

LA KAFALA EN DROIT ALGERIEN

Par Younsi Haddad Nadia

PREAMBULE

La protection de l'enfant a toujours préoccupé le législateur qui a tenté de cerner toutes les situations le concernant, par des régimes juridiques adaptés.

Elle a également préoccupé de tout temps la famille, ou le groupe social auquel il appartient, qui ont tenté de lui trouver une solution parfois empirique afin de le protéger matériellement et moralement.

Les pays d'inspiration musulmane, ne reconnaissent que la filiation légitime et peu, l'adoption : cependant le groupe social ou familial a toujours développé des solutions pratiques pour recueillir l'enfant en danger matériel ou moral afin de lui assurer une protection, lorsque celle-ci fait juridiquement défaut alors même que l'enfant demeure étranger à la famille d'accueil.

Les pays judéo-chrétiens ont adopté divers systèmes juridiques, qui visent essentiellement l'adoption des enfants issus d'une famille, par une autre famille afin de leur assurer une protection d'enfants légitimes.

Le droit français qui a été partiellement, mais longtemps appliqué en Algérie permet :

la reconnaissance des enfants naturels et leur légitimation,

l'adoption ordinaire, des enfants nés dans une famille, par une autre famille,

la légitimation adoptive d'enfants abandonnés, ou nés de parents inconnus.

Ces techniques juridiques ont pour but de considérer l'enfant comme légitime et partant, de le faire bénéficier de la même protection légale.

Les deux systèmes ont été cumulativement appliqués en Algérie, dont l'histoire riche d'enseignements a permis l'application du droit français (code civil) aux français d'origine, et celle du droit musulman, avec quelques réserves aux algériens d'origine.

A – Pendant la colonisation :

Durant la colonisation une série de Sénatus-Consults décrétés par Napoléon III ont tracé les modalités de cette dernière notamment, en soumettant les français d'origine aux lois françaises (code civil), et les algériens d'origine au droit musulman, en ce qui concerne leur statut personnel : état et capacité des personnes, successions, habous⁽¹⁾.

Après la première Guerre Mondiale, il a été accordé pour services rendus, à certains algériens d'origine, la citoyenneté qui avait pour conséquences, l'application à leur égard des dispositions du code civil : état civil, état et capacité des personnes, adoption⁽²⁾.

La loi organique de 1947, ou statut de 1947 a consacré l'Algérie en département français et a accordé la nationalité française à l'ensemble de la population, tout en conservant aux algériens d'origine, l'application du droit musulman quant à leur statut personnel, mais sans pour autant porter atteinte aux situations acquises sous l'empire des lois précédentes.

Cette situation a perduré jusqu'à l'indépendance du pays (1962) au lendemain de laquelle il a été observé les situations suivantes :

les français d'origine qui étaient soumis aux lois françaises, et qui ont pu pratiquer légalement l'adoption en application des règles du code civil ;

les algériens qui avaient été admis à la citoyenneté française, dits de statut civil, qui étaient soumis aux mêmes règles que les premiers, et qui ont pu donc eux aussi pratiquer l'adoption.

les algériens dits de statut local, qui étaient soumis aux règles du droit musulman quant à leur statut personnel, et qui de ce fait, ne pouvaient que recueillir des enfants abandonnés sans pouvoir les adopter. Le législateur français a d'ailleurs promulgué en 1975 la loi relative à la tutelle et à l'absence, et en 1959 l'ordonnance relative au mariage et au divorce⁽³⁾, en respectant l'esprit du droit musulman, c'est à dire en écartant les enfants nés hors mariage et l'adoption.

⁽¹⁾ Sénatus-consult de 1865 relatif à l'organisation de l'Algérie
Décret du 17/4/1889, application du droit musulman au statut personnel

⁽²⁾ Loi Jonnart octroi de la citoyenneté française à certains algériens d'origine.

⁽³⁾ Loi n° 57-778 du 11/7/1957 portant pour l'Algérie régime de tutelle et de l'absence pour les musulmans.
Ordonnance n° 59-274 du 4/2/1959 relative au mariage et au divorce en Algérie pour les personnes de statut local.

B – Après l'indépendance:

Une période allant de 1962 à 1984, date de la promulgation du code de la famille, a connu un retour puis la consécration de l'application du droit musulman au statut personnel.

1 – Période transitoire: 1962-1965

Les accords d'Evian (1962) ont déterminé une période transitoire jusqu'en 1965, pour permettre aux différentes catégories de la population, d'opter pour l'une ou l'autre des nationalités.

Après l'indépendance la majeure partie des français d'origine ont préféré quitter le territoire national et sont donc restés soumis aux lois françaises.

A l'exception d'une minorité qui a embrassé la religion musulmane, les français qui sont demeurés en Algérie, ont gardé leur nationalité, et sont donc restés soumis à leurs lois nationales quant à leur statut personnel.

Pour des raisons de commodité procédurale, les algériens qui avaient opté pour la nationalité française, se sont installés en France et dès lors, ont été soumis aux lois de ce pays.

Enfin, la grande majorité des algériens, a opté pour la nationalité algérienne, et de ce fait sont restés soumis à la législation de leur pays.

2 – Reconduction de la législation antérieure:

Les accords d'Evian ont favorisé la double nationalité des deux populations mais, les bénéficiaires ne peuvent en exercer qu'une seule sur un territoire donné.

En raison des circonstances, et afin d'éviter un vide juridique la législation antérieure a été reconduite en 1962⁽¹⁾, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale, lorsqu'elles sont d'inspiration colonialiste ou lorsqu'elles portent atteinte aux libertés démocratiques.

Ainsi, ont été reconduits les textes relatifs à la tutelle (loi de 1957), et au mariage (1959), inspirés du droit musulman avec l'exclusion notamment, de l'adoption et de la légitimation des enfants naturels.

⁽¹⁾ Loi n° 2-157 du 31/12/1962 portant reconduction de la législation antérieure

Cette tendance, au retour de l'application du droit musulman dans le domaine du statut personnel, a été confirmée par la loi du 30 juin 1963⁽²⁾ relative au mariage et l'ordonnance du 19 février 1970⁽³⁾ relative à l'état civil, qui n'ont consacré aucune disposition à la reconnaissance des enfants naturels ou à l'adoption.

Elle est enfin confirmée par l'article 1° du code promulgué en 1975⁽⁴⁾ qui dispose: «en l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et à défaut selon la coutume».

Ainsi, pendant cette période et jusqu'en 1984, date de la promulgation du code de la famille; il y a eu une application de fait du droit musulman au domaine du statut personnel notamment, par l'exclusion de l'adoption; les enfants pouvaient alors être recueillis par des familles, mais ils demeuraient juridiquement étrangers à ces dernières.

Il y a lieu cependant de constater, que ni la législation, ni la jurisprudence⁽⁵⁾ n'ont troublé, ou porté atteinte aux situations acquises sous l'empire de l'ancienne législation notamment, en évitant de remettre en cause les adoptions effectuées avant l'indépendance, et ce, afin de ne pas déstabiliser des familles sur plusieurs générations.

⁽²⁾ Loi n° 63-224 du 30/6/1963, relative au mariage

⁽³⁾ Ord. n° 70-2 du 19/2/1970, relative à l'état civil

⁽⁴⁾ Ord. n° 75-58 du 26/9/1975, portant code civil

⁽⁵⁾ Arrêt Cour Suprême du 10/10/1964, Rev.A.1965, p 340

INTRODUCTION

Un peu partout, la réalité de l'enfance déshéritée a fini par se manifester durablement en imposant également des solutions durables et surtout honorables, tant pour les enfants concernés que pour la société dans laquelle ils vivent.

En revanche en Algérie, le phénomène est resté tabou, donc inavouable. Au début de l'indépendance, la prise en charge des enfants déshérités a été marginalisée et ainsi le phénomène a été masqué. Pourtant, il sera marqué sans cesse par un accroissement en raison de l'évolution socio-économique et juridique du pays. En effet, qu'il s'agisse de l'évolution démographique, (12 millions en 1986 et 30 millions en 1995) ou de l'évolution de l'âge moyen du mariage, tout a contribué à l'accroissement des effectifs de cette enfance, partie intégrante de notre société.

Nul ne pouvait plus nier cette réalité incontournable, que peu de statistiques ont tenté de révéler, alors que deux à trois mille bébés sont abandonnés chaque année.

Beaucoup d'efforts ont été accomplis, souvent dans l'ombre par le mouvement associatif et par des médecins et psychologues, afin de faire intégrer ces enfants dans des familles dans un cadre juridique approprié.

Ce mouvement a éprouvé quelques satisfactions avec la promulgation en 1976 du code de la santé publique, qui réglait pour la première fois les rapports entre les institutions de l'assistance publique et la famille d'accueil. Mais, ce texte qui ne faisait que consacrer une situation de fait considérait l'enfant recueilli comme un enfant «à part», régi par des règles administratives alors que la société exigeait une kafala, pleine et entière, qui ne revêt plus les aspects des siècles passés mais, serait adaptée et en harmonie avec les progrès des sciences sociales et psychologiques, afin d'intégrer totalement l'enfant à la famille d'accueil.

Le législateur algérien a mis plus de vingt années pour parvenir à adopter le code de la famille.

Le droit à appliquer en matière de statut personnel étant le reflet du type de société qu'il détermine, de nombreuses divergences apparues sur les questions fondamentales, telles que la bigamie, le divorce, l'adoption, les successions.... ont agité la société algérienne, et ont ainsi retardé son adoption.

Après de nombreux attermoissements et le rejet de plusieurs projets, le code de la famille a été finalement adopté en 1984.⁽¹⁾ après de vives oppositions, marquées par des manifestations publiques.

Le code a repris dans ses grandes lignes les dispositions du droit musulman, en interdisant expressément l'adoption: article 46 de la loi⁽²⁾.

Cependant, afin d'apaiser l'inquiétude des partisans de l'adoption, le législateur algérien a innové en légalisant la pratique du «recueil de l'enfant», sous le régime de la KAFALA.

Cette institution a été accueillie avec satisfaction, car elle mettait fin à une longue période d'incertitude et d'injustice à l'égard d'un grand nombre d'enfants déshérités ou abandonnés qui, faute de statut ont toujours été les éternels exclus de la société.

Ce texte a cependant montré ses insuffisances, devant les différents aspects du phénomène notamment, sociologiques et psychologiques. L'enfant recueilli demeurerait un enfant «à part», victime des humiliations engendrées par l'absence manifeste de concordance de son nom avec celui de sa famille d'accueil.

Après de nombreuses consultations, le pouvoir exécutif a fini par franchir le pas en autorisant la concordance des noms, afin d'assurer une meilleure intégration de l'enfant recueilli dans la famille d'accueil, mais sans entraîner d'effets sur la filiation ou sur l'héritage.

En consacrant juridiquement la kafala parmi les autres institutions de la famille, le législateur en a déterminé les règles générales, (première partie) et les conséquences juridiques (deuxième partie), qui échappent à la seule volonté des parties.

PREMIERE PARTIE

LES REGLES GENERALES DE LA KAFALA

Le législateur a tenté de rapprocher l'institution de la kafala, du statut de l'enfant adopté et de celui de l'enfant légitime.

La kafala ou recueil légal, est 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. Il est établi par acte légal (article 116 du code de la famille).

⁽¹⁾ Loi n° 84-11 du 9/6 1984 portant code de la famille

⁽²⁾ Art. 46: l'adoption (tabbeni) est interdite par la charria et la loi

La kafala crée un statut nouveau de l'enfant recueilli au sein de la famille, au côté de celui de l'enfant légitime.

Elle constitue un contrat unilatéral qui fait peser des obligations sur le kafil :⁽¹⁾ mais comme le mariage, elle constitue une institution juridique, dont les conditions et les effets obéissent à la loi et non, à la seule volonté des parties.

Elle détermine par ailleurs, le système de protection de l'enfant, qui en raison de sa minorité est placé sous tutelle de la personne qui l'a recueilli.

Ainsi, elle se rapproche de l'adoption, par le recueil d'un enfant tiers à la famille comme elle se rapproche du statut de l'enfant légitime, par le fait que l'enfant doit être traité « comme le ferait un père pour son fils », mais sans pour autant acquérir la filiation de ce dernier.

La loi a déterminé les conditions des parties au contrat et les procédures de son établissement.

Section première

Les conditions générales de la kafala

La kafala est l'engagement d'une personne majeure, de recueillir un enfant mineur avec le consentement de ses parents d'origine ou des institutions de l'assistance publique.

Il y a lieu donc, d'examiner les conditions que la loi exige pour chacune des parties.

Paragraphe premier

Les conditions relatives au kafil

La loi exige des conditions à la fois objectives et subjectives proches de celles de l'adoption dans d'autres pays. Elles sont essentiellement prévues par les articles 118 et suivants du code de la famille.

A – Le kafil doit être algérien musulman

1 – Seul un algérien majeur, c'est-à-dire âgé de plus de 19 ans, peut recueillir un enfant en kafala. Cette condition exclut ainsi, les étrangers vivants en Algérie et ne fait que confirmer le principe général en droit

⁽¹⁾ kafil: personne qui recueille un enfant en kafala

international privé, selon lequel, le statut personnel obéit à la loi nationale des personnes concernées⁽¹⁾

2 – L'enfant ne peut être recueilli que par un algérien musulman. Cette condition exclut ainsi, les personnes qui ont obtenu la nationalité algérienne, mais qui ont conservé une autre confession religieuse. Peuvent cependant s'en prévaloir, les personnes de confession musulmane ou qui ont embrassé cette religion, qualité habituellement prouvée par une attestation délivrée par l'administration compétente et, qui ont obtenu leur naturalisation.

3 – La vocation à la kafala, appartient aussi bien à l'homme qu'à la femme, ces derniers peuvent être mariés, célibataires, veufs ou divorcés.

La loi a voulu peut-être étendre cette vocation à un grand nombre de personnes, dans le but certes louable, de recueillir le plus grand nombre d'enfants en difficultés, mais cette extension n'est pas sans danger pour l'enfant.

Les législations ont toujours recherché à intégrer un enfant dans une famille unie par le mariage, dans le but de lui assurer une éducation équilibrée qui lui fait défaut, et ainsi de rapprocher son statut de celui de l'enfant légitime.

Avec l'extension de la vocation à la kafala, le législateur algérien s'est éloigné quelque peu de ce but et s'éloigne ainsi de l'adoption pratiquée par les autres législations en permettant à une personne seule, de recueillir un enfant.

En accordant à la femme seule vocation à la kafala, le législateur semble faire un progrès en écartant la discrimination avec l'homme, mais méconnaît également sa situation économique souvent défavorisée, ainsi que les pesanteurs sociales qui continuent à affecter gravement le statut de la femme célibataire.

B - Le kafil doit être capable d'entretenir l'enfant recueilli

Aux termes de l'article 118 du code de la famille, le titulaire de la kafala (kafil), doit être sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli (makfoul)⁽²⁾, et capable de le protéger.

Ces conditions constituent pour l'enfant recueilli, une garantie contre certaines situations du kafil, et il se trouve mieux protégé que l'enfant

⁽¹⁾ Art. 15 du code civil: la protection des incapables obéit à la loi nationale

⁽²⁾ Makfoul: enfant recueilli en kafala

légitime qui est tenu lui, d'accepter les conditions de sa famille d'origine, même si elles lui sont défavorables.

1 – Ainsi l'enfant ne peut-être recueilli que par une personne **sensée**, c'est-à-dire non affectée de maladies mentales, de nature à entraîner une réduction de ses facultés psychiques, susceptibles de compromettre l'éducation de l'enfant. Aussi, l'interdit judiciaire pour démence, imbécillité ou prodigalité ne peut avoir la qualité de kafil.

Enfin, cette condition est de nature à renforcer le caractère sérieux de la kafala qui constitue pour le kafil un acte grave de nature à influencer sur la vie de toutes les parties.

L'incapacité psychique ne semble pas s'étendre à l'incapacité physique, car le législateur n'a pas usé de la formule courante «sain de corps et d'esprit». Néanmoins, il ne faut pas écarter les maladies graves ou les infirmités qui peuvent compromettre le but de la kafala.

La pratique permet cependant, à un couple dont l'un des époux est atteint d'une infirmité, de pouvoir recueillir en kafala un ou des enfants mineurs, car elle est de nature à consolider leur mariage et à assurer à l'enfant recueilli une éducation et un entretien qui lui font défaut.

2 – le titulaire de la kafala, doit être en outre **intègre**, c'est-à-dire de bonne moralité. Cette qualité s'apprécie au regard du comportement social et moral du kafil.

Socialement le kafil, ne doit pas avoir fait l'objet de condamnations pénales. Lorsque ces dernières ont un caractère infamant, elles constituent dans bien des cas, un empêchement légal soit, pour l'exercice d'une activité soit, même pour le maintien du lien conjugal et les auteurs s'accordent à les considérer comme un empêchement à la kafala ou à son maintien.

Moralement, le titulaire de la kafala ne doit pas également avoir subi de condamnations pénales, relatives aux délits contre la famille (avortement, délaissement d'enfants, abandon de famille... etc), ou aux bonnes mœurs (attentats aux mœurs, prostitution, incitation de mineurs à la débauche... etc). Il ne doit pas également être d'une inconduite notoire, ou donner l'exemple pernicieux d'ivrognerie habituelle.

Ces condamnations démontreraient en effet, la déviation du condamné, et seraient de nature à compromettre l'éducation morale de l'enfant recueilli.

3 - Le titulaire doit enfin être **capable d'entretenir et de protéger** l'enfant recueilli. L'un des buts fondamentaux recherché par le

législateur dans la kafala, est d'assurer à l'enfant recueilli, un entretien matériel décent. Aussi, le kafil doit-il disposer de revenus suffisants pour lui assurer son éducation et sa protection.

Cet aspect est d'ailleurs prépondérant dans les cas d'enfants confiés à l'assistance publique, dont les services s'assurent au préalable que le candidat dispose de moyens matériels suffisants, pour assurer l'éducation et l'entretien de l'enfant recueilli. L'origine des facultés financières importe peu, pourvu qu'elle ne soit pas d'origine immorale ou illicite.

L'enfant recueilli doit être traité avec égalité avec les autres enfants, s'il en existe déjà, et les revenus du kafil doivent pouvoir ainsi couvrir les aliments dus à l'enfant, son habillement, l'achat des fournitures scolaires, les soins médicaux, les dépenses de loisir et surtout son logement dans des conditions décentes.

Ainsi, une lourde charge de famille précédente ou des conditions difficiles de logement constituent souvent un obstacle à la kafala.

Paragraphe deuxième

Règles relatives à l'enfant recueilli

Quelque soit son origine connue ou non, l'enfant à recueilli doit être mineur.

A – (L'enfant doit être mineur)

1 – Aux termes de l'article 116 du code de la famille, l'enfant à recueillir doit être mineur au moment de l'établissement de l'acte de kafala.

La majorité est fixée pour l'exercice des droits civils par les dispositions de l'article 40 du code civil, à 19 ans révolus. Dès lors, toute personne qui n'a pas atteint cet âge peut être recueillie en kafala. Elle doit être en tout état de cause, moins âgée que le kafil.

En principe l'enfant à recueillir n'a pas la capacité juridique pour consentir à la kafala en raison de sa minorité⁽¹⁾. Mais la rédaction de l'article 117 du code de la famille, laisse supposer que son consentement est nécessaire. En effet, il dispose: «que le recueil légal est accordé par devant le juge ou le notaire avec le consentement de l'enfant, quand celui-ci a un père et une mère».

⁽¹⁾ Art. 40 du c.civ.: toute personne majeure, jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils. La majorité est fixée à 19 ans révolus.

Pour les praticiens, aussi bien notaires que juges, ce consentement est impossible juridiquement en raison de la minorité de l'enfant et pratiquement en raison de son bas âge, et il ne pourrait s'agir que d'une mauvaise traduction du texte en arabe, dont l'interprétation est plutôt en faveur du consentement des père et mère de l'enfant.

La pratique a finalement admis cette interprétation logique, mais elle a tempéré le consentement des parents par celui de l'enfant qui a atteint l'âge de discernement, c'est-à-dire l'âge de 16 ans (article 42 du code civil)⁽¹⁾

Cette pratique s'est inspirée des dispositions relatives à l'interruption de la kafala, pour laquelle l'enfant pourvu de discernement donne obligatoirement son consentement (article 124 du code de la famille).

2 – La loi n'exige pas par ailleurs, que l'enfant soit sain de corps et d'esprit ou de bonne moralité. Le but recherché par la kafala consiste précisément, à recueillir des enfants en danger matériel ou moral, mais permet également de recueillir des enfants malades ou même handicapés, afin de leur apporter secours et assistance.

B – Origine de l'enfant recueilli

L'enfant recueilli peut être aux termes de l'article 119 du code de la famille, de filiation connue ou de filiation inconnue.

1 – Filiation connue: La kafala a principalement pour origine, la volonté d'un membre d'une famille de vouloir protéger et élever, un ou des enfants proches par la parenté, et en difficulté morale et matérielle : frères et sœurs, neveux, petits enfants... La filiation est ainsi établie à l'égard d'une famille d'origine, appelée d'ailleurs à consentir lors de l'établissement de l'acte de kafala, et même à en demander éventuellement, en justice sa révocation.

L'enfant né de père inconnu et de mère connue, reçoit le nom de cette dernière, qui est appelée non seulement à consentir à la kafala de celui-ci, mais également au changement de son nom.

2 – Filiation inconnue: La kafala est également fondée sur le désir du couple sans descendance de vouloir recueillir et élever des enfants nés de parents inconnus et recueillis initialement par les services de l'assistance publique. Dans ce cas, la kafala vise d'une part, à « sauver » une famille en difficulté et d'autre part, à assurer une éducation normale à un enfant à qui elle fait défaut. Ces enfants constituent actuellement le plus grand

⁽¹⁾ Art. 42: est réputé dépourvu de discernement, l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de 16 ans.

nombre d'enfant recueillis en kafala, principalement au profit de couples sans descendance.

Section deuxième

La procédure de la kafala

Les personnes qui désirent recueillir un enfant en kafala, doivent s'assurer au préalable auprès de la famille ou des services de l'assistance publique de cette possibilité et constituer un dossier à cet effet, avant de faire dresser l'acte de kafala soit par le notaire soit par le juge.

Paragraphe premier

Situation des enfants nés de parents connus

Le postulant à la kafala doit d'abord obtenir le consentement des parents de l'enfant et constituer un dossier qui sera soumis à l'instance chargée de la rédaction de l'acte.

A – Consentement à la kafala

La situation de l'enfant né de parents connus peut revêtir plusieurs formes:

1 -- Parents vivants :

Lorsqu'il s'agit d'un enfant légitime, les parents vivants doivent consentir à la kafala de leur enfant mineur (art. 117 du code de la famille).

Nous savons qu'il existe une différence de rédaction, entre le texte en arabe et le texte en français. Le premier, qui constitue l'original précise qu'il s'agit du consentement des parents, alors que le second, qui constitue une traduction, mentionne le consentement de l'enfant. Comme cela a été rapporté plus haut, les praticiens s'accordent sur l'interprétation en faveur du consentement des parents ; mais en le tempérant par le consentement de l'enfant mineur pourvu de discernement.

Le consentement des deux parents est obligatoire, et leur dissentiment constitue en pratique un empêchement à la kafala.

La situation de l'enfant né d'une mère célibataire est plus délicate. En effet le code de la famille ne reconnaît pas la filiation illégitime, et à ce titre il ne lui consacre aucune disposition particulière. Cependant le code de l'état civil et la circulaire d'application du 14/3/1981 (ministère de la justice), permet à la fille mère d'attribuer son nom à son enfant. De cette filiation administrativement reconnue, vont naître des conséquences juridiques : la mère exerce un véritable droit de tutelle sur son enfant. Ce

statut lui permet de consentir à la kafala de son enfant mineur, pouvoir qui lui a été encore implicitement confirmé par les dispositions du décret du 13/1/1992, relatif au changement de nom (voir infra).

2 – parents divorcés :

En cas de divorce, la garde des enfants mineurs est souvent accordée à la mère. Ce droit de garde n'entraîne pas la déchéance de la puissance paternelle du père et partant, la mère ne saurait à elle seule, consentir à la kafala de son enfant mineur.

Lors d'une procédure de divorce, et en cas d'absence de l'époux, le juge peut avant de se prononcer sur le droit de garde au profit de la mère, autoriser cette dernière à accomplir des actes de caractère scolaire ou social ayant trait à la situation de l'enfant. (Art. 63 du code de la famille). Cette autorisation est limitée aux actes courants et ne peut dépasser le cadre du droit de garde. Le juge ne peut en conséquence, autoriser la mère à donner ses enfants en kafala, car cette dernière constitue un acte grave qui suppose l'abandon définitif des enfants.

3 – Décès des parents :

Si la mère est décédée, le père conserve la puissance paternelle et la tutelle de son enfant mineur, et à ce titre il peut consentir seul à la kafala.

Dans le cas du décès du père, la mère devient en application de l'article 87 du code de la famille, tutrice légale de son enfant mineur et en cette qualité, elle peut consentir seule à la kafala. Il en est de même lorsque le père a été déchu judiciairement de la puissance paternelle.

L'enfant orphelin de père et de mère est placé sous tutelle, et à ce titre seul le tuteur peut, mais avec l'autorisation du juge, consentir à la kafala.

B – Constitution du dossier

Le postulant à la kafala doit constituer un dossier, qui est de nature à prouver ses moyens d'existence, son état de santé, et comporter tout document de nature à renforcer les conditions exigées par la loi, notamment son identité et sa domiciliation.

Le dossier relatif à l'enfant à prendre en kafala varie selon le statut de sa famille.

s'il s'agit d'un enfant dont les parents sont vivants, il y a lieu de produire les documents relatifs à leur état civil et à leur domiciliation.

s'il s'agit d'un enfant dont les parents sont divorcés, il y a lieu de produire, outre les pièces indiquées, la décision de divorce.

s'il s'agit d'un enfant dont le père est décédé, la mère doit produire l'acte de décès ainsi que les documents relatifs à son propre état civil et à sa domiciliation.

s'il s'agit d'un enfant dont les parents sont décédés, le tuteur qui doit consentir à la kafala doit produire l'acte de tutelle et l'autorisation spéciale du juge.

Paragraphe deuxième

Situation des enfants nés de parents inconnus

Les postulants à la kafala préfèrent s'adresser aux services de l'assistance publique pour recueillir des enfants en bas âge, afin de pouvoir les élever comme leurs propres enfants.

A – L'assistance publique et la kafala

L'assistance publique à l'enfance, a fait l'objet du livre IV du code de la santé publique promulgué le 23 octobre 1976. Ce code a été abrogé et remplacé par la loi du 16 février 1985, portant nouveau code de la santé publique, qui dispose en son article 73 que « les modalités d'assistance médico-sociale, visant à la prévention efficace des abandons d'enfants seront fixées par voie réglementaire ».

En raison du défaut de textes réglementaires depuis la promulgation de cette loi, l'administration continue à appliquer les anciennes dispositions, qui ne sont pas au demeurant contraires à la nouvelle loi.

Au sens des anciennes dispositions, sont placés sous la protection et la tutelle du service de l'assistance publique et sont considérés comme « pupilles de l'état » :

l'enfant né de parents inconnus qui a été trouvé,

l'enfant né de parents connus mais qui a été abandonné,

l'enfant orphelin pauvre,

l'enfant dont les parents ont été déchus de la puissance paternelle et dont la tutelle a été confiée à l'assistance publique.

Aux termes de cette législation, les services de l'assistance publique doivent s'employer avant toute autre possibilité, à rechercher une famille dans laquelle l'enfant pourra avoir les mêmes conditions d'existence, qu'un enfant au sein de sa famille.

B – Constitution du dossier de l'assistance publique

Les enfants confiés à l'assistance publique sont dans leur majorité des enfants abandonnés dans des établissements hospitaliers, par des mères célibataires qui ne souhaitent pas les garder, en raison de leur origine illégitime.

Dans ce cadre, les services de l'assistance publique les prennent en charge après leur naissance, et font procéder à leur inscription sur les registres d'état civil, en leur accordant une suite de prénoms, dont le dernier servira de nom et ce conformément aux règles de l'état civil régissant la situation des enfants trouvés ou abandonnés (article 64 du code de l'état civil).

Les services de l'assistance publique doivent cependant accorder à la mère un délai de réflexion de trois à six mois, délai au delà duquel, l'enfant est définitivement pris en charge par l'administration, qui peut, et doit rechercher par tous moyens, à le placer dans une famille.

Le postulant à la kafala, peut ainsi s'adresser aux services de l'assistance publique pour recueillir un enfant dont elle a déjà la charge.

Une enquête sociale est aussitôt diligentée par ses services afin de déterminer si le candidat remplit les conditions exigées par la loi. Cette dernière doit démontrer si le candidat à la kafala possède des revenus suffisants (travail, activité commerciale...), un logement décent, et ne pas être atteint de maladies susceptibles de compromettre l'éducation de l'enfant. Si l'enquête est favorable, un dossier comprenant toutes les pièces justificatives est constitué à cet effet.

Cette phase se termine par l'engagement écrit du postulant de recueillir, d'élever et d'éduquer l'enfant dont la remise lui en est faite après signature. Cet engagement contient les obligations mises à la charge du postulant et la possibilité de le résilier dans le cas de leur inexécution.

Ce dossier est ensuite remis au postulant pour lui permettre de s'adresser soit, au notaire soit, au juge pour l'établissement de l'acte de la kafala.

Lorsque la demande émane d'algériens musulmans résidants à l'étranger, l'enquête sociale est effectuée et le dossier constitué par les services consulaires, est transmis par la voie diplomatique à la direction de la santé territorialement compétente. Bien entendu, le postulant doit ensuite se rendre en Algérie pour recevoir l'enfant ainsi que le dossier qui lui permettra d'établir l'acte de kafala.

Il y a lieu de faire remarquer que le législateur a consacré pour la première fois dans le droit positif l'expression de « kafala » dans le code de la santé publique de 1976, devançant ainsi le code de la famille qui n'a été promulgué qu'en 1984.

L'acte de kafala était alors le document signé entre les services de l'assistance publique et le postulant. Cet acte a été remplacé depuis la promulgation du code de la famille (1984), par un document qui matérialise d'une part, l'engagement du postulant et d'autre part, la remise de l'enfant par les services de l'assistance publique. L'expression «kafala» est désormais réservée à l'acte dressé par le notaire ou par le juge.

En raison de l'absence d'un statut de l'enfant recueilli, les services de l'assistance publique ont pendant longtemps éprouvé des difficultés à placer les enfants dans des familles. Depuis l'adoption du code de la famille (1984), et le texte régissant le changement de nom (1992), il y a eu un engouement particulier pour la kafala. La demande dépasse actuellement le nombre d'enfants à recueillir et les services de l'assistance publique n'accordent plus de placements, que pour les couples sans enfants.

Ainsi pour la seule ville de Constantine, il a été relevé les chiffres suivants :

- année 1992: 115 placements
- année 1993: 106 placements
- année 1994: 75 placements
- année 1995: 69 placements

Paragraphe deuxième

Etablissement de l'acte de kafala

Aux termes de l'article 117 du code de la famille, l'acte de kafala est établi par devant le juge ou le notaire. Le choix du rédacteur de l'acte est laissé à l'appréciation du postulant, car la loi ne détermine pas de compétence territorialement particulière. Ainsi, l'acte peut être dressé dans une circonscription judiciaire alors que l'enfant a été recueilli dans une autre circonscription.

A – Nature juridique de l'acte de kafala

L'acte dressé par le notaire constitue un acte ordinaire prévu par la nomenclature des actes soumis seulement à la formule du timbre, et qui

donne lieu à paiement de frais notariés à la charge du kafil. Il s'agit tout de même d'un acte authentique qui ne peut être détruit que par la procédure d'inscription en faux.

L'acte de kafala établi par le juge, relève de la compétence gracieuse du président du tribunal. Il est pris en chambre du conseil, en la forme d'une ordonnance gracieuse, non susceptible de voies de recours. En cas de refus d'établissement de la kafala, pour violation des règles légales, les parties n'ont pas la possibilité de se pourvoir contre cette décision, mais elles pourront toujours s'adresser à un autre rédacteur (juge ou notaire).

B – Rédaction de l'acte de kafala

Pour l'établissement de l'acte de kafala, les parties doivent se présenter en personne devant le juge ou le notaire. Ce dernier s'assure du consentement de toutes les parties, notamment celui des parents de l'enfant, celui de l'enfant mineur s'il a atteint l'âge de discernement, et celui du postulant. Il s'assure surtout de la volonté réitérée de ce dernier et ce, après lui avoir rappelé les obligations légales mises à sa charge.

Dans le cas d'enfant confié par l'assistance publique, l'engagement établi initialement par ses services avec le postulant comporte leur consentement et il suffit pour la rédaction de l'acte de kafala.

Le rédacteur procède également au contrôle des éléments du dossier et de leur contenu, avant de procéder à la rédaction de l'acte de kafala.

Celui dressé par le notaire est établi en présence de deux témoins certificateurs, condition exigée pour la rédaction de tous les actes notariés. L'acte est ensuite signé par le notaire, les parties et les témoins.

La kafala dressée par le juge, est établie en la forme d'une ordonnance qui est signée par le magistrat et le greffier qui a assisté à sa rédaction. La pratique a cependant montré que le magistrat exigeait souvent la présence de deux témoins, qui sont au surplus signataires du document. Cette pratique, qui n'est pas prévue par la loi, est par ailleurs contraire aux règles régissant la rédaction des décisions judiciaires.

Dans les deux cas, l'original de l'acte est conservé en minute à l'étude notariale ou au greffe du tribunal et il en est délivré une expédition au titulaire de la kafala.

L'acte de kafala n'est soumis à aucune publicité particulière et aucune mention n'est portée en marge des actes d'état civil du kafil ou de l'enfant recueilli.

Depuis la promulgation du code de la famille, qui a réglementé le statut de l'enfant recueilli, une forte demande a été enregistrée sur l'ensemble du territoire national. Elle est confirmée par les chiffres enregistrés au niveau du tribunal de Constantine qui se présente ainsi :

- année 1991: 215 actes de kafala
- année 1992: 175 actes de kafala
- année 1993: 227 actes de kafala
- année 1994: 126 actes de kafala
- année 1995 : 72 actes de kafala

Les chiffres enregistrés ont un caractère dégressif, en raison de la diminution du nombre d'enfants à recueillir. Le chiffre élevé de l'année 1993, fait suite à la publication du texte relatif au changement de nom (voir infra).

Les conditions relatives aux parties sont ainsi déterminées par la loi et, la constitution du dossier et son contenu, sont soumis au contrôle de l'instance chargée de la rédaction de l'acte de kafala.

Après l'établissement et la délivrance de l'acte, la kafala produit légalement ses effets et ses conséquences.

DEUXIEME PARTIE

LA KAFALA ET SES CONSEQUENCES

La kafala crée un lien juridique entre l'enfant et le kafil (effets), elle permet à ce dernier de faire concorder son nom avec celui de l'enfant recueilli (changement de nom) mais elle peut être modifiée à la demande de l'une des parties (interruption de la kafala).

Section première

Les effets de la kafala

La kafala rapproche la situation de l'enfant recueilli, de celle de l'enfant adopté, mais connaît certaines limites.

Paragraphe premier

Les effets extra-patrimoniaux

La kafala n'a pas d'effet sur la filiation, mais elle transfère la puissance paternelle au kafil.

1 – La filiation aux termes de l'article 120 du code de la famille.
L'enfant recueilli doit garder sa filiation d'origine s'il est de parents connus. Dans le cas contraire il lui est fait application de l'article 64 du code de l'état civil.

Ces dispositions confirment l'interdiction de l'adoption (art. 46 du code de la famille), et interdisent au kafil de donner sa filiation à l'enfant recueilli. Il y a lieu de rappeler que l'enjeu de la bataille entre partisans et opposants à l'adoption, a porté essentiellement sur cette question de fond.

Lorsqu'il s'agit d'enfant dont la filiation n'est pas connue, c'est à dire trouvé ou abandonné, il appartient à l'officier d'état civil de lui attribuer une suite de prénoms, dont le dernier lui servira de nom (article 64 du code de l'état civil). Ces dispositions ont été complétées par la modification du décret relatif au changement de nom avec des effets particulièrement intéressants (voir infra).

La kafala n'a pas d'effets sur la filiation et donc, pas de conséquences sur les empêchements à mariage. En effet le code de la famille distingue dans ses articles 63 et suivants, les cas d'empêchements à mariage par la parenté, l'alliance ou l'allaitement et exclut ainsi, l'enfant recueilli, car étranger à la famille d'accueil. En cela, le droit positif rejoint la tradition et le droit musulman. Ainsi, hormis la kafala par un parent du degré prohibé, l'enfant recueilli peut se marier avec les enfants éventuels du kafil ou même avec ce dernier. Cette union, socialement et moralement réprouvée demeure juridiquement possible.

L'enfant en kafala reste donc étranger à la famille d'accueil, laquelle ne peut lui assurer durant sa minorité que la protection d'un incapable.

2 – La puissance paternelle: L'acte de kafala transfère la puissance paternelle au kafil.

Ce droit implique pour le kafil un droit de garde de l'enfant mineur, qui a ainsi l'obligation de demeurer chez le kafil, et ce dernier l'obligation de l'y recevoir.

Le kafil a en outre le devoir de surveiller, de diriger et d'assurer au mineur une instruction obligatoire.

Par ailleurs l'enfant mineur est tenu d'obtenir du kafil l'autorisation à mariage. Ce dernier ne peut s'y opposer si le mariage est profitable au mineur. Il peut cependant s'opposer discrétionnairement au mariage de la fille nubile. Si le kafil est une femme, elle ne peut consentir au mariage, car le tuteur matrimonial doit être de sexe masculin. Le juge est alors le tuteur matrimonial des mineurs qui n'en ont pas.

Pour exercer la puissance paternelle, le kafil dispose d'un droit de contrainte à l'égard de l'enfant recueilli. Il peut cependant en être déchu judiciairement en cas d'abandon matériel ou moral de l'enfant ou d'un comportement immoral à son égard.

3 – L'obligation d'entretien: Elle découle de la loi, aussi bien pour les enfants légitimes que pour les enfants recueillis en kafala. En effet, cette dernière constitue au sens de l'article 116 du code de la famille, l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur.

Alors que les frais d'entretien pèsent en droit commun, sur l'enfant gardé qui en a les moyens (art. 72 du code de la famille), ces frais sont en matière de kafala à la charge exclusive du kafil, en exécution de son engagement unilatéral et bénévole.

a – L'obligation alimentaire qui pèse sur le kafil s'étend à la nourriture et à l'habillement de l'enfant mineur. Elle est due jusqu'à la majorité pour les garçons et au mariage pour les filles. Le mineur doit être ainsi traité comme le ferait un père pour son fils, compte tenu des facultés matérielles du kafil. L'aspect matériel est d'ailleurs prépondérant dans le choix du candidat par les services de l'assistance publique.

En principe l'obligation alimentaire cesse avec la kafala à la majorité de l'enfant. La kafala a créé cependant tout au long de son exercice, des liens proches de l'adoption et à ce titre, la doctrine estime que le kafil demeure tenu de fournir des aliments à l'enfant devenu majeur mais dans le besoin et, réciproquement.

b – Le kafil est tenu d'assurer à l'enfant mineur une éducation obligatoire c'est-à-dire une scolarité normale et de veiller à son bon déroulement. Elle s'étend également à la formation professionnelle du mineur et le kafil est tenu d'en supporter les frais. Le kafil veille par ailleurs, à l'éducation religieuse du mineur qui ne peut l'être que dans la religion musulmane.

c – Le kafil doit veiller à la protection de l'enfant mineur, c'est-à-dire lui assurer les conditions de logement décentes et lui apporter les soins nécessaires en cas de maladie. A cet effet, le kafil bénéficie des lois de protection sociale : assurance maladie, assurance sociale, bénéfice des lois scolaires et des allocations familiales.

Paragraphe deuxième

Les effets patrimoniaux

Aux termes de l'article 121 du code de la famille, la kafala confère à son titulaire la tutelle légale sur l'enfant mineur.

Le législateur a voulu ainsi rapprocher la situation de l'enfant recueilli de celle de l'enfant légitime, qui est aux termes des dispositions de l'article 87 du code de la famille, placé sous la tutelle de son père. Ainsi, en sa qualité de tuteur le kafil est tenu d'administrer les biens de l'enfant recueilli comme il est tenu responsable au regard du droit commun en vertu de l'article 88 du code de la famille.

A – L'administration légale des biens de l'enfant recueilli

Elle découle de la combinaison des articles 122 et 88 et suivants du code de la famille.

Le kafil est administrateur de droit des biens que peut posséder le mineur ou qu'il peut recueillir comme dons et legs.

Le kafil doit les administrer en bon père de famille et au mieux des intérêts du mineur. A la différence du père, le kafil agit comme simple mandataire et dès lors, il ne peut faire siens des fruits.

Le kafil peut prendre seul tous les actes de gestion courante qui ont un caractère conservatoire, mais il doit solliciter obligatoirement l'autorisation du juge pour tous les actes de disposition notamment :

- ventes, partages, hypothèques, transactions ;
- ventes mobilières importantes ;
- prêts de capitaux, actions ;
- locations d'immeubles pour une durée supérieure à 3 ans.

Cette administration des biens cesse avec la majorité de l'enfant, par le décès du kafil ou de son interdiction judiciaire.

Le kafil est-il responsable des actes commis par le mineur ? peut-il également le représenter ?

B – La responsabilité civile du kafil

Cette responsabilité concerne aussi bien les actes juridiques accomplis par le mineur que pour les faits dommageables commis par ce dernier.

1 – Responsabilité contractuelle:

En principe, les actes accomplis par une personne mineure, n'ayant pas atteint l'âge de discernement, sont nuls à l'égard du mineur et des tiers. C'est en raison de cette incapacité légale que le législateur a organisé sa représentation. Ainsi le kafil en sa qualité de tuteur représente l'enfant recueilli dans les actes civils, il agit en son lieu et place.

Cette représentation est cependant atténuée par la loi et parfois par le juge.

En effet lorsque le mineur recueilli a atteint l'âge de discernement, il peut accomplir seul certains actes, qui sont frappés de nullité s'ils lui sont préjudiciables et valides s'ils lui sont profitables.

Par ailleurs, le juge peut, à la demande de toute personne intéressée, autoriser le mineur pourvu de discernement à disposer de la totalité ou partie de ses biens. Les actes accomplis dans le cadre de cette autorisation demeurent valables même s'il ne lui sont pas profitables.

2 – La responsabilité délictuelle :

Le kafil est tenu d'une obligation de surveillance à l'égard de l'enfant mineur recueilli (article 134 du code civil). Cette obligation découle de l'acte de kafala qui lui transfère légalement le droit de garde.

Le mineur pourvu de discernement, c'est-à-dire âgé de plus de 16 ans, étant responsable de ses actes dommageables (article 125 du code civil), le kafil est-il tenu de réparer seulement les dommages causés par l'enfant privé de discernement ?

En fait, les auteurs s'accordent à retenir la responsabilité du kafil en tant que gardien jusqu'à la majorité du mineur et il appartient à la victime de choisir qu'elle est la personne qui reste tenue de réparer.

Cette obligation est elle-même atténuée par la loi. En effet, lorsque le kafil est insolvable et en l'absence d'autres répondants, le juge peut mettre à la charge du mineur privé de discernement une obligation de réparation équitable.

Enfin le kafil pourrait même s'exonérer de sa responsabilité. En effet, il est tenu d'une part, de traiter l'enfant comme le ferait «un père pour son fils» (article 116 du code de la famille) et d'autre part, il a la tutelle légale de l'enfant au même titre que le père a la tutelle de son fils. Il se trouve donc dans une situation juridique semblable à celle d'un père. Ne pourrait-il dans ces circonstances, bénéficier de l'exonération prévue par les dispositions de l'article 135/2 du code civil, qui permet au père de

s'exonérer de sa faute de surveillance, s'il apporte la preuve qu'il a satisfait à son devoir de surveillance ou que le fait dommageable se serait tout de même produit, même si la surveillance avait été exercée avec la diligence requise.

En fait, les auteurs s'accordent à dire que les dispositions de l'article 134 du code civil instituent également une présomption de responsabilité et dans ce cas, il n'est point besoin de recourir aux dispositions de l'article 135 du code civil relatives aux parents.

Le kafil peut-il accorder des libéralités à l'enfant recueilli ?

C – Libéralités

L'enfant recueilli n'étant pas uni à la famille d'accueil par un lien de parenté, il ne peut avoir la qualité d'héritier et demeure étranger à cette dernière. Il ne peut en conséquence héritier du kafil et inversement.

Le kafil peut cependant instituer l'enfant recueilli comme donataire ou comme légataire de ses biens.

1 – Domaine entre vifs : Il est possible à toute personne de donner de son vivant la totalité ou partie de ses biens. Or, aux termes de l'article 123 du code de la famille, le kafil ne peut donner à l'enfant recueilli qu'un tiers de ses biens. L'enfant recueilli est ainsi moins bien traité qu'en droit commun. S'agit-il d'une erreur dans le texte ou d'une volonté délibérée du législateur qui a ainsi limité la volonté du kafil en tant que donateur, et réduit la part de l'enfant recueilli en tant que bénéficiaire.

2 – Testament: Le kafil peut léguer après sa mort à l'enfant recueilli le tiers de ses biens. Cette disposition est conforme aux règles relatives aux successions.

Si le kafil fait à l'enfant recueilli une donation ou un leg supérieur au tiers de ses biens l'acte est valable, sauf si les héritiers le contestent auquel cas, la qualité est ramenée au tiers du patrimoine ou de la succession.

3 – Révocation des libéralités: En cas d'interruption de la kafala, la révocation des libéralités est-elle possible ?

La révocation de la donation faite aux enfants par leurs parents légitimes est possible en application de l'article 211 du code de la famille, mais elle est irrévocable lorsqu'elle a été faite au profit des tiers. Dès lors, la donation faite au profit de l'enfant recueilli, qui demeure étranger à la famille, est irrévocable.

Par contre, le kafil peut à tout moment avant sa mort révoquer son testament à l'égard de tous.

Certains auteurs⁽¹⁾ soutiennent cependant que les libéralités peuvent être révoquées par le kafil en cas d'interruption de la kafala, mais ils ne s'expliquent pas sur les fondements de cette révocation.

Les effets de la kafala démontrent que le statut de l'enfant recueilli se rapproche de celui de l'enfant légitime, sauf que celui-ci ne peut acquérir la filiation du kafil.

De nouvelles dispositions légales permettront d'intégrer d'avantage le mineur en kafala dans sa famille d'accueil, par le changement de son nom et sa concordance avec celui de cette dernière.

Section deuxième

Le changement de nom de l'enfant en kafala

L'institution de la kafala a été le fruit d'une longue évolution menée par les associations et par le législateur.

Paragraphe premier

Historique

Les services de l'assistance publique ont toujours eu pour mission de recueillir les enfants abandonnés ou trouvés et de rechercher par tous moyens, à les placer à titre gracieux ou onéreux dans des familles.

Ce placement déjà réglementé par les anciens textes, reconduits au titre de la législation antérieure par la loi du 31 décembre 1962, a été confirmé par le code de la santé publique promulgué en 1976.

Il s'agissait essentiellement d'enfants nés de parents inconnus qui recevaient plusieurs prénoms et étaient confiés en bas âge, avec cette seule identité. Les familles d'accueil s'employaient avec angoisse pendant leur éducation à leur cacher leur véritable identité, mais les enfants recueillis découvraient souvent leur état au cours de leur scolarité. Il devenait alors impossible à la famille d'accueil de maintenir le secret et, sa révélation entraînait souvent chez les enfants des déséquilibres graves, cause d'exclusion voire de déviation.

Les services de l'assistance publique ont toujours souhaité une solution plus pragmatique afin d'éviter la différence de concordance entre le nom de la famille d'accueil et celui de l'enfant recueilli or, les

⁽¹⁾ traité de droit algérien de la famille: G.Benmelha

dispositions sur la kafala excluait le changement de nom pour les enfants de parents connus et rappelaient l'application des dispositions de l'article 64 du code de l'état civil pour les enfants de parents connus.

Avec l'institution de la kafala, une demande très forte a été enregistrée pour recueillir les enfants en bas âge et dès lors, il devenait urgent de trouver une solution juridique à une situation qui minait gravement une catégorie de la société, innocente de ses origines.

L'idée qui avait alors prévalu était de permettre à l'enfant de changer de nom, dans le cadre des dispositions du décret du 3 juin 1971 relatif au changement de nom qui permet à toute personne de le faire, mais en invoquant une raison légitime.

Ce texte s'étant avéré insuffisant à régler la situation des enfants en kafala, une association de protection de l'enfance a sollicité en 1991⁽¹⁾ une «fetwa» du cheikh Hamani président du conseil supérieur islamique, qui a conclu que le fait par la famille d'accueil d'attribuer son nom à l'enfant recueilli n'était pas illicite au regard de la charria, pourvu que cette attribution n'entraîne aucun effet sur la filiation, sur l'héritage ou sur les empêchements à mariage.

Dans ce même esprit le législateur permettra par le décret du 13 janvier 1992,⁽²⁾ à l'enfant recueilli de pouvoir faire concorder son nom avec celui du kafil, sans pour autant obtenir la filiation de ce dernier.

Ce texte a été accueilli avec beaucoup de satisfaction par l'opinion publique qui a estimé qu'il ne faisait que réparer une partie des injustices dont sont victimes les enfants abandonnés. Il a également été accueilli avec soulagement par les familles et les institutions chargées de la protection de l'enfance, qui y voyaient le résultat de leur combat, et la fin d'une situation injuste imposée jusqu'alors aux enfants dont elles avaient la charge.

Bien que ce texte ait respecté les principes de la charia, quelques voix se sont élevées pour dénoncer la confusion qu'il aurait introduite entre la kafala et l'adoption.

Quelques magistrats ont même refusé d'appliquer les nouvelles dispositions au motif qu'il s'agissait d'une adoption déguisée. Cette interprétation qui est sans fondement juridique constitue par ailleurs un

⁽¹⁾ Fetwa du 20/09/1997 du cheikh Hamani, président du conseil supérieur islamique

⁽²⁾ Intra page 38

précédent regrettable car, si le magistrat est chargé de l'interprétation de la loi, il n'en demeure pas moins tenu de l'appliquer.

Il est vrai que toutes les questions qui touchent à l'adoption ou à l'un de ses éléments troublent profondément la société algérienne et apportent des réactions souvent contradictoires.

Paragraphe deuxième

Procédure de changement de nom

En raison de la situation particulière des enfants en kafala, la procédure ordinaire de changement de nom a été largement modifiée et simplifiée à leur égard.

A – Procédure ordinaire

Le décret du 3 juin 1971.⁽¹⁾ relatif au changement de nom permet à toute personne qui a quelque raison de changer son nom, d'en faire la demande motivée au ministre de la justice.

La requête accompagnée des pièces justificatives, est alors transmise au parquet général territorialement compétent pour faire procéder à une enquête, dite «administrative», qui consiste à recueillir des renseignements sur la situation du demandeur et sur les justifications de sa demande.

Alors que cette enquête est en cours, le postulant est tenu de faire publier sa requête dans la presse locale du lieu de naissance ou de sa résidence.

La protection du nom est alors assurée à l'égard des tiers, par les oppositions que peut faire toute personne intéressée auprès du ministère de la justice, dans les six mois qui suivent cette publication.

Si aucune opposition n'a été formulée, ou si celles qui ont été soulevées n'ont pas été retenues, le changement de nom peut être autorisé par voie de décret présidentiel, qui prend effet à date de sa publication au journal officiel. Dans ce cas, une rectification est opérée à la diligence du procureur de la république sur les actes d'état civil du demandeur et de ses enfants mineurs.

B – Procédure particulière

Pour assainir une situation délicate et venir en aide aux enfants recueillis en kafala, le décret du 30 juin 1971 relatif au changement de

⁽¹⁾ Décret n° 71-157 du 30/6/1971, relatif au changement de nom

nom a été modifié et complété par le décret exécutif du 13 janvier 1992⁽¹⁾, qui permet la concordance du nom de l'enfant recueilli avec celui de la famille d'accueil.

1 – Conditions:

Le kafil peut désormais faire une demande de changement de nom au bénéfice de l'enfant recueilli né de père inconnu, pour faire concorder le nom de ce dernier avec le sien. Si la mère est vivante et connue, elle doit consentir à ce changement de nom par acte authentique.

a – La concordance des noms: Afin d'éviter la confusion avec l'adoption, le législateur a usé d'une fiction juridique. Les noms communs peuvent être attribués à toute personne et ne sont protégés que s'il y a préjudice et opposition. Dès lors, le législateur a voulu permettre à l'enfant recueilli de changer de nom et de se faire attribuer un nom commun qui concorde en définitive avec celui de son tuteur, qui ne peut bien entendu y faire opposition.

Bien que cette concordance des noms n'entraîne aucun effet juridique sur la filiation de l'enfant recueilli, les opposants à cette technique juridique ont soutenu que le kafil attribuait son nom à l'enfant recueilli et créait ainsi que confusion avec l'adoption, qui est interdite par la loi.

b – Cette technique juridique n'est applicable que dans le cadre de la kafala. Le demandeur doit donc justifier de l'établissement de cette dernière par le notaire ou le juge. Le document qui la consacre constitue la pièce essentielle sans laquelle le nouveau nom ne pourra être attribué.

c – La demande ne peut concerner que les enfants de filiation inconnue. En cela le législateur a respecté les dispositions de l'article 120 du code de la famille, qui exigent que l'enfant de parents connus doit garder sa filiation d'origine.

Lorsque l'enfant est de mère connue, cette dernière doit, si elle est vivante et connue, consentir au changement de nom de son enfant en kafala et ce, par acte authentique. La pratique a cependant révélé qu'il était souvent difficile voire impossible de retrouver trace de cette mère. Afin de surmonter cet écueil le ministère de la justice a réglé cette situation par une circulaire du 1^{er} novembre 1993, aux termes de laquelle le kafil doit déployer tous les efforts pour retrouver la mère de l'enfant et ce, dans le mois qui précède le prononcé de l'ordonnance de modification

⁽¹⁾ Décret exécutif n° 92-24 du 13/01/1992, modifiant et complétant le décret du 30/06/1971 portant changement de nom

du nom. Si à l'expiration de ce délai le kafil n'a pu la retrouver, il est autorisé à produire une attestation sur l'honneur dûment légalisée par le président de l'assemblée populaire communale. Cette attestation qui constate le caractère infructueux des recherches, remplace l'autorisation de la mère.

d – Enfin, la demande de changement de nom ne peut concerner que des enfants mineurs, c'est à dire âgés de moins de 19 ans au jour de la demande introduite par le kafil auprès du ministère de la justice. Cette condition n'a pas permis de régulariser le cas des enfants admis en kafala après la promulgation du code de la famille (1984) et qui avaient atteint leur majorité à la publication du décret de 1992 relatif au changement de nom. Cette catégorie fait actuellement l'objet de consultations entre les administrations concernées enfin de leur permettre d'obtenir plus facilement la concordance de leur nom avec celui de leur famille d'accueil, mais selon la procédure ordinaire prévue par le décret du 30 juin 1971. Si elles venaient à aboutir, ces consultations rendraient leurs demandes recevables d'une manière automatique et marqueraient un nouveau progrès dans la lutte contre leur exclusion.

2 – Procédure:

Dans le but de faciliter l'opération de changement de nom, le législateur a assoupli sensiblement la procédure.

Le kafil adresse au ministère de la justice une demande de changement de nom au bénéfice de l'enfant recueilli. Cette dernière est après exploitation, transmise en dernier lieu au président du tribunal du lieu de naissance pour faire modifier le nom par voie d'ordonnance.

Ainsi, pour des raisons d'efficacité et de célérité, ont été écartées, la procédure de publicité et celle du décret portant changement de nom.

a – absence de publicité:

Dans le cadre de la procédure ordinaire, le demandeur du changement de nom est tenu de faire publier sa requête dans la presse locale afin de permettre aux tiers d'introduire dans les six mois, leurs oppositions éventuelles (article 2 et 3 du décret de 1971).

Dans le cadre de la kafala l'article 5 ter du décret de 1992 dispose: «que la requête ne donne pas lieu à la publicité prévue par l'article 3 ci-dessus». Pourtant, certains magistrats continuent d'exiger cette publicité au motif que les dispositions de l'article 3 précité ne concernent que les oppositions éventuelles et dès lors, les dispositions de l'article 2 qui

règlent spécialement la publicité de la requête dans la presse locale demeureraient applicables.

Cette interprétation restrictive est contraire à l'ensemble des règles et principes édictés dans tous les domaines dans le but d'assurer la protection du mineur. Elle est également en l'espèce, contraire à l'esprit du législateur qui a voulu protéger le mineur en lui évitant la publicité de sa requête, car elle conduirait à révéler son origine illégitime et serait de nature à lui causer un préjudice moral irréparable.

b – absence de procédure du décret :

En application de l'article 5 ter du décret de 1992, la modification du nom est effectuée par voie d'ordonnance du président du tribunal, sur réquisitions du ministère public et ce, dans les 30 jours de sa saisine par le ministère de la justice.

Ainsi, la procédure du décret jugée trop lourde pour répondre à la situation a été écartée au profit d'une simple procédure judiciaire de nature gracieuse.

Il a été cependant relevé que le changement de nom constituait une question d'état des personnes, qui relevait du domaine de la loi et du pouvoir réglementaire du Président de la République, tel que cela avait été réglé par le décret de 1971. Pour des raisons d'efficacité et de célérité, le pouvoir exécutif aurait transformé une question d'état des personnes en une simple question d'état civil, et ainsi transgressé une règle normative fixée par la Constitution.

Cette analyse se contredit avec les dispositions de l'article 29 du code civil qui dispose que : « l'acquisition et le changement de nom sont régis par la loi relative à l'état civil ».

L'ordonnance rendue par le président du tribunal, ordonnant la modification du nom est transmise à l'officier d'état civil pour exécution. Ce dernier procède sur le registre d'état civil:

dans le cas de l'enfant né de parents inconnus, à la suppression du dernier prénom qui lui servait de nom, et son remplacement par le nouveau nom.

dans le cas de l'enfant qui a reçu le nom de sa mère, à la suppression de ce nom, et son remplacement par le nouveau nom.

Il est porté en marge de l'acte de naissance, que cette modification a été effectuée en vertu de l'ordonnance précitée.

Cette transcription n'entraîne aucune modification de la filiation de l'enfant qui demeure inscrit comme étant soit, né de parents inconnus soit, né de père inconnu et de mère connue.

Ce nouveau nom est acquis définitivement à l'enfant et il ne peut le perdre même en cas d'interruption de la kafala en raison du fait, qu'il constitue juridiquement un attribut qui lui est personnel, et constitue par ailleurs, un simple homonyme avec le nom du kafil.

Cette procédure a connu en engouement particulier avec une demande très forte pour la kafala, car la concordance des noms a supprimé la différence avec la famille d'accueil, qui était source de problèmes moraux et sociaux. Elle a fait de la kafala une institution d'intégration familiale particulièrement appréciée. A cet égard les chiffres enregistrés par le ministère de la justice, justifient cette demande:

année 1992: 3350 changements de noms

année 1993: 3512 changements de noms

année 1994: 1854 changements de noms

année 1995: 1189 changements de noms

Tant d'efforts ont été et sont consentis pour construire une nouvelle famille et pourtant, cet édifice juridique et familial peut être remis en cause par le décès, la renonciation du kafil ou la révocation de la kafala par la famille d'origine.

Section troisième

L'interruption de la kafala

La kafala peut cesser ou être interrompue soit à la demande des parents d'origine, soit par suite de la renonciation du kafil ou de son décès (article 124 du code de la famille), soit par suite de la majorité de l'enfant.

L'action en abandon de la kafala est introduite devant la juridiction qui l'a attribuée.

Paragraphe premier

Cas d'interruption de la kafala

La kafala peut être interrompue par sa révocation par les parents d'origine ou par la renonciation du kafil ou le décès de ce dernier.

A – La révocation de la kafala

Au sens de l'article 124 du code de la famille, le père et la mère de l'enfant en kafala ou l'un d'eux peut demander la réintégration de l'enfant sous leur tutelle.

L'initiative de l'interruption de la kafala appartient ainsi aux parents d'origine et la loi autorise même un seul parent à pouvoir révoquer la kafala alors, que le consentement des deux était nécessaire pour sa conclusion. Elle reste muette sur leur dissentiment qui pourrait être un obstacle à la réintégration de l'enfant dans sa famille d'origine.

Elle accorde cependant à l'enfant pourvu de discernement, la possibilité d'opter pour son maintien en kafala ou pour son retour au foyer de ses parents. Son consentement est nécessaire mais pas suffisant, car en cas d'opposition avec celui des autres parties il appartiendra à la juridiction de trancher et ce, dans l'intérêt de l'enfant.

Lorsque l'enfant est privé de discernement, la décision appartient en tout état de cause au juge qui décide dans l'intérêt de celui-ci.

Les services de l'assistance publique, qui ont pourtant confié le plus grand nombre d'enfants en kafala n'ont pas fait l'objet de dispositions particulières. Il y a lieu dans ce cas de revenir à l'engagement conclu entre eux et le kafil, qui prévoit une clause de résiliation en cas d'inexécution des obligations. Ils pourront le cas échéant, s'en prévaloir devant la juridiction compétente.

La doctrine s'accorde sur le fait que les motifs invoqués doivent être graves et légitimes, car il s'agit d'une véritable **déchéance** du kafil qui ne serait en mesure d'assurer ses obligations ou dont le comportement est de nature à compromettre gravement le maintien de la kafala. (Comportement immoral ou condamnation à une peine afflictive et infamante).

B – La renonciation à la kafala

La loi ne prévoit pas expressément pour le kafil la possibilité de renoncer à la kafala à laquelle il s'est engagé, mais la doctrine considère que cette possibilité entre dans le cadre général des abandons de celle-ci prévus par les dispositions de l'article 125 du code de la famille.

Le fondement de cette renonciation réside dans le fait que la kafala a pour origine un contrat et comme tel, il est susceptible de résiliation. Elle constitue également une tutelle et peut comme cette dernière prendre fin par la renonciation.

Ainsi, le kafil qui n'est plus en mesure d'assurer ses obligations peut demander l'interruption de la kafala mais sous un contrôle judiciaire. Il en est de même lorsque le maintien de la kafala devient intolérable du fait du comportement immoral ou impossible de l'enfant recueilli. Dans ce cas, l'enfant est restitué à ses parents d'origine ou confié à une institution de l'assistance publique.

C – Le décès du kafil

Aux termes de l'article 125 du code de la famille, en cas de décès du kafil le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue la garde à une institution de l'assistance publique.

La conception d'une transmission collective de la kafala aux héritiers est difficile à mettre en œuvre.

La kafala constitue en effet, un contrat unilatéral et bénévole qui contient une obligation personnelle du kafil. Elle a donc été contractée «intuitu-personnae» et devrait donc s'éteindre avec le décès du kafil et point se transmettre.

Par ailleurs, la kafala place l'enfant en tutelle et reste donc soumise aux règles de cette dernière, qui ne se transmet qu'à une seule personne.

La kafala est l'engagement d'une personne déterminée, elle ne pourrait donc se transmettre collectivement. Dès lors, elle ne se transmettrait qu'à l'héritier qui accepterait de s'engager pour une nouvelle kafala **constatée et non contractée**. En effet, dans ce cas le notaire ou le juge n'a pas besoin d'un nouveau consentement des parents d'origine ou de l'assistance publique, il lui suffira de constater le décès du kafil pour établir un nouvel acte de kafala, car le transfert de cette dernière est de droit.

Paragraphe deuxième

Procédure d'interruption de la kafala

Aux termes de l'article 125 du code de la famille l'action en abandon du recueil légal doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribuée, après notification au ministère public.

1 – Nature juridique de l'action:

Nous savons que l'établissement de la kafala est effectué soit par le notaire soit par le juge. Si elle a été établie par le juge, elle constitue une décision gracieuse du président du tribunal or, l'abandon et la révocation de la kafala, ont au contraire pour cause principale un litige opposant les

parties entre elles (parents, enfant, kafil, assistance publique). Il se crée alors un contentieux judiciaire qui ne peut être tranché que par le tribunal en tant que juridiction.

Il s'agit au sens de l'article 125 du code de la famille d'une « action » or, toute action ne peut avoir qu'un caractère contentieux. Elle sera donc portée à titre principal devant le tribunal statuant en matière de statut personnel, et donnera lieu à un jugement susceptible des voies de recours prévues par la loi.

2 – Communication au ministère public:

L'action en abandon du recueil légal concerne l'état et la capacité d'un mineur et à ce titre, elle doit être communiquée au ministère public, gardien et protecteur naturel des incapables.

Cette règle est conforme aux principes généraux de la procédure civile, qui exigent la communication au ministère public des affaires concernant les incapables. Ce dernier est tenu de déposer des réquisitions écrites, même si en définitive elles ne lient pas le juge du fond.

Il y a lieu de noter cependant que c'est la première fois que la loi exige la communication des affaires concernant les mineurs, au niveau de la juridiction du premier degré, car cette règle était réservée au sens de l'article 141 du code de procédure civile, aux seules affaires pendantes devant la cour.

Le législateur a voulu ainsi accorder une importance particulière au contentieux de la kafala, en le soumettant au contrôle du ministère public. D'ailleurs, la jurisprudence constante de la Cour Suprême considère que le défaut de communication ou de réquisitions écrites, constitue une violation des formes substantielles de procéder. Mais dans la pratique, l'esprit de la loi a été détourné et le ministère public ne fait qu'apposer un simple « visa », formule lapidaire, qui signifie qu'il a pris connaissance des éléments du dossier. C'est dire en définitive le peu d'importance accordé aux affaires communicables.

3 – Compétence territoriale:

L'action en interruption de la kafala est portée devant le tribunal du lieu où a été dressé l'acte de kafala alors que pour son établissement, la loi a laissé aux parties le libre choix et du lieu, et du rédacteur.

Le législateur voulait-il en fixant cette compétence territoriale soumettre au même magistrat le contentieux de la kafala ? Ce critère n'est pas significatif car la matière du statut personnel change de titulaire à la faveur des répartitions internes au sein de la juridiction. Par ailleurs,

la kafala établie par le notaire échappe à cette analyse, car toute action contentieuse aboutit nécessairement devant le tribunal et non devant le notaire. Lorsque l'acte a été établi par ce dernier, l'action n'est portée devant le tribunal dans le ressort duquel il exerce.

La rédaction de l'article 125 du code de la famille ne semble pas en faire cependant une compétence territoriale exclusive, donc d'ordre public. Dès lors, les parties pourront toujours choisir, après une déclaration d'attribution de compétence, un tribunal même territorialement incompétent pour faire trancher leurs contestations. Ce tribunal est alors valablement saisi pendant toute la durée de l'instance, ainsi que la cour correspondante en appel (article 28 du code de procédure civile).

4 – Nature juridique des décisions judiciaires:

Les décisions judiciaires rendues doivent toujours tenir compte de l'intérêt de l'enfant recueilli (article 124 du code de la famille). Les juridictions peuvent prononcer soit l'interruption de la kafala ou son maintien. Si le juge prononce l'interruption, il doit décider du sort de l'enfant en le confiant soit, à ses parents d'origine soit, à une institution d'assistance publique.

Les décisions judiciaires concernant le contentieux de la kafala ont un caractère provisoire et ne peuvent acquérir l'autorité de la chose jugée. En effet la kafala obéit au même régime juridique que le droit de garde et dès lors, elle peut à tout moment être modifiée dans l'intérêt de l'enfant et ce, jusqu'à la majorité pour les garçons et jusqu'au mariage pour les filles. Ainsi, un mineur restitué à sa famille ou placé dans une institution d'assistance publique pourra toujours faire l'objet d'une nouvelle kafala.

L'établissement de l'acte de kafala, et surtout les modifications de cette dernière, ne peuvent donc intervenir qu'avec le concours et le contrôle des institutions judiciaires.

CONCLUSION GENERALE

La diversité de la population algérienne a conduit le législateur à lui adapter ses textes. Ceux, relatifs au statut personnel ont connu des retards dans leur élaboration, en raison de cette diversité même et du type de société qu'ils devaient définir.

Le droit musulman, caractéristique principale de la société algérienne, a été mis progressivement en application après l'indépendance du pays.

La société algérienne, comme toute société a toujours recherché à protéger la cellule familiale mais, aussi à trouver des solutions à ses travers ou à l'insuffisance de son organisation sociale. Ainsi, elle a toujours recherché à protéger les enfants en danger moral et matériel.

Par l'adoption de la kafala comme nouvelle institution de la famille, aux côtés du mariage et de tutelle le législateur a créé un régime juridique nouveau de l'enfant recueilli à côté de celui de l'enfant légitime. Cette institution fait échapper les règles de fond et de forme à la seule volonté des parties, la justice étant par ailleurs, garante de son fonctionnement.

Cette institution qui connaît la faveur des citoyens a tenté d'intégrer l'enfant recueilli au sein de la famille d'accueil jusqu'à faire concorder leurs noms.

Elle demeure cependant insuffisante à juguler tous les cas d'enfants abandonnés ou orphelins pauvres.

D'autres institutions de l'assistance publique continuent sous la direction de fonctionnaires ou de magistrats, à lutter inlassablement pour assurer la protection de bien d'autres catégories d'enfants, encore en danger moral et matériel.

BIBLIOGRAPHIE

Sénatus-Consult de Napoléon III: organisation administrative de l'Algérie.

Loi Jonnart 1919: citoyenneté – faveur.

Statut de 1947: organisation administrative de l'Algérie.

Loi n° 55-778 du 11/07/1957: portant réforme en Algérie du régime de tutelle et de l'absence.

Ord. du 01/09/1959: relative au mariage en Algérie.

Loi du 31/12/1962: portant reconduction en Algérie de la législation antérieure.

Loi n° 63-224 du 30/06/1963: relative au mariage.

- Ord. n° 66-104 du 06/06/1966: portant code de procédure civile.

- Ord. n° 70-20 du 19/02/1970: portant code de l'état civil.

Décret n° 71-157 du 30/06/1971: portant changement de nom.

Ord. n° 72-03 du 10/02/1972: portant protection de l'enfance.

Ord. n° 75-58 du 26/09/1975: portant code civil.

Ord. n° 76-79 du 23/10/1976: portant code de la santé publique.

Loi n° 84-11 du 09/06/1984: portant code de la famille.

Loi n° 85-05 du 16/02/1985: portant nouveau code de la santé publique.

Fetwa du 20/09/1991 du président du conseil islamique: cheikh Hamani.

Décret exécutif n° 92-24 du 13/01/1992 complétant le décret n° 71-157 du 30/06/1971 portant changement de nom.

Circulaire du 14/03/1981: M.J. relative à l'état civil de la mère célibataire.

Traité sur le droit de la famille : Ghaouti Benmelha professeur université d'Alger.

Enquêtes auprès : ministère de la justice, juridictions, études notariales, services de l'assistance publique.