

L'ENTRETIEN DE L'ENFANT DE PARENTS DIVORCES

Mohand Mokrane HADJ-ALI *

Il est unanimement admis par la tradition musulmane que le mari doit l'entretien à son ou ses épouses ainsi qu'à ses enfants (1). Cette obligation alimentaire que l'on appelle « Nafaqa » ne pèse cependant pas sur le mari, semble-t-il, lorsque la femme sait, avant l'union matrimoniale, que son futur mari est dans l'impossibilité d'assurer cette charge, mais accepte tout de même de contracter mariage (2). Hormis ce cas l'entretien est dû à la femme en tout état de cause. On sait que cet entretien cesse en principe avec la rupture du lien matrimonial, sauf à réserver les cas où il subsiste un certain temps après le divorce dans des circonstances que le droit musulman a déterminées (3). Mais l'entretien des enfants, lui, demeure toujours, en dépit du divorce et à la charge du père (4). Celui-ci doit fournir

(*) Assistant à la faculté de droit et des sciences économiques d'Alger.

(1) KHALIL BEN ISHAQ « Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Mâlek ». Traduction nouvelle par G.H. BOUSQUET T2 (statut personnel). La maison des livres Alger 1958 p. 132-133 §§ 168-169.

— SIDI KHALIL « Mariage et répudiation » Traduction avec commentaires par E. FAGNAN Alger 1909 p. 204 et 216.

— IBN ABI ZIAD QAYRAWANI : « La Risâla » Traduction L. BERCHER. Ed. Carbonnel 1952.

(2) G.H. BOUSQUET « Précis de droit musulman principalement malékite et algérien » 3ème édition La Maison des Livres Alger p. 127 n° 67.

— L. MILLIOT « Introduction à l'étude du droit musulman » p. 331 n° 327 Sirey 1953.

— SIDI KHALIL « Mariage et répudiation » Traduction avec commentaires par E. FAGNAN Alger 1909 p. 211.

(3) SIDI KHALIL « Traduction par E. FAGNAN » p. 208 et 209.

(4) KHALIL BEN ISHAQ « Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imam Mâlek » Traduction nouvelle par G.H. BOUSQUET T2 (statut personnel) p. 134 et 137 : « En vertu de la parenté il est obligatoire que le père assure la nafaqa à l'enfant mâle, jusqu'à ce qu'il soit pubère, raisonnable, en mesure de gagner sa vie et à la fille jusqu'à consommation de son union avec son mari. ».

— SIDI KHALIL « Traduction par E. FAGNAN » p. 216.

des aliments, lato sensu : nourriture, vêtements etc..., et même un logement théoriquement (5). Le tout se résoud en une pension d'entretien que le père doit verser à la personne qui a la garde de l'enfant ; c'est en général la mère ou les parents de la ligne maternelle.

Le droit algérien, qui, à l'heure actuelle est exclusivement jurisprudentiel applique ces principes et vous aurez l'occasion de vous en rendre compte par les quelques exemples que nous citerons.

Apparemment, cette question de l'entretien de l'enfant après divorce ne soulève aucun problème majeur. Cependant, il en est un sur lequel les juridictions du fond ne semblent pas s'être mises d'accord : c'est l'application du principe « aliments ne s'arrêtent pas. » La première partie de notre exposé consistera à essayer de faire le point de notre jurisprudence en la matière et à préciser l'application du principe ci-dessus énoncé. Par ailleurs la réalité de tous les jours n'est pas aussi simple que semblent le laisser croire les décisions rendues en cette matière. En ce domaine en effet, il y a un divorce quasi total entre les faits et le droit. Une situation s'est créée qui fait qu'en réalité, dans la majeure partie des cas, c'est la mère et non le père qui pourvoit à l'entretien des enfants, quand ce ne sont pas les enfants eux-mêmes, qui, en se « débrouillant par les moyens du bord » sont souvent amenés à faire la connaissance... du juge des enfants ! Une brève analyse de cette situation dans la deuxième partie de cet exposé sera pour nous l'occasion de faire un certain nombre de suggestions. Mais voyons d'abord l'état de notre jurisprudence.

I. LE DROIT POSITIF

Le père disions-nous, doit des aliments à sa femme et ses enfants. La pension servie à ces derniers après rupture du lien conjugal est soumise si l'on en croit les décisions de nos cours et tribunaux aux deux principes régissant toute obligation alimentaire, à savoir :

— d'une part, le quantum de la pension est fixé par le juge en tenant compte des ressources du débiteur et des besoins du créancier ;

— d'autre part, en vertu du principe qui veut que les aliments ne s'arrêtent pas, certaines décisions n'accordent la pension d'entretien que du jour où une demande en justice est formée dans ce sens. Or ce sont ces deux règles qui gouvernent l'obligation alimentaire en droit français. Leur utilisation par les juridictions algériennes, qui par ailleurs font appel au « chraâ », soulève à notre sens quelques remarques, tout au moins relativement à la seconde règle.

(5) Opinion controversée. V. SIDI KHALIL - Traduction par E. FAGNAN - (déjà cité) p. 222 note 2.

A) La pension est fixée eu égard aux moyens du débiteur et aux besoins du créancier.

Il n'y a là rien d'illogique. La doctrine musulmane a toujours professé cette opinion (6). A la limite disions-nous en commençant cet exposé, le débiteur insolvable ne doit rien, lorsque la femme avait en connaissance de cause accepté d'épouser un homme incapable de lui assurer le gîte et le couvert. Les juridictions algériennes ont eu à maintes reprises l'occasion de réaffirmer ce principe. Voici quelques exemples :

— la cour de Mostaganem dans un arrêt du 3 novembre 1936 a jugé « que la pension alimentaire pour les enfants est calculée d'après les ressources du père, l'âge de ses enfants et le mode de vie ». Le même arrêt ajoute : « le coût de la vie étant moins élevé à la campagne qu'en ville, il importe de réduire à cinquante dinars par mois la pension fixée par les premiers juges à cent dinars ».

— la même cour, dans un arrêt du 5 octobre 1967 a estimé qu'il n'y avait jamais chose jugée en matière de pension alimentaire, ce qui, en d'autres termes signifie que, si les ressources du père venaient à augmenter les juges se réservent le droit de réviser la pension dans le sens d'une augmentation, s'ils estiment que les besoins de l'enfant commandent pareille mesure. Le raisonnement inverse est également valable : la pension pourrait être réduite si les ressources du père venaient à diminuer.

Nous relevons cependant une formulation contestable faite toujours par la cour de Mostaganem dans un arrêt du 17 novembre 1966 dans l'attendu ainsi libellé : « attendu qu'il est constant que la pension alimentaire est fixée en tenant compte à la fois de la situation et des besoins de celui à qui elle doit être servie ». Cette manière de voir passe sous silence la condition relative au débiteur et qui veut que l'on tienne compte des ressources de ce dernier. Donc, compte tenu de ces trois décisions, et mise à part la critique que nous formulons à l'encontre de la décision de la cour de Mostaganem du 17 novembre 1966 (7), l'application du premier principe ne soulève pas de difficulté. Passons au second.

B) « Aliments ne s'arrêtent pas ».

On s'est élevé contre la pratique de certaines juridictions consistant à attribuer avec effet rétroactif une pension à l'enfant. Celle-ci ne partirait pas du jour de la demande, mais du jour où le père a cessé

(6) KHALIL BEN ISHAQ « Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Malek » Traduction nouvelle par G.H. BOUSQUET p. 132 § 168.

(7) Il semble qu'il ne s'agit là que d'une simple erreur de reproduction de l'arrêt original que nous n'avons pas pu avoir - dans le fascicule reproduisant un certain nombre d'arrêts sur le droit de la famille mis gracieusement à la disposition des participants au colloque par le ministère de la justice.

d'honorer son obligation alimentaire envers ses enfants. Or, entre les deux, une période de temps plus ou moins longue a pu s'écouler. En droit français, il est de règle que, tant qu'une pension alimentaire n'est pas demandée, le débiteur ne doit rien (8). On présume en effet que le créancier qui ne l'a pas demandée n'était pas dans le besoin. Mais en droit français la pension alimentaire servie aux enfants échappe à l'application de ce principe. Il y a en effet, souvent confusion entre l'obligation alimentaire ordinaire et l'obligation d'entretien de l'enfant (9). Qu'en est-il en droit musulman ? Il faut se rappeler que l'homme doit toujours des aliments à sa femme et ses enfants. C'est une obligation à laquelle il ne peut se soustraire. L'enfant est titulaire d'une créance et celle-ci est toujours exigible. Par conséquent les décisions qui accordent une pension à l'enfant en l'assortissant de la rétroactivité sont à notre sens parfaitement conformes à la pratique du droit musulman. Et ce sont les décisions qui appliquent à la lettre la règle « aliments ne s'arréragent pas » qui sont sujettes à critique. Inconsciemment, les juges appelés à statuer en cette matière sont influencés par le droit français. Or cette règle est étrangère au droit musulman tout au moins pour tout ce qui a trait à l'entretien de la femme et des enfants (10). Seulement, tel n'a pas été l'avis de la cour de Mostaganem dans son arrêt du 17 novembre 1936, qui affirme : « en vertu du principe aliments ne s'arréragent pas, le créancier alimentaire qui n'a pas demandé le paiement de sa créance est censé ne pas avoir eu besoin de pension ». Cette vue des choses est totalement fausse. La preuve en est que la femme qui a des biens personnels est quand-même entretenue par son mari tant que l'union n'est pas dissoute (11). Elle n'a pas besoin de cet entretien, et pourtant il lui est dû. L'enfant également a toujours droit à cet entretien. D'ailleurs un autre arrêt de la même cour de Mostaganem qui décidément semble avoir l'exclusivité en cette matière n'a pas appliqué le même principe dans un arrêt du 6 avril 1937, rendu dans les circonstances suivantes : le nommé B... contestait devant les premiers juges sa qualité d'époux légitime de la dame B... et intentait une action en annulation de l'acte de mariage (?) dressé par l'officier de l'état-civil de Mostaganem le 8 septembre 1960. Il s'agit en réalité ici d'une action en nullité de mariage qui ne dit pas son nom et qui n'est, semble-t-il, fondée sur rien. Il prétendait n'avoir vécu que maritalement

(8) — J. CARBONNIER droit civil Tl. n° 201 p. 617.

— MARTY ET RAYNAUD « droit civil » Tl. 2ème volume n° 60.

— H.L. et J. MAZEAUD « Leçons de droit civil » Tl n° 1218.

(9) J. CARBONNIER droit civil Tl. n° 139 p. 611.

— F. DERRIDA « L'obligation d'entretien » thèse Alger 1947
Dalloz 1952 p. 314.

(10) SIDI KHALIL « Mariage et répudiation » Traduction par
E. FAGNAN p. 216 note 1.

(11) SIDI KHALIL Traduction par E. FAGNAN p. 212.

avec la défenderesse. Une fille naquit de cette union le 4 mai 1963. Les premiers juges le 19 avril 1964 ont reconnu la validité de l'acte de mariage litigieux (sous-entendez qu'ils n'ont pas accueilli la demande en nullité) et ont, en conséquence, condamné le mari à verser à compter du 5 septembre 1960 donc bien avant la demande en justice de la femme une pension à l'épouse et à l'enfant sur la base de soixante dinars par mois et par personne. La cour de Mostaganem a confirmé cette décision tout en réduisant le montant de la pension à quarante dinars. Il est donc à remarquer ici que le principe de la rétroactivité de la pension n'a pas été remis en cause par la juridiction d'appel. En cela elle n'a fait qu'appliquer la règle selon laquelle le mari doit l'entretien à sa femme et à ses enfants.

Par conséquent, et pour en terminer avec cette première partie, ce que nous trouvons contestable dans l'application de ce principe, c'est qu'une règle à priori étrangère au droit musulman soit appliquée dans une matière, qui, actuellement tire sa source principale de ce droit (12). Mais cela ne veut pas dire pour autant que nous soyons contre l'adoption d'un tel principe. Seulement, c'est le fondement même des rapports entre époux qui devrait être repensé pour déboucher sur la règle instituant un devoir mutuel d'assistance et secours aussi bien entre conjoints qu'entre ascendants et descendants. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point.

Voilà brossée à grands traits, l'état de notre jurisprudence en cette matière. Mais en vérité, ce n'est point ce que nous venons de vous exposer qui nous tenait le plus à cœur, sinon un autre aspect du sujet que nous intitulerons : la réalité sociale.

II. LA REALITE SOCIALE

A) A notre sens les décisions de jurisprudence que nous avons citées ne traduisent nullement la réalité. Le droit, ici, ne peut être qu'un reflet bien pâle de la vie de tous les jours. Cette réalité si elle semble simple, n'en est pas moins préoccupante. Quelle est-elle ? Dans les faits et dans la majeure partie des cas, le fardeau de l'entretien des enfants pèse plutôt sur la mère et ceci essentiellement pour deux raisons :

— d'une part lorsqu'une pension est allouée par les tribunaux, celle-ci est en général fixée à un montant très modique : quarante, cinquante, et exceptionnellement soixante dix ou cent dinars par mois.

(12) M. ISSAD « De quelques problèmes soulevés par la nouvelle fonction du droit et la diversité de ses sources en Algérie » Revue juridique et politique indépendance et coopération n° 1 1966 p. 59.

Or il est vain de prétendre assurer l'entretien d'un enfant avec une pareille somme. Donc même si une pension est effectivement versée, elle ne paraît avoir à cinquante dinars par mois que la valeur d'un symbole. Bien sûr, cela peut dépendre de la condition de la personne qui la reçoit. Mais si l'on devait s'en tenir à une moyenne raisonnable, il faudrait actuellement allouer une pension de cent dinars par mois et par enfant. On s'aperçoit tout de suite que pour peu qu'il y ait deux enfants, cela fait deux cent dinars ; il y a des maris divorcés qui ne les gagnent pas ! C'est sur la mère, en définitive, que retombe l'entretien des enfants. Et si celle-ci n'a pas de ressources c'est la misère d'une famille qui vient s'ajouter à celle de bien d'autres.

— d'autre part un grand nombre de femmes divorcées ne réclament rien en justice, soit par ignorance de leurs droits soit parcequ'elles estiment qu'il serait peut-être trop long et trop coûteux de recourir aux tribunaux. Mais comme il n'y a pas de statistiques en la matière, c'est avec plaisir que nous accueillerons toutes précisions pouvant nous être fournies à ce sujet.

Ce sont là les principales raisons de cet état de choses. Il y en a d'autres.

— De 1954 à 1962 du fait de la guerre de libération, un grand nombre de maris sont allés faire leur devoir ; divorcés ou pas, c'est la femme qui a veillé à l'entretien des enfants.

— l'émigration des travailleurs algériens en France est aussi pour une bonne part dans cette situation. Il est cependant à remarquer que là, il s'agit d'un cas bien spécial. Parfois, ce n'est pas seulement l'enfant qui est délaissé, mais toute la famille, le travailleur émigré n'étant pas forcément un divorcé. Par ailleurs certains d'entre eux condamnés à verser une pension alimentaire à leur enfant s'arrangent pour ne plus donner signe de vie échappant ainsi à leurs obligations.

— il faut tenir compte enfin, du facteur qui veut que le mari en instance de divorce n'attende même pas que le tribunal ait rendu son jugement pour se remarier ; et sans aucun doute invoquera-t-il sa nouvelle situation, sinon pour se soustraire à ses obligations envers ses enfants, du moins pour essayer de limiter le quantum de la pension qu'il devra verser.

B) En fait donc on peut tenir pour acquis que la femme divorcée lorsqu'elle a la garde des enfants contribue autant, sinon plus que l'homme, à leur entretien.

Une constatation s'impose ici quant à la situation de la femme dans notre pays. Celle-ci a, de plus en plus tendance à avoir un emploi, donc un salaire. C'est un phénomène qui se développe un peu plus chaque année. Si cette tendance ne concerne actuellement que les villes d'une certaine importance, il est permis de penser que dans un avenir plus ou moins proche, cette situation se généralisera. C'est une évolution dont il faut tenir compte. De quelle façon ? En effet

la conséquence essentielle de ce phénomène relativement nouveau de la femme qui travaille, sur le plan des rapports entre époux, est que ce n'est plus le mari, seul, qui pourvoit à l'entretien du ménage. Le mouvement est à notre sens largement amorcé. En pratique dans un ménage où le mari et la femme ont tous deux un emploi, les charges sont supportées par les deux conjoints. Que reste-t-il, ou du moins que restera-t-il alors dans quelques années de la règle classique du droit musulman qui met à la charge du mari l'entretien de la femme et des enfants. Cette règle se justifiait pleinement et se justifie encore à l'heure actuelle dans la mesure où la femme s'occupe seule des travaux domestiques. C'est, en quelque sorte, sa contribution aux frais du ménage. Mais ne serait-il pas plus simple et plus logique de mettre en harmonie le droit et les faits pour préconiser de *lege ferenda* la règle selon laquelle le mari et la femme devront contribuer, chacun dans la mesure de ses moyens aux frais du ménage et à l'entretien des enfants ? (13). Cela serait plus conforme à l'état actuel, quoique partiel, des choses et plus encore aux perspectives d'avenir. Et n'est-ce pas l'une des fonctions du législateur que d'aligner le droit sur les faits ?

Cette règle, si elle devait être adoptée ne résoudra certainement pas, comme d'un coup de baguette magique, le problème de l'entretien de l'enfant après divorce des parents. C'est essentiellement un problème de niveau de vie des familles, donc un problème économique. Mais cela aurait l'avantage de légaliser une situation de fait qui va se généralisant ; ce n'est pas négligeable. Les règles qui présidaient jusqu'à maintenant à l'allocation d'une pension alimentaire aux enfants pourraient alors être transformées de la façon suivante :

— en cas de divorce aux torts exclusifs du mari, lui seul devra supporter les conséquences de sa faute et sera tenu seul de pourvoir à l'entretien des enfants. La pension serait fixée par le juge en tenant compte bien entendu des moyens du débiteur et des besoins du créancier ;

— en cas de divorce par consentement mutuel ou aux torts et griefs réciproques, l'entretien des enfants sera supporté par le père et la mère selon leurs possibilités pécuniaires réciproques, pouvoir étant laissé au juge d'apprécier ces possibilités.

— La solution serait la même en cas de divorce aux torts exclusifs de la femme ; le père dans ce cas doit quand-même contribuer à l'entretien des enfants . « Qui fait l'enfant doit le nourrir » disait Loyse.

(13) Une pareille règle existe (Art. 21 Al. 1^{er} décret du 17-9-1959) mais elle est très limitée. Elle ne concerne en effet que les enfants et seulement après le divorce des parents «... les père et mère sont tenus de contribuer à leur entretien et à leur éducation en proportion de leurs facultés ».

Il serait souhaitable de la raviver et de lui donner un champ d'application plus vaste.

Cette règle nouvelle qui instituerait donc un devoir mutuel d'assistance et secours entre époux, analogue à celui que connaît le droit français, permettrait d'appliquer les principes régissant l'obligation alimentaire, notamment celui qui veut que les aliments ne s'arrêtent pas, encore que cette règle ne devrait pas s'appliquer à la pension servie à l'enfant. Cela rejoint ici la question que nous avons abordée dans la première partie de cet exposé et permettrait à ce moment-là de comprendre plus facilement et de donner un fondement juridique même si celui-ci peut paraître contestable à la solution de la cour de Mostaganem du 17 novembre 1966. Peut-être, nous objectera-t-on que cette règle que nous préconisons remet en cause la nature même du mariage en droit musulman et repose la question des rapports pécuniaires entre époux. Mais cela est un autre problème que le cadre limitatif tracé par ce sujet ne nous permet pas d'aborder.