

La garde de l'enfant après la réforme du Code de la Famille

Par Mostefa KOUIDRI

Maître de Conférences à la Faculté de Droit d'Alger

Il est établi que le droit de garde est, sans aucun doute, l'une des questions les plus préoccupantes du droit de la famille. A ce propos, 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 s'accorde sur le principe que le droit de garde repose sur l'intérêt de l'enfant. Le Code de la famille inspiré du fiqh, ou Droit musulman insiste sur ce principe, qui toutefois se traduit par un corollaire consistant à accorder la priorité à la branche maternelle. Or la règle de la prééminence de la ligne maternelle risque de ne pas servir, nécessairement, l'intérêt de l'enfant suscitant un certain « automatisme » chez le juge. N'est-il pas plus sage, plus judicieux de ne retenir que l'intérêt de l'enfant, laissant au tribunal toute latitude d'apprécier chaque cas, à part, suivant les circonstances de l'espèce examinée. Le magistrat sait pertinemment que la mère est la mieux placée pour veiller à l'épanouissement de son enfant, sans que la priorité qui lui est accordée soit posée comme règle à suivre, de manière rigoureuse. A ce propos, il est rapporté que les jurisconsultes musulmans émettent des réserves sur la véracité des « hadith » qui attribuent la priorité dans la dévolution de la garde, ou hadana à la mère ¹. Néanmoins, celle-ci demeure prioritaire 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 des contestations relatives au droit de garde, les questions psychologiques et matérielles, en particulier celles qui sont relatives au logement de l'enfant gardé, 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 se rendre, où se loger avec ses enfants, ses parents ne pouvant généralement pas la recueillir.

Sensible au désarroi de la gardienne dite «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 de litiges aggravés par le refus catégorique, tant de la mère que du père d'accepter la garde. Il arrive que la mère, bien qu'étant hébergée par ses parents, estime qu'elle n'est pas en mesure de réunir les conditions nécessaires à l'épanouissement de ses enfants. De même, le père qui s'est remarié ne peut légalement imposer à sa nouvelle épouse la garde d'un enfant, dont la propre mère est mieux indiquée pour s'en occuper et parfaitement apte pour le faire.

La mère de l'enfant a-t-elle le droit de refuser une telle charge, de décliner un tel devoir? La garde est-telle une obligation ou un droit pour la mère ? La majorité des auteurs musulmans s'accorde pour dire, qu'il s'agit bien d'un droit, puisqu'elle peut y renoncer et qu'elle est en droit de s'en servir comme contrepartie, pour recouvrer sa liberté, dans le cadre du divorce par voie de « khol ». Aux termes de l'article 66 du Code de la Famille, le droit de garde « cesse par renonciation tant que celle-ci ne compromet pas l'intérêt de l'enfant ». Or dans un cas pareil et si aucun proche parent n'en réclame la garde, l'enfant va être profondément marqué par les querelles parentales et nourrir un ressentiment indélébile contre ses propres parents d'abord, ensuite contre la société tout entière. Celle-ci, peut, pour contribuer à atténuer des situations aussi dramatiques, instaurer suffisamment de structures chargées de promouvoir et encourager notamment le recueil légal, ou « kafala », prévu par l'article 116 du Code de la Famille, qui correspond approximativement à l'adoption. Ce texte, du reste, mérite d'être remanié : « On a pu relever à travers la jurisprudence, constate un auteur de talent, que le traitement réservé à l'enfant n'est pas identique, le juge se prononce différemment selon qu'il s'agit d'un enfant biologique ou recueilli. Une telle situation, ajout-t-elle, résulte de la loi elle-même qui n'offre pas une protection suffisante à ce dernier, ce qui appelle un réel débat sur ce sujet² ».

Nos juridictions connaissent également de contestations que suscitent, dans un autre cadre, la renonciation, principalement momentanée, à la hadana, ainsi que la déchéance de ce droit. Aux termes de l'article 66 du Code de la Famille:

«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... ». 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, quelque peu, ambiguë rendent la tâche de nos juridictions malaisée. De même, se pose de manière cruciale le problème du logement de la femme divorcée attributaire du droit de garde³. Que faut-il entendre par l'obligation de logement ou de son loyer? La volonté de mettre à la disposition de l'épouse divorcée un logement n'est pas dénuée de fondement. Cependant telle qu'elle est conçue par la loi, cette volonté n'a qu'une portée toute relative. Le fondement du droit réside dans l'obligation générale d'entretien qui incombe au père de l'enfant gardé (article 75 du code de la famille). L'article 72 (modifié par l'ordonnance n°05-02 du 27 février 2005), plus explicite, énonce, à ce propos que le père doit pourvoir au logement de son enfant, en ces termes :

« En cas de divorce, il incombe au père d'assurer, pour l'exercice de la garde, à la bénéficiaire du droit de garde, un logement décent ou à défaut son loyer

La femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement».

Mais le fondement le plus important ne réside-t-il pas dans le Coran ? En effet le verset VI de la sourate L XV édicte : « logez 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, de surcroît, 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'égards en raison de ses responsabilités. De la sorte, en partant de l'esprit de cette sourate, la hadana pourrait avoir droit à un statut privilégié, d'autant plus que l'entretien des enfants pèse légalement sur le père, qui doit s'acquitter de la pension alimentaire jusqu'à la date d'expiration de la garde assumée par la mère.

La difficulté d'aborder un tel sujet ressort à l'évidence, à travers deux axes principaux, à savoir : le droit à la hadana (I^è), ainsi que les contestations qui se rapportent, de façon générale, à cette institution (II^è).

I – LE DROIT A LA GARDE DE L'ENFANT.

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

A / La nature juridique de la hadana

Quelle est la nature juridique de cette institution? Faut-il l'analyser en un droit de la mère, une charge de celle-ci, ou bien, tout simplement, en un droit de l'enfant gardé ?

1. La hadana : prérogative féminine

La question primordiale est de savoir si le droit de garde, ou hadana est un droit ou un devoir pour la personne qui en est investie, appelée «hadana». 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 bras⁴. Certes, le droit de 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 petit enfant a besoin, avant tout, des soins d'une femme. Qui saurait les lui prodiguer mieux que sa mère? C'est pourquoi la renonciation de la mère à la hadana pose un grave problème.

La hadana étant une charge, quelquefois trop lourde pour la mère, on comprend que celle-ci puisse 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. Ces postulats étant posés, qu'en est -t-il dans la pratique jurisprudentielle ? 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 la renonciation, lorsqu'elle porte préjudice à l'intérêt de l'enfant gardé; qu'il s'ensuit que le moyen n'est pas fondé ⁵ ».

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'assumer ⁶.

« Le chrâa souligne la haute juridiction a pris en considération la tendresse et l'affection 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 irrecevable⁷ ». Si elle se désiste de la hadana, la mère 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 renonciation ⁸ ».

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 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 susceptible 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 réunies ⁹ ». 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.

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 maternité ¹⁰. 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. A ce propos, dans une espèce dans laquelle l'intérêt de l'enfant n'était point évident, au départ, pour les juges du fond, la Cour suprême qui a eu à en connaître, déclare : « L'article 64 du Code de la Famille

établit l'ordre de dévolution de la garde, mais il recommande de prendre, en tout état de cause, en considération. l'intérêt de l'enfant gardé, en termes plus clairs, il attribue le droit de garde à celui, (ou celle) qui satisfait à l'intérêt de l'enfant gardé »¹¹. Il ressort effectivement 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 ».

Sur un autre plan, cette charge ne pèse pas matériellement sur la mère. L'article 72 énonce en effet :

« En cas de divorce, il incombe au père d'assurer pour l'exercice de la garde, à la bénéficiaire du droit de garde, un logement décent ou à défaut son loyer

La femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal, jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement». La question qui se pose est de savoir, à partir de quel moment le père de l'enfant est tenu d'exécuter l'obligation relative au loyer. Une décision de la Cour suprême montre que le loyer du logement de l'enfant gardé commence à courir à compter de la date du prononcé du jugement qui fixe le droit de garde. « Attendu, souligne, la haute juridiction, que l'omission, dans l'arrêt déféré, de la date du début du droit au loyer, dont argue le demandeur au pourvoi, n'affecte, en rien la validité de l'arrêt, étant donné que le loyer est dû à la hadina, à compter de la date du prononcé de l'arrêt qui a confirmé l'attribution de la garde à la hadina¹² ». Il s'agit, là, probablement d'une erreur matérielle, car le paiement du loyer s'exécute dès le prononcé du jugement

Par ailleurs, il convient de signaler qu'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. En outre, 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. A ce propos, le droit de garde de la mère sur sa fille cesse, de plein droit, à l'âge de capacité de mariage, sans jugement¹³.

Aucun texte ne prévoit l'entretien de la femme divorcée. De même s'est, déjà, posé, le problème de la demande en justice de l'épouse divorcée.¹⁴ Heureusement, l'art.7 a été modifié par l'art.04 de l'ordonnance n°05-02. Il se présente comme suit :

« La capacité de mariage est réputée valide à 19 ans révolus pour l'homme et la femme.

Toutefois, le juge peut accorder une dispense d'âge pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité, lorsque l'aptitude au mariage des deux parties est établie.

Le conjoint mineur acquiert la capacité d'ester en justice quant aux droits et obligations résultant du contrat de mariage. »

B / L'attribution de la garde

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 Hanéfites 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 dévolutive de la hadana. Le droit algérien s'est inspiré des enseignements de l'école malékite, qui bien plus que l'école hanéfite place la branche féminine au premier rang dans l'ordre de dévolution de la hadana. L'article 64 (modifié par l'ordonnance n°05-02 du 25 février 2005) édicte, en effet :

« Le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis au père, puis à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle, puis aux personnes parentes au degré le

plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant En prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite ».

Auparavant, la grand-mère maternelle et même la tante maternelle étant respectivement, placées au deuxième et troisième rang, après la mère passaient donc avant le père de l'enfant ! La jurisprudence était rigoureusement conforme aux dispositions de l'ancien texte. 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 le 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'entretien en vue de la scolarisation, la vigilance dans le but d'assurer sa protection et précise qu' :

« Étant petit, l'enfant a davantage besoin de la protection que de l'éducation qui se réalise durant l'étape suivante »¹⁵. 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 fond de n'avoir pas respecté l'ordre légal de dévolution et de n'avoir pas, le cas échéant ordonné une mesure préparatoire¹⁶; «... les juges du fond, soulignent les magistrats du droit, devaient faire appel à l'aide d'une assistante sociale pour constater l'aptitude de la personne investie de la garde, à assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant ; qu'en agissant différemment, ils ont violé les règles de dévolution de la hadana, en favorisant la ligne paternelle, et ce, en attribuant la garde de l'enfant à la tante paternelle au lieu de la tante maternelle qui la réclamait ». Une telle décision est du reste, conforme aux dispositions du texte actuel. 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 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, sur la base de la réponse, des juges du fait, fondée sur le rapport d'une assistante sociale¹⁷.

2. Les conditions d'attribution

Pour des raisons qui 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 chez 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, avoir de bonnes mœurs, ne pas être atteint de lèpre ni de maladie contagieuse, enfin avoir un caractère droit et une intégrité parfaite »¹⁸.

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 tuteur¹⁹. 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-Hattab²⁰ précise qu'il n'est pas nécessaire que la démence soit continue. De même, il faut être 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, d'après les jurisconsultes musulmans. Il y a, tout de même, une grande différence entre être à l'écart de la vie de débauche et 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 que soit remplie cette condition constitue une violation des règles du fiqh; qu'il est établi en l'espèce,

que la hadina 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 est-elle complètement incapable de «couvrir» ses enfants de leur prodiguer des soins et de les éduquer autant qu'une autre mère ? Des études sérieuses ont montré que l'amour et la tendresse de la mère sont indispensables à la croissance de l'enfant²¹. D'autres études ont également établi que le sentiment affectif de la mère était nécessaire à l'équilibre et au développement psychologique de l'enfant²². Dans la mesure où l'enfant gardé a des ressources ou si ses parents sont de condition aisée, rien n'empêche la hadina, atteinte de cécité de se faire assister par d'autres personnes, pour assurer la vigilance nécessaire. Lui retirer la garde de son enfant ne sert pas nécessairement, l'intérêt de celui-ci. Ce qui se conçoit pour la cécité est valable pour le grand âge²³, que les jurisconsultes musulmans considèrent comme inconciliable avec les obligations qu'impose l'exercice de la garde. C'est pourquoi au lieu de prononcer automatiquement la déchéance d'une personne qui a vocation à la hadana, ne serait-il pas plus équitable, en ce qui concerne l'attribution de la garde et plus profitable à l'enfant de permettre au juge d'apprécier, selon les circonstances de l'affaire et dans chaque espèce, à part, l'inaptitude, ou les cas de déchéance, tels que l'âge avancé du gardien ou son infirmité ?

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, fussent-ils être des parents²⁴. 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. De la sorte, avant la réforme du code de la famille, un juge avisé n'hésite pas à ordonner le maintien de l'enfant dans le domicile familial, lorsqu'il estime que l'attribution de la garde à sa tante maternelle risque de perturber son équilibre psychique et de se traduire par son déracinement, par la perte de ses repères ²⁵.

II -LES INCIDENTS RELATIFS A L'EXERCICE DE LA GARDE.

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. Une jurisprudence constante montre que la mère, attributaire du droit de garde, n'encourt la déchéance que pour des motifs bien précis et notamment, lorsqu'elle devient inapte à en assumer la responsabilité.

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 et les manifestations 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 hadina, 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. La Cour suprême n'a pas manqué de mettre en pratique cette règle en confirmant une décision qui déclare déchue de son droit de garde une mère, pour s'être remariée avec une personne non liée à l'enfant par un degré de parenté prohibé²⁶. 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 hadina (article 66). Dans une autre espèce, les magistrats du droit soulignent : « la mère est déchue légalement de la garde, lorsqu'elle se remarie avec un étranger ; la garde est confiée, en ce cas, à la grand-mère, à condition qu'elle ne soit pas remariée, à son tour ; qu'elle ne cohabite pas avec sa fille et qu'elle soit apte à assurer la garde²⁷ ».

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 ». ²⁸ 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 les magistrats du droit auraient-ils, tout simplement décidé ainsi, par mégarde. Ceci d'autant plus, qu'auparavant, ils n'ont 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 étran-

gère, 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 » ²⁹.

Une autre décision de la Cour suprême souligne que : « il est admis légalement et en jurisprudence que la mère ne peut revendiquer la garde après y avoir renoncé volontairement ³⁰ ». L'on sait que l'article 222 du code de la famille permet l'application des règles du chrâa, le droit musulman, étant considéré comme une source formelle du droit.³¹ 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 que 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 suffisamment urgent de revoir le texte de l'article en question, de sorte à mettre 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. L'article 71 peut être reformulé comme suit : « le droit de garde est rétabli, dans l'intérêt de l'enfant gardé, dès que la cause qui en a motivé la déchéance disparaît ». Le caractère volontaire, ou involontaire de la renonciation importe peu.

- 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 quelle 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 certains 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'es-

pèce, 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 cassation³² ».

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 l'adultère 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 hante 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 enfants³³ ».

Dans une décision relativement 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 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 condition dans 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 fondé³⁴...».

La déchéance, dans ces circonstances, se répercute sur le droit de la grand-mère maternelle. Et les magistrats du droit de souligner : « La déchéance de la mère pour moralité douteuse entraîne, du même coup, la déchéance de la grand-

mère maternelle qui n'est plus digne de confiance³⁵ ». 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 met en exergue le fait que la mère qui n'a pu donner une bonne éducation à sa fille ne saurait élever, convenablement, ses petites filles.

- L'abandon des enfants gardés

Il s'agit généralement d'enfants en bas âge, qui éprouvent, en principe, constamment le 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 hadana 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 gardien ³⁶ ».

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 chrâa, la juridiction suprême répond par les attendus suivants:

« Mais attendu que la hadana constitue à la fois 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; Qu'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 par le demandeur au pourvoi, n'est pas une preuve de son abandon par sa mère; Que le fait d'admettre cette absence, sans en tenir compte, ne constitue pas une contradiction; Qu'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 de 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 application³⁷...».

b. Les causes relatives

La déchéance de la hadana ne résulte pas de certains comportements 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 déferée 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 chrâa et parmi lesquelles 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 garde³⁸...».

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 l'autre parent 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 l'insubordination de l'épouse. A ce propos, la Cour suprême a écarté une demande en déchéance :

« Attendu, énonce-t-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 enfants³⁹ ».

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 hadana, 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 chrâa qui lui donne la préférence sur le père, au regard des enfants en bas âge⁴⁰. Par précarité des ressources, la haute juridiction vise, semble-t-il, la mauvaise manière de la hadana 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'épouse⁴¹– par le père de l'enfant puisque c'est à lui qu'incombe, légalement, l'obligation d'entretien.

De même la condition de la confession n'est pas imposée à la personne investie de la garde ; la loi exige tout simplement que le titulaire du droit de garde élève l'enfant selon les principes de l'Islam. Certes, la disparité de religion constitue pour certains auteurs musulmans, un cas de déchéance, mais pour la majorité de la doctrine l'obligation prévue par l'article 62 du code de la famille, d'éduquer l'enfant dans la religion de son père n'impose pas nécessairement à la mère d'être musulmane pour en conserver la garde. Ce qui importe c'est l'affection dont a besoin l'enfant ; une mère musulmane n'est pas, nécessairement, plus affectueuse qu'une mère de confession juive ou chrétienne. Dans ces circonstances, la déchéance ne saurait être invoquée tant que la mère n'a pas essayé de détourner l'enfant de la religion de son père. A ce propos, 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 catéchisme tenu à l'église et d'attestations délivrées par les services religieux⁴¹. 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 chrâa 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 enfants à la mère qui réside dans un pays étranger loin du contrôle du père comme en l'espèce, est contraire au chrâa et à la loi; il en découle la cassation de l'arrêt dont pourvoi⁴² ».

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 étranger non musulman, la préférence, en matière d'attribution du droit de garde, est accordée...à celui qui demeure en Algérie; en l'occurrence, la mère non musulmane est, dans ces conditions, prioritaire par rapport au père⁴³.

Les causes dites relatives méritent d'être prises en considération, lorsqu'elles atteignent un certain degré de gravité, ou lorsqu'elles s'interprètent 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 hadana, 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 hadana 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, qui, pourtant, était, avant la réforme de 2005 du code, prioritaire, dans l'attribution du droit de garde par rapport au père⁴⁴. Dans une autre décision la haute juridiction a cassé 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 déchéance⁴⁵. Cette décision montre l'importance de la détermination précise de l'évènement, 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 à assurer la garde du jeune K. n'a pas donné lieu à critique sérieuse⁴⁶ ».

Dans une autre espèce 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. 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)⁴⁷.

B Le cas de l'incapacité à exercer la garde.

L'incapacité 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 ». Outre l'incapacité physique ou mentale, qu'en est-il de l'activité professionnelle de la personne investie de l'exercice de la garde et de l'éloignement des domiciles de chacun des parents de l'enfant, à l'égard de l'autre?

1 L'incapacité physique ou mentale

Le titulaire du droit de garde doit être en mesure de s'occuper de l'enfant de manière constante, de le soigner, de l'entretenir, de l'éduquer. Une telle responsabilité implique certaines conditions. La gardienne ne doit, évidemment pas être, selon les jurisconsultes de Droit musulman impotente, atteinte de cécité, de surdité, ou d'un âge trop avancé. De même qu'elle ne doit pas être atteinte de maladie susceptible de compromettre la santé de l'enfant gardé. Certaines maladies physiques et les maladies mentales mettent obstacle à l'exercice de la garde. Mais la maladie qui empêche le (ou la) titulaire du droit de garde de l'exercer, conformément à la loi, doit être dûment établie. Les allégations du père de l'enfant visant à retirer la garde à la mère, au motif qu'elle était mentalement inapte à s'en occuper, ont été jugées infondées par la Cour suprême⁴⁸.

2 Le problème de l'exercice d'une activité

Les deux décisions suivantes rendues, à des dates éloignées l'une 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'affection prodigués aux enfants; mais ces soins doivent être assurés en tout instant ainsi que la protection ».

Et les juges du droit 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 chrâa, 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 nécessaires⁴⁹ ». Aujourd'hui la Cour suprême semble s'orienter en sens contraire, ainsi qu'il ressort d'un arrêt dans lequel, elle énonce:

« la jurisprudence de la Cour suprême est constante sur le fait que le travail ne constitue pas un cas de déchéance de la hadana⁵⁰... » ; dans un autre attendu de la même décision, elle souligne : « il est admis en jurisprudence, de manière constante que l'activité professionnelle n'est pas considérée comme un motif de déchéance du droit de garde de la mère ». En fait le revirement n'est-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 ; à moins que la Cour suprême ne vise, tout simplement, implicitement, en l'espèce, que l'inaptitude et non la déchéance.

3 La question de l'éloignement

Après la dissolution du mariage, il arrive que la mère gardienne de ses enfants rejoigne 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, 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 jugé 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 transport⁵¹. 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 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 suprême⁵² ». Cette formulation laisse supposer que si le moyen en question avait été invoqué, devant les juges du fait, la solution aurait été différente. 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 en 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 chrâa 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 ; Qu'il suit de là qu'en statuant, comme ils l'ont fait, les juges du fond n'ont pas justifié légalement leur décision⁵³...».

Conclusion

Certains docteurs musulmans voient en la hadana une forme de tutelle ou «walaya»⁵⁴. 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 gardienne n'est pas, en principe, 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 modifié et complété par l'art.17 de l'ordonnance n°05-02 du Code de la famille énonce :

« Le père est tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit.

La mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci.

En cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants a été confiée ».

Auparavant, ce n'est qu'au décès du père, que l'exercice de la tutelle revient à la mère. La réforme du 27 février 2005 a donc étendu les droits de la femme relativement à la gestion des biens de ses enfants mineurs ; en effet, en cas de divorce- c'est le plus important- l'article 87 alinéa3 mentionne que « le juge confie l'exercice de la tutelle au parent, à qui la garde a été confiée ». Comme dans la quasi-totalité des cas, c'est à la mère que la garde est dévolue, il s'agit, donc d'un acquis appréciable pour la femme.

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 garde, 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'eût été leur amour pour l'enfant gardé. C'est précisément, à ce propos que l'idée de «tutelle affectueuse⁵⁵» a été évoquée. Il n'est pas erroné d'affirmer que la garde est une prérogative naturelle de la mère. Au demeurant l'éducation des enfants durant la vie commune incombe à la mère. L'article 39 du code de la famille (abrogé par l'ordonnance n°05-02 du 27 février 2005) énonce, en effet, qu'elle est tenue d'élever sa «progéniture». C'est essentiellement elle, qui exerce la hadana durant la vie commune. La mère, en droit musulman, exerce naturellement le droit de garde, même en l'absence de tout litige. C'est dire que le droit de garde n'est pas consécutif au divorce. Mais, généralement, les contestations relatives à la garde 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, ou quasi-automatique.

notes:

1- Ibn Rochd (Bidaya II. 57) Beyrouth 1996.

2 - HANIFI (Louiza), « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux », thèse de doctorat d'Etat. Université d'Alger, Faculté de Droit, 2008, p 318.

3- 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 (aujourd'hui abrogé) 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'ancien 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 ». Il posait des conditions expresses à l'octroi du droit au logement. Ce recul dans la protection des enfants en bas âge sera aggravé par l'abrogation de cet article dans sa partie relative au logement par l'ordonnance n°05-02 du 27 février 2005.

Cette régression qu'accuse le code de la famille est également aggravée par la jurisprudence (voir article de l'auteur, paru dans la Rev. alg. 2003 n°1, intitulé : « L'évolution de la jurisprudence en matière de hadana », pp. 37—69 ; l'auteur s'en est largement inspiré).

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

5- Arrêt n° 189234 du 21/4/1998. Revue de la Jurisprudence n° spécial 2001 p 175.

6- Arrêt du 19/12/1998. Revue de la Jurisprudence 1990 n° 4 p 70.

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

8- Arrêt n° 53340 du 27/3/1989. Revue de la Jurisprudence 1990 n° 3 p 85.

9 Arrêt n° 134 951 du 21/5/1996. Revue de la Jurisprudence 1997 n° 2 p 86.

10- H.Benchikh, la garde, un attribut de la maternité en droit algérien. Revue

Internationale de droit civil. 1986 n° 03 p 897.

11- Arrêt n°330566 en date du 18/5/2005, www.mjustice.dz

12- Cour suprême, Arrêt n°331833, en date du 15/6/2005, www.droit.mjustice.dz.

13- Cour suprême, Arrêt n°347914, en date du 04/01/2006, www.droit.mjustice.dz.

14- Effectivement, l'épouse divorcée- lorsque son âge se situait entre dix huit (18) ans révolus (article 7 (ancien texte) du code de la famille) et dix neuf (19) ans révolus (article 40/2 du code civil)- était dans l'impossibilité d'ester en justice, pour défendre ses intérêts. En principe, étant mineure, elle ne peut ni agir contre son mari ni en être assignée. Le tuteur n'étant, légalement, chargée de l'entretien de sa fille que jusqu'à la consommation du mariage ne saurait être citée 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.

15 -Arrêt n °89672 du 23/02/1993 Revue de la Jurisprudence, n° spécial de la chambre de statut personnel, 2001 p 166.

16-Arrêt n° 179471 du 17/3/1998 Revue de la Jurisprudence n° spécial 2001 p 172.

17- Arrêt n° 153640 du 18/02/1997, Revue de la Jurisprudence, 1997 n° 01 p 39.

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

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

20- Mawahib Al Jalil IV 215, Le Caire 1329 H.

21- KHELLAF (Nadéra), La déchéance de la hadana, Mémoire de Magister, Université d'Alger, Faculté de Droit, 1984, p 82

22 -KHELLAF (Nadéra), Ibid, p 85

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

24 Ibn Abidin, Radd Al Muhtar II 687.

25 -Du reste, cette façon de voir, plaidait en même temps en faveur de l'attribu-

tion du droit au bail au parent auquel était, autrefois, confiée la garde et qui se trouvait généralement être la mère. Elle contribuait à atténuer, notablement, l'ampleur des litiges relatifs au logement.

26-Cour sup. Arrêt n° 331058. en date du 18/5/2005, WWW. Droit.mjjustice.dz.

27 -Cour sup. Arrêt n°50011. en date du 20/6/1988, Revue de la Jurisprudence 1991 n°2, p 57

28- Arrêt n° 201336 du 21/7/1998, Revue de la Jurisprudence, 2001 (n° spécial) p 178.

29- Arrêt n° 58812 du 05/02/1990. Revue de la Jurisprudence, 1990, p 58.

30 -Cour suprême, arrêt n° 53340. du 27/3/1989, Revue de la Jurisprudence, 1990, n°3 p 87

31 -Salah Bey MC L'application de la loi par les tribunaux, Revue algérienne de Sciences Juridiques Economiques et Politiques, 1982 n°4 p 649.

32 -Arrêt n°53578 du 22/5/1989. Revue de la Jurisprudence, 1991 n° 4 p 99.

33- Chambre civile 15/5/1968. Revue de la Jurisprudence 1er tome p 32.

34- Arrêt n° 171684 du 10/9/1997. Revue de la Jurisprudence n° spécial 2001 p 169.

35 -Arrêt n° 31997 du 09/01/1984. Bulletin des magistrats 1989 n° 1 p73.

36-Arrêt n° 50270 du 07/11/1988. Revue de la Jurisprudence 1991 n° 03 p 48.

37 -Chambre civile 23/12/1968 Revue de la Jurisprudence. P 82.

38 -Arrêt du 14/5/1969 Revue de la Jurisprudence 1969 tome 1 p 228 bis.

39- Arrêt du 09/10/1968 Revue de la Jurisprudence p 98 bis.

40 -Chambre civile 13/11/1968 Revue de la Jurisprudence p 63 bis.

41 -Chambre de statut personnel 16/4/1979 Bulletin des magistrats 1981 n° 02 p 108.

42 -Arrêt n° 59013 du 19/02/1990 Revue de la Jurisprudence 1991 n° 4 p 116.

43 -Chambre de statut personnel, Bulletin des magistrats 1990. 4. 74.

44- Arrêt n° 33636 du 25/6/1986. Bulletin des magistrats 989 n° 3 p 45.

45- Arrêt n° 58220 du 05/02/1990. Revue de la Jurisprudence 1993 n° 3 p58.

46- Arrêt du 13/11/1968. Revue de la Jurisprudence p70 bis.

47- Arrêt du 05/02/1990. Revue de la Jurisprudence 1993 n° 3 p58 (déjà cité).

48 -Cour suprême, Arrêt en date du 13/2/2002 n°265727, Revue de la Jurisprudence 2002 n°2 p 432