

REPUBLIQUE DU SENEGAL

---

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT  
SUPERIEUR ET DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE

---

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION  
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1981-1982

---

DIVISION JUDICIAIRE

---

3e ANNEE

# **La situation des enfants après le divorce**

**Mémoire présenté par**

**MAMADOU ABDOULAYE DIOUF**

# REPUBLIQUE SENEGAL

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de  
la Recherche Scientifique

E.N.A.M

MEMOIRE de FIN d'ETUDES (1981-1982)

LA SITUATION DES ENFANTS APRES LE DIVORCE

.....

MEMOIRE DE FIN D'ETUDES

**présenté par**

MAMADOU ABDOULAYE DIOUF

~~de la~~ DIVISION JUDICIAIRE

PRINCIPALES ABREVIATIONS

-----

- C.Civ. : code civil (français)
- C.Fam : code de la famille
- C.Pr.Civ. : code de procédure civil
- c.pen : code pénal
- art : article
- Cass. cour de cassation
- Civ. : civil
- D. Dalloz
- DH : Dalloz hebdomadaire
- G.P. : Gazette du Palais
- J.C.P. : jurisclasseur périodique
- Rec. crédila : Recueil de jurisprudence en matière de statut personnel,  
édité par le CREDILA
- T.P.I. : tribunal de première instance
- J.P. : justice de paix
- R.T.D.C. : revue trimestrielle de droit civil
- Vol. Volume
- obs. observations-

## PLAN



### INTRODUCTION

### CHAPITRE I : L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

#### SECTION 1 : L'OBJET ET LES CARACTERES DE L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

##### Paragraphe 1 : L'objet de l'obligation d'entretien

- A- La satisfaction des besoins physiques et matériels de l'enfant :
- B- La satisfaction des besoins moraux et intellectuels de l'enfant :

##### Paragraphe 2 : Les caractères de l'obligation d'entretien

###### A- Caractères tenant à son fondement :

- 1- L'obligation d'entretien est solidaire :
- 2- Caractère obligatoire :

- a) Les parents ne peuvent répéter les frais engagés pour assurer l'exécution de l'obligation d'entretien
- b) La maxime aliments n'arréagent pas n'est pas applicable à l'obligation d'entretien

###### 3- Caractère personnel :

###### B- Caractères tenant à sa forme alimentaire :

#### SECTION 2 : LE MODE D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

##### Paragraphe 1 : Exécution en nature ou par équivalent:

##### Paragraphe 2 : Le recours du gardien contre le débiteur de l'obligation d'entretien

CHAPITRE II : LES ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

SECTION 1 : LA GARDE DES ENFANTS

Paragraphe 1 : L'attribution de la garde

A- Les pouvoirs des juges du fond :

1- Le principe :

2- Limite au principe :

B- Modalités et sanctions de la décision du juge :

1- Modalités :

2- Sanctions:

Paragraphe 2 : Modifications de l'attribution de la garde

A- Caractère provisoire des décisions relatives à la garde :

B- Action en justice :

Paragraphe 3 : Effets du décès du père ou de la mère sur l'attribution  
de la garde

SECTION 2 : LES AUTRES ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Paragraphe 1 : Le droit de surveillance et de visite

A- Le droit de visite :

B- Faculté de saisir le juge :

Paragraphe 2 : Le droit d'éducation et les autres prérogatives relatif  
à la personne des enfants

A- Le droit d'éducation

B- Le droit de consentir au mariage

C- Le droit de consentir à l'adoption

D- Le droit de consentir à l'émancipation

Paragraphe 3 : Le droit d'administration légale et de jouissance.-

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

-----

Le mariage crée entre les époux un état, l'état de gens mariés qui se traduit vis-à-vis des enfants du ménage par l'existence de certains droits et obligations. Le divorce, qui est la dissolution du mariage valable, constaté ou prononcé par voie de justice, du vivant des époux, en même temps qu'il met fin aux rapports entre ceux-ci, entraîne un certain bouleversement des rapports existant entre parents et enfants. Pour ces derniers, rien ne sera plus comme avant. Habités qu'ils étaient à vivre au sein d'un ménage uni où ils étaient l'objet d'une attention et d'une tendresse constantes et infinies, ils vont se retrouver brusquement confrontés à une situation qu'ils appréhenderont difficilement, celle de parents divorcés qui vont devenir étrangers l'un à l'autre. Devant cette douloureuse et déplorable réalité que constitue le foyer disloqué, quel va être dorénavant leur sort ?

Le divorce est en soi source de troubles, de frustrations et de déséquilibre pour la famille.

Certes les problèmes qui surgiront à propos des rapports patrimoniaux entre époux seront résolus avec plus ou moins de bonheur et de facilité car ils n'ont que des incidences matérielles. Mais la présence d'enfants par les considérations humaines qu'elle introduit et les passions qu'elle fait naître, pose des problèmes aigus. Aussi, dans la rupture du mariage le sort des enfants est une des questions les plus graves qui se posent. Il faut qu'ils souffrent le moins possible de la disparition du foyer conjugal. Cette idée domine les dispositions législatives relatives à cette matière.

Dores et déjà, il est à noter qu'en principe, le divorce ne porte aucune atteinte aux effets de la filiation. Les enfants issus du mariage dissout demeurent légitimes avec toutes les prérogatives et obligations qui dérivent de cet état. Cette règle comporte de multiples applications dont la plus importante concerne l'obligation pour les père et mère d'entretenir leurs enfants.

Quant aux droits patrimoniaux, les enfants de parents divorcés gardent la faculté de succéder à leurs père et mère en qualité d'enfants légitimes.

Quid de la puissance paternelle et de l'exercice de ses différents attributs vis-à-vis des enfants ?

La loi a prévu en cette manière des dispositions protectrices de l'intérêt de l'enfant.

Dès à présent il est à noter que les actions relatives à la situation des enfants après le divorce sont de la compétence du juge de paix et, en appel du tribunal de première instance.

Aussi la situation des enfants après le divorce sera étudiée à deux niveaux

- 1- au niveau des droits des enfants, principalement de l'obligation d'entretien qui pèse sur les père et mère ;
- 2- au niveau des prérogatives des parents, c'est-à-dire, l'exercice des attributs de la puissance paternelle.

## CHAPITRE I : L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

LOYSEL disait : "qui fait l'enfant doit le nourrir". Il est normal en effet que les père et mère, qui se sont unis pour avoir un enfant, qui éprouvent des plaisirs incommensurables à chacun de ses progrès, à chacun de ses succès, en aient la charge. Leur rôle ne peut être analogue à celui d'une machine d'un produit fabriqué, et se terminer lorsque l'enfant vient de naître. Sans doute un enfant peut-il être sauvé et vivre alors que sa mère meurt en le mettant au monde ; sans doute certains enfants, qui ont leurs parents, seraient-ils mieux traités s'ils étaient orphelins. Mais le fait naturel et normal est que l'enfant soit confié aux soins de ses parents, que ce soit eux qui s'en occupent. C'est leur instinct même qui l'affirme c'est l'élan de vie, qui les a rapprochés pour passer en un être nouveau et assurer la durée, sinon le progrès de l'espèce, qui le commande. Ils manqueraient donc à la nature en refusant la charge de l'enfant qu'ils ont eu.

Le fondement de l'obligation d'entretien se trouverait dans le mariage, comme paraît l'exprimer l'article 155 C. Fam. Le législateur a considéré que les deux époux prennent au moment de la célébration du mariage l'engagement implicite de pourvoir aux besoins de leurs enfants communs.

Cette idée n'est pas conforme à la réalité des choses. L'obligation d'entretien n'est pas et ne peut être fondée sur le mariage des parents. Ceci n'a de conséquence que sur la qualité de la filiation. Mais que l'enfant naisse légitime ou naturel, la notion de filiation n'influe pas plus sur ses besoins qu'elle ne déplace les responsabilités, et ces responsabilités pèsent toujours en premier lieu sur ceux qui lui ont donné le jour.

La doctrine est unanime à fonder l'obligation d'entretien sur la procréation, et à en faire un effet de la filiation. Le principe normal, en vertu duquel celui qui procrée a le devoir d'assurer la subsistance de sa progéniture, est évident. S'il est un devoir sacré, c'est sans contredit celui de ne pas abandonner sans secours et sans direction, l'être faible à qui on a donné l'existence ; ce devoir est une conséquence, et comme une sorte de continuation du fait de donner la vie ; et il est nécessaire que tout être qui procrée soit civilement obligé, comme il l'est moralement, de subvenir à tous les besoins de l'enfant, tant que celui-ci est dans l'impossibilité d'y subvenir. Ainsi les père et mère ont ensemble, par le seul fait de la procréation, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants.

Il découle de ce fondement que le divorce ne saurait faire disparaître l'obligation d'entretien et ceci quelle que soit la personne à qui les enfants seront confiés.

Nous étudierons successivement l'objet et les caractères de l'obligation d'entretien avant de voir son mode d'exécution.

#### SECTION 1 : L'OBJET ET LES CARACTERES DE L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

##### Paragraphe 1 : L'objet de l'obligation d'entretien

Quelles sont les prestations que les parents doivent fournir à leurs enfants pour parvenir à l'exécution de l'obligation d'entretien ?

Que comporte la satisfaction des besoins de l'enfant ? L'objet de l'obligation d'entretien consiste en trois chefs : la nourriture, l'entretien et l'éducation. (art. 155 C.Fam)

Mais remarquons de suite que la nourriture et l'entretien constituent un ensemble qui comprend les soins personnels donnés à l'enfant, la satisfac-

tion de ses besoins physiques et matériels, le devoir d'éducation s'appliquant aux besoins intellectuels et moraux.

A- La satisfaction des besoins physiques et matériels de l'enfant :

La nourriture et l'entretien constituent un tout indissoluble. En effet, l'un ne se conçoit pas sans l'autre : une mère, à qui la nature impose d'allaiter son enfant, ne peut le laisser sans soins, sans entretien.

Que comprennent la nourriture et l'entretien ?

Cette question a rarement soulevé des difficultés.

Nourrir, c'est fournir les aliments, les denrées alimentaires nécessaires à la subsistance de l'enfant, au soutien de sa vie physique. Entretien est un terme d'une portée un peu plus large, s'étendant au logement, aux vêtements, aux soins en cas de maladie.

De façon générale, donc, tout ce qui est nécessaire à la satisfaction des besoins matériels et physiques de l'enfant entre dans le cadre de l'obligation d'entretien sous ce premier aspect.

Très peu de décisions judiciaires ont eu à affirmer ces principes élémentaires et évidents. Nous pouvons toutefois citer deux arrêts qui ont eu à statuer sur le contenu des soins médicaux qu'il y a lieu d'accorder à un enfant malade :

- la cour de Rennes en donne, dans son arrêt du 11 janvier 1904 (DP. 1904-II. 351), une interprétation extensive, puisqu'elle décide que les frais d'entretien des enfants comprennent les dépenses de voyage dans une station thermale. Au contraire un arrêt de la cour d'appel de Lyon du 14 mars 1923 (G.P.T.Q. 1920-1925- V° Aliments numéro 8) a déclaré que les enfants ne pouvaient exiger des parents que des soins ordinaires de santé, mais non des soins médicaux spéciaux, longs et particulièrement coûteux.

- Ces deux décisions, qui paraissent contradictoires, peuvent facilement se concilier ; elles admettent toutes deux le même principe : les parents doivent donner à leurs enfants malades les soins médicaux nécessaires à leur santé ; mais encore faut-il que ces soins soient proportionnés à leur fortune et constituent réellement l'exécution de l'obligation d'entretien. Ce n'est donc pas tant une question de principe qui oppose ces deux décisions qu'une question d'espèce, relative à la mesure de l'obligation d'entretien.

La satisfaction des besoins matériels et physiques de l'enfant n'est pas la seule ; c'est en quelque sorte la plus facile.

B- La satisfaction des besoins moraux et intellectuels de l'enfant :

Élever un enfant, c'est non seulement le nourrir et l'entretenir, c'est également assurer le développement de ses facultés morales et intellectuelles, de sa culture ; ce n'est pas seulement hausser son front à quelques pieds de plus qu'à sa naissance, c'est aussi redresser ses penchants, le rendre adroit et savant, ferme et scrupuleux, maître de ses désirs, capable d'organiser sa vie, c'est étendre ses facultés, cultiver en lui tout ce qui fait la force et la dignité de la personne humaine ; l'éducation est le pain de l'esprit et constitue pour les parents un devoir aussi étroit que la nourriture du corps, "l'éducation est pour le moral de l'homme ce que sont les aliments pour le physique".

Cette éducation morale de l'enfant se complète par son éducation intellectuelle, par l'instruction qu'il doit recevoir : élever un enfant, c'est donc également, lui donner l'instruction sans laquelle un homme est mal préparé à gagner sa vie dans une société moderne.

Il est habituellement admis que le contenu de l'obligation d'entretien en général dépend de la fortune personnelle de l'enfant ou de celle de

ses parents ; l'instruction qui doit être donnée à l'enfant ne saurait échapper à cette règle. En principe, cette obligation devrait s'arrêter à la majorité de l'enfant, mais la jurisprudence admet qu'elle pouvait aller au delà si l'enfant poursuit des études supérieures (civ. 29 mai 1953. J.C.P. 54 - II 13651. note Savatier).

Le contenu de l'obligation d'entretien ainsi déterminé, quels sont ses caractères ?

#### Paragraphe 2 : Les caractères de l'obligation d'entretien

L'obligation d'entretien est une obligation qui a une nature complexe. Fondée sur la procréation, elle est destinée à assurer la formation de l'enfant. Son fondement, le but qu'elle se propose, la nécessité absolue qu'il y a de la remplir, doivent conduire à lui donner une nature juridique particulière, donc des caractères qui lui soient spécifiques.

Mais son objet l'a fait rapprocher de l'obligation alimentaire. On n'y a souvent vu qu'un cas d'application de l'obligation alimentaire, ayant pour fondement la notion de parenté. Or, si ceci n'est pas exact, l'obligation d'entretien n'en est pas moins une obligation à forme alimentaire, ce qui permet de la soumettre au régime protecteur des obligations alimentaires et de la faire participer de leur indisponibilité.

#### A- Caractère tenant à son fondement :

L'obligation d'entretien est fondée sur la procréation, oeuvre des deux auteurs de l'enfant. Elle est destinée à assurer la formation de l'enfant, à en faire un homme. La nécessité d'obtenir son exécution explique son caractère obligatoire et son caractère solidaire.

Son caractère personnel résulte de son fondement.

1- L'obligation d'entretien est solidaire :

La solidarité est une modalité de l'obligation, qui empêche celle-ci de se diviser entre ses créanciers (solidarité active), ou entre ses débiteurs (solidarité passive). Seule cette dernière forme nous intéresse.

Ramenés à leurs traits essentiels, les effets de la solidarité passive entre créancier et débiteur se rattachent traditionnellement à deux idées : unité d'objet et pluralité de liens. L'obligation solidaire n'a qu'un seul objet, une seule chose étant due. Mais elle suppose une pluralité de liens ; elle établit un lien particulier entre le créancier et chacun de ses débiteurs. Et ainsi l'exécution de la dette par l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à l'égard du créancier.

La source de la solidarité de l'obligation d'entretien se trouve dans l'article 269 du C.Fam qui déclare que la dette alimentaire est solidaire entre les débiteurs. Les parents sont donc tenus solidairement de l'obligation d'entretien. Quels sont les conséquences de cette solidarité ? Il n'y a lieu de distinguer d'une part l'obligation à la dette, d'autre part la contribution à la dette.

- La contribution des parents aux frais de l'obligation d'entretien concerne les rapports des père et mère entre eux. Le parent non titulaire de la garde doit verser une pension à titre de contribution aux besoins de l'enfant. Si le versement n'a pas lieu, le parent non gardien devra paiement de la pension à titre de remboursement des frais engagés par l'époux gardien, qui aura assumé seul la charge des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant.

- L'obligation à la dette vise les rapports des débiteurs avec leur créancier, c'est-à-dire dans l'obligation d'entretien, les rapports des parents avec leur enfant. Il est incontestable que celui-ci peut exiger de chacun de ses père et mère l'exécution de l'obligation d'entretien en totalité (art. 269 al 2 C.Fam). Mais pratiquement cela ne se réalise pour ainsi dire jamais. Il n'y a pas, à notre connaissance, de décision de justice, qui ait statué sur la demande d'un enfant agissant contre l'un de ses père et mère pour exiger de lui l'accomplissement de l'obligation d'entretien en totalité, devant la défaillance de l'autre.

En revanche sont fort nombreuses les décisions statuant sur l'action de tiers, qui réclament le remboursement de dépenses engagées pour les enfants.

Les parents sont tenus solidairement de ces dépenses. On pourrait objecter à ces tiers, qui ont en fait exécuté l'obligation d'entretien, que les parents sont tenus d'une obligation solidaire à l'égard de leurs enfants seulement, et nullement à l'égard de tiers. Cette manière de voir est inadmissible car elle enlèverait tout intérêt pratique à la question de l'obligation à la dette, puisqu'en fait l'enfant n'exerce jamais l'action. Au surplus l'article 269 C.Fam n'exclut pas que les parents puissent être tenus solidairement des frais engagés par les tiers. Dès lors, le tiers gardien, qui a pourvu à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation de l'enfant peut poursuivre l'un quelconque des père et mère pour le remboursement des dépenses qu'il a engagées dans l'intérêt de l'enfant. Encore faut-il qu'il n'ait pas effectué ces dépenses en ayant l'intention de faire une libéralité (Req. 25 janvier 1872 -- S.1873-1.12).

Les tiers peuvent aussi être des maîtres de pension, des instituteurs, qui demandent paiement des frais occasionnés par le séjour de

L'enfant en pension, ou du prix des leçons données.

Le parent qui a été condamné a un recours contre l'autre parent pour sa part et portion.

L'attribution du caractère solidaire à l'obligation d'entretien lui permet d'en garantir plus certainement son exécution. C'est que son accomplissement doit avoir lieu à tout prix.

Il est d'une utilité sociale incontestable et il est éminemment désirable que la personne qui a élevé un enfant, que celui qui a pris en pension un enfant, reçoivent de la loi le moyen d'obtenir leur paiement intégral.

## 2- Caractère obligatoire du devoir d'entretien :

Il peut paraître inutile d'insister sur cette question. L'obligation d'entretien est une obligation civile, sanctionnée par une action. Mais cette action ne constitue pas le seul effet qu'il y a lieu de rattacher à ce caractère. Celui-ci permet également de justifier l'impossibilité pour les parents de répéter les frais qu'ils ont engagés, ainsi que la dispense de rapport édictée par l'article 546 C.Fam, et d'expliquer le refus de la jurisprudence à appliquer à l'obligation d'entretien la maxime "aliments n'arréragent pas".

### a) Les parents ne peuvent répéter contre leurs enfants les frais engagés pour assurer l'exécution de l'obligation d'entretien

Les parents ne font en effet qu'exécuter une obligation qui existe à leur charge ; s'il advient à l'enfant des biens, les père et mère ne sauraient exercer de répétition pour les soins fournis et les dépenses engagées, alors que l'enfant n'avait rien. C'est bien ce qu'ont jugé plusieurs décisions : la cours de Paris, dans son arrêt du 11 février 1912 (DP 1912 - II. 96) a refusé au père qui avait perçu une indemnité à raison d'un accident dont son enfant avait été victime, le droit de retenir cette indemnité pour paiement des soins qu'a nécessités l'accident. Cette dépense, lui incombe "en vertu de

son obligation naturelle et légale d'assister son enfant malade. La cour de Caen, dans un arrêt du 18 décembre 1912 (DP 1914 - II.214), a déclaré de même qu'en nourrissant, entretenant et élevant leurs enfants durant leur minorité, les parents acquittent une dette qui découle pour eux à la fois de la nature et de la loi, et ne font pas une avance, qui puisse les rendre créanciers, et leur permettre d'avoir recours sur les capitaux qui peuvent échoir à ces enfants.

Les parents ne sauraient donc répéter contre leurs enfants les frais qu'ils ont faits pour les élever. A fortiori leurs héritiers ne le pourraient-ils pas, et les enfants ne sont pas tenus au moment de la mort de leurs parents de rapporter le montant de ces dépenses.

b) La dispense de rapport prévue par l'article 546 C.Fam

Ce texte déclare : "les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'apprentissage... ne doivent pas être rapportés".

Cette dispense est fondée sur le fait que les parents ont accompli une obligation et non une libéralité. En nourrissant, entretenant et élevant leurs enfants, les père et mère ne font qu'exécuter l'obligation d'entretien qui leur incombe ; ils ne font pas une libéralité mais un paiement.

Ce fondement suffit à expliquer les décisions qui ont statué sur l'article 852 C. Civ. (546 C.Fam). Les frais occasionnés par la maladie d'un enfant, bien que n'étant pas compris dans l'énumération de ce texte, doivent être dispensés du rapport, en tant que dépenses d'entretien (Amiens 20 juin 1900, cité par J.C. civ. eod. loc. n° 22)

Mais les dépenses ne sont pas soumises au rapport, seulement dans la mesure où elles constituent l'exécution de l'obligation d'entretien. Lorsqu'elles sont en disproportion avec les ressources des parents, elles ne sont plus faites en exécution de

l'obligation d'entretien, qui doit être proportionnée à la position des parents, et elles doivent être rapprochées (Orléans 22 août 1894 - II. 209).

L'exécution de l'obligation d'entretien revêtant un caractère impérieux, si l'un des parents tarde à verser sa part contributive, pourrait-il ensuite opposer au solvens la règle : "aliments n'arréagent pas" ?

c) La maxime "aliments n'arréagent pas" n'est pas applicable à l'obligation d'entretien

Cette règle est fondée sur la présomption que le créancier, qui n'a pas réclamé les termes échus, peut être considéré comme s'étant trouvé à l'abri du besoin, et ayant renoncé à un paiement, qui n'était pas indispensable à sa subsistance.

Cette présomption cède à la preuve contraire.

La valeur juridique de cette maxime est très discutable. Mais au sujet de l'obligation d'entretien, la jurisprudence se refuse à admettre le jeu de cette présomption, avec sa preuve contraire.

Ainsi, lorsque l'enfant est confié à l'un de ses parents et que ce dernier reste un certain temps sans réclamer le versement de la pension, sa fortune personnelle lui permettant, par exemple, de faire face facilement aux dépenses d'entretien de l'enfant, et puis il réclame le paiement des versements qui n'ont pas été effectués, la jurisprudence, avec raison, ne permet pas au parent non gardien d'invoquer l'adage dont il s'agit, en se fondant sur le caractère obligatoire du devoir d'entretien. Le conjoint divorcé est astreint à contribuer à l'entretien de ses enfants, et il ne peut s'affranchir de ce devoir absolu, sous prétexte que l'autre époux l'aurait déjà rempli.

Par suite, s'il a cessé de verser à son ex-conjoint la pension, au paiement de laquelle il avait été précédemment condamné pour l'entre-

tien des enfants communs, il en doit les arrérages à compter du jour de la cessation des versements, et non du jour de la demande nouvelle, non plus tant à titre de pension destinée à l'enfant qu'à titre de remboursement du solvens.

Cette solution s'explique donc par la nécessité qu'il y a que chacun des parents participe à l'entretien des enfants communs. Cette nécessité tire son principe du fondement même de l'obligation d'entretien, la procréation. Celle-ci étant l'oeuvre exclusive des parents, l'obligation qui en découle leur est strictement personnelle.

### 3- Caractère personnel de l'obligation d'entretien :

L'obligation d'entretien existe à la charge des père et mère : eux seuls doivent en supporter le poids. Elle ne peut donc passer aux héritiers du prémourant, et reste à la charge exclusive du survivant des père et mère.

Au caractère personnel de cette obligation se rattache son caractère unilatéral, qui se fonde aussi sur la notion de procréation. C'est là une différence fréquemment énoncée de l'obligation d'entretien et de l'obligation alimentaire, cette dernière étant réciproque.

Ce caractère personnel entraîne en outre une conséquence importante sur la possibilité qu'auraient les créanciers des parents de demander la réduction de la pension représentant la part contributive du parent non titulaire de la garde.

La jurisprudence, de façon unanime, répond par la négative, en se basant sur le caractère personnel de l'obligation d'entretien. (Limoges 17 décembre 1936 S. 1936 - II. 201. note Coste - Req 26 mai 1941 - DA-1941 - 277). L'article 201 C.O.C.C. (1166 C.Civ) autorise les créan-

ciers à exercer les droits et actions de leurs débiteurs, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à leur personne. Seul un concert frauduleux entre les parents pourrait permettre aux créanciers d'agir, mais alors par la voie de l'action paulienne de l'article 205 C.O.C.C. (1167 C.Civ).

Les créanciers des parents ne doivent pas empêcher leurs débiteurs de remplir les obligations qui incombent à ces derniers à l'égard de leurs enfants. Dans le conflit de devoirs que les parents ont à résoudre sur le point de savoir de qui, de leurs enfants ou de leurs créanciers, ils doivent assurer la satisfaction des droits, nous n'hésitons pas à répondre : les droits des enfants doivent être sauvegardés. La force obligatoire du lien, qui unit les parents aux enfants, est plus grande que celle de tout autre lien juridique ; la nécessité d'assurer la satisfaction des besoins d'êtres incapables de se protéger par eux-mêmes, doit prévaloir sur toute autre considération.

Ces caractères de l'obligation d'entretien, qui découlent de son fondement, ne doivent cependant pas faire perdre de vue qu'elle assure la subsistance de l'enfant. Il en découle qu'elle n'est que subsidiaire ; elle ne doit s'exécuter que si les enfants n'ont pas de ressources personnelles leur permettant de s'entretenir eux-mêmes. l'obligation d'entretien a une forme alimentaire ; celle-ci doit donc lui permettre de bénéficier du régime de protection spéciale institué pour toutes les obligations alimentaires.

#### B- Caractères tenant à sa forme alimentaire :

Le législateur a prévu une série de dispositions applicables à toutes les obligations à forme alimentaire, dans le but d'en assurer l'exécution. Il importe en effet que toutes soient remplies.

A cette fin elles sont soumises à un régime d'indisponibilité généralisée, et les textes qui établissent des rapports d'aliments sont des textes d'ordre public. S'il est une obligation qui doit bénéficier de cette protection légale, c'est évidemment l'obligation d'entretien, dont le créancier, l'enfant, être sans force, incapable de se suffire à lui-même, doit pouvoir se prévaloir de ces dispositions particulièrement favorables. L'obligation d'entretien participe donc du régime d'indisponibilité prévu pour toutes les obligations à forme alimentaire. Le but à atteindre est d'assurer la satisfaction des besoins de l'enfant ; les prestations qui constituent l'objet de l'obligation d'entretien étant indispensables à son existence et à sa formation, il faut en faire bénéficier l'enfant par tous les moyens. La nécessité de pourvoir à la subsistance, à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, est donc à la base du caractère d'ordre public ; celui-ci constitue l'expression juridique du droit de vivre de l'enfant.

Mais encore faut-il qu'il s'agisse réellement de l'obligation d'entretien, ou de la pension qui doit en tenir lieu ; il faut donc que sa destination soit alimentaire. Lorsque celle-ci ne l'est pas, lorsque l'obligation aura été remplie, et qu'il s'y sera substitué une créance au profit du parent solvens, cette créance n'a aucun caractère alimentaire, et ne peut donc bénéficier de ce régime de protection ; elle est assujettie au droit commun. L'indisponibilité de l'obligation d'entretien découle de son caractère vital. Elle doit permettre de parvenir à l'exécution de l'obligation, quels que soient les obstacles qui s'y opposeraient, que ceux-ci soient le fait du créancier de l'obligation lui-même, de son débiteur, ou de tiers.

En conséquence l'obligation d'entretien ne peut faire l'objet d'une renonciation, d'une transaction ou d'une cession ; elle ne peut s'éteindre par le jeu de la compensation ; elle ne peut être sujette à une saisie (art 270 - C.Fam).

- Toute renonciation au bénéfice de l'obligation d'entretien est interdite. On ne peut renoncer au droit de vivre ; les père et mère ne sauraient être déchargés de cette dette sacrée, même si le créancier de l'obligation a accepté de les considérer comme déliés à son égard. En pratique il arrive fréquemment que des époux, se mettant d'accord pour divorcer, s'engagent à ne pas se réclamer de pension alimentaire, non seulement pour eux-mêmes, mais aussi pour les enfants communs. Une telle renonciation est évidemment sans valeur (Civ. 21 janvier 1930 - S. 1930 - I. 322).

Le créancier de l'obligation est de la sorte protégé contre lui-même, que la renonciation soit strictement unilatérale, ou qu'elle fasse l'objet d'une contrepartie, étant alors englobée dans une transaction.

Le créancier ne saurait non plus céder sa créance.

- Le débiteur de l'obligation d'entretien ne saurait se refuser à exécuter son obligation sous prétexte qu'il serait lui-même créancier de son débiteur, et opposer à celui-ci le jeu de la compensation. Ceci évite ainsi une saisie indirecte de l'objet de cette pension.
- Le législateur a déclaré insaisissables les provisions alimentaires (art 382 - C.P.C.) ; ce texte n'a prévu que les pensions alimentaires fixées par justice. C'est le cas habituel de la pension qui se substitue à l'obligation d'entretien, lorsque celle-ci ne peut être exécutée en nature. Cependant, si les père et mère se mettaient d'accord pour assurer l'entretien de leurs enfants au moyen d'une pension que l'un

verserait à l'autre, cette pension ne pourrait non plus faire l'objet d'une saisie de la part de tiers.

L'existence de ces caractères, qui sont attachés à toute obligation à forme alimentaire, n'est guère contestable ; l'ordre public, qui est directement intéressé à voir accomplie une telle obligation, les justifie.

Comment les parents s'acquittent-ils de cette obligation ?

## SECTION 2 : LE MODE D'EXECUTION DE L'OBLIGATION D'ENTRETIEN

Le mode d'exécution de l'obligation d'entretien diffère selon qu'on est titulaire de la garde ou non, en nature ou par équivalent, et le parent non gardien peut être obligé de s'acquitter de son obligation.

### Paragraphe 1 : Exécution en nature ou par équivalent

Tant que durait le mariage, l'enfant vivait avec ses père et mère et l'obligation d'entretien s'exécutait normalement en nature. En effet, la communauté familiale est le milieu dans lequel l'obligation d'entretien s'exécute avec le plus de facilité et le plus de profit pour l'enfant.

Après le divorce, seul celui des père et mère auquel l'enfant mineur a été confié ou avec lequel l'enfant majeur veut bien vivre peut exécuter en nature son obligation, l'autre ne peut l'exécuter que par équivalent. Ce dernier verse une pension appelée habituellement part contributive à l'entretien de l'enfant, et destinée à assurer la participation à l'exécution de l'obligation qui lui incombe. Cette dernière situation devient celle des deux époux dans le cas où la garde de l'enfant mineur a été confiée à une tierce personne et dans le cas où l'enfant majeur ne peut ou ne veut vivre avec aucun de ses auteurs. Le jugement prononçant le divorce fixe en même temps le montant de la pension que devra verser le parent non titulaire de

la garde. Si ce dernier n'exécute pas son obligation, le gardien dispose d'une action en justice.

Paragraphe 2 : Le recours du gardien contre le débiteur de l'obligation d'entretien

L'époux auquel la garde a été attribuée a une action contre l'autre époux pour l'obliger à contribuer aux dépenses d'entretien et d'éducation de ses enfants.

Il paraît certain que lorsque la garde des enfants a été remise à une tierce personne, celle-ci peut exercer une action contre chacun des deux époux pour les contraindre à contribuer aux dépenses d'entretien et d'éducation.

Qu'en est-il lorsque l'un des époux, sans avoir la garde des enfants, a, en fait supporté la charge de l'entretien et de l'éducation de ceux-ci ? A-t-il un recours contre l'autre époux ? L'affirmative n'est pas douteuse. La jurisprudence admet qu'il puisse recourir contre son conjoint, pour la part lui incombant, compte tenu de ses ressources (civ. 29 mai 1963 - J.C.P. 64. 13651 - note Savatier).

Le montant de la pension due par l'un des époux à son conjoint pour l'entretien des enfants doit être fixé en fonction des besoins des enfants et des ressources du débiteur.

Nous ne saurions terminer sans évoquer le problème de la propriété de la pension. A qui appartient la pension ? La question s'est posée de savoir si elle appartient à l'enfant, ou bien si elle appartient à la personne chargée de la garde de l'enfant, habituellement la mère. Ce point est obscurci par une considération de fait : très souvent en effet il est accordé à la mère, à qui est confiée la garde des enfants communs, une pension globale comprenant à la fois celle qui lui est versée personnellement, et celle qui est attribuée pour l'entretien des enfants. Pour cette dernière qui nous intéresse, il

faut faire une distinction. Il est incontestable que l'enfant est créancier de la pension, puisqu'elle représente la participation personnelle de celui qui la verse à l'accomplissement de l'obligation d'entretien, et qu'elle est destinée à en assurer l'exécution. Or, c'est l'enfant qui est créancier de l'obligation d'entretien. C'est donc à lui qu'appartient cette pension, qui constitue la satisfaction par équivalent de son droit en nature, qui en est en quelque sorte le produit de substitution. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que cette pension soit destinée à assurer la satisfaction future de ses besoins, l'obligation d'entretien n'étant pas encore remplie.

Ainsi la mère ne saurait renoncer à la pension ni opérer une compensation entre cette dernière et toute autre dette dont le parent non titulaire de la garde serait créancier.

Cependant lorsque l'entretien de l'enfant a été mis en entier à la charge du parent titulaire de la garde, la créance de remboursement des frais déjà avancés par le solvens ne peut appartenir qu'à ce dernier, l'obligation d'entretien dont est créancier l'enfant ayant été accomplie ; celui-ci n'ayant plus de besoins à satisfaire n'est plus créancier ; le recours du parent gardien ne peut appartenir qu'à ce dernier.

Les développements qui précèdent nous ont permis de voir que le divorce n'affranchit pas les père et mère de l'obligation de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants. Ces lourds devoirs ont pour contrepartie la puissance paternelle. Avec l'éclatement du foyer conjugal comment sera-t-elle exercée ?

## CHAPITRE II : LES ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

La puissance paternelle est l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi accorde aux père et mère sur la personne et sur les biens de leurs enfants.

Sur la personne des enfants, la puissance paternelle comporte un droit de garde, de direction et de surveillance, permettant aux parents de choisir l'habitation de l'enfant, d'être maîtres de son éducation, de contrôler ses relations et sa correspondance, de placer, dans des établissements appropriés, les enfants difficiles.

Sur les biens du mineur, elle donne aux père et mère un droit de jouissance légale et un droit d'administration légale. D'autres attributs de la puissance paternelle touchent à la fois la personne, et accessoirement les biens ; tel le droit d'émanciper l'enfant (art 335 et 336 C. Fam) ; le droit de consentir à son mariage. (art 109 C. Fam), à son adoption, (art 230 C. Fam).

Ces prérogatives sont la contrepartie des lourds devoirs des parents, et n'ont d'autre but que de leur permettre de remplir ces devoirs. Durant le mariage, la puissance paternelle est exercée par le père, en sa qualité de chef de famille. Pendant cette période la puissance paternelle de la mère est en sommeil, mais néanmoins elle a certains droits : consentir au mariage, à l'adoption, etc...

En cas de divorce, rien ne justifie plus la prééminence du père, fondée seulement sur l'unité du groupe dont il était le chef. L'intervention des tribunaux dans les rapports des parents, indésirable tant que le ménage était uni, devient ensuite sans inconvénient. Ce sont eux qui attribueront donc la garde des enfants (art 284 C.Fam), et arbitreront, dans l'intérêt des mineurs, tous les conflits entre parents, sur l'exercice de la puissance paternelle.

## SECTION 1 : LA GARDE DES ENFANTS

La garde, stipule l'article 284 du C.Fam, comporte le droit et le devoir, pour celui qui exerce la puissance paternelle, de fixer chez lui la résidence de l'enfant, de surveiller ses actes et ses relations, de régler sa sépulture et faire respecter sa mémoire.

Après la rupture du lien conjugal, chacun des époux, mu par son amour filial, voudrait bien avoir son enfant à côté de lui. De ces désirs contradictoires vont souvent naître des tiraillements dont les enfants seront les spectateurs incrédules et désabusés, et, quelques fois même, les victimes.

Aussi, le législateur a-t-il édicté des règles protectrices des enfants.

Ainsi l'article 180 du C.Fam qui règle le sort des enfants de parents divorcés renvoie aux dispositions prévues par le chapitre I du TITRE I du LIVRE V dudit code relatives à la puissance paternelle.

Celles-ci, en leur article, 278 énoncent que le jugement prononçant le divorce statue sur la garde de chacun des enfants qui, pour son plus grand avantage, sera confié à l'un ou l'autre des parents, ou, s'il est nécessaire, à une tierce personne.

La garde ainsi attribuée peut subir des modifications ultérieures et il serait intéressant d'étudier l'incidence du décès du père, ou de la mère sur l'attribution de la garde.

### Paragraphe 1 : L'attribution de la garde

Le législateur sénégalais a opté pour le critère du plus grand avantage des enfants pour l'attribution de leur garde après le divorce. L'idée d'une déchéance atteignant l'époux coupable est inexistante ici, contrairement au droit français où l'article 302 du C. Civ. combine deux idées qui pourraient sembler contradictoires : celle d'une déchéance atteignant l'époux coupable,

puisque les enfants doivent être confiés à l'époux innocent, et celle du plus grand avantage des enfants. C'était une source de conflit, mais les tribunaux faisaient triompher le plus grand avantage des enfants dans ce cas.

De quels pouvoirs disposent les juges du fond, et quelles peuvent être les modalités et les sanctions de leur décision ?

A- Les pouvoirs des juges du fond :

Il y a un principe assorti d'une limite.

1- Le principe :

Que le divorce soit prononcé aux torts exclusifs de l'un des époux ou à leurs torts réciproques est indifférent pour l'attribution de la garde des enfants. L'intérêt de l'enfant doit être la seule considération qui guide le juge en cette matière.

(T.P.I. Dakar 27-8-1976 - Recueil crédila Vol II numéro 74). Les enfants sont le plus souvent confiés à leur père ou à leur mère.

Les tribunaux disposent d'un pouvoir souverain pour apprécier où se trouve ce plus grand intérêt des enfants qui est un intérêt d'ordre public.

(J.P. Dakar 20-9-1973 - Recueil crédila Vol 1. n° 95). Les juges du fond ont un pouvoir discrétionnaire non seulement pour désigner, suivant les circonstances, la personne à laquelle il convient de confier les enfants, mais encore de fixer le mode suivant lequel cette garde devra s'exercer. Le tribunal fixe en même temps les conditions dans lesquelles le parent privé de la garde pourra exercer un droit de visite. (art 278, 1er alinéa, dernière phrase). Les décisions règle-

-mentent le plus souvent le partage des vacances entre les père et mère.

Les enfants peuvent être confiés à une tierce personne. Cette dernière est souvent l'un des aïeux de l'enfant.

Lorsque les juges statuent sur la garde, ils le font souvent sur la foi des renseignements à eux fournis par l'enquête sociale qu'ils ont ordonnée. (T.P.I. Dakar 18-12-75 - Rec. crédila Vol. II n° 75). Cette enquête sociale leur permettra de se décider en toute connaissance de cause. Cependant, la souveraineté des juges du fond n'est pas illimitée.

## 2- Limite au principe :

Le pouvoir souverain dont dispose le tribunal en matière de garde des enfants trouve une limite dans l'accord des volontés des père et mère. La jurisprudence admet que lorsque les époux sont d'accord, dans l'intérêt de l'enfant, sur la garde de ce dernier, le tribunal doit en tenir compte et entériner la volonté des parties. (J.P. Dakar 27-12-73. Rec. credila Vol I. n° 101).

L'enfant a-t-il son mot à dire en ce qui concerne l'attribution de sa garde ? Cela est tout d'abord une question d'âge. Si l'enfant est encore jeune, il paraît difficile de tenir grand compte de sa volonté. Lorsqu'il est proche de sa majorité, la question se pose en termes un peu différents. Sans doute, la prise de position d'un enfant proche de sa majorité est un important élément d'appréciation qu'il serait imprudent de négliger. Mais il appartient au juge de déterminer, compte tenu de tous éléments d'appréciation, à qui doit être confiée la garde de l'enfant, et, il y a de leur part les plus graves dangers à déléguer à l'enfant lui même leur pouvoir d'appréciation.

## B- Modalités et sanctions de la décision du juge :

### 1- Modalités :

L'exécution provisoire du jugement statuant sur la garde peut être ordonnée, dès lors qu'il y a urgence ou péril en la demeure et qu'elle n'est pas interdite par la loi, toutes conditions qui peuvent être remplies par les décisions statuant en cette matière. L'article 86 du C. Pr. Civ veut que l'exécution provisoire soit demandée.

### 2- Sanctions :

L'article 349 du code pénal punit d'une peine d'emprisonnement de deux mois à deux ans et d'une amende de 20 000 à 200 000 Francs, le père, la mère ou toute autre personne qui, alors qu'il aura été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice, provisoire ou définitive, ne représentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'auront placé. Les éléments constitutifs du délit de non représentation d'enfant sont les suivants :

- 1)- Il faut qu'il y ait soit détournement, soit enlèvement, soit non représentation d'un mineur ;
- 2)- il est nécessaire qu'il ait été statué sur la garde du mineur par une décision de justice ;
- 3)- l'inculpé doit agir avec une intention coupable, c'est-à-dire en connaissance de la décision de justice à laquelle il fait échec.

La garde qui aura été attribuée par le juge sur la seule base de l'intérêt de l'enfant pourra être retirée pour les mêmes besoins.

Paragraphe 2 : Modifications de l'attribution de la garde

Les décisions relatives à la garde des enfants ont un caractère provisoire et peuvent être modifiées à tout moment. Mais il faudra exercer une action en justice.

A- Caractère provisoire des décisions relatives à la garde :

Les décisions prises par un jugement de divorce, en ce qui concerne la garde et l'éducation des enfants sont, de leur nature, provisoires, révo- cables et susceptibles de recevoir des modifications que l'intérêt des enfants peut rendre nécessaire.

Il a été jugé que la mesure relative à la garde est révisable à tout moment et il n'est pas nécessaire de limiter la garde dans le temps.

(T.P.I. Dakar 6-4-76 Recueil crédila. Vol II. n° 73).

Mais les mesures prises par la décision prononçant le divorce relative- ment à la garde ne peuvent être modifiées qu'en raison de circonstances postérieures à cette décision. Les mêmes règles s'appliquent lorsque ces mesures ont été adoptées à la suite d'un accord intervenu entre les père et mère au sujet de la garde des enfants. La circonstance qui donne lieu en cette matière aux plus sérieuses difficultés est le remariage de l'époux à qui la garde a été confiée, et ceci particulièrement lorsque son nouveau conjoint est le complice de son adultère. Selon la juris- prudence, si ce fait n'entraîne pas ipso facto la perte du droit de garde, les tribunaux ont néanmoins le devoir de rechercher si, à raison des circonstances de la cause, le maintien de ce droit au profit de l'époux remarié n'est pas préjudiciable aux intérêts de l'enfant. (-Paris 14-2-1952 - R.T.D.C. 57-312-n° 3 obs. Desbois ; -Rouen 30-7-1930 DH. 30 -

566 ; S. 31. II - 119). Cependant pour obtenir la modification de la garde, une action en justice est nécessaire.

B- Action en justice :

Il semble que tout parent intéressé a qualité pour saisir les juges à fin de modification de la garde.

Les juges disposent, pour modifier la garde des enfants, du même pouvoir d'appréciation que pour l'attribuer.

La démonstration de l'intérêt de l'enfant supposant la preuve de simples faits, ceux-ci peuvent être établis par tout mode de preuve, et même à l'aide de présomptions. Au point de vue de la compétence, il a été jugé que la demande en modification du droit de garde des enfants, fondée sur des circonstances postérieures au jugement qui avait originellement réglé la garde, n'a pas le caractère d'une difficulté ou d'une mesure d'exécution de la décision primitive devant être portée devant le tribunal qui l'a rendue (Cass. Civ. 11-1-1962. D. 62. S. 93), mais constitue une demande nouvelle de la compétence du juge de paix du domicile du mineur (art 287 C. Fam.).

Quid du droit de garde en cas de décès de l'un des époux divorcés ?

Paragraphe 3 : Effet du décès du père ou de la mère sur l'attribution de la garde

Lorsque postérieurement au divorce, il arrive que l'un des père et mère de l'enfant décède, le survivant a-t-il un droit acquis à l'attribution de sa garde ?

La jurisprudence française décidait avant 1971 que le décès restituait au survivant des père et mère l'exercice entier de la puissance paternelle, mais qu'il pourrait être fait échec à cette règle en cas de nécessité ou

pour des circonstances exceptionnelles (Req. 5-5-1931 - D.H.31.361 ; Paris 1er juin 1954, D.54 - 545). Cette dernière expression avait l'inconvénient d'être dénuée de toute précision.

Le code de la famille quant à lui a adopté une solution de principe assortie d'une limite (art 279 C. Fam). En principe, le décès de celui qui avait été investi de la garde à la suite du divorce entraîne transfert de la puissance paternelle au parent survivant qui n'en a pas été déchu et qui acquiert de ce fait le droit de garde. Cependant, et c'est cela la limite, à la requête de tout parent intéressé, le juge peut décider, dans l'intérêt exclusif de l'enfant, de le confier à une autre personne.

La décision prise n'est jamais que provisoire, comme toutes les autres décisions relatives à l'attribution de la garde, et peut donc être modifiée le cas échéant.

Ainsi en matière de garde aucun parent n'est privilégié et c'est le seul intérêt de l'enfant qui doit guider le juge pour son attribution.

Qu'en est-il de l'exercice des autres attributs de la puissance paternelle ?

## SECTION 2 : LES AUTRES ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Le droit de garde n'est pas la seule prérogative appartenant aux père et mère sur laquelle le divorce puisse avoir une influence. Le divorce apporte un tel changement aux relations familiales que l'exercice de toutes les autres prérogatives des père et mère peut s'en trouver modifié.

Aux termes des articles 278 al 1, 283 et suivants, le gardien de l'enfant exerce les différents droits attachés à la puissance paternelle sur la personne et sur les biens de l'enfant. La loi n'admet pas la dispersion des prérogatives familiales. Elle considère la puissance paternelle comme un ensemble qui ne peut être démembré, sous réserve toutefois du droit de visite et de surveillance.

Mais le législateur, toujours préoccupé par l'intérêt de l'enfant décide que celui qui a sa garde ne peut faire usage des droits de puissance paternelle que dans l'intérêt du mineur.

Il convient d'étudier comment ces principes vont s'appliquer aux diverses prérogatives qui, avec le droit de garde, constituent la puissance paternelle : le droit de surveillance et de visite, le droit d'éducation et les autres prérogatives relatives à la personne des enfants, et à leurs biens.

#### Paragraphe 1 : Le droit de surveillance et de visite

Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les père et mère conservent respectivement le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants .

Le droit de surveillance comporte essentiellement le droit de voir l'enfant, de correspondre avec lui et de saisir la justice lorsque la personne qui a la garde des enfants ne semble pas agir au mieux de l'intérêt de ceux-ci.

#### A- Le droit de visite :

Exercée par l'un des parents, la garde permet-elle de priver l'enfant de tout contact avec l'autre ?

En outre, le conflit qui oppose les père et mère peut faire de la puissance paternelle dont les attributs se trouvent démembrés entre eux, une occasion et une arme de leur lutte mutuelle. Pour éviter de telles excès, le législateur a pris certaines dispositions.

C'est le tribunal qui fixe les conditions dans lesquelles le parent privé de la garde pourra exercer un droit de visite. (art 278 - al 1 - C.Fam). Comme cette faculté existe de plein droit, il n'est pas nécessaire que la décision qui statue sur la garde des enfants la réserve expressément. Le juge ne détermine que les conditions d'exercice du droit de visite.

La règle est encore ici l'intérêt des enfants souverainement apprécié par les juges.

Comme celles qui statuent sur la garde des enfants, les décisions qui se prononcent sur le droit de visite n'ont qu'un caractère provisoire et sont susceptibles de subir toutes modifications ultérieures qui seraient justifiées par les circonstances.

Le délit de non représentation d'enfant peut se trouver constitué à l'occasion du droit de visite (art 349 C. pen). Ainsi celui qui, tirant profit d'un droit de visite ou de garde temporaire qu'il a sur le mineur, et mis en possession régulière de l'enfant, s'empare de lui, pourrait être poursuivi et condamné de ce chef.

Le droit de visite permet de surveiller l'exercice effectif de la puissance paternelle par la personne titulaire de la garde et de saisir le juge si nécessaire.

#### B- Faculté de saisir le juge :

L'article 287 du code de la famille dispose que les décisions prises à l'égard du mineur dans l'exercice de la puissance paternelle peuvent être déférées par tout parent intéressé au juge de paix du domicile du mineur. Ce pouvoir est très large. Ainsi le parent qui n'a pas la garde conserve la faculté de saisir la justice lorsque l'intérêt des enfants semble méconnu par celui qui exerce la garde.

C'est surtout à propos de l'éducation des enfants et des autres prérogatives intéressant la personne de ceux-ci et leurs biens que cette faculté est exercée.

Paragraphe 2 : Droit d'éducation et autres prérogatives relatives à la  
personne des enfants

Ce sont entre autres le droit de consentir au mariage, à l'adoption, à l'émancipation.

A- Le droit d'éducation :

Comment doit se régler l'éducation des enfants de parents divorcés ?

Aux termes de l'article 283 al 2 - C.Fam, celui qui exerce la puissance paternelle est tenu de pourvoir à l'éducation de l'enfant. Il est donc exercé par celui des auteurs de l'enfant qui a obtenu la garde de ce dernier, ou par la tierce personne à qui la garde de l'enfant a été confiée.

Le droit d'éducation comporte le droit de fixer la résidence du mineur, de surveiller ses actes et relations, de régler sa sépulture, etc...

Il comporte aussi le droit d'infliger à l'enfant réprimandes et corrections dans la mesure compatible avec son âge et l'amendement de sa conduite.

Il conviendrait de noter qu'en France, antérieurement à l'intervention de la loi du 4 juin 1971, il y avait des divergences au niveau de la jurisprudence. Pour certains tribunaux, le droit d'éducation était un attribut de la puissance paternelle de l'exercice duquel le père demeurait investi, même si la garde de l'enfant ne lui était pas confiée.

D'autres voyaient, au contraire, dans le droit d'éducation un accessoire de la garde et décidaient qu'en cas de désaccord entre les père et mère, la volonté du titulaire de la garde doit l'emporter.

La cour de cassation prenait en considération quasi-exclusivement l'intérêt de l'enfant, d'ailleurs souverainement apprécié par les juges du fond.

En tout état de cause, le droit de surveillance autorise chacun des père et mère à saisir la justice chaque fois que les dispositions prises par l'attributaire de la garde ne leur paraissent pas répondre à l'intérêt de l'enfant.

B- Droit de consentir au mariage :

Le divorce des père et mère n'affranchit pas l'enfant qui veut se marier avant sa majorité de l'obligation d'obtenir le consentement de sa famille. L'article 109 C. Fam édicte que le mineur de 21 ans ne peut contracter mariage sans le consentement de la personne qui exerce la puissance paternelle à son égard, donc de la personne attributaire de la garde. Il en résulte que le consentement des père et mère n'est pas nécessaire lorsqu'ils ne sont pas titulaires de la garde.

Cependant en cas de refus de consentement du gardien de l'enfant, tout parent peut saisir le juge de paix du lieu de célébration du mariage s'il estime que le refus de consentement est basé sur des motifs non conformes à l'intérêt de l'enfant (art 109 al 3 C.Fam). Ainsi la loi n'a pas voulu donner au gardien un pouvoir discrétionnaire.

C- Droit de consentir à l'adoption :

Ici la loi a supprimé tout effet particulier au divorce. En principe (art 230 al 1 C.Fam) les père et mère doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption de leur enfant. Cependant, si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté ou s'il a perdu ses droits de puissance paternelle, le consentement de l'autre suffit.

Donc en cette matière, les prérogatives des père et mère restent intactes.

D- Droit de consentir à l'émancipation :

En principe, l'émancipation requiert l'accord des père et mère par une déclaration conjointe reçue par le juge des tutelles.

A défaut d'accord entre eux, celui des deux qui a la garde de l'enfant peut demander au juge des tutelles de prononcer l'émancipation. Mais celui-ci doit entendre l'autre auteur de l'enfant et ne peut prononcer l'émancipation que s'il y a de justes motifs.

Si la garde de l'enfant a été confiée à la mère, le père ne peut l'émanciper contre le gré de celle-ci qu'avec l'autorisation du juge des tutelles (art 336 C.Fam). La loi a voulu éviter que ce droit ne soit pas utilisé comme une arme par le parent non titulaire de la garde, permettant de soustraire l'enfant de la garde de l'autre parent.

### Paragraphe 3 : Le droit d'administration légale et de jouissance

Le droit d'administration légale et le droit de jouissance sont deux droits distincts.

Le droit de jouissance légale appartient à la personne à qui la garde de l'enfant a été attribuée. Il porte sur les biens de l'enfant mineur de 18 ans dont le gardien peut percevoir les revenus, mais il doit les affecter à son entretien et à son éducation.

La loi précise que cette jouissance ne s'étend pas aux biens provenant d'un travail séparé de l'enfant, ni à ceux qui lui seront donnés ou légués sous la condition expresse d'exclusion d'une telle jouissance, ni aux biens provenant d'une succession dont le père ou la mère ont été exclus comme indignes.

L'administration légale consiste en un pouvoir de gestion des biens de l'enfant et en un pouvoir de représentation du mineur dans les actes qu'il ne peut ou ne doit effectuer lui-même. Elle est exercée par la personne qui a la garde de l'enfant (père - mère - tiers).

Mais après le divorce, l'administration légale et la jouissance ne sont jamais pures et simples. Elles sont placées sous le contrôle du juge des tutelles (art 287 et 301 C.Fam). Cela se justifie par le fait que le contrôle de l'époux qui n'est pas investi de l'administration légale et de la jouissance sur la gestion de son ex-conjoint ne peut plus être ni aussi constant ni aussi impartial que pendant le mariage.-

## C O N C L U S I O N

-----

Aux termes de cette étude, il est bon de résumer, en un aperçu général les principes régissant la situation des enfants issus du mariage après sa dissolution par le divorce.

D'une part, ils ont droit à l'obligation d'entretien qui incombe à leurs pères et mère. Celle-ci comprend tout ce qui est nécessaire à leur développement physique, moral et intellectuel. Seul le parent gardien pourra exécuter son obligation en nature, alors que l'autre devra des prestations pécuniaires sous forme de pension ayant un caractère alimentaire puisqu'elle a pour fonction d'assurer la satisfaction dans l'avenir des besoins de l'enfant. Une idée domine cette matière : c'est l'absolue nécessité d'accomplir l'obligation de nourrir, entretenir et élever l'enfant. De là découlent ses caractères obligatoire, solidaire, indisponible..

Certains ont pu la confondre avec l'obligation alimentaire. Cependant, l'obligation d'entretien, bien que présentant des affinités avec l'obligation alimentaire, n'en est pas moins distincte. Les différences portent : sur le caractère unilatéral de la première, la seconde étant réciproque ; sur leur durée, l'obligation d'entretien ne durant que jusqu'à la majorité de l'enfant, l'obligation alimentaire étant permanente ; sur leur objet différent, celui de l'obligation d'entretien étant plus étendu que celui de l'obligation alimentaire, puisqu'il consiste non seulement en aliments, mais comprend en outre l'obligation d'élever et d'instruire l'enfant ; sur leur mode d'exécution, l'obligation d'entretien comportant des soins en nature, et l'obligation alimentaire des prestations en argent. Cependant on englobe l'étude de l'obligation d'entretien dans la théorie générale de l'obligation alimentaire et on

applique dans les deux cas les mêmes solutions.

D'autre part, les attributs de la puissance paternelle seront exercés à l'égard des enfants par la personne à qui la garde des enfants a été confiée ; celle-ci pouvant être l'un des parents de l'enfant ou une tierce personne. Le législateur a voulu éviter l'éclatement des prérogatives de puissance paternelle entre les parents de l'enfant.

Le parent non gardien n'est pas dépouillé pour autant de tout droit. Il conserve le droit de consentir à l'adoption, à l'émancipation, et dispose, par le biais de son droit de visite, du pouvoir de contrôler l'exercice effectif de la puissance paternelle par le gardien et de saisir le juge s'il l'estime nécessaire.

Le juge a reçu de la loi des pouvoirs considérables : il lui appartient de trancher les conflits d'intérêts opposant les parents et dont les enfants se trouvent être l'enjeu principal, en se fondant exclusivement sur l'intérêt de l'enfant. C'est lui qui est chargé de dire l'intérêt de l'enfant, d'en révéler le contenu. En effet, qui est mieux placé que lui lorsque, en cas de conflit, les parents cherchent à faire prévaloir leur intérêt égoïste sur l'intérêt de l'enfant ? Cela peut poser au juge de difficiles cas de conscience, puisqu'il ne s'agit pas pour lui de dire le droit mais d'appliquer des solutions justes et humaines aux situations d'espèces les plus variables. Et son pouvoir est d'autant plus redoutable qu'il est souverain puisque statuant en fait.

Cependant le juge est secondé par les conseils et avis autorisés des services sociaux.

Il faut que l'enfant souffre le moins possible du divorce de ses parents. C'est là le souci constant de la loi et de la jurisprudence. L'enfant doit continuer à vivre dans la stabilité et la paix. Lorsqu'il ne peut bénéficier de la chaude atmosphère du foyer qui lui assure stabilité de vie matérielle.

comme de direction morale, ce qu'il faut surtout éviter ce sont les luttes d'influence dont il est l'innocent enjeu et la malheureuse victime, car il n'y a rien de plus nuisible pour lui que cette instabilité et cette agitation. Ce calme est décisif pour la bonne santé morale et physique de l'enfant. Il est de l'intérêt même de la société qu'il en soit ainsi.-

B I B L I O G R A P H I E

-----

1- TRAITES DE DROIT CIVIL

- Aubry et Rau - 7e éd. T.7 - par ESMEIN
- Marty et RENAUD - T.1 - 2e vol.
- H. LÉJ. MAZEAUD - T.1 - 2e vol.
- PLANIOL et RIPERT T.2 par ROUAST

2- THESES

- BORRICAND : Les effets du mariage après sa dissolution - Aix, 1958
- REGLADE : Les enfants de parents divorcés - Paris, 1939
- SOULIGNAC : Les effets du divorce relativement aux enfants - Paris, 1908
- HUGGUET : Des effet du divorce à l'égard des enfants nés du mariage - Paris, 1901
- DERRIDA : L'obligation d'entretien, obligation des parents d'élever leurs enfants - Alger, 1947
- BORN : Du droit de garde en matière de divorce et de réparation de corps - Paris, 1904
- CANOUI : Caractères des mesures de garde des enfants de parents divorcés - Alger, 1948

3- DOCTRINE

- NAUROIS : Le contrôle judiciaire de la puissance paternelle sur la personne de l'enfant - Rev. crit - Législ. et jurisp. 1936 - 460
- VINEY : Du droit de visite - Rev. trim. dr. civ. 1965 - 225
- DOUMIER : L'intérêt de l'enfant. D. 1959 - chr. 179
- M.M. MBACKE : De la protection de la femme et de l'enfant dans le code sénégalais de la famille - R.S.D. 1973 - Vol 13 -P.3, ~~et~~ suiv.