

LA MERE ET L'ENFANT

Ce thème qui a fait le bonheur de nombreuses générations de sociologues, psychologues et anthropologues présente actuellement un intérêt et des enjeux juridiques tout à fait nouveaux.

Il est bien vrai que l'on a déjà beaucoup écrit sous l'angle juridique sur le thème de la femme et de l'enfant au point de concevoir à l'échelle mondiale, des normes que tous les pays sont censés partager : il s'agit des deux conventions très remarquées sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes et sur les droits de l'enfant.

On peut donc avoir l'impression que tout a été déjà dit. En réalité, il ne s'agit guère ici d'un plaidoyer pour l'abolition des discriminations.

L'objectif de cette étude est tout autre. Il s'agit précisément de voir en quoi la reconnaissance quasi - quotidienne de nouveaux droits est de nature à entraîner une transformation profonde de la conception du lien maternel. Toutes les interrogations que l'on peut avoir proviennent du regard qu'elles – les mères – peuvent porter sur elles ou que les autres portent sur elles, ou qu'ils les obligent à avoir sur elles – mêmes.

La mère et l'enfant constituent les catégories sociales jugées les plus vulnérables. Cependant, contrairement au statut de l'enfant, celui de la mère n'a pas été édifié globalement mais de manière éparse dans les codes civils ou législations sociales par le biais des dispositions protectrices de la maternité. Pour des raisons diverses aujourd'hui, des voix s'élèvent dans le monde occidental pour remettre en cause l'ordre établi. On estime que le statut de la femme, théoriquement libre et égale à l'homme, est à parfaire car la vision de la maternité exprimée par les textes constitue un frein à son épanouissement. Cette considération explique qu'en ce début de millénaire, le débat s'installe autour du lien maternel (I). Toutefois, l'Afrique, ce continent toujours placé aux derniers rangs des classements sur le développement humain, à cause ou grâce à son retard, est épargné par ce débat des pays développés. Elle a alors l'avantage de pouvoir observer les transformations qui se préparent ailleurs de manière à mieux évaluer ses propres modèles d'organisation. De ce point vue, l'heureux constat est celui de la survivance de la conception traditionnelle du lien maternel (II).

I – LE LIEN MATERNEL A L'EPREUVE DES NOUVELLES REVENDICATIONS

Le 20^{ème} siècle aura été marqué par les progrès en matière de reconnaissance de droits de l'homme. Le principe d'égalité a été particulièrement sollicité mais il est encore à découvrir parce qu'invoqué dans des situations tout à fait nouvelles où il cherche à conquérir de nouveaux territoires. Cela résulte d'une tendance très contemporaine à la confection de statuts égalitaires sur la base de l'exercice de choix individuels. C'est dans ce contexte qu'est d'abord apparue une revendication émancipatrice de la femme contre les inconvénients de la maternité (A) mais aussi celle de la plénitude des droits des homosexuels à une famille (B).

A – Les revendications émancipatrices de la femme

Le fait n'est pas nouveau de présenter la grossesse comme une contrainte pour la femme surtout pour la femme salariée. Des plaidoyers et actions diverses ont amené très tôt le législateur à prendre en compte ce problème spécifique pour protéger son emploi, sa santé au travail, ses revenus. Le droit du travail a également voulu protéger la femme enceinte contre les discriminations¹. Mais depuis quelques années, le combat pour la défense des droits des femmes a connu des développements importants.

En effet, traquant les inégalités de tout genre, les militants de la cause des femmes se sont intéressés à ce qu'on a appelé « le travail des mères ». Et on a commencé à dénoncer les politiques économiques et sociales qui conduisent à réserver une bonne partie du travail à temps partiel aux femmes. Ce faisant, ce sont des modèles sexués d'accès aux droits sociaux qui se dessinent dès lors que les femmes sont présentées comme des épouses et mères².

Il va sans dire que ces analyses ont fourni un terreau fertile à des revendications « d'indifférenciation des rôles parentaux » afin de supprimer les sources de discriminations préjudiciables aux femmes comme aux hommes d'ailleurs³.

¹ - Une présentation exhaustive de ces problèmes a été faite – Cf. Michel Hardouin « Grossesse et liberté de la femme » Droit Civil 1977 – Sept – Oct. – P. 287

Le droit sénégalais s'est largement inspiré de ces normes – Cf. notamment art.L.70, L142 et S. du Code du Travail sénégalais relativement à la suspension du contrat de travail et à l'interdiction de certains travaux.

² - Selon de nombreuses études, les femmes représentent plus de 80% des travailleurs à temps partiel – Cf. Margaret Maruani (Dir.) « Les nouvelles frontières de l'inégalité – Hommes et femmes sur le marché du travail - la découverte – 1998 L'ouvrage rend compte d'un nombre impressionnant d'études et d'évaluations.

³ - Emergence de revendications en faveur des hommes pour un droit d'accès aux mêmes avantages sociaux dès lors que le père remplit les mêmes tâches que la mère – Cf. Katell Berthou et Annick Masselo « Egalité de traitement et maternité » - Droit Social 1999 – P. 946 – égalt. – Claire Sutter « Du droit de la maternité au droit à la procréation » Droit Social 1981 – P.710

A propos des mères, une juriste dénonce sévèrement « leur attachement classique et premier aux enfants, « la mythification de la relation entre la mère et l'enfant » et l'enchaînement de celles – ci à cette fonction de mère. Le paradoxe est alors que la femme retire de la grossesse un pouvoir exorbitant qui est à la fois la cause de son asservissement. ¹

La discussion qui tourne autour de la reproduction et ses rapports avec les rôles parentaux a aboutit à une contestation profonde de l'idéologie maternaliste. On estime que le lien structurant mère – enfant est un obstacle à une égalité parfaite entre l'homme et la femme.

Il faut « désinstituer la maternité » ². L'enfant semble être une cause de préjudice pour la mère. Et c'est peut être pour cela qu'on a consacré l'accouchement sous X, même si les justifications avancées sont liées au souci de préserver la vie du nouveau né. En consacrant la possibilité pour la femme d'accoucher tout en refusant sa maternité, le droit français lui confère une liberté et un droit dont ne jouissent même pas les pères de manière générale puisque en dehors de cette hypothèse, la paternité peut toujours être établie en justice. Où est alors l'égalité des sexes que l'on réclame tant ? ³

En matière de rapports familiaux, il nous semble plus raisonnable de dissocier les différents liens qui existent entre les époux, et vis-à-vis des enfants. Ainsi, la revendication d'émancipation est parfaitement compréhensible quand elle est posée dans le rapport de couple. La conception des deux moitiés complémentaires de l'humanité ne peut plus être déclinée en termes de supériorité d'un sexe sur l'autre dit faible. En revanche, le consensus devrait être trouvé autour de l'acceptation de l'égalité dans la différence. Ce qui suppose que les situations ne soient pas exactement les mêmes. Et c'est pour cela que la revendication d'émancipation vis-à-vis des enfants est tout à fait excessive. On ne demande pas exactement aux femmes de ne plus accoucher, mais on leur demande de considérer et de vivre autrement leur maternité.

Ces thèses présupposent que tout est convention ou convenance sociale et qu'il faudrait démanteler cet ordre discriminatoire pour le remplacer par un ordre plus juste qui, en la matière offre les mêmes possibilités aux hommes et femmes.

Qu'au nom de la plénitude des droits des femmes on remette en cause un équilibre indispensable à la société, et qu'il suffirait juste de retoucher un peu, il y'a là un choix aléatoire à la fois pour le bien collectif et individuel.

Le rôle de la femme en tant que mère est vital pour la société. A défaut de l'admettre, on pourrait s'accorder sur son extrême utilité. Même dans le

¹ - Marcela Iacub « Le triomphe des mères » le monde – mars 2000 pp.16 et S.

² - « Quels parents pour demain ? » Association MIX – Cité – Le Monde 19 juin 2001 – P.15.

³ - Sur cette question, cf. Claire Neirinek « L'accouchement sous X le fait et le droit ». – JCP 1996 n° 3922.

domaine des contrats, il existe des obligations qui ne sont pas laissées à la totale appréciation de la volonté. C'est le cas en matière d'assurance. La revendication émancipatrice de la mère est d'autant plus étonnante que le lien maternel qui semble si lourd à porter est revendiqué par les couples homosexuels.

B – Les revendications des couples homosexuels

L'homosexualité est un phénomène ancien, connu dans toutes les sociétés. Mais jusqu'à une période très récente, il était vécu de manière privée voire même cachée. C'est dire que la revendication de droits pour les homosexuels est tout à fait nouvelle et ne s'est d'ailleurs exprimée que dans les sociétés occidentales. La première reconnaissance juridique de cette forme d'union en France est issue de la loi sur le PACS. Le législateur français, déjà en retard par rapport à ses homologues européens, venait ainsi de reconnaître la liberté des orientations sexuelles¹. Mais ce ne semble être là qu'une satisfaction partielle des revendications puisque le débat se déplace sur le terrain de la filiation. Les couples homosexuels réclament le droit de pouvoir adopter un enfant ou de recourir à la procréation médicalement assistée². Selon certains observateurs, le prochain débat de société en France sera celui de l'homoparentalité.

Au nom du droit à la procréation et à la famille, les couples homosexuels et les défenseurs de cette cause réclament une modification de l'ordre familial actuel. On peut penser qu'au fond, ces demandes nouvelles sont justifiées par le développement prodigieux de la science de la reproduction et du droit de la filiation. Ce qu'on occulte un peu, c'est que l'union hétérosexuelle, fondement de l'ordre contesté est une, tandis que l'homosexualité peut être masculine ou féminine. Il faut alors soumettre à l'examen les différentes situations qui peuvent se présenter.

Ainsi dans l'hypothèse du couple homosexuel féminin, l'adoption est la procréation médicalement assistée sont également envisageables. Il y'a alors soit une parenté adoptive, soit une parenté biologique. Toutefois, il semble difficile d'avoir un double rattachement. Dans le meilleur des cas, l'enfant aura une mère, l'autre ne représentant alors rien juridiquement. Dans la pire solution, l'enfant se retrouvera en fait comme en droit avec deux mères. En toute occurrence, « le référent maternel » sera difficile à supprimer.

Les mêmes arguments demeurent valables dans l'hypothèse du couple homosexuel masculin. Mais dans ce cas –là, « le référent maternel » fera défaut. Ce qui signifie que la mère est interchangeable avec l'autre sexe dans toute sa dimension parentale, exception faite de la grossesse et de l'accouchement. C'est

¹ - Au Sénégal, l'homosexualité est réprimée par le Code Pénal (art. 319) – Récemment une manifestation publique organisée par les homosexuels avait été interdite.

² - En Grande Bretagne, il semble que la loi ouvrant droit à l'adoption aux couples homosexuels soit en voie d'aboutissement.

faire peu de cas de la différence des sexes que l'on peut essayer d'effacer juridiquement, mais il n'est pas encore démontré que cette différence est le fruit d'un hasard de la création que l'humanité peut abolir sans grand dommage. La question est quand même de savoir pourquoi l'humanité veut utiliser son intelligence pour détruire ce que la nature a conçu de manière fondamentalement identique pour tous les êtres vivants (règne animal et végétal).

Et l'intérêt de l'enfant ?

On pense l'avoir pris en compte dans toute sa dimension dans la convention de New York. Mais quelle famille veut – on construire si, ayant doté l'enfant de tous les droits, on libère en même temps la mère de toutes les contraintes naturelles pour lui substituer des parents de nature conventionnelle ? L'entreprise familiale qui était autrement plus solide que l'entreprise économique est aujourd'hui exposée à la même précarité. Le bonheur de la famille ne résulte pas nécessairement de la somme des bonheurs individuels.

En Afrique, en dépit des évolutions dans les modes de vie, donc, de la taille des familles, ces dernières résistent encore aux révolutions sociales des temps modernes.

II – SURVIVANCE DE LA CONCEPTION TRADITIONNELLE DU LIEN MATERNEL EN AFRIQUE

En Afrique aussi la situation de la femme a fait l'objet de nombreuses études par les Africains eux – mêmes mais aussi par des Occidentaux qui ont cherché à comprendre le fonctionnement de la société traditionnelle africaine. Presque tous les écrits publiés signalent la profonde inégalité des sexes qui semble marquer cette société, ainsi que le rôle d'éducatrice de la femme africaine. La société africaine a subi de profondes mutations ¹, néanmoins certaines considérations traditionnelles demeurent, en droit comme en fait. C'est dans ce contexte qu'il faut d'ailleurs situer la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples qui affirme son attachement à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme tout en considérant les traditions et valeurs de civilisation africaine comme la source d'inspiration et d'interprétation en matière de droits de l'Homme.

Ainsi les revendications féministes pour l'égalité des sexes laissent intacte la conception traditionnelle du lien maternel, parce qu'elles ne sont pas complètement transposées dans la sphère privée (A). Cette attitude est, à l'évidence, plus conforme à la conception africaine de la famille (B).

¹ - Les Etats africains se sont dotés de codes mais en s'inspirant très largement des législations occidentales – Les constitutions dont celle du Sénégal, font des références expresses aux grandes Déclarations et conventions internationales sur les droits de l'Homme.

A – Transposition atténuée du débat sur l'égalité dans la sphère privée

Dans une interview accordée par une psychiatre à propos des femmes tunisiennes, la personne interviewée qui est elle-même tunisienne se désolait que dans son pays, les femmes, défendent encore une vision très traditionnelle de leur rôle. ¹

Cette description est tout à fait applicable à un pourcentage très important des femmes sénégalaises. Ainsi, au Sénégal, le débat sur l'égalité a été mené très largement dans la sphère publique surtout pour la conquête de l'égalité professionnelle. ²

Le principe de l'égalité professionnelle est en effet consacré tant par la Constitution sénégalaise ³ que le Code du Travail ⁴. Il faut sans doute ajouter à cet arsenal juridique, la convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Et en signe de bonne volonté, les pouvoirs publics ont adopté des plans d'actions ⁵, qui présentent les femmes comme des groupes spécifiques nécessitant des politiques particulières de promotion sur le plan économique et social. Toutefois, rien dans les documents établis ne reflète un quelconque souci par rapport au travail de garde et de soins dit « Travail non rémunéré », ou encore « Travail des mères » et qui est tant décrié dans la société occidentale lorsqu'il est laissé à la charge des femmes. Ce qui est en revanche bel et bien débattu, c'est le partage de l'autorité parentale car le code de la famille consacre encore la puissance paternelle ⁶. Ce code, qui est à mi-chemin entre la tradition et le modernisme est en cours de révision sur ce problème précis. Dans l'exposé des motifs, le législateur met l'accent sur les liens existants entre la mère et l'enfant, celle-ci étant plus apte à prendre des décisions concernant son éducation et sa santé.

En réalité, le législateur n'a fait que reprendre les arguments développés par les femmes pour qui, il est désormais essentiel de consacrer juridiquement le rôle qu'elles jouent vis-à-vis des enfants. On voit alors toute la différence qui existe entre les revendications des femmes occidentales et celles des femmes africaines. Tandis que les premières rejettent plus ou moins la situation de fait qui les rend responsables des enfants, les africaines quant à elles, recherchent la reconnaissance légale de leur pouvoir dans la sphère privée, un pouvoir qu'elles

¹ - Cf. Jeune Afrique L'intelligent du 4 au 10 novembre 2002 – P.50 – l'article s'intitule « Dans la tête des Tunisiennes ».

² - La revendication pour la parité en matière politique est relativement récente.

³ - Préambule ; art. 7 et 25

⁴ - Art. L1 et L105

⁵ - Il s'agit du plan de la femme élaborée après la conférence de Beijing et du plan d'action pour l'emploi élaboré en 1998 par le Ministère du Travail et de l'Emploi.

⁶ - Art. 152

exercent sur leurs enfants. Elles réclament une mise en conformité du droit avec les faits, et veulent faire coïncider leur rôle social avec une responsabilité légale. Une telle attitude ne se justifie en fait que par leur profonde adhésion à la conception traditionnelle de la famille.

B – Une attitude plus conforme à la conception africaine de la famille

La conception africaine de la famille que confère à la femme un rôle central, n'est pas seulement perceptible dans les comportements mais aussi vérifiable dans les textes qui régissent cette entité ou qui contiennent des dispositions y afférant.

Le code de la famille consacre ainsi très largement les principes traditionnels qui font du mari le chef de la famille tout en reconnaissant le rôle de la femme et la force du lien entre la mère et l'enfant.

Ainsi en matière de validité du mariage, l'âge des époux constitue une condition de fond importante. Et le mariage est donc annulable lorsque l'un des époux n'a pas atteint cet âge. Pourtant le code de la famille consacre une fin de non recevoir à l'action en nullité lorsque la femme a conçu un enfant ¹. On pourrait saisir à travers cette disposition la vision de la femme en tant que mère, le lien matrimonial devant être maintenu dès lors que la fonction de procréation peut être accomplie. Le choix de la résidence du ménage est une prérogative qui appartient au mari. Toutefois, la femme peut refuser de l'y suivre et être autorisée à résider avec ses enfants séparément lorsque ce choix présente des risques pour eux ². En cas de crise, dans la plupart des cas, c'est à l'épouse qu'est attribuée la garde des enfants. La pratique judiciaire exprime ainsi de manière éclatante que pour le juge, l'intérêt de l'enfant est d'être avec sa mère.

On pourrait relever également que le droit sénégalais ne permet la recherche judiciaire de paternité naturelle que dans de rares cas alors que la maternité elle, ne peut jamais rester secrète. Le droit n'organise pas l'abandon légal des enfants par la mère, pratique connue sous le nom d'accouchement sous X en France.

Sur le plan interafricain, la Charte Africaine des droits de l'Homme et des Peuples est venue s'ajouter aux textes nationaux et permet de mieux comprendre la vision africaine de la famille. Celle – ci est érigée en pilier naturel de la société ³. Et elle a l'obligation de veiller à la sauvegarde de la morale et des valeurs traditionnelles. Dans cette mission, elle est assistée par l'Etat. De manière assez habile, la Charte définit les contours de cette famille. En effet, dans la même disposition, il est fait référence à la fois aux valeurs

¹ - Article 142

² - Article 153

³ - Article 18 de la Charte

traditionnelles, à la femme, à l'enfant, aux personnes âgées et handicapées. Il est permis de considérer que la Charte Africaine a consacré la conception large de la famille au cœur de laquelle se trouvent sans doute la femme et l'enfant. Il semble alors tout à fait évident que les pratiques sociales ont une assise juridique claire. Et l'enracinement s'explique par « les croyances fondatrices qui échappent à toutes démonstrations expérimentales » « qui ne procèdent pas d'un libre choix car elles participent de l'identité de la personne »¹

Dans le contexte africain, la femme est nécessairement une mère et une éducatrice. Elle est l'élément stabilisateur de la famille, autrement, la polygamie ne se concevrait pas. La cohérence du système social et du réseau de rapports qui s'y nouent dépendent de la présence de la mère et de son engagement personnel. La femme africaine ne se réalise au fond que dans la maternité qui ne peut être réduite aux considérations biologiques (grossesse et accouchement). Elle n'assume pas ce rôle en personne isolée comme ce peut être le cas en Occident. Un système d'assistance est mis en œuvre par la famille au profit de la mère qui partage ainsi son rôle avec d'autres femmes plus ou moins âgées². La femme salariée peut être amenée à combiner à la fois l'aide familiale et l'aide rémunérée, ce qui rend sa tâche moins contraignante. Et donc contrairement à la femme occidentale, la mère africaine est rarement isolée. Ainsi en dépit du changement des modes de vie et du rétrécissement des familles, l'Afrique conserve le principe de solidarité qui se développe d'abord dans le cercle familial et qui exige de chacun qu'il porte un regard attentif sur les autres. La femme ne peut donc pas garder le regard rivé sur elle – même.

La naissance qui ne se passe jamais dans l'indifférence revêt un cachet particulier avec le rituel du baptême qui garde son importance à la fois pour l'enfant, la mère et les autres membres de la famille. Même simplifié dans son expression, ce rituel n'est jamais omis quel que soit le lieu de la naissance³.

Ainsi, l'on n'est pas prêt de désacraliser ou de démythifier ce lien en Afrique. Pourquoi s'en étonner si l'individu y puise son équilibre et sa force. Et l'État en tout intérêt à laisser ces rapports intacts ce qui n'enlève rien à son obligation d'assistance. La famille, qu'elle soit restreinte selon le modèle occidental, ou exagérément élargie à cause de la polygamie survit grâce à la relation interindividuelle mère – enfant.

¹ - Ces expressions sont empruntées à Alain Supiot « Les droits de l'homme ,credo ou ressource commune de l'humanité » à paraître – En Afrique tout, ou presque tout, repose sur des croyances de ce genre – par exemple que le monde est peuplé d'êtres visibles et invisibles.

² - Les modalités sont diversifiées – la femme peut soit retourner vivre avec ses parents pendant quelques semaines, soit faire venir chez elle une jeune sœur, cousine ou autre parente ou alliée. Lorsqu'elle est amenée à rémunérer cette aide, elle a recourt à une « aide ménagère ».

³ - Il en est ainsi des baptêmes célébrés dans les hôpitaux ou lorsque la naissance se passe à l'étranger.