par la loi peuvent être regroupées en trois catégories :

- La première catégorie de causes repose sur la violation des obligations conjugales : parmi celles-ci, on inclut l'adultère, les mauvais traitements, excès, sévices ou injures graves, l'absence déclarée de l'un des époux, le défaut d'entretien de la femme par le mari, le refus de l'un des époux d'exécuter les engagements pris en vue de la conclusion du mariage et enfin l'abandon de la famille ou du domicile conjugal.

Il faut noter qu'en ce qui concerne l'adultère, le code, contrairement au droit traditionnel ne fait plus la distinction entre l'adultère de la femme et l'inconduite de l'un et l'autre époux.

Cette terminologie unique qui recouvre la même réalité correspond à notre avis, à la volonté du législateur de considérer sur le même pied, l'adultère du mari et celui de la femme.

Dans la coutume, il n'en était pas toujours ainsi et l'idée courante qui y était admise était que l'homme n'était pas tenu à la fidélité aussi strictement que la femme. L'adultère de celle-ci pouvait toujours entraîner une confusion de parts et dans ce cas, le mari était présumé être le père en vertu de l'adage "Pater is est quem nuptiae demonstrant" article 191 du code de la famille.

Il faut observer que cette égalité de traitement a été de même réalisée au regard de la répression par la loi pénale et au regard de la réglementation de la preuve de l'adultère. (Selon le Coran, l'adult-

tère de la femme ne peut être prouvé que par quatre témoins).

A cet égard il y a lieu de relever la disposition particulière de l'article 329 alinéa 2 du code pénal qui prévoit que pour les mariés polygames, "les usages tolérés par la coutume ne sauraient en eux mêmes constituer l'adultère".

Ce qui signifie que le mari polygame a l'obligation de partager équitablement les nuits entre ses épouses, sans que l'une d'elles puisse, en se fondant sur le devoir de fidélité lui reprocher un quelconque adultère.

- La deuxième catégorie de causes est celle reposant sur une condamnation infamante : toutefois cette condamnation doit être définitive et non effacée à la suite d'une réhabilitation, d'une révision ou d'une amnistie. La grâce ou la prescription de la peine ne fait aucun obstacle à la demande en divorce du fait qu'elles dispensent le condamné de l'exécution de la peine mais laissent subsister la condamnation. Dans le colloque précité de l'amicale des Juristes sénégalais, il a été proposé de remplacer l'expression "condamnation à une peine infamante" par celle de "condamnation à une peine portant atteinte à l'honneur et à la considération".

En ce sens, le jugement de la justice de paix de Bakel en date du 6 juillet 1973 (Credilla 1979, page 71) a prononcé le divorce entre deux époux au motif que le mari a été condamné à trois années d'emprisonnement pour vol et qu'il s'est évadé en cours d'exécution de la peine. Cependant, évoquant le caractère déshonorant du vol, la juridiction aurait pu prononcer le divorce pour injure grave.

- La troisième catégorie de causes repose sur la maladie grave et incurable et l'incompatibilité d'humeur. Cette dernière catégorie suscite plus de commentaires. Son introduction s'explique lorsqu'on se réfère à la conception du divorce dans le code de la famille qui est à cheval entre la conception du divorce-sanction reposant sur la faute et la conception du divorce-remède qui admet le divorce pour raisons médicales et pour incompatibilité. La maladie grave soulève d'emblée deux interrogations auxquelles il n'est pas aisé de trouver une réponse pleinement satisfaisante.

Tout d'abord qu'est-ce qu'une maladie grave ? Peut-on à l'heure actuelle, fixer une limite à la curabilité d'une maladie ?

Les progrès de la médecine et des recherches médicales sont si poussés et si décisifs qu'il est difficile d'affirmer, hormis le cas de certains cancers, que telle maladie ne peut être guérie.

Cette cause de divorce laisse au juge une grande liberté d'appréciation du fait de sa formulation très imprécise. C'est ainsi que la même Justice de paix de Bakel dans son jugement en date du 17 août 1973 (Credilla 1973, page 124) a prononcé le divorce pour une démence du mari survenue un an après le mariage et ayant été infructueusement soignée pendant deux ans : (voir aussi la Justice de paix de Kédougou qui assimile l'impuissance à une maladie grave).

Il eût fallu l'atténuer en précisant la nature de la maladie grave et incurable.

Ensuite un contrôle judiciaire aurait pu être institué et la possibilité donnée au juge de rejeter la demande si les conséquences du divorce devraient être d'une "exceptionnelle dureté".

En revanche, l'incompatibilité d'humeur rendant intolérable le maintien du lien conjugal s'apparente étrangement à la répudiation que le code de la famille a pourtant supprimé. Sa caractéristique essentielle est que l'époux demandeur ne formule aucun grief précis contre son conjoint

Cependant la différence apparaît en ce qu'un contrôle judiciaire permet d'écarter l'automatisme de la rupture du lien conjugal.

Il faut donc noter que c'est le pouvoir du juge qui marque la différence entre la répudiation et l'incompatibilité d'humeur (Tribunal de première instance de Dakar, 4 janvier 1977 et 5 mai 1977).

Le maintien de cette cause de divorce, également retenue par la coutume s'explique par l'introduction dans le code de la famille, du divorce par consentement mutuel.

Dans les rapports entre époux, le divorce fait cesser les devoirs de fidélité, de secours et d'assistance réciproques auxquels les époux étaient soumis par la loi.

Les époux sont libres et se remarier, sauf respect du délai de viduité par la femme.

La femme doit cesser de faire usage du nom de son mari. Les enfants sont confiés à l'un ou l'autre des parents ou s'il est nécessaire à une tierce personne, la décision du juge dans ce cas étant uniquement

guidée par l'intérêt de l'enfant.

Le divorce prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux entraîne pour lui perte de tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit à l'occasion du mariage, soit depuis sa célébration.

Selon le code de la famille, celui qui a obtenu le divorce pour incompatibilité d'humeur ou maladie grave de la femme, doit verser à la femme une pension alimentaire qui prend effet à compter du jugement pour une durée de trois mois lorsqu'il s'agit d'un divorce pour incompatibilité d'humeur et de trois ans au maximum lorsqu'il s'agit d'un divorce pour maladie grave.

Mais cette pension qui est une transformation de l'obligation d'entretien en obligation alimentaire, prend fin aussitôt que la nécessité ne se fait plus sentir.

Par ailleurs, le mari est en principe tenu d'entretenir sa femme divorcée lorsqu'elle est enceinte, pendant toute la durée de la grossesse.

Le code de la famille permet aussi au juge de condamner l'un ou l'autre époux qui aura succombé à payer des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi par l'autre conjoint du fait de la dissolution du lien conjugal.

Deux grandes innovations ont été apportées dans ce domaine par rapport au droit traditionnel qui ne donnait pas lieu à pension alimentaire, ni à l'allocation de dommages et intérêts.

Dans le droit coutumier, en effet, seul le remboursement de la dot par la femme pouvait être exigé.

C/ - LA SEPARATION DE CORPS :

A côté du divorce, le législateur a prévu la séparation de corps qui dispense les époux de vivre en commun, avec principal avantage de ne pas dissoudre le lien conjugal et de laisser subsister les autres obligations du mariage tels que le devoir de secours et d'assistance et le devoir de fidélité.

La séparation de corps n'existait pas à proprement parler dans nos coutumes. Cependant certaines formes de relâchement du lien matrimonial se rapprochaient néanmoins d'elle. C'est le cas, par exemple, du "fay" dans la coutume wolof qui permettait à la femme de quitter le domicile

en demeurant légalement mariée.

Les causes et la procédure de la séparation de corps sont identiques à celles du divorce.

Le principal effet est la cessation de l'obligation de cohabitation des époux.

La séparation de corps laisse subsister le devoir de secours et d'assistance et de fidélité et la femme conserve l'usage du nom du mari. Elle entraîne la séparation des biens et, lorsqu'elle est prononcée aux torts et griefs de l'un des époux, elle entraîne la perte de tous les avantages que l'autre époux lui avait accordés.

Le juge doit allouer des dommages et intérêts à l'époux non coupable pour le préjudice matériel et moral que lui cause la séparation et, comme pour le divorce, le juge attribue la garde des enfants à l'un ou l'autre des époux en tenant compte uniquement de l'intérêt des enfants.

La séparation de corps prend fin de trois manières : la réconciliation, la conversion en divorce ou le décès du conjoint.

En conclusion à cette première partie, un constat peut être fait dès à présent, la femme semble pleinement émancipée par rapport au droit antérieur eu égard aux multiples droits qui lui sont reconnus et qui la mettent sur un pied d'égalité avec l'homme.

Cependant, une lecture approfondie de certaines dispositions du code de la famille permet de déceler certaines limites à cette intention du législateur.

C'est l'objet de la deuxième partie de ce mémoire qui comportera en outre, des propositions de solutions visant à réduire certaines inégalités.

2 EME PARTIE :

LIMITES A L'EMANCIPATION DE LA FEMME PAR
LE CODE DE LA FAMILLE ET SOLUTIONS PROPOSEES
POUR REDUIRE CERTAINES INEGALITES

LES LIMITES A L'EMANCIPATION
CHAPITRE I : DE LA FEMME
PAR LE CODE DE LA FAMILLE

Nous avons tenté de démontrer dans la première partie que le législateur sénégalais a essayé de mettre les époux sur un pied d'égalité au stade de la formation de l'union conjugale, durant la vie du ménage et même lors de la dissolution de l'union.

Cependant, force nous est de constater que des limites importantes contrarient l'intention du législateur visant à l'émancipation de la femme dans ces différents stades de l'union conjugale.

SECTION I : LIMITES AU STADE DE LA CREATION DE LA FAMILLE CONJUGALE :

Malgré l'atteinte portée à l'institution de la polygamie par la possibilité donnée à la femme d'exiger du mari d'opter pour la monogamie ou pour la limitation de la polygamie, l'égalité est rompue par le maintien de cette institution comme régime de droit commun.

§ 1 : LE MAINTIEN DE LA POLYGAMIE COMME REGIME DE DROIT COMMUN

En disposant dans l'article 133 alinéa 2 que "Faute par l'homme de souscrire l'une des options prévues à l'article 134, le mariage est placé sous le régime de la polygamie", le code fait de la polygamie, le régime de droit commun.

En effet, allant à l'encontre de son désir de libérer la femme de son statut coutumier, le législateur n'a pas voulu supprimer d'un "trait de plume" la polygamie définie par Monsieur S. Méloné comme "l'institution" de droit coutumier qui permet à l'individu de se remarier avec plusieurs épouses".

Cette attitude prudente du législateur sénégalais s'explique surtout par la crainte de ce dernier de heurter les mœurs actuelles ou de rencontrer la résistance des forces religieuses.

§ 2 : JUSTIFICATIONS ET APPRECIATIONS CRITIQUES :

A/ - JUSTIFICATIONS :

On distingue les motivations relatives à l'influence de l'Islam et celles relatives à l'influence des coutumes.

a/ - L'influence de l'Islam :

Elle constitue l'une des raisons principales évoquées par le législateur pour le maintien de l'institution.

C'est ce motif d'ailleurs qui a poussé le rapporteur du comité des options à faire la proposition suivante : "compte tenu des directives qui ont été données par le Gouvernement de ne pas ébranler les convictions religieuses lorsqu'elles sont solidement établies, je pense que nous pouvons admettre la polygamie au profit de ceux dont la religion la tolère, mais seulement dans la limite de cette tolérance".

En effet le verset 3 de la 4ème sourate du Coran dit : "Épousez parmi les femmes qui vous plaisent deux, trois ou quatre, mais si vous craignez de n'être pas équitable, n'en épousez qu'une". A côté de cette motivation principale, il en existe d'autres.

b/ - L'influence des coutumes :

Les motifs invoqués sont politiques, économiques, sociaux ou personnels.

La polygamie est considérée comme un moyen utilisé par des personnalités pour asseoir leur autorité par la constitution d'un réseau d'alliances. Il s'agit là d'une grande polygamie allant parfois jusqu'à sept épouses ou plus (Ex. : les chefs religieux).

Les motifs économiques sont ceux invoqués dans les campagnes où l'exploitation agricole nécessite une main d'œuvre pour les travaux ce qui amène l'homme à prendre plusieurs femmes pour l'aider elles-mêmes et par les enfants qu'elles vont lui donner. Cela conforte l'idée de Monsieur Torde qui écrivait que "les mariages nombreux sont un indéniable avantage pour l'entretien d'une grande plantation".

Du point de vue social, on considère souvent qu'avoir plusieurs femmes est signe extérieur de richesse.

Les motifs personnels sont divers. Ce sont tout d'abord les interdits sexuels qui déniaient souvent à la mère d'avoir des relations sexuelles avec le père pendant toute la durée de l'allaitement de l'enfant, durée qui peut être de deux ans, ce qui peut amener le mari à prendre une autre femme pour satisfaire légitimement ses besoins sexuels.

En outre, le jeune homme qui s'est plié à la volonté des parents pour un premier mariage forcé, peut être amené à convoler une seconde noce par amour.

Enfin, il y a la règle de la revendication de la veuve pratiquée par certaines coutumes imposant à l'héritier, non seulement d'hériter des biens matériels du décujs, mais aussi de ses épouses.

B/ - APPRECIATIONS CRITIQUES :

Les motivations traditionnelles, qu'il s'agisse de la grande ou de la petite polygamie se concilient mal, de nos jours, avec les exigences de notre société.

Les raisons sociologiques ou psychologiques invoquées dans le droit traditionnel sont aujourd'hui battues en brèche et ne peuvent plus justifier la polygamie. En effet, le désir de paraître en épousant plusieurs épouses s'accommode mal avec cette recherche constante du minimum de confort intérieur qui caractérise chaque sénégalais ; car cette recherche se heurte à l'obstacle majeur que constitue la polygamie par les multiples dépenses qu'elle engendre pour le mari, quand on sait que la plupart des épouses sont sans source de revenus.

Les motivations politiques avancées autrefois en ce qui concerne les grands chefs sont dépassées.

Les motivations économiques faisant de la femme une main d'oeuvre dans les campagnes sont sans fondement avec le développement du machinisme, de l'économie de marché, du salariat, etc...

Les motivations sociales faisant de la polygamie un signe extérieur de richesse ne peuvent plus être avancées car l'entretien de nombreuses femmes et d'une nombreuse progéniture, loin d'enrichir, appauvrit de nos jours les maris.

Les motifs traditionnels fondés sur certaines coutumes ne sont

plus valables avec l'abolition des coutumes (article 830 code de la famille) et le changement des mentalités.

Reste par conséquent l'unique motif qui consiste à dire que supprimer la polygamie est une violation aux textes coraniques qui est un faux alibi.

En effet, à bien interpréter la sourate 4 du Coran, il ressort que c'est la monogamie qui est recommandée car il est quasi impossible à un mari de traiter de la même façon plusieurs épouses. Par ailleurs, le droit musulman laisse la possibilité à la femme d'exiger l'engagement de monogamie.

C'est ainsi que la Tunisie, pays à majorité musulmane, a supprimé la polygamie et punit pénalement et civilement ceux qui enfreindraient la loi, sur ce point.

En outre, les conséquences de la polygamie sont désastreuses sur le plan économique, social et familial.

Sur le plan économique, il est difficile et même parfois impossible pour un seul homme d'entretenir normalement une grande famille. Et l'homme qui choisit la polygamie se trouve bien souvent financièrement et matériellement dans une situation difficile, ce qui le pousse à détourner les deniers publics pour faire face aux dépenses de la vie courante et celles relatives aux cérémonies familiales.

C'est ce motif d'ailleurs qui explique la célérité avec laquelle la loi 67-04 du 24 février 1967 avait été promulguée. Cette loi revêt un caractère conjoncturel très marqué car l'on avait pensé à l'époque de sa promulgation que la recrudescence des détournements de deniers publics était liée aux dépenses excessives et spectaculaires qui accompagnaient les cérémonies familiales. Cependant nul ne conteste aujourd'hui que cette loi soit tombée en désuétude.

Sur le plan social, en plaçant la femme dans un état d'infériorité par rapport à l'homme, la polygamie freine son émancipation en bafouant sa dignité. Par ailleurs, elle condamne au célibat les jeunes gens plus démunis et les pousse à la prostitution et même à l'adultère, comme indiqué plus haut, à propos de la dot.

Sur le plan familial, enfin, la polygamie perturbe la paix des foyers à cause de la mauvaise entente entre les enfants des lits successifs. Elle fausse les rapports entre parents et enfants en rendant l'é

ducation plus difficile. Par ailleurs, elle renforce la promiscuité.

SECTION II : LIMITES DURANT LA VIE DU MENAGE :

L'effort fait par le législateur sénégalais pour émanciper la femme à ce niveau se heurte à des limites sur le plan des rapports extrapatrimoniaux et patrimoniaux :

§ 1 : DANS LES RAPPORTS EXTRAPATRIMONIAUX :

Dans ce domaine, le code de la famille a posé un principe : celui de la réciprocité des obligations personnelles entre époux.

Cependant la réciprocité des obligations subit une atteinte résultant du principe maintenu dans le code qui reconnaît au seul mari les prérogatives de chef de famille.

En effet, on note une nette prédominance du mari dans la direction du ménage et de la famille. Cette prédominance du mari doit être étudiée à deux points de vue :

- l'exercice de l'autorité maritale et
- l'exercice de la puissance paternelle.

I/ - L'AUTORITE MARITALE :

Le législateur a conçu la nouvelle famille sénégalaise comme un groupement autonome formé par les époux et leurs enfants et placé sous la direction d'un chef.

Il a exclusivement conféré les prérogatives attachées à cette fonction au mari consacrant ainsi la puissance maritale.

Ainsi, selon l'article 152, "le mari est le chef de famille ; il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants", le code a donc conservé la notion de puissance maritale supprimée dans le droit français. L'article 152 du code de la famille ne prévoit même pas que la femme puisse remplacer le mari dans sa fonction de chef de famille, comme l'ont fait à l'instar de l'article 113 alinéa 3, du code civil français, l'article 58 alinéa 7 de la loi ivoirienne, les articles 4 de la loi malienne et 256 du code civil gabonais.

Le code sénégalais se contente de disposer dans son article 277 alinéa 3 que la mère exerce la puissance paternelle dans certains cas

précis énumérés, sauf décision contraire du juge.

Cette lacune peut être reprochée au législateur car si la règle prévoyant le remplacement du mari par son épouse dans sa fonction de chef de famille est difficilement applicable dans le cas du mariage polygamique, rien n'empêchait de le prévoir dans le cas du mariage monogamique.

En ce qui concerne le mariage polygamique, le législateur aurait pu, en partant du principe que chaque épouse est considérée comme un ménage, décider que chaque épouse peut remplacer le chef de famille dans ses attributions, en ce qui concerne son propre ménage, règle qui aurait eu le mérite de respecter l'indépendance des co-épouses les unes vis-à-vis des autres.

La position du législateur devrait être revue, compte tenu du fait que la bonne direction du ménage ne dépend pas de la suprématie du mari, mais d'un "modus vivendi" entre époux résultant d'une répartition efficace des rôles.

La prédominance du mari, chef de famille, entraîne à son profit deux prérogatives : la fixation de la résidence du ménage et l'opposition à l'exercice par la femme d'une profession.

- le choix de la résidence du ménage :

Le mari a le droit de fixer la résidence du ménage. Néanmoins le législateur tempère ce pouvoir du mari. En effet, ce pouvoir n'est pas discrétionnaire : la femme a un recours devant le juge pour obtenir de ce dernier l'autorisation d'avoir pour elle et ses enfants, un autre domicile lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la femme des dangers d'ordre physique et d'ordre moral tels que les dangers résultant de l'insalubrité du logement ou la mauvaise fréquentation du quartier.

Le mari est donc tenu de procurer à son épouse un logement décent et son choix doit être guidé par l'intérêt de la famille.

- l'opposition du mari à l'exercice par la femme d'une profes

L'article 154 du code de la famille donne au mari ce pouvoir. Toutefois, la loi autorise la femme à s'adresser au tribunal et à passer outre l'opposition lorsqu'elle estime que celle-ci n'est pas justifiée par l'intérêt de la famille. Mais la question se pose de savoir si le recours offert par la loi à la femme contre le mari peut s'exercer librement dans la mesure où la femme craignant pour la survie du ménage hésitera, comme

pour la plupart des recours éventuels liés au contentieux né de la vie du ménage, d'y recourir.

II/ - LA PUISSANCE PATERNELLE :

Les rapports entre les parents et leurs enfants concernent pour l'essentiel la puissance paternelle. Elle donne aux parents des droits sur leurs enfants et sur leurs biens et leur impose des obligations à leur égard.

Ainsi, elle se manifeste sur la personne de l'enfant par la garde, l'entretien, l'éducation, la correction et sur ses biens, par la jouissance légale reconnue au père et à la mère pour s'approprier et percevoir les biens de l'enfant jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis, à charge pour eux de les utiliser pour pouvoir à son entretien (cela sous réserve de certains biens).

Cette notion a beaucoup évolué. Contrairement au droit traditionnel qui en faisait une prérogative du père, le code de la famille, donne à la mère le pouvoir d'intervenir dans les décisions qui concernent ses enfants. En fait, nous allons voir que ce pouvoir donné à la mère est vidé de son contenu par les dispositions contradictoires du code.

En effet, l'article 277 dispose d'abord que la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère, pour dire ensuite que durant le mariage, elle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille. C'est dire que si en théorie elle est exercée par le père et la mère, en pratique, elle appartient au père.

Toutefois, lorsque ce dernier prend des décisions contraires aux intérêts de l'enfant ou de la famille, la mère peut obtenir que le juge du tribunal départemental les rapporte ~~au père~~ ou les modifie. En outre, sauf décision contraire du juge (lorsque la femme est indigne ou incapable), le code attribue à la mère l'exercice de la puissance paternelle dans certains cas tels que la déchéance totale ou partielle du père, l'impossibilité pour celui-ci de manifester sa volonté en raison de son incapacité, son éloignement, sa condamnation pour abandon de famille.

Par conséquent, nous remarquons que même si la loi reconnaît à la mère un certain droit de contrôler l'exercice par le père de la puissance paternelle en provoquant des mesures judiciaires, le principe de départ est vidé néanmoins de son contenu.

§ 2 : DANS LES RAPPORTS PATRIMONIAUX :

L'inégalité se manifeste au profit du mari dans le fonction-

nement du régime dotal.

I/ - L'ADMINISTRATION PAR LE MARI DES BIENS DOTAUX :

Selon le code de la famille, certains biens tels que les immeubles immatriculés, les valeurs mobilières, le cheptel donnés à la femme à l'occasion du mariage par d'autres personnes que son conjoint sont soumis au régime dotal lorsque les époux ont expressement choisi un tel régime.

Toutefois, allant à l'encontre de son désir d'établir des rapports d'égalité entre les deux conjoints, l'article 384 alinéa 3 décide que par la célébration du mariage, ces biens sont remis entre les mains du mari qui a seul les pouvoirs d'administration.

Allant plus loin, le code de la famille décide que la femme qui est légalement propriétaire des immeubles soumis au régime dotal ne peut les aliéner, ni les hypothéquer même si cela est fait conjointement avec le mari, sauf les exceptions qui suivent : elle peut toujours avec le consentement du mari, aliéner à titre onéreux ces immeubles si l'intérêt ou la bonne administration de son patrimoine l'exige.

Par conséquent, non seulement le mari détient les pouvoirs d'administration des biens dotaux, mais son consentement est nécessaire lorsque la femme veut disposer des biens dotaux.

II/ - LES SANCTIONS :

Les prérogatives du mari reçoivent certes des atténuations par l'existence de certaines règles qui permettent de sanctionner les cas de mauvaise gestion.

La femme n'est pas dépouillée de tout moyen de défense à l'encontre de son mari.

Le code exige d'une part que le mari administre les biens dotaux pendant le mariage en bon père de famille. Il exige, d'autre part que le mari justifie du remploi à bref délai sous peine d'engager sa responsabilité lorsqu'il y a aliénation d'un bien dotal et rachat d'un autre. Par exemple, lorsque la femme avec le consentement du mari aliène un bien commun du fait qu'il a été acquis durant le mariage, ce qui peut porter préjudice à la femme.

Le législateur donne aussi à la femme comme dans le régime communautaire le droit de demander en justice la séparation des biens lorsque

V dotal, le loi exige qu'il y ait remploi pour éviter que ce bien ne soit considéré comme un bien ..

la mauvaise administration du mari met en péril les biens soumis au régime dotal.

Examinons maintenant l'atteinte à l'émancipation de la femme après la rupture du lien conjugal.

§ 3 : LIMITES APRES LE DEMEMBREMENT DU LIEN CONJUGAL :

Après la dissolution du lien conjugal, la tendance à l'égalité dans les rapports entre époux subit une atteinte au détriment de la femme.

Cependant, contrairement à ceux qui semblent voir dans le respect du délai de viduité que la loi impose à la femme pour se remarier, une atteinte à l'égalité entre mari et femme, nous pensons que l'obligation prescrite par la loi est imposée pour des raisons physiologiques ou biologiques visant à empêcher qu'il y ait "confusion de parts" ou incertitude sur la filiation paternelle en cas d'accouchement de la femme, après décès du mari. Dès lors, la position du législateur ne peut qu'être approuvée lorsqu'il fixe ce délai de viduité à 300 jours (article 112 code de la famille).

En revanche, on peut considérer comme une atteinte à l'égalité entre femme et mari les droits successoraux respectifs que la loi reconnaît à la femme et qui sont inférieurs à ceux du mari : celui-ci, en effet, peut, de son vivant, manifester sa volonté de voir son héritage dévolu selon les règles du droit musulman.

I/ - L'INFERIORITE DE LA FEMME DANS LA DEVOLUTION SUCCESSORALE EN DROIT MUSULMAN :

Le législateur sénégalais a maintenu l'égalité entre époux en matière de dévolution successorale en droit moderne. Les deux conjoints ont des droits égaux en matière de succession.

C'est ainsi que lorsque le décujus laisse des enfants légitimes, le conjoint survivant a droit à une part d'enfant le moins prenant sans qu'elle puisse être inférieure au quart de la succession.

A défaut de descendants légitimes lorsque le conjoint est en concours avec des ascendants (père et mère) et des collatéraux (frères et soeurs) et à défaut de descendants des frères et soeurs, avec les ascendants de ligne paternelle et de ligne maternelle, le conjoint survivant a droit à la moitié de la succession.

A défaut de descendants légitimes et de parents du degré successible, la succession est dévolue en totalité au conjoint survivant.

Cependant le législateur sénégalais, par respect pour les coutumes islamiques garanties par la Constitution d'un pays où la majorité de la population est musulmane, a prévu, à côté de ce régime de succession moderne, le régime successoral coranique.

Ce régime concerne selon l'article 571 du code de la famille "les personnes qui de leur vivant, ont expressement ou par leur comportement indiscutablement manifesté leur volonté de voir leur héritage dévolu selon les règles du droit musulman". Ce n'est donc pas l'appartenance du défunt à la religion musulmane qui entraîne l'application du droit musulman mais plutôt la volonté expresse ou tacite du défunt.

C'est donc en application de ce principe que le Tribunal de première instance de Dakar dans son jugement en date du 13 février 1970 (R.S.D 1963) soutenait que "le fait de vivre, de se comporter et de mourir en musulman ne constituait pas une manifestation non équivoque de volonté de se voir appliquer le droit musulman".

Toutefois, nous pensons que l'appartenance à la religion musulmane devrait être considérée comme un comportement qui manifeste indiscutablement la volonté de se soumettre au droit musulman. C'est ainsi qu'un jugement antérieur à la décision précitée (Tribunal de première instance de Dakar : 28 mai 1974, Annales africaines n°6 page 144) avait fourni une solution contraire et sans doute plus juste en décidant que "le fait de se comporter en musulman manifestait une volonté de se voir appliquer le droit musulman sauf en cas de faits ou de comportements pouvant faire présumer le contraire".

Ceci dit, on sait que le droit musulman fait une différence entre les héritiers de sexe masculin et ceux de sexe féminin en maintenant ces derniers dans une situation nettement inférieure par rapport aux premiers.

C'est le privilège de masculinité qui explique fort bien que la femme ait moins de droits que le conjoint survivant.

Selon le code, lorsque la femme est décédée sans descendant successible, le mari a droit à la moitié de sa succession tandis que dans le cas inverse, la femme n'a droit qu'au quart de la succession.

Lorsque la femme laisse un ou plusieurs descendants successibles, la légitime du mari est du quart tandis que celle de la femme est du huitième lorsque l'inverse se produit.

Le code dispose en outre que dans les mariages polygamiques, la légitime à laquelle ont droit les épouses qui est du quart de la succession du mari ou du huitième de la succession, selon les hypothèses, est répartie entre les femmes par tête, ceci par respect au principe du droit musulman selon lequel dans un mariage polygamique, les épouses ont droit à égalité de traitement.

II/ - APPRECIATION CRITIQUE :

On peut être tenté de reprocher au législateur sénégalais d'avoir maintenu, à côté des successions ab intestat de droit commun, les successions de droit musulman défavorables à la femme.

Cependant, ne serait-ce pas porter atteinte à la loi du 10 juin 1967 portant révision de la Constitution qui précise que la République du Sénégal est laïque, démocratique et sociale et qu'elle respecte toutes les croyances ?

En effet, si le législateur n'avait pas tenu compte de la succession coranique, il aurait porté une grave atteinte à notre loi fondamentale, le respect des coutumes islamiques et la liberté de religion étant garantis par la Constitution.

Proposer une modification de ces dispositions qui consacrent néanmoins l'inégalité de la femme, serait en même temps changer certaines dispositions de la Constitution, porter atteinte aux intérêts de 85% de la population sénégalaise et enfin revenir sur une concession faite aux chefs religieux si influents au Sénégal.

A travers les quelques réflexions qui précèdent dans cette deuxième partie, nous avons noté un certain déséquilibre dans l'égalité qu'a voulu instaurer le législateur sénégalais, entre les droits de l'homme et de la femme. Aussi nous semble-t-il opportun de proposer les solutions ci-dessous en vue de réajuster l'égalité en question.

LES SOLUTIONS PROPOSEES
CHAPITRE II : POUR REDUIRE LES INEGALITES

Le législateur sénégalais désireux d'une part de moderniser le droit de la famille en se départissant de certaines habitudes liées à la tradition, et d'autre part, pressé par les impératifs sociaux et économiques, avait apporté les bouleversements en question au droit traditionnel.

Mais par respect à certaines traditions bien solidement ancrées, il avait refusé de calquer entièrement le modèle occidental ; d'où le maintien provisoire dans le code de certaines institutions traditionnelles et la réglementation d'autres en attendant une évolution future des mentalités.

La question se pose maintenant de savoir si le code sénégalais de la famille, tel qu'il se présente de nos jours, répond aux exigences actuelles du développement.

Comme l'affirmait Madame Madior Boye, présidente de l'Amicale des Juristes sénégalais, lors de l'ouverture du colloque précité sur le code de la famille : "il est question tout simplement pour nous, onze ans après la promulgation du code de la famille et dix ans après sa mise en vigueur, de réfléchir sur l'application du code et de faire en sorte que nos réflexions débouchent sur des propositions concrètes susceptibles d'aider à un perfectionnement".

En effet, la mentalité sénégalaise en l'espace de 13 ans (1972-1985) a rapidement évolué eu égard aux nouvelles données politiques économiques et sociales qui remettent en cause celles déjà existantes.

Dès lors, on peut se demander si le moment n'est pas propice pour remanier le code en faveur d'une émancipation plus poussée de la femme.

A notre avis, certaines réformes pourraient immédiatement être envisagées, d'autres, en revanche, par respect à la tradition et compte tenu des résistances constatées, seraient encore différées, le temps de préparer les populations sur le plan psychologique et moral.

SECTION I : LES REFORMES IMMEDIATES :

Elles tournent autour de 5 idées essentielles :

§ 1 : LA NECESSITE POUR LA FEMME D'EXERCER UNE PROFESSION SANS OPPOSITION :

Le code de la famille reconnaît au mari la faculté de s'opposer à l'exercice par la femme d'une profession. Cette prérogative est la conséquence de la puissance maritale qui place celui-ci à la tête de la nouvelle famille sénégalaise, sans possibilité pour la femme de remplacer le mari dans sa fonction de chef de famille.

Il aurait mieux valu, à la lumière du droit français, supprimer la puissance maritale ou alors prévoir la possibilité du remplacement du mari par son épouse en cas de monogamie. En cas de polygamie, chaque épouse étant considérée comme représentant un ménage, l'épouse remplacerait le chef de famille dans ses attributions, en ce qui concerne son propre ménage.

Ces modifications auraient pour conséquences, comme dans le système français, depuis la loi du 13 juillet 1966, de rendre la femme libre d'exercer une profession, le mari ne pouvant plus s'y opposer.

Cette règle se justifierait économiquement et juridiquement:

- économiquement parce qu'elle permettrait au foyer d'avoir deux sources de revenus, ce qui n'est pas négligeable, actuellement.

- juridiquement, parce qu'elle éviterait certains abus de l'époux dans l'exercice de son droit d'opposition conféré par la loi ; d'où davantage de liberté pour la femme.

§ 2 : LA NECESSITE POUR LA FEMME D'ADMINISTRER LES BIENS DOTAUX :

Le législateur dans son article 384 alinéa 3, en décidant que "Par la célébration du mariage, ces biens sont donnés au mari qui en a seul, les pouvoirs d'administration", est en contradiction avec son désir d'établir des rapports d'égalité ; cela est d'autant plus flagrant que les biens dotaux, bien qu'étant l'essence de ce régime, sont d'une certaine nature (immeubles immatriculés, valeurs mobilières, etc...) et sont généralement donnés par la famille de la femme.

Ils appartiennent donc exclusivement à l'épouse et doivent

être restitués lors de la dissolution du régime matrimonial.

En plus, non seulement le mari détient les pouvoirs d'administration des biens dotaux, mais son consentement est nécessaire lorsque la femme veut en disposer, ne serait-ce que pour les faire fructifier.

Cependant, les abus du mari dans l'administration et la gestion de ces biens peuvent être dénoncés en justice par l'épouse. La sanction serait la séparation des biens. Mais il s'agit là d'une prérogative dont l'épouse hésitera à faire usage par souci de protéger la vie du ménage.

§ 3 : LA NECESSITE POUR LA FEMME D'EXERCER
CONJOINTEMENT AVEC LE MARI LA PUISSANCE PATERNELLE :

La puissance paternelle donne aux parents des droits et fait peser sur eux des obligations envers leurs enfants et les biens de ceux-ci

Cependant le code au lieu de vider de son contenu ce pouvoir donné à la mère, en disposant que "durant le mariage, la puissance paternelle est exercée par le père", devait renforcer le pouvoir de la femme d'intervenir dans les décisions qui concernent les enfants, en modifiant l'article 277 du code de la famille. Cet article organiserait l'exercice conjointe de la puissance paternelle par le père et la mère. Cela semble d'autant plus opportun que la loi reconnaît à la femme le droit de provoquer des mesures judiciaires pour freiner les abus éventuels du mari. Mais il faut noter que la femme, craignant pour la survie du ménage, usera très rarement de cette prérogative pour obtenir du juge qu'il rapporte ou modifie les décisions du mari, contraires aux intérêts de l'enfant ou de la famille.

Au contraire, les aménagements permettant à la femme de remplacer le mari dans sa fonction de chef de famille, comme indiqué plus haut, en cas de monogamie ou de polygamie, faciliteraient davantage la participation effective de la femme aux devoirs de garde, d'entretien, d'éducation et de correction des enfants.

§ 4 : LA NECESSITE D'INFLIGER DES SANCTIONS CIVILES OU PENALES
AUX PARENTS OU A TOUTE PERSONNE QUI AURAIT CELEBRE LE MARIAGE
ALORS QUE LA FILLE N'AVAIT PAS L'AGE REQUIS :

Cette solution avait été préconisée dans le rapport de l'amicale des Juristes sénégalais lors du colloque précité.

A notre avis, cette proposition est réaliste car des excès aux conséquences néfastes sont encore commis dans nos campagnes où des jeunes filles impubères sont données en mariage sans pour autant qu'elles remplissent les conditions psychologiques et physiologiques pour pouvoir procréer, comme en témoigne ce jugement de la justice de paix de Tambacounda en date du 11 février 1979 qui a annulé d'une nullité absolue, conformément aux articles 111 et 141 du code de la famille, le mariage célébré entre un homme de 49 ans et une fille de 13 ans.

Le tribunal de première instance de Dakar dans son jugement n° 5012 en date du 15 novembre 1980 (Balance n°2, page 15 et suite) a abondé dans le même sens, avec cependant une application particulière des dispositions de l'article 142 alinéa 2.

En effet la dame Djariatou Camara qui est née le 5 janvier 1964 a contracté mariage le 7 mars 1979 sous la coutume toucouleur islamisée avec Alpha Amadou Ly, né le 15 avril 1948. Le 5 décembre 1979 le mari décède des suites d'un accident de la circulation et, par actes servis les 7 et 10 janvier 1980, la dame Camara assigne l'auteur de l'accident en responsabilité et en paiement en sa qualité d'épouse sur le fondement des dispositions de l'article 137 du code des obligations civiles et commerciales.

Le défendeur à l'action fait plaider l'irrecevabilité de l'action au motif que ce mariage est nul pour avoir été contracté à un moment où la dame n'avait pas l'âge requis par la loi. Le problème ainsi posé au tribunal était de savoir si la dame Camara avait la qualité d'épouse pour prétendre à ce titre à la réparation d'un préjudice qu'elle a certainement subi ? La juridiction de Dakar a répondu à l'affirmative. En effet, après avoir déclaré le mariage nul, de nullité absolue, elle a déclaré ladite nullité couverte en se fondant sur l'article 142 alinéa 2 du code de la famille. Elle soutenait "qu'aux termes de l'article 135 du code des obligations civiles et commerciales, l'évaluation du dommage se fait au jour du jugement et non au jour de la demande ou celui du fait dommageable" ; "qu'ainsi, à la date du présent jugement (15 novembre 1980), Djariatou Camara qui est née le 5 janvier 1964 à largement atteint l'âge de 16 ans, ce qui a pour effet de couvrir la nullité dont était entaché originairement son mariage".

Cependant, nous pensons qu'une sanction pénale ou civile prononcée à l'encontre des parents ou de toute personne ayant célébré un tel mariage aurait peut être le mérite de permettre le respect des dispositions

protectrices de l'intérêt de la jeune fille et d'éviter les solutions de compromis (souvent à l'avantage du droit moderne ou inversement) comme l'a fait la décision ci-dessus rapportée.

§ 5 : LA NECESSITE POUR LES AUTORITES DE MENER UNE VASTE CAMPAGNE DE VULGARISATION ET DE DIFFUSION DU CODE DE LA FAMILLE :

Le code de la famille, on le sait, est entré en vigueur au Sénégal depuis 1973. Or, il est encore fréquent de constater sur certaines parties du territoire, des dissolutions du mariage par répudiation et des mariages sans consentement de l'épouse ou avant l'âge minimum exigé et ceci nonobstant les nouvelles dispositions qui réduisent à rien ces pratiques.

Nous pensons que les autorités, pour mieux mettre en oeuvre cette émancipation, devraient mener une vaste campagne de diffusion et de vulgarisation du code jusqu'ici ignoré dans la plupart des zones du territoire.

En effet, pour mieux rendre compte de ce changement de la situation juridique de la femme, l'existence d'une multitude de dispositions ne suffit pas, encore faut-il permettre aux bénéficiaires de ces dispositions d'en tirer profit. Les textes juridiques seraient insuffisants sans une large diffusion.

Ainsi, un vaste programme de diffusion du code dans les media dans les différentes langues nationales, jouerait à notre avis, un rôle important dans l'éveil des consciences et des mentalités.

SECTION II : LES REFORMES FUTURES :

Le respect de certaines coutumes solidement ancrées dans la mentalité des populations sénégalaises peut justifier le maintien provisoire de certaines coutumes. Une période transitoire est nécessaire pour préparer les esprits à la suppression d'institutions coutumières telles que la dot et la polygamie qui limitent l'émancipation de la femme.

§ 1 : LA SUPPRESSION DE LA DOT :

Le législateur sénégalais, contrairement à ses homologues ivoirien, guinéen, gabonais, a choisi de conserver la dot.

Il en fait l'affaire des époux en lui donnant un caractère

facultatif, espérant aboutir à son abolition, avec l'évolution des mœurs.

Nous continuons de croire que c'est la suppression de la dot qui assurera davantage l'émancipation de l'épouse et garantira plus solidement l'indépendance des époux vis-à-vis de leurs familles.

Depuis la loi n° 67-04 du 24 février 1967, la dot est réglementée : elle ne peut dépasser 3000 francs pour la dot proprement dite et 15 000 francs pour les réjouissances et cadeaux. Cependant ce texte n'a pas atteint ses objectifs puisqu'il n'est pas respecté.

En effet, la dot malgré sa "tarification" est encore l'objet d'une sorte de "marché noir". Les parents respectent apparemment le montant légal mais exigent du futur époux une importante somme d'argent et d'autres cadeaux, en violation de la législation.

§ 2 : LA SUPPRESSION DE LA POLYGAMIE :

La suppression de la polygamie, quant à elle, aurait pour avantage de rétablir une plus grande égalité dans le ménage.

Actuellement, cette institution maintient l'inégalité entre l'homme et la femme. Comme nous l'avons noté, du reste, l'argument religieux avancé par certains n'est justifiable que sous les conditions énoncées par le Coran.

Sa suppression assurerait, en tout cas aux enfants, une vie familiale plus favorable à leur émancipation.

Enfin, nous pensons que c'est par la suppression de la polygamie que le législateur réussirait à fonder le mariage sur une communauté de vie et de biens.

Pour cela, il faudrait arriver à faire du régime de communauté des biens, le régime de droit commun. Le mari, certes, resterait toujours le chef de famille, mais l'épouse bénéficierait, de par la loi, de garanties sûres pour prévenir toute mauvaise gestion des biens par le mari.

*

*

III/ - C O N C L U S I O N : =====

Concluant notre étude, nous pensons d'abord qu'un hommage doit être rendu au législateur sénégalais pour notre code de la famille, fruit de ses efforts. Comme nous l'avons dit, à travers les pages qui précèdent, ce code sera l'instrument efficace susceptible de conférer à la femme sénégalaise, un véritable statut de sujet de droit pleinement émancipé.

Certes, le code, à notre avis comporte des limites pour atteindre le but que nous pensons être le sien. Mais ces limites que nous avons soulignées pourront être transcendées grâce aux solutions à court et moyen terme que nous proposons.

Quoiqu'il en soit, la valorisation de la condition féminine est bien amorcée par le code de la famille, malgré les résistances de toutes sortes rencontrées par le législateur sénégalais et aussi par ses homologues ivoirien, gabonais ou malien. Le combat méritait d'être mené car la femme est bien l'autre partie de l'homme.

Et comme l'a dit Madame Maïmouna KANE, le 8 mars 1985 lors de son discours d'ouverture de la "Journée mondiale de la femme", "toute discrimination contre la femme est incompatible avec la dignité humaine".

Les législateurs africains ont réussi une synthèse d'exigences contradictoires même si sur certains points de leur oeuvre novatrice, des erreurs et des contradictions semblent apparaître.

En effet certaines solutions s'opposent d'une manière marquée aux traditions coutumières. D'autres par contre traduisent un espoir trop idéaliste de l'évolution rapide des mentalités. Enfin quelques solutions paraissent trop rigoureuses.

Mais le code reste inspiré par un besoin profond de justice à travers les idées d'égalité et de liberté, et par le souci de sécurité juridique.

C'est ainsi que doit être souligné l'esprit de réalisme dont a fait preuve le législateur sénégalais, en maintenant la dévolution successorale de droit musulman certes défavorable à la femme, par respect à la Constitution et aux traditions et croyances religieuses.

En revanche, la répudiation a été supprimée et, à côté du divorce contentieux, le divorce par consentement mutuel a été institué.

En effet, le divorce n'est pas toujours une arme que l'un des conjoints peut user contre l'autre à titre de sanction. Il peut aussi être un remède à la portée des deux époux lorsqu'ils se rendent compte qu'il y va de leur intérêt commun de dissoudre le lien conjugal.

Le législateur français, inspirateur de nos codes, a d'ailleurs suivi le législateur sénégalais dans cette voie en adoptant la loi n° 75-61 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce.

Notre pays, nous semble-t-il, s'oriente vers une législation à la fois plus réaliste et plus humaine. Cette législation ne devra être ni une codification des coutumes existantes, ni la copie d'une législation étrangère à l'Afrique. En effet, faire une compilation des coutumes serait aller à l'encontre de l'esprit de la réforme qui a pour but de favoriser le développement. Certaines coutumes constituent un frein au développement parce qu'elles sont figées.

Ensuite, calquer totalement une législation étrangère à l'Afrique, ferait perdre à celle-ci son originalité, son africanité.

A l'inverse, un droit trop en avance par rapport au contexte africain serait aussi inopportune car comme l'a si bien écrit Monsieur René David " le Droit ne doit pas être trop en avance, il doit composer avec les données sociales et respecter dans une certaine mesure les sentiments et voies naturels de la société, à peine de demeurer une oeuvre théorique et de perdre son caractère de droit, car il ne serait plus en dépit de toute valeur morale, ce qui est juste pour la société envisagée".

En tout cas, nous pouvons dire enfin que depuis 1973, un arsenal de dispositions émancipatrices est mis au service de la femme. Il lui appartient maintenant, grâce à l'information qu'elle aura correctement reçue de savoir se servir du code et permettre au juge de défendre ses intérêts. Elle sera donc en partie, le responsable de l'avenir du code.

Si un état d'esprit doit dominer, nous dirons pour terminer que le code, à bien le considérer, est un ensemble de concessions et de compromis parmi plusieurs valeurs traditionnelles de la société.

Et pour nous, le code illustre-t-il ~~ce~~ que l'homme sénégalais, transcendant tout complexe de masculinité, a su s'élever à un niveau où sa compagne lui apparaît à la fois égale à lui-même et différente de lui.

IV/ - B I B L I O G R A P H I E :

I/ - D O C T R I N E :

A/ - DROIT SENEGALAIS ANTERIEUREMENT AU CODE DE LA FAMILLE :

- ARRIGHI : Le Droit de la Famille au Sénégal :
Paris Maisonneuse et Lavose 1968 page 61 et suivantes
- DAVID (R) : La Refonte du Code civil dans les Etats africains
Annales Africaines 1962, page 162
- DECOTTIGNIES (R) : Prière à Thémis pour l'Afrique
In Revue Sénégalaise de Droit Privé n°1, page 5
et suivantes
- Requiem pour la famille africaine
In Annales Africaines 1965 page 251 et suivantes
- KANE (M) : Condition de la femme sénégalaise mariée selon la coutume
wolof islamisée. RJS : 1974 page 779 et suivantes
- MBAYE (K) : Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest
In Revue sénégalaise de droit, 1967, page 23 et suivantes
- Droit de la Famille en Afrique et à Madagascar
"In Etudes préparées à la requête de l'UNESCO"
page 22, Paris 1968
- MBACKE (M.M.) : La femme sénégalaise en droit coutumier :
règles traditionnelles et leur évolution
RJP 1974, pages 779 et suivantes
- YOTINGA (N) : Du droit de "boxer" sa femme "Penaut 1977, page 5"

B/ - SUR LE CODE DE LA FAMILLE :

- GUINCHARD (S) : Réflexions critiques sur les grandes orientations
du code de la famille : Penaut 1978, page 175 à 325
- Droit patrimonial de la famille au Sénégal
N.E.A. 1980
- KANE (M) : La protection de la femme et de l'enfant dans le
code sénégalais de la famille
RSD 1974, volume 16, page 33
- KOUASSIGAN (G) : Quelle est ma loi? Tradition et Modernisme
dans le droit privé de la famille en Afrique
noire francophone

- MBACKE (M.M) : De la protection de la femme et de l'enfant dans le code de la famille : RSD 1973, vol. 30
RSD 1975, vol. 17, page 5
- NDIAYE (E) : Le statut juridique des époux dans le code de la famille, Thèse Droit, Dakar 1975
- Etude comparative du statut des époux dans le droit de la famille (Sénégal, Côte d'Ivoire, Guinée, Gabon Mali) RSD 1975, vol. 18, page 5
- NDIAYE (Y) : Le nouveau droit africain de la famille RSD 1978, vol. 21
- Le divorce et la séparation des corps NEA, 1979
- NIANG (M) : L'évolution de la dot au Sénégal : de la tradition ou de la modernité : Penaut 1974, page 299
- Rapport sur le code de la famille présenté devant le Conseil national de l'Union Progressiste sénégalaise le 10 juillet 1966 par Alioune Badara Mbengue (Ministre de la Justice)
- Rapport du colloque sur le code de la famille de l'Amicale des Juristes sénégalais tenu à Dakar les 27 et 28 janvier 1983

II/ - LEGISLATION :

- Decret Mandel du 15 juin 1939
- Decret Jacquinot du 14 septembre 1951

SENEGAL :

- loi n° 72 du 12 juin 1972 portant code de la famille Journal Officiel n° spécial 4243 du 12.08.1972
- loi 6304 du 24 février 1967 relative aux cérémonies familiales, Journal officiel du 1er mars 1967
- Arrêté du 28 janvier 1961 fixant la liste des coutumes au Sénégal

FRANCE :

- Code civil
- loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, Code civil, 70ème édition, 1970/71
- loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, Journal officiel du 12.07.1975

MALI :

- loi n° 62-17 AN RM portant code sur le mariage et la tutelle du 3 février 1962, Journal officiel février 1962

GUINEE :

- loi 41 AN 68 du 5 février 1968 portant interdiction de la polygamie et réglementation du divorce
Journal officiel du 1er avril 1968
- loi 54 AN 62 du 14 avril 1962 relative aux conditions nécessaires pour contracter mariage
Journal officiel du 1er janvier 1962

GABON :

- loi n° 20/63 du 31 mai 1963 portant interdiction de la dot et réprimant les infractions relatives au mariage et à la famille
Journal officiel du 27 juillet 1968

COTE D'IVOIRE :

- loi n° 64-375 du 7 octobre 1964 relative au mariage
Journal officiel du 27 octobre 1964

III/ - JURISPRUDENCE :

- Justice de Paix de Dakar : 26 juin 1975 RCSP Tome 2, page 226
- Tribunal de 1ère Instance de Dakar : 5 mai 1977, Répertoire Crédilla
- Justice de Paix de Bakel : 6 juillet 1973, Credilla 1979, page 71
- Justice de Paix de Bakel : 17 août 1973, Credilla 1976, page 124
- Tribunal de 1ère Instance de Dakar : 4 janvier 1977 et 5 mai 1977
Divorce et séparation de corps : Youssoupha Ndiaye NEA
- Tribunal de 1ère Instance de Dakar : 13 février 1979, RSD
- Tribunal de 1ère Instance : 15 novembre 1980, Balance n° 2
page 15 et suivantes
- Justice de Paix de Tambacounda : 6 décembre 1974, en appel Tribunal de 1ère Instance : 22 décembre 1975, Sira Awa Badjigo Rec, Credilla tome II, n° 15
- Justice de Paix de Bakel : 17 janvier 1974, recueil Credilla, Tome I, n° 17
- Cour d'Appel de Dakar, 8 juin 1973, Dame Ndioro Ndiaye c/ Dame Simon (arrêt n° 138, recueil ASERJ 1973 n° 2, page 92

*

* * *

*