

REPUBLIQUE DU SENEGAL

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION
ET DE MAGISTRATURE

ANNEE ACADEMIQUE 1990-1991

DIVISION JUDICIAIRE

3e ANNEE

Du contentieux de la paternité en droit sénégalais

Mémoire présenté par

MAME COR NDOUR

REPUBLIQUE DU SENEGAL
Un peuple - un But - une Foi
Présidence de la République
Secrétariat Général



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

MEMOIRE DE FIN D'ETUDE

Présenté par Mame Cor NDOUR

Sur

"DU CONTENTIEUX DE LA PATERNITE"
en Droit Sénégalais



ANNEE 1990

Division Judiciaire

D E D I C A C E S

Je dédie ce modeste travail

- A mes chers parents

- A mes amis

=====

P L A N

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

- 1ère Partie : Le rôle du père dans l'établissement de la paternité.
- Chapitre 1 : L'acquisition de la paternité légitime par le moyen de la reconnaissance
- section 1 : Les formes de la reconnaissance
- A : La reconnaissance expresse
- B : La reconnaissance implicite
- section 2 : Les effets successoraux de la reconnaissance
- A : Dans le cadre des successions musulmanes
- B : Dans le cadre des successions de droit commun
- Chapitre 2 : Le moyen dont dispose le mari pour contester sa paternité
L'action en désaveu de paternité
- section 1 : Les différents modes de désaveu
- A : Le désaveu de l'article 203 C.F
- B : Le désaveu prévu à l'article 209 - 4 C.F
- section 2 : La procédure de l'action en désaveu
- A : Les parties à l'action
- B : Les délais d'exercice de l'action

2ème Partie : L'intervention de l'enfant aux fins d'établissement
de sa filiation paternelle ou d'obtention d'aliments les
actions en recherche et en indication de paternité

Chapitre 1 : L'action en recherche judiciaire de paternité

section 1 : L'état du droit antérieur sur la question

section 2 : Le droit positif de l'action en recherche de paternité

A : L'objet de la preuve

B : Les moyens de preuve

C : La force de la preuve

D : Le régime juridique de l'action

Chapitre 2 : L'action en indication de paternité

section 1 : Régime de l'action

A : Cas d'ouverture

B : Fins de non recevoir

C : Procédure

D : La querelle sur la juridiction compétente pour connaître
(de l'action (aujourd'hui terminée))

section 2 : Analyse critique en indication de paternité

CONCLUSION

...../.....

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

Affirmer que tel homme est le père de tel enfant peut avoir un fondement biologique c'est à dire résulter des liens de sang, mais l'affirmation peut également être le résultat de l'oeuvre du juge.

La preuve positive et certaine de la paternité légitime à laquelle le législateur attache une grande importance est impossible à rapporter malgré les importants progrès de la science et de la médecine. En d'autres termes il n'est pas possible pour le moment de dire avec certitude que tel homme est le père de tel enfant.

Cependant il est possible d'établir que tel homme n'est pas le père de tel enfant.

devant cette difficulté insurmontable, le législateur a été obligé d'instituer une présomption de paternité du mari en effet l'article 191 du code de la famille dispose^{que} tout enfant né 180 jours au moins après la célébration du mariage de sa mère et de 300 jours au plus à compter de la dissolution de ce mariage, est présumé avoir le mari pour père..."

Cette présomption dont le caractère nécessaire n'a jamais été discuté, repose principalement sur le devoir de cohabitation qu'impose le mariage; la femme est en effet tenue d'avoir des relations sexuelles avec son mari.

A s'en tenir au texte de l'article 191 du code de la famille, on devrait admettre que le principe de la présomption de paternité a une valeur absolue à l'égard du mari mais très rapidement, le législateur s'est empressé d'ajouter que le mari peut désavouer l'enfant auquel a donné naissance sa femme si certaines circonstances se trouvent réunies. Cela signifie que la présomption ainsi posée n'est pas irréfutable, que le mari est donc admis à prouver en justice qu'il n'est pas le père de l'enfant.

Nous verrons comment il pourra contester sa paternité en étudiant l'action en désaveu de paternité.

Il faut faire observer par ailleurs que dans le cadre de la famille africaine traditionnelle, la nécessité de rattacher l'enfant à son véritable père était peu ressentie dans la mesure où l'enfant était en charge par ^{pris} l'ensemble de la société.

Mais il faut reconnaître que de nos jours avec l'évolution des mœurs remarquable surtout dans les centres urbains, cette prise en charge de l'enfant par tout le monde n'existe plus. On note aujourd'hui beaucoup de cas d'enfants abandonnés ou en danger d'où l'intérêt pour l'enfant d'être rattaché à ses parents sur lesquels pèsera alors l'obligation d'entretien et d'éducation. Le législateur a si bien compris cela qu'il a exceptionnellement autorisé la recherche judiciaire ^{de paternité} à l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie (art. 211 du code de la famille.) de même qu'il a reconnu à cet enfant une action en justice lui permettant d'exiger de celui qui sera ^{désigné} par décision de justice comme étant son père, le versement d'aliments (article 215 du code de la famille.)

Ainsi le code de la famille a aménagé deux actions en faveur de l'enfant : Une action qui lui permettra d'établir sa filiation, par l'autre il pourra obtenir des aliments. Ces deux actions constitueront l'objet de notre deuxième partie.

La paternité légitime fondée sur une présomption de paternité du mari peut être perdue par l'exercice de l'action en désaveu; par ailleurs le moyen officiel d'établir la filiation paternelle, est la reconnaissance qui peut être expresse ou implicite; c'est le fait exclusif du père tout comme le désaveu de paternité. Ainsi, le père a la possibilité d'établir sa filiation paternelle à l'égard d'un enfant en le reconnaissant ou de dénier la paternité de l'enfant né de sa femme en exerçant l'action en désaveu; dans les deux cas c'est lui qui agit. Ce pouvoir ainsi reconnu au père dans l'établissement de la filiation constituera l'objet de notre première partie.

...../.....

P R E M I E R E P A R T I E

" LE ROLE DU PERE DANS L'ETABLISSEMENT DE LA PATERNITE "

Dans l'établissement de la filiation paternelle, l'homme peut jouer un rôle actif en effet lorsque l'enfant n'est pas présumé issu du mari de sa mère, il pourra le reconnaître. De même il pourra désavouer un enfant dont sa femme a accouché alors même que ce dernier est présumé issu du mariage.

On le voit donc un homme peut faire acquérir à un enfant une paternité officielle en le reconnaissant, de même qu'il peut lui faire perdre cette paternité que l'enfant était sensé avoir, en intentant l'action en désaveu.

Chap.1:/ L'acquisition de la paternité par le moyen de la reconnaissance.

La reconnaissance est l'acte de volonté par lequel un homme déclare être le père d'un enfant.

Section 1 :/ Les formes de la reconnaissance

La reconnaissance peut être expresse ou simplement implicite.

A . La reconnaissance expresse (Article 57 et 193)

La reconnaissance sera dite expresse lorsque le père aura procédé à une déclaration de reconnaissance devant l'officier de l'état civil compétent.

En effet, le père d'un enfant qui désire reconnaître ~~exp~~réssement son enfant, devra faire sa déclaration de reconnaissance devant l'officier de l'état civil après la naissance de l'enfant ou même dès sa conception.

C'est dire que la reconnaissance peut concerner un enfant déjà né mais également un enfant à naître .Il convient de signaler que la déclaration de naissance faite à l'officier de l'Etat civil par le père qui déclare sa paternité vaut reconnaissance. (art. 193 al.2)

B. La reconnaissance implicite

La reconnaissance sera dite implicite toutes les fois que le père aura procédé ou aura ^{fait} procéder au baptême de l'enfant ou encore lui aura donné un prénom; dans ce cas l'enfant a une action en justice pour faire constater cette reconnaissance tacite en exerçant l'action de l'article 211 du code de la famille.

NOus parlerons plus amplement de cette action dans notre deuxième partie. Pour l'instant, il convient de signaler tout simplement que le législateur confond souvent reconnaissance et établissement judiciaire de la paternité, mais en vérité cette confusion dans le vocabulaire se justifie car si on y regarde de près, on se rend compte que dans la recherche judiciaire de paternité naturelle, la filiation paternelle de l'enfant est établie parce qu'il ya reconnaissance implicite de l'enfant par le père prétendu, en effet l'enfant dans son action en recherche

de paternité; ^{ne} prouve pas que tel homme est véritablement son père (preuve presque impossible dans l'état actuel de la science) mais il devra prouver que tel homme l'a baptisé ou l'a fait baptiser; mais si l'auteur baptisera encore lui a donné un prénom.

Ces faits que l'enfant doit prouver constituent un aveu de paternité de la part du père donc une reconnaissance.

La reconnaissance en tant qu'acte juridique, est soumise aux conditions générales de validités des actes juridiques aussi elle doit en particulier être librement consentie en connaissance de cause.

Parlant de la reconnaissance, nous aurons constaté que le législateur n'a pas repris ici deux règles classiques du droit musulman à savoir qu'un homme ne peut pas reconnaître un enfant et qu'il ne peut pas y avoir de lien de droit entre un homme et un enfant illégitime. En consacrant ces règles, le droit sénégalais se démarque nettement du droit musulman traditionnel, c'est ainsi qu'un auteur a pu parler à juste titre d'un droit sénégalais musulman.

section 2 : Les effets successoraux de la reconnaissance

La reconnaissance d'un enfant illégitime confère à ce dernier des droits dans la succession de l'auteur de la reconnaissance.

Nous allons illustrer ces droits en analysant le jugement n° 1283 du 03 juillet 1973 du tribunal de 1ère instance de Dakar publié dans la Revue Sénégalaise de droit (R.S.D 1974 n° 15 page 139 et suivants).

A./ Situation de Ibrahima NDIAYE dans le cadre des successions de droit musulman

L'enfant ibrahima NDIAYE a été reconnu par son père dans le cadre des dispositions de l'article 193 alinéa 2 sur déclaration de naissance faite par son père à l'officier de l'état civil qui vaut avons nous dit plus haut reconnaissance

- suite -

Après avoir jugé que Ibrahima NDIAYE doit être considéré comme un enfant naturel reconnu par son père, le jugement précité le déclare légataire d'une part successorale égale à celle à laquelle il aurait pu prétendre s'il avait été légitime.

Il convient de constater que le juge n'a fait qu'appliquer ici les dispositions de l'article 220 alinéa 2 du code de la famille. En droit musulman classique Ibrahima NDIAYE, enfant naturel reconnu par son père, ne peut succéder à ce dernier dans le cadre des dispositions relatives aux successions de droit musulman (articles 571 et suivants.) C'est dire qu'il n'est pas hériter que de sa mère et des parents de celle-ci (article 642 alinéa 1) mais jamais de son père alors même que celui-ci aurait déclaré officiellement sa paternité envers lui-même.

Dans la masse à partager, Ibrahima NDIAYE enfant illégitime reconnu par son père viendra comme légataire d'une part d'enfant légitime sauf s'il est rapporté la preuve de la volonté du père de l'écarter de sa succession.

On voit que Ibrahima NDIAYE a une situation bien meilleure que celle que lui aurait reconnu le droit musulman car puisqu'il prend une part égale à celle qu'il aurait pu prétendre s'il avait été légitime, et pour calculer cette part, il faudra donc le considérer comme un enfant légitime.

En revanche n'étant pas héritier, il ne pourra pas en justice demander le maintien de l'indivision (art.462C.F.) cette possibilité étant réservée aux héritiers

B. Situation successorale de Ibrahima NDIAYE
dans le cadre d'une succession de droit commun

En effet, l'enfant Ibrahima NDIAYE a une situation meilleure que celle de l'enfant naturel reconnu dans le cadre d'une succession de droit commun. En effet, il n'est pas atteint par les dispositions restrictives de l'article 534 du code de la famille qui frappent les enfants naturels dont la filiation paternelle est établie à un moment où leur père était engagé dans les liens du mariage avec une femme autre que leur mère. Dans ce cas la loi exige l'acquiescement de l'épouse pour que la reconnaissance produise son plein effet.

Eh bien Ibrahima NDIAYE n'est pas concerné par cette restriction. Désormais, l'enfant illégitime reconnu par son père a une part dans la succession de ce dernier c'est pourquoi le fait de reconnaître un enfant naturel ne doit plus être regardé comme une volonté implicite d'écarter sa dévolution selon les règles du droit musulman.

Cependant, dans un arrêt en date du 22 juillet 1981, R.S.D. 1983 page 15 à 17, la Cour Suprême a jugé que le fait pour un homme de reconnaître un enfant naturel (il s'agissait de trois enfants naturels reconnus par leur père), s'oppose à ce que sa succession soit dévolue selon les règles du droit musulman.

Avant le 1er janvier 1978 date d'entrée en vigueur du code de la famille une telle interprétation était juste puisque l'enfant naturel ne succédait pas et le fait de le reconnaître faisait présumer une renonciation au statut coutumier en faveur de l'application du droit moderne. Mais aujourd'hui la reconnaissance d'un enfant illégitime ne doit plus jouer le même rôle ~~puis~~ aux termes des dispositions de l'article 220 C.F, l'enfant naturel succède à son père dans les successions musulmanes même si ^{c'est le} par ~~biens~~ de la notion de légataire.

On le voit donc le législateur sénégalais a contourné la règle classique du droit musulman selon laquelle l'enfant né ~~hors~~ ^{hors} mariage ne peut pas avoir de lien avec son père, certains ^{auteurs} ont pu considérer qu'il y avait là une violation de la

foi religieuse mais c'est qu'ils oublient comme l'a si bien fait remarquer ^{Mr} Samba Mademba SY (note sous jugement n° 1283 du 3. juillet 1973 précité), que le texte de l'article 220 ne jouera qu'en l'absence de volonté contraire et dans la portion de la quotité disponible.

Chapitre 2 · Le moyen dont dispose le mari pour contester sa paternité: Le desaveu de paternité

Comme nous l'avons signalé dans notre introduction, aujourd'hui il reste encore impossible d'apporter la preuve directe et certaine de la paternité. Le législateur a si bien compris cela qu'il a posé une présomption de paternité (art. 191 C.F qui il est vrai permettra de rattacher l'enfant à son véritable père le plus souvent.)

Cependant il arrive des cas où l'attribution de la paternité de l'enfant au mari, ne traduira pas toujours la vérité que le mari est le père de l'enfant.

Dans ces conditions, il est normal de permettre au mari de contester la paternité de cet enfant c'est l'objet du désaveu. Il convient de préciser cependant que le désaveu de paternité est d'une portée pratique quelque peu faible, cela tient à plusieurs raisons dont la principale est la recherche de la paix dans les familles en effet beaucoup de maris considèrent qu'il peut être dangereux pour la tranquillité des familles, de chercher

à désavouer un enfant né de leur épouse pendant le mariage alors même qu'ils sont convaincus que l'enfant n'est pas issu de leurs oeuvres.

Cependant étant donné que l'action en désaveu est prévue dans notre droit positif il est toujours bon de l'analyser et d'en dégager le régime juridique d'autant que même si aujourd'hui le contentieux du désaveu est faible, on peut s'attendre à ce qu'il se développe dans un avenir proche avec l'évolution des mœurs. Cela étant précisé il convient de déterminer les enfants dont la paternité pourra être contestée en justice par l'exercice de l'action en désaveu.

Il s'agira des enfants couverts par la présomption " pater is est..." c'est à dire les enfants qui sont conçus dans le mariage ou nés dans le mariage; Ce sont donc les enfants légitimes c'est à dire les enfants nés entre le 180e jour au moins après la célébration du mariage de leur mère et 300e jour en plus à compter de la dissolution de ce mariage; mais faut-il que le mari apporte la preuve du mariage et de la conception. En ce qui concerne la preuve du mariage, elle pourra être rapportée par la production de l'acte de mariage. A défaut, de certificat de mariage, le mari pourra toujours recourir à la procédure exceptionnelle d'autorisation d'inscription prévue à l'article 87 du code de la famille.

Quant à la preuve de la conception, il faudra recourir à la date légale de la conception prévue à l'article 1er du même code qui dispose que "la date de la conception d'un enfant est fixé légalement et de façon irréfutable entre 180^e jour et le 300^e jour précédant sa naissance" soit donc 121 jours ~~inclus~~ avant la naissance.

Nous ferons observer ^{que} dans la fixation de cette date de la conception, le législateur a tenu compte des ~~durées~~ ^{durées} minimales (6 mois) et maximale (10 mois) de la grossesse.

Nous analyserons l'action en désaveu de paternité en étudiant successivement ses modalités et son régime juridique.

section.1 Les différents modes de désaveu prévus par le code de la famille

A. Le désaveu de l'article 203 du C.F

Nous avons défini le désaveu comme le droit reconnu au mari d'agir en justice pour faire tomber la preuve qu'il ne peut être le père de l'enfant. Pour écarter sa paternité présumée, le mari doit donc prouver que pendant la période légale de la conception (121 jours) il était dans l'impossibilité d'avoir des relations avec sa femme.

Les raisons qui font que le mari ne peut pas avoir de relations sexuelles avec sa femme peuvent être nombreuses ~~c'est~~ peut être un éloignement, une impuissance, une maladie, un accident grave

Le texte de l'article 203 va même plus loin en effet, il permet au mari qui a cohabité et qui a eu des relations intimes avec sa femme, de désavouer l'enfant par le procédé des groupes sanguins. C'est ^{ainsi} ~~que~~ la Cour d'Appel de Dakar a jugé que :

" Considérant cependant que contrairement à ~~ce qu'elle~~ pense et en l'état actuel des connaissances scientifiques, l'expertise du sang est incapable de fournir la preuve positive de paternité et ne peut donner qu'une indication de non paternité "

C, A 3 juillet 1977 Penaut 1977 p.92

Dans cette affaire, la mère d'un enfant naturel avait intenté une action en indication de paternité contre le père prétendu et avait demandé de prouver la paternité de ce prétendu père par une expertise sanguine. Le juge a rejeté sa demande au motif que la mesure sollicitée ne saurait se concevoir en l'espèce car il s'agit d'une action en indication de paternité et non d'une action en dénégation de paternité. Cela signifie au clair que l'examen des groupes sanguins ne peut être utilisé comme moyen de preuve que s'il s'agit de démentir la paternité c'est-à-dire d'établir que tel homme n'est pas le père de tel enfant et même dans cette hypothèse il ne vaudra que comme indice de non-paternité.

Le mari pourra donc démentir sa paternité par tous moyens. Cependant, il ne peut pas se fonder sur l'adultère de son épouse pour écarter sa paternité.

En effet, l'article 203 C.F dispose que l'adultère de l'épouse ne suffit pas pour ^{exercer} l'action en désaveu.

Enfin l'appréciation de la non paternité relève du pouvoir souverain du juge. Il faudra donc que la preuve produite par le mari emporte sa conviction. Ainsi dans un jugement n°471 du 4 Mars 1980 du Tribunal de Dakar Consorts M c/ veuve M non publié, le juge a débouté les demandeurs en désaveu au motif que la preuve produite (en l'espèce adultère non corroboré par aucun élément) n'était pas suffisante.

B. Le désaveu prévu à l'article 209-4 C.F

Il s'agit de l'hypothèse très précise d'un enfant né d'une femme mariée, agit en justice pour obtenir sa qualité d'enfant légitime; le mari qui est présumé être le père de cet enfant (puisque'il est né dans le mariage), est habilité à intervenir dans l'action intentée par l'enfant pour écarter sa paternité. Dans ce type de désaveu, le mari n'agit pas par voie principale mais par voie d'exception pour repousser sa paternité que l'enfant cherche à lui attribuer. C'est un désaveu assez spécial en ce sens qu'il est accessoire à l'action de l'enfant.

On le voit donc le mari qui au départ est présumé être le père de l'enfant né de son épouse, pourra toujours et par tous moyens rapporter la preuve qu'il n'est pas le père de l'enfant. Il lui suffira d'établir que durant la période légale de la conception soit du 180e jour au moins de la célébration du mariage et 300 jours au plus à compter de sa dissolution, il n'a pas eu de relations sexuelles avec sa femme.

Mais alors quelle procédure devra-t'il suivre ?

section.2 La procédure du désaveu

Le désaveu donne toujours lieu à une action en justice, celle-ci est portée devant le Tribunal Régional du domicile de l'enfant.

Qui pourra agir en désaveu ? contre qui l'action sera t-elle intentée ?

A. Les parties à l'action

1./ Le demandeur

Aux termes des dispositions de l'article 204 du code de la famille, le mari est demandeur. Cependant, les héritiers du mari sont également habilités à intenter l'action sous certaines conditions :

il faut que le mari décédé avant d'avoir intenté l'action et qu'il soit dans les délais. S'il avait intenté l'action avant de mourir les héritiers pourront purement et simplement la continuer; selon certains auteurs, l'action en désaveu exercé par les héritiers du mari prend un autre caractère car elle est ouverte aux héritiers non pour protéger un intérêt moral dont le seul mari est jugé mais pour protéger leurs intérêts patrimoniaux c'est pourquoi les héritiers du mari ne pourront agir que s'ils sont troublés dans leurs droits patrimoniaux par l'enfant (cf jugement n° 471 du 04.03. 1980 précité.)

2°/ Le défendeur

C'est l'article 205 C.F. qui règle la question. L'action est dirigée contre la mère lorsque l'enfant est encore mineur c'est-à dire n'a pas atteint l'âge de 21 ans.

Si la mère est décédée, incapable ou présumée absente le texte de l'article 205 dispose que "l'action sera dirigée contre un tuteur ad hoc à la requête du mari par ordonnance du président du tribunal (régional) du lieu de naissance de l'enfant."

Maintenant lorsque l'enfant aura atteint l'âge de la majorité, l'action en contestation de paternité sera dirigée contre lui même qui se défendra directement et personnellement.

B. Délai d'exercice de l'action

1. Point de départ du délai

L'article 204 fixe le délai de l'action en désaveu à 2 mois. Ce délai court à partir de :

- la naissance de l'enfant
- la découverte de la fraude si on a caché la naissance de l'enfant au mari.

Précisons que ce délai de 2 mois est applicable pour les deux modes de désaveu dont nous avons parlé plus haut c'est à dire ceux prévus aux articles 203 et 209 du C.F

Nous ferons remarquer que ce délai est ^{un} assez court, nous estimons que compte tenu du fait que le désaveu est ^{un} acte grave en ce qu'il a pour effet de rejeter l'enfant de la famille, ce qui témoigne du refus du mari de pardonner sa femme d'avoir commis un adultère, il aurait fallu peut être l'allonger en le portant à 6 mois ce qui permettrait au mari de disposer de plus de temps de réflexion avant d'engager l'action.

2. Nature et caractère du délai

Le délai est-il d'ordre public ? la question n'est pas réglée par le législateur. Mais nous pensons qu'il est d'ordre public dans la mesure où l'article 183 C.F pose le caractère d'ordre ^{public} des règles touchant à l'établissement de la filiation et à ses conséquences.

De toute manière s'il est d'ordre public, la conséquence est qu'il ne pourra pas être modifié ni par les parties ni par le juge.

...../.....

DEUXIEME PARTIE

" L'intervention de l'enfant aux fins d'établissement de sa filiation
paternelle ou d'obtention d'aliments : Les actions en recherche
et en indication de paternité

=====

La recherche judiciaire de paternité est en principe interdite à tout enfant qui n'est pas présumé issu du mariage de sa mère ou n'a pas été ~~exp~~ressément reconnu par son père (art. 196 C.F)

Toutefois l'article 211 prévoit une exception à cette règle même si on peut se demander s'il s'agit d'une véritable exception dans la mesure où le texte de l'article 211 consacre en vérité un cas de ~~reconnaissance~~ implicite. L'exception concerne (si exception il ya), l'enfant qui a été baptisé par son prétendu père ou encore qui a reçu de lui un prénom, un tel enfant est admis à rechercher son père à charge pour lui de rapporter la preuve du baptême ou de l'attribution du prénom.

Par ailleurs l'article 215 C.F prévoit au bénéfice de l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie, une action en indication de paternité.

Mais à la différence de l'action de l'article 211 qui établit juridiquement la filiation de l'enfant à l'égard de son père, l'action de l'article 215 a pour effet de procurer à l'enfant des aliments.

Nous consacrerons à chacune de ces actions un chapitre

Chapitre 1 L'action en recherche judiciaire de paternité

S'inspirant du droit musulman, le législateur sénégalais prohibe la recherche judiciaire de paternité; pour mieux comprendre la portée de la règle, nous allons examiner l'état du droit antérieur sur la question avant de nous pencher sur le droit positif.

section 1 L'état du droit antérieur sur la
question

L'essentiel de nos développements qui vont suivre, seront tout empruntés à Monsieur Youssoupha NDIAYE qui a fait des commentaires très intéressants dans l'affaire Chams-Edinne DIAGANA c/ Mbaye NIANC, es qualité (tribunal de 1ère instance de Dakar (Appel en justice de paix) 4 Décembre 1973 rsd n° 14 p. 58.)

Avant le 1er janvier 1973, date d'entrée en vigueur du code de la famille, (loi n° 72-61 du 1er juin 1972) la jurisprudence dominante n'admettait pas la recherche judiciaire de paternité lorsque les parties étaient de coutume islamisée car le droit musulman interdisait formellement la reconnaissance volontaire ou par justice d'un lien de filiation illégitime. Cette jurisprudence qui interdisait la recherche judiciaire de paternité ne faisait pas l'unanimité; en réalité deux thèses étaient en présence.

La thèse permissive ou libérale qui admet la recherche judiciaire de paternité; ses partisans se fondent sur le rite malékite qui tolère formellement la reconnaissance qui s'opère par l'aveu de paternité. C'est précisément à ce rite qui est en vigueur au Sénégal qui a inspiré la justice de paix de Rufisque ^{d'abord} puis le tribunal de 1ère instance de Dakar qui dans leurs jugements respectifs en date du 22 Avril 1965 et 6 Août 1966, ont admis implicitement mais définitivement la recevabilité ^{de l'action} en recherche de paternité naturelle introduite

contre Chams Eddine DIAGE en se fondant sur les coutumes des parties (coutume islamisée).

Pour les partisans de la thèse dite *restrictive*, un enfant non issu du mariage, n'a pas d'existence juridique à l'égard du père par conséquent son action tendant à établir ce lien doit être déclarée irrecevable et la reconnaissance d'un tel enfant doit également être interdite. La reconnaissance serait possible à la condition expresse qu'il s'agisse de filiation légitime c'est à dire que le prétendu père ait été marié avec la mère de l'enfant.

Tel était l'état de la question avant l'avènement du code de la famille; celui-ci a consacré la thèse de l'interdiction dans son principe (art. 196) mais il laisse à l'homme " si sa conscience l'exige ", la possibilité de faire une déclaration de reconnaissance de son enfant naturel. Si sa conscience ne le lui permet pas, il fera une reconnaissance implicite ou à l'amiable en baptisant l'enfant ou en lui donnant un prénom (ce sera très souvent le cas).

Quid de la question en droit positif ?

section 2./ Le droit positif de l'action en recherche
judiciaire de paternité

L'article 196 C.F. interdit à tout enfant né hors mariage de rechercher en justice son père. Cette règle qui s'est inspirée du droit musulman s'explique difficilement quand on sait que la Constitution pose le principe de la laïcité de l'Etat aussi l'on comprend aisément le palliatif que le législateur a apporté à la règle de l'article 211.

Nous analyserons l'action ainsi aménagée quant à son régime juridique, son objet les moyens de preuve ainsi que la force probante.

A. L'objet de la preuve

L'action ouverte à l'enfant par l'article 211 et tendant à faire établir judiciairement sa paternité sera déclarée inécevable par le juge lorsque l'enfant ne parvient pas à prouver que celui contre qui il a dirigé son action, l'a baptisé ou fait baptiser ou encore lui a imposé un prénom.

C'est ainsi que ^{dans} l'affaire Chams Eddine précitée le juge de paix a dans un attendu qu'il convient de reproduire, déclaré irrecevable l'action ~~des demandeurs~~

" Attendu que cette preuve (entendez la preuve du baptême ou de l'imposition du prénom à l'enfant), n'étant pas rapportée, la demande de Mbaye NIANG es-qualité tendant à faire établir la paternité de l'enfant dont sa fille Aminata NIANG a accouché, ne saurait prospérer ;

En vérité le fait de baptiser un enfant ou de lui choisir un prénom est une reconnaissance à l'amiable et le juge établira la filiation paternelle une fois seulement que la preuve de ces faits aura été rapportée par l'enfant demandeur à l'action. C'est la raison pour laquelle certains auteurs tel que M. Cruichard considérant que l'action de l'article 211 est plus qu'une action en reconnaissance qu'une action en établissement exceptionnel de la paternité. Cela est d'autant plus vrai que l'article 220 C.F parle sans distinction de l'auteur de la reconnaissance pour désigner le père dans l'hypothèse de l'action en recherche judiciaire de paternité de l'article 211.

Cela signifie que pour le législateur l'auteur d'une reconnaissance d'enfant naturel, peut être celui qui reconnaît expressément cet enfant par déclaration à l'officier de l'état civil conformément à l'article 57 mais il peut être aussi celui qui a baptisé cet enfant on lui a attribué un prénom même si dans ce dernier cas de figure, la reconnaissance est implicite.

B. Les moyens de preuve

A la lecture de l'article 211 du code de la famille, on a l'impression que l'enfant peut rapporter la preuve de ces faits par tous les moyens, en effet le texte parle de la preuve par tous les moyens. Cependant il ajoute aussitôt "toute fois ne pourront être entendus comme témoins que les personnes ayant assisté au baptême invoqué ou à l'imposition du prénom".

Cela signifie au clair que l'enfant doit rapporter la preuve par témoins.

En somme l'enfant doit prouver la réalité du baptême ou l'attribution du prénom et il ne peut le faire que par témoignage qui est le seul mode de preuve recevable. C'est ainsi que le jugement du 4/12/1973 a écarté le serment déféré d'office par le juge de paix de Rufisque au motif que ce serment ne peut valoir comme mode de preuve.

Nous approuvons le juge quand il refuse d'accueillir le serment comme mode de preuve en effet demander à un homme qui nie avoir des relations sexuelles avec sa femme, de jurer sur le coran qu'il est l'auteur de la grossesse que celle-ci lui impute, peut être non souhaitable quand on sait qu'au Sénégal le musulman redoute de jurer sur le livre sain même s'il est certain qu'il détient avec lui la vérité car considère-t-il ce serment le suivra à jamais.

Cependant, le père prétendu n'est pas totalement désarmé devant l'action de l'enfant dans la mesure où il sera admis à prouver l'inexactitude des faits allégués par l'enfant, il pourra donc administrer la preuve qu'il n'a jamais baptisé l'enfant ou qu'il ne lui a jamais donné un prénom .

En vérité l'action en recherche judiciaire de paternité naît de la célébration du baptême ou de l'attribution du prénom à l'enfant.

C. Force probante de la preuve

Lorsque l'enfant aura établi la preuve des faits invoqués, le juge doit constater l'existence de la filiation paternelle de l'enfant par un jugement déclaratif de paternité légitime; de ce point de vue, la preuve a une autorité absolue.

D. Le régime juridique de l'action

L'action étant dirigée contre le père prétendu ou ses héritiers, ce sont donc ces personnes qui sont défenderesses à l'action. Le demandeur c'est l'enfant. Cependant, ses héritiers pourront également l'exercer à la condition que l'enfant décédé après l'avoir intentée, les héritiers ne faisant que la continuer; les héritiers de l'enfant pourront également l'exercer l'action dans les cinq (5) ans qui suivent la majorité de l'enfant.

chapitre 2/

L'action en indication de paternité

L'article 215 C.F prévoit en faveur de l'enfant dont la filiation paternelle n'est pas établie, une action en indication de paternité qui lui permettra d'obtenir des aliments de celui qui sera indiqué comme étant son père c'est à dire de celui qui a eu des relations sexuelles avec sa mère pendant la période légale de la conception qui va du 180e jours au 300e jour avant la naissance de l'enfant.

Cette ~~satisfaction~~ action tend à l'entretien de l'enfant et non à l'établissement de sa filiation, elle est alimentaire et non d'état cependant elle appartient au droit des personnes en ce sens qu'elle repose sur une paternité possible.

Nous analyserons le régime juridique de l'action avant d'~~apporter~~ nos réflexions critiques.

section 1: Le Régime juridique de l'action

A: Les cas d'ouverture

Les cas d'ouverture de l'action sont prévus à l'article 216 à la lecture duquel, nous pouvons recenser deux catégories de cas d'ouverture : certains fondés sur une faible présomption de paternité d'autres sur une forte présomption de paternité.

1./ Les cas d'ouverture à faible présomption de paternité

L'article 216 parle de l'enlèvement et du viol qui doivent se produire à l'époque de la conception. Il ya ensuite la séduction accomplie à l'aide de manoeuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles.

C'est ainsi que dans le jugement du 4/12/1973 de la justice de paix de Rufisque, le sieur NIANC ayant introduit une action en indication de paternité en qualité de représentant légal de sa fille mineure, avait soutenu dans ses écritures du 25 juin 1973 que c'est par viol, séduction, abus d'autorité que Chams Eddine a pu se rendre^{maître} de la personne de la jeune Aminata NIANC.

2./ Cas d'ouverture fondé sur une forte présomption de paternité

Il s'agit des situations :

- l'existence de lettres ou d'autres écrits émanant du père désigné et desquels il résulte une indication de paternité par exemple l'écrit contient le passage du genre " je suis le père de"

- Cas où le père désigné et la mère ont vécu en état de concubinage pendant la période légale de la conception

- cas où le père a participé à l'éducation de l'enfant. Que la présomption soit faible ou forte, elle pourra toujours être détruite par la comparaison des dates de conception et d'accouchement en effet, lorsqu'il résultera de cette comparaison un délai de plus de 300 jours, la présomption tombe car en ce cas le délai légal maximum de la grossesse qui est de 10 mois sera dépassé.

Ainsi la Cour d'Appel de Dakar statuant sur l'appel d'un jugement du tribunal de 1ère instance de Saint Louis du 20 avril 1975, a débouté X (qui contestait le caractère de la durée légale de la grossesse), de son action en indication de paternité au motif que l'enfant de ladite étant né selon ses propres déclarations plus de 300 jours (l'enfant était né exactement 328 jours après le dernier rapport invoqué), ne pouvait être réputé issu des oeuvres de Z.

Au regard de cette jurisprudence, il conviendra de retenir que le délai légal de grossesse (10 mois au maximum) est invariable.

B. Les fins de non recevoir

L'article 217 C.F. prévoit trois situations qui dont la survenance constitue un obstacle définitif à l'exercice de l'action il s'agit de :

- L'impossibilité physique du père prétendu de concevoir
- l'inconduite notoire de la mère ou son commerce avec un autre individu
- l'impossibilité d'être le père de l'enfant à la suite d'une expertise sanguine.

Ainsi dans un jugement n° 653 du 18 Août 1977 inédit, affaire dame Mame Anta THIAM c/ Abdoulaye Masseck SECK, le juge de paix de Dakar, a repoussé la fin de non recevoir soulevée par le sieur SECK et tirée de l'impossibilité d'être le père de la fille Aminata née le 5 Mai 1974. Le juge pour rejeter l'exception s'était fondé sur l'expertise sanguine du père, de la mère et de l'enfant effectuée par le docteur J. RENAUDET de l'institut Pasteur de laquelle il résultait "qu'il n'existe aucune exclusion de paternité sur les groupes A, B, O, et Rhésus (D) étudiés..."

C. La procédure

a. Les parties à l'action

i. Le demandeur

Aux termes des dispositions de l'article 218 C.F. , l'action en indication de paternité n'est ouverte qu'à l'enfant ou lorsque l'enfant est mineur à sa mère même mineure

C'est ainsi que la cour d'Appel dans un arrêt du 8 juillet 1977 Penaut 1977. P.92, a déclaré la dame X ineccevable à intenter l'action en indication de paternité au nom de sa fille.

De même un jugement du tribunal de 1ère instance de Dakar en date du 4/12/1973 RSD n°14 P.58, a déclaré l'action de Mbaye NDIANG qui agissait es-qualité de sa fille mineure pour défaut de qualité. L'article 218 restreint les personnes habilitées à excercer l'action en effet seul l'enfant ou sa mère sont autorisés à intenter l'action, exceptionnellement la personne assurant la garde de l'enfant au cas où la mère serait décédée incapable ou présumée absente, pourra l'exercer à la condition qu'il rapporte la preuve de l'absence, de l'incapacité ou de la présomption d'absence.

Nous pensons qu'il aurait fallu donner la possibilité au père et mère de la fille c'est-à-dire aux grands parents de l'enfant, de pouvoir agir séparément du moins conjointement avec l'enfant; en effet laissée à elle seule, il est à craindre que la mère de l'enfant encore moins celui-ci ne prenne l'initiative d'exercer l'action.

Le défendeur

L'action sera dirigée contre le père prétendu ou contre ses héritiers. *Quid* lorsque les héritiers ont renoncé à la succession ?

L'article 218 est muet sur la question, on pourrait peut être admettre que l'action puisse être dirigée contre l'Etat qui est héritier d'une succession vacante.

b. Les délais d'exercice de l'action

Ces délais sont réglementés par l'article 218 alinéa 3 du code de la famille. La mère qui a seule qualité pour exercer l'action pendant la minorité de l'enfant doit intenter l'action dans les deux années qui suivent la naissance de son enfant.

Devenu majeur, l'enfant a une année à compter de sa majorité pour exercer l'action.

Là on se rend compte que le délai accordé à la mère est plus long (2ans) que celui réservé à l'enfant; cette discrimination à notre avis ne s'explique pas quand l'on sait que l'action qu'elle soit initiée par la mère ou l'enfant, tend au même but soit mettre à la charge du père qui sera désigné une obligation alimentaire.

Cependant lorsque l'action a été introduite suivant les cas d'ouverture prévus à l'article 216 alinéa 4 et 5 c.a.d lorsque le père et la mère ont vécu en état de concubinage ou lorsque le père désigné a participé à l'éducation de l'enfant, le délai sera de deux ans à partir de la cessation du concubinage ou de l'entretien.

Ces délais ne pouvant être ni suspendus ni interrompus sont préfixes.

D. Le vieux débat de la juridiction compétente en matière d'action en indication de paternité

Le problème de la compétence qui met en cause la nature de l'action a donné lieu à une controverse doctrinale et jurisprudentielle avant d'avoir reçu une solution définitive. Nous exposerons les deux thèses en présence avant d'indiquer la solution qui a finalement été retenue.

1°) La thèse de la compétence du tribunal départemental

C'est Mr. Youssoupha NDIAYE qui est le principal défenseur de cette thèse. Il part de l'idée que le juge de paix devenu aujourd'hui président du tribunal départemental a une compétence générale en matière de statut personnel. Le législateur a donné compétence au tribunal régional pour connaître des actions en établissement et en contestation de filiation et qu'il est resté muet en ce qui concerne l'action en indication de paternité il a voulu faire triompher les règles normales de compétence. Il avance ensuite un second argument tiré de la nature de l'action et fait un raisonnement par déduction en effet il dit que l'action en indication de paternité est purement alimentaire or toutes les actions relatives à l'obligation alimentaire sont

de la compétence du tribunal départemental (art. 272 C.F) il en déduit que l'action doit être de la compétence du tribunal départemental.

2°) La thèse de la compétence du tribunal Régional

La thèse en faveur de la compétence du tribunal régional est défendue par M. Le professeur SERGE GUICHARD ;il développe ses arguments dans sa note sous l'arrêt rendu par la Cour d'Appel le 8 juillet 1977 PENAUT 77 P.92 dame X.... et demoiselle Y c/ le sieur Z...

Dans cette affaire où il s'agissait de la mère d'un enfant naturel qui avait intenté contre le père prétendu l'action en indication de paternité entre autres elle avait soulevé l'incompétence du tribunal de Saint Louis à connaître de cette action qui selon elle, relève des attributions du juge de paix aux termes de l'article 272. La C.A. a écarté l'exception d'incompétence ainsi soulevée.

A l'appui de sa thèse, M^{re} GUICHARD invoque un argument de texte soit l'article 202 C.F. Pour lui la compétence du tribunal de 1ère instance (régional) est plus rationnelle, justifiée par un rapport à la nature de l'action car selon lui même si l'action est alimentaire et non d'état, il n'en demeure pas moins qu'elle appartient au droit des personnes en ce sens qu'elle repose sur une paternité possible.

Il estime que l'argument tiré de la nature alimentaire de l'action pour justifier l'application de l'article 272 doit être rejeté car selon lui l'obligation alimentaire de l'action en indication de paternité n'existe pas de plein droit; c'est le tribunal qui la "fait naître" et selon les termes de l'art. 265 tant que la paternité n'est pas indiquée par le tribunal, il n'y a point d'obligation alimentaire or pour constater la paternité le juge doit constater le titre de l'enfant et cet examen relève de la compétence du tribunal de 1ère instance.

Il compare la situation à la présente situation à celle d'un enfant qui essaierait d'établir sa filiation légitime pour en tirer un profit alimentaire, cet enfant devait d'après lui exercer d'abord une action en réclamation d'état d'enfant légitime devant le tribunal de 1ère instance avant de pouvoir obtenir des aliments.

Force est de reconnaître que les arguments avancés par l'un et l'autre sont convainquants mais aujourd'hui la discussion n'a plus d'intérêt dans la mesure où le décret n°85.179 du 18 février 1985 a réglé la question en donnant expressément compétence au tribunal départemental.

section.2: Observations sur l'action en indication
de paternité

Selon les termes mêmes de l'article 215 C.F l'action n'a pas pour effet d'établir la filiation paternelle de l'enfant mais seulement de lui procurer des aliments seulement il reste vrai (comme l'a fait remarquer le président Gilbert ANDRE dans l'arrêt de la C.A. du 3 juillet précité) que cette obligation alimentaire tire sa source des devoirs inhérents à une paternité de fait dont l'effet est logiquement rattachable au domaine de la filiation.

L'article 215 n'a pas retenu l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant comme conséquence de l'action cependant ce texte consacre l'obligation alimentaire qui est un effet de cette filiation. Une telle démarche est critiquable en ce sens qu'elle ne nous paraît pas logique dans la mesure où on comprend difficilement qu'un homme soit désigné comme n'étant pas officiellement le père de tel enfant et cependant mettre à sa charge une obligation alimentaire au bénéfice de cet enfant.

Nous pensons qu'à partir du moment où l'action est fondée sur une vraisemblance de paternité au point d'expliquer le droit alimentaire, le législateur aurait dû permettre à l'enfant d'établir officiellement sa paternité à l'égard de cet homme comme dans l'action en recherche judiciaire de paternité de l'article 211.

On pourrait peut être expliquer cette option du législateur (refus de consacrer la filiation paternelle de l'enfant) par l'idée que vers les années 1974 à 1978 on relevait de nombreux cas de grossesses chez les jeunes filles et puisqu'il n'est pas possible d'obliger un homme de reconnaître un enfant naturel (la reconnaissance étant un acte volontaire) alors le législateur pour lutter contre le phénomène et pour protéger également l'enfant qui n'est d'ailleurs pas responsable de sa situation, n'avait d'autres moyens (prudents), que de mettre à la charge du père vraisemblable une obligation alimentaire au profit de cet enfant.

...../.....

C O N C L U S I O N

38

Au terme de notre étude, nous allons maintenant conclure en faisant un certain nombre de suggestions :

- Allonger le délai imparti au demandeur dans l'action en désaveu en le portant de 2 mois à 12 mois. Cela permettrait au père ^{de disposer} d'un délai de réflexion plus long.
 - Conférer à l'enfant naturel dans le cadre des successions de droit musulman, la qualité d'héritier ce qui lui permettrait de pouvoir jouir de tous les droits attachés à cette qualité.
 - Supprimer les restrictions qui frappent l'enfant illégitime reconnu dans le cadre des successions de droit commun en ne faisant plus de l'acquiescement de l'épouse une condition pour que la reconnaissance produise ses pleins effets.
 - Autoriser la recherche judiciaire de paternité permettrait la disparition de l'action en indication de paternité car les deux actions sont identiques sous réserve que l'action en indication n'établisse pas officiellement la paternité de l'enfant.
- Elargir le cercle des personnes habilitées à exercer l'action en indication de paternité en permettant aux grands-parents de la fille de pouvoir agir cela multiplie ^{erait} les chances de l'enfant d'obtenir des aliments.

Autoriser la recherche judiciaire de paternité permettrait également de faire disparaître le désaveu prévu à l'article 209-4. En tenant compte des suggestions que voilà le législateur aura fait une petite toilette du code.

...../.....

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

T R A I T E S

- Serge GUINCHARD Droit patrimonial de la famille au Sénégal spécialement pages 417 à 446
- Alex WEIL Droit civil les personnes, la famille les incapacités édition 1983

T H E S E E T A R T I C L E S

- Lamine SIDIME " l'établissement de la filiation en droit Sénégalais depuis le code de la famille "
- Thèse pour le doctorat d'Etat Dakar 1980 p.305 et ss
- MC. Boutard-LABARDE
- Reflexion sur la contestation de la paternité légitime : analyse et prospective R T D civ . 1983 p. 457
- Lamine SIDIME " La filiation hors mariage "
Encyclopédie juridique de l'Afrique Tome 6 p. 363 et ss
- Communication faite à la conférence de l'I.D.E.F. à Rabat les 25 - 26 Novembre 1983 par Mody Coumba BA sur les successions musulmanes

Jurisprudences et textes de la loi

- Loi n° 72,61 du 12 juin 1972 portant code de la famille
- 1) Tribunal de 1ère instance de Dakar 3 juillet 1973
RSD n° 15 P.139 et s note Mademba SY
- 2. Trinal de 1ère instance de Dakar 4 novembre 1973
R.S.D N° 14 P.58 s note Youssoupha MDIAYE

3) Cour d'Appel Dakar 8 juillet 1977 Penaut 1977 p. 92 note Serge Guinchar

4) Justice de paix de Dakar

Jugement n° 653 du 18 Août 1977

n° 669 du 20 septembre 1977

(non publié)

5) Tribunal de Dakar jugement n° 471 du 4 -3 - 1980
consort M. c/ dame . (Inédit)