

**A propos de l'Arrêt de la Cour suprême (Chambre
Statut personnel)
Du 10 mars 2011 (Dossier n° 613481)
Le divorce du couple ayant recueilli un enfant par
kafala :
Quelles incidences sur l'enfant recueilli ?**

*Malika BOULENOUAR AZZEMOU
Professeur à la
faculté de droit
Université d'Oran 2*

On relève une hausse des demandes de *kafala* exprimées par des couples avec ou sans enfants, au point où on parle de véritable phénomène de solidarité sociale. Selon les pouvoirs publics, on a recensé, ces dix dernières années, 29 000 enfants abandonnés dont une forte proportion, 87% selon une étude, constitue des enfants nés hors mariage.

Sur ces 29000 enfants, 13 000 ont été placés en *kafala* en Algérie et 2500 à l'étranger.

Sur la fréquence des divorces de couples ayant recueilli des enfants en *kafala* nous ne disposons pas de statistiques mais les juridictions reçoivent de plus en plus de demandes de divorce émanant de ces couples. L'arrêt objet de cette étude en est une illustration.

Cet arrêt rendu par la Cour suprême le 10 mars 2011 tente de répondre à une problématique juridique d'une importance capitale pour les enfants recueillis par *kafala* lorsque le couple qui les a recueillis est dissous suite à un divorce.

Sur un plan juridique les juges sont confrontés à la question suivante : Les époux ayant recueilli un enfant par *kafala* peuvent-ils demander au juge du divorce de statuer

Le divorce du couple ayant recueilli un enfant par kafala

sur les mesures dédiées aux enfants du divorce à l'égard de l'enfant *MAKFUL*? La Cour Suprême a répondu par la négative¹ au sujet d'une *kafala* nationale. Il en a été de même pour une *kafala* transnationale, puisqu'une juridiction française ayant eu à connaître d'une affaire similaire a adopté la même attitude².

Un bref rappel des principaux textes s'impose avant de proposer quelques observations sur la décision de la haute juridiction.

Contrairement à la législation marocaine³ qui contient des dispositions spéciales au divorce des époux ayant recueilli un enfant pendant leur mariage, le code de la famille n'aborde pas la question. Le Code de la Famille qui régit l'institution de *kafala* prévoit certes des dispositions relatives à la cessation de la *kafala*⁴ mais ces dispositions restent lacunaires.

Il en est de même pour le Code de Procédure Civile et Administrative (CPCA) qui contient des dispositions relatives à la *kafala* (octroi, effets, terme).

Pourtant, il convient de signaler dès à présent que le CPCA donne au juge aux actions familiales un certain nombre d'attributions qui en toute logique devrait l'amener à régler les conséquences juridiques du divorce du couple ayant recueilli un enfant par *kafala*, au mieux de l'intérêt de l'enfant⁵.

¹ Cour suprême Chambre du statut personnel du 10 mars 2011 Dossier 613481

² Voir arrêt de la Cour de Douai, chambre 7, section 1, du 30 juin 2006, n° de RG : 04/03437, « attendu que le juge qui prononce le divorce de deux époux ne peut statuer sur les mesures relatives à un enfant n'ayant avec ceux-ci aucun lien de filiation ; ».

³ Dahir n°1-02-172 du 13 juin 2002 portant promulgation de la loi n°15-01 relative à la prise en charge (la KAFALA) des enfants abandonnés. Article 25/29

⁴ Art.124 et 125 : demande de réintégration de l'enfant par ses parents, abandon de l'enfant recueilli, décès du KAFIL

⁵ En particulier l'article 424 « le juge aux actions familiales est spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des mineurs »

La Constitution ainsi que les textes internationaux, en particulier ceux ratifiés par l'Algérie qui l'engagent directement⁶, s'accordent sur le principe de la protection de l'enfant et de la préservation de son intérêt supérieur.

D'autres textes comme le Code civil dans ses dispositions contenues dans les articles 162/163 relatifs à l'obligation naturelle, peuvent être sollicités pour régler la question du sort de l'enfant suite au divorce du couple l'ayant recueilli.

Que retenir de ces dispositions ?

La *kafala* telle qu'elle est règlementée constitue un lien bien fragile, spécialement si l'on regarde du côté de l'enfant. Engagement volontaire, entraînant des effets juridiques (tutelle légale, prestations familiales et scolaires), la *kafala* reste un engagement précaire (absence de stabilité pour l'enfant du fait de la possibilité de renoncement, par abandon, en cas de décès et surtout de divorce du couple *kafil*⁷.

La *kafala* établit un lien fragile, précaire pour l'enfant contraire au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant du fait de la possibilité de mettre un terme au lien entre *kafil* et *makful* sur l'initiative de celui qui s'était engagé « à le prendre en charge comme un père.... »⁸.

Outre le fait que le désengagement du KAFIL pose problème sur un plan humain, il suscite de nombreuses questions sur un plan juridique qui méritent d'être soulevées. Certaines de ces questions

⁶ Convention internationale des droits de l'enfant du 20-11-1989.

⁷ Boulenouar Azzemou Malika, Recueil légal et droit(s) positif(s), Les Revues JURISCLASSEUR, 2009.

⁸ Article 116 et s. Code de la famille

Le divorce du couple ayant recueilli un enfant par kafala

relèvent du droit substantiel, d'autres concernent l'aspect procédural.

Certains juges du fond, confrontés à ces situations, ont rendus des décisions qui ont reçu l'aval de la Cour suprême, comme c'est le cas de l'arrêt rendu en 2011 qui retient notre attention. Dans cet arrêt, la Cour Suprême a décidé qu'en cas de divorce, le désengagement de l'époux (KAFIL) le libère de toutes ses obligations en tant que KAFIL et pose en principe que le KAFIL n'est pas concerné par les effets du divorce en termes d'obligation de *hadana* et de *nafaqa* qui « constituent des obligations envers l'enfant du mariage » et non envers l'enfant recueilli.

Cette décision appelle bien entendu quelques observations que nous souhaitons relier tout d'abord au principe de l'intérêt de l'enfant mais aussi à d'autres règles juridiques tout aussi importantes.

Rappelons que la dissolution par divorce du lien matrimonial et ses effets sont traités pour ses aspects fondamentaux dans le code de la famille et dans le code de procédure pour les aspects procéduraux.

Concernant les effets, les dispositions du code ne s'adressent qu'à l'enfant du mariage occultant donc l'enfant en kafala. Le silence du législateur a conduit le juge à lui nier tous les droits traditionnellement reconnus à l'enfant du divorce en termes de *hadana* et de *nafaqa*.

La question posée est celle de savoir quel est le devenir de l'enfant MAKFUL sur un plan juridique après la dissolution du lien matrimonial, sachant que l'enfant MAKFUL peut se trouver dans l'un des cas suivants

- Cas de l'enfant recueilli par *kafala* établie au nom du couple (avec ou sans concordance de nom)
- Cas de l'enfant recueilli par *kafala* établie au nom de l'époux (avec ou sans concordance de nom)
- Cas de l'enfant recueilli par *kafala* établie au nom de l'épouse.

Quelle que soit l'hypothèse, lorsque l'on regarde du côté de l'enfant, ce qui vient à l'esprit c'est le devenir de l'enfant recueilli qui importe eu égard au principe de son intérêt supérieur consacré dans les textes nationaux et internationaux.

Comment préserver cet intérêt ? Et sur quel fondement juridique s'appuyer ?

S'appuyant sur la législation familiale qui ne s'adresse qu'à l'enfant du mariage à l'exclusion des autres enfants, la juridiction suprême, décide que, du fait que l'enfant *MAKFUL* vive chez l'épouse divorcée et non sous le toit de l'époux, cela entraîne automatiquement la cessation des obligations qui pesaient sur lui avant le divorce et qui deviennent à la seule charge de l'épouse divorcée qui a consenti à continuer sa *KAFALA*.

La Cour Suprême considère ainsi que l'époux n'est plus débiteur des obligations auxquelles il s'est engagé et qu'il a de surcroît exécuté jusqu'au prononcé du divorce.

Cela revient à dire que l'enfant (représenté par l'épouse *KAFILA*) n'a plus un droit de créance à faire valoir contre l'époux *KAFIL*.

La Cour Suprême refuse d'assimiler l'enfant *MAKFUL* à l'enfant du mariage en ce qui concerne les effets du divorce, en outre elle se fonde sur le fait que la *kafala* est un engagement certes, mais un engagement assimilé à une obligation naturelle, ce faisant,

elle met l'accent sur le caractère bénévole et donc selon elle, sur le caractère précaire de l'engagement.

Les arguments juridiques avancés par la Cour Suprême ne sont pas décisifs à notre avis et révèlent une position statique de la part de la haute juridiction qui reste enfermée dans la logique du code de la famille qui ne s'adresse qu'à un seul modèle de famille, ignorant la réalité des familles KAFILATES.

Malgré l'existence d'outils juridiques à même d'appréhender les questions inhérentes à ce nouveau modèle de famille, la Cour Suprême, trop prudente ne tente aucune ouverture et adopte une position d'expectative.

Dans sa décision, la Cour Suprême évacue à notre avis, au moins deux éléments fondamentaux :

La solennité de l'acte d'engagement de kafala qui ne peut être défait que selon la même procédure à laquelle il est soumis au moment de sa constitution. En effet, l'article 125 du Code de la Famille prévoit « l'action en abandon du recueil légal doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribué après notification au ministère public ». Dans le même sens, l'article 496 CPCA dispose « L'action aux fins de révocation ou d'abandon de la *kafala* est introduite selon les règles de procédure ordinaire. L'affaire est instruite à huis clos, le ministère public entendu en ses réquisitions. L'appel de ce jugement est formé comme en matière ordinaire ».

Ce qui signifie en principe, que tant que la procédure n'a pas abouti, le *KAFIL* reste tenu de toutes ses obligations. En effet, il convient de se souvenir que l'engagement de kafala est un acte empreint de solennité. Le CPCA, il faut le souligner, ne retient plus que la *kafala* judiciaire, ce qui renforce le formalisme protecteur des intérêts de l'enfant. Ce même code prévoit en outre

Le divorce du couple ayant recueilli un enfant par kafala

un certain nombre de dispositions renforçant le rôle du juge au moment de l'octroi de la *Kafala*.

Il en est ainsi en particulier de l'article 494 qui précise que la demande aux fins de kafala est instruite en chambre du conseil, après avis du ministère public », de l'article 495 qui rappelle que « le juge aux affaires familiales vérifie si le *Kafil* remplit les conditions légales. S'il y a lieu, il fait procéder à une enquête et peut ordonner toutes mesures utiles pour déterminer si le *Kafil* est capable de protéger, entretenir et assurer l'éducation de l'enfant recueilli » ou de l'article 424 « le Juge aux actions Familiales est spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des mineurs »⁹.

D'autre part, les effets qui découlent de la kafala sont tels que l'on ne peut imaginer qu'ils puissent cesser suite à un refus intempestif de la part du *Kafil*. Certes, il n'est tenu que moralement de la prise en charge de l'enfant *Makful* et la loi lui permet de s'exonérer de ses obligations, cependant, le *Kafil* ne peut se retirer de son plein gré car et selon le CPCA, il **doit en faire la demande**. C'est ce que prévoit le code de PCA dans son art. 496, relatif à l'action en abandon qui obéit selon ce même article aux règles de procédure ordinaire. « L'action aux fins de révocation ou d'abandon de la kafala est introduite selon les règles de procédure ordinaire. L'affaire est instruite à huis clos, le ministère public

⁹ Voir aussi l'article 425 « le président de la section aux affaires familiales exerce les attributions de juge des référés et peut, outre celles qui lui sont conférées dans le présent code, ordonner, dans le cadre d'une enquête, la désignation d'une assistance sociale, d'un médecin expert ou avoir recours, pour consultation, à tout service compétent à la matière. L'enquête donne lieu à la rédaction d'un rapport où sont consignées les constatations faites par l'enquêteur et les solutions qu'il propose. Le juge donne communication du rapport aux parties, en leur fixant un délai au terme duquel elles auront la faculté de demander une contre-enquête. La consultation peut être prescrite à tout moment, y compris en cour de conciliation ».

Le divorce du couple ayant recueilli un enfant par kafala

entendu en ses réquisitions. L'appel de ce jugement est formé comme en matière ordinaire ».

La demande (l'action) en abandon, se fait en présence du ministère public, garant des intérêts des mineurs et devant présenter ses réquisitions.

Le juge aux actions familiales qui connaît des actions en *Kafala* selon l'article 424 « est spécialement chargé de veiller à la sauvegarde des intérêts des mineurs ».

S'il estime que le *Kafil* a abusé de la faculté que lui offre la loi pour délaisser le *Makful*, ne peut-il pas l'en rendre responsable civilement ? Un parallèle peut être fait avec les dispositions consacrées à une renonciation intempestive à des fiançailles engageant la responsabilité de celui qui en est la cause¹⁰.

Par ailleurs, et si l'on se place sur le terrain du code civil, l'obligation de prendre en charge un enfant par *Kafala* émane certes d'un engagement bénévole, comme le précise la Cour suprême, et donc reste une obligation naturelle, néanmoins l'obligation naturelle se mue en obligation juridique pleine dès lors qu'elle a été exécutée¹¹.

Ce sont là quelques pistes qui pourraient être empruntées par le juge qui sans heurter la logique de la législation familiale dédiée exclusivement au seul modèle de la famille au sens traditionnel, seraient à même d'améliorer le sort de l'enfant *Makful*.

¹⁰ Art. 5 du Code de la Famille.

¹¹ Voir Article 162/163 du code civil. (Voir pour un cas similaire, l'obligation pour un frère de prendre en charge sa sœur, qui pour la haute juridiction, se transforme en obligation civile...)

Le divorce du couple ayant recueilli un enfant par kafala

En conclusion, plutôt que de laisser les enfants recueillis en kafala au milieu du gué, n'est-il pas du ressort du juge de faire avancer les choses, de faire œuvre jurisprudentielle en exploitant les moyens juridiques mis à sa disposition (évoqués plus haut) plutôt que de se retrancher derrière une position d'attentisme voire de verrouillage, sous prétexte de ne pas heurter l'économie générale de la législation familiale.

Or, en se plaçant sur le terrain de la responsabilité civile, il est aisé de préserver l'intérêt de l'enfant sans pour autant craindre de porter atteinte aux constantes d'un texte qui de surcroît qui n'est pas immuable mais au contraire perfectible.

La position actuelle de la Cour Suprême à travers cet arrêt de 2011 aboutit à une condamnation sans appel de l'enfant *makful* en situation de précarité aggravée par la dissolution du couple qui l'a recueilli.

Les bouleversements dans la société qui engendrent de nouvelles données sociologiques ne peuvent être ignorés par le Droit, de même que l'intérêt de l'enfant doit toujours servir de guide pour toute décision le concernant¹².

¹²Art. 3 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant ratifiée par l'Algérie.

