

UNIVERSITE ASSANE SECK DE ZIGUINCHOR



Unité de Formation et de Recherche
Des Sciences Economiques et Sociales

Département des Sciences Juridiques

Spécialité : Droit Privé Fondamental

MEMOIRE DE MASTER

**THEME: LA PUISSANCE PATERNELLE EN
DROIT SENEGALAIS DE LA FAMILLE :
APPROCHE CRITIQUE**

Présenté par :

Mlle Diariétou DRAME

Sous la direction du :

Pr. Jean-Louis CORREA
Agrégé des facultés de Droit

Année universitaire : 2017-2018

REMERCIEMENT

J'adresse mes sincères remerciements :

- ❖ Au Professeur Jean Louis CORREA pour avoir accepté de m'encadrer malgré ses multiples responsabilités. Je le remercie pour ses conseils, ses suggestions et ses orientations pertinentes. Je le remercie pour ses encouragements, sa compréhension et son soutien,

- ❖ A M. KANE Khalifa Ababacar pour m'avoir accordé une dérogation afin que je puisse terminer mon travail, mais aussi pour son accompagnement en tant que coordonnateur du master,

- ❖ A M. SENE Kora qui a accepté de me lire et de me corriger. Merci M. Séne pour son aide

- ❖ A M. Sérigne Ibrahima DIEME, greffier près le tribunal d'instance hors classe de Dakar

- ❖ A tous les professeurs du département de science juridique pour leur contribution à notre formation,

- ❖ A nos aînés qui nous ont toujours soutenus et accompagnés particulièrement M. THIAW Issa Et M. BAYO Sérigne Moustapha,

- ❖ A tous mes promotionnaires qui n'ont jamais cessé de m'encourager et de me conseiller. Merci pour votre soutien et vos encouragements.

DEDICACE

Je dédie ce travail à vous :

Qui avez cru en moi,

Qui m'avez encouragé,

Qui m'avez soutenus tous le long de mon cursus scolaire

SOMMAIRE

REMERCIEMENT	1
DEDICACE.....	2
LISTE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION.....	5
TITRE 1 : LA PREPONDERANCE MARITALE : UNE IDENTITE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.....	16
CHAPITRE I : LA DOMINATION DU MARI DANS L'EXERCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE.....	17
Section 1 : La consécration d'un privilège de masculinité.....	17
Section 2 : La centralisation de la gouvernance de la personne de l'enfant autour du père.	19
CHAPITRE II : LES POUVOIRS CONDITIONNES DE LA FEMME DANS L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE, UNE ATTEINTE A L'EGALITE DE GENRE.....	25
Section 1 : La subordination des pouvoirs de la mère à l'intervention du juge.....	25
Section 2 : La mise au point de cas d'exercice de la puissance paternelle par la mère.....	28
TITRE 2 : LA NECESSITE D'ADAPTATION DE LA PUISSANCE PATERNELLE	34
CHAPITRE 1 : PLAIDOYER POUR UNE ADAPTATION DE LA GESTION DE LA FAMILLE AU REFERENTIEL UNIVERSEL DES DROITS DE L'HOMME.....	35
Section 1: L'attachement du Sénégal aux droits de l'homme	35
Section 2: Vers une consécration de la coparentalité	41
CHAPITRE 2 : PLAIDOYER POUR UNE CONCILIATION DE LA TRADITION NEGRO-AFRICAINE AUX VALEURS OCCIDENTALES	53
Section1 : La fidélité des sociétés negro africaines à leurs valeurs spirituelles et sociales de civilisation	54
Section 2 : L'impossible revêtement du statut de la femme occidentale sur les femmes négro africaines.....	59
CONCLUSION.....	68
BIBLIOGRAPHIE	71
TABLE DES MATIERES	78

LISTE DES ABREVIATIONS

Art : Article

C. civ : Code civil français

CADHP : Charte Africaine des Droits de l'Homme et de Peuples

Cass, chambre civile et commerciale : Cours de cassation chambre civile et commerciale

CF : Code de la famille du Sénégal

Cf. : Voir

CIDE : Convention Internationale des Droits de l'Enfant

COCC : Code des Obligations Civiles et Commerciales

Cons.const : Conseil Constitutionnel

CS : Constitution du Sénégal

DDE : Déclaration des Droits de l'Enfant

PM : Protocol de Maputo

INTRODUCTION

La famille est une petite société, elle-même à la base d'une société plus grande, la nation¹. Cette société dite famille comprend des êtres en voie de formation, des êtres qui devant la loi ne jouissent pas d'une capacité totale, les enfants. Dès lors, il est nécessaire que le législateur vienne confirmer et organiser l'institution naturelle, celle parentale, et qu'il accorde à ceux que l'on nomme parent un ensemble de droits sur les enfants afin qu'ils puissent bénéficier de la meilleur des formations. Ainsi en est-il de l'institution de la puissance paternelle en droit sénégalais de la famille objet de notre étude. Les pouvoirs des parents se retrouvent dans les diverses sociétés au cours des âges. Mais, il faut dire que leur étendue a varié considérablement. En effet, en droit romain, il y avait la *patria potestas* qui n'était qu'un droit politique, une puissance à l'état pure conçu seulement dans l'intérêt de la personne qui en était titulaire en l'occurrence l'ascendant male le plus âgé². Ce dernier avait un droit de vie et de mort sur les personnes qui étaient sur sa domination, il pouvait les vendre, les donner en gage et avait un pouvoir absolu sur leur bien³. Cette *patria potestas*, par le lien de soumission qu'elle crée entre son titulaire et les personnes qui lui sont soumises est le principe fondamental à l'origine de la constitution de la famille romaine.

La France a hérité de cette puissance paternelle. Toutefois, «suite aux bouleversements politiques, économiques et sociaux qui ont accompagné les grandes invasions barbares du Ve siècle, la puissance paternelle fut organisée de façon différente dans le nord et le sud de la France »⁴. Au sud, la rigueur de la *patria potestas* romaine y était quelque peu présente. « L'exercice de l'autorité paternelle y était assuré, comme en droit romain, par le père ou l'aïeul de la famille, à l'exclusion des femmes »⁵. Cependant, et contrairement à la situation qui prévalait en droit romain, « la femme, dans les pays de droit écrit, se voyait confier la tutelle légitime de ses enfants et cela, nonobstant le principe que la puissance paternelle ne pouvait

¹ P. Verge, (1958). La Puissance paternelle. Les Cahiers de droit, 3(6), 143
151.<https://doi.org/10.7202/1004121ar>.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ E. Deleury, M. Rivet et J-M. Neault « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité. » Les Cahiers de droit 154.

⁵ Ibid.

lui être attribuée »⁶. Mais « les provinces situées au nord de la Loire et qu'on appelait les pays de droit coutumier ont subi, elles, l'influence des coutumes des peuples germaniques. Cela explique la conception différente qu'on y avait de la puissance paternelle »⁷. La puissance paternelle était instituée pour l'intérêt de l'enfant et non celui politique ou paternelle⁸. Ce qui faisait dire à Loysel, au XVI^e siècle : « en pays coutumier, puissance paternelle n'a lieu ». « Certes, la puissance paternelle existait mais d'une façon bien différente de la *patria potestas* du droit romain ou de celle des pays de droit écrit »⁹. Aussi le code Napoléon s'était-il montré assez sévère avec l'enfant. Il avait institué un droit de jouissance des biens de l'enfant par le père (jusqu'à l'émancipation de celui-ci). De même le père avait le droit d'emprisonner son fils incorrigible pour une période de un ou six mois selon que l'enfant avait plus ou moins de seize ans¹⁰, prérogative que l'on ne trouve pas chez nous. En effet, plusieurs siècles séparent la *patria potestas* du droit romain de la puissance paternelle telle qu'organisée par le Code civil français de 1804 et plus de dix décennies sépare le code de la famille de celui-ci. Or, les normes sont toujours produites dans un contexte historique, social et politique particulier. Les catégories juridiques ne font pas exception à cela.

Au Sénégal, la codification du droit de la famille s'est inscrit dans un processus long allant de 1961 à 1972 et a impliqué différentes instances : la commission de codification du droit des personnes et des obligations¹¹, le comité des options pour le code de la famille¹² le conseil national de l'UPS (l'Union Progressiste Sénégalais) et l'Assemblée nationale. Cela se comprend car « la réforme du droit de la famille avait pour objectif de concilier impératifs de la religion islamique, pratiques coutumières et souci de modernisme. C'est ainsi que la mise en œuvre d'un code de statut personnel permettant l'institution d'un droit de famille unique, a commencé par le recensement en 1961, de toutes les coutumes à la suite de quoi, le Ministre de la Justice dressa une liste limitative des coutumes applicables au Sénégal. Il y en avait soixante-huit. Cependant, comme le fait remarquer M. Youssoupha Ndiaye, le dépouillement des réponses posait de délicats problèmes d'options dont les choix furent confiés à un comité

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

⁸ Op.cit., p. Verge article pré cité.

⁹ Op.cit., E. Deleury, M. Rivet et J-M. Neault, « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité. », article pré cité.

¹⁰ Op.cit., P. Verge, « La Puissance paternelle. », article pré cité.

¹¹ Elle a été instituée par le décret n°61-145 du 12 avril 1961.

¹² Créé par un décret du 23 Décembre 1965.

ad hoc¹³. Il était indiqué à ce comité des directives précises par le gouvernement. À savoir : « se référer à l'esprit du droit coutumier plutôt qu'à la règle proprement dite ; respecter les valeurs traditionnelles mais supprimer les habitudes anachroniques ou mal adaptées à la politique de développement économique et social ; garder constamment à l'esprit les principes constitutionnels de la laïcité, du respect des libertés religieuses et de l'égalité des citoyens devant la loi ; respecter scrupuleusement ce qui est intangible pour les croyants tout en distinguant ce qui est proprement d'essence coranique, de ce qui se répute tel par erreur ou par abus ; adapter les principes dégagés aux conditions de vie actuelles des Sénégalais »¹⁴. Ainsi, en cas d'identité de toutes les coutumes, le Code de la Famille devra s'en inspirer, tout en adaptant leurs dispositions communes aux conditions de la vie moderne ; en cas d'opposition entre le statut traditionnel et le statut moderne, il fallait dégager une solution de compromis, voire une solution originale, en distinguant ce qui est proprement religieux de ce qui est réputé comme tel par erreur, déformation ou extension abusive. Le débat s'est révélé extrêmement sensible puisqu'il touchait aux droits des personnes dans la sphère privée, soit un espace de la vie sociale dans lequel la loi intervient généralement peu ou pas sur les rapports inégalitaires entre les sexes. Par ailleurs, la question du statut des femmes a constitué l'un des enjeux centraux des débats construits autour de l'opposition entre égalité et complémentarité, qui renvoie à la tension entre reconnaissance des droits individuels et volonté de préserver l'institution familiale, érigée en symbole d'une identité culturelle et religieuse¹⁵. Autant de raisons qui font que le Code de la Famille est considéré non sans raison comme un « compromis entre la tradition et la modernité »¹⁶ a Youssoupha Ndiaye d'y ajouter « de transaction, de sagesse et d'équilibre »¹⁷.

Il y a lieu de rappeler que ce compromis est pour le législateur Sénégalais un héritage de l'époque coloniale. Au Sénégal, au cours du XIX^{ème} siècle, «les coutumes et traditions entourant le mariage vont être influencées par les prescriptions du Coran avec l'islamisation progressive du pays puis le colonisateur français tentera d'inscrire le

¹³ Y. Ndiaye, « Le nouveau droit africain de la famille », Ethiopiques n°14 revue socialiste de culture négro-africaine avril 1978.

¹⁴ Les débats parlementaires 1972, p. 218.

¹⁵ M. N'Diaye, « Rapports sociaux de sexe et production du droit de la famille au Sénégal et au Maroc », Cahiers du Genre 2014/2 (n° 57), p. 95-113. DOI 10.3917/cdge.057.0095.

¹⁶ Op.cit. Y. Ndiaye article pré cité.

¹⁷ Y. Ndiaye, « Le divorce et la séparation de corps », Nouvelles Editions africaines Dakar- Abidjan -Lomé, 1979.

mariage dans la laïcité à travers de nouvelles lois »¹⁸. Mais, Comme Decottignies le reconnaît, l'islamisation de l'Afrique noire « ne fut pas une véritable tornade pour la famille africaine ». Au contraire « l'ancienne coutume a pu résister sans avarie majeure aux coups de la marée montante »¹⁹. « Mieux, du fait de la concordance entre certains principes du Coran et les prescriptions des droits traditionnels, ceux-ci ont renforcé leur autorité et leur fondement »²⁰. C'est ce que Vincent Monteil appelle « l'islam noir ». Cet Islam noir trouve des défenseurs ardents et puissants en la personne des chefs religieux qui ont à leur disposition une armée de fidèles, qui leur permet de peser « sur les décisions modificatives de l'ordre social existant »²¹. C'est d'ailleurs en raison de quoi « les autorités coloniales au Sénégal resteront très prudentes dans le domaine de la famille évitant de heurter les chefs religieux et leurs fidèles, en particulier en ce qui concerne la polygamie »²². Cette « prégnance de la religion et des pratiques musulmanes dans la vie quotidienne des autochtones se manifeste dans la recherche d'un statut particulier, dès 1840, lorsque la décision est prise d'appliquer le code civil métropolitain dans la colonie du Sénégal »²³. C'est ainsi qu'en 1857 Faidherbe va permettre la création d'un tribunal musulman à Saint Louis alors capital du Sénégal. Celui-ci traitait uniquement des cas civils, notamment en matière familiale²⁴. L'autorité coloniale, ne cherchant pas à heurter les populations locales, reconnaît implicitement que le mariage et les questions de famille restent du ressort de la sphère religieuse et privée. Dans le domaine du droit privé, « la politique coloniale a consacré la dualité du droit civil français et des droits coutumiers »²⁵ faisant ainsi un compromis entre le droit coutumier et le droit issu du code civil. Dès lors, il faut dire que « le code de la famille, en 1972, n'a fait qu'entériner un compromis déjà ancien »²⁶.

¹⁸ P. ANTOINE « La société dakaraise et le mariage civil : un compromis entre droit de la famille et religion » Institut de Recherche pour le Développement, France, janvier 2014.

¹⁹ Op.cit. Y. Ndiaye article pré cité.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² Op.cit. P. Antoine article pré cité.

²³ Ibid.

²⁴ G. Lydon, Droit islamique et droit de la femme d'après les registres du tribunal musulman de Ndar (Saint Louis du Sénégal), CJAS / RCEA 41 : 2 2007.

²⁵ G-A. Kouassigan, « Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone », Pp19.

²⁶ Op.cit. P. Antoine article pré cité.

Résultat d'un travail d'élaboration consensuel, le code aurait essayé d'opérer une synthèse « subtile » entre le droit moderne inspiré de l'école juridique française, le droit traditionnel issu des coutumes locales et le droit islamique émanant du Coran²⁷. Le code de la famille a donc été le point d'achoppement des différentes conceptions juridiques de l'organisation des rapports familiaux²⁸. Il y a de quoi se demander si la puissance paternelle dans le droit Sénégalais de la famille est également un germe de la *patria potestas* romaine à l'instar de celle du colonisateur ou plutôt une consécration de la coutume africaine ou des pratiques islamiques en matière de relation entre les parents et leurs enfants. Mais avant de répondre à cette question il est nécessaire de définir la famille car c'est qu'il nous est apparu, au cours de nos recherches, c'est que la compréhension de cette dernière institution était liée à celle que nous avons de la famille.

En effet, s'il est vrai que toutes les sociétés du monde connaissent la notion de famille, il n'y pas une définition de la famille valable pour toutes les régions du monde encore moins pour toutes les cultures. La connaissance de la définition de la famille suppose le repérage préalable des influences de la culture qui s'exerce sur le groupe familial. La famille est le socle de toute société. D'ailleurs, il est déclaré à l'article 17 de notre Constitution que « Le mariage et la famille constituent la base naturelle et morale de la communauté humaine. Ils sont placés sous la protection de l'Etat. » Ainsi, la famille suit les contours et les valeurs de la société à laquelle elle a donné naissance. Partant, il n'y a pas une mais des définitions de la famille.

Suivant le lexique des termes juridiques, la famille signifie au sens large, l'ensemble des personnes descendant d'un auteur commun et rattachées entre elles par le mariage et la filiation ; au sens étroit, groupe formé par les parents et les descendants²⁹. Cette définition de la famille recoupe la conception européenne de la famille dans laquelle selon Kouassigan « l'idée de parenté se confond avec celle de consanguinité au point de créer entre les deux notions une identité »³⁰. Dans ce type de famille, où l'accent est mis sur les liens de sang et d'alliance matrimoniale, les distinctions principales sont entre famille élargie, et famille

²⁷ M. Brossier, « Les débats sur le droit de la famille au Sénégal. Une mise en question des fondements de l'autorité légitime ? », Politique africaine 2004/4 (N°96), p. 78-98. DOI 10.3917/polaf.096.0078.

²⁸ Ibid.

²⁹ Anaxagora, collection numérique, www.anaxagora.net.

³⁰G. A Kouassigan, "Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone", Paris A. Pédone 1974, Pp 200.

nucléaire ou alors conjugale. La famille élargie peut compter plusieurs générations : les grands-parents, les oncles, les cousins. La famille nucléaire quant à elle c'est celle du Code civil français de 1804, quand il fait référence à la notion de chef de famille, il vise l'ensemble constitué par un couple de parents et leurs enfants célibataires. Mais, elle s'oppose à la conception africaine de la famille. Celle-ci, considérant l'ensemble des parents comme constituant la famille, « est un ensemble complexe de réseaux de droits et d'obligations établis entre plusieurs personnes dans une communauté de pensée religieuse, unis ou non par l'effectivité des liens physiologiques, mais nécessairement par un ensemble de relations sociales et mystiques »³¹. C'est pourquoi le psychologue togolais Ferdinand Ezembe considère que « par le jeu des multiples alliances symboliques, personne ne peut dire ni où commence ni où se termine une famille ». En Afrique en fait, les morts, les vivants et ceux qui vont naître font tous partie de la famille. Celle-ci ne se traduit jamais par au père, à la mère et à leurs enfants. Ainsi, définir la famille africaine se révèle être un exercice difficile compte tenu du grand nombre d'approche possible surtout que le terme est chargé de « connotations affectives et éthiques »³². Partant, pour comprendre la famille africaine mieux vaut se référer à une définition très large de la parenté.

Cependant, il faut dire que nonobstant cette conception large de la parenté et donc de la famille, en Afrique, coexiste en gros deux modèles de famille. Celui de la structure patrilinéaire et celui de la structure matrilinéaire. Dans le premier, « les enfants sont rattachés à la famille de leur père et celui-ci est investi de l'essentiel des responsabilités vis-à-vis d'eux, dans l'autre, c'est le lien lignager qui l'emporte sur le lien conjugal, conférant par voie de conséquence à l'oncle maternel une autorité supérieure à celle du père par le sang »³³. Dès lors, dans les sociétés patriarcales, la famille est, du point de vue juridique, l'institution qui regroupe les personnes apparentées par le sang ou unies par les liens du mariage, place pouvant, éventuellement, être faite aux liens d'adoption. Dans ce type de famille, l'accent est mis sur les liens de sang et d'alliance matrimoniale. C'est ce type de famille que semble consacrer le code de la famille lorsqu'il dispose à son article 100 que «le lien matrimonial crée la famille par l'union solennelle de l'homme et de la femme dans le mariage. » Autrement dit, la famille c'est le groupe constitué par l'homme et la femme dans le mariage. La relation de pouvoir inégale selon le sexe est l'armature même de la famille patriarcale. Elle

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ P. Grelley, « Contrepoint-Famille, parenté et éducation en Afrique », in Informations sociales n°154, page 21.

repose sur une division stricte des responsabilités, droits et rôles parentaux et conjugaux en fonction du sexe. Ainsi, nous pourrions dire que la puissance maritale et la puissance paternelle sont les produits juridiques du genre dans les sociétés patriarcales dont ressemble la définition de la famille donné par le législateur sénégalais.

Par ailleurs, il est clair que lorsque le code de la famille du Sénégal consacrant un statut personnel pour tous les citoyens du Sénégal voyait le jour, la puissance paternelle n'existait plus dans le code civil français³⁴. Partant, il est plus probable de penser que la puissance paternelle du droit sénégalais est fondée sur les coutumes africaines et la religion islamique. Le Sénégal, bien qu'ayant adopté un régime laïc, a fait le pari du pluralisme juridique³⁵ en faisant coexister différentes sources de droit : le code napoléonien et le droit musulman. Ainsi, résultat d'une œuvre de compromis, à l'instar du code qui le consacre, la puissance paternelle en droit sénégalais de la famille ne revêt pas le caractère absolu de la *patria potestas* romaine. La puissance paternelle, cette institution relative à la gouvernance de la personne de l'enfant n'est pas définie par le code de la famille qui l'organise en ses articles 277 et suivant. Cependant, beaucoup d'auteur ont tenté de donner une définition à cette institution notamment, E. A. Beaudry qui emprunte à Delvincourt cette définition de la puissance paternelle : « un droit accordé aux père et mère par la nature et par la loi sur la personne [...] de leurs enfants »³⁶. Pour Pothier, « la puissance paternelle des pays de droit coutumier était « ce droit qu'ont les parents de gouverner avec autorité la personne et les biens de leurs enfants »³⁷. E. A. Côté affirmait en 1926: «Elle fut instituée au profit et comme moyen efficace de protection en faveur de l'enfant. De là, dit-il, cet ensemble de devoirs qui incombent aux parents, mais d'où naissent aussi, des droits qui leur permettent de s'acquitter efficacement de leurs obligations »³⁸. Trudel abonde dans le même sens. Pour lui, la puissance paternelle est une « autorité », « les droits qu'elle donne à ses titulaires ne sont que des moyens de faciliter leurs tâches d'éducateur et de nourricier »³⁹. Enfin, pour M. Jean Pineau, « la puissance paternelle est l'ensemble des pouvoirs et des droits que la loi accorde

³⁴ Supprimée par la loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale.

³⁵ Sur le pluralisme juridique, cf. Amsatou S-Sidibé, « Le pluralisme juridique en droit senegalais des successions ab intestat », Thèse, UCAD 1987.

³⁶ E. A. BEAUDRY, « Le questionnaire annoté du Code civil du Bas-Canada », Montréal Beauchemin & Valois, 1872, p. 344.

³⁷ M. Bugnet, Les Œuvres de Pothier, t. IX, 2^e édition, Paris, Henri Pion, éditeur, 1861, p. 50.

³⁸ E. A. Coté, « La puissance paternelle », Rimouski, Imprimerie générale S. Vachon, 1926, p. 82.

³⁹ G. Trudel, « Traité de droit civil du Québec », t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 174.

aux père et mère sur la personne de leurs enfants mineurs pour leur permettre de remplir leurs devoirs de parents»⁴⁰. Il ressort des définitions que nous venons d'énoncer que la puissance paternelle est avant tout un ensemble de pouvoirs et de droits entre les mains de son titulaire.

D'ailleurs, l'article 283 du code de la famille intitulé droit et devoir recoupe ces définitions. Il dispose « Le père ou celui qui exerce la puissance paternelle est chargé de la direction de l'enfant. Il ne peut faire usage des droits de puissance paternelle que dans l'intérêt du mineur. Celui qui exerce la puissance paternelle est tenu d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation»⁴¹. A défaut de définition légale, il faut dire que cette disposition renseigne à suffisance sur l'objet et l'étendue de la puissance paternelle.

Par ailleurs, la puissance paternelle s'appliquant aux enfants, il y a lieu de définir l'enfant. Au sens de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, « un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »⁴². La définition que notre code de la famille donne du mineur est assimilable à cette définition de l'enfant donnée par la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Il dispose, « Est mineur la personne de l'un ou de l'autre sexe qui n'a pas encore l'âge de 18 ans accomplis »⁴³.

Cependant, si en droit français il n'existe plus de distinction des statuts de l'enfant légitime et de l'enfant naturel, en droit sénégalais, il existe jusqu'à nos jours une distinction des enfants selon qu'ils soient issus d'un mariage ou obtenus hors les liens du mariage. Aussi existe-il une différence dans les régimes juridiques de ceux-ci.⁴⁴ Alors que la puissance paternelle sur l'enfant légitime (enfant né dans les liens du mariage)⁴⁵ appartient conjointement au père et à la mère⁴⁶, celle sur l'enfant naturel⁴⁷ peut soit obéir à ce même régime soit n'appartenir qu'à

⁴⁰ J. Pineau, *Traité élémentaire de droit civil, la famille*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 188.

⁴¹ Art 283 CF.

⁴² Art 1^{er} CIDE.

⁴³ Art 276 CF.

⁴⁴Cf. Ndiaye N-C-M. Ndiaye, « Le statut juridique de l'enfant né hors mariage au Sénégal », Thèse, UCAD, 06 juillet 2013.

⁴⁵ Voir Art 219 CF sur la définition de l'enfant légitime et de l'enfant naturel.

⁴⁶ Art 277 CF.

la mère. Suivant l'article 281 du code de la famille, « L'enfant dont la filiation est établie dès la naissance à l'égard de ses deux parents est assimilé à l'enfant légitime pour l'attribution de la puissance paternelle. L'enfant dont la filiation à la naissance est établie uniquement à l'égard de la mère est soumis à l'autorité de celle-ci,...

Toutefois, en cas de reconnaissance postérieure du père, le juge de paix peut décider le transfert de la puissance paternelle à ce dernier, si l'intérêt de l'enfant l'exige. La filiation n'étant pas seulement physiologique, le législateur définit aussi le régime de l'enfant adopté. Il dispose « la puissance paternelle sur l'enfant adopté appartient à l'adoptant. En cas d'adoption par deux époux, la puissance paternelle leur appartient conjointement et s'exerce comme pour les enfants légitimes. »⁴⁸ Ainsi, il faut dire que le législateur Sénégalais sans avoir mis en place un régime commun indifférent du statut de l'enfant semble vouloir assimilé ou du moins rapproché le régime de l'enfant naturel et celui adopté au régime de l'enfant légitime. Le code de la famille, a réalisé une véritable assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime, tout au moins sur la question de la puissance paternelle. Ainsi, dans ce travail, il sera question d'étudier la gouvernance de la personne de l'enfant légitime en ayant en considération l'assimilation que le législateur fait des enfants légitimes et des enfants naturels reconnus par leur père et ceux adoptés par deux époux. La puissance paternelle s'il appartient conjointement à la mère et au père, n'est exercé durant le mariage que par le père. Il en était ainsi en droit romain également. Le détenteur de la puissance paternelle, le mari ou le beau-père, selon le cas « avait sur la femme mariée un pouvoir absolu qui allait, aux premiers temps de la République, jusqu'au droit de vie ou de mort sur sa personne ». « Elle n'avait elle-même aucun droit à l'exercice de la tutelle de ses enfants mineurs et impubères. Elle pouvait encore moins devenir titulaire de la puissance paternelle, la *patria potestas* étant un attribut exclusivement masculin ». D'où la question la puissance paternelle telle que consacrée, répond-elle au défi de la modernité et de l'harmonie de la famille ?

En effet, la puissance paternelle, depuis quelque temps, ne cesse de susciter réflexions et controverses au Sénégal, plus particulièrement dans le milieu intellectuel. Le ministre de la Justice sénégalais insistait sur la nécessité d'aller « vers une société mieux adaptée aux réalités d'aujourd'hui, grâce à la promotion de la femme »⁴⁹.

⁴⁸ Art 282 CF

⁴⁹ A. Diop, « Rapport de présentation du projet de loi portant code de la famille ». Dakar, ministère de la Justice sénégalais, 1972

Le code de la famille a ouvert le débat sur deux conceptions opposées du statut des femmes : la première, défendue par un mouvement laïc ou séculier promouvant la femme en tant que sujet de droit, la seconde, portée par un mouvement conservateur et religieux, considérant la femme comme épouse et mère. Elle oppose principalement les défenseurs des droits de la femme notamment le droit à l'égalité des sexes consacré par la déclaration internationale des droits de l'homme et les conservateurs ceux qui mettent en exergue la conception islamique de la famille. Cette opposition peut être caractérisée par la formule alternative suivante qualifiée par Hans Dölle d'égalité mécanique ou égalité organique.⁵⁰ Les partisans de l'égalité mécanique que l'on pourrait considérer comme les défenseurs des droits de l'homme rejettent toute restriction du principe par crainte que des concessions ne portent atteinte au principe même ; il s'agit, dans leur opinion, de respecter un droit dont le sens est clair et qui ne connaît ni condition ni objection. Leurs adversaires, que l'on pourrait qualifier de conservateurs, insistent sur la différence naturelle existant entre l'homme et la femme et que la religion et les coutumes n'ont pas écartée ; cette différence doit être prise en considération par tout le monde si l'on désire que les normes de l'ordre juridique soient considérées comme les règles d'une réalité sociale souhaitable et non pas comme une violence faite à la vie.

Il faut éviter tout malentendu par rapport au terme « égalité organique » qu'a choisi Hans Dölle et dont le sens est le suivant: « l'égalité de l'homme et de la femme, au point de vue du droit de famille, n'est pas un principe qui s'applique à des individus pris isolément et appartenant aux deux sexes. Il s'applique aux personnes qui, liées par le mariage, constituent une communauté supérieure ; dans le cadre de celle-ci, chacune des parties est investie d'une fonction organique qui correspond aux particularités biologiques, psychiques et sociales de son sexe et qui est déterminée, dans une mesure égale, par l'intérêt de l'individu et par celui de l'ordre de la communauté. Il peut donc se produire, pour des raisons d'utilité, que dans certains rapports l'ordre de la communauté se règle d'après le mari et que dans d'autres, la femme bénéficie de sûretés et de privilèges dont elle a besoin en raison de ses particularités biologiques. Des différences de ce genre ne portent nullement atteinte à l'égalité juridique des sexes. Au contraire, à tout prendre, elles contribuent à la réalisation de cette égalité par une compensation des inégalités naturelles »⁵¹. Selon Aristote, les inégalités inéluctables ne

⁵⁰ H. Dölle, « L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Etude de politique législative comparée. », In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 2 N°2, Avril-juin 1950. pp. 250-275.

⁵¹ Ibid.

peuvent être contrebalancées qu'au moyen d'autres inégalités. Le seul regret, dans ce débat, est qu'on a l'impression qu'il oppose d'une part des femmes en quête d'émancipation et d'autre part, des " islamistes " conservateurs. Or, la question qui est en jeu, est plus complexe que tout cela, car il s'agit de sauvegarder l'intérêt de l'enfant (qui n'est pas toujours le même que celui des parents). En effet, le droit moderne de la famille devrait se pencher plus sur la notion d'intérêt supérieur de l'enfant que la Convention internationale des droits de l'enfant a érigé en principe. Voilà pour quoi étudier la puissance paternelle en droit sénégalais de la famille, notre cadre conceptuel s'inscrit dans une perspective critique qui tend à être innovateur en ce qu'il entend appréhender la puissance paternelle au-delà de la notion. S'il est vrai que beaucoup d'auteurs se sont prononcés sur la question de la puissance paternelle, ceux-ci ne l'ont appréhendé que sous l'angle de l'égalité de genre. Le statut de la femme dans le droit positif de la famille sénégalaise n'est pas le même de l'adoption du code de la famille à nos jours. Il a connu une évolution dans le temps. Cette évolution se manifeste par certains acquis des femmes, notamment le droit des femmes d'avoir un travail salarial différent de celui de leurs époux et le droit de donner leur nationalité à leurs enfants au même titre que les pères. Cependant, la puissance paternelle reste un grand malaise dans cette législation de la famille. Dans ce mémoire, il sera donc question de comprendre ce que renferme cette institution au-delà de la notion de puissance paternelle et de mettre en évidence les raisons de son inadaptabilité compte tenu de l'évolution de la société et comment l'adapter sans avoir à créer un déséquilibre entre les époux.

Pour répondre à cette question, il sera question dans le souci d'une approche critique d'étudier le caractère dominateur de la notion de puissance paternelle(Titre 1) à travers le mise en évidence de la domination du mari dans l'exercice de la puissance paternelle et les pouvoirs conditionnés de la femme et la nécessité d'adaptation de la puissance(Titre 2). Ceci, d'abord aux référentiels universels des droits de l'homme compte tenu de la mondialisation du droit mais surtout de l'adhésion de l'Etat du Sénégal aux différentes Conventions qui consacrent les principes généraux des droits inhérentes à toute l'humanité avec la nécessité de prendre en compte la spécificité de toutes les sociétés dont on ne saurait faire fis dans la mise en œuvre de ces droits.

TITRE 1 : LA PREPONDERANCE MARITALE : UNE IDENTITE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Le principe de la "puissance paternelle", *patria potestas*, issu du droit romain régit au XVII^e siècle les rapports des pères et des enfants, en particulier sur la question du choix des conjoints. En droit Sénégalais, cette institution ne revêt pas le caractère absolu de celle-ci. Mais, il donne l'exercice de la puissance paternelle à la toute-puissance du père. Ce ci, laisse apparaître une idée de domination du père (Chapitre1) qui n'est que trop renforcée par les pouvoirs conditionnés de la mère (Chapitre 2)

CHAPITRE I : LA DOMINATION DU MARI DANS L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Le code de la famille Sénégalais fait du père et de la mère les détenteurs de la puissance paternelle. Il dispose que celle-ci appartient conjointement au père et à la mère. Cependant, son exercice est exclusivement dévolu au père ce qui fait état d'une consécration d'un privilège de masculinité (Section 1) et d'une centralisation de la gouvernance de la personne de l'enfant autour du père (Section 2).

Section 1 : La consécration d'un privilège de masculinité

L'utilisation de la notion de puissance doublée de celle de paternelle consacre un privilège de masculinité. Par l'expression puissance paternelle, il est fait une nette exclusion de la mère (Paragraphe 1) et par la même une validation de la toute-puissance du père (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'exclusion notionnelle de la mère, une atteinte à l'égalité de genre

On a depuis longtemps conscience du pouvoir des mots. Ils ne sont jamais anodins. Le vocabulaire du législateur encore moins. Ils ont des conséquences importantes car on sait tous qu'il existe un lien étroit entre les pensées, les mots et les actes. Sans avoir toujours besoins d'interprétation, ils sont révélateurs d'une réalité. Ainsi, de par la notion de puissance paternelle, le législateur sénégalais exclue-t-il d'emblée la mère si ce n'est juridiquement du moins "notionnellement". En effet, une définition littérale de la notion donne un clair aperçu de cela. La puissance paternelle littéralement ne veut dire en réalité que le pouvoir du père. Pourtant, il semble que la puissance paternelle n'est pas le pouvoir du père. C'est plus que cela, c'est la gouvernance de la personne des enfants. A cet effet, lors des travaux préparatoires du code civil, ALBISSON, chargé de rapporter le titre : « De la puissance paternelle », devant le corps législatif, déclarait que la puissance paternelle n'était pas un droit mais un pouvoir. Justement, c'est « un moyen de remplir dans toute son étendue un devoir indispensable et sacré »⁵² celui d'un parent. De même CAMBACÉRÈS ne parle que de pouvoir de surveillance et de protection du père et de la mère : « Trop longtemps », écrit-il, « on a regardé comme une puissance un devoir de protection que la nature grava dans nos âmes

⁵² PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. 1, Les personnes, par SAVATIER, 1925, LGDJ, n°299.

»⁵³, dans celui des pères et mères. Alors il y a de quoi se demander pourquoi la puissance est dite paternelle ? La notion annonçant, celle-ci est centrée autour du père.

Paragraphe 2 : La toute-puissance du père

Suivant le dictionnaire le grand robert de la langue française, la puissance est l'état ou la situation (d'une personne, d'une chose) qui peut beaucoup, qui a une grande action sur les personnes, les choses. La puissance que confère la force, la richesse, l'autorité légale droit ou morale. Ou encore, la domination qui résulte de cet état. Droit ou acte par lequel on commande aux autres, autorité. En effet, la puissance dans sa définition traduit la force, mais surtout un pouvoir d'action qu'on a sur une chose ou une personne, l'autorité. Cette puissance appliquée à la notion de paternelle pourrait être traduit comme la toute-puissance du père à l'instar de son ancêtre romain la *patria potestas*. C'est un droit de puissance, en quoi il faut entendre un droit absolu portant sur la personne d'autrui et comportant le pouvoir de le contraindre. Du moins, c'est ce que laisse paraître la notion. Suivant l'article 277 du code de la famille du Sénégal « la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère. Suivant le dictionnaire français le grand robert, paternelle signifie "qui est propre au père", un comportement ou des sentiments qui lui sont propre. Elle signifie également « qui concerne le père », " du père". Cela n'est que trop révélateur. En effet, quel que soit la définition de paternelle choisie, elle reste et demeure relative au père. Ainsi, le législateur a fait directement référence au père. Il y a un problème qui se pose. Car il semble que la puissance n'est pas paternelle mais plutôt parentale. Pourtant, le législateur utilise l'expression puissance paternelle. Or, l'utilisation de l'adjectif paternelle laisse apparaître une certaine domination du père dans le ménage.

En effet, même si le législateur dit que la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère, l'utilisation de la notion de puissance doublée de celle de paternelle dévoile un artifice. En réalité, la mère a été d'emblée exclue par le législateur car juste après avoir qualifié l'autorité que normalement les deux parents doivent avoir sur la personne de leur enfant de puissance du père, dispose que cela est exercé par le père en sa qualité de chef de famille. Si ce n'est pas une exclusion de la mère on se demande bien ce que c'est. D'autant que cela ne se résume pas seulement à la notion il en est de même du régime de la puissance paternelle qui est centralisé autour du père.

⁵³ Projet de code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents au nom de la Commission de la classification des lois, in FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, 1828, t. 1, p. 140 et s.

Section 2 : La centralisation de la gouvernance de la personne de l'enfant autour du père

C'est à l'article 277 du code de la famille qu'est le siège de cette centralisation. Il dispose « la puissance paternelle sur les enfants légitimes appartient conjointement au père et à la mère, durant le mariage, elle est exercée par le père en sa qualité de chef de famille ». Ainsi, la qualité de chef de famille (Paragraphe 1) du père justifie l'exercice exclusif (Paragraphe 2) par lui de la puissance paternelle durant le mariage.

Paragraphe 1 : La qualité de chef de famille

Le code de la famille après avoir stipulé que la puissance paternelle appartient conjointement au père et à la mère dispose que durant le mariage, c'est le père qui l'exerce en tant que chef de famille. Le chef de famille selon le dictionnaire en ligne l'Internaute, c'est « le parent qui a sous sa responsabilité morale et matérielle l'ensemble de la cellule familiale. »⁵⁴ La notion de chef de famille fait ressortir ainsi une idée d'autorité et de référence mais surtout de domination. Dès lors, il est fait de l'homme dans la famille l'autorité et la référence pour tous.

En effet, le mot chef est doté d'une connotation négative. Il renvoie au règne d'une personne sur une autre. En fait, tel que stipulé dans le code de la famille «... le père en sa qualité de chef de famille » rend compte d'une supériorité de l'homme sur la femme. Or, s'il peut être considéré normal et même naturel que le père règne sur ses enfants, il ne peut et ne saurait en aucune manière en être de même sur l'épouse et mère. Le mariage, « c'est l'union égalitaire d'un homme et d'une femme, une association sur un pied d'égalité, une compagnie d'égaux »⁵⁵. La femme en tant que partenaire de son époux ne saurait être mise dans un rapport hiérarchique avec son conjoint. C'est d'ailleurs pour quoi on s'étonne de voir encore au XXIème siècle, dans ce monde où tous nous réclamons l'égalité sur tous les plans que l'on puisse parler de chef dans la famille, de hiérarchisation. Pourtant, c'est cela que consacre le code de la famille dans l'organisation de la gouvernance de la personne de l'enfant. Ainsi peut-on dire que le code de la famille ne va certes pas jusqu'à consacrer la puissance maritale tel que fait par l'article 213 du code civil français de 1804, « le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari », l'article 152 du code de la famille disposant sur la

⁵⁴ [www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/chef de famille/](http://www.linternaute.fr/dictionnaire/fr/definition/chef%20de%20famille/).

⁵⁵ G. Cornu, "Droit civil : la famille", Paris Montchrestien, 7ème éd2001, Pp. 44.

puissance maritale que « Le mari est le chef de la famille, il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants ». Toutefois, par la qualité de chef de famille dévolue au père, il est laissé paraître une certaine puissance maritale. Néanmoins, la puissance maritale comporte des limites. S'il est vrai que le mari est le chef de famille, ce droit n'est qu'un droit fonction qu'il exerce dans « l'intérêt commun du ménage et des enfants »⁵⁶. A cet effet, « la formule du législateur n'est pas un vœu pieux » comme le rappelle Guinchar

⁵⁷. En effet, la femme pourra invoquer le manquement à « l'intérêt commun du ménage et des enfants » pour contester les décisions prises par le mari. Aussi, alors que le choix de la résidence du ménage appartient au mari, la femme peut contester le choix de celui-ci si elle estime que la résidence choisie par le mari présente « pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral »⁵⁸. Dans ce cas, le juge de paix peut l'autoriser à avoir pour elle et ses enfants un autre domicile. Cette possibilité donnée à la femme à l'article 153 du code de la famille de choisir une résidence pour elle et ses enfants lorsque celle choisie par le mari représente des dangers physiques ou morales pour la famille témoigne du fait que le mari bien qu'il soit le chef de famille, n'a pas une autorité absolue. La femme exerce ou du moins peut toujours exercer un contrôle sur la manière dont son époux exerce son droit de chef de famille. Il faut croire que le législateur sénégalais a considéré qu'à l'instar de la société dont l'ordre et la stabilité dépendent de la soumission à une direction, la stabilité la paix et le bonheur d'une famille dépendent de la soumission à un chef. Cependant, beaucoup considère que cette autorité donnée à l'homme soumet les femmes au bon gré de leurs maris et même peut conduire à des violences d'ordre physique. Malheureusement, l'abus d'autorité est un phénomène bien trop répandu. C'est certainement fort de cela que le législateur sénégalais a encadré l'exercice du droit de chef de famille du père dans le carcan de « l'intérêt du ménage et des enfants » et en a laissé le contrôle à la femme en tant qu'épouse. Il demeure que l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage est donné exclusivement au père.

⁵⁶ Art 152 CF.

⁵⁷ S. Guinchar, « Réflexions critiques sur les grandes orientations du code sénégalais de la famille », Recueil Pénant 1978, Pp192.

⁵⁸ Art 153 CF.

Paragraphe 2 : L'exercice exclusif de la puissance paternelle par le père durant le mariage

La puissance paternelle a trait aux rapports juridiques à l'égard de la personne de l'enfant. Mais, sous le nom de jouissance légale, elle procure des prérogatives pécuniaires au parent qui l'exerce en l'occurrence le père. Ainsi, le père exerce-t-il seul autant les droits de garde, d'entretien, d'éducation(A) que la jouissance légale des biens de l'enfant(B)

A- L'exercice unilatéral des droits de garde, d'entretien et d'éducation

Un droit, une prérogative, n'est que le corollaire d'une obligation la puissance paternelle ne déroge pas à cette règle disait Verge⁵⁹. Les droits du père sur son enfant trouvent leur fondement dans les obligations qu'ont les parents envers leurs enfants, obligations de les « nourrir, entretenir et élever »⁶⁰. Le code de la famille attribue la puissance paternelle conjointement au père et mère, lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime, d'un enfant naturel dont la filiation est doublement établie ou d'un enfant adopté par les époux. Toutefois, il ne faut pas confondre l'attribution de la puissance paternelle à son exercice.

En effet, malgré qu'elle appartienne autant au père qu'à la mère, elle est exercée exclusivement par le mari. Sur la personne de l'enfant, le père seul exerce les droits extrapatrimoniaux attachés à la puissance paternelle.

Notamment, la garde, l'entretien et l'éducation. Suivant l'article 284 du code de la famille, « la garde 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. ». Ainsi, le droit de garde permet de fixer la résidence de l'enfant chez soi, de garder l'enfant auprès de soi. Par ailleurs, il survie à l'enfant dont même le décès n'éteint pas le droit de garde. Le père se doit de faire respecter la mémoire de l'enfant et de régler sa sépulture. De la garde résulte également un autre droit celui de surveiller l'enfant. Cette surveillance selon l'article 284 porte sur ses actes et ses relations. Dès lors, le père a le pouvoir de contrôler la correspondance, les activités et les relations de l'enfant. Il peut les autoriser ou les interdire. La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur est également engagée au regard de ce droit de garde. Suivant l'article 143 du COCC, « est responsable du dommage causé par l'enfant mineur habitant avec lui celui de ses

⁵⁹ Op.cit., P. Verge, La puissance paternelle, article pré cité.

⁶⁰ Ibid.

père, mère ou parent qui en a la garde ». Autrement dit, l'endossement de la responsabilité pour les dommages causés par l'enfant mineur revient à celui qui en a la garde. Ainsi donc durant le mariage, seul le père est responsable du dommage causé par son ou ses enfants. Il va de soi puisqu'il exerce exclusivement le droit de garde sur l'enfant au nom de la puissance paternelle qu'il exerce tout seul en sa qualité de chef de famille.

Celui qui exerce la puissance paternelle est tenu également d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation.⁶¹ En effet, la puissance paternelle ne procure pas que des droits. Elle s'étend à l'obligation d'entretenir l'enfant et de veiller à son éducation. Le père étant celui qui en a l'exercice durant le mariage, il est tenu de satisfaire à ces obligations. L'éducation est très vaste allant de l'instruction à l'éducation religieuse. Ainsi, de ce devoir d'éducation découle le droit de choisir le type d'enseignement que l'on souhaite pour son enfant. En fait, éducation et instruction sont très liées. La personne chargée de l'instruction de l'enfant jouera un rôle décisif dans son éducation. Ce qui justifie qu'on donne au parent ou tout au moins celui qui exerce la puissance paternelle, puis que c'est à lui qu'incombe l'éducation de l'enfant, le droit d'avoir son mot à dire dans son instruction. Quant à l'entretien, il emporte le droit d'apporter tous les soins nécessaires au bien-être physique et mental de l'enfant, en pourvoyant notamment à ses besoins. L'économie de tous ces droits donnés exclusivement au père en tant que chef de famille laisse penser que la femme n'est pas un parent à part entière comme son époux. Autant dire que la femme est incapable ou plutôt assimilé à l'enfant qui a bien une capacité de jouissance mais non d'exercice.

En réalité à quoi sert un droit si on ne peut l'exercer. Exclure ainsi la mère de la gouvernance de la personne de son enfant n'est-ce pas un acte cruel. Néanmoins, durant le mariage, c'est le père qui prend toutes les décisions majeures concernant les enfants communs. A cet effet, le Professeur Amsatou Sow Sidibé fait remarquer que cette solution est « choquante car elle rompt l'égalité entre le père et la mère »⁶² Or, le droit international⁶³ a consacré l'égalité des époux que dis-je, l'égalité des personnes et cela, même dans le mariage. Ainsi, il implique que dans ce dernier, il n'existe pas de discrimination de quelque nature qu'elle soit. Dans le

⁶¹ Art 283 CF.

⁶² A-S. Sidibé : « Revue documentaire des textes législatifs et réglementaires pour l'amélioration du statut de la femme », Ministère de l'économie, des finances et du plan, Dakar, 1999, p.40.

⁶³ Cf. La déclaration universelle des droits de l'homme, La convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes.

mariage, le droit universel ne veut pas qu'il soit affirmé une prééminence de l'homme encore moins la primauté de celui-ci. Cependant, au Sénégal, le père jouit seul des biens de l'enfant.

B- La jouissance unilatérale des biens de l'enfant

L'incapacité d'exercice de l'enfant mineur pose le problème de l'administration de ses biens et la jouissance de ceux-ci. Partant, le législateur en donne la jouissance et l'administration à celui qui exerce la puissance paternelle à son égard. Il dispose dans le code de la famille « Celui qui exerce la puissance paternelle a la jouissance des biens de l'enfant jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis. Les revenus de ces biens, dont il est fait usage conformément aux règles de l'usufruit, sont exclusivement consacrés à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. » Ce droit de jouissance légal est un droit d'usufruitier comme précisé par l'article susmentionné. Il appartient à celui qui a l'exercice de la puissance paternelle. En droit Sénégalais de la famille c'est le père qui seul en jouit, du moins durant le mariage. En tant que usufruitier légal, il a le droit de percevoir les revenus des biens de l'enfant. Cependant, 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.⁶⁴ De même, Il y a lieu de préciser que le droit de jouissance du père est un usufruit particulier du fait de son affectation familiale. En fait, les revenus de l'enfant sont d'abord affectés à son entretien et à son éducation. Il n'en demeure pas moins que c'est au père que revient le droit de jouissance légale des biens de l'enfant comme c'est le cas avec les droits de garde, d'entretien et d'éducation.

Pourtant, quand on parle d'égalité des sexes, il semble qu'il s'agit bien d'assurer l'accès des femmes et des hommes aux mêmes opportunités, droits, occasions de choisir, conditions matérielles⁶⁵. Que les hommes et les femmes aient des droits égaux dans tous les domaines. Qu'est-ce qui justifie alors cette prépondérance maritale.

N'est-ce pas là une atteinte au droit à l'égalité si chère au droit international ou devrait-on dire « un déni de justice » fait à la femme. En droit français, la coadministration des biens de l'enfant par ses père et mère est un droit qui a été largement étendu par la loi du 23 décembre 1985. Ce texte a, en effet, posé comme règle de principe que si l'autorité parentale est exercée

⁶⁴ Art 286, al2 CF.

⁶⁵ Egalité, équité, mixité, parité, genre..., Extrait du Site de l'Association Adéquations www.adequations.org/spip.php?article362.

en commun par les deux parents, ceux-ci sont administrateurs légaux et l'administration légale est pure et simple.⁶⁶ Or, le Sénégal a adhéré à la Convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.⁶⁷ Ainsi, il se trouve lié juridiquement au principe posé par cette dernière et est tenu de s'y conformer. Cependant, en droit positif sénégalais, le gouvernement de la personne de l'enfant est toujours assuré par le père. Ce qui constitue « une discrimination flagrante à l'égard des femmes »⁶⁸ comme le faisait remarquer le professeur Amsatou Sow Sidibé. Donc, la puissance paternelle est exercée sur l'enfant de sa naissance à sa majorité par le père, puissance dont l'exercice n'est dévolu à la mère que quand le père fait montre de son incapacité manifeste. L'épouse, en tant que mère ne pouvant intervenir qu'exceptionnellement dans des conditions bien définies par le législateur.

⁶⁶ Art 389, c. civ.

⁶⁷ L'Etat du Sénégal a adhéré à la convention des Nations Unies pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes le 25 Février 1985.

⁶⁸ Op. cit., A. S. Sidibé, doc pré cité.

CHAPITRE II : LES POUVOIRS CONDITIONNES DE LA FEMME DANS L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE, UNE ATTEINTE A L'EGALITE DE GENRE

Durant l'exercice de la puissance paternelle par le père, la femme peut avoir son mot à dire. Mais, cela est subordonné à l'intervention du juge (Section 1). Aussi l'exercice de la puissance paternelle n'est-elle dévolu à la mère que dans certains cas (Section 2).

Section 1 : La subordination des pouvoirs de la mère à l'intervention du juge

L'article 277 alinéa 1 du code de la famille confère la puissance paternelle sur les enfants légitimes conjointement aux deux époux. Mais durant le mariage, la puissance paternelle est exercée par le mari en tant que chef de famille (article 277 alinéa 2). Aussi, il est exigé que, dans l'exercice de cette puissance paternelle, le mari soit toujours guidé par l'intérêt des enfants et de la famille. Toute action donc de sa part doit aboutir à cet intérêt des enfants et de la famille quand il prend une décision en tant que détenteur de la puissance paternelle. Cette puissance du mari est tellement importante pour le législateur qui le lui a conféré que lors d'un quelconque manquement à celle-ci il le sanctionne. C'est qu'il y a c'est qu'aussi inégalitaire qu'il puisse paraître, l'exercice de la puissance paternelle n'est pas donné au mari pour son intérêt personnel. Loin d'être un pouvoir discrétionnaire, c'est une fonction que le mari exerce dans l'intérêt de la famille et de(s) l'enfant(s). Ainsi, en cas d'atteinte à ceux-ci la femme peut intervenir.

Paragraphe 1 : La subordination des pouvoirs de la mère à l'intervention du juge en cas d'atteinte à l'intérêt de l'enfant

Suivant l'alinéa 2 de l'article 277 du code de la famille, « ... les décisions prises par le père, contrairement aux intérêts de l'enfant ..., peuvent être rapportées par le juge de paix du domicile de l'enfant, à la demande de la mère, ... ». Le code de la famille ne définit cependant pas l'intérêt de l'enfant. Sa définition visera ainsi, un certain bon sens de la part des juges issu des devoirs des parents et des droits des enfants consacrés par la Convention internationale des droits de l'enfant. Toutefois, il est clair que les droits et devoirs du père se déploient en vue d'un objectif précis : protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité.

De ce fait, lors d'une prise de décision concernant son enfant, le père titulaire du droit de puissance paternelle se doit de prendre en compte le bien être de celui-ci et son droit de se développer dans un environnement favorable à sa santé physique et mentale et à sa sécurité. Dès lors, il peut être considéré comme atteint à l'intérêt de l'enfant tout manquement à ces devoirs.

Partant, le père qui porte atteinte à la moralité de son enfant atteint à l'intérêt de celui-ci. C'est le cas également lorsqu'il met en danger son enfant. De même, s'il ne prend pas soin de son enfant. Il a été décidé par la cour de cassation du Sénégal dans l'attribution de la garde d'un enfant qu'« a également justifié sa décision, la cour d'appel qui, prenant en considération l'intérêt exclusif de l'enfant, a relevé que la mère qui fait du commerce et s'absente du Sénégal pour des durées de temps indéterminées, ne peut assurer convenablement l'éducation de l'enfant »⁶⁹ Ainsi, on peut considérer que dès lors que l'épanouissement et le développement harmonieux de l'enfant est mis en jeu, le père porte atteinte à l'intérêt de l'enfant. Dans ces cas, la mère peut obtenir du juge le rapport des décisions induisant ces atteintes. Par ce rapport, le juge restitue dans son état antérieur l'enfant. Elle exerce ainsi un pouvoir de contrôle sur les droits du père. Elle veille à ce que le père n'utilise son droit d'exercice de la puissance paternelle à d'autres fins qu'à celles qui lui sont attribuées.

Aussi, pouvons-nous nous référer à la Convention internationale sur les droits de l'enfant. Dans son corps, celle-ci fait nombre d'interdiction dont l'interprétation à contrario permet de savoir ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant ou plus précisément dans son intérêt supérieur. C'est le cas de l'article 19 qui interdit l'exposition de l'enfant à quelque forme de violence que ce soit, de l'article 9 qui interdit de séparer l'enfant indument de ses parents, de l'article 24 qui interdit que l'enfant fasse l'objet de pratiques traditionnelles préjudiciables à sa santé, de l'article 32 qui interdit que l'enfant effectue un travail comportant des risques ou susceptible de lui nuire et notamment des articles 33 à 36 qui interdisent que l'enfant subisse toute autre forme d'exploitation ou d'abus. Par conséquent, le père qui procède à l'excision de sa jeune fille porte atteinte à l'intérêt de son enfant l'excision étant considérée comme une pratique préjudiciable à l'enfant particulièrement à la jeune fille. De même que le père qui expose son enfant à des violences. En résumé, tout acte du père sur l'enfant qui porte atteinte aux droits de ce dernier peut être considéré comme n'entrant pas dans l'intérêt de l'enfant.

⁶⁹ Cass, chambre civile et commerciale, arrêt n°58, 20 avril 2005.

Il est susceptible qu'il soit donné la possibilité à la mère d'exercer les droits de puissance paternelle dans ce cas. Le mot susceptible pourrait laisser penser à une incertitude. Mais, il faut savoir que c'est le cas. L'article 277 alinéa 2 du code de la famille dispose bien qu'il est "possible" pour la mère d'obtenir le rapport des décisions prises par le père et qui vont à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. En clair, le rapport de la décision du père est laissé à l'appréciation souveraine du juge. De ce fait, la mère ne peut pas débloquent d'une manière rapide la situation d'atteinte à l'intérêt de l'enfant. C'est à se demander si le juge sait mieux que la mère qui est la génitrice de l'enfant ce qui est mieux pour ce dernier. Pourtant, la mère doit toujours attendre que le juge lui donne raison pour pouvoir agir. C'est également le cas lorsque la décision pris par le père atteint à l'intérêt de la famille.

Paragraphe 2 : La subordination des pouvoirs de la mère à l'intervention du juge en cas d'atteinte à l'intérêt de la famille

Le code de la famille donne l'autorité dans la famille à l'homme. Cependant, il laisse le "contrôle" du pouvoir de celui-ci à la femme. En effet, lorsque le père en sa qualité de chef de famille porte atteinte à l'intérêt de la famille par les décisions qu'il prend, la femme peut saisir le juge afin d'obtenir le rapport de cette décision. Mais il faut avouer que voilà un concept bien délicat que celui d'intérêt de la famille, tant du fait de son caractère abstrait que de sa carence en matière légale. En effet, à l'instar de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, il n'y pas de définition légale du concept d'intérêt de la famille. De plus, sa détermination reste plus délicate que celui de l'intérêt supérieur de l'enfant car il concerne le groupe que constitue la famille. Ainsi, il se pose la question de savoir s'il doit concerner tous les membres de la famille ?, son respect doit-il être effectif au regard de chacun ? Ou existe-il un intérêt à prendre davantage en compte dans le groupe familial ? Autant de questions que le législateur n'a pas éclairées. Partant il est laissé au juge le soin d'établir les contours de l'intérêt de la famille dont le manquement par le père donne la possibilité à la mère d'exercer la puissance paternelle. Comme si elle n'était qu'un parent de seconde zone, la mère en sus de la subordination de ses droits à l'intervention du juge n'exerce la puissance paternelle pleinement que dans des conditions bien déterminées par la loi. Si la femme n'est pas d'accord sur la décision de son mari, elle' peut saisir, la justice et obtenir gain de cause si elle prouve que la décision de son mari n'a pas été prise dans l'intérêt de l'enfant, et de la famille. Mais, malheureusement beaucoup de femmes ne savent pas qu'elles ont ce droit ou le savent mais ne trouve aucun intérêt à l'exercer ?

Section 2 : La mise au point de cas d'exercice de la puissance paternelle par la mère

La puissance paternelle appartient au père et à la mère. Mais, son exercice n'appartient qu'au père. Lorsque celui-ci a disparu, la mère exerce les droits du père, droits quant à la personne de l'enfant. S'il y a déchéance ou perte de la qualité de chef de famille du père (Paragraphe 1), avec les précisions que nous allons analyser, ou si le père a fait l'objet d'une condamnation ou de délégation de la puissance paternelle à la mère (Paragraphe 2)

Paragraphe 2 : L'exercice de la puissance paternelle qu'en cas de déchéance ou de perte de la qualité de chef de famille du père

La déchéance (A) ou la perte de la qualité de chef de famille (B) donne la possibilité à la mère d'exercer la puissance paternelle.

A- Les cas de déchéance

La puissance paternelle est un droit instituée au profit et comme moyen efficace de protection en faveur de l'enfant. Elle disparaît normalement toutes les fois que le parent qui l'exerce se comporte de façon indigne, c'est la déchéance. Justement, le législateur sénégalais parmi les cas dans lesquels la mère exerce la puissance paternelle, a prévu la déchéance de la puissance paternelle du père. Le code de la famille prévoit des cas de déchéance de la puissance paternelle en distinguant ceux obligatoires et ceux facultatifs.

Suivant l'article 296 la déchéance de la puissance paternelle s'attache obligatoirement aux condamnations ci-dessous énumérées, prononcées contre le père, la mère ou toute autre personne exerçant la puissance paternelle. Il s'agit notamment de la : Condamnation pour excitation à la débauche de ses propres enfants; double condamnation pour excitation de mineurs à la débauche; condamnation pour crime, ou pour délit passible de plus de 5 ans d'emprisonnement, commis sur la personne de son enfant ou comme coauteur ou complice d'un crime ou d'un délit passible de plus de 5 ans d'emprisonnement commis par lui; double condamnation pour délit commis sur la personne de son enfant.

La déchéance obligatoire prive celui qui en est frappé de tous les attributs de la puissance paternelle sur tous les enfants dont il assurait la direction. Par décision spéciale du tribunal prononçant la peine, la déchéance peut également enlever au condamné son droit alimentaire à l'égard des enfants et le déchoir de la puissance paternelle sur les enfants à naître.

Ainsi ces déchéances sont attachées à certaines condamnations encourues par les parents. Elles se caractérisent par la généralité de leurs effets. D'une part, elles enlèvent au parent

coupable la totalité des effets de la puissance paternelle. D'autre part, elle déchoie le parent qui encoure la déchéance la puissance paternelle autant sur l'enfant victime du crime ou du délit que sur les autres enfants nés ou à naître. L'analyse des causes de déchéance prévues par le législateur montre que le manquement aux devoirs attachés à la puissance paternelle, du moins celui de la sécurité, donne lieu à la déchéance. En effet, la puissance paternelle donne lieu autant à des droits qu'à des obligations dont celle de veiller à la sécurité de son enfant. Et il faut dire que commettre un délit, un crime sur son enfant est un acte bien grave et prouvant à suffisance l'insécurité de l'enfant. Dès lors, lorsque le père est sanctionné, la mère exerce la puissance paternelle. La mère semble donc être le parent de substitution. C'est elle qui n'est bonne à être pleinement parent que lorsque le père fait état de son incapacité.

La déchéance peut aussi être facultative. Le code de la famille dispose également qu' en l'absence de toute condamnation, peuvent être déchus de tout ou partie des attributs de la puissance paternelle à l'égard d'un ou de plusieurs des enfants qui leur étaient confiés, le père, la mère ou toute personne exerçant la puissance paternelle qui compromet gravement par de mauvais traitements, des exemples pernicioseux d'inconduite notoire, par défaut de soins ou manque de direction, la santé, la sécurité ou la moralité du ou des enfants remis à sa garde⁷⁰. L'action en déchéance ou en retrait de tout ou partie des droits de la puissance paternelle est intentée devant le tribunal de première instance du domicile ou de la résidence de la personne exerçant la puissance paternelle. Le ministère public est seul habilité à exercer l'action. Il fait diligenter une enquête sur les faits reprochés, la situation de famille du mineur, la moralité des parents connus qui, dûment convoqués, présentent les observations et oppositions qu'ils jugent convenables. Le procès-verbal d'enquête est notifié au défendeur. Pendant l'instance le tribunal peut ordonner relativement à la garde et à l'éducation des enfants toutes mesures provisoires jugées utiles. La chambre du conseil procède à un examen de l'affaire sur le vu du procès-verbal d'enquête, après audition des parties et, s'il y a lieu, des parents et de toute autre personne dont le témoignage serait utile. Le jugement est prononcé en audience publique. Il est réputé contradictoire, nonobstant défaut, et exécutoire par provision en cas d'appel. L'appel des jugements appartient au ministère public et au défenseur.

En prononçant la déchéance, le juge peut la limiter à certains attributs de la puissance paternelle ou à certains enfants.

⁷⁰ Article 297 CF.

Cependant, qu'elle soit obligatoire ou facultative, la déchéance donne à la mère le pouvoir d'exercer la puissance paternelle et cela exclusivement. Mais il faut reconnaître que ce n'est là qu'une opportunité. En effet, l'article 277 dispose bien que la mère exerce la puissance paternelle sauf décision contraire du juge de paix statuant en chambre du conseil. Ce qui est intéressant c'est la procédure. Car il faut savoir que la puissance paternelle est considérée comme une institution d'ordre publique.

B- Le cas de la perte de la qualité de chef de famille

Attendu que le père n'exerce exclusivement la puissance paternelle durant le mariage que parce que c'est lui le chef de famille, lorsqu'il perd cette qualité la mère exerce la puissance paternelle. Cette perte peut résulter de plusieurs facteurs notamment, l'incapacité, l'absence ou l'éloignement. La puissance paternelle donne lieu à des droits dont l'exercice requiert la capacité. En réalité, l'exercice d'un droit de quelque nature qu'il soit requiert la capacité de la personne qui en jouit. En effet, en droit, c'est la personnalité juridique qui donne la capacité d'être titulaire de droits et sujet d'obligation. Or, l'incapacité n'est autre que la diminution de sa personnalité juridique. Elle peut être soit une incapacité de jouissance ou une incapacité d'exercice. Dans le cas d'espèce c'est plutôt le dernier car le père jouit bien autant que la mère d'ailleurs des droits de la puissance paternelle. L'incapacité d'exercice renvoie à une inaptitude à faire valoir un droit reconnu. Ce qui justifie que lorsque le père est incapable il perd sa qualité de chef de famille.

Aussi, l'exercice de ses droits de chef de famille pour le père requiert-il la proximité. La qualité de chef de famille suppose la direction morale et matérielle de la famille. Dès lors, l'absence et l'éloignement rendant impossible cette direction, ils engendrent pour le père la perte de sa qualité de chef de famille. La qualité de chef de famille perdu par le père, la mère qui n'avait alors qu'un droit de contrôle recouvre le droit d'exercer la puissance paternelle sur l'enfant. Il en est de même en cas de condamnation du père ou de délégation de la puissance paternelle à la mère.

Paragraphe 2 :L'exercice de la puissance paternelle qu'en cas de condamnation ou de délégation de la puissance paternelle à la mère

Autant que la déchéance ou la perte de la qualité de chef de famille par le père, la condamnation(A) et la délégation de la puissance paternelle(B) sont des cas donnant à la mère la possibilité d'exercice de la puissance paternelle.

A- Le cas de condamnation du père

La jouissance ou l'exercice d'un droit implique d'avoir la capacité. En effet, c'est la capacité qui donne la mesure de son aptitude à jouir des droits subjectifs et à les exercer personnellement. Dès lors, la condamnation étant souvent accompagnée d'une dégradation civique, le père condamné perd la capacité d'exercice de son droit de puissance paternelle. Dans cette condition, la mère exerce personnellement la puissance paternelle sur ses enfants. C'est cela que prévoit l'article 277 du code de la famille en son alinéa 3^{ème}. Ainsi en est-il lorsque le père est condamné pour abandon de famille. La puissance paternelle ne fait que rendre juridique le rôle naturel des parents de protéger l'enfant. Cependant il peut arriver qu'un père néglige d'en user, c'est le cas dans l'abandon de famille. Il est prévu par l'article 350 du code pénal qui dispose : « sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 20.000 à 250.000 francs: le conjoint qui abandonne sans motif grave, pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant du mariage ainsi que de la puissance paternelle; le délai de deux mois ne pourra être interrompu que par un retour au foyer impliquant la volonté de reprendre définitivement la vie familiale ». De même que « le mari qui, sans motif grave, abandonne pendant plus de deux mois sa femme la sachant enceinte et le père ou la mère, que la déchéance de la puissance paternelle ait été ou non prononcée à son encontre qui compromet gravement par des mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie habituelle ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins, ou par un abandon matériel, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité d'un ou plusieurs de leurs enfants ». Au regard de cette disposition, l'abandon de famille consiste d'abord et avant tout, comme son nom l'indique d'ailleurs, au fait d'abandonner la résidence familiale. Il est également constitué lorsque le conjoint « se soustrait à tout ou en partie des obligations matérielles d'ordre moral ou matériel résultant du mariage ainsi que de la puissance paternelle. Ainsi, l'abandon de famille ressemble plus à une sanction au manquement à l'article 375 du code de la famille qui fait peser les charges du ménage, l'éducation et

l'entretien des enfants aux époux. C'est ainsi que sur une affaire de pension alimentaire, il a été décidé en 2009 par le tribunal correctionnel de Dakar que faute par le mari de produire « les décharges prouvant qu'il s'est mensuellement acquitté du montant de la pension alimentaire, il est réputé n'avoir pas fourni les aliments et doit être considéré comme étant resté pendant plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides déterminés par le jugement ci-dessus visé ; Qu'il tombe ainsi sous le coup des dispositions de l'article 351 du code pénal ; ». Il a également stipulé dans une de ses décisions rendu en 2011 qu' « attendu qu'il est constant que suivant jugement en date du 20 Mars 2007 le prévenu a été condamné à verser mensuellement à son épouse la somme de 60.000 francs CFA au titre de sa contribution aux charges du ménage ; qu'entre cette date du 20 Mars 2007 et celle du 22 Avril 2008 où il a été prononcé son divorce d'entre lui et la partie civile, il n'a eu à verser qu'une seule fois à cette dernière la somme de 30.000 francs et est resté donc pendant plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides déterminés par le jugement ci-dessus visé ; Qu'il tombe ainsi sous le coup des dispositions de l'article 351 du code pénal ; qu'il y a lieu de le déclarer coupable du délit d'abandon de famille et de le condamner à une peine d'emprisonnement d'un mois assortie du sursis par application des dispositions des articles 351 et 433 du code pénal, 704 et suivants du code de procédure pénale ; »

Mais beaucoup plus grave, il peut arriver que des pères indignes abusent de leur autorité. Ceci, en commettant un délit ou un crime sur la personne de l'enfant ou en étant un coauteur ou complice d'un délit ou d'un crime sur la personne de l'enfant. On retrouve ainsi les causes de la déchéance totale qui en tant que condamnation lorsqu'elles interviennent la mère exerce la puissance paternelle.

B. La délégation de la puissance paternelle à la mère

En ses articles 289 et suivants, le code de la famille prévoit la délégation de la puissance paternelle. C'est un système par lequel, le père ou la mère de l'enfant, à l'exclusion du tuteur peut déléguer la puissance paternelle en tout ou partie à une personne majeure, jouissant de la pleine capacité civile. Toutefois, le délégué à la puissance paternelle ne peut être tenu d'entretenir l'enfant, de pourvoir à ses besoins et à son éducation que si la personne exerçant la puissance paternelle établit qu'elle est, elle-même, dans l'impossibilité absolue de s'acquitter de l'ensemble de ses devoirs. Dans le cas d'espèce, si la délégation est faite au profit de la mère elle exerce la puissance paternelle. Il en est ainsi de la décision n°1915 du tribunal d'instance hors classe de Dakar de même que celle n° 1036 dans laquelle l'époux a

délégué la puissance qu'il exerce normalement sur ses enfants à son épouse. Pour cela, il stipule d'une part qu'étant détenteur de la puissance paternelle sur ses enfants et se trouvant souvent en cas d'urgence dans l'impossibilité d'exercer tous les devoirs liés à cette puissance paternelle et d'autre part, son épouse, étant dans une situation lui permettant d'assumer cette responsabilité, il sollicite qu'elle soit déléguée à son épouse. Le juge après avoir pris acte de l'acceptation par l'épouse de ladite délégation et constaté que la délégation sollicitée n'est pas contraire à l'intérêt des enfants ; qu'au contraire, elle est conforme à leur intérêt en ce qu'elle permet de désigner une personne qui exercera la puissance paternelle et notamment en cas d'absence des parents a décidé « Qu'il y'a lieu dans l'intérêt des enfants d'agréer la dite délégation et de dire que Madame Y, est investie de tous les droits liés à la puissance paternelle en application de l'article 289 du Code de la Famille ; »⁷¹

Toutefois, il y a de quoi se demander comment la puissance paternelle peut être déléguée à la mère alors qu'elle en est déjà titulaire en partie avec le père. L'article 289 n'envisage d'ailleurs même pas cette hypothèse. En réalité, ce qui pourrait être délégué à la mère c'est bien l'exercice de la puissance paternelle. Ce système mais ainsi en avant une idée de divisibilité de la puissance paternelle déjà entamé par le législateur avec l'article 277 qui donne la jouissance de celle-ci aux deux parents et son exercice au seul père. Cependant, à l'antipode de cette dernière division, la délégation de la puissance paternelle ou tout le moins la délégation de son exercice à la mère est de bonne guerre car ainsi, celle-ci pourrait exercer les mêmes droits que le père sur l'enfant.

Il demeure que l'idéale serait la gouvernance commune, conjointe des enfants par leur parent comme prôné par les référentiels universels des droits de l'homme.

⁷¹ Cour d'appel de Dakar, Tribunal d'instance hors classe de Dakar n° 1036, 12.04.2018 ; Cour d'appel de Dakar, Tribunal d'instance hors classe de Dakar n° 1915, 03.07.2018 ; Cour d'appel de Dakar Tribunal d'instance hors classe de Dakar n° 1033, 12.04.2018.

TITRE 2 : LA NECESSITE D'ADAPTATION DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Notion apparemment obsolète, pour ne pas dire dépassée par le temps, la puissance paternelle requiert une adaptation au référentiel universel des droits de l'homme (Chapitre 1) mais cela, en tenant compte du contexte africain pour ne pas atteindre à l'harmonie de la famille (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : PLAIDOYER POUR UNE ADAPTATION DE LA GESTION DE LA FAMILLE AU REFERENTIEL UNIVERSEL DES DROITS DE L'HOMME

L'Etat du Sénégal, après avoir affirmé son adhésion aux droits fondamentaux proclamés par les déclarations universelles des droits de l'homme, a adhéré aux Conventions internationales promouvant la non-discrimination. Cependant l'économie des dispositions du code de la famille révèle une prise en compte plus du droit de la famille que des droits individuels. Or, la reconnaissance des droits fondamentaux est proclamée par la Constitution, notamment le droit à l'égalité. Montrant ainsi l'attachement de l'Etat du Sénégal aux droits de l'homme ce qui devrait conduire vers la consécration de la coparentalité (Section 2). Le tout, dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

Section 1: L'attachement du Sénégal aux droits de l'homme

Au-delà de l'adhésion par le Sénégal aux Conventions promouvant les droits fondamentaux (Paragraphe 1), la reconnaissance des droits fondamentaux est proclamée dans la Constitution (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : L'adhésion du Sénégal aux droits fondamentaux

L'Etat du Sénégal a adhéré aux droits de l'homme contenus dans les déclarations et les Conventions adoptés par l'organisation des nations unies (A) et ceux de l'union africaine (B)

A- La puissance paternelle et le droit international des droits de l'homme

L'Etat du Sénégal, dans le préambule de sa Constitution, affirme son adhésion autant à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qu'à la Convention des nations unies pour l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes. Or, ces Conventions font tous la promotion de l'égalité de tous les individus. En effet, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 dispose en son article premier que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droit ». En son article 2, elle précise que chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. Cela résulte du fait que dans sa conception

classique, notamment celle d'après la révolution française de 1789, date de la proclamation de droits fondamentaux au bénéfice de toute l'humanité et des citoyens, l'homme porteur de droit universels est un individu neutre, générique et généreux. Aussi a-t-il adhéré à la Convention relative aux droits des femmes. Notamment, la Convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes. Elle dispose que les Etats partis condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ces formes et conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes. A cette fin, ils s'engagent à inscrire dans leurs Constitutions nationales ou toute autre disposition relative appropriée le principe de l'égalité entre les hommes et les femmes, si ce n'est pas fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective du dit principe.⁷² . Partant, l'article 277 est contraire à cette Convention. Il est également en contradiction avec l'article 16-1-d de cette même Convention qui dispose que les Etats doivent assurer « les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants, dans tous les cas, l'intérêt des enfant est la considération primordiale ». Dès lors, il se doit de mettre en cohérence son droit interne notamment celle de la famille à ces droits fondamentaux proclamés par ces textes.

B- La puissance paternelle et le droit régional des droits de l'homme

L'organisation pour l'Unité Africaine aujourd'hui Union Africaine a, à l'instar des Nations Unies, adopté des textes pour la promotion des droits de l'homme. C'est le cas de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981. Celle-ci oblige les Etats à assurer l'égalité de droits et de responsabilité des époux à l'égard des enfants durant le mariage et même après sa dissolution⁷³ . Ainsi, elle garantit l'égalité des époux dans le mariage. Aussi, a-t-elle adopté un protocole relativement à cette charte pour prendre plus en compte le principe de l'égalité et pour plus de considération à l'égard du droit des femmes. C'est l'objet du protocole de Maputo. Le Protocole de Maputo fut adopté par la « Conférence de l'Union Africaine » à Maputo, la capitale du Mozambique, le 11 juillet 2003. Le titre officiel du document est « Protocole à la Charte Africaine des Droits de

⁷² Art 2 Convention des nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes.

⁷³ Art. 18-2 CADHP.

L'Homme et des Peuples relatif aux droits des Femmes. » Il revient à l'instar de la charte sur le droit des femmes. Il dispose que « La femme et l'homme contribueront conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection et à l'éducation de leurs enfants »⁷⁴. Ainsi, tous ces textes font la promotion de l'égalité des droits de l'homme et de la femme dans la gouvernance de la personne de leurs enfant ce que la puissance paternelle méconnaît. Il en est de même de la Constitution. Cette importante œuvre normative au plan international et régional témoigne de la volonté politique sans équivoque des pouvoirs publics sénégalais de prendre part à la protection et à la promotion des droits de l'homme. Sauf que, sur le droit de la famille le législateur sénégalais semble ne pas vouloir se décider.

Or, cela pose un problème dans l'exécution de nos décisions internes en matière de droit de la famille sur les autres ordres juridiques notamment celui de la France. C'est ainsi qu'a été rejeté une demande d'exequatur d'une décision sénégalaise portant sur une délégation de puissance paternelle. En l'espèce, Par assignation délivrée le 18 septembre 2008 au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Blois, Madame B... E..., épouse C..., demandait au tribunal de prononcer l'exequatur de la décision rendue le 5 septembre 2002 par le tribunal départemental de Kaolack, Sénégal, lui ayant délégué la puissance paternelle exercée par son frère, Monsieur I... E..., sur son enfant légitime J... E..., ce, avec exécution provisoire. Le tribunal de grande instance de Blois a déboutée la demanderesse de sa demande d'exequatur au motif que celle-ci ne répondait pas aux conditions exigées par les articles 509 et suivants du code de procédure civile en l'absence d'éléments tenant à la régularité de la procédure suivie dans le pays d'origine, au caractère exécutoire du jugement déféré et à la conformité de la décision avec l'ordre public international. Celle-ci interjette appel et à la cour d'appel de décider qu' « Attendu qu'une délégation de puissance paternelle consentie par le seul père d'un enfant est, en l'absence d'élément permettant de vérifier que sa mère en a, au moins, été informée et mise en mesure de faire part de son avis, contraire à l'ordre international public français en ce qu'elle méconnaît la responsabilité commune des deux parents de l'élever et d'en assurer le développement, alors surtout qu'elle a eu, en l'espèce, pour conséquence directe de transférer l'enfant dans un autre pays que celui de sa famille de naissance »⁷⁵. Au-delà de la non-conformité de la disposition sur la puissance paternelle avec les dispositions du droit internationale, la transposition de nos décision de justice dans d'autres Etats reste quasi impossible. Ce qu'il y a c'est qu'il serait

⁷⁴ Art. 6. i PM.

⁷⁵ Cour d'appel d'Orléans, ARRÊT N° : 56 N° RG : 10/03561, 24 janvier 2012.

difficile pour un Etat respectueux des droits de l'homme notamment celui de l'égalité des sexes de donner droit à une décision qui viole ces dispositions. Or, l'institution de la puissance paternelle est en contradiction manifeste avec ces dispositions autant sur la notion que sur son régime. Qu'en est-il de la Constitution ?

Paragraphe 2 : La constitutionnalité de la puissance paternelle

Quel que soit le statut de l'enfant, légitime, naturel, adultérin ou incestueux, les parents devraient avoir les mêmes droits et les mêmes obligations à l'égard de leurs enfants. Il ne devrait pas y avoir de parent supérieur ni de parent inférieur. Voilà ce que défend la Constitution du Sénégal autant dans son préambule (A) que dans son corps(B).

A- La puissance paternelle au regard du préambule

En dépit des variations intervenues dans son régime politique, le système constitutionnel de l'État du Sénégal est caractérisé par une réelle continuité. Sous ce rapport, la Constitution du 22 janvier 2001 modifiée par la loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution a consacré et consolidé l'héritage constitué des lignes directrices fondamentales qui guident toutes les lois fondamentales sénégalaises. Parmi celles-ci, il y a l'engagement résolu du Sénégal dans le domaine du respect et de la promotion des droits de l'homme, en l'occurrence dans la lutte contre la discrimination sous toutes ses formes. Cette volonté se manifeste aussi bien dans le préambule de la Constitution que dans le corps de celle-ci.

Au niveau du préambule de la Constitution, des dispositions appropriées ont été édictées sur la base de principes intangibles suivant les déclarations et engagement ci-après: «Le peuple du Sénégal souverain [...] affirme son adhésion à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et aux instruments internationaux adoptés par l'Organisation de l'Unité Africaine [l'actuelle Union Africaine], notamment, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1978, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981». La rédaction de cette disposition usant de l'adverbe «notamment» souligne que la Constitution reste ouverte à nombre d'autres instruments relatifs aux droits de l'homme auxquels le Sénégal est partie. En effet, les principaux instruments juridiques

internationaux des droits de l'homme ont aussi été ratifiés. Ainsi, l'État du Sénégal a notamment ratifié: le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté à New York le 16 décembre 1966 (date de ratification: 13 février 1978), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée à New York le 18 décembre 1979 (date de ratification: 5 février 1985), la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 décembre 1989 (date de ratification: 31 juillet 1990) pour ne citer que cela. Dès lors, l'égalité en droit de tous les citoyens est reconnue par le préambule de la Constitution du Sénégal. Mais surtout, il est fait une proclamation importante dans ce préambule : «le rejet et l'élimination, sous toutes leurs formes de l'injustice, des inégalités et des discriminations ; ». En d'autres termes, l'Etat du Sénégal garantie l'égalité et l'équité de tous. Dès lors, la puissance paternelle dont l'exercice exclusif est attribué au père porte atteinte à la Constitution.

En effet, l'article 277 du code de la famille constitue une discrimination flagrante à l'égard des femmes⁷⁶. Il ne peut pas être stipulé le rejet de toutes formes de discrimination dans un ordre juridique où existe encore des dispositions qui donne la prééminence à l'homme.

B- La puissance paternelle au regard du corps constitutionnel

L'article 98 de la Constitution dispose expressément que «les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie». Par conséquent chaque instrument juridique international relatif aux droits de l'homme ratifié par le Sénégal constitue un élément de l'ordonnement juridique interne et une partie du corpus juridique national que les organes de l'État ont l'obligation d'appliquer.

Au niveau du texte même de la Constitution, des dispositions pertinentes sont consacrées spécifiquement à l'élimination et la condamnation sans équivoque de toutes formes de discrimination dans toutes ses formes. En effet, la Constitution de la république du Sénégal en son article premier, après avoir rappelé que le Sénégal est un pays laïque, dispose qu' « Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion. »

⁷⁶ A- S. Sidibé, « Revue documentaire des textes législatifs et réglementaire pour l'amélioration du statut de la femme », Ministère de l'économie, des finances et du plan, Dakar, 1999.

Plus décisive, l'article 7 de la loi fondamentale proclame avec force que «le peuple sénégalais reconnaît l'existence des droits de l'homme inviolables et inaliénables comme base de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. Tous les êtres humains sont égaux devant la loi. Les hommes et les femmes sont égaux en droit. Il n'y a au Sénégal ni sujet, ni privilège de lieu de naissance, de personne ou de famille.»

Maintenant, la question est : est-ce égalitaire que d'attribuer l'exercice exclusif de la puissance paternelle au père durant le mariage ? Pourtant, la Constitution stipule bien que « les parents ont le droit naturel et le devoir d'élever leurs enfant »⁷⁷.

Pour ainsi dire que la Constitution du Sénégal autant son corps que son préambule édicte des dispositions intangibles pour la promotion de l'égalité. Quelle paradoxe alors avec l'institution de la puissance paternelle ou la prépondérance maritale est flagrante. Il faut croire que comme disait le doyen Carbonnier, la famille est considérée comme un lieu de non droit par le législateur Sénégalais. Pourtant, le juge constitutionnel devrait s'inspirer de son homologue béninois qui saisit sur la question de la constitutionnalité de la polygamie au regard du principe de l'égalité a décidé qu' « il y a traitement inégal entre l'homme et la femme en ce que l'option prévue à l'alinéa 2 de l'article 43 permet à l'homme d'être polygame alors que la femme ne peut être que monogame »⁷⁸. Cependant, pour y parvenir, il faudrait que les femmes sénégalaises et même le peuple sénégalais le saisisse sur la constitutionnalité de la puissance paternelle. En effet, il est clair que le statut de la femme a évolué au fil des années notamment avec la modification récente de la loi sur la nationalité⁷⁹ qui opère une neutralité en matière de genre. La parité hommes/femmes dans l'accès aux fonctions électives et politiques est devenue un principe garanti par la Constitution au Sénégal depuis une dizaine d'année. En fait, la loi sur la parité adoptée en novembre 2007 garanti l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats et fonctions. Pour quoi pas cette égalité en droit de de famille ?

Ainsi, le Sénégal, qui après avoir proclamé son attachement aux droit fondamentaux définis par ces dites déclarations, a réaffirmé cette engagement dans la Constitution se doit de veiller au respect de ces droits fondamentaux. Toutefois, force est de constater l'existence d'un paradoxe entre l'égalité prônée par les textes internationaux et affirmée par la Constitution du Sénégal et l'institution de la puissance paternelle. Or, en adhérant à ces Conventions et

⁷⁷ Art 20 CS.

⁷⁸ Cf. la décision DDC 02-144 du 23 décembre 2002.

⁷⁹ Cf. Art 5 de la loi n°2013-05 du 8 juillet 2013 modifiant le code de la nationalité.

déclarations sus mentionnées, l'Etat du Sénégal se trouve lié juridiquement si ce n'est moralement par ces instruments internationaux et la Constitution. À partir du moment où il a adhéré à certaines Conventions internationales, il a l'obligation de faire disparaître des dispositions internes, toutes les discriminations qui sont faites aux femmes. Il est donc un peu paradoxal qu'on dénie à la femme le droit de participer à l'éducation de ses enfants au même titre que le mari. Ainsi, il est tenu de se conformer aux référentiels universels des droits de l'homme auxquels il a adhéré ou devrait-on dire de remédier à cette discrimination flagrante à l'égard des femmes par l'institution de la coparentalité.

Section 2: Vers une consécration de la coparentalité

L'exercice commun de la puissance paternelle par les parents, père et mère, doit passer par la suppression de la notion de puissance paternelle au profit de celle d'autorité parentale pour ainsi aller vers une consécration de la coparentalité (Paragraphe 1). Le tout dans l'intérêt supérieur de l'enfant (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La nécessité de supprimer la notion de puissance paternelle au regard de l'égalité des sexes

Les référentiels universels des droits de l'homme tendent, en droit (généralement), et en droit de la famille, à gommer les distinctions et les catégories. La suppression de la notion de puissance paternelle au profit de l'autorité parentale (A), témoignera de la volonté d'instituer la parité puis l'égalité entre les parents (B).

A- De la puissance paternelle à l'autorité parentale

Alors que la puissance paternelle existe jusqu'à nos jours au Sénégal, elle a été supprimée pour ne pas dire abolie en France depuis 1970. Depuis 1970, l'autorité parentale a remplacé en droit français la « puissance paternelle » qui assurait l'exclusivité de l'autorité du père sur les enfants (l'autorité du mari sur la femme s'appelait « puissance maritale »). Le droit à l'autorité parentale est dérivé, au moins apparemment, d'un droit très subjectif de puissance paternelle vers un droit-fonction orienté uniquement vers l'intérêt de l'enfant et sa représentation personnelle⁸⁰. A l'antipode de la puissance paternelle, la notion d'autorité parentale a une connotation positive renvoyant à la fonction parentale. Aussi, substituer la notion d'autorité parentale à celle de puissance paternelle, c'est mettre en cohérence la législation nationale

⁸⁰Jean Hauser, La finalité de l'autorité parentale, RTD Civ. 2007 p. 327.

pour ne pas dire le code de la famille avec les référentiels universels des droit de l'homme. Notamment, les différents instruments internationaux promouvant l'égalité des sexes auxquels le Sénégal a adhéré⁸¹.

Sans doute l'article 277 entend montrer le fait que les parents ont tous des droits sur leurs enfants. On constate, toutefois, une réticence du législateur à tirer toutes les conséquences du principe de l'égalité qu'il semble recherche. En effet, la notion de puissance paternelle laisse entendre une idée de domination de l'homme sur la femme. Qui dit puissance dit domination. Le législateur Sénégalais, afin de tirer toutes les conséquences qui découlent du principe d'égalité, se doit d'enlever au mari sa qualité de chef de famille. Surtout il importe de ne pas garder la notion, même à titre symbolique, même pas pour dire que « les époux sont chefs de la famille »⁸² et d'attribuer conjointement aux deux époux la direction du ménage. La qualité de chef de famille dévolue au père institue une hiérarchie dans le couple. Alors que, les époux sont censés être une association d'égaux. A cette effet, le professeur Jean-Louis Corrèa fait remarquer que « la notion de puissance paternelle est une notion qui est à rebours des développements récentes du droit du couple tendant à une égalisation des rapports entre époux »⁸³ En droit français, l'exercice conjoint de l'autorité parentale est un droit qui a été reconnu à l'enfant légitime par la loi du 4 juin 1970. Ce droit a ensuite été étendu par la loi du 22 juillet 1987 aux enfants de parents divorcés et aux enfants naturels. Toutefois, c'est le troisième texte en date du 8 janvier 1993 qui a posé comme solution de principe pour les enfants du divorce l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Ce texte a étendu également la règle aux enfants naturels mais sans la généraliser le principe en la matière étant toujours que lorsque la filiation n'est pas établie à l'égard des deux parents, l'autorité est exercée par la mère. La coparentalité sans cesse renforcée par les textes susmentionnés l'a été davantage par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Le texte en question a pour finalité essentielle « d'instaurer un droit commun de l'autorité parentale centré sur le principe de son exercice conjoint et ce, quelle que soient les circonstances de la naissance de l'enfant

⁸¹ La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18 décembre 1979, la Convention relative aux Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 et la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples du 27 juin 1981.

⁸²T. ATANGANA-MALONGUE, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », R.I.D.C. 3-2006.

⁸³ J.L CORREA, « Divorce et compétence juridictionnelle en droit sénégalais de la famille », in Revue de Droit Sénégalais n°12, Université de Toulouse 1.

ou le statut de ses parents »⁸⁴. Cette loi du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale a été qualifiée par Mme Ségolène Royal «de monument législatif représentant une mutation du concept de la famille». Elle a mis en place l'égalité parentale, la coparentalité exercée dans toutes les situations et la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Elle a légalisé la résidence alternée. La notion d'autorité parentale n'est pas encore consacrée par le droit sénégalais, mais plusieurs personnes plaident en faveur de l'application de l'autorité parentale. En ce sens que c'est un régulateur des rapports conjugaux, mais qu'elle est révolutionnaire et s'accorde avec l'ère du temps. Il en est ainsi de l'Association des juristes sénégalaises, qui a organisé un dîner débat sur le thème " Enjeux du concept de l'autorité parentale" en 2002.

Ainsi, est-il question de substituer les concepts de chef de famille (Art.152 du code de la famille), et celui de puissance paternelle (Art.277 du code de la famille), conférés à l'homme, à celui d'autorité parentale. Le seul regret, dans ce débat, est qu'on a l'impression qu'il oppose d'une part des femmes en quête d'émancipation et d'autre part, des " islamistes " conservateurs. Or, la question qui est en jeu, est plus complexe que tout cela, car il s'agit de sauvegarder l'intérêt de l'enfant (qui n'est pas toujours le même que celui des parents). Une loi tarde encore à l'appliquer, mais ceux qui militent pour l'instauration de l'autorité parentale posent toujours le débat. Ils ont même fourni assez d'arguments, notamment celui de la violation du principe d'égalité contenu dans la Constitution mais également celui de non-discrimination, pour essayer de convaincre. De même, le Réseau africain pour la promotion de la femme travailleuse (RAFET) a organisé en 2009 un dîner-débat sur le thème : « Où en sommes-nous avec l'autorité parentale ? ». Un riche panel qui a regroupé des professionnels du droit, religieux, universitaires et parlementaires. Depuis quelque temps, la problématique de l'autorité parentale ne cesse de susciter réflexions et controverses au Sénégal, plus particulièrement dans le milieu intellectuel. Partant, en changeant les mots, de la puissance paternelle à l'autorité parentale, le législateur aura « mobiliser la forme au service du fond», sinon opérer une « révolution par les mots ».L'autorité parentale est définie par l'article 371-1 du code civil français comme « un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ». Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne ». Ainsi, désormais « les deux

⁸⁴ A. LAMBOLEY, « Les droits fondamentaux de l'enfant », in Libertés et droits fondamentaux, 10^{ème} éd., Dalloz 2004, p.237-261.

époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille » dans une égalité paritaire. Ce qui devrait être le cas en droit de la famille sénégalais.

B- Vers l'égalité et la parité entre les parents

Fondamentale pour toute personne humaine, quel que soit le sexe biologique ou social et quelles que soient les différences entre les personnes, l'égalité des sexes est un principe universellement reconnu.

En effet, la Déclaration universelle des droits humains proclame l'égalité de tous. Ainsi, l'Etat du Sénégal doit, pour respecter cette égalité, instituer une parité entre les parents. La parité signifie que chaque sexe est représenté à égalité. C'est un instrument au service de l'égalité. C'est une condition nécessaire à l'égalité.

C'est à ce service que devrait également être le législateur sénégalais en consacrant la coparentalité. Consacrée en 2002 en droit Français, la coparentalité est une notion qui n'a pas de définition juridique et qui ne fait pas l'objet d'une acception unanime par la doctrine. Selon Gérard Cornu, c' « est un néologisme formé sur un autre (parentalité) associé au préfixe Co (du latin cum, avec) qui est appliqué au groupe constitué par les père et mère, soit pour exprimer qu'il assument en fait, l'un et l'autre, ensemble leur rôle de parent par action conjointe ou au moins concertée, en associés, soit pour affirmer qu'ils ont égalé vocation à l'assumer, malgré les vicissitudes de leur union, dans toute la mesure du possible »⁸⁵ Quant à Françoise Dekeuwer-Defossez, pour elle, le principe de coparentalité renferme « l'idée selon laquelle il est de l'intérêt de l'enfant d'être élevé par ses deux parents, dans la famille fondée sur le mariage comme dans la famille créée hors mariage, que le couple parental soit uni ou qu'il soit désuni. » Toutefois, l'article 371-1 du code civil éclaire la nature de l'autorité parentale. Il dispose que celle-ci est une fonction, appartenant aux seuls père et mère et dont la finalité est l'intérêt de l'enfant; elle constitue une fonction d'ordre public.

Par ailleurs, le législateur français a compris que la cohérence d'un projet éducatif suppose qu'elle ne soit pas partagée entre différents titulaires sauf si l'intérêt de l'enfant l'exige. D'ailleurs, c'est ce que prévoit l'article 155 du code de la famille qui dispose « Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever et éduquer leurs enfants ». Dès lors, la notion de coparentalité implique la reconnaissance de la fonction maternelle. Elle requiert l'inclusion de la mère dans la gouvernance de la personne de l'enfant

⁸⁵G. Cornu, "Droit civil : la famille", Paris Montchrestien, 7^{ème} éd2001, Pp. 135.

tel qu'il est stipulé dans les documents internationaux. En effet, tous les documents internationaux relatifs aux droits des enfants promeuvent l'institution de la coparentalité. Tel est le cas de la Convention internationale des droits de l'enfant qui dispose en son article 18 : « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. »⁸⁶ C'est le cas également de la Déclaration des droits de l'enfant. Elle dispose que « L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. »

Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle;... »⁸⁷ .Le protocole à la Charte Africaine des droits de l'homme et des peuples dispose également que : « La femme et l'homme contribueront conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection et à l'éducation de leurs enfants ». Ainsi, tous ces documents internationaux s'inscrivent -ils « dans la logique de la parité père-mère par la redistribution des rôles, le rééquilibrage des responsabilités entre les hommes et les femmes et ce, au bénéfice de toute la situation familiale et, notamment les enfants. »⁸⁸. Dès lors, la notion de coparentalité va transformer le regard de nombreux pères dans leurs droits par rapport à l'enfant mais aussi à la mère qui désormais n'aura pas besoins de l'intervention d'un juge pour participer à la gouvernance de la personne de son enfant dont seul l'intérêt compte. En consacrant la coparentalité, le législateur sénégalais ne ferai que rendre juridique une situation de fait, une réalité de tous les jours dans les ménages : la gouvernance commune de la personne de l'enfant. En effet, ce qu'il faut reconnaître c'est que face à la toute-puissance du père, le pouvoir au quotidien est entre les mains de la mère. L'éducation et le maternage ayant toujours été en fait l'affaire des femmes. A cet effet, le doyen Carbonnier n'a pas manqué de faire remarquer qu'« il est probable, en effet, qu'aucune institution juridique, pas plus la *patria potestas* romaine que la puissance paternelle du code

⁸⁶Convention internationale des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989, art 18.1.

⁸⁷ Déclaration des droits de l'enfant – 20 novembre 1959.

⁸⁸M. JUSTON, De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation, Gazette du Palais -12/08/2006 - n° 224 - page 2ID : ID : GP20060812G1812.

Napoléon, n'a jamais empêché la mère de jouer un rôle capital dans l'éducation de ses enfants »⁸⁹ Mais enfin ajout-il, « il est des cas où une société éprouve le besoin de faire prendre en charge par le droits des conduites précédemment régis par les mœurs »⁹⁰. Cela est à juste titre car il faut bien formaliser le statut de la mère et définir son statut véritable dans le couple. Comme disait Éléonore dans un article, le droit « est une institution qui dit et fait le genre »⁹¹. Par ailleurs, les politiques du droit de la famille « constituent l'un des lieux où s'expriment les transformations des rapports sociaux de sexe en même temps qu'elles sont l'un des lieux où l'on peut agir sur cette évolution »⁹². Tout compte fait, ce qu'il y a lieu de retenir c'est que la coparentalité « ... ne correspond ni à une égalité stricte dans le partage, ni à une notion d'accord, mais qu'elle implique une collaboration et un soutien entre adultes dans l'intérêt de l'enfant »⁹³. L'enfant, en tant qu'être vulnérable devrait pouvoir être gouverné par tous ces deux parents. Les ménages devraient être doté d'un équilibre, d'une égalité paritaire des sexes afin que la mère puisse exercer ses droits parentaux car responsable au même titre que le père de l'avenir de son enfant. Cela, au service de l'égalité entre les parents que la Convention des Nations Unis sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes le recommande en disposant que les Etats doivent assurer « les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants, dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale »⁹⁴ . L'autorité parentale consacre l'égalité des pouvoirs et devoirs du père et de la mère dans l'éducation des enfants. Ainsi, L'institution de l'autorité parentale serait une manière de mettre en cohérence les dispositions nationales avec le droit international des droits de l'homme. Mais, aussi et surtout diminuer l'écart entre le droit et un fait mieux appréhendé, mieux compris, mieux assumé, la reconnaissance de la fonction maternelle par la consécration juridique de son statut de parent à part entière à

⁸⁹ J. Carbonnier, « Essais sur les lois », Paris, Répertoire du Notariat Défrénois, 2eme éd. 1995, Pp.87.

⁹⁰ Ibid.

⁹¹E. Lépinard (2006). « Faire la loi, faire le genre : conflits d'interprétations juridiques sur la parité ». Droit et société, n° 62., 2006

⁹² Muller Pierre (2008). « Introduction ». In Engeli Isabelle, Ballmer-Cao Thanh Huyen, Muller Pierre (eds). Les politiques du genre . Paris, L'Harmattan [1re éd. 1996].

⁹³ M. Juston, « La coparentalité : vers une nouvelle relation parentale dans l'intérêt de l'enfant », Gazette du Palais - n° 25 -04/07/2017 - page 50.

⁹⁴ Art 16-1-d convention des nations unis pré cité.

l'instar du père. Car, faire reconnaître en droit, c'est proposer un nouveau découpage du réel et agir sur les rapports sociaux.

Paragraphe 2 : Du postulat d'égalité à l'idéologie des droits de l'enfant

Depuis une époque récente, la protection de l'enfant fait l'objet d'une sensibilisation au niveau international. Cela s'est traduit par la mise au point de différents traités internationaux.⁹⁵ Au-delà du principe de l'égalité certes si chère au droit international des droits de l'homme, il doit être pris en compte de l'intérêt de l'enfant qui est supérieur à celui des parents(A) d'autant plus qu'il est proclamé par la Constitution(B).

A- La nature supérieure de l'intérêt de l'enfant

Dans les années 1980, les droits de l'enfant sont consacrés et la notion d'enfant, sujet de droit, émerge. On se plie à ses désirs et on fait tout pour qu'il soit épanoui et heureux.⁹⁶

C'est ainsi que le 20 novembre 1989 est adoptée la Convention internationale des droits de l'enfant. Ce texte marque une étape importante, parce qu'il reconnaît clairement pour la première fois que les enfants sont des sujets de droit, comme les adultes. Dans 54 articles très détaillés, sur la base de l'intérêt supérieur de l'enfant, la Convention précise quels sont ses droits (droits vitaux, droits culturels, droits économiques et sociaux, droits civils). La Convention précise de plus ce qu'est un enfant. Selon celle-ci l'enfant c'est « tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf dans les pays où la majorité est atteinte plus tôt »⁹⁷. Plus important, la Convention de New York du 20 novembre 1989 a affirmé un principe : celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, exprimé en ces termes : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »⁹⁸. L'examen détaillé de son énoncé permet de comprendre pleinement l'article 3 de la Convention

⁹⁵ La Convention de New York sur les droits de l'enfant du 26 Janvier 1990, La Convention de Luxembourg du 20 Mai 1980 sur l'exécution des décisions de justice en matière de garde d'enfant, La Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur l'enlèvement international d'enfant.

⁹⁶ Marc JUSTON, De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation, Gazette du Palais - 12/08/2006 - n° 224 - page 2ID : ID : GP20060812G1812.

⁹⁷ Art1, CIDE.

⁹⁸ Art3, CIDE.

internationale des droits de l'enfant. Il fait référence aux instances exécutives, législatives (le parlement) et judiciaires. Il s'applique à « toutes » les décisions prises par ces derniers ainsi que par les institutions privées. A noter également l'emploi du terme « enfants » au pluriel dans la disposition. « Selon l'interprétation qu'en a donné le comité des droits de l'enfant, le choix du pluriel signifie que l'article est applicable tant à un enfant en particulier qu'à des groupes d'enfants ou des enfants en général »⁹⁹

L'intérêt supérieur de l'enfant est ainsi, un principe juridique international. Celui-ci, à travers ses nouvelles interprétations, se détache de celui du père, de la mère, de la famille¹⁰⁰. En effet, au-delà des intérêts particuliers des parents il y a celui d'un être qui les lie, leur enfant. Parce que ce dernier est fragile et immature, le souci de sa gouvernance transcende les intérêts égoïstes. « L'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins particuliers, notamment d'une protection juridique appropriée avant comme après sa naissance »¹⁰¹. Ainsi, l'intérêt de l'enfant surplombe l'intérêt personnel des parents, leur besoin de reconnaissance et même leur statut.

C'est d'ailleurs pour quoi, en France, le législateur a opéré un rapprochement de l'exercice de l'autorité parentale en mariage et hors mariage. Cela, en faisant toujours prévaloir l'exercice commun pour garantir l'intérêt supérieur de l'enfant quel que soit la situation des parents¹⁰². En fait, lorsque les parents vivent séparés ou divorcés se pose la question du lieu de résidence des enfants. La possibilité de résidence alternée (de durée égale chez chacun des parents) a été introduite dans le droit français par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale. Elle permet aux deux parents d'exercer l'autorité parentale de façon effective au quotidien.

⁹⁹ Thomas HAMMARBERG, « Le principe d'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes* n°303, mars 2011, p. 10-16, Mise en ligne sur Cairn.info le 25/01/2013, <https://doi.org/10.3917/jdj.303.0010>.

¹⁰⁰ T. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice », *La Revue des Droits de l'Homme*, 2013, n° 3, p. 2 et s.

¹⁰¹ Préambule de la DDE du 20 Novembre 1959 et de la CIDE du 20 Novembre 1989.

¹⁰² La loi du 22 juillet 1987 créant le principe de la coparentalité qui doit exister même en cas de divorce ; La loi du 8 janvier 1993 plaçant l'autorité parentale comme le principe, et conférant à l'enfant, quelle que soit sa filiation (légitime ou naturelle), le droit d'être élevé par ses deux parents ; La loi du 4 mars 2002, soutenue par Ségolène Royal, alors Ministre déléguée à la famille, donnant une nouvelle définition de l'autorité parentale, mettant l'accent sur les droits et les devoirs, mais surtout sur l'intérêt de l'enfant.

Dès lors, la gouvernance de la personne de l'enfant n'est pas censée instituer un rapport de puissance entre les parents mais bien celui d'assistance conjointe de ou des enfants communs par leurs parents. Comme mentionné dans l'article 16-1-d de la convention des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, « l'intérêt des enfants est la considération primordiale ». En effet, la puissance paternelle est dans sa nature un droit fonction. C'est un ensemble de droits et d'obligations. L'article 283 dispose à cet effet, « Le père ou celui qui exerce la puissance paternelle est chargé de la direction de l'enfant. Il ne peut faire usage des droits de puissance paternelle que dans l'intérêt du mineur. Celui qui exerce la puissance paternelle est tenu d'entretenir l'enfant de pourvoir à ses besoins et à son éducation » A la lecture de cette disposition, ce que l'on remarque c'est que la puissance paternelle n'est pas un pouvoir discrétionnaire donné au père. Ce n'est pas non plus comme dit le professeur Gerald Cornu sur l'autorité parentale « bon vouloir, bon plaisir »¹⁰³. L'autorité parentale, quand elle est reconnue, ne devient jamais pour autant un droit absolu et illimité : elle associe d'une part des pouvoirs ou capacités juridiques (autorité), d'autre part des devoirs ou obligations, organisés par la notion juridique de Droits de l'Enfant. Elle concerne notamment l'organisation de la vie de l'enfant (scolaire, sportive, culturelle, vacances, soins médicaux), les échanges avec chacun des parents dans le respect du cadre de vie de chacun, et les échanges avec les autres membres de la famille (grands-parents) et de l'environnement social. Elle est au service de l'enfant. C'est d'ailleurs pour quoi, elle n'a qu'une limite : l'intérêt de l'enfant. La puissance paternelle est subordonnée à l'intérêt de l'enfant. Rappelons que la Déclaration sur les droits de l'enfant de 1959 avait de fait déjà mentionné le principe d'intérêt supérieur de l'enfant disposant que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante¹⁰⁴ dans l'adoption des lois ainsi que le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation¹⁰⁵. Partant, le législateur respecterait la vocation naturelle des parents de veiller sur leurs enfants s'il laissait l'exercice de la puissance paternelle aux parents, père et mère, car après tout cela leur incombe à tous.

Cependant, Il n'existe pas de définition précise de l'intérêt (supérieur) de l'enfant, en droit positif français comme au niveau international, ni de consensus autour de son contenu. Cette notion demeure généralement entendue de manière très large comme la prise en compte de la

¹⁰³ G. Cornu, "Droit civil : la famille", Montchrestien 7^{ème} éd, 2001, Pp. 155.

¹⁰⁴ Principe 2 DDE.

¹⁰⁵ Principe 7 DDE.

personne et du point de vue de l'enfant dans toutes les décisions qui peuvent le concerner, qu'elles émanent d'États, d'institutions publiques ou privées, de tribunaux ou d'administrations¹⁰⁶. C'est ce que laisse entendre l'économie des dispositions de la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui traite de la responsabilité commune des deux parents pour élever l'enfant et assurer son développement, comme de la nécessité de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec eux deux. Egalement, la lecture combinée de certains articles fondamentaux nous permet de juger de ce qui relève de l'intérêt supérieur de l'enfant. Il s'agit notamment de l'article 2 qui traite du droit à la non-discrimination, de l'article 6 se rapportant au droit à la survie et au développement. Il dispose : « L'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle;... »¹⁰⁷ Ainsi, cette disposition devrait permettre de définir ce qui constitue l'intérêt supérieur de l'enfant dans une situation donnée. De plus la prise en compte de l'opinion de l'enfant prévu par l'article 12 permet de soutenir le décideur, à savoir le juge, dans l'établissement de son intérêt supérieur.

L'enfant a besoin de soins, de direction et d'éducation. La puissance paternelle disons plutôt l'autorité parentale devrait être instituée pour satisfaire ces besoins. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant dépasse de loin la simple protection. Il concerne la situation globale de l'enfant et implique un comportement susceptible de rendre les rapports familiaux et l'évolution de l'enfant plus harmonieux.

Ainsi, implique-t-il une conception plus solidaire de la famille et de la responsabilité parentale au-delà des intérêts discrétionnaires des parents. Sa préservation « suppose donc que tout un chacun puisse se référer à un principe supérieur normatif transcendant les particularités. »¹⁰⁸

Ainsi, ce qu'implique véritablement l'intérêt supérieur de l'enfant c'est qu'il ne soit plus seulement un critère de décision. En effet, comme le faisait remarquer le doyen Carbonnier, «

¹⁰⁶ Art. 3 CIDE.

¹⁰⁷ Déclaration des droits de l'enfant – 20 novembre 1959.

¹⁰⁸ M. Juston, « La coparentalité : vers une nouvelle relation parentale dans l'intérêt de l'enfant », Gazette du Palais - n° 25 -04/07/2017 - page 50.

l'intérêt de l'enfant, que n'ignorait pas le droit antérieur, revient comme un principe péremptoire, dans toutes les lois, tous les jugements »¹⁰⁹ Ainsi, il ne s'agissait là que d'une critère de décision visant le plus grand avantage de l'enfant. En atteste la décision de la cour suprême du Sénégal qui stipule « A légalement justifié sa décision, la cour d'appel qui, prenant en considération l'intérêt exclusif de l'enfant, a relevé que la mère qui fait du commerce et s'absente du Sénégal pour des durées de temps indéterminées, ne peut assurer convenablement l'éducation de l'enfant »¹¹⁰. Il en est ainsi également dans la décision de la cour suprême du Mali qui stipule « en matière de garde des enfants en cas de divorce, seul l'intérêt supérieur des enfants l'emporte »¹¹¹. La Convention sur les droits de l'enfant de 1984 dépasse de loin ce plus grand avantage. Le principe d'intérêt supérieur de l'enfant qu'il proclame rend compte d'un principe fonctionnel « visant à protéger et défendre le bien-être et les besoins fondamentaux de l'enfant »¹¹². Le mot principe venant du latin princeps « qui occupe la première place » la convention internationale en érigeant l'intérêt supérieur en principe souhaite certainement que plus qu'un critère décisionnel, celui-ci devienne un fondement à part entière de toutes les mesures concernant l'enfant.

B- La constitutionnalité de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'Etat du Sénégal, dans le préambule de sa Constitution, a affirmé son adhésion à la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Il est vrai que le préambule n'a pas toujours eu la même valeur que le texte constitutionnel. Cependant, depuis une décision célèbre du conseil constitutionnel français¹¹³, qui a intégré par une série de renvois le préambule de la Constitution de 1958 au bloc de constitutionnalité par rapport auquel il a apprécié la conformité d'une loi, celui-ci a été rattaché à la Constitution. Ce rattachement a permis de faire entrer officiellement le préambule dans l'ordre juridique. Au Sénégal d'ailleurs, il est stipulé que le préambule est partie intégrante de la Constitution. Il paraît donc utile d'évoquer son contenu dans l'appréciation des droits de l'enfant. Ainsi, on tient compte du préambule dans l'appréciation du droit positif. En effet, le préambule renferme une proclamation pertinente en l'occurrence, l'adhésion du Sénégal à la convention sur les droits de l'enfant. Il est vrai que le rôle des préambules consiste surtout à un rappel des

¹⁰⁹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs Flammarion, éd. 1996, p. 231.

¹¹⁰ C.cass, chambre civile et commerciale, arrêt n°58, 20/04/2005, juricaf.org.

¹¹¹ Cour suprêmes du Mali, 1ère chambre civ, arrêt n°62, 23 Avril 2001, Juricac.org.

¹¹² C. Brunetti-Pons, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *RLDC* 2011 n° 87, p. 29.

¹¹³ Cons.const. Français, déc.n°71-44DC, 16 juil. 1971, *Rec. Cons. Const.*, p.29. *GD*. 9ème éd.p243.

principes fondamentaux notamment, ceux relatifs à l'enfant. Il n'empêche que, le Sénégal se doit de conformer sa législation sur les droits de l'enfant à ces principes auxquels il a lui-même adhéré.

En fait, l'Etat de droit est celui qui est soumis au droit. Ainsi l'action des gouvernants comme des particuliers est enserrées dans une hiérarchie des normes au sommet duquel trône la Constitution. De cette Constitution doit être vérifié la conformité de toute loi. Partant, l'institution de la puissance paternelle doit être apprécié au regard de la norme suprême qu'est la Constitution qui dans son préambule affirme son adhésion à la convention relative aux droits de l'enfant. Partant, il a l'obligation de mettre en cohérence l'institution sur la gouvernance de la personne de l'enfant à celle-ci. Par ailleurs, l'Etat du Sénégal n'a pas seulement adhéré à la Convention, il a ratifié celle-ci. Or, les Conventions internationales ratifiées par l'Etat du Sénégal ont une autorité supérieure aux lois. En effet, la Constitution en son article 98 dispose « Les traités et accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. » Dès lors, l'Etat du Sénégal ayant ratifié la Convention internationale sur les droits de l'enfant, c'est de la respecter que de mettre en conformité les dispositions du code de la famille relatives à l'enfant avec celle-ci. Chaque instrument juridique international relatif aux droits de l'homme ratifié par le Sénégal constitue un élément de l'ordonnancement juridique interne et une partie du corpus juridique national que les organes de l'État ont l'obligation d'appliquer. Par ailleurs, « le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant est une idée essentielle, inhérente à toutes les cultures.¹¹⁴ « Les enfants ne symbolisent ils pas la pérennité de la famille, du groupe, de la nation, voire de l'humanité ? »¹¹⁵. Toutefois, « puisque l'homme est resté très attaché à sa coutume, à sa tradition et à sa culture, il convient d'en tenir compte dans la conception et la mise en œuvre de règles qui conduisent la vie en société. »¹¹⁶. D'autant plus que l'universalisme des droits de l'homme ne peut être radical et absolu, mais doit au contraire être mesuré et nuancé.¹¹⁷

¹¹⁴ Thomas HAMMARBERG, « Le principe d'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », Journal du droit des jeunes n°303, mars 2011, p. 10-16, Mise en ligne sur Cairn.info le 25/01/2013, <https://doi.org/10.3917/jdj.303.0010>.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Anne Lefebvre-Teillard, « Introduction historique au droit des personnes et de la famille », PUF., Paris, 1998.

¹¹⁷ George .A. Cavalier, « L'égalité entre hommes et femmes au Cameroun. L'exemple du peuple Bamiléké », Actes du premier colloque inter-Réseaux du programme thématique Aspects de l'État de Droit et Démocratie, Paris, Éditions des Archives Contemporaines - AUF, 2007, 459 p., pp. 145-161.

Car, « Il ne s'agit ni de se transformer en musée ni de se jeter vers un modernisme sans garde fous, mais de trouver un nouveau droit né de la tradition fécondée par le droit moderne tout en restant attentif aux prescriptions de l'africanité, essentiellement spiritualiste »¹¹⁸ Partant, il est nécessaire de concilier les valeurs occidentales matérialisées par les droits de l'homme avec la tradition négro-africaine.

CHAPITRE 2 : PLAIDOYER POUR UNE CONCILIATION DE LA TRADITION NEGRO-AFRICAINE AUX VALEURS OCCIDENTALES

« Le séjour dans l'eau ne transforme pas un tronc d'arbre en crocodile » (proverbe africain).

¹¹⁸ K. Mbaye, « Le droit africain : ses voies et ses vertus, op.cit., p.23 et s.

Section1 : La fidélité des sociétés negro africaines à leurs valeurs spirituelles et sociales de civilisation

Les sociétés négro africaines sont des sociétés très attachées à leurs valeurs spirituelles et sociales de civilisation. « La tradition est singulièrement vivace en matière familiale »¹¹⁹. Cela s'explique par le fait que la conception africaine de la parenté est particulière, dans ses fondements comme dans ses structures internes¹²⁰. Ainsi, l'égalité hiérarchisée des membres de la famille(Paragraphe1) et la solidarité communautaire(Paragraphe2) restent de mise même à cette époque dite moderne.

Paragraphe 1 : L'égalité hiérarchisée des membres de la famille

L'émancipation totale de la femme se présente comme l'une des caractéristiques du XXe siècle. Si, déjà pendant les dernières dizaines d'années, cette émancipation a marqué presque partout un progrès fort rapide, notamment au Sénégal, dans les domaines de la vie politique, de l'activité économique, du journalisme, de la participation à l'administration de l'Etat au sens large du mot, de la recherche scientifique et de l'enseignement, aujourd'hui elle se dirige, dans certains pays, vers des sommets qui n'ont jamais été atteints jusqu'ici. L'émancipation totale de la femme trouve sa reconnaissance expresse, non équivoque, dans la Constitution avec la proclamation de l'égalité des sexes.

Partant, cet oxymore, égalité/hiérarchie, pourrait être considéré comme incompatible. Cependant, dire que les hommes sont égaux en droit et en devoirs signifie-t-elle que la loi ne peut opérer aucune distinction entre les personnes auxquelles elle s'applique ? Au Sénégal, à l'instar des autres pays d'Afrique, le sexe n'est pas indifférent dans la dévolution des tâches. Mais, l'égalité des sexes n'en est pas moins respectée.

Cependant, les droits universels sont attachés à l'individu, d'où la question du genre. Le genre est un concept qui promeut l'indifférenciation sexuelle, c'est-à-dire, au sens large, incluant la sexualité. Il est basé sur un postulat : notre corps n'a aucune signification ; il n'a aucune influence sur nos comportements, nos centres d'intérêts, nos aptitudes, nos rôles dans la société. C'est dans ce sens que les lobbies féministe du genre, vers la fin du XXème siècle ont entamé une lutte pour répondre à la question de l'égalité entre l'homme et la femme en

¹¹⁹Y. Ndiaye, « Le nouveau droit africain de la famille », Ethiopiques, numéro 14 revue socialiste de culture négro-africaine avril 1978.

¹²⁰ Ibid.

supprimant toutes les différences entre eux, car considérant celles-ci comme des constructions sociales.

En effet, les féministes considèrent que c'est la société qui construit le comportement féminin et masculin pour maintenir la femme dans une position de domination par l'homme et de dépendance à celui-ci. Mais heureusement qu'ils reconnaissent que c'est la société qui construit le comportement féminin et masculin. En effet, chaque société ayant ses valeurs propres, elle définit le rôle aussi bien des hommes que des femmes qui la composent. Mais, ceci, pas en fonction d'une quelconque conception des rapports de sexe mais bien selon sa conception de ces rapports. Les Sénégalais comme les autres noirs d'Afrique, ont leur univers, leur conception des choses et des liens qui les unissent. Partant, il y'a lieu de se demander si ce qui est inégalité des sexes selon le référentiel universel des Droit de l'homme, au-delà des organisations féministes, est valable pour toutes les sociétés. N'y a-t-il pas des sociétés dans lesquelles les femmes pour lesquelles on défend l'égalité ne décèlent aucun rapport inégalitaire entre elles et les hommes ? Qui (les femmes) d'ailleurs trouvent une justification de ces différenciations dans l'attribution des rôles et des responsabilités. En fait, que faut-il conclure lorsque la majorité des femmes africaines en général et sénégalaises en particulier se sentent gratifiées d'être de bonnes mères et de bonnes épouses¹²¹. En réalité, la femme en Afrique subsaharienne est un être sur protégé mais pas marginalisée. C'est ce qui explique la responsabilisation excessive des hommes¹²². Kouassigan ne disait-il pas sur la soumission des jeunes générations aux anciens « ... ce qui apparaît comme une inégalité sociale n'est que l'expression des droits de chacun définis en corrélation avec les devoirs qui lui incombe dans le cadre familial »¹²³ ? On pourrait dire de même des droits et devoirs du mari dans le mariage. La politique familiale se fait chez soi. « A chacun sa famille, à chacun son droit » avait écrit le doyen Carbonnier¹²⁴. Ainsi, un constat mérite d'être fait. Les défenseurs des droits de l'homme et de la femme en particulier vilipendent la conception de l'égalité analysé sur le paradigme de l'égalité arithmétique car ne pouvant pas concilié différences et égalité. Il

¹²¹ E- R. Ndiaye, « De l'égalité des sexes à l'égalité des chances », contribution lors du séminaire de réflexion sur « Genre et Développement », Konrad Adenauer Stiftung, 27 Mars 2008.

¹²² Exemple art 275 CF « Sous tous les régimes, les époux s'engagent entre eux et à l'égard des tiers à pourvoir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants communs. Ces charges pèsent à titre principal sur le mari. » ; Art 166 CF dans les causes du divorce « Le divorce peut être prononcé ... Pour défaut d'entretien de la femme par le mari; ».

¹²³ Op. cite G- A .Kouassigan, ouvrage pré cité.

¹²⁴ « A chacun sa famille. A chacun son droit. Essais sur les lois », Defrénois, 1979, Pp.167 et s.

semble que ce qu'ils veulent en définitive c'est faire des femmes des hommes. Ils considèrent les spécificités de la femme comme étant un handicap face à l'homme. Or un équilibre mathématique entre les sexes ne saurait être réel. Une égalité arithmétique entre l'homme et la femme est théoriquement imaginable. Toutefois, elle est frappée par une incapacité congénitale de prospérer dans la surface de la vie pratique pour paraphraser le doyen Carbonnier, ce n'est autre qu'un mythe théorique¹²⁵. La question qui mérite d'être posée c'est celle de savoir, pour quoi les femmes devraient considérer leurs corps comme une contrainte ? A dire vrai, elles ne pourront atteindre la vraie liberté que lorsqu'elles comprendront qu'elles peuvent être ce qu'elles veulent tout en restant femme et cela en dépit de la société. Pour quoi toujours ce positionné par rapport à l'homme ? Là est la question. Le plus important c'est plutôt de « lutter contre les discriminations de quelque sorte qu'elles soient au lieu de faire une promotion militante et désarticulé des droits des femmes »¹²⁶

Aussi l'activisme féminin moindre des femmes laisse paraître une certaine acceptation par celles-ci de la hiérarchie qui existe entre elles et leurs époux. En réalité, elles respectent cette hiérarchie car elles sont convaincues de son bien-fondé depuis leurs petites enfances. Mais cela, loin d'être un signe d'infériorité, est une manifestation de la conception de leur rapport entre époux dans le mariage qui n'est autre que la solidarité communautaire de ces membres. C'est d'ailleurs ce qui explique que l'opinion féministe soit aussi modeste au Sénégal. Les femmes se sentent gratifiées d'être de bonnes mères et de bonnes épouses.

Ce qu'il y a lieu de retenir, c'est que le système patriarcal fondé sur la hiérarchisation des sexes n'est pas forcément une institution de la domination des hommes sur les femmes encore moins du masculin sur le féminin, mais plus tôt comme une conception socialement différente des rapports homme/femme qui n'est autre que la solidarité, les institutions du droit de la famille en Afrique noire étant coordonnées dans une logique de dialogue.

Paragraphe 2 : La solidarité communautaire des membres de la famille

Si en Europe la famille se réduit aux époux et aux enfants, la famille nucléaire, en Afrique la famille est large impliquant les cousins, les oncles et tantes, les grands parents et même les voisins. Ainsi, au système individualiste occidental s'oppose la solidarité communautaire en

¹²⁵ Jean Hauser, Les parents sont égaux mais l'un serait plus égal que l'autre! Une paternité au prix de la course ?, RTD Civ., Editions Dalloz 2012.

¹²⁶ Op. cite J-L .Correa, « Divorce et compétence juridictionnelle en droit sénégalais de la famille », in Revue de Droit Sénégalais n°12, Université de Toulouse 1.

Afrique. A cet effet, John Mbiti affirme que : « l'individu (dans la tradition négro-africaine) ne peut dire je suis que parce que nous sommes, et puisque nous sommes, je suis. C'est là un point essentiel si l'on veut comprendre la conception africaine de l'homme »¹²⁷. La réception des droits fondamentaux des droits de l'homme au Sénégal et en Afrique en général malgré sa positivité juridique n'a pas pu faire naître dans notre société cet homme, individu isolé qu'a créé les droits de l'homme. En réalité, plus qu'un simple conflit des normes, la réception dans le droit de la famille Sénégalais des droits de l'homme pose un conflit des valeurs. Comme le disait Edwige Rude-Antoine, « ...il existe une opposition entre une juridicité ancrée dans la conscience des populations et la légalité maniée par les juristes au sein de la société politique ».¹²⁸ « Au-delà, il y a celle de la nécessaire adéquation entre la norme (règle de droit) et ses destinataires mesurée à l'aune de l'effectivité, de l'efficacité et de la légitimation »¹²⁹. Kouassigan disait que « la valeur d'une règle de droit dépend de sa conformité avec les situations qu'elle est appelée à régir »¹³⁰. Il est nécessaire de prendre en compte dans l'acculturation des normes universelles des indications de l'ordre réel existant. Le cas échéant, il pourrait y avoir le développement de l'esprit de désobéissance à la loi qui selon les mots du doyen Ripert, prend la figure candide de l'ignorance ou arrogante du mépris. En réalité, il semble que la lutte contre l'institution de la puissance paternelle et par la même pour l'égalité des sexes, n'est pratiquée que par « ceux qui ont bu à grand trait la coupe du progrès » pour paraphraser René Maunier. Les référentielles universelles des droits de l'homme pourront être accueilli au Sénégal lorsqu'ils tiendront compte des réalités consécutives d'une société fondamentalement religieuse où chaque chose, chaque fait est symbole. Kouassigan faisait constatait qu' « il est incontestable que les modifications de structure dans le processus de développement ne sont pas les mêmes dans une société individualiste et rationaliste et dans une société communautaire et fondamentalement

¹²⁷ J. MBITI, *Religions et philosophie africaines*, ouvr. préc. , p. 119.

¹²⁸ E. Rude-Antoine, « Le droit du mariage et de la famille au Viêt-Nam de 1945 à nos jours. Les codes nouveaux à l'épreuve des traditions », in *histoire de la codification juridique au Viêt-Nam*, collection Temps et Droits, Février 2001, p.351

¹²⁹ V. Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne ». *Les Cahiers de droit* 46(1-2), 315338.<https://doi.org/10.7202/043841ar>

¹³⁰ Op. cit. G-A .Kouassigan article pré cité, Pp.274

religieuse »¹³¹ Les droits de l'homme en favorisant l'individualisme détruisent les bases d'une société collective.

Par cela, c'est le « domaine par excellence de la conception négro-africaine de la famille saisie dans ses manifestations existentielles »¹³² qui est atteinte. Par ailleurs, le droit international des Droits de l'homme s'est construit à une époque où l'Afrique noire était sous la domination coloniale de l'Occident. En 1948 moment de la Déclaration universelle des Droits de l'homme de l'ONU – l'Afrique noire n'avait pas encore accès à la souveraineté internationale. Ce faisant, c'est en marge des préoccupations africaines que fut rédigé ledit texte international. Ce qui explique d'ailleurs le soupçon d'eurocentrisme envers les droits de l'homme qui est né chez beaucoup de non occidentaux, les africains notamment. La famille, contrairement en occident, en Afrique est symbole d'une identité culturelle et religieuse. En tant que tel, elle conçoit ses membres, les pères et mères, plus comme complémentaire qu'égalitaire. En effet, la conception de l'égalité juridique est restée, au Sénégal, tributaire du cadre islamique et coutumier comme le constatait madame Marième Ndiaye¹³³. Il n'a pas été fait une confusion entre égalité et égalitarisme. Les rapports entre individu dans notre société tendent moins à l'opposition qu'à la complémentarité. Aussi, semble-t-il, d'après J. Griffiths, que l'apparition du contrôle social de type juridique dépende de la distance relationnelle entre les personnes ou les groupes. Plus ceux-ci sont séparés, plus ils ont tendance à s'en remettre au Droit pour régler leurs rapports¹³⁴. Ainsi, en Afrique où la solidarité est de mise, l'individu isolé absent, les rapports sociaux, surtout ceux familiaux sont quasiment hors du droit ou à sa lisière. Voilà pourquoi il est impossible de revêtir le statut de la femme occidentale sur la femme négro africaine.

¹³¹ Ibid. Pp.282.

¹³² Ibid. Pp.292.

¹³³ Marième N'Diaye, « Rapports sociaux de sexe et production du droit de la famille au Sénégal et au Maroc », Cahiers du Genre 2014/2 (n° 57), p. 95-113. DOI 10.3917/cdge.057.0095.

¹³⁴ N. ROULAND « L'anthropologie juridique », Paris : Les Presses universitaires de France, 1990, 127 pp. Collection "QUE SAIS-JE ?", n° 2528, Édition numérique réalisée le 21 juin 2011 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec.

Section 2 : L'impossible revêtement du statut de la femme occidentale sur les femmes négro africaines

Il est impossible de revêtir le statut de la femme occidentale peint par les droits de l'homme sur les femmes négro africaine. Le cas échéant, il pourrait y avoir un risque d'atteinte à l'harmonie de la famille (Paragraphe 1) et par la même de destruction de l'équilibre de la structure sociale (Paragraphe 2)

Paragraphe 1 : Les risques d'atteinte à l'harmonie de la famille

Loin de verser dans l'antiféminisme, vouloir plaquer le statut de la femme occidentale sur la femme négro africaine serait une atteinte à l'harmonie de la famille telle que conçu dans la société africaine. En effet, en Afrique, la parenté est plus sociale que physiologique. Le système de parenté qui établit les relations de groupe à groupe et non d'individu à individu est à la base de la conception africaine de la famille¹³⁵. Dès lors, indifféremment du sexe de l'un et l'autre, le souci dans la famille c'est l'harmonie.

Ainsi, comme le faisait remarquer le doyen Carbonnier « les gens heureux vivent comme si le droit n'existait pas »¹³⁶. En réalité, pour le doyen Carbonnier la famille est un domaine du non droit. Celui-ci n'est pas selon lui « le néant, même pas le chaos. L'hypothèse est que, si le droit est écarté, le terrain sera occupé, est peut-être même déjà occupé d'avance par d'autres systèmes de régulation sociale, la religion, la morale, les mœurs, l'amitié, l'habitude ».¹³⁷ Justement, au Sénégal ou en Afrique noire devrions nous dire c'est ces autres règles de conduites sociales qui organisent la vie en famille. « Les sociétés traditionnelles valorisent plus la fidélité au passé que la volonté de changement, chérie par les sociétés modernes. C'est pourquoi les premières préfèrent la coutume à la loi. »¹³⁸, C'est justement le cas de la société Sénégalaise. Ce qu'il faut reconnaître c'est que toutes les sociétés ne partagent pas la même vision du monde. Les valeurs qu'elles privilégient diffèrent souvent. Il

¹³⁵ M. Bourjol, « Thèse générale des coutumes juridiques africaines », Thèse, Toulouse 1952.

¹³⁶ Ibid., p38.

¹³⁷ Ibid., Pp.320.

¹³⁸ N. Rouland « L'anthropologie juridique », Paris : Les Presses universitaires de France, 1990, 127 pp. Collection "QUE SAIS-JE ?", n° 2528, Édition numérique réalisée le 21 juin 2011 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, Québec.

en va de même du contenu de leurs droits¹³⁹. Des droits de l'homme universels pour une humanité abstraite et indifférenciée semble être une utopie dans ce monde empreint de particularité et de spécificité des sociétés. Il ne saurait être question de substituer aux hommes réels, enracinés dans des cultures et des religions, des hommes virtuels, si mobiles qu'ils n'ont plus d'ancrage et deviennent objets inconscients des manipulations les plus sournoises parce qu'invisibles.¹⁴⁰ Le Sénégal est un pays où cohabitent des individus marqués par leur pluralité de langues, de races et de religions, ainsi que leur appartenance à des coutumes et traditions différentes, et qui observent en matière de juridiction, un système traditionnel fondé sur des coutumes ancestrales¹⁴¹ imprégnées de croyances et de morale religieuses¹⁴². Au Sénégal, religions et croyance y occupent une place très importante dans la culture et la vie quotidienne des populations. C'est un pays où croyances et traditions se mêlent à la modernité. L'islam, en tant que religion de la majorité des Sénégalais « suscite nombre d'interrogations et de crispation en matière d'intégration dans les sociétés occidentales »¹⁴³. Mais, au Sénégal, il cohabite sans grand contrainte avec la modernité. D'ailleurs, il s'est imposé comme norme de référence en matière de familiale. La mise en œuvre du droit international des Droits de l'homme particulièrement la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes bute ainsi sur les conceptions religieuses et traditionnelles des rapports entre époux « fortement ancrées et naturalisées »¹⁴⁴. Le Sénégal est un pays respectueux des valeurs religieuses, composé d'une population fortement religieux que ce soit musulman, chrétien ou animiste. Alors se pose une question : comment concilier les exigences d'un monde moderne et les croyances profondes de la foi ? La réponse à cette question ne pourrait aller de soi. En effet, la prégnance de la

¹³⁹ Cf. N. Rouland, *Penser le Droit, Droits*, 10 (1989), 77-79.

¹⁴⁰ P.-V. Aladier, « La mondialisation et les cultures », S.E.R. « Études » 2001/11 Tome 395 | pages 505 à 515
ISSN 0014-1941

¹⁴¹ M-B. DioP, « Mariage et divorce dans le code de la famille du Sénégal et le droit musulman ; problématique de l'application du droit de la famille », Thèse de doctorat, ACAD, 2008

¹⁴² J. Emane, « Les conflits de lois en Afrique noire », Thèse de doctorat de droit, Faculté de droit et sciences économiques, UCAD, p.16

¹⁴³ M. N'Diaye, « La réforme du droit de la famille : Une comparaison Sénégal-Maroc », Nouvelle édition (en ligne). Montréal : Presse de l'Université de Montréal, 2016 (Généré le 12 octobre 2018). Disponible sur Internet : <http://books.openedition.org/pum/3364>.

¹⁴⁴ Ibid.

religion musulmane et ces pratiques pose une énorme difficulté. D'où les risques de destruction de l'équilibre de la société.

Paragraphe 2 : Les risques de déstructuration de l'équilibre de la société

Officiellement, l'Etat de droit est celui qui se présente sur les habits séduisant d'un Etat respectueux des Droits de l'homme¹⁴⁵. Ou, pour mieux dire d'un Etat soumis au droit. Mais de quel « droit », de quels « Droits de l'homme » s'agit-il ? On se le demande. Il est clair que ce n'est pas le droit républicain expression de la volonté générale. C'est plus tôt le droit revendiqué par l'individu de vivre dans le seul « souci de soi »¹⁴⁶, non pas des droits de l'homme indissociable des droits des citoyens mais des ‘’ droits fondamentaux de la personne humaine ‘’ qui « exacerbent ce qui sépare les individus au détriment de ce qui les unit »¹⁴⁷, au point de menacer l'existence même de l'Etat, dans une dérive ultra individualiste qui semble puisait ses racines dans la pensée anarchiste et antihumaniste¹⁴⁸. Rapportée au droit de la famille, cette pensée ultra individualiste sonne la désagrégation de celle-ci et par la même celle de la société.

En effet, la famille est « la cellule sociale par excellence ».¹⁴⁹ « La force de la société est liée à la force de la famille »¹⁵⁰. Partant, toute faillite de la famille entrainera une faillite de la société. Le droit de la famille, c'est « ... un droit original car il se nourrit de données humaines, de données scientifiques et d'idéologie. Il est également original par sa dimension symbolique »¹⁵¹, c'est « le miroir de la société qui le produit »¹⁵². Partant, fondés sur une idéologie individualiste ou plus tôt ultra individualiste, les droits de l'homme pose d'énormes interrogation sur l'institution familiale en Afrique.

¹⁴⁵ G. Lebreton, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur" ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français », CRDF, n°2, 2003, p. 77-86.

¹⁴⁶ Titre d'un ouvrage de Michel Foucault, publié en 1984, troisième tome de l'histoire de la sexualité.

¹⁴⁷ Cf. A. Troianiello, « Les droits fondamentaux, fossoyeurs du constitutionalisme ? », in Regards critique, p. 37

¹⁴⁸ G. Lebreton, « Le droit de l'enfant au respect de son "intérêt supérieur" ». Critique républicaine de la dérive individualiste du droit civil français, CRDF, n°2, 2003, p. 77-86.

¹⁴⁹ L. Leveneur, « La famille : Mariage-Filiation Autorité parentale-Divorce et séparation de corps », 7ème édition, Montchrestien, p.01.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ph. Malaurie, H. Fulchiron, « La famille », Defrénois, 4ème éd., 2011, p. 28.

En Afrique, la famille est le fondement de la société. Elle assure la cohésion sociale et garantit l'ordre politique. Elle est conçue comme une collectivité. Ainsi, elle s'oppose aux droits de l'homme qui ne sont autre qu'un développement excessif des libertés individuelles. En tant que tel, ils se heurtent à une contradiction à savoir la famille, la collectivité. Cela résulte du fait que les droits de l'homme dans leur concept, révèlent la conception occidentale de la famille ou du moins des rapports entre individu. En effet, «le Droit est moins un objet aux contours immuables qu'une façon de penser les rapports sociaux»¹⁵³. Les différents instruments internationaux font l'apologie de droits occidentaux difficilement transposables en Afrique noire en raison de leur subjectivité. C'est le cas du droit à l'égalité des époux dans le mariage un problème que pose l'institution de la puissance paternelle.

En fait, le fractionnement des relations familiales que véhiculent les Droits de l'homme est difficilement conciliable avec les desseins familiaux qui ne sont autre que l'établissement de lien fort. Ainsi, l'irruption des Droits de l'homme dans les systèmes juridiques d'Afrique noire entonnera certainement le requiem¹⁵⁴ de la famille africaine et par la même un déséquilibre de la structure sociale. Ils veulent instituer une famille d'individu. Or, comme le faisait remarquer le doyen Carbonnier, « Les institutions familiales, pour fonctionner harmonieusement, ont besoin d'être soutenues par des relations affectives entre les participants, [...], un mariage où chacun des époux s'enfermerait dans le statut de droits et d'obligation que la loi lui assigne serait, à la vérité, un bien pauvre mariage »¹⁵⁵ A dire vrai, que serait la famille si tous ses membres, au moindre acte, se demandent qu'en dit le code de la famille. Dans ce sphère, « le moins de lois possible... »¹⁵⁶. « ...c'est pour vivre sans famille qu'il faut beaucoup de lois »¹⁵⁷ n'a pas manqué de faire remarquer le doyen Carbonnier. Les histoires d'amour et la famille heureuse se passent parfaitement du droit. « La vie quotidienne est tissée d'accords tacites, d'affections, de disputes que l'amour, l'oubli, le pardon, la maîtrise de soi ou l'indifférence apaisent »¹⁵⁸. Comme il a été fort justement

¹⁵³ Cf. N. Rouland, *Penser le Droit*, *Droits*, 10, 1989, 77-79.

¹⁵⁴ S. THIAM, *Introduction historique au droit en Afrique*, L'Harmattan, 2011, pp. 161-164.

¹⁵⁵ J. CABONNIER, "Sociologie juridique" ; Paris, Armand Colin, 1972.

¹⁵⁶ Op.cit. J. Carbonnier ouvrage cité préc, Pp.194.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ N-C. Ndoko, « Les manquements au droit de la famille en Afrique Noire », In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol.43 N°1, Janvier-mars 1991. Pp. 87-104.doi : 10.3406/ridc.1991.2161

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1991_num_43_1_216.

remarqué « tant qu'il ne s'agit que de s'associer, de se serrer, de s'aimer, les forces non juridiques biologiques, affectives ou morales y suffisent. Qu'il faille divorcer, désavouer, diviser, c'est au contraire, l'affaire du droit »¹⁵⁹. Ainsi, cette déification de l'individu dont ils veulent étendre les effets aux femmes d'Afrique paraît quasi impossible et surtout dangereuse pour le devenir de la famille.

Par ailleurs, les droits consacrés par les droits de l'homme s'apparentent plus à des désirs spéculatifs qu'à de véritables droits disponibles dans l'ordre juridique¹⁶⁰. Ce ne sont en réalité que de simples prérogatives dépourvues de toute normativité. A-t-on jamais vu une personne devant une juridiction pour demander le respect de son droit à la liberté ou à l'égalité ? Les droits de l'homme, il est nécessaire de le reconnaître, ne sont ni un fait social, ni un acquis mécanique encore moins une donnée naturelle. Ce sont des constructions qui aussi subjectives qu'ils aient voulu être, sont empreintes d'un certain européocentrisme. En fait, mise en place après la révolution française, les Révolutionnaires traumatisés par l'autoritarisme de l'Ancien droit, étaient convaincus que la liberté et l'égalité entre les hommes ne pouvaient prospérer avec les appareils collectifs, la famille notamment. Ainsi, ils proclamèrent « la déchéance juridique des groupes et valorisèrent l'individu. Ils entreprirent de le vêtir de droits pour le préserver des atteintes de l'État. » Or La déification de l'individu par les Droits de l'homme, aujourd'hui, contribue fortement à la faillite de la famille¹⁶¹ et par la même de la société pour ne pas dire de la nation. L'expression de la liberté individuelle dans le tissu familial profitant de l'égalité entre les membres de la famille participe à la destruction d'une telle structure collective. En effet, les Droits de l'homme font prendre à l'individu la conscience de sa singularité, de sa personnalité juridique. Alors que la famille, elle, anéantit les egos pour les soumettre à une même cause : la communauté. De plus, les droits de l'homme ont une dynamique économique qui ne correspond en rien au dessein familiale. C'est ce qui explique d'ailleurs que les féministes au-devant de leurs arguments pour le respect de l'égalité homme/femme allèguent toujours la participation au développement économique de l'Afrique pour ne pas dire le déficit économique que constitue la non-

¹⁵⁹ Ibid. N-C. Ndoko, doc pré cité

¹⁶⁰ D. Gutmann, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? » in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1999, p. 333.

¹⁶¹ F.-G. Dreyfus, « La Ve République et la famille », in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours*, Roland Ganghofer (dir.), Actes des journées internationales d'histoire du droit, Strasbourg, PUS, 1992, p. 207.

participation ou du moins la participation non considérable des femmes aux activités économiques. Pour celles-ci, « La conception traditionnelle de la famille se répercute sur l'évolution économique »¹⁶². Les femmes sénégalaises devraient comme leurs homologues européennes, bénéficier d'une égalité de traitement entre l'homme et la femme, surtout du point de vue fiscal et la redéfinition des pouvoirs des époux dans le cadre du lien matrimonial. Il faut croire que le développement de l'Afrique doit nécessairement passer par les femmes.

La législation sénégalaise de la famille est fortement tributaire des réalités sociale qui sont empreintes de droit coutumiers et religieuses. Voilà pourquoi les droits de l'homme ont du mal à prospérer dans la sphère familiale. De même, tributaire des mouvements de l'histoire, le droit occidental adopte un modèle mathématique¹⁶³ dans le raisonnement juridique d'où l'idée homme égale femme. L'universalisme des droits de l'homme, en effet, ne dissimule qu'une représentation occidentale du droit¹⁶⁴. Comme le remarquait Roulant, la déclaration des droits de l'homme de 1789 est d'un universalisme... limité à l'homme européen, et à son prolongement d'origine anglaise en Amérique du Nord¹⁶⁵. Or, il y a un décalage entre la conception occidentale et celle négro-africaine sur le droit. D'emblée, il y a lieu de remarquer que si en Occident, la norme juridique dispose d'une autonomie par rapport aux autres normes sociales (religion, morale, coutume...), en Afrique noire il en va autrement, « les lois, même lorsqu'elles affirment leur laïcité et leur indépendance à l'égard des autres règles de vie sociales, ne s'affranchissent pas totalement de la tutelle et des influences de la morale, de la religion et de la philosophie »¹⁶⁶ C'est le cas du droit Sénégalais de la famille. Le législateur Sénégalais par exemple « Assume une conception du droit musulman comme simple référence dans son système juridique par ailleurs entièrement laïcisé »¹⁶⁷. Même si, «sa

¹⁶² A-L .Teillard, « Introduction historique au droit des personnes et de la famille », PUF., Paris, 1998.

¹⁶³ Sur la prépondérance du modèle mathématique en Occident, v. E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, éd. Seuil, 2005, pp. 18-21.

¹⁶⁴ J. Yacoub, « A l'épreuve des civilisations et des cultures, repenser les Droits de l'homme. Une approche critique », in *L'odyssée des Droits de l'homme*, préc. Tome III, pp. 187-190.

¹⁶⁵ Cf. N. Roulant, La tradition juridique africaine et la réception des déclarations occidentales des droits de l'homme, Actes du Colloque international de Dakar La *Révolution française de 1789 et l'Afrique*, 23-29 avril 1989.

¹⁶⁶ Op. cit., G A .Kouassigan document pré cité

¹⁶⁷ Op.cit., N'Diaye, Marième. La réforme du droit de la famille : Une comparaison Sénégal-Maroc. Nouvelle édition (en ligne). Doc pré cité.

conception du droit musulman de la famille repose sur les pratiques : dans le texte, on ne parle pas de « droit musulman » mais bien de « coutume wolof islamisée », c'est-à-dire de la pratique de l'islam par l'ethnie majoritaire, prise ici comme point de référence »¹⁶⁸.

Parmi les règles qui régissent et régulent la vie en société, il n'y a pas que des règles juridiques, même si ces dernières sont souvent perçues comme celles « dont la stricte observance garantit l'avènement de l'ordre social souhaité [...], parce qu'elles sont seules assorties de contrainte et de sanctions organisées par l'État »¹⁶⁹. En effet, d'autres systèmes normatifs (morale, mœurs, politesse, civilité, honneur, etc.) y contribuent dans des proportions équivalentes voire supérieures, « autant et même mieux que le droit » à en croire le Doyen Carbonnier¹⁷⁰. Surtout que « si l'Etat s'est imposé comme l'institution garant du droit, il n'est pas pour autant perçu comme l'autorité légitime pour définir son contenu »¹⁷¹. Dans l'imaginaire juridique négro-africain, il n'existe aucune séparation entre les différentes sources des obligations sociales. Le droit et les autres règles de conduite sociale ne forment qu'une seule entité obligationnelle souvent prenant la dénomination de coutume¹⁷². Aussi dans le modèle juridique négro-africain le Droit est-il nécessairement objectif. Cette nature du droit négro-africain¹⁷³ se justifie par l'ignorance du nominalisme dans l'anthropologie africaine. Les sujets du droit dans la tradition négro-africaine étant substantiellement des entités collectives¹⁷⁴ (tribu, clan, ethnie, famille) C'est cet arrière-plan anthropologique¹⁷⁵ du Droit que semblent nier les Droits de l'homme à travers leur prétention à l'universalité.

Dans les sociétés négro-africaines la liberté et l'égalité ne sont pas forcément perçues comme des finalités. C'est plutôt l'équilibre ou l'harmonie du tissu social qui est essentialisé. A la concurrence entre individus que promeut l'Occident à travers la religion des Droits de

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ G.-A. KOUASSIGAN, « Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone », Pédone, 1974, op. cit ., p. 164.

¹⁷⁰ J. CARBONNIER, « Sociologie juridique », Quadrige/PUF, 1994, p. 315.

¹⁷¹M. N'Diaye, doc pré cité.

¹⁷² X. DIJON, « Les masques du droit en Afrique. Une lecture européenne des sources de la norme », RIDC, 2009, n° 4, p. 572.

¹⁷³ E.-T. Olawale, La nature du droit coutumier africain, Présence africaine, 1961, pp. 95-128.

¹⁷⁴ G.-A. Kouassigan, Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone, Editions A. Pédone, 1974, pp. 198-203.

¹⁷⁵ N. ROULAND, « A propos des Droits de l'homme : un regard anthropologique », Droits fondamentaux, 2003, n° 3, p. 129 et s.

l'homme, les sociétés traditionnelles en Afrique noire optaient pour le consensus en lieu et place de la tension, de la compétition¹⁷⁶. Les institutions du droit de la famille en Afrique noire se particularisent à travers leur dualité, leur ouverture¹⁷⁷. Ce pluralisme renferme une conviction : l'impossibilité pour les législateurs africains d'uniformiser les institutions du droit de la famille. L'imposition des référentiels universels des droits de l'homme ne fait qu'envenimer les tensions existant entre le droit positif et la normativité sociale. Les Droits de l'homme doivent s'accompagner d'une approche générale, au-delà d'une conception figée des droits ou des libertés. « Les lois doivent être et elles sont adaptées à chaque société, à chaque culture et à chaque environnement. Les règles de droit en tant que produit social ne peuvent être que relatives à chaque société »¹⁷⁸ Ceci, parce qu'ils véhiculent des valeurs éminemment sociétales dont l'appropriation effective par les sociétés négro-africaines, passe nécessairement par la conceptualisation d'un ordre public africain. En réalité, « l'application de préceptes tout fait pour mettre en œuvre les droits de l'homme aurait pour résultat de bafouer les droits de l'homme au nom des droits de l'homme »¹⁷⁹ Et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en 1981 invitait vraisemblablement à éviter cela lorsqu'elle évoquait dans son préambule les « valeurs de civilisation africaine qui doivent inspirer et caractériser leurs réflexions (celles des Etats africains) sur la conception des droits de l'homme et des peuples ». « L'importance de la vie collective en tant que manifestation de la solidarité sociale et de l'unité dans les croyances, assure le triomphe du groupe sur l'individu. L'unité sociale, c'est le groupe et non l'individu, les liens de parenté s'établissant de groupe à groupe »¹⁸⁰. Ce qu'il y a lieu de retenir, c'est que la déification des libertés individuelles est un risque pour la société. Il est clair que c'est de bonne guerre que de souhaiter mettre les mères et les pères sur un pied d'égalité. Cependant, ne confondons pas égalité et égalitarisme.

¹⁷⁶ M. ALLIOT, « Un nouveau droit est-il en train de naître en Afrique ? » op. cit., p. 480.

¹⁷⁷ Exemple de la dualité de la forme du mariage en droit sénégalais, l'article 114 du code de la famille

¹⁷⁸V. Mbambi, « Les droits originellement africains dans les récents mouvements de codification : le cas des pays d'Afrique francophone subsaharienne ». Les Cahiers de droit 46(1-2), 315338.<https://doi.org/10.7202/043841ar>.

¹⁷⁹ I. kuçuradj, « Une Condition Sine qua non de la mise en œuvre effective des droits de l'homme », in Agir pour les droits de l'homme au XXIème siècle, Paris éd UNESCO, 1998, P.80.

¹⁸⁰ G. A Kouassigan, « Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille negro africaine », Paris, A. Pédone, 1974, Pp. 199-200.

En effet, vouloir une égalité arithmétique entre les parents pourrait donner lieu à un déséquilibre dans la famille et même à un effacement du père. En réalité, bien que l'exercice de la puissance paternelle soit attribué au père durant le mariage, l'éducation et le maternage sont et ont toujours été l'affaire des femmes. Ainsi, vouloir étendre les droits de la femme ce ne serait là que mettre sur leurs épaules des obligations juridiques auxquelles elles s'acquittaient déjà naturellement. Partant, les pères qui n'étaient alors autorité que par la loi seront véritablement éclipsés. C'est le cas au Canada où les femmes ont pris une telle autorité qu'actuellement se sont les hommes qui se plaignent d'une inégalité. Ainsi, pour qualifier les femmes qui font tout parce qu'étant à la fois salariées et maman est né le néologisme "germaine". Ainsi, une égalité outrancière entre l'homme et la femme pourrait donner lieu à une dégénérescence du père qui sera éclipsé et cela, au détriment de l'intérêt de l'enfant qui pourtant doit être la considération primordiale. En définitive, ce qui est demandé au législateur c'est non pas de régénérer les mœurs par la loi, si tenté qu'elles aient disparues, mais d'adapter la loi aux mœurs. Car, aussi universel que soit le droit de nos jours, les sociétés du monde ont toutes une particularité et une identité qui leur est propre. Nul ne peut faire fi de cela.

CONCLUSION

L'objectif de ce mémoire consistait dans une approche critique de l'institution de la puissance paternelle au regard de l'évolution de la société mais également de la particularité de notre société et de notre conception de la famille. Le législateur sénégalais entend par puissance paternelle le droit de supériorité et de correction que les pères ont sur leurs enfants, droit qui appartient également aux mères, avec cette différence seulement que l'autorité des mères est subordonnée à celle des pères, à cause de la prééminence du sexe masculin (il est le chef de famille). Comme notre étude le démontre, la problématique de la puissance paternelle en droit sénégalais de la famille est, plus une question de légalité qu'une question de légitimité sociale. Il est évident que le droit de la famille sénégalais est influencé et même dominé par la coutume et le droit musulman au point que nous pouvons le considérer comme un domaine de non droit. Surtout que le droit et particulièrement celui de la famille est le reflet des réalités socioculturelles d'un groupe et d'une société en particulier. Ainsi, l'institution de la puissance paternelle reste en parfaite harmonie avec la conception africaine, sénégalaise de la famille et adapté à la législation du droit musulman religion de la majorité de la population sénégalaise. Celle-ci s'y retrouve et l'applique dans la plus part des cas nonobstant l'évolution de la société. Ainsi, plus qu'une légalité, il s'agit plutôt d'une légitimité ancrée dans la culture sénégalaise et acceptée sinon par tous du moins par la majorité. Cependant, elle se heurte aux droits de l'homme et particulièrement aux défenseurs des droits des femmes. Ceux-ci considèrent que, analysé sur le paradigme de l'égalité arithmétique, la puissance paternelle viole le principe de l'égalité entre l'homme et la femme mais également le principe de légalité.

Elle viole le principe de l'égalité en ce que le droit international des droits de l'homme consacre l'égalité de sexe et combat la discrimination fondée sur le sexe. Or, la puissance paternelle déjà par la notion consacre une prépondérance maritale. Elle viole également la Constitution en ce que l'Etat du Sénégal a proclamé son adhésion aux principes fondamentaux des droits de l'homme dont l'égalité des sexes dans sa Constitution. Il a ratifié la convention internationale des droits de l'homme ainsi que la convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. L'article 98 de la Constitution ayant stipulé que les conventions régulièrement ratifiées font partis de l'ordonnement juridique interne

et ont une valeur supérieure aux lois laisse entendre que les dispositions législatives contraire aux contenus de ces dites conventions sont contraire à la Constitution.

C'est justement le cas de la puissance paternelle. Dès lors, nous sommes tentés de dire que le législateur sénégalais se voit dans l'obligation de se conformer à la loi suprême de notre pays à savoir la Constitution.

Cependant, comme nous l'avons fait remarquer dans le corps de notre travail, le législateur ne doit pas « perdre de vue que les lois sont faites pour les êtres humains et non l'inverse, que celles-ci doivent être adaptées aux convictions, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ». De fait, le respect des traditions associé à une nécessaire prise en compte des évolutions de la société notamment les référentiels universels des droits de l'homme devrait prévaloir dans la réglementation du droit de la famille mais surtout des rapports entre parents et enfant. Pour paraphraser le professeur Jean Louis CORREA, nous dirons que les règles posées par le code de la famille notamment celle relative à la puissance paternelle semble être une projection de l'organisation sociale de la place de la femme dans la société négro africaine. Celles-ci, loin d'instituer une hiérarchie, laissent entrevoir une idée de complémentarité et de solidarité. Pour s'en convaincre il n'y a qu'à voir les pouvoirs de contrôle que le législateur laisse entre les mains de l'épouse et mère¹⁸¹. L'article 287 du code de la famille ne dispose-t-il pas que « les décisions prises à l'égard du mineur dans l'exercice de la puissance paternelle peuvent être déferées par tout parent intéressé au juge de paix du domicile du mineur » ? L'article 671 donne la possibilité aux autres ascendants du mineur la possibilité d'accepter pour lui une donation à titre gratuit même du vivant de ses père et mère. Ces dispositions témoignent ainsi de la conception large de la parenté que consacre le code de la famille de la parenté mais également du devoir de tous de participer à l'éducation des enfants à l'instar du droit traditionnel africain. Au-delà de la place de la femme, le régime de la puissance paternelle laisse apparaître la conception africaine de l'éducation des enfants qui pour la plupart appartient à tous comme en témoigne l'article 9 de la charte de *kurukan fuga* « l'éducation des enfants incombe à l'ensemble de la société. La puissance

¹⁸¹ Art 277 al2 CF « Les décisions prises par le père, contrairement aux intérêts de l'enfant ou de la famille, peuvent être modifiées ou rapportées par le juge de paix du domicile de l'enfant, à la demande de la mère, suivant la procédure prévue à l'article 287. » ; Art 153 CF « Lorsque la résidence fixée par le mari présente pour la famille des dangers d'ordre physique ou d'ordre moral, la femme peut, par exception, être autorisée à avoir pour elle et ses enfants un autre domicile fixé par le juge de paix. ».

paternelle appartient par conséquent à tous.»¹⁸². Ainsi, à la question faut-il donner droit à la revendication des féministes qui souhaite la reconnaissance de leur statut de mère et mettre en harmonie la législation familiale avec le principe fondamental de l'égalité des sexes ? Ou faut-il préserver l'institution familiale telle qu'elle est afin de ne pas désagréger le symbole d'une identité sociale ? Nous répondrons en rappelant les propos de Portalis « les lois des peuples se font d'elles-mêmes et, à proprement parler, on ne les fait point ». Ce faisant, l'égalité des époux, l'exercice conjoint de l'autorité sur les enfants ce n'est pas le code de la famille qui les instituera. Si l'égalité est réalisée dans la pratique et consacré par les mœurs, le législateur n'aura d'autres choix que d'accorder la loi aux mœurs et changer ainsi un symbole, la hiérarchie des sexes, qui ne sera alors plus une réalité. Mais la vraie question reste à savoir si la société est prête à mener cette révolution si elle ne la mène pas déjà.

¹⁸²La charte de kurukan fuga, Atelier régional de concertation entre traditionalistes mandingues et communicateurs des Radios Rurales (Kankan du 02 au 12 mars 1998).

BIBLIOGRAPHIE

Traité et ouvrage généraux

- CARBONNIER. J, « Droit civil.T2, La famille, Paris, Presse universitaires de France, 1998
- CORNU. G, Droit civil : La famille, Paris Montchrestien, 2001
- LEVENEUR. L, « La famille : Mariage-Filiation Autorité parentale-Divorce et séparation de corps », 7^{ème} édition, Montchrestien, p.01
- MALAURIE. Ph, Fulchiron. H, La famille, Defrénois, 4^{ème} éd., 2011, p. 28.
- MIGNAULT. P.- B, Théoret. C, « Droit civil canadien, t. II », Montréal, librairie de Droit et de Jurisprudence, 1896, pp. 141-142
- PINEAU. J, Traité élémentaire de droit civil, la famille, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 188.
- PLANIOL et RIPERT, Traité pratique de droit civil français, t. 1, Les personnes, par SAVATIER, 1925, LGDJ, n°299.
- TEILLARD. A.-L, « Introduction historique au droit des personnes et de la famille », PUF., Paris, 1998.
- THIAM. S, Introduction historique au droit en Afrique, L'Harmattan, 2011, pp. 161-164.
- Traité élémentaire de droit civil, 3^e éd., t.1, 1904, n°529
- TRUDEL. G, Traité de droit civil du Québec, t. 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, p. 174 ;

Thèses :

- BOURJOL. M, « Thèse générale des coutumes juridiques africaines », Thèse, Toulouse 1952
- BA. F.- W., « De la puissance paternelle à l'autorité parentale : appréciation du projet de réforme du code sénégalais de la famille à la lumière du droit musulman »
- DIAS. G.-H, L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale. Etude de droit européen comparé, Thèse Université de Reims Champagne-Ardenne Ecole doctorale sciences de l'homme et de la société, 12 juin 2014

- MADJA.R. -A.C, « L'effectivité des droits civils dans les ordres juridiques africains : exemple en droit béninois et sénégalais de la famille, Dakar, UCAD, 2015
- NDIAYE. N-C Madeleine, « Le statut juridique de l'enfant né hors mariage au Sénégal », Thèse, UCAD, 06 juillet 2013
- SOW A-Sidibé, « Le pluralisme juridique en droit sénégalais des successions ab intestat », Thèse, UCAD 1987

Articles et Etudes doctrinaires :

- ALLIOT. M, « Un nouveau droit est-il en train de naître en Afrique ? » op. cit., p. 480.
- BEAUDRY. E.-A, Le questionnaire annoté du Code civil du Bas-Canada, Montréal Beauchemin & Valois, 1872, p. 344.
- FREDERIQUE. F, « Le droit civil de la famille et l'égalité des époux en République Fédérale d'Allemagne. » In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 38 N°3, Juillet-septembre 1986. Pp. 867-895., Document généré le 14/10/2015
- JUSTON. M, « La coparentalité : vers une nouvelle relation parentale dans l'intérêt de l'enfant », Gazette du Palais - n° 25 -04/07/2017 - page 50
- MILLARD. E, « Droit des femmes, droit de la famille. » Mai 1998, Oslo, Norway.
- RIVET. M et NEAULT. J.-M, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale : Une institution en voie de trouver sa vraie finalité.", Les Cahiers de droit 154(1974):779-870. DOI : 10.7202/041993ar
- YOROBA. C.-V, « Droit de la famille et réalités familiales : le cas de la Côte d'Ivoire depuis l'indépendance », Clio. Histoire, femmes et sociétés [En ligne], 6 | 1997, mis en ligne le 01 janvier 2005, consulté le 30 septembre 2016.
- ANTOINE. P « La société dakaroise et le mariage civil : un compromis entre droit de la famille et religion Institut de Recherche pour le Développement, France, janvier 2014
- Brossier. M, « Les débats sur le droit de la famille au Sénégal. Une mise en question des fondements de l'autorité légitime ? », Politique africaine 2004/4 (N°96), p. 78-98.DOI 10.3917/polaf.096.0078

- BUGNET. M, Les Œuvres de Pothier, t. IX, 2' édition, Paris, Henri Pion, éditeur, 1861, p. 50
- CABONNIER. J, « Sociologie juridique » ; Paris, Armand Colin, 1972
- CAMARA. F.-K, « Le code de la famille du Sénégal ou de l'utilisation de la religion comme alibi à la législation de l'inégalité de genre », in Nouvelles annales africaines N°2, 2008, p.11-50
- CARBONNIER. J, « A chacun sa famille à chacun son droit « », in Essais sur les lois, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995
- CAVALIER. G.-A, « L'égalité entre hommes et femmes au Cameroun. L'exemple du peuple Bamiléké », Actes du premier colloque inter-Réseaux du programme thématique Aspects de l'État de Droit et Démocratie, Paris, Éditions des Archives Contemporaines - AUF, 2007, 459 p., pp. 145-161
- CEDAW SHADAW REPORT/SENEGAL, Rapport sur la mise en œuvre par le Senegal de la Convention Sur L'élimination De Toutes Les Formes De Discrimination A L'égard Des Femmes, Mai 2015
- CORREA. J-L, « Divorce et compétence juridictionnelle en droit sénégalais de la famille », Revue de droit n°12, Université de Toulouse 1,
- COTÉ. E.-A, La puissance paternelle, Rimouski, Imprimerie générale S. Vachon, 1926, p. 82.
- DIJON. X, « Les masques du droit en Afrique. Une lecture européenne des sources de la norme », RIDC, 2009, n° 4, p. 572.
- DIOP. A, « Rapport de présentation du projet de loi portant code de la famille ». Dakar, ministère de la Justice sénégalais, 1972
- DOKHAN. M, « Les avatars de la puissance paternelle », La lettre de l'enfance et de l'adolescence 2002/2 (no48), p. 91-100.DOI 10.3917/lett.048.100
- Dölle. H. « L'égalité de l'homme et de la femme dans le droit de la famille. Etude de politique législative comparée », In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 2 N°2, Avril-juin 1950. pp. 250-275.

- DREYFUS. F.-G, « La Ve République et la famille », in Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours, Roland Ganghofer (dir.), Actes des journées internationales d'histoire du droit, Strasbourg, PUS, 1992, p. 207.
- DUMORTIER. T, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice », La Revue des Droits de l'Homme, 2013, n° 3, p. 2 et s.
- Giraud-Teulon fils, Études sur les sociétés anciennes. La mère chez certains peuples de l'antiquité, Paris Ernest Thorin, libraire-éditeur, Boulevard Saint-Michel, 58
- GOUTTENOIRE. A et FULCHIRON. H, « Autorité parentale », rép. civ. dalloz, août 2004
- GRELLEY. P, « Contrepoint-Famille, parenté et éducation en Afrique », in Informations sociales n°154, page 21
- GUTMANN. D, « Les droits de l'homme sont-ils l'avenir du droit ? » in L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré, Dalloz, 1999, p. 333.
- HAUSER. J, La finalité de l'autorité parentale, RTD Civ. 2007 p. 327
- HAUSER. J, Les parents sont égaux mais l'un serait plus égal que l'autre! Une paternité au prix de la course? , RTD Civ., Editions Dalloz 2012
- JUSTON. M, « De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux De la puissance paternelle aux droits de l'enfant : l'évolution, les enjeux et les risques en cas de séparation », Gazette du Palais -12/08/2006 - n° 224 - page 2ID : ID : GP20060812G1812
- KOUASSIGAN. G.-A, Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique noire francophone, Editions A. Pédone, 1974, pp. 198-203.
- KUÇURADJ. I, « Une Condition Sine qua non de la mise en œuvre effective des droits de l'homme », in Agir pour les droits de l'homme au XXIème siècle, Paris éd UNESCO, 1998, P.80
- Les débats parlementaires 1972, p. 218.
- Lydon. G, Droit islamique et droit de la femme d'après les registres du tribunal musulman de Ndar (Saint Louis du Sénégal), CJAS / RCEA 41 : 2 2007
- MBAYE. K, « Le droit africain : ses voies et ses vertus, op.cit., p.23 et s
- MBITI. J, Religions et philosophie africaines, éd., CLE, 1972, p. 119

- MORIN. E, Introduction à la pensée complexe, éd. Seuil, 2005, pp. 18-21.
- NDIAYE. M, « Rapports sociaux de sexe et production du droit de la famille au Sénégal et au Maroc », Cahiers du Genre 2014/2 (n° 57), p. 95-113.
- NDIAYE. Y, « Le divorce et la séparation de corps », Nouvelles Editions africaines Dakar-Abidjan -Lomé, 1979
- NDIAYE. Y, « Le Nouveau Droit Africain De La Famille », Ethiopiques, numéro 14 revue socialiste de culture négro-africaine avril 1978
- OLAWALE. E.-T, « La nature du droit coutumier africain », Présence africaine, 1961, pp. 95-128.
- Projet de code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents au nom de la Commission de la classification des lois, in FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, 1828, t. 1, p. 140 et s.
- Projet de code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents au nom de la Commission de la classification des lois, in FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, 1828, t. 1, p. 140 et s.
- ROULAND. N, « A propos des Droits de l'homme : un regard anthropologique », Droits fondamentaux, 2003, n° 3, p. 129 et s.
- ROULAND. N, L'anthropologie juridique, Que sais-je? (1990)
- RUDE-ANTOINE. E, « Le droit du mariage et de la famille au Viêt-Nam de 1945 à nos jours. Les codes nouveaux à l'épreuve des traditions », in histoire de la codification juridique au Viêt-Nam, collection Temps et Droits, Février 2001, p.351
- SLIEDEWSKI. E, intervention au colloque choisir, Unesco, 1993, dans Femme : moitié de la terre, moitié du pouvoir, Gallimard, 1994
- THIOYE. M « Part respective de la tradition et de la modernité dans les droits de la famille des pays d'Afrique noire francophone. », In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 57 N°2,2005. pp. 345-397; doi : 10.3406/ridc.2005.19353 http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_2_19353
- VERGE. P, « La puissance paternelle», (1958) 3 C. de D. 14

- YACOUB. J, « A l'épreuve des civilisations et des cultures, repenser les Droits de l'homme. Une approche critique », in L'odyssée des Droits de l'homme, préc. Tome III, pp. 187-190.

Législations :

- Charte africaine des droits de l'homme et des peuples
- Code de la famille du Sénégal
- Convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1989
- Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959
- La Charte Africaine des droits et du bien-être de l'Enfant
- Protocol à la charte Africaine des droits de l'homme et des peuples relatif aux droits des femmes, Maputo, 11 juillet 2003

Webographie :

- Anaxagora, collection numérique, www.anaxagora.net
- <http://www.adequations.org/spip.php?article362>
- <http://www.kas.de/senegal>
- http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1950_num_2_2_5635
- <http://www.cairn.info/revue-cahiers-du-genre-2014-2-page-95.htm>
- http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2005_num_57_2_19353
- <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>
- www.droitsenfant.fr
- <http://clio.revues.org/383>
- <http://www.cairn.info/revue-cahiers-du-genre-2014-2-page-95.htm>
- <https://www.cairn.info/revue-lettre-de-l-enfance-et-de-l-adolescence-2002-2-page-91.htm>

- <http://www.cairn.info/revue-politique-africaine-2004-4-page-78.htm>
- http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1950_num_2_2_5635
- http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1991_num_43_1_2161
- <https://www.cairn.info/revue-etudes-2001-11-page-505.htm>
- <http://books.openedition.org>
- <https://www.researchgate.net/publication/259639492>
- <https://doi.org/10.7202/043841ar>
- <https://doi.org/10.7202/1004121ar>

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENT	1
DEDICACE	2
SOMMAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	4
INTRODUCTION	5
TITRE 1 : LA PREPONDERANCE MARITALE : UNE IDENTITE DE LA PUISSANCE PATERNELLE	16
CHAPITRE I : LA DOMINATION DU MARI DANS L'EXERCE DE LA PUISSANCE PATERNELLE	17
Section 1 : La consécration d'un privilège de masculinité.....	17
Paragraphe 1 : L'exclusion notionnelle de la mère, une atteinte à l'égalité de genre	17
Paragraphe 2 : La toute-puissance du père.....	18
Section 2 : La centralisation de la gouvernance de la personne de l'enfant autour du père	19
Paragraphe 1 : La qualité de chef de famille	19
Paragraphe 2 : L'exercice exclusif de la puissance paternelle par le père durant le mariage	21
CHAPITRE II : LES POUVOIRS CONDITIONNES DE LA FEMME DANS L'EXERCICE DE LA PUISSANCE PATERNELLE, UNE ATTEINTE A L'EGALITE DE GENRE	25
Section 1 : La subordination des pouvoirs de la mère à l'intervention du juge.....	25
Paragraphe 1 : La subordination des pouvoirs de la mère à l'intervention du juge en cas d'atteinte à l'intérêt de l'enfant.....	25
Paragraphe 2 : La subordination des pouvoirs de la mère à l'intervention du juge en cas d'atteinte à l'intérêt de la famille	27
Section 2 : La mise au point de cas d'exercice de la puissance paternelle par la mère	28
Paragraphe 2 : L'exercice de la puissance paternelle qu'en cas de déchéance ou de perte de la qualité de chef de famille du père	28
Paragraphe 2 : L'exercice de la puissance paternelle qu'en cas de condamnation ou de délégation de la puissance paternelle à la mère	31
TITRE 2 : LA NECESSITE D'ADAPTATION DE LA PUISSANCE PATERNELLE	34
CHAPITRE 1 : PLAIDOYER POUR UNE ADAPTATION DE LA GESTION DE LA FAMILLE AU REFERENTIEL UNIVERSEL DES DROITS DE L'HOMME	35
Section 1: L'attachement du Sénégal aux droits de l'homme	35
Paragraphe 1 : L'adhésion du Sénégal aux droits fondamentaux	35
Paragraphe 2 : La constitutionnalité de la puissance paternelle.....	38
Section 2: Vers une consécration de la coparentalité	41
Paragraphe 1 : La nécessité de supprimer la notion de puissance paternelle au regard de l'égalité des sexes	41

Paragraphe 2 : Du postulat d'égalité à l'idéologie des droits de l'enfant.....	47
A- La nature supérieure de l'intérêt de l'enfant.....	47
B- La constitutionalité de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	51
CHAPITRE 2 : PLAIDOYER POUR UNE CONCILIATION DE LA TRADITION NEGRO- AFRICAINNE AUX VALEURS OCCIDENTALES.....	53
Section1 : La fidélité des sociétés negro africaines à leurs valeurs spirituelles et sociales de civilisation	54
Paragraphe 1 : L'égalité hiérarchisée des membres de la famille.....	54
Paragraphe 2 : La solidarité communautaire des membres de la famille.....	56
Section 2 : L'impossible revêtement du statut de la femme occidentale sur les femmes négro africaines	59
Paragraphe 1 : Les risques d'atteinte à l'harmonie de la famille	59
Paragraphe 2 : Les risques de déstructuration de l'équilibre de la société.....	61
CONCLUSION.....	68
BIBLIOGRAPHIE	71
TABLE DES MATIERES	78