

L'EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE

EN MATIERE DE HADANA

'Par Kouidri Mostefa

La garde ou *hadana* est le droit de garder ses enfants, de les protéger et de leur prodiguer les soins nécessaires. C'est aussi le devoir d'assurer leur entretien en nourriture, logement, habillement, en somme de pourvoir à tous leurs besoins. Le droit de garde est incontestablement l'une des questions la plus préoccupante du droit de la famille. En effet, deux considérations sont à l'origine de l'attribution du droit de garde: l'intérêt de l'enfant et la préférence accordée à la branche maternelle. Tout le monde admet que le droit de garde repose sur l'intérêt de l'enfant. Le code de la famille inspiré du fiqh insiste sur ce principe qui toutefois se traduit par un corollaire consistant à accorder la priorité à la brance maternelle. Or, la règle de la prééminence de la ligne maternelle risque de ne pas servir l'intérêt de l'enfant suscitant un certain automatisme chez le juge. N'est-il pas plus judicieux de ne retenir que l'intérêt de l'enfant, laissant au tribunal toute latitude d'apprécier chaque cas à part. Le magistrat sait pertinemment que la mère est mieux à même de contribuer à l'épanouissement de son enfant sans que la priorité qui lui est accordée soit posée comme règle à suivre. A ce propos, il est rapporté que les jurisconsultes émettent des réserves sur la véracité des «hadith» qui attribuent la priorité dans la dévolution de *hadana* à la mère¹. Toutefois elle demeure priorité selon la majorité de la doctrine, en ce qui concerne le tout petit enfant. En raison des bouleversements qu'engendre l'attribution de ce droit sur la vie de l'enfant un soin tout particulier doit être apporté au traitement de questions psychologiques et matérielles, en particulier celles qui sont relatives au logement qui pose incontestablement un problème crucial. En effet la mère appelée, dans la quasi-totalité des cas, à assurer la garde ne sait plus, après le divorce, où aller, ses parents ne pouvant généralement pas la recueillir. Sensible au désarroi de la gardienne dite

- Chargé de cours à Faculté de droit, Ben Aknoun Alger.

¹ - Ibn Rochd (Bidaya II, 57) Beyrouit 1996.

«hadina», le législateur offre au juge la faculté de la faire bénéficier du droit au logement. Il convient toutefois, de remarquer que ce droit est diversement interprété par la jurisprudence. Celle-ci est également appelée à se prononcer à propos des litiges que suscitent principalement la renonciation à la hadana ou la déchéance de ce droit. Aux termes de l'article 66:

«La titulaire du droit de garde se mariant avec une personne non liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé, est déchue de son droit de garde. Celui-ci cesse également par renonciation tant que celle-ci ne compromet pas l'intérêt de l'enfant» il faut toutefois préciser que l'article 71 du code de la famille énonce que: «le droit de garde est rétabli dès que la cause involontaire qui en a motivé la déchéance disparaît». L'application de cet article donne lieu parfois à des décisions contradictoires. D'autres textes, dont la formulation est ambiguë rendent la tâche de nos juridictions malaisées. La difficulté d'interprétation ressort à l'évidence à travers trois principaux axes à savoir le droit à la hadana, le droit au logement réservé à son exercice ainsi que les contestations qui se rapportent à la hadana.

I – Le droit à la hadana

Avant d'examiner la dévolution de la hadana, il convient tout d'abord de définir sa nature juridique.

A – La nature juridique de la hadana

1 – La hadana: prérogative féminine

La question primordiale est de savoir si la hadana est un droit ou un devoir pour la personne qui en est investie, appelée «hadina». De la réponse à cette question découlent des conséquences importantes. La majorité des auteurs considèrent la hadana comme le droit de la mère de garder ses enfants, de les protéger et de leur donner des soins, le terme hadana signifiant étymologiquement l'action de couvrir, de prendre dans ses bras¹. Le petit enfant a besoin, avant tout, des soins d'une femme.

¹ Benmelha Gh. Le droit algérien de la famille p 220 OPU Alger 1993.

Qui saurait les lui prodiguer mieux que sa mère ? Certains docteurs musulmans voient en la *hadana* une forme de tutelle ou «*walaya*»¹. D'autres la qualifient de démembrement de la puissance paternelle ou plus précisément de la tutelle sur la personne. Or, les deux institutions n'ont pas les mêmes caractères juridiques, l'une est en principe exercée exclusivement par les hommes, alors que l'autre est dévolue aux femmes. Dans cette acception la *hadana* est dépourvue de caractère patrimonial en ce sens que la *hadana* n'est pas autorisée à gérer le patrimoine de l'enfant, lorsque celui-ci dispose de ressources personnelles. En droit algérien il en est autrement. En effet l'article 87 du code de la famille énonce qu'au décès du père «l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit».

Par ailleurs, ce qui prouve que la *hadana* est un droit de la mère ou des dévolutaires successives et non pas un démembrement de la puissance paternelle, c'est que, tout simplement, le père ne peut pas modifier l'ordre de dévolution, tel qu'il est fixé par la loi. De même qu'il ne peut soustraire, fût-ce momentanément, l'enfant à la garde de la *hadana*. Ce qui renforce l'idée qu'il s'agit d'un droit de la mère, c'est qu'elle peut y renoncer, comme elle peut en faire l'objet d'une convention matrimoniale avec son mari telle un accord sur le «*khôl*» c'est-à-dire, la dissolution du mariage à la demande de l'épouse en contrepartie de son renoncement à la garde. Il s'agit bien d'un droit de la mère puisqu'elle n'est pas contrainte par le juge d'accepter la *hadana*, à moins qu'il n'en existe personne d'autre apte à l'assurer. C'est à ce titre que les auteurs se plaisent à conférer longuement sur l'idée de savoir si la *hadana* constitue un droit ou une obligation pour la mère. La *hadana* revêt une nature hybride de sorte qu'elle constitue à la fois un droit pour la mère mais surtout une obligation. Il est aisé d'objecter que parce qu'elle est une obligation pour le gardien, elle est en même temps un droit pour l'enfant gardé. Certes on ne saurait nier que la *hadana* est une charge dont nombre de mères se seraient bien passées, si ce n'était leur

¹ Kasani, Badaï IV, 42 écrit: «la *hadana* est une sorte de *walaya*» Abu zahra, la considère aussi comme une *walaya*, (le mariage p 432).

amour pour l'enfant gardé. C'est précisément à ce propos que l'idée de «tutelle affectueuse¹» a été évoquée. Il n'est pas erroné d'affirmer que la hadana est une prérogative naturelle de la mère. Au demeurant l'éducation des enfants durant la vie incombe à la mère. L'article 39 du code de la famille énonce en effet qu'elle est tenue d'élever sa «progéniture». C'est dire que le droit de garde n'est pas consécutif au divorce. Mais, généralement, les contestations relatives à la hadana resurgissent à la suite de la dissolution du mariage. Pourquoi donc la décision qui prononce le divorce mentionne-t-elle qu'elle «attribue» la garde à la mère, au lieu de «confirmer» tout simplement son droit à la hadana. Ceci ne signifie pas bien entendu qu'il faille, pour autant, maintenir ce droit de manière systématique.

2 – Le droit de l'enfant

Le droit de garde est qualifié en toute simplicité par certains juristes de prérogative féminine, d'attribut de la maternité². Les auteurs insistent davantage sur la priorité accordée à la ligne maternelle que sur les avantages qu'en tire l'enfant gardé. Certes l'enfant ne saurait être privé de l'affection maternelle mais celle-ci ne devrait pas se concevoir au détriment de son développement physique et moral et primer toute autre préoccupation. Aussi la hadana doit-elle être conçue essentiellement comme un droit de l'enfant. Du reste, ne faut-il pas reconsidérer le droit de hadana en l'harmonisant avec le concept moderne de l'enfance ? Dans cette perspective les tribunaux ne doivent pas hésiter à prendre des mesures telles que la désignation d'assistantes sociales pour déterminer celui d'entre les parents qui soit susceptible de mieux assurer le développement physique et moral de l'enfant. Ceci d'autant plus qu'il ressort de l'article 64 du code de la famille que l'ordre de dévolution de la garde n'est pas fixé de manière impérative mais «au mieux de l'intérêt de l'enfant».

¹ Cette expression a été utilisée par des auteurs tels que Benmelha (Le droit algérien de la famille p 230, O.P.U Alger 1993) et Milliot (Introduction à l'étude du droit musulman p 403 Sirey 1953).

² H.Benchikh, la garde, un attribut de la maternité en droit algérien. Revue Internationale de droit civil. 1986 n° 03 p 897.

Cette charge ne pèse pas matériellement sur la mère. L'article 72 énonce en effet:

«Les frais d'entretien et le logement sont à la charge de l'enfant gardé s'il a de la fortune. Au cas contraire, il incombe à son père de pourvoir à son logement ou à payer s'il n'en a pas les moyens».

Mais en pratique la nafaqa qui incombe au père est manifestement insuffisante pour couvrir les frais que nécessitent l'entretien et l'éducation d'un enfant. La pension alimentaire dont s'acquitte le père n'est en fait qu'une simple participation. Par ailleurs, cette question est encore aggravée par celle relative au recouvrement de la créance alimentaire. En ce qui concerne la progéniture, le père est donc tenu de pourvoir à l'entretien des enfants mâles jusqu'à leur majorité, les filles jusqu'à la consommation du mariage. Aucun texte n'attribue l'entretien de la femme divorcée. De même se pose le problème de la demande en justice de l'épouse divorcée lorsque son âge se situe entre dix huit (18) ans révolus (article 7 du code de la famille) et dix neuf (19) ans révolus (article 40/2 du code civil). En principe, étant mineure, elle ne peut ni agir contre son mari ni en être assignée. Le tuteur n'étant, légalement, chargé de l'entretien de sa fille que jusqu'à la consommation du mariage ne saurait être cité es qualité. Il y aurait lieu de considérer le mariage comme un événement de nature à permettre l'émancipation de la fille, si l'on voulait éviter l'irrecevabilité de l'action pour défaut de capacité, énoncée par l'article 459 du code de procédure civile.

B – L'attribution de la hadana

La dévolution de la hadana est régie par des textes inspirés de règles controversées du fiqh. De plus l'attribution, impose certaines conditions.

1 – Les règles d'attribution

Les légistes ne sont pas unanimes sur le mode d'attribution du droit de garde. Deux tendances importantes parmi les grandes écoles se distinguent: les malékites et les hanafites d'une part, les chaféites et les hanbalites de l'autre. Les premiers consacrent la prééminence de la ligne maternelle; de ce fait les parents par l'épouse sont investis de la garde

par priorité. Les seconds lui attribuent une priorité toute relative préférant parfois, au même degré de parenté bien entendu, le parent mâle à la parente. Mais tous les docteurs musulmans sont d'accord pour affirmer que la mère est la première dévolutaire de la hadana. Le droit algérien s'est inspiré des enseignements de l'école malékite, qui bien plus que l'école hanafite place la branche féminine au premier rang dans l'ordre de dévolution de la hadana. L'article 64 édicte en effet:

«Le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis à la mère de celle-ci, puis aux personnes parentes au degré le plus approché, au mieux de l'intérêt de l'enfant».

La jurisprudence est rigoureusement conforme aux dispositions de ce texte. A titre d'exemple la tante maternelle étant placée au troisième rang donc avant le père de l'enfant. C'est ainsi que la Cour suprême casse une décision de la Cour de Skikda en date du 13/02/1990 pour avoir prononcé la déchéance de la tante maternelle du droit de garde motif pris de ce que la père de l'enfant avait une situation matérielle et sociale préférable à la sienne. La haute Juridiction rappelle les éléments sur lesquels doit se fonder le juge dans la dévolution de la garde, à savoir l'entre en vue de la scolarisation, la vigilance dans le but d'assurer sa protection et précise qu':

«Etant petit, l'enfant a davantage besoin de la protection que de l'éducation qui se réalise durant l'étape suivante»¹.

Dans le même sens une autre décision censure un arrêt de la Cour d'Alger qui avait confié la garde de quatre enfants à la sœur de leur père au lieu de celle de leur mère. La Cour suprême reproche aux juges du fonds de n'avoir pas respecté l'ordre de dévolution légal et de n'avoir pas, le cas échéant ordonné une mesure préparatoire². L'ordre de dévolution fixé par l'article 64 peut, quoique de manière exceptionnelle, être modifié. C'est ainsi qu'un arrêt confirmatif d'un jugement du tribunal de Mostaganem a attribué la garde d'un enfant à son père au

¹ Arrêt n° 89672 du 23/02/1993 R.J. n° spécial de la chambre de statut personnel 2001 p 166.

² Arrêt n° 179471 du 17/3/1998 R.J. n° spécial 2001 p 172.

lieu de sa mère. La Cour suprême a rejeté le pourvoi en soulignant que l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit avec son père et ce, pour la base de la réponse, des juges du fait, fondée sur le rapport d'une assistante sociale¹.

2 – Les conditions d'attribution

Ces conditions méritent d'être examinées, ce qui compte pour assurer la garde au mieux de l'intérêt de l'enfant, c'est non seulement l'aptitude mais aussi des qualités humaines de la personne qui en est chargée ainsi que le choix du lieu où elle l'exerce. La vocation ne suffit pas; «il faut, dit Khalil, être sain d'esprit, d'un âge à pouvoir donner des soins, habiter une demeure où l'enfant ne puisse avoir aucun motif de crainte, être de bonnes mœurs, ne pas être atteint de maladies contagieuses, enfin avoir un caractère droit et une intégrité parfaite»².

a – La personne du gardien

Les soins donnés à un enfant nécessitent chez le gardien des qualités physiques et morales «le titulaire de ce droit (de garde) édicte l'article 62/2 doit être apte à en assurer la charge». L'aptitude consiste essentiellement en la santé physique et mentale. Le gardien doit être sain d'esprit. Il faut bien entendu exclure la personne atteinte de démence ou d'imbécillité, celle-ci ayant elle-même besoin d'être sous la garde d'un tuteur³. Mais l'on sait que la démence se présente sous divers degrés; elle est donc une notion relative et malaisée à appréhender. C'est pourquoi il serait judicieux de prendre parfois, dans ce domaine, une mesure provisoire pour mieux fonder la décision d'attribution de la garde. Un médecin psychiatre désigné en qualité d'expert peut montrer si la personne qui réclame la hadana est apte à contribuer efficacement au développement harmonieux de l'enfant. Al-Hattab⁴ précise qu'il n'est pas nécessaire que la démence soit continue. De même, il faut être

¹ Arrêt n° 153640 du 18/02/1997 R.J. n° 01 p 39.

² Khalil, Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Malek. T II. Le statut personnel.

³ Arrêt du 22 décembre 1965 Revue algérienne de Sciences Juridiques Economiques et Politiques p 1242 année 1968 n° 04.

⁴ Mawahib Al Jalil IV 215, Le Cair 1329 H (القاهرة 1329 هـ) ص 4 ج 4

de bonnes mœurs, ceci est indispensable. Mais être d'une intégrité parfaite, c'est beaucoup exiger. Il suffit que la gardienne ne soit pas libertine, menant une vie de débauche à l'intégrité parfaite qu'évoque Khalil. La personne qui est appelée à recueillir la hadana doit être apte physiquement. La protection de l'enfant gardé suppose une vigilance constante et certaines infirmités, telles que la cécité ne permettent pas d'assurer aisément cet objectif. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour suprême en ces termes:

«Attendu qu'il est constant en droit musulman que les conditions de la hadana et notamment l'aptitude à protéger l'enfant gardé doivent être réunies; qu'il en découle que la décision d'attribution de la garde sans qu'elle soit remplie cette condition constitue une violation des règles du fiqh; qu'il est établi en l'espèce, que la hadana est aveugle; que de ce fait elle est inapte à s'occuper de ses enfants; qu'il s'ensuit que les juges de la Cour en lui confiant la garde de ses enfants, dans son état, ont statué à tort et enfreint les principes du fiqh».

Mais une mère aveugle n'est pas complètement incapable de «couvrir» ses enfants de leur prodiguer des soins et de les éduquer comme une mère. De même, dans la mesure où l'enfant gardé a des ressources ou si son père ou sa mère sont de conditions aisées, rien n'empêche la hadana aveugle de se faire assister par d'autres femmes qui ne le sont pas, pour assurer la vigilance nécessaire. Lui retirer la garde de son enfant ne sert pas dans tous les cas l'intérêt de celui-ci. Ce qui se conçoit pour la cécité est valable pour le grand âge¹, que certains auteurs considèrent comme inconciliable avec les obligations qu'impose l'exercice de la hadana. C'est pourquoi au lieu de prononcer automatiquement la déchéance d'une personne qui a vocation à la hadana, il serait plus équitable et plus profitable à l'enfant de permettre au juge d'apprécier dans chaque espèce particulière les inconvénients et les cas de déchéance tels que l'âge avancé de l'intéressé ou son infirmité.

¹ Arrêt n° 39559 du 13/01/1986 cité par Belhadj Larbi, Le code de la famille p 123 O.P.U. 2000.

د. بلحاج العربي. قانون الأسرة ص 123.

b – Le lieu où s'exerce la garde

Il ne s'agit pas là de la question de l'éloignement du lieu d'exercice de la garde par rapport à celui du domicile du père ou du tuteur bénéficiaire du droit de visite du droit de correction, mais plutôt de la qualité du foyer où l'enfant gardé est appelé à vivre. Des auteurs classiques en particulier des hanafites préconisent, avec raison, que l'enfant gardé doit être installé dans une maison où il ne serait pas en butte à l'hostilité des voisins, dussent-ils être des parents¹. De même Khalil pose comme condition d'attribution du droit de garde que la hadina «habite une demeure où l'enfant ne puisse avoir aucun motif de crainte». Le lieu où s'exerce la garde doit répondre aux conditions essentielles de confort indispensable à la vie et notamment au développement harmonieux de l'enfant. Accorder la priorité à la ligne maternelle ne signifie pourtant pas qu'il faille, coûte que coûte respecter l'ordre établi, même au détriment de l'équilibre de l'enfant. Un juge avisé n'hésite pas à ordonner le maintien de l'enfant dans le domicile familiale lorsqu'il estime que l'attribution de la garde à sa tante risque de se traduire par son déracinement, par la perte de certains repères.

Du reste, cette façon de voir, plaide en même temps en faveur de l'attribution du droit au bail au parent auquel est confiée la garde et qui se trouve généralement être la mère.

II – Le droit au logement

Cette notion de droit au logement mérite d'être mieux cernée. S'agit-il de maintien dans les lieux, conséquence d'un droit au bail? S'agit-il simplement de mise à la disposition de la hadina du logement ayant servi de domicile conjugal. Ce droit concerne la demeure familiale qui, dès lors, acquiert en principe un statut particulier.

¹ Ibn Abidin, Radd Al Muhtar II 687.

A – L'obligation de logement ou de son loyer

La volonté de mettre à la disposition de l'épouse divorcée de logement familial n'est pas dénuée de fondement. Cependant telle qu'elle est conçue par la loi, cette volonté n'a qu'une portée toute relative.

1 – Fondement du droit au logement

le fondement du droit réside dans l'obligation d'entretien qui incombe au père de l'enfant gardé (article 75 du code de famille). L'article 72 plus explicite énonce à ce propos que le père doit pourvoir au logement de son enfant. Mais le fondement le plus important ne réside-t-il pas dans le Coran ? En effet le verser VI de la sourate LXV énonce: «loger les femmes que vous avez répudiées là où vous logez vous-même...». Selon une autre traduction: «logez-les dans une partie de votre habitation». Certes, cette obligation n'est que provisoire. Mais si le Coran ordonne au mari le logement de son épouse, qui se trouve pourtant en situation de séparation de corps et qui n'est pas, nécessairement, mère d'enfants, ne faut-il pas en conclure que la femme appelée à recueillir la hadana mériterait, à fortiori, plus d'égard en raison de ses responsabilités. De la sorte en partant de l'esprit de la sourate, la hadana pourrait avoir droit à un statut privilégié, d'autant plus que l'entretien des enfants pèse légalement sur leur père qui doit s'acquitter de la nafaqa jusqu'à la date d'expiration de la garde assumée par la mère.

Bien avant la promulgation de la loi n° 84/11 du 09 juin 1984 portant code de la famille, le législateur a conféré au juge la possibilité d'attribuer, à l'épouse divorcée investie de la garde, le droit au bail. En effet, l'article 467/2 du code civil dispose: «en cas de divorce, le juge peut désigner l'époux qui bénéficie du droit au bail compte tenu des charges par lui assumées, notamment de la garde des enfants...»

L'article 52 du code de la famille pose des conditions expresses à l'octroi du droit au logement. Cette régression qu'accuse le code de la

famille, ce recul dans la protection des enfants en bas âge seront aggravés également par la jurisprudence.

2 – Conditions exigées

a – Sur le plan légal

L'article 52 du code de la famille édicte: «si le juge constate que le mari aura abusivement usé de sa faculté de divorce, il accorde à l'épouse le droit aux dommages et intérêts pour le préjudice qu'elle a subi. Si le droit de garde lui est dévolu et qu'elle n'a pas de tuteur qui accepte de l'accueillir, il lui est assuré, ainsi qu'à ses enfants, le droit au logement selon les possibilités du mari. Est exclu de la décision, le domicile conjugal s'il est unique. Toutefois, la femme divorcée perd ce droit une fois remariée ou convaincue de faute immorale dûment établie».

Quatre conditions ressortent à l'évidence de ce texte:

- Il est question d'une rupture abusive des liens du mariage.

La femme qui bénéficie du logement familial est celle qui subit la répudiation.

L'épouse qui par son comportement provoque la dissolution du lien conjugal ou, bien celle qui sollicite carrément le divorce sur la base du «khôl» ne saurait équitablement prétendre au bénéfice du droit au bail, dû-t-elle être investie de la garde. En effet, il arrive que la femme soit tentée de se libérer du joug d'un mari encombrant sans pour autant perdre les avantages matériels de la vie commune, à savoir notamment le logement et la pension d'entretien des enfants. Par conséquent concéder le bail relatif au domicile conjugal à l'épouse qui réclame le divorce c'est opter pour l'instabilité des foyers, pour la désintégration de la famille qui demeure chez nous une valeur appréciable. Il faut, toutefois, exclure de cette exception le divorce prononcé en raison du préjudice, au sens le plus large du terme, subi par l'épouse et qui la contraint à vouloir se séparer de son époux. Dans ce cas, la hadina n'est point responsable de la situation qui a été à l'origine de la dissolution du lien conjugal.

- Absence d'autre toit

Il ne faut pas que l'épouse ait un parent susceptible de l'accueillir. Car lorsqu'elle a un tuteur qui accepte de l'héberger avec ses enfants, elle ne peut prétendre au bénéfice du droit au bail. Il arrive assez fréquemment, qu'en raison de l'exiguïté de leur logement les parents exigent de leur fille divorcée à la garde de ses enfants. C'est dire le caractère draconien de la condition imposée par la loi qui accroît la détresse de la hadina.

- Exclusion du domicile conjugal

La condition qui exclut le domicile de la décision d'attribution du bail à la hadina s'il est unique, montre à l'évidence l'inanité de ce système. La disposition de la loi qui écarte le logement familial, sachant pertinemment qu'il est, dans la quasi-totalité des cas, unique, trahit l'absence de volonté réelle de protection des enfants.

- Précarité du droit au logement

D'abord la formulation suivante: «il lui est assuré ainsi qu'à ses enfants le droit au logement» n'est pas heureuse. Il est plus exact de mentionner en qualité de gardienne. En effet c'est grâce à la présence des enfants dont elle est chargée d'assurer la garde que le logement familial peut lui être attribué. D'ailleurs il suffit qu'elle commette une faute immorale ou bien tout simplement, qu'elle se remarie pour perdre ce droit.

Le droit au bail consenti à la gardienne qui demeure soumis à des conditions légales défavorables va connaître encore plus de restrictions avec la jurisprudence.

b – Sur le plan jurisprudentiel

Avant que le code de la famille n'impose les conditions ci-dessus mentionnées, la jurisprudence s'est déjà montrée suffisamment restrictive. C'est ainsi que la Cour suprême affirme que le droit au bail est loin d'être accordé, de manière systématique au gardien. Une décision rendue dans ce sens proclame que le juge n'est pas tenu

d'attribuer le droit au bail à l'épouse qui est investie du droit de garde¹. De même, la Cour suprême fait remarquer que l'octroi du logement en vue de l'exercice de la hadana est soumis au pouvoir souverain des juges du fait.

Ces. Derniers prennent en considération les circonstances de l'affaire et procèdent à des mesures d'instruction pour savoir si l'épouse ne dispose pas d'un autre logement qui lui permet d'exercer la garde qui lui est dévolue sur les enfants communs². Cette réticence est renforcée par une autre relative au nombre d'enfants gardés que la jurisprudence a cru utile d'instaurer. A ce propos il a été jugé que l'article 467/2 du code civil n'ouvre pas droit au bail en faveur de la demanderesse mère d'un seul enfant³. Dans ce sens, la Cour suprême est allée jusqu'à ne reconnaître le bénéfice du droit au bail à l'épouse divorcée que si elle est chargée de la garde de trois enfants et plus⁴.

D'autres conditions ont encore été exigées par la jurisprudence. Les décisions rendues dans ce cadre soumettaient le bénéfice du droit au bail à des conditions telles que la non-propriété du logement objet du bail par le non-gardien; «il est également établi, précise à ce propos la Cour suprême, que ne constitue pas une violation de l'article 467 du code civil, l'affectation du domicile conjugal par les juges à l'exercice de la hadana en subordonnant leur décision à la condition que le mari ne soit pas propriétaire du logement litigieux...»⁵. De même qu'il est exigé que le logement fût loué à l'un des conjoints⁶. L'article 52 du code de la famille qui abroge implicitement la disposition précédente marque une régression dans la protection de l'enfant en le privant d'un toit éventuel et en ôtant un obstacle important sur la voie de la répudiation. Il est vrai que la perspective alléchante pour certaines épouses de bénéficier d'un logement a quelquefois donné lieu à certaines dérives. Mais ce n'est

¹ Arrêt n° 47484 du 23/11/1987 cité par G. Benmelha (op cit p 232).

² Arrêt n° 24526 du 11/4/1981 idem.

³ Arrêt n° 45454 du 06/4/1987 idem.

⁴ Arrêt n° 34630 du 18/4/1984 idem.

⁵ Arrêt n° 26997 du 22/02/1982 Bulletin des magistrats 1982 n° spécial p 277.

⁶ Arrêt n° 37397 du 03/12/1984 Revue judiciaire 189 n° 4 p 104.

point à partir de cas isolés qu'on peut sérieusement tirer des conclusions valables où établir une règle générale. Aujourd'hui la jurisprudence est moins stricte sur les conditions d'attribution du droit au logement. Est-ce parce que la loi est plus restrictive puisque l'article 52/3 exclut le domicile conjugal lorsqu'il est unique ? A ce propos, la Cour suprême a sanctionné un arrêt de la Cour de Mostaganem en déclarant :

«Attendu que la demanderesse n'a sollicité que ce que prévoit l'article 72 du code de la famille et il fallait faire droit à sa demande consistant à condamner le défendeur à mettre à sa disposition un logement ou à lui en payer;

Attendu que les magistrats de la Cour de Mostaganem ont, à tort mentionné... que la demanderesse n'avait le droit de réclamer un logement pour l'exercice de la hadana ou son loyer que si elle était investie de la garde de plus de deux enfants; attendu que le cas d'espèce est régi par le code de la famille dont l'article 72 ne comporte point la condition mentionnée par les juges de la Cour; qu'il s'ensuit que leur décision, pour avoir violé et mal appliqué la loi mérite la cassation et l'annulation conformément à l'article 266 du code de procédure civile».

B – Statut particulier du logement

Il ne fait aucun doute que la meilleure protection que l'on puisse assurer à l'enfant gardé consiste à lui procurer un toit. Pour y parvenir il convient de mieux aménager la jouissance du droit au bail. Cet objectif se réalise aussi en réinstallant le droit au maintien dans les lieux, de manière exceptionnelle, pour les locaux servant à l'usage de la hadana.

1 – Nature de la jouissance du logement

Selon l'article 52/2 du code de la famille, si l'épouse est appelée à recueillir la garde, il lui est assuré le droit au logement, aux conditions déjà évoquées bien entendu. S'agit-il là tout simplement de droit à une forme d'hébergement ? Du reste selon les possibilités du mari est-il encore précisé. Plus explicite, l'article 467/2 du code civil mentionne que: «le juge peut désigner l'époux qui bénéficie du droit au bail». La formulation de ce texte montre à l'évidence que le juge intervient

apparemment entre des personnes cocontractantes non justiciables à savoir le bailleur et le locataire, et ce, non pas pour sanctionner un acte déjà formé, mais pour le modifier ou le confirmer. L'espèce suivante en constitue une illustration. Les faits et la procédure de cette affaire méritent d'être relatés. Une dame bénéficie du maintien dans le domicile conjugal à la suite d'un divorce en vue de l'exercice de la hadana qui lui est attribuée. Sur la base de la décision judiciaire elle parvient à faire établir par l'Office de promotion et de gestion immobilière (OPGI) un contrat de bail relatif au logement en question en son nom/

L'ancien époux en sa qualité incontestée de locataire intente une action devant la section civile du tribunal d'Alger pour faire annuler le contrat établi au nom de son ex-épouse et faire condamner le bailleur à le reconnaître comme l'unique locataire. Un jugement le déboute de sa demande. Sur appel, la Cour infirme ce jugement mais se déclare incompétente pour ordonner l'établissement d'un contrat en son nom au motif que le bien litigieux est propriété de l'Etat (!).

Il faut remarquer qu'il n'est pas fait état d'un pourvoi contre cet arrêt. L'ancien époux agit en annulation du bail consenti à son ex-épouse devant la chambre administrative de la Cour suprême (l'actuel Conseil d'Etat). Le demandeur reproche à l'OPGI d'avoir mal interprété le jugement de divorce. Selon lui cette décision n'accorde à l'épouse divorcée que le maintien dans le domicile conjugal. La chambre administrative, suivant arrêt en date du 26/9/1993¹ estime infondé ce moyen et sur la base d'une analyse logique souligne que le droit au maintien est une conséquence du droit au bail. C'est dire que la hadana ne saurait se prévaloir du droit au maintien dans les lieux si elle ne bénéficiait pas du statut de locataire que lui confère la décision judiciaire. Cette interprétation ne manque pas d'intérêt parce qu'elle préfigure la notion de «bail forcé» qui, sera explicitée ultérieurement.

Sur le plan procédural, une question mérite, toutefois d'être posée: la chambre administrative de la Cour suprême ne devait-elle pas se

¹ Revue judiciaire 1994. 2. 1984.

déclarer, d'office, incompétente pour connaître de ce litige conformément à l'article 7 bis du code de procédure civile ?

Il faut remarquer que la chambre administrative adopte une conception tranchée par rapport à celle des autres chambres composant la Cour suprême: elle statue en l'espèce sans se conformer à l'arrêt rendu le 23/12/1990 par la chambre mixte de la haute juridiction que nous examinerons plus loin; de même elle fait application dans cette affaire des dispositions de l'article 467/2 du code civil qui sont en principe abrogées par celles de l'article 52 du code de la famille. Le premier texte confère au magistrat davantage de pouvoirs. Normalement ce faisant, il sort, en principe de ses prérogatives ordinaires pour substituer une partie à une autre partie dans un contrat sans tenir compte ni de l'avis du bailleur, ni de celui du locataire des lieux loués, et ce, parce que la loi l'y autorise. En pratique, il n'en est rien puisque contrairement à ce qui se passerait ailleurs en pareilles circonstances, en Droit algérien le père de l'enfant gardé étant toujours redevable de l'indemnité relative au logement demeure l'unique cocontractant du bailleur. La formation d'un autre contrat est sans intérêt.

Cette disposition qui confère au magistrat un pouvoir discrétionnaire dans une matière qui lui est normalement étrangère tire peut être son origine du fait que les logements en question sont généralement des biens qui étaient vacants. Probablement parce qu'ils étaient la propriété de l'Etat que ces biens ont inspiré au législateur l'idée d'adopter plus aisément la disposition relative au bénéfice du droit au bail. En droit et en fait donc la personne investie de la garde ne bénéficie pas du droit au bail dont seul le locataire demeure titulaire. L'ex-épouse en sa qualité de hadina n'a droit qu'à une simple jouissance du bien loué.

Aujourd'hui la quasi-totalité de ces biens ont été cédés à leurs occupants. Cette situation met fin aux problèmes générés par quelques initiatives de substitution du «gardien» au locataire originaire en vue de l'acquisition du bien dans le cadre de la loi du 07 février 1981 qui accorde la priorité à l'occupation effective. Pareille tentative est illustrée par l'espèce suivante dans laquelle la hadina bénéficiant d'un droit au

bail sur le logement dont est locataire originaire son ex-mari agit en annulation de l'arrêté de désistement pris le 16/05/1983 au profit de ce dernier devant la chambre administrative de la Cour suprême (l'équivalent de l'actuel Conseil d'Etat). L'arrêt rendu par cette juridiction en date du 21/05/1987 énonce en substance: «le droit au logement attribué à la demanderesse en sa qualité de gardienne n'a pas de caractère définitif mais expire à l'échéance du terme de la hadana; de même ce droit se limite à la jouissance et ne constitue point un titre (relatif) à la propriété».

Suivant recours de la hadina fondé sur l'article 295 du code de procédure civile, la chambre administrative rend en date du 22/07/1989 un arrêt infirmatif. Cette dernière décision est à son tour cassée suivant arrêt rendu le 23/12/1990 par la chambre mixte de la Cour suprême. La haute juridiction après avoir réaffirmé le droit du mari au bénéfice de la cession en sa qualité de locataire déclare que la rétractation formée par l'épouse contre l'arrêt du 21/05/1987 n'est pas recevable en ce sens que la décision qu'elle a attaquée n'est pas rendue sur pièce décisive retenue par son adversaire. L'arrêt de la chambre mixte réaffirme les dispositions du premier arrêt de la chambre administrative. Selon ces dispositions le droit au bail réserve à l'exercice de la hadana s'analyse en un simple droit de jouissance du logement mis à la disposition de la hadina qui n'a d'autre titre que le jugement rendu dans ce sens. Ce jugement ne permet point l'établissement d'un contrat avec le bailleur.

2 – Régime juridique plus favorable

Nous avons constaté que la jurisprudence à la suite de la loi ont considérablement réduit les possibilités d'octroi du logement familiale à la hadina en posant des conditions restrictives telles que, notamment, la non-propriété du bien litigieux par l'ancien époux.

Ce système lèse naturellement l'intérêt de l'enfant gardé. Pour améliorer le sort de celui-ci et rendre moins pénible celui de la femme répudiée, il ne convient pas de la chasser du domicile conjugal. Le droit de la hadina à la jouissance du logement familial doit être plus large et n'être soumis qu'à deux conditions: avoir la garde et avoir subi le

divorce. De même, la jouissance du bail doit connaître une certaine stabilité.

a – Extension du droit de jouissance

Bien que le logement qui a servi l'usage familial appartienne à l'époux, père des enfants à garder, la mère en sa qualité de hadina doit être autorisée à conserver le droit d'y habiter. Le non octroi du bail à la hadina au motif que l'ancien conjoint répudiateur est propriétaire du local objet du bail est une condition injuste et restrictive d'un droit légitime. Ce droit consiste à protéger ceux qui en ont besoin: les victimes de la rupture de la vie commune sans se soucier outre mesure de celui qui l'a provoquée.

L'affectation du logement familial à l'exercice de la hadana étant provisoire ne porte aucune atteinte, évidemment, au droit de propriété de l'ancien conjoint. La mise à disposition du logement familial constitue une exécution de l'obligation mise à la charge du père de l'enfant gardé qui n'a pas de fortune conformément à l'article 72 du code de la famille. Le juge peut donc contraindre l'époux répudiateur qu'il soit propriétaire ou locataire à consentir l'affectation de son logement à son ancien conjoint investi de la garde d'un ou de plusieurs enfants communs. Il arrive que l'épouse divorcée exerce une activité rémunérée et qu'elle veuille bien participer aux charges du ménage. Dans cette hypothèse la jouissance gratuite du logement constituerait de la part de l'ancien époux-propriétaire- sa contribution en nature à l'entretien des enfants communs. A titre indicatif dans d'autres législations la loi permet au juge de contraindre le mari propriétaire à consentir à son ancien conjoint chargé de la garde un bail sur son logement et non une simple affectation¹. Il s'agit d'une institution introduite récemment en France et réaménagée, appelée «bail forcé»².

¹ Jestaz, Bail entre conjoints divorcés. Revue trimestrielle de droit civil. 1975 p 799. L'auteur constate que le droit au bail tend à devenir un droit à caractère familial et civile l'exemple du droit soviétique.

² Loi du 11/07/1975, Alain Bénabent, Droit civil, la famille 9^{ème} édition, Litec Paris 1998.

b – stabilité de l'occupation

Jusque là le mari étant propriétaire, le juge a la faculté de l'empêcher d'expulser son ancien conjoint appelé à recueillir la garde. Mais dans la mesure où il est simplement locataire, les choses se compliquent. En effet, postérieurement à la mise en vigueur du décret législatif n° 93-03 du 1^{er} mars 1993 relatif à l'activité immobilière, qui a abrogé le droit au maintien dans les lieux l'ancien conjoint en sa qualité de locataire est lui-même sujet à expulsion, à l'expiration de la durée du bail.

Faut-il, à cet égard, rétablir le droit au maintien dans les lieux, de manière exceptionnelle en considération de l'intérêt des enfants mineurs, car l'ordre public impose leur protection avant toute autre préoccupation ? Sans aller jusqu'à réinstaurer le droit au maintien dans toute sa rigueur, le législateur pourrait prolonger l'occupation privative jusqu'à l'expiration du délai de la garde du plus jeune des enfants, et ce, par une disposition spéciale dérogeant au principe de l'abrogation du maintien dans les lieux. Toutefois, le juge aura toute latitude pour mettre fin à l'affectation du logement au profit de la hadina de manière anticipée dans certaines circonstances telles la déchéance du droit de garde par suite d'un changement du statut matrimonial de la hadina. En mettant fin à la mise à disposition du bail au bénéfice de la hadina, le juge libère par la même occasion la demeure familiale du statut auquel elle serait soumise.

III – LES INCIDENTS RELATIFS A LA HADANA

Une jurisprudence constante montre que la mère attributaire du droit de garde n'encourt la déchéance que pour des motifs bien précis.

A – La déchéance du droit de garde

A propos de la déchéance, la Cour suprême proclame que l'exercice de la hadana appartient de plein droit à la mère qui ne peut en être déchue que pour des causes nettement déterminées. Il faut définir les caractères de la déchéance. Mais d'abord quels sont les motifs de la déchéance.

1 – Les causes de la déchéance

Il est des causes qui sont, en principe, indiscutables. D'autres le sont moins.

a – Les causes péremptoires

L'article 62 du code de la famille dispose que «le droit de garde (hadana) consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale. Le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge».

- Le changement de statut matrimonial

En cas de changement de statut matrimonial de la hadana, deux situations sont envisageables.

La mère de l'enfant investie de la garde, à la suite d'un divorce encourt la déchéance du droit de hadana, si elle se remarie avec une personne autre que le père de l'enfant. Il en va de même, en cas de décès de son mari si elle se remarie avec une personne non liée à l'enfant commun par un degré prohibé de parenté. Dans les deux situations, la grand-mère maternelle ou la tante maternelle est déchue du droit de garde si elle cohabite avec la mère de l'enfant gardé, remariée dans les conditions invoquées (article 70) cette exclusion est, évidemment, applicable à toute autre hadana (article 66). La déchéance n'étant pas définitive, la Cour suprême a eu l'occasion de rejeter un pourvoi en déclarant:

«Mais attendu que l'arrêt critiqué a répondu au demandeur au pourvoi que l'article 71 du code de la famille permet le rétablissement du droit à la hadana lorsque disparaît la cause qui en a motivé la déchéance»¹. Il y a lieu de noter que la décision objet du pourvoi est relative à un remariage de la gardienne avec une personne non liée à l'enfant par une parenté au degré prohibé. Or le remariage ne saurait être considéré comme une cause involontaire de déchéance ou bien aurait-

¹ Arrêt n° 201336 du 21/07/1998 Revue judiciaire 2001 (n° spécial) p 178.

elle tout simplement décidé ainsi par mégarde. Ceci d'autant plus qu'auparavant, la Cour suprême n'a pas manqué de proclamer:

«Il est également admis que le droit à la hadana se rétablit lorsque cesse la cause involontaire de sa déchéance, qu'il s'ensuit que la décision qui contredit ce principe viole la loi; qu'il est constant en l'espèce que la mère a été frappée de déchéance du droit de garde après s'être remariée avec une personne étrangère, que la Cour en lui attribuant la garde lorsque son remariage avec un étranger est un acte consensuel et volontaire a enfreint la loi, qu'ainsi l'arrêt dont pourvoi doit être cassé»¹.

L'ont sait que l'article 222 du code de la famille permet l'application des règles du chariâa, le droit musulman étant considéré comme une source formelle du droit². Or, en dehors de l'école malékite, les déchéances quelle qu'en soit la cause ne sont pas considérées comme définitives. On aurait pu penser que la Cour suprême s'est conformée en l'espèce à une école autre qu'à celle de l'Imam Malek, si elle ne s'était pas fondée sur l'article 71 du code de la famille. Afin de lever toute équivoque n'est-il pas plus judicieux de reformuler le texte de l'article en question, par exemple comme suit: «le droit de garde est rétabli dès que la cause justifiée qui en a motivé la déchéance ou la renonciation disparaît». De la sorte on mettrait fin à l'embarras de la haute juridiction qui ne saurait écarter ou mal interpréter un texte de loi qu'elle est précisément appelée à faire respecter.

- La moralité de la hadina

La personne chargée de veiller sur l'éducation de l'enfant, «sur la sauvegarde de sa santé physique et morale» doit assumer cette responsabilité de manière aussi exemplaire que possible. La femme qu'elle soit qui est appelée à exercer la garde peut se voir retirer ce droit si elle cesse de satisfaire aux conditions exigées; le code de la famille à la suite du fiqh admet des déchéances. La hadina doit au moins, éviter

¹ Arrêt n° 588812 du 05/02/1990 Revue Judiciaire 1990 p 58

² Salah Bey MC L'application de la loi par les tribunaux Revue algérienne 1982 n° 4 p 649.

certain excès de conduite de nature à provoquer la déchéance de la hadana. Aucun texte n'énumérant les cas de retrait de la hadana, il faut recourir à la jurisprudence:

«Il est constant selon le fiqh et la loi, rapporte un arrêt de la Cour suprême, que la hadana consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale, il s'ensuit que la décision qui contredit ce principe viole la loi: en l'espèce, il est établi qu'en attribuant la garde des trois filles à leur mère sur la base d'une considération sentimentale, en dépit de la preuve de ses mauvaises mœurs, la Cour a violé la loi, que dès lors l'arrêt dont pourvoi encourt la cassation¹».

Une autre décision de la Cour suprême rapporte que les magistrats de la Cour d'appel ont sanctionné un jugement pour avoir, par dénaturation des termes des débats et défaut de motifs, prononcé la déchéance de la dame de son droit à la hadana de ses deux enfants au seul motif, qu'elle reconnaissait qui lui était reproché, alors qu'elle a toujours affirmé avoir subi, sous la contrainte, ses relations coupables avec son beau-frère.

«Mais attendu précise la haute juridiction que, contrairement à ce qui est soutenu, il résulte du jugement attaqué, que la dame a sans autre explication ou justification, reconnu avoir commis l'acte d'adultère. Qu'en l'état de cet aveu, les juges du fond ont souverainement estimé, qu'elle n'était plus digne d'assurer la garde des enfants²».

Dans une décision plus récente, la Cour suprême sanctionne un arrêt de la Cour d'Oran pour avoir confié la garde de trois enfants à leur mère nonobstant sa condamnation au pénal pour adultère. Il est mentionné dans l'arrêt déféré que l'infraction d'adultère n'influe pas sur l'entretien et l'éducation des enfants par l'épouse divorcée.

«Attendu, énonce la Cour suprême, que l'article 62 du code de la famille a défini la hadana comme étant l'entretien de l'enfant gardé

¹ Arrêt n° 53578 du 22/05/1989 Revue Judiciaire 1991 n° 4 p 99.

² Chambre civile 15/05/1968 Revue Judiciaire. 1^{er} tome p 32.

consistant en l'éducation et la scolarisation, la vigilance en vue de sa sauvegarde physique et mentale, de même que ce texte a posé comme conditions sans son dernier paragraphe que le gardien soit apte à assumer les tâches précitées. Attendu que le délit d'adultère est l'une des plus importantes (causes) de déchéance de la garde selon la charîa et la loi hormis le cas du petit enfant qui ne saurait se passer de sa mère. D'où il suit que le moyen est fondé¹...».

La déchéance, dans ces circonstances, se répercute sur le droit de la grand-mère maternelle. La principale motivation des juges de la Cour suprême consiste dans la perte de confiance en la grand-mère, en raison de l'inconduite de sa fille. L'espèce souligne que la mère qui n'a pu donner une bonne éducation à sa fille ne saurait élever, convenablement, ses petites filles².

- L'abandon des enfants gardés

Il s'agit généralement d'enfants en bas âge qui ont, en principe, constamment besoin de soins. Leur éducation suppose une attention particulière, une présence et une surveillance de tous les instants. Mais on ne saurait exiger de la hadina des efforts surhumains puisqu'à l'impossible nul n'est tenu. C'est dans ce sens que la Cour suprême rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour de Laghouat a tenu à montrer que: «la déchéance de la hadana ne peut avoir lieu que pour des causes sérieuses, claires, portant atteinte à l'enfant gardé et en opposition à son intérêt et non pour de simples motifs qui peuvent survenir à tout enfant gardé quel que soit le gardien³».

A la suite d'un pourvoi qui fait grief à un arrêt de la Cour de Sétif pour avoir confié la garde des enfants à leur grand-mère paternelle au lieu de la mère prioritaire selon le chariâa, la juridiction suprême répond par les attendus suivants:

¹ Arrêt n° 171684 du 10/09/1997. Revue Judiciaire n° spécial 2001 p 169

² Arrêt n° 31997 du 09/01/1984 Bulletin des magistrats 1989 n° 1 p 73.

³ Arrêt n° 50270 du 07/11/1988. Revue Judiciaire 1991 n° 03 p 48.

«Mais attendu que la hadana constitue à la foi un droit et des obligations, notamment celles d'entretien et de sauvegarde des enfants; que la mère qui, sans excuse, abandonne ses enfants, encourt la déchéance de son droit de gardienne. Attendu que l'arrêt attaqué, au vu des attestations produites et des résultats d'une enquête, constate que la dame s'est désintéressée de ses enfants depuis le décès de leur père; que ces derniers sont restés chez leur grand-mère paternelle qui a assuré leur entretien et leur instruction; en conséquence, l'absence scolaire de l'enfant durant trois jours quand bien même serait-elle établie par une attestation délivrée par l'école où il est scolarisé au demandeur au pourvoi n'est pas une preuve de son abandon par sa mère; le fait d'admettre cette absence sans en tenir compte ne constitue pas une contradiction; en effet, l'absence est établie par l'attestation scolaire mais n'est pas à elle seule un motif suffisant de déchéance de la hadana ni une preuve de l'abandon. Attendu que des ces constatations, la Cour a pu déduire l'intérêt qu'il y avait à laisser les enfants chez la défenderesse. D'où il suit que l'arrêt attaqué, qui est motivé, loin de violer la loi, en a, au contraire, fait une juste application¹...».

b – Les causes relatives

La déchéance de la hadana ne résulte pas de certains comportement quelque peu négatifs qui consistent par exemple à priver le père de l'exercice de son droit de visite.

A l'encontre d'une décision qui l'a déclarée déchue du droit de garde de son fils, une dame s'est pourvue en cassation.

Attendu, souligne la Cour suprême, qu'il est reproché à la décision d'avoir, en violation des règles régissant la matière, prononcé la déchéance de la dame K. de la hadana dont elle était investie, au seul motif qu'elle aurait tenu en échec, une décision de justice organisant l'exercice du droit de visite du père à l'égard de l'enfant commun. «Attendu, en effet, est-il précisé, que le droit de garde ou «hadana» ne se perd que pour des causes déterminées par le chariâa et parmi lesquelles

¹ Chambre civile 23/12/1968. Revue Judiciaire. P 82.

ne figure nullement la simple non-représentation par la personne investie de la hadana de l'enfant aux visites prévues en faveur du père ou autre personne intéressée. Attendu, au surplus ajoute la haute juridiction, que la non-représentation de l'enfant, en pareille matière, constitue un délit pouvant entraîner une sanction pénale, mais non la déchéance du droit de garde¹...».

D'autres causes sont aussi contestables. Il s'agit principalement de l'influence fâcheuse sur l'enfant. A ce propos, il semble que la déchéance peut être prononcée à l'encontre du titulaire de la garde qui exerce une mauvaise influence sur l'enfant gardé en s'efforçant de le détourner de son père et de lui inculquer la haine ou l'indifférence à son égard. La difficulté réside dans la preuve de cette cause de déchéance. Des motifs de déchéance peuvent résulter d'autres situations qui paraissent néanmoins plus contestables encore, telles que: A ce propos, la Cour suprême a écarté une demande en déchéance «Attendu, énoncet-elle qu'il est reproché à l'arrêt attaqué de n'avoir pas, en violation des règles régissant les droits et obligations des époux, prononcé la déchéance de la défenderesse M.Z. de son droit de garde malgré son état d'insubordination manifeste; mais attendu que les juges du fond n'ont pas estimé établi le prétendu état d'insubordination puisque l'épouse a offert de réintégrer le domicile conjugal et qu'au surplus, il n'existe en l'espèce aucune des déchéances prévues par la loi pour priver la mère de son droit à la hadana de ses enfants²».

L'insubordination de l'épouse, même établie, ne constituerait pas une cause de déchéance tant qu'elle concerne uniquement les deux conjoints et n'affecte pas l'intérêt de l'enfant.

Concernant la précarité des ressources de la hadina, la Cour suprême estime qu'il ne saurait être envisagé de retirer un enfant à sa mère, dans son intérêt, tant qu'il n'est pas établi, que la mère par «la précarité de ses ressources» a cessé de répondre au vœu du chariâa qui lui donne la

¹ Arrêt du 14/05/1969. Revue Judiciaire 1969 tome 1 p 228 bis.

² Arrêt du 09/10/1968. Revue Judiciaire p 98 bis.

préférence sur le père, au regard des enfants en bas âge¹. Par précarité des ressources, la haute juridiction vise, semble-t-il, la mauvaise manière de la hadina de gérer ses deniers et de pourvoir, au mieux aux besoins de l'enfant. Le dénuement du titulaire de la garde ne peut être invoqué comme cause de déchéance qu'en cas de décès ou d'indigence du père. Il ne saurait être opposé à la mère -comme à l'épouse- par le père de l'enfant puisque c'est à lui qu'incombe, légalement, l'obligation d'entretien.

De même la disparité de religion constitue pour certains un cas de déchéance. Mais pour la majorité de la doctrine l'obligation prévue par l'article 62 du code de la famille, d'élever l'enfant dans la religion de son père n'impose pas nécessairement à la mère d'être musulmane pour en conserver la garde. La déchéance ne saurait être invoquée tant que la mère n'a pas essayé de détourner l'enfant de la religion de son père. Bien avant la promulgation du code de la famille, la Cour suprême, rappelant le principe de l'éducation de l'enfant dans la religion de son père, a annulé une décision qui a attribué la garde à une mère de confession chrétienne après avoir constaté que celle-ci a entendu élever les enfants dans sa propre religion ainsi qu'il ressort du registre relatif au catechisme tenu à l'église et d'attestation délivrées par les services religieux².

L'installation de la mère à l'étranger constitue une éventualité de déchéance: «si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir le droit de garde ou l'en déchoir, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant» (article 69 du code de la famille). Il faut remarquer que cette disposition vise les enfants issus de couples mixtes.

«Il est établi, souligne, à ce propos, un arrêt de la Cour suprême, selon le chariâa et la loi, que l'attribution de la hadana doit prendre en compte l'intérêt de l'enfant gardé, son éducation dans la religion de son père; il s'ensuit que le fait de statuer en confiant la garde des petits

¹ Chambre civile 13/11/1968. Revue Judiciaire p 63 bis.

² Chambre de statut personnel 16/04/1979. Bulletin des magistrats 1981 n° 02 p 108.

enfants à la mère qui réside dans un pays étranger loin du contrôle du père comme en l'espèce, est contraire au chariâa et à la loi; il en découle la cassation de l'arrêt dont pourvoi¹». Dans le même sens, un arrêt rendu le 02 janvier 1989 par la Cour suprême souligne que, celle-ci, au travers de nombreuses décisions a établi un principe, suivant lequel lorsqu'un des deux parents élit domicile dans un pays accordée... à celui qui demeure en Algérie; la mère non musulmane est, dans ces conditions, prioritaire par rapport au père². Les causes dites relatives méritent d'être prises en considération lorsqu'elles atteignent un certain degré de gravité ou lorsqu'elles se prêtent de manière préjudiciable à l'intérêt de l'enfant gardé.

2 – Les caractères de la déchéance

Soumise à des conditions bien déterminées, la déchéance revêt, également, certains caractères. Elle est d'abord judiciaire. En effet, la déchéance une fois constatée ne se produit pas de facto. Elle doit être prononcée judiciairement. En conséquence, tant qu'un jugement définitif n'a pas prononcé la déchéance de la hadina, celle-ci conserve le droit de garde. Du reste, le juge saisi de la contestation n'est pas tenu de décider le retrait de la hadana. Il a un pouvoir souverain et ne se préoccupe que l'intérêt de l'enfant. La déchéance est enfermée dans des délais. L'action pour réclamer le retrait du droit de garde à la hadina obéit aux dispositions de l'article 68 du code de la famille qui dispose que: «l'ayant droit qui tarde plus d'une année à le réclamer sans excuse valable est déchu du droit de garde». Cette disposition rappelle celle contenue dans l'article 461 du code de procédure civile, qui énonce que: «Sauf cas de force majeure, tous les délais fixés par les dispositions du présent code, pour l'exercice d'un droit, sont impartis à peine de déchéance». La Cour suprême estime déchu de sa demande, la grand-mère maternelle, pourtant prioritaire dans l'attribution du droit de garde par rapport au père³. Dans une autre décision la haute juridiction a cassé

¹ Arrêt n° 59013 du 19/02/1990. Revue Judiciaire 1991 n° 4 p 116.

² Chambre de statut personnel. Bulletin des magistrats 1990 n° 4 p 74.

³ Arrêt n° 33636 du 25/06/1986. Bulletin des magistrats 989 n° 3 p 45

un arrêt de la Cour de Sétif pour avoir fait courir les délais de la déchéance de manière erronée. Dénaturant les faits de l'espèce, la Cour d'appel a considéré la date du décès du père, survenu antérieurement et non pas celle du retour de la mère au foyer, dont elle avait été chassée par son époux, comme point de départ de la déchéance¹. Cette décision montre l'importance de la détermination précise de l'événement, à partir duquel commence à courir, sous peine de déchéance, la demande d'attribution de la hadana. L'invocation de la déchéance n'est pas d'ordre public. Si les délais relatifs à la déchéance du droit de garde sont soumis à des dispositions impératives, en revanche le moyen, consistant à invoquer la cause de la déchéance ne l'est pas. De la sorte, le motif non soulevé devant le juge du fond est irrecevable. La contestation relative aux circonstances de la déchéance est soumise au pouvoir souverain des juges du fait. En effet, la Cour suprême décide que l'appréciation du motif invoqué, relève du pouvoir discrétionnaire du juge du fond, et ce, à propos de l'espèce suivante: «Attendu qu'il est reproché à la décision attaquée d'avoir dénaturé les faits en énonçant qu'au cours d'une instance terminée par le jugement du 07 janvier 1964 c'est au comble de désespoir que la défenderesse elle-même avait proposé au père de lui laisser la garde de l'enfant commun qui venait alors de naître depuis peu; Attendu cependant que le motif dont il a été ainsi fait état n'est confirmé par aucun élément du dossier; Mais attendu qu'on peut le considérer comme aberrant, les juges du fait, tant lors du jugement du 07 janvier 1964 qu'à l'occasion de l'arrêt critiqué, ayant fondé leur décision sur l'intérêt de l'enfant encore âgé de moins de sept ans; Attendu qu'en semblable circonstance l'appréciation des juges du fait est souveraine. Qu'elle échappe d'autant plus à la censure de la Cour suprême, que la capacité de la défenderesse a assuré la garde du jeune K. n'a pas donné lieu à critique sérieuse². Dans une autre décision la haute juridiction a annulé l'arrêt d'une Cour d'appel pour avoir donné comme motivation à sa décision le désir des enfants de vivre avec leur grand-mère paternelle et débouté de sa demande leur mère.

¹ Arrêt n° 58220 du 05/02/1990. Revue Judiciaire 1993 n° 3 p 58.

² Arrêt du 13/11/1968. Revue Judiciaire p 70 bis.

L'avis du mineur précise l'arrêt, ne peut être pris en compte, c'est à son tuteur qu'il appartient d'apprécier son intérêt (le juge étant le tuteur de celui qui n'en est pas pourvu)¹.

B – L'inaptitude à exercer la hadana

Alors que la déchéance de la hadana peut être définie comme la perte du droit de garde, en raison du non-respect des conditions fixées par la loi, l'inaptitude se présente comme étant une forme d'incapacité d'exercice qui en frappe le titulaire. L'inaptitude peut concerner la personne attributaire du droit de garde elle-même en raison de la détérioration d'une faculté physique ou morale. Certaines incapacités ou maladies constituent un obstacle à l'exercice de la hadana. L'article 62 du code de la famille dispose que: «le titulaire de ce droit doit être apte à en assumer la charge». Qu'en est-il de l'activité professionnelle et de l'éloignement des domiciles des anciens conjoints ?

1 – L'exercice d'une activité

Les deux décisions suivantes rendues à des dates éloignées de l'autre montrent l'évolution significative de la jurisprudence de la Cour suprême en matière d'attribution de la hadana à la mère qui exerce une activité professionnelle. Il est rapporté dans une décision de la Cour suprême, que «la loi accorde, certes, la priorité à la branche maternelle pour l'attribution du droit de garde, en raison des soins d'affectation prodigués aux enfants; mais ces soins doivent être assurés en tout instant ainsi que la protection».

Et la Cour suprême de souligner: «constatant que l'activité professionnelle exercée par la mère la tient éloignée de ses enfants durant la plus grande partie de la journée, la Cour a pu, sans violer les règles du chariâa, déclarer la mère non déchue du droit de garde, mais simplement inapte à s'occuper de ses enfants et confier ceux-ci à leur père qui justifie de la présence à son foyer de sa mère susceptible de leur apporter les soins nécessaires²». Aujourd'hui la Cour suprême semble

¹ Arrêt du 05/02/1990. Revue Judiciaire 1993 n° 3 p 58 (déjà cité).

² Arrêt du 29/05/1969. Revue Judiciaire p 239.

s'orienter en sens contraire ainsi qu'il ressort d'un arrêt dans lequel elle énonce: «la jurisprudence de la Cour suprême est constate sur le fait que le travail ne constitue pas un cas de déchéance de la hadana¹...». En fait le revirement n'est-t-il qu'apparent ? Car l'arrêt précédent n'a pas considéré non plus l'activité professionnelle de la hadana comme une cause de déchéance, mais comme un motif d'inaptitude: A moins que la Cour suprême ne vise implicitement, cette fois-ci, tout simplement que l'inaptitude et non la déchéance.

2 – L'éloignement

Après la dissolution du mariage, la mère gardienne de ses enfants peut rejoindre le domicile de ses parents éloigné de celui de son ex-époux. Celui-ci peut entrer en conflit avec elle pour l'exercice de son droit de visite ainsi que le droit de surveillance, attribut de l'autorité paternelle, en raison de la grande distance qui sépare quelquefois les deux domiciles. Une distance supérieure à six «barid» c'est-à-dire environ cent vingt kilomètres aujourd'hui mille kilomètres pourrait constituer un obstacle à l'exercice du droit de visite et, partant, un motif sérieux au profit du père, pour réclamer le retrait de la hadana attribuée à la mère. Cette réglementation a été qualifiée à juste titre de désuète en particulier depuis les progrès réalisés dans la facilité des communications et la rapidité des moyens de transport². Dans une espèce où la mère réside à Alger, le père domicilié à Mostaganem a formé un pourvoi à l'encontre d'un arrêt de la Cour de Mostaganem pour avoir, confirmant un jugement du tribunal de la même ville, prononcé le divorce d'entre lui et son épouse et confié, à celle-ci, la garde de leurs deux enfants.

«Attendu, rapporte l'arrêt de la haute juridiction qu'il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir accordé à la mère la garde de ses deux enfants, sans tenir compte de la grande distance qui sépare les domiciles respectifs des parties, l'épouse habitant Alger tandis que le mari est domicilié à Mostaganem et ne pourrait pas exercer son droit de

¹ Arrêt n° 245 156 du 18/07/2000. Revue Judiciaire n° spécial 2001 p 188.

² Salah Bey op cit n° 67.

surveillance sur ses enfants. Mais attendu que ce moyen quelque valable qu'il soit, n'a pas été soulevé devant les juges du fond et que de ce fait il ne saurait être retenu par la Cour suprême¹».

Dans une autre décision dont les faits et la procédure se ramènent à un conflit sur la garde entre le père d'une fillette et sa grand-mère maternelle, le tribunal de Sidi-Bel-Abbès on a attribué la garde à celle-ci. La Cour d'Oran infirme ce jugement et lui retire la garde pour la confier au père. La grand-mère s'est pourvue en cassation de la décision qu'elle estime injuste. «Attendu, rappelle l'arrêt de la Cour suprême que le chariâa en matière de hadana accorde la priorité à la branche maternelle; que cette priorité ne disparaît que dans des cas déterminés, qui n'existent pas en l'espèce, puisque la demanderesse au pourvoi jouit d'une bonne moralité et d'une santé qui lui permet de s'occuper convenablement de sa petite fille; que ses activités de militante en tant que veuve de chahid, ne sauraient diminuer en rien ses obligations de gardienne et qu'enfin le prétendu éloignement du domicile du père n'atteint pas la distance de six «barid» prévue par la loi, la facilité actuelle des moyens de transport écartant toute difficulté quant à l'exercice du droit de visite qui suit de la qu'en statuant comme ils l'ont fait, les juges du fond n'ont pas justifié légalement leur décision²...»

C – La renonciation à la hadana

La hadana étant une charge, quelquefois trop lourde pour la mère, celle-ci peut se refuser à la recueillir. La renonciation est exclue lorsqu'elle risque de compromettre l'intérêt de l'enfant (article 66 du code de la famille). La renonciation n'est admise qu'autant qu'une autre personne digne de confiance manifeste son désir d'assumer cette charge. L'examen de la renonciation est rigoureusement apprécié. Une espèce illustre bien cette exigence. Il s'agit d'un arrêt de la Cour de Mascara qui a confié la garde de deux enfants à leur mère nonobstant sa renonciation. «Mais attendu rapporte l'arrêt de la haute juridiction, que l'article 66 du code de la famille dispose qu'il n'est pas tenu compte de

¹ Arrêt du 09/10/1968. Revue Judiciaire p 99.

² Arrêt du 25/09/1968. Revue Judiciaire p 93.

la renonciation lorsqu'elle porte préjudice à l'intérêt de l'enfant gardé; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé¹».

Dans une autre espèce soumise à l'appréciation de la Cour suprême qui l'a sanctionnée, la Cour d'Alger avait rendu un arrêt confirmatif qui décide le retrait de la hadana de trois enfants à leur mère à sa demande et en confie la garde à leur père. Auparavant, la mère avait obtenu la garde et le bénéfice du droit au bail d'un logement occupé antérieurement par son mari, et ce, pour y élever les enfants. Une autre décision de la haute juridiction déclare que la renonciation n'est possible que si une personne dévolutive accepte cette mission et qu'elle soit apte à l'assumer².

«Le chariâa souligne la haute juridiction a pris en considération la tendresse et l'affectation de la mère à l'égard de ses enfants et l'a privilégiée par rapport au père, en lui attribuant la garde en cas de répudiation ou décès de son mari, il n'a accordé dans la première situation au père que le droit de surveillance, de correction, l'obligation d'entretien et de logement. La garde, il ne peut l'exercer qu'indirectement par l'intermédiaire d'autrui à la différence de la mère. Cette différence rend la mère davantage concernée par la hadana de ses enfants, à moins qu'elle ne soit empêchée d'exercer ce droit pour une raison légitime ou qu'elle n'y renonce au profit d'un autre gardien, qui l'accepte; autrement la renonciation est irrecevable³». Si la mère se désiste de la hadana elle n'est plus habilitée à se rétracter, à moins qu'elle allègue «des motifs de santé, de décès ou de déchéance de la personne qui avait bénéficié de la renonciation⁴».

Dans une autre espèce rejetant un pourvoi, la Cour suprême rétorque «Mais attendu que la remise des enfants à leur père de manière provisoire est considérée comme une renonciation au droit de garde, en ce sens que la remise provisoire n'est pas prévue légalement, surtout

¹ Arrêt n° 189234 du 21/04/1998. Revue Judiciaire n° spécial 2001 p 175.

² Arrêt du 19/12/1998. Revue Judiciaire 1990 n° 4 p 70.

³ Arrêt du 19/12/1988 n° 51894. Bulletin des magistrats 1990 n° 4 p 72.

⁴ Arrêt n° 53340 du 27/03/1989. Revue Judiciaire 1990 n° 3 p 85.

qu'il ressort de l'arrêt dont pourvoi que la mère a remis les deux fillettes à leur père depuis le divorce survenu en 1988, que les deux enfants se trouvent depuis cette date chez leur père, que la mère n'a réclamé la garde qu'en 1993, d'autant plus qu'elle a déclaré devant le premier juge qu'elle ne disposait pas d'un logement pour l'exercice de la garde; que les juges du fond ont pris en considération l'intérêt des deux filles selon l'article 67 du code de la famille; que d'autre part, la hadana est relative à l'état des personnes susceptibles d'être jugée de nouveau conformément à cet article, si les conditions prévues par l'article 62 du code de la famille ne sont pas réunies¹». La renonciation est, soit implicite, soit explicite. Dans le premier cas, il suffit pour le gardien de ne pas réclamer la hadana. Dans le second cas, la renonciation à la hadana peut constituer pour la femme une contrepartie en matière de «khôl» pour se dégager des liens du mariage.

¹ Arrêt n° 134 951 du 21/05/1996. Revue Judiciaire 1997 n° 2 p 86.

