

Le droit de l'enfant à exprimer son opinion dans l'institution de kafala

Malika BOULENOUAR AZZEMOU
Professeur à la faculté de droit
Université d'ORAN

Parmi les droits que consacre la convention sur les droits de l'enfant¹, le plus révolutionnaire est sans doute le droit de l'enfant à exprimer son opinion², celle-ci devant être prise en compte dans toute décision le concernant.

Certes, le droit à avoir une opinion figure parmi les droits de l'homme et l'enfant en tant qu'être humain est nécessairement en droit de l'invoquer. Mais parce qu'il va à contre courant de nombreuses idées longtemps installées dans les esprits et considérées comme des vérités intangibles, admettre que l'enfant puisse avoir une opinion et que cette opinion pèse dans les décisions notamment administratives et judiciaires l'intéressant n'a pas été chose aisée. Des voix se sont élevées contre cette idée, craignant et appréhendant ce qui a été perçu par certains comme un danger pour la famille et d'une manière générale, pour tout ce qui représente «l'autorité».

Le courant en faveur de ce droit a néanmoins triomphé puisque la CIDE dans son article 12 le consacre expressément. Et aujourd'hui on peut relever que de nombreuses législations se mettent en adéquation avec la CIDE ou sont en voie de l'être puisque ce droit est inscrit dans de nombreuses procédures délicates, parfois douloureuses, telles la procédure

¹ Par abréviation dans le texte CIDE. Cette convention datant de 1989 a été ratifiée par l'Algérie en 1992.

² Article 12 de la CIDE «

de divorce, adoption etc.

De prime abord, il convient de remarquer que si l'intérêt de l'enfant est pris en considération par le législateur algérien, notamment dans le code de la famille, en revanche, les dispositions consacrant le droit de l'enfant à s'exprimer et à être entendu étaient quasi inexistantes et ce jusqu'à l'entrée en vigueur du code de procédure civile et administrative du 25 février 2008³ qui lui reconnaît expressément ce droit.

Pourtant, dans le domaine particulier de la Kafala prévu par le code de la famille de 1984, le législateur avait déjà consacré le droit de l'enfant à exprimer son opinion.

Nous avons choisi de vérifier l'adéquation de la législation algérienne avec l'article 12 de la CIDE dans ce cas précis de la kafala. Cela nous conduira à constater que si le législateur, en ce domaine, a consacré le droit de l'enfant à exprimer son opinion, et cela, tant au moment de la constitution de la kafala qu'au moment de sa cessation, ces dispositions examinées de plus près appellent des remarques critiques.

Institution dont la nature juridique est difficile à cerner, la kafala ou recueil légal, est selon le code de la famille, « l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils ».

Cet engagement « est accordé par devant le juge ou le notaire⁴ avec le consentement de l'enfant quand celui-ci a un père et une mère⁵ ».

³ Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative (par abréviation dans le texte CPCA). Rappelons que ce code conformément à son article 1062 est entré en vigueur une année après sa publication au journal officiel.

⁴ Notons que le nouveau CPCA dans son article 492 ne fait pas allusion au notaire et prévoit que la demande de kafala est présentée devant le juge aux affaires familiales.

⁵ Article 117 du code de la famille

Dans le cas « où le père et la mère ou l'un d'eux demande la réintégration sous leur tutelle de l'enfant recueilli, il appartient à celui-ci s'il est en âge de discernement d'opter pour le retour ou non chez ses parents⁶ ». Si l'enfant n'est pas en âge de discernement, il ne peut être remis que sur autorisation du juge compte tenu de l'intérêt de l'enfant ». En cas d'abandon du recueil légal, « l'action doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribuée, après notification au ministère public » et « en cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue la garde⁷ de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance⁸ »

Il est à noter que le domaine de la kafala concerne aussi bien les enfants de filiation connue que les enfants d'origine inconnue. Les dispositions relatives à cette institution accordent à l'enfant recueilli un rôle non négligeable au moment de la constitution de la kafala et lors de la rupture du lien créé par la kafala.

I. le rôle de l'enfant dans la constitution de la kafala :

L'exigence du consentement émanant de l'enfant au moment où il fait l'objet d'un recueil légal est expressément prévue dans l'article 117. Le texte de cet article soulève plusieurs questions : les unes relèvent du caractère lacunaire du texte les autres d'une formulation assez équivoque.

1. l'ambiguïté de l'expression « quand il a un père et une mère » ?

La rédaction équivoque de l'article 117 peut faire l'objet de plusieurs lectures.

⁶ Article 124 du code de la famille

⁷ Par garde, il faut entendre KAFALA comme le prévoit le texte en arabe.

⁸ Article 125 du code de la famille

On peut considérer que l'expression « l'enfant ayant un père et une mère » contenue dans l'article 117 est une lapalissade, tout enfant ayant naturellement un père et une mère. Le statut de l'enfant, qu'il soit de filiation connue ou de filiation inconnue, ne doit avoir aucune incidence sur la faculté d'exprimer son opinion en la matière.

Une autre interprétation de l'article 117 serait de considérer que par « l'enfant ayant un père et une mère », le législateur fait allusion à l'enfant dont le père et la mère sont vivants. Cette interprétation exclurait d'office l'enfant n'ayant que l'un de ses deux parents, qu'il soit un enfant du mariage mais dont l'un ou l'autre parent est décédé, ou qu'il soit né hors mariage et vivant avec sa mère biologique.

On peut également penser que le législateur ne vise dans cet article que les enfants de filiation connue ou en d'autres termes l'enfant du mariage, le code de la famille ne reconnaissant pas de statut juridique à l'enfant né hors mariage. En l'absence de jurisprudence en la matière il est difficile de se prononcer en faveur de telle ou telle autre interprétation. Cependant, il est permis de constater qu'en dehors de la première interprétation qui consiste à reconnaître à l'enfant sans distinction le droit de consentir à sa Kafala, toutes les autres opèrent une discrimination entre les enfants selon la condition dans laquelle ils se trouvent.

Or, le principe est que, l'enfant a le droit d'exprimer son opinion et notamment quant à sa kafala, dans la mesure où le consentement de l'enfant recueilli est expressément prévu par la loi. Cela est du reste en conformité avec l'un des quatre grands principes de la CIDE qui prévoit que les enfants ont le droit

d'exprimer leur opinion et que leur opinion soit prise en compte dans toute procédure les intéressant qu'elle soit administrative ou judiciaire.

Mais si l'opinion de l'enfant doit être prise en compte, la forme qu'elle doit revêtir n'est pas précisée. Il en est de même de la détermination de l'âge de l'enfant recueilli et de son degré de maturité. C'est la deuxième série de questions que soulève cet article 117.

1. l'imprécision quant à la forme du consentement et l'âge de l'enfant :

Le législateur ne donne aucune précision quant à la forme que doit revêtir le consentement de l'enfant recueilli dans le cadre de la kafala. Il se contente de poser la condition sans autre indication. Le droit algérien ayant en principe consacré le système de la déclaration de volonté⁹ ce qui compte, ce n'est pas le fait psychologique mais l'extériorisation de la volonté. Le juge appliquera-t-il ce système au cas qui nous intéresse ? Le juge devra-t-il rechercher la volonté interne de l'enfant ou devra-t-il s'en tenir à la volonté déclarée ? Dans un domaine aussi délicat, toute décision devrait prendre en compte l'aspect psychologique de l'enfant.

Le législateur ne donne pas plus de précision quant à l'âge de l'enfant appelé à donner son consentement à sa kafala. S'il est évident que l'enfant en bas âge n'a pas la faculté de s'exprimer, l'enfant à partir d'un certain âge peut être consulté et doit pouvoir s'exprimer. Comment déterminer cet âge ? En droit algérien, l'enfant ayant atteint l'âge du discernement fixé

⁹ Article 60, 61 du code civil. A. VIALARD, cours polycopié, la formation du contrat en droit algérien. Sur le système de la déclaration de volonté, voir Weill et Terré, droit civil, 1975, p.74

par la loi à 13 ans¹⁰ peut valablement donner son consentement pour les actes qui lui sont profitables¹¹. La présomption de discernement contenue dans l'article 43 du code civil relevant du droit des incapacités est une question d'ordre public. Le code de la famille le rappelle lorsqu'il prévoit que les actes conclus au mépris de la règle contenue dans l'article 43, c'est-à-dire par un mineur non discernant, sont frappés de nullité. Le fait de ne pas reconnaître le discernement à un jeune adolescent, parce qu'il n'a pas atteint l'âge légal du discernement, risque de le priver de l'exercice des droits les plus élémentaires, et notamment, ceux touchant à sa personne. Une modulation de l'âge du discernement en fonction de la maturité de l'enfant serait plus adéquate.

II. le rôle de l'enfant dans la rupture de la kafala :

Le législateur assigne à l'enfant un rôle actif quant à la cessation de la kafala. L'enfant ne subit pas la décision, il y participe en exerçant le droit d'option qui lui est reconnu par l'article 124 du code de la famille.

1. le contenu de l'article 124 du code de la famille :

Le retour de l'enfant recueilli chez ses parents biologiques ou chez l'un d'eux sur la demande de ces derniers, peut sous certaines conditions mettre un terme à la kafala selon l'article 124.

Signalons là aussi, qu'aucune précision n'est donnée quant à cette demande de réintégration que ce soit par rapport à la forme de la demande, ou la juridiction à laquelle elle doit être adressée. Depuis 2008, le CPCA a certes comblé quelques lacunes en

¹⁰ Notons qu'au moment de la rédaction du code de la famille l'âge du discernement était fixé à 16 ans. Après les modifications du code civil en 2005, le législateur a abaissé le seuil du discernement à 13 ans.

¹¹ Article 83 du code de la famille

matière de kafala¹² mais ne s'est pas intéressé à la question de la demande de réintégration.

Ceci dit, l'article 124 précise que la demande peut émaner des deux parents mais aussi de l'un d'eux. Ceci permet en conséquence aux parents ou à l'un d'entre eux, divorcé ou veuf, à formuler une demande en réintégration. De même, rien dans le texte n'interdit à la mère d'un enfant né hors mariage, qui a donné son enfant en kafala de demander le retour de son enfant avec toutes les conséquences que cela implique.

Concernant la participation de l'enfant à la prise de décision sur la cessation de la kafala, le code de la famille avant même la CIDE avait consacré le principe selon lequel l'enfant doit être consulté et doit avoir le droit d'émettre son opinion. Le législateur prévoit en effet expressément qu'il appartient à l'enfant recueilli s'il est en âge de discernement de se prononcer pour ou contre la réintégration sous la tutelle de son père ou de sa mère au cas où ces derniers ou l'un d'entre eux en formulent la demande. Si l'enfant n'est pas en âge de discernement, il ne peut être remis que sur autorisation du juge compte tenu de l'intérêt de l'enfant.

Le législateur traite différemment l'enfant discernant et l'enfant non discernant. Seul le premier sera consulté et son opinion sera déterminante pour la décision.

L'enfant non discernant pourrait être consulté mais c'est au juge qu'il appartiendra de prendre la décision en fonction de l'intérêt de l'enfant¹³.

En revanche, lorsque le kafil décède, le législateur rompt avec sa logique puisqu'il ne prévoit plus de participation de

¹² Articles 492 et suivants du CPCA

¹³ Article 124 du code de la famille.

l'enfant. La transmission du droit de kafala aux héritiers s'effectuant sous la seule condition que ces derniers acceptent de poursuivre l'action du défunt. Dans ce cas de figure, l'opinion de l'enfant n'étant pas prise en compte, il subira sa kafala plus qu'il ne l'acceptera. Relevons que cette disposition obéit à une conception discutable de la kafala, celle-ci étant considérée par le législateur dans cet article 124 comme un *droit du kafil*¹⁹ se transmettant à ses héritiers.

2. position de la jurisprudence :

La jurisprudence a eu à se prononcer sur l'application de cette disposition puisque la cour suprême dans un arrêt en date du 21 mai 1991¹⁴ a décidé que le retour de l'enfant discernant chez ses parents ne pouvait s'effectuer que si l'enfant a été consulté. Cet arrêt réaffirme d'une manière claire et sans équivoque la règle posée par l'article 124.

Dans le cas d'espèce, un couple uni par le mariage a consenti à mettre leur fille sous la kafala d'une tierce personne. Puis se ravisant, les parents demandent la réintégration de l'enfant sous leur tutelle.

Le juge du fond ordonne le retour chez ses parents de l'enfant, une adolescente de 16 ans sans l'avoir consultée au préalable, comme le prévoit l'article 124.

La cour suprême, casse l'arrêt et rappelle que la réintégration de l'enfant recueillie en kafala ne peut être prononcée qu'après consultation de l'enfant. Hormis cet arrêt, nous ne disposons pas de jurisprudence susceptible de nous éclairer davantage sur l'application des dispositions relatives à la kafala.

¹⁴ Arrêt non publié. De la Cour suprême Chambre du statut personnel, dossier n°71801 du 21/05/1991

Nous avons émis plus haut des hypothèses que nous pouvons d'ailleurs multiplier à souhait.

En conclusion,

Contrairement au principe de l'intérêt de l'enfant auquel le législateur fait plusieurs fois allusion, celui du droit de l'enfant à exprimer son opinion n'a été consacré que depuis peu en matière familiale. Pourtant dans le domaine de la kafala, le législateur l'a évoqué dès 1984 dans les limites qui lui sont assignées et que nous avons évoquées, excluant semble-t-il, l'enfant né hors mariage d'une part et laissant l'enfant jusqu'à l'âge de 13ans hors du champ d'application de ce droit. Il est désormais étendu à d'autres domaines et à toute procédure intéressant l'enfant. En ce qui concerne l'exercice de ce droit dans le cadre de la kafala, il serait nécessaire pour rester conforme à l'esprit de la CIDE et à l'intérêt de l'enfant, de lever les ambiguïtés et équivoques relevées plus haut afin de permettre à l'enfant d'exercer ce droit, et ce, quelque soit son statut et dès lors qu'il atteint un âge raisonnable.