

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1977-1978

SECTION MAGISTRATURE

Les voies d'attaque et de défense contre la présomption de paternité

**Mémoire présenté par
ALY SARR**

né le 8 novembre 1949 à St-Louis

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT SUPERIEUR

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

Année Scolaire 1977 - 78

Section : Magistrate

MEMOIRE DE STAGE

Sujet : Les voies d'attaque et de défense
contre la présomption de paternité

présenté par

Aly SAR

né le 8 Novembre 1949 à St-Louis

F) L A N I

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

Ière PARTIE : LA PRESOMPTION "PATER IS EST" -
DOMAINE D'APPLICATION - FORCE -

SECTION I : La présomption "pater is est"

SECTION II : Domaine de la "présomption pater is est"

Paragraphe I : La présomption de durée des grossesses

Paragraphe II : La conception hors mariage - Problème :
de l'extension du concept de légitimité
A- L'enfant né dans les 180 premiers
jours du mariage -

B- L'enfant né plus de 300 jours après
la dissolution du mariage -

Paragraphe III: La présomption omni meliore momento et
sa portée -

SECTION III: Force de la présomption "pater is est" -

Paragraphe I : Les divers degrés de la présomption -

Paragraphe II : Situation de l'enfant conçu pendant le
mariage -

Paragraphe III: Situation de l'enfant conçu avant la cé
lébration du mariage -

A- L'enfant né après la célébration mai
avant la dissolution du mariage -
1°/ La thèse de la légitimation -
2°/ La thèse de la légitimité -

B- L'enfant né après la célébration et
après la dissolution du mariage -

.../

Paragraphe IV : Situation de l'enfant conçu après la dissolution du mariage -

Paragraphe V : Situation de l'enfant conçu pendant une période ambiguë -

A- Absence du mari -

B- La dispense du devoir de communauté de vie -

1ère hypothèse -

2ème hypothèse -

C- Délai de viduité raccourci ou mécon-

nu

2ème PARTIE : LE DESAVEU DE PATERNITE -

(Voie de défense)

LA CONTESTATION DE LEGITIMITE -

(Voie d'attaque)

SECTION I : Le désaveu de paternité

Paragraphe I : le désaveu proprement dit -

I - Les cas de désaveu

A- Impossibilité physique de cohabitation -

a) l'éloignement -

b) l'impuissance -

B- le recel de naissance et de grossesse -

C- La preuve scientifique

II- Le régime de l'action en désaveu proprement dit -

A- Le titulaire de l'action en désaveu

B- Contre qui est-elle dirigée ?

.../

C- Quand peut-on intenté l'action ?

III- Résultat de l'action en désaveu proprement dit -

Paragraphe II - Le désaveu péremptoire ou désaveu par simple dénégation -

I°/ La connaissance par le mari de la grossesse de la femme -

2°/ l'assistance à l'établissement de l'acte de naissance -

3°/ L'enfant n'est pas né viable

Paragraphe III- Le désaveu en défense a.209 al.4 C.F.

Paragraphe IV- Le désaveu préventif -

SECTION II : La contestation de légitimité

Paragraphe I - Conditions et effets de la contestation de légitimité d'après la loi Française du 3 Janvier 1972 -

Paragraphe II- La contestation de la légitimité d'après le code de la famille -

I - l'a. 192. al.2 - I°/ du code de la famille -

II- l'a. 192 al.2 - 2°/ du Code de la famille -

III- Les hypothèses non prévues par l'a. 192, al.2 - 2°/ du code de la famille -

IV- l'absence du mariage -

V- récapitulatif -

C O N C L U S I O N

" La loi est morte, le magistrat est vivant;
c'est un grand avantage qu'il a sur elle."

Anatole FRANCE

" A ceux dont l'amour, le soutien et la compréhension me gouvernent ".

-o- INTRODUCTION -o-
-o-o-o-o-o-o-o-o-o-

Le Sénégal par la loi de 1972 portant Code de la Famille a été parmi les premiers états Africains à édicter des normes juridiques en matière de Statut personnel; ce qui a été une grande innovation par rapport à beaucoup de législations qui ne se sont pas encore détachées ne serait-ce que de façon formelle à l'emprise du Code Civil Français .

Ainsi les législateurs Sénégalais, pour ce premier pas timoré certes mais très important a institué un Code plus éducatif que normatif soucieux de laisser dans la majorité des cas un choix aux judiciaires, une option, manifestation très nette de l'autonomie de la volonté .

Cependant, guidés par le principe qui établit que la loi doit enregistrer les mœurs au lieu de vouloir les créer, les législateurs afin d'intéresser la totalité de la population, ont proposé un code de compromis, creuset de la législation moderne des coutumes et du Droit musulman .

Certes, les avantages de cette façon de légiférer ne sont pas à négliger car ils ont servi de palliatif devant l'impossibilité de faire une hiérarchie ou même une primauté entre les différents systèmes juridiques, mais ils ont conduit le législateur vers un inconvénient lui aussi non négligeable qui finalement sera considéré par certains comme une solution de facilité; il s'agit de la reprise dans la majorité des cas de la jurisprudence Française .

Cette jurisprudence qui est par essence même évolutive a été figée dans le Code de la Famille; mais c'est là une question de politique législative sur laquelle nous n'avons pas à nous attarder dans nos propos .

Le Droit de la Filiation n'a pas fait exception à la règle reprenant les concepts occidentaux sans pour autant au préalable voir s'ils étaient compatibles avec la mentalité Sénégalaise avec l'esprit communautaire et notre conception extensive de la notion même de famille .

Toujours est-il que dans ce droit de la filiation, le législateur Sénégalais en protégeant la famille conjugale contre l'ancienne famille patriarcale a repris l'ancienne présomption pater is est issue des Romains qu'il a fait peser sur le mari, tout en lui laissant des voies d'attaque et de défense à l'image du droit Français .-

- Ière PARTIE -

LA PRESOMPTION " PATER IS EST "
DOMAINE D'APPLICATION
&
PORTÉE

S E C T I O N I

La présomption "Pater is est"

La filiation légitime suppose la conception par le mari . Mais comme il n'est aucune méthode scientifique permettant de déterminer l'auteur de la conception, l'enfant est dans l'impossibilité d'apporter une preuve positive de sa filiation légitime paternelle . Aussi le législateur Sénégalais (Arti. 191 du Code de la famille) a-t-il dû faire bénéficier l'enfant né d'une femme mariée, d'une présomption légale de paternité . "Pater is est quem nuptiae demonstrant", fondée sur l'obligation de cohabitation entre époux et le devoir de fidélité de la femme mariée .

La légitimité exige la conception par le mari. Mais il n'est pas possible dans l'état actuel de la science, de déterminer l'auteur de la conception . Sans doute, l'analyse des sangs du mari, de la mère et de l'enfant peut, dans certains cas établir que le mari n'est pas le père de l'enfant .

(Riom 4.4.1962 - D-1962 - 577)

(Paris 13 Oct. 1966 - Sem.Jurid. 1968 - II - 15.382)

Mais on n'a jamais pu faire la preuve positive de la paternité par l'analyse sanguine . L'enfant se trouve ainsi dans l'impossibilité de démontrer qu'il est l'enfant du mari de sa mère .

Le législateur a dû se contenter d'une présomption déjà connue des romains et que l'on formule par l'adage "pater is est quem nuptiae demonstrant". C'est la règle reprise par l'art. 191 du Code de la Famille : "Tout enfant né 180 jours au moins après la célébration du mariage de sa mère et 300 jours au plus à compter de la dissolution de ce mariage est présumé avoir pour père le mari sous réserve de l'application des dispositions de l'article 112 al. 2 " (Délai de viduité) .

.../

Cette présomption est donc indispensable sur le plan pratique, puisqu'il serait impossible à l'enfant d'établir directement sa filiation paternelle .

Dans les civilisation archaïques, où la volonté du pater familias était toute puissante, le mari choisissait entre les enfants de sa femme ceux qu'il considérait comme les siens pour les présenter aux divinités du foyer et à un stade plus avancé par souci de protéger la famille légitime, le droit a été obligé de présumer que le mari était le père des enfants de sa femme .

On peut justifier d'ailleurs cette présomption par la double obligation qui pèse sur la femme : à l'époque de la conception celle-ci était mariée, elle avait donc le devoir de fidélité et le devoir de cohabitation.

Sans doute, il arrive qu'elle se soustrait à ses obligations, mais l'absence de faute étant présumée, donc, la conception sera supposée faite par le mari .

S E C T I O N II

Domaine de la présomption "Pater is est"

La conception pendant le mariage : la durée légale de la grossesse et la date présumée de la conception -

Pour que joue la présomption "pater is est", il serait normal d'exiger que la conception ait lieu pendant le mariage ; en dehors du mariage, la femme n'a en effet aucune obligation de fidélité, encore moins de cohabitation . Cependant le législateur contemporain, reprenant les solutions de la jurisprudence a étendu la présomption à des enfants conçus en dehors du mariage (Art. 192 du Code de la famille). La présomption est alors moins forte que dans les cas où l'enfant a été conçu dans le mariage (article 191 du Code de la famille) .

Comment peut-on cependant fixer la date de la conception ?

Tandis que l'accouchement est un fait qui ne peut être tenu au secret, sa date étant généralement facile à déterminer, la conception elle est un fait "obscur" qui n'est connu par les époux eux mêmes, qu'au bout d'un certain temps. On est alors obligé d'en fixer la date en se basant sur

la durée des grossesses . Quid de cette durée ?

PARAGRAPHE I :

La Présomption de durée des grossesses -

Le code de la famille dans son article 191, a repris les solutions de la jurisprudence Française relativement à la limitation de la durée des grossesses.

En effet, en présence de l'hésitation des anciennes coutumes, des arrêts des parlements avaient arbitrairement fixé à plus d'une année, la durée de certaines grossesses. Aussi avait-il paru nécessaire aux rédacteurs du Code civil de mettre un terme à ces incertitudes, en fixant des limites qui s'imposent au tribunal. Ils consultèrent dans ce but des médecins, notamment FOURCROY, qui déclarèrent que la durée de la grossesse de la femme mettant au monde un enfant vivant et viable pouvait varier entre 186 et 275 jours; l'enfant naissant normalement à terme 275 après sa conception .

Par faveur pour la légitimité, peut être parce qu'ils n'avaient pas une absolue confiance en la science médicale, les rédacteurs étendirent le délai; ils fixèrent les durées minimale et maximale de la grossesse à 180 et 300 jours .

Quoi qu'il en soit, le délai légal dans lequel peut être placée la date de la conception est de 121 jours (300 - 180) : la conception peut être située dans la période qui s'étend du 300^e au 180^e jour avant la naissance, étant précisé que le 180^e et le 300^e jour sont compris dans cette période dite de "conception" .

Au terme de l'article 311 du Code Civil (191 du Code de la famille) l'enfant est donc considéré comme étant conçu dans le mariage lorsque sa mère a été mariée, ne serait ce qu'un jour au cours de ce délai .

Cette présomption de grossesse, demeure malgré tout assez faible maintenant en France depuis la réforme du 3 Janvier 1972 (article 311 - Alinéa 3 du Code Civil) .

Il serait donc possible de prouver qu'en raison de son état physique au moment de sa naissance (enfant né à terme), le nouveau né n'a pas

été conçu 180 jours seulement avant sa naissance . A l'inverse on sera admis de démontrer que l'enfant a été conçu dans les 180 jours qui ont précédé sa naissance : par exemple, lorsque l'enfant né avant terme un peu moins de 180 jours après la célébration du mariage et doit être mis en couveuse; le mari pourra alors, il est vrai le désavouer plus facilement (Article 314 du Code Civil).

De même, on pourra ordonner une expertise pour rechercher si l'enfant bien que né plus de 300 jours après la dissolution du mariage n'a pas été en réalité conçu dans le mariage .

Avec les progrès actuels de la science médicale, il était à certains égards souhaitable, sur le plan législatif, de ne faire de présomption légale de grossesse de l'article 311 alinéa I du Code Civil (191 Code de la famille), qu'une présomption simple qui pouvait tomber devant les preuves scientifiques; de là la règle posée par l'alinéa 3 de l'article 311 du Code Civil où conformément aux données du droit comparé (Allemagne - Suisse) le caractère irréfragable de la présomption a été écarté .

PARAGRAPHE II :

La conception hors du mariage :

Problème de l'extension du concept de légitimité -

La présomption de paternité ne ne devrait jouer qu'en faveur des enfants conçus pendant le mariage . Cependant la notion de légitimité se trouve aujourd'hui étendue. La Jurisprudence, puis la loi du 3 Janvier 1972 que l'on retrouve dans le Code de la famille, ont considéré comme légitime l'enfant né pendant le mariage même s'il a été conçu avant .

A/ - L'enfant né dans les 180 jours du mariage -

La conception de cet enfant né dans le mariage, est antérieure à la célébration. Illégitime lors de sa conception, il ne devrait jamais être légitime; on pourrait seulement considéré que, par le mariage de ses parents il s'est trouvé légitimé comme l'enfant naturel reconnu, dont les parents se marient . Il y a pourtant d'importants intérêts pratiques à distinguer l'enfant légitimé de l'enfant légitime :

- L'enfant légitime a cette qualité depuis sa conception, il bénéficie de tous les avantages pécuniaires attachés à son état . Au contraire la légitimité ne rétroagit pas : l'enfant n'est légitimé qu'à dater du ma-

riage de ses parents; auparavant il était enfant naturel .

- D'autre part, tandis que l'action en désaveu, qui ~~surte~~ l'enfant légitime de la famille est réservée au mari; l'action en contestation de reconnaissance et de légitimation, dirigée contre l'enfant reconnu et légitimé est ouverte à tous les intéressés (Article 339, alinéa I du Code Civil).

La Jurisprudence a d'abord considéré l'enfant né dans les 180 premiers jours du mariage comme légitimé par une sorte de reconnaissance tacite résultant de la volonté de ses parents de se marier . Par deux arrêts du 28 Juin 1869 - D 1869 - I. 335; S.1869 - I- 445, la Cour de cassation affirmait en effet que ; "si cet enfant né légitime, quoique légalement présumé conçu avant le mariage, ce n'est que par l'effet d'une fiction de la loi qui suppose de la part de ses parents, l'intention de lui conférer la légitimité par leur mariage postérieur à la conception, mais antérieur à la naissance". Et la Cour de cassation en déduisait que la reconnaissance d'un enfant adultérin étant nulle à l'époque, l'enfant adultérin au moment de sa conception ne pouvait devenir légitime, bien que naissant dans le mariage .

Mais la Cour de Cassation devait adopter la position opposée dans la célèbre affaire DEGAS, exemple très remarquable d'un revirement de Jurisprudence .

8 Janvier 1930 - D. 1930 - 1 - 51

S. 1930 - 1 - 257 - Note GENY .

La Chambre Civile déclarait que du moment qu'il était né dans le mariage, l'enfant est légitime, quelque soit la date de sa conception. Elle ~~en a déduit que sa légitimité ne peut être critiquée au motif que, lors de sa conception, il était enfant adultérin~~: "Mais attendu que tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime, quelque soit la date de sa conception".

A la suite de l'arrêt DEGAS, la doctrine marqua encore quelques hésitations . On se demandait si la légitimité rétroagissait au jour de la conception, ou si elle ne bénéficiait à l'enfant qu'à dater du mariage de ses parents .

La Cour de cassation devait préciser ce point dans l'affaire DEWALLE du 2.7.1936 - D - 1936 - 1 - 118 et surtout dans l'affaire HIERAVAL .

L'arrêt des Chambres réunies rendu dans cette affaire est catégorique : "l'enfant né dans le mariage est légitime depuis sa conception et quelque soit la date de sa conception". Chambres réunies 8 Mars 1939 - S. 1941 - 1 - 25 - BAT IFFOL -

" Attendu que l'enfant né pendant le mariage est légitime et possède dès l'époque de sa conception, fût elle antérieure au mariage, vocation à la rente attribuée aux enfants légitimes ".

Ce qui a surtout guidé les tribunaux, c'est le souci majeur de préserver les intérêts de l'enfant . Ils ont en effet estimé difficile d'appliquer un traitement différent aux enfants d'une même union selon la date de leur naissance, du moment qu'elle se situe dans le mariage. Ils ont même avec l'arrêt HEROVAL permis à l'enfant d'exercer un choix .

B/ - L'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage ou la disparition du mari

L'article 315 du Code civil faisait bénéficier de la légitimité l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage : tant qu'aucun intéressé ne le contestait, l'enfant était considéré comme légitime . Du moins cette légitimité était-elle fragile puisque dès qu'un membre de sa famille avait un intérêt successoral à écarter l'enfant, il ne manquait pas de le faire et même un intérêt moral suffisait d'ailleurs à quiconque d'intenter l'action .

La commission de réforme du Code Civil a estimé qu'il n'y avait pas lieu de maintenir cette fiction de légitimité dont la justification n'était qu'historique; l'article 482 de l'avant projet dispose : "N'est pas légitime l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage ou après un jugement déclaratif d'absence du mari de la mère ". C'est à peu de choses près la formule qu'ont retenue les rédacteurs de la loi du 3 Janvier 1972 et du Code de la famille du Sénégal : "la présomption de paternité n'est pas applicable à l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage, ni en cas d'absence déclarée du mari, à celui qui est né plus de 300 jours après la disparition."

PARAGRAPHE III :

La Présomption omni meliore momento
et sa portée

.../

Selon l'article 311 alinéa 2 du Code Civil (191 Code de la famille), "la conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période (de conception légale) suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant" .

Mais cet "intérêt" n'est pas nécessairement en accord avec la vérité, ce qui contredit l'esprit de la réforme de 1972 . On reconnaît là la solution adoptée par les Chambres Réunies de la Cour de Cassation dans l'affaire HEROUVAL .

Cependant, selon certains auteurs, demeurerait la possibilité, en évoquant l'alinéa 3 de l'article 311 du Code Civil, de démontrer que le moment ainsi choisi n'est pas celui de la conception . La Jurisprudence ne l'a pas admis (Tribunal Grande Instance THONON LES BAINS 15 Novembre 1974 Sem. Juridique 1976 - II - 18402), partant à juste titre de cette idée, que ce qui compte avant tout c'est l'existence d'une période légale de conception .

La question s'est posée à propos de l'article 342 du Code Civil, alinéa I qui indique que "tout enfant naturel dont la filiation n'est pas légalement établie, peut réclamer des subsides à celui qui a eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de la conception, article qui a été repris dans le Code de la famille pour l'action en indication de paternité (article 215 du Code de la famille) .

Lorsque la mère prouve que le défendeur a eu des relations intimes avec elle pendant la "période légale" de conception, celui-ci est-il en droit de substituer à cette période, grâce à l'intervention du Médecin par exemple, un délai beaucoup plus court en vue de faire déterminer la date physiologiquement la plus probable de la conception 3 .

S'il en était ainsi, la période de 121 jours pourrait être aisément réduit .

Dans le cas de conflit entre l'article 342 du Code Civil (215 du Code de la famille) et 311 alinéa 3 Code Civil (191 Code de Famille) la présomption omni meliore momento qui a été selon l'alinéa 2 de l'article 311 du Code Civil établie dans l'intérêt de l'enfant se retournerait contre lui . D'autre part, il y aurait là une nouvelle brèche dans l'édifice déjà bien ébranlé, qui protège la filiation légitime/

Car si on raisonne non plus sur le texte de l'article 342 du Code Civil, mais sur celui de l'article 314 du Code Civil, rien ne s'opposerait alors en parlant de la présomption *omni meliore momento* ainsi interprétée au détriment de la présomption légale de conception, à ce que soit écartée la présomption de paternité légitime par simple dénégation pour un enfant né plus de 180 jours après le mariage sous le simple prétexte qu'il a été réellement conçu avant le mariage .

S E C T I O N III

La force de la présomption "Pater is est"

PARAGRAPHE I

Les divers degrés de la présomption pater is est

Parmi les présomptions légales, les unes tombent devant la preuve contraire, ce sont les présomptions simples ou *juris tantum*; les autres ne sont susceptibles d'aucune preuve contraire, ce sont les présomptions irréfragables ou *juris et de jure* .

La présomption "pater is est" était considérée dans le système du Code Civil comme n'étant pas absolument irréfragable . Elle pouvait être attaquée par le mari (action en désaveu), parfois par toute personne intéressée (action en contestation de légitimité) mais dans quelques cas seulement ; de telle sorte qu'on ne pouvait non plus l'arranger parmi les présomptions simples. Sa force variait d'ailleurs selon les situations dans lesquelles elle jouait .

Lorsque la présomption a toute sa raison d'être, c'est à dire lorsque l'enfant a été conçu dans le mariage, sa force était très grande : seul le mari pouvait la combattre par l'action en désaveu et dans des cas très limités .

Parfois la force de la présomption est amoindrie : comme dans la situation précédente, le mari seul pouvait l'attaquer et il devait intenter l'action en désaveu, mais il lui était facile de réussir . Il en était ainsi lorsque l'obligation de cohabitation ne subsistait pas entre les époux, ou lorsque l'enfant avait été conçu avant le mariage bien qu'il soit né dans le mariage . C'est que dans ces cas la paternité du mari est douteuse .

Parfois enfin, la force de la présomption est si faible que n'importe qui, à la seule condition d'y avoir intérêt, pouvait la faire tomber et très facilement par l'action de contestation de légitimité : lorsque l'enfant avait été conçu après la dissolution du mariage .

Quid de la réforme du 3 Janvier 1972 en France et
du Code de la Famille ?

Il convient de noter que les solutions Françaises ont été comme nous l'avions dit au départ transplantées au Sénégal. Il en résulte que la loi du 3 Janvier 1972 a modifié profondément les règles du Code civil . Elle pose tout d'abord le principe que la présomption de grossesse peut être combattue par la preuve contraire (article 311 alinéa 3 du Code Civil) En second lieu, elle autorise le mari à désavouer l'enfant s'il justifie simplement de faits "propres à démontrer qu'il ne peut pas en être le père" . (article 312 du Code Civil - 191 Code de la famille) Surtout elle limite considérablement le domaine de la présomption, celle-ci ne joue plus à l'égard de l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance ayant autorisé les époux à résider séparément et moins de 180 jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la reconciliation (sauf lorsque l'enfant a, à l'égard des époux la possession d'état d'enfant légitime).

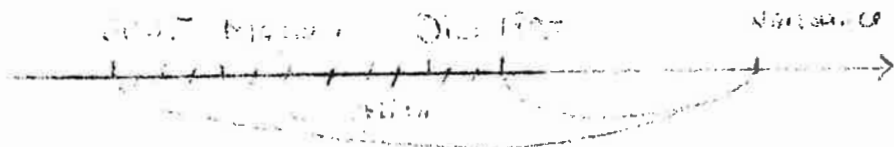
On considère alors que l'enfant a pour père celui qui était marié avec sa mère au moment de sa conception . On résoud ainsi la paternité par la question du mariage . Cependant, si le mari est le père des enfants de sa femme, cela signifie t-il que les enfants légitimes ont pour père le mari de leur père, et par chaque fois qu'un enfant est rattaché au mariage de ses parents, il aura pour père le mari de sa mère . Il en résulte que la légitimité d'un enfant permet de déterminer la filiation paternelle de cet enfant . Quid ? Le mari est-il le père de tous les enfants de sa femme ? Si c'est un principe unanimement admis, il est des cas où il est écarté . Il faut donc rechercher dans quelle hypothèse l'enfant est-il rattaché au mariage de sa mère, c'est à dire dans quelle cas il est considéré comme légitime . Il en résulte que la légitimité est la réponse à la paternité .

P A R A G R A P H E II -

Situation de l'enfant conçu pendant le mariage

C'est la situation normale de l'article 191 du Code de la famille, c'est à dire l'enfant né plus de 180 jours après le mariage ou 300 jours au plus après la dissolution du mariage .

Cependant, même dans cette hypothèse où la présomption pater is est doit s'appliquer normalement, il y a des situations où l'on pourrait douter que l'enfant soit conçu pendant le mariage . C'est par exemple le cas de l'enfant né peu après la célébration du mariage (210 jours = 7 mois), ou bien longtemps après la dissolution du mariage (plus de 9 mois et demi). On voit nettement que dans le 1er cas il a certainement été conçu avant le mariage et dans le 2° cas, après la célébration du mariage, c'est à dire qu'il a été conçu hors mariage . Cependant du moment que la présomption du délai de conception est irréfragable, il est impossible de prouver la date exacte où l'enfant a été conçu . Il suffit qu'un seul des 121 jours de la durée légale de conception se situe pendant le mariage pour que l'enfant soit réputé conçu pendant le mariage .



P A R A G R A P H E III -

Situation de l'enfant conçu avant la célébration du mariage

C'est l'hypothèse de l'article 192 du Code de la famille, c'est à dire de l'enfant qui est né dans les 179 premiers jours qui suivent la célébration du mariage ou avant le 180° jour du mariage .

Il convient ici pour la commodité de l'exposé de faire une étude distincte entre l'enfant qui est né après la célébration, mais avant la dissolution et l'enfant qui est né après la célébration et après la dissolution de l'union .

A/- L'enfant né après la célébration mais avant la dissolution du mariage .

Cet enfant est certainement conçu avant le mariage; mais on ne peut pas dire que cet enfant puisse être rattaché au mariage de ses parents par sa conception . Or l'article 192 dispose : "l'enfant né même avant le 180°

du mariage ne peut être désavoué par le mari dans les cas suivants" . Il convient ici de faire une étude de cet article, car si l'enfant peut être désavoué, cela signifie que normalement il est considéré comme légitime . On se trouve dans l'hypothèse d'un enfant conçu naturel et qui est né légitime car au moment où il est né, on peut le rattacher au mariage de ses parents . Tout se passe comme s'il y avait un changement dans la qualité de sa filiation, hors ce changement dans la filiation est souvent le résultat d'une légitimation .

C'est la raison pour laquelle certains auteurs avaient pensé qu'il était paradoxal que cet enfant conçu naturel naisse légitime et pour eux le seul moyen de résoudre cette contradiction était de considérer l'enfant légitime par légitimation et non par la loi .

Cette querelle doctrinale a son importance à plusieurs degrés et il convient de les examiner tour à tour .

I°/ La thèse de la légitimation

Civ. 26 Juin 1869 - D - 1869 - I - 335 -

Cette thèse part de la considération que l'enfant étant conçu naturel, il y a eu dans la gestation un changement de filiation, résultat de la légitimation .

Les conséquences de cette thèse étaient importantes :

- La légitimation n'était possible que si les conditions de la légitimation étaient réunies, or à cette époque, n'importe quel enfant ne pouvait être légitimé (enfant adultérin par exemple). Mais cette conséquence n'a qu'un intérêt historique car le code de la famille ne distingue plus entre enfant naturel simple et enfant naturel adultérin .

- La 2° conséquence est que la légitimation ne prend effet qu'à la date de l'événement dont elle découle, c'est à dire à la date du mariage . Certes l'enfant légitimé a les mêmes droits que l'enfant légitime, mais ses droits ne rétroagissent qu'à la date du mariage, ce qui est différent pour l'enfant légitime . Cette thèse n'a pas été retenue par la Jurisprudence antérieure .

.../

2°/ La thèse de la légitimité

cf aff. DEGAS précitée 8.I.1930 - D 1930 I° - 58

Il convient pour notre exposé de faire un bref rappel des faits de la cause . Le peintre DEGAS vivait aux Etats Unis, et du premier mariage qu'il avait contracté en 1869, il eut plusieurs enfants . DEGAS abandonne sa femme qui obtient devant la juridiction américaine le divorce le 25 Janvier 1879 . Ensuite il se remarie avec sa maitresse et 167 jours après la célébration de ce mariage nait un enfant .

Le deuxième mariage fut annulé en France pour bigamie, car on a considéré le divorce du 25 Janvier 1879 comme sans effet en France . Le mariage nul étant réputé putatif, DEGAS meurt et laisse une succession substantielle situation qui fatalement devait conduire à un procès entre les enfants du premier mariage et ceux du second, les premiers prétendant que l'enfant du deuxième mariage n'était pas légitime, mais aussi qu'il ne pouvait pas avoir la part d'un enfant naturel car il était adultérin et n'avait droit à l'époque qu'à une obligation alimentaire .

Certes, la loi prévoit que l'enfant né dans les 179 jours après le mariage était légitime ^{not} par légitimation, mais ici l'enfant étant adultérin ne pouvait être légitimé . La Cour de cassation a considéré que la seule naissance pendant le mariage suffisait à conférer la qualité d'enfant légitime, abstraction faite de la conception .

Il faut noter que l'argumentation de l'arrêt était faible, mais elle a donné une deuxième source de légitimité, une source autonome .

A partir du moment où l'enfant a pour père le mari de sa mère, même si lors de la conception celle-ci n'était pas mariée, la présomption paternelle n'est plus une règle de preuve mais une règle de fond. Le rattachement de l'enfant né pendant le mariage de la mère, devient un effet légal sans que l'on s'occupe de son caractère vrai ou faux. C'est un rattachement artificiel et la légitimité devient un effet du mariage, une qualité attachée par la loi .

B/- L'enfant né après la célébration et après la dissolution du mariage -

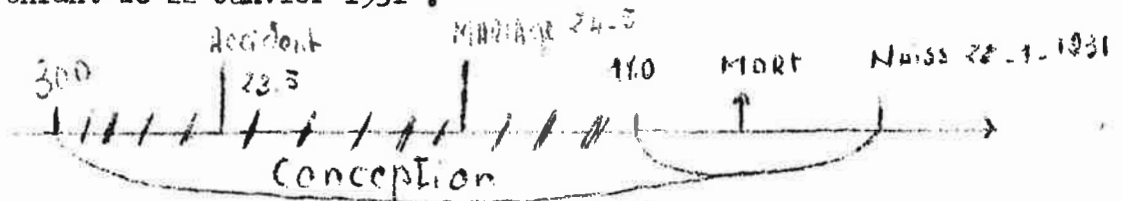


.../

Cette hypothèse est quand même délicate car, quand il a été conçu ses parents n'étaient pas mariés et quand il est né ils ne le sont plus . La Cour de cassation a jugé que cet enfant est légitime car le texte ne distinguait pas parmi les enfants nés dans les 180 jours de mariage . L'argument de la dissolution n'est pas pertinente car si l'enfant était conçu avant le mariage, il aurait été légitime s'il fut ^{né} moins de 180 jours .

Dans cet exemple, les conditions des article 191 et 192 du Code de la famille sont réunies . Cependant l'argument juridique était que cet enfant ~~est~~ né moins de 300 jours après la dissolution du mariage . Dans l'affaire tout se passe comme s'il y avait un OU au lieu de ET (article 191 du Code de la famille) et c'est comme si les termes étaient alternatifs . Qu'est ce qui rattache cet enfant à ses parents ? C'est la grossesse de sa mère qui le rattache au mariage, il en résulte que la gestation pendant le mariage était la 3^o source de légitimité .

Cependant, il nous faut examiner un problème dans l'affaire HERAUVAL précitée. (S. 1936 - 1 - 17) où un ouvrier avait été victime d'un accident le 23 Mai 1930, il se marie avec sa concubine le 24 Mai 1930 et six mois après, c'est à dire le 11 Décembre 1930, il meurt et sa veuve donne naissance à un enfant le 22 Janvier 1931 .



Cet enfant est réputé conçu pendant le mariage bien qu'une partie du délai de conception soit située avant le mariage . Il y eut un problème car d'après une loi de l'époque relative aux accidents, il fallait pour bénéficier des rentes certaines conditions :

- Il fallait être légitime et conçu avant l'accident
- ou bien être naturel mais être reconnu avant l'accident .

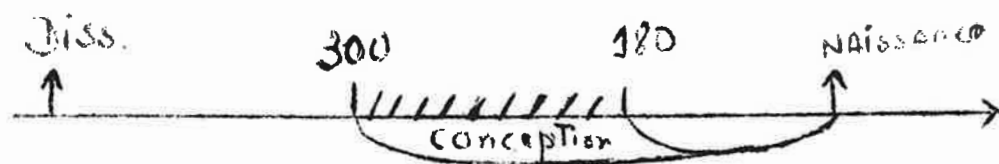
Pour sortir de cette situation, il a fallu déjouer plusieurs obstacles pour dire que la légitimité rétroagit au jour de la conception d'une part, d'autre part on a admis que le jour de cette conception peut être placé au meilleur moment dans l'intérêt de l'enfant .

En conclusion de cette partie, nous dirons qu'avec l'arrêt DEGAS, l'enfant peut placer sa conception avant le mariage tout en étant légitime et non légitimé; ce qui montre que le mécanisme de la présomption pater est un mécanisme de pure fiction juridique qui n'a rien à voir avec la réalité. La présomption sert à n'importe quoi, c'est en effet ^{un} effet légal du mariage, c'est une faveur qu'on fait à tous les enfants d'une femme mariée.

PARAGRAPHE IV -

Situation de l'enfant conçu après la dissolution du mariage.

C'est le cas de l'enfant qui n'a été ni conçu, ni porté et qui n'est pas né pendant le mariage; c'est à dire l'enfant qui est né plus de 300 jours après la dissolution du mariage.



Peut on démontrer que cet enfant a néanmoins été conçu après la dissolution ? Il semble que le caractère irréfragable de la présomption s'oppose à cette démonstration et avant le Code de la famille, la Cour de Cassation a rejeté l'offre de preuve d'une grossesse de 306 jours (J. CP 11.158) et l'article 192 alinéa 2 du Code de la famille dispose que la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution du mariage.

Avant le Code de la famille, l'article 315 du Code Civil disposait que la légitimité de l'enfant né plus de 300 jours après la dissolution pouvait être contestée, c'est à dire que cet enfant était légitime tant qu'il n'y avait pas de protestation ; c'est une "légitimité de faveur" qui tombait à la simple contestation.

Quid de notre article 192 alinéa 2 ? Est ce que la présomption ne s'applique pas de droit ou ne s'applique t'elle pas que quand on le demar Est ce que c'est la reprise pure et simple de l'article 315 du Code Civil sous une formulation différente ce qui suppose une action ?

Il semble que le texte du Code de la famille affirmant le caractère irréfragable doive écarter de droit la légitimité de cet enfant, mais en pratique cette conséquence ne signifie pas grand chose car si l'enfant

.../

d'une veuve est inscrit sous le nom de la mère et du père défunt et traité par la famille de sa mère comme l'enfant posthume . Il possède de ce fait un état civil conforme à sa possession d'état, ce qui ne permet plus une contestation possible .

P A R A G R A P H E V -

Situation de l'enfant conçu pendant une période ambiguë -

Il faut distinguer dans cette situation trois hypothèses :

A - En cas d'absence du mari -

C'est l'article I92 alinéa 2 du Code de la famille qui règle le problème . Avant le Code de la famille il était impossible de faire jouer la présomption pater is est à cause du décès possible du mari .L'enfant était donc naturel simple et non adultérin car pour faire valoir ce caractère, il fallait démontrer que le mari était vivant .

Sous le Code de la famille, la distinction entre l'enfant naturel simple et l'enfant naturel adultérin n'existe plus et la présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de 300 jours à partir des dernières nouvelles telle que cette date résulte de la déclaration de présomption ~~de~~ d'absence . Il est donc considéré comme naturel, sous réserve d'une confrontation de son acte avec sa possession d'état .

B - La dispense du devoir de Communauté de vie -

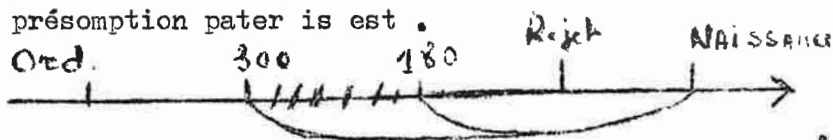
L'article I92 alinéa 2 - 2° pose le principe; seulement à la lecture de cet article, il convient de distinguer outre les deux cas prévus, deux autres cas non prévus par le texte .

1ère Hypothèse -

La présomption de paternité ne s'applique pas à l'enfant né plus de 300 jours après l'ordonnance ayant autorisé la résidence séparée quelle que soit le moment du divorce . Cependant, si la dissolution n'est pas prononcée et qu'à l'Etat Civil l'enfant porte le nom de son père, il peut être désavoué par simple rapprochement de date .

2ème Hypothèse -

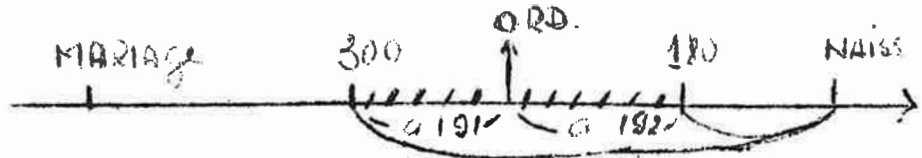
Il s'agit de l'enfant qui est né moins de 180 jours après le rejet de la demande ou la reconciliation des époux; il n'est pas ce fait couvert par la présomption pater is est .



Quid des deux autres cas non prévus par l'article I92 alinéa II 2° ?

Il s'agit des cas où l'ordonnance qui autorise la séparation de corps des époux ou qui rejette cette demande se place pendant les 121 jours de la période légale de conception . C'est là une hypothèse que le législateur Sénégalais n'a pas prévu et qui risque de poser de nombreux problèmes dans la pratique .

1ère hypothèse non prévue : l'ordonnance de séparation de corps intervient dans la période légale de conception -



Dans cette hypothèse, l'enfant verra sa situation changée suivant qu'il a été conçu avant ou après l'ordonnance . Ainsi, s'il a été conçu après l'ordonnance de séparation de corps, il le sera dans un mois ou ses parents n'étaient plus liés par l'obligation de Communauté de vie et il sera régi par l'article I92 alinéa II, c'est à dire la présomption pater is est ne s'applique pas . Au contraire si sa conception a eu lieu avant l'ordonnance de séparation de corps, il sera régi par le cas normal de l'article I91 du Code de la famille .

2° hypothèse non prévue : le rejet de la demande de séparation intervient dans la période légale de conception .

Le problème sera envisagé de la même manière, car si la conception a eu lieu avant le rejet de la demande, probablement elle n'a pas du être faite par le mari et l'enfant ainsi conçu devrait normalement sa situation régie par l'article I92 alinéa II du Code de la famille .

Par contre si l'enfant est conçu après le rejet de la demande, il le sera dans une période où le devoir de fidélité et de Communauté de vie était rétabli et sa situation sera régie par l'article I91 du Code de la famille .

La jurisprudence décide que cet enfant ne pourra être désavoué que par le désaveu proprement dit qui est difficile . Cet enfant est alors couvert par la présomption de l'article I91 du Code de la Famille et il n'est pas concerné par l'article I92 alinéa II .

.../

Dans la pratique, cette distinction peut avoir quelque intérêt, car supposons que la mère soit divorcée et se remarie avec son amant ; si l'enfant est conçu avant le rejet c'est à dire régi par l'article 192 alinéa 1 il est naturel et l'amant peut le reconnaître; par contre, s'il est conçu après le rejet, c'est à dire sous l'article 191, il est légitime et de ce fait il ne peut être reconnu par l'amant que s'il a été désavoué par le père légitime .

Seul l'enfant peut placer sa conception où il veut en vertu de l'adage *ammi meliore momento*, car il est impossible de prouver le contraire son intérêt étant de la placer après le rejet et être régi par l'article 191 du Code de la famille .

C - En cas de délai de viduité raccourci ou méconnu -

L'article 112 du Code de la famille présume irréfragablement que l'enfant n'est pas issu du premier mari, chaque fois que la femme use de la faculté de limiter le délai de viduité à trois mois en cas de dissolution du mariage et à 4 mois 10 jours en cas de décès .

Si la femme se marie moins de 300 jours, le délai de conception peut se trouver tout ou partie avant la dissolution, c'est à dire à une époque où la femme était mariée avec un autre . C'est là la situation idéale pour qu'un conflit de paternité ait lieu entre le premier mari (moment de la conception) et le second (moment de la naissance) .

L'article 112 du Code de la famille règle ce problème délicat, alors qu'en France, la loi laisse le choix à l'enfant, car il n'y a pas de hiérarchie à faire entre les différentes sources de légitimité . Le Code de la famille a opté pour le deuxième mari . Quid ?

L'explication est facile, car dans la pratique, l'enfant est généralement conçu après la dissolution et il est logique de faire valoir la deuxième présomption - la vraisemblance étant du côté du deuxième mari - puisque le divorce, comme la mort nécessite souvent (mais pas toujours) un ordonnance de séparation de corps ou une maladie qui ne permettent pas vraisemblablement des relations sexuelles .

- II^{ème} PARTIE -

LE DESAVOIR DE PATERNITE

Voie de défense

ET

LA CONTESTATION DE LEGITIMITE

Voie d'attaque -

S E C T I O N I

LE DESAVEU DE PATERNITE

Si le mari n'est pas le père de l'enfant, ce dernier perd sa qualité de légitime. Ainsi, dans deux séries de cas, la présomption paternelle est peut être combattue, et, par suite la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant né de sa femme peut être rapportée .

Seule la physionomie du procès peut permettre de mettre l'accent soit sur la non paternité, soit sur l'illégitimité . Il en résulte donc que dans certains cas, la preuve peut être rapportée par le mari - c'est le désaveu de paternité dans d'autre, elle peut selon le Code de la famille être rapportée par tout intéressé - c'est la contestation de légitimité .

P A R A G R A P H E I

Le désaveu proprement dit

C'est le désaveu par preuve de non paternité . C'est l'action par laquelle, on fait tomber la présomption paternelle . Or cette preuve est difficile et n'est qu'étroitement admise par le Code ; ce qui montre que la présomption est moins une règle de preuve qu'une règle de fond .

Cependant il faut noter que cette sévérité du Code de la famille ne concerne que les enfants conçus pendant le mariage et elle se justifie par l'idée que la paix des familles passe avant la vérité, pour la simple raison que les maris jeunes et soupçonneux n'agissent à tort et à raison pour dénier leur paternité . Ainsi la contrepartie de cette sévérité, c'est le monopole donné au mari s'agissant de désaveu .

I - LES CAS DE DESAVEU

Ils sont prévus par l'article 203 du Code de la famille, qui précise que le mari peut désavouer son enfant conçu pendant le mariage dans les cas suivants :

A - Impossibilité physique de cohabitation

Cette hypothèse est prévue par l'article 203 - 1er "s'il prouve pendant le temps qui a couru depuis le 300° jour, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme ."

Il faut entendre cette cohabitation de deux manières différentes cette cohabitation peut avoir pour cause soit l'éloignement, soit l'impuissance .

a) L'éloignement

Il faut remarquer que si l'impossibilité de cohabitation provient d'un éloignement, la distance importe peu; il suffit qu'il n'y ait pas entre le mari et la femme de rapprochement qui puisse faire douter que l'éloignement a rendu la conception impossible. C'est par exemple le cas d'un éloignement pendant tous les 121 jours de la période légale de conception.

b) L'Impuissance

En droit Français, on n'admettait pas l'impuissance comme cause de désaveu sauf quand elle était accidentelle. Aujourd'hui, l'impuissance, même naturelle, est une cause de désaveu.

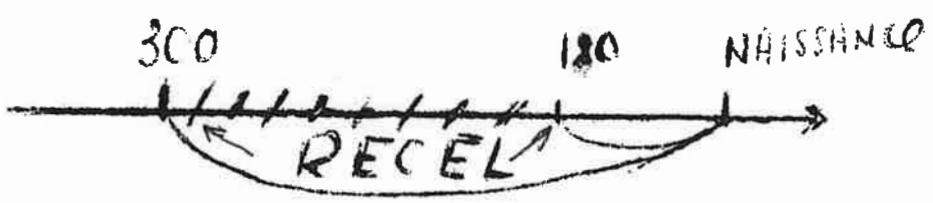
Seulement, dans la pratique, un problème se pose car comment le mari pourra-t-il prouver son impuissance pendant la période de conception? De même il faut admettre semblablement que la stérilité de l'homme constitue un cas d'impossibilité physique de cohabitation.

La caractéristique essentielle de ce cas d'ouverture est que quand le mari fait cette preuve, il a fait toute sa preuve car ce n'est pas seulement un cas d'ouverture de l'action, c'est une cause de désaveu.

B - Le recel de naissance et de grossesse

Il faut supposer que la mère a dissimulé (article 203, 2° Code de la famille), soit sa grossesse, soit la naissance de l'enfant. Ce peut être donc un recel de fait par exemple dissimuler l'accouchement, soit un recel de droit par exemple dissimuler la filiation maternelle de l'enfant.

Le recel de grossesse, consiste à cacher au mari que l'on est enceinte. Selon la jurisprudence, ce recel de grossesse doit se situer avant le 180° jour qui précède la naissance, car ce qui compte ici, c'est le recel de la conception, or après le 180° jour qui précède la naissance, l'enfant est conçu.



.../

Cela signifie qu'une femme qui cache sa grossesse jusqu'au 6^o mois qui précède la naissance de l'enfant et qui finalement avoue, ou dont la grossesse est découverte par le mari, n'empêche pas ce dernier d'arguer du recel .

En cas de recel, le mari est en droit de désavouer, mais la preuve du recel ne suffit pas à désavouer, car le recel rend seulement non vraisemblable la paternité, car si la femme a caché sa grossesse au début, c'est surtout pour les circonstances dans lesquelles elle est tombée en grossesse. Le recel rend donc vraisemblable l'adultère, mais seulement l'adultère, ce qui est ambigu car le mari doit compléter la preuve par tous les moyens qu'il n'est pas le père . Cependant, même si le mari prouve l'adultère, cela ne suffit pas à affirmer qu'il n'est pas le père, car, un faisceau de présomption doit s'ajouter à cette première preuve .

C - La preuve scientifique - a. 203 - 2^o C.F.

C'est ici qu'il faut critiquer le texte Sénégalais, car, il laisse supposer qu'aucune preuve complémentaire n'est à faire et que seule la preuve scientifique suffit . Or, on voit mal, en l'état actuel de la science, en quoi l'incompatibilité des caractéristiques physiques peut établir que le mari n'est pas le père car les caractéristiques peuvent sauter de plusieurs générations . Cette preuve est donc délicate .

II - Le régime de l'action

Dans l'étude de partie, on aura surtout à répondre à des questions qu'on ne peut s'empêcher de se poser :

Qui est titulaire de cette action ?

Contre qui peut-elle être dirigée ?

Quand peut-on intenter cette action ?

A - Le titulaire de l'action en désaveu -

En principe, selon l'article 203 du Code de la Famille, le mari est seul titulaire de l'action et aucun membre de la famille ne peut désavouer par voie d'action, mais ni ses frères, ni les créanciers du mari sauf une hypothèse prévue à l'article 204 alinéa 2 - "Si le mari est mort dans les délais qui lui sont impartis pour agir ou s'il est mort avant le jugement, les héritiers du mari peuvent agir en désaveu - c'est à dire les frères de

.../

l'enfant dont le désaveu est en cause - s'ils y ont un intérêt successoral (2 mois) .

B - Contre qui l'action peut elle être dirigée ?

C'est l'article 205 qui traite des parties à l'action en désaveu . Le droit Sénégalais sur ce point s'écarte un peu du droit Français où l'on admettait que l'action était dirigée contre l'enfant qui, s'il était mineur était subrogé par un tuteur ad hoc - Pour le droit Sénégalais par contre, le principe est que l'action est dirigée contre la mère de l'enfant. C'est seulement quand elle est décédée, absente ou incapable qu'un tuteur ad hoc est désigné .

Toutefois à ce principe, l'article 205 alinéa 2 apporte une exception car, quand l'enfant est majeur, l'action est dirigée contre lui .

C - Quand peut on intenter l'action en désaveu ?

Les délais sont brefs et le principe est posé par l'article 204 du Code de la Famille qui fixe le délai à 2 mois. Le point de départ se situe soit au jour de la naissance si le mari est sur les lieux au moment de la naissance, soit au jour de son retour, soit au jour où le mari découvre la fraude de recel de naissance ou de grossesse .

Cependant ce délai peut varier dans deux hypothèses :

a) Quand le mari est mort avant d'avoir introduit l'action. Dans ce cas, les héritiers ont 2 mois pour agir du jour où ils sont troublés dans leur possession successorale par l'enfant qu'il s'agit de désavouer . Ce délai de 2 mois court à la mort du mari .

b) Quand la mère de l'enfant est morte, incapable ou absente, le mari doit demander la désignation d'un tuteur dans le délai de 2 mois, mais il ne peut désavouer tant que le tuteur n'est pas désigné et il aura alors un mois après cette désignation pour agir . L'action peut dans ce cas s'introduire bien après le délai .

III - Résultat de l'action

Du point de vue de la théorie de l'autorité de la chose jugée, même avant la transcription du jugement à l'état-civil, le jugement a une autorité absolue définitive et non relative aux parties, puisque toutes les parties possible au procès y étaient et les tiers ne pouvant critiquer un jugement à

l'instance duquel ils ne pouvaient être parties . L'enfant est désavoué à jamais .

P R A G R A P H E II -

Le désaveu péremptoire ou désaveu par simple dénégation -

Il s'agit de l'action en désaveu quand la présomption de paternité est affaiblie. C'est l'hypothèse des enfants nés ou portés pendant le mariage ou conçus pendant une période de séparation .

Nous connaissons l'hypothèse où la présomption est affaiblie c'est à dire quand l'enfant a été conçu pendant une période de séparation . Il suffit que le mari établisse la date de la naissance et la date de l'ordonnance ayant autorisé la séparation de corps pour que l'enfant soit désavoué.

Ce désaveu est très facile, mais comme pour le précédent, le mari a seulement 2 mois pour agir .

L'article 192 alinéa I du Code de la famille introduit des limites à la possibilité de désavouer l'enfant né hors des délais de la présomption de paternité . En effet il existe 3 fins de non recevoir à cette action .

1°/ La connaissance par le mari de la grossesse de la femme avant le mariage -

Il faut supposer dans ce cas, que si le mari a épousé une femme enceinte, il y a là la marque d'un aveu implicite de sa paternité, le mariage étant ainsi une sorte de régularisation .

2°/ S'il a assisté à l'établissement de l'acte de naissance et si cet acte est signé par lui ou contient la déclaration qu'il ne sait pas signer -

C'est là un cas particulier de l'hypothèse précédente, considéré comme un aveu de paternité. Seulement une question peut légitimement être posée : le fait de déclarer un enfant peut-il conférer la paternité au déclarant du moment que le Code de la famille fait obligation de déclarer les naissances ? L'article 51 du Code de la famille fait obligation de déclarer les naissances, il est alors paradoxal de dire que si le mari a déclaré l'enfant, il a entendu reconnaître sa paternité. Cependant cet argument n'est pas assez pertinent car l'alinéa II de cet article 51 du Code de la famille ne fait pas peser sur le seul père cette déclaration de naissance. Ainsi à

.../

partir du moment où un homme déclare une naissance c'est qu'il doit figurer parmi les noms prévus par l'article 51 du Code de la famille notamment le père. Cette déclaration renforce donc la présomption pater is est .

Le droit Sénégalais se distingue du droit Français qui admet que la simple participation du mari à la naissance de l'enfant constitue une fin de non-recevoir (réception - faire part) car selon le Code de la famille, il faut que le mari ait assisté et ait signé l'acte, ce qui vaut confirmation de paternité .

I°/ Si l'enfant n'est pas né vivant -

En effet l'enfant qui n'est pas né vivant ~~ne~~ peut être désavoué car il ~~n'~~a ~~jamais~~ existé. Il fallait dire si l'enfant n'est pas né viable .

P A R A G R A P H E III

Désaveu en défense - Art 209 alinéa 4 -

Le texte de l'article 209 alinéa 4 stipule : "La preuve contraire pourra se faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir ou même, la maternité prouvée, qu'il n'est pas l'enfant du mari de la mère" .

Il suppose donc pour son application, la réclamation en justice de la filiation maternelle de l'enfant .

C'est là une critique de la présomption pater is est qui se greffe en défense sur une action en réclamation de filiation maternelle . Dans ce cas ci, l'enfant a été obligé de rechercher en justice sa mère mariée et dès lors que ceci est établi, la légitimité de la maternité n'est rien d'autre que la paternité et la présomption pater is est joue automatiquement et ne peut tomber que devant l'action en désaveu .

Cependant, tel n'est pas le cas dans l'application de l'article 209 alinéa 4 car la présomption ne va tomber par l'effet d'un désaveu, mais par l'effet d'une simple contestation en défense .

Quid de cette distinction ?

Si le résultat de ces deux actions est le même relativement à la non applicabilité de la présomption pater is est, on ne saurait parler d'un désaveu, mais d'une contestation de légitimité car si on s'attaque à la pré-

somption pater is est, c'est parce que dans l'hypothèse de l'article 209, on est en présence d'un enfant dont la naissance a été recelé juridiquement, ce qui permet l'admission d'une preuve complémentaire libre . Il en résulte que l'article 209 alinéa 4 est un renvoi implicite à l'article 203 - 2° .

Cette contestation de légitimité est finalement un cas particulier de désaveu, mais juridiquement ce n'est pas un désaveu, car il n'y a pas de délai imposé . C'est une contestation en défense puisque tant qu'il n'y a pas d'action en recherche de maternité, on ne peut contester la légitimité .

C'est que cette action est réservée au seul mari, à ses héritiers, ou à tout intéressé ?

Il semble bien qu'au Sénégal, tout intéressé peut contester la légitimité de l'enfant en application de l'article 209 et que ce n'est que dans les cas des article 203 et 192 alinéa II que le mari pourra agir .

P A R A G R A P H E IV

Le désaveu préventif

Le problème en droit Français, c'est une expression consacrée par la doctrine . Les rédacteurs du Code Civil n'avaient pensé qu'à une défense du mari au cours de l'action en réclamation d'état formé par l'enfant .

Or le mari, soupçonnant l'accouchement de sa femme, mais n'en trouvant pas trace à l'état civil, aura parfois intérêt à prendre les devants et à agir lui même en désaveu, sans attendre le moment où l'enfant fera sa réclamation d'état; il lui sera encore plus facile de faire la preuve des faits encore récents . Aussi la Cour de Cassation a-t-elle permis au mari de prendre l'initiative de l'action et d'écarter l'enfant par un désaveu qu'on a appelé désaveu préventif .

Tribunal Civil Seine 5 Janvier 1949 D- 1959 - 597 -

Cette solution est consacré par le nouvel article 326 du Code Civil: "sans attendre qu'une réclamation d'état soit intentée par l'enfant, le mari peut, par tous les moyens contester sa paternité dans un délai de six mois à compter du jour où il a connu la naissance " . Et l'article 327 ajoute "qu'après la mort du mari, ses héritiers auront pareillement le droit de contester sa paternité soit à titre préventif si le mari était encore dans le délai utile pour le faire, soit en défense à une action en réclamation d'état ."

Ce désaveu obéit aux facilités accordées par l'article 325 du Code Civil : le mari n'aura pas à prouver directement ce cas particulier de "re-cel". Aussi ne sera-t-il admis à user de ce désaveu préventif que dans les espèces où joue l'article 325 du Code Civil, c'est à dire quand l'enfant, dépourvu d'acte de naissance ou de possession d'état, devrait, pour faire établir sa filiation, intenter une action en réclamation d'état.

Le problème en droit Sénégalais --

L'article 209 alinéa 4 n'est qu'un cas particulier de désaveu et le rapprochement avec les différentes hypothèses de désaveu peut se faire d'autant plus que le mari est parfois demandeur à la maternité .

Supposons qu'une femme mariée ait un enfant d'un amant et que l'enfant soit déclaré de parents inconnus. Le mari meurt en laissant une fortune très appréciable . Si la veuve veut alors faire participer son enfant adultérin à l'héritage, elle va réclamer en justice son enfant et ceci établi, la présomption va s'appliquer automatiquement et par voie de conséquence, l'enfant adultérin va grossir le rang des héritiers .

Certes en droits Sénégalais, les héritiers peuvent s'opposer grâce à l'article 209 et à l'article 214 à cette reconnaissance, ce qui du reste n'est qu'une simple faculté . Mais toujours est il qu'à défaut de contestation, le mari après sa mort sera considéré comme le père d'un enfant qui n'est pas le sien et qui ne l'a jamais été .

Pour donner une garantie au mari, à l'image du droit Français on lui permet d'user du désaveu préventif . Ainsi s'il sait que sa femme a un enfant adultérin et s'il veut l'écarter de sa succession, il ne peut le désavouer car cet enfant n'est pas indiqué comme étant celui de sa femme, il va rechercher en justice l'enfant de sa femme pour faire jouer la présomption et ensuite l'écarter grâce aux articles 209 alinéa 4 et 214 du Code de la famille .

S E C T I O N II

La Contestation de légitimité

C'est là une innovation de la loi Française du 3 Janvier 1972 qui a été reprise dans la L. n° 72-61 du 12 Juin 1972 portant Code de la Famille au Sénégal .

PARAGRAPHE I

Conditions et effets de la Contestation de Légitimité
d'après la Loi Française du 3 Janvier 1972

Il a été admis d'après l'article 318 du Code Civil, qu'en l'absence de tout désaveu, la mère pourra contester la paternité, quand elle se sera, après dissolution du mariage, remariée avec le véritable père de l'enfant .

L'exemple suivant a été donné lors des travaux préparatoires de la Loi de 1972 : une femme qui n'a pas eu d'enfants de son mari, en a eu un avec son amant; elle divorce et épouse ensuite le père de cet enfant; de cet homme, son second mari elle a par la suite trois enfants; les quatre enfants sont donc du même père et ils sont frères et soeurs à part entière, et pourtant, l'un d'entre eux porte le nom du premier mari de sa mère qui n'est le père tout simplement qu'en vertu de la présomption de paternité légitime et en l'absence de désaveu .

Pour réussir à son action contre son premier mari (ou ses héritiers, article 318 - 1 Code Civil) la mère devra en premier lieu démontrer la non paternité de son premier mari et en second lieu la paternité de son second mari, sans pouvoir invoquer une présomption quelconque .

Cependant, son action contre le mari ou ses héritiers devra (article 318 - 1 Code Civil) être jointe à une demande de légitimation et la requête devra être introduite par la mère et son nouveau conjoint dans les six mois de leur mariage et sept ans au plus tard après la naissance de l'enfant (article 318 - 1 alinéa 1 - Code Civil) .

Ce qu'il faut surtout noter en droit Français, c'est que la contestation ne pourra être accueillie que si la légitimation est admise (article 318 - 2 - Code Civil), d'ailleurs, la contestation de paternité et la demande de légitimation sont liées .

Tribunal de Grande Instance - Paris 14 Mai 1973 - Ga3 Pal 1973-1-477

Cette innovation parce qu'elle constitue "une atteinte au monopole patriarcal" du mari, présente incontestablement de graves dangers . Ainsi la mère d'un ou plusieurs enfants, remariée à un homme fortuné pourra introduire dans son ouveau foyer des enfants de son premier mari, lequel sera ainsi dépouillé de sa paternité avec toutes les conséquences que cela peut entraîner (nom - garde - administration légale etc ...)

.../

Il en résulte que la paternité réelle, sera, contrairement au vœu du législateur, supplantée par une paternité fictive, au prix de procès plus ou moins scandaleux .

P A R A G R A P H E II

La Contestation de légitimité d'après

le Code de la Famille

I - L'article 192 alinéa 2 - 1° du Code de la Famille

C'est là l'hypothèse de l'enfant conçu après la dissolution du mariage ou après la date des dernières nouvelles quand le mari est absent. Cet enfant n'est pas couvert par la présomption *pater is est*, qui selon les termes mêmes de l'article, ne s'applique pas . Cependant s'il est déclaré à l'état civil comme étant né de sa mère mariée sans indication de la date de son veuvage, ou bien déclaré sous le nom du mari et celui de sa mère, il aura une légitimité d'apparence; mais selon l'article 99 du Code de la famille, cet acte de naissance bien que contraire à l'état de l'enfant peut être modifié par intervention de la Justice .

Tout intéressé peut invoquer l'application de cet article 192 alinéa 2 - 1er et faire tomber cette légitimité d'apparence car il suffit de procéder à un simple rapprochement de date, puisque ce n'est pas la non paternité qui est en cause car elle est évidente, mais la légitimité de l'enfant qui ne résulte que d'une présomption .

C'est la raison pour laquelle, on ne peut pas dire qu'il s'agit d'un désaveu, mais d'une véritable contestation de légitimité .

II - L'article 192 alinéa 2 - 2° -

L'objet de cet article est aussi à l'image de la précédente de faire tomber la présomption "*pater is est*" quand la loi la déclare inapplicable . Comme il a été énoncé beaucoup plus loin, ce n'est pas la non paternité qui est en cause car elle est évidente, mais la légitimité de l'enfant . Il en résulte que la preuve à faire est somme toute très facile car il suffit de faire un rapprochement entre la date de la séparation et celle de la naissance .

Ainsi, contrairement à l'action en désaveu où le mari a le monopole de l'action, pour l'application de l'article 192 alinéa 2 - 2° tout intéressé peut y recourir, mais souvent dans la pratique, l'action sera intentée par le deuxième mari aux fins de légitimation .

III - Les hypothèses non prévues par l'article

192 alinéa 2 - 2° -

Comme il a été indiqué au cours des développements antérieurs relatifs à la situation de l'enfant conçu pendant une période ambiguë, situation qui peut ainsi que nous l'avons déclaré confronter le magistrat à des écueils considérables, il peut arriver que l'enfant ait un intérêt quelconque à placer la date de sa conception avant ou après le rejet de la demande de séparation de corps, ou bien avant ou après l'ordonnance qui autorise la séparation de corps pour être légitimé par le second mari de sa mère, comme le lui permet la présomption *omni miore momento* .

La preuve de l'illégitimité peut résulter d'un simple rapprochement de date qu'il est aisé de faire, et c'est la raison pour laquelle tout comme le précédent cas, on peut considérer que c'est plutôt un recours gracieux qu'un recours contentieux .

IV - L'absence de mariage

C'est un cas qui ne nécessite pas des développements importants car en l'absence de mariage entre la mère et le père prétendu, la légitimité de l'enfant ne peut avoir aucune base, et ne peut être invoquée par ce dernier. Ainsi tout intéressé peut soulever ce moyen à l'enfant en faisant la preuve de l'absence de lien matrimonial entre les parents au moment de la naissance .-

ACTION	OBJET	CAS	PREUVE	DEMANDEUR	DEFENDEUR	DELAIS
Testation de légitimité	: Faire tomber la présomption quand la loi la déclare inapplicable	: 4 Cas :- a.192al.2 I° :- a.192 al.2 II°	: -rapprochement de date :- " de nais- sance et sépar.	: - tout intéressé :- " " (souvent 2° mari)	: l'enfant	: impresc
	: - hypothèse non prévue par a. 192 - al. 2 II°	: - " "	: - l'enfant pour légitimation			
	: - absence de mariage		: - tout intéressé	: l'enfant		
	: Faire tomber la présomption paternelle est-elle dévêtir l'enfant de sa qualité d'enfant légitime -	: 1° Désaveu proprement dit (a.203) 2° Désaveu péremptoire (enft. né ou porté pdt le mariage a.192al 1) (enft conçu pdt la séparation légale a.192 al 2)	: recel nais.ou gros-ment dit (a.203) + preuve libre de non paternité rapprochement de date	: Le mari ou les héritiers (a.204)	: La mère ou un tuteur ad hoc	: 2 mois se point de
	Action en désaveu	: 3° Désaveu en défense a.219 al IV	: preuve libre de non paternité	: Demandeur à l'exception c'est le mari	: la mère ou héritier	: impresc
		: 4° Désaveu préventif - par adminicule de preuve - puis preuve libre de non paternité	: preuve de filiation maternelle par adminicule de preuve - puis preuve libre de non paternité	: le mari malgré les termes de l'a. 210 -	: la mère ou ses héritiers	: impresc

-o- [O] [/] [C] [L] [U] [S] [I] [O] [/] [O] -o-
-o-o-o-o-o-o-o-o-o-

En résumé de cette étude sommaire des voies d'attaque et de défense contre la présomption "pater is est" à la ^{lumière} manière du Code Civil et du Code de la Famille du Sénégal, on peut se poser légitimement la question de savoir s'il n'y a pas une certaine confusion favorisée par le législateur Sénégalais, un double emploi entre le désaveu et la contestation de légitimité car la logique voudrait que l'on mette sous la rubrique contestation de légitimité tout ce qui a trait au mariage, à l'existence du mariage, ce qui n'est pas le cas, car tout ce qui ne fait pas partie du désaveu prévu par le Code est inclus dans la Contestation de légitimité ./.-
