

LA JOUISSANCE ET L'EXERCICE DE L'AUTORITE

DES PERE ET MERE SUR LEUR ENFANT

EN ALGERIE

Textes de référence :

- ✓ Loi n° 48/11 du 9/6/1984 portant Code de la famille.

Table des matières

A. Les attributs de la puissance paternelle.....	2
1. La tutelle sur la personne de l'enfant.....	2
a) L'obligation d'entretien.....	3
b) La garde et la surveillance des enfants	5
c) L'éducation de l'enfant	8
2. La tutelle sur les biens de l'enfant.....	8
a) Les conditions d'exercice de la tutelle sur les biens de l'enfant.....	9
b) Le contenu de la tutelle sur les biens.....	9
B. L'attribution de la puissance paternelle	10
1. La filiation source de la puissance paternelle	10
a) Quant à l'enfant né avant le mariage.....	10
b) Quant à l'enfant né pendant la séparation des parents.	13
c) Quant à l'enfant né après le divorce des parents.....	14
2. Le titulaire de la puissance paternelle.....	15

Introduction

Traiter de la jouissance et de l'exercice de l'autorité des père et mère sur leur enfant naturel ou légitime n'est pas chose aisée en droit algérien.

Ce sujet, qui relève en grande partie du code de la famille, illustre comme nous le verrons l'opposition entre deux courants de pensée. D'une part, les traditionalistes qui préconisent une application stricte des principes du droit musulman, et, d'autre part, les progressistes qui luttent pour que le droit musulman s'adapte aux exigences de l'ère moderne.

Cette querelle peut sembler dépassée depuis que l'Algérie s'est enfin dotée, en 1984 après "l'avortement" de plusieurs projets, d'un code de la famille. Celui-ci est dans la majorité de ses dispositions une codification des principes du droit musulman¹.

Il faut aussi pour clarifier les débats, souligner que selon l'article premier du code civil algérien, la loi est la première source du droit, et que le juge ne peut recourir à l'application des principes du droit musulman qu'en l'absence d'une disposition légale.

Théoriquement donc, le droit positif algérien de la famille ne doit pas être confondu avec le droit musulman. Cependant en pratique, le problème de la place du droit musulman dans ce domaine demeure posé.

En tout état de cause, avant d'aller plus loin dans l'étude de notre sujet, nous nous devons de faire deux observations : nous remarquerons en premier lieu que le droit algérien ne reconnaît aux enfants naturels aucun statut².

La seconde observation concerne le terme "autorité parentale". La législation algérienne a adopté une autre terminologie. Les père et mère exercent la puissance paternelle ou la tutelle sur leurs enfants.

Nous remarquerons aussi que seule la tutelle sur les biens de l'enfant est organisée dans un chapitre du code de la famille³. Les autres attributs de la puissance paternelle sont contenus dans différents textes, dont : le code de la famille, le code civil, et le code pénal. Le contenu de la notion de puissance paternelle doit donc être déterminé avec précision (A), avant d'étudier les modalités de son attribution lorsque l'on est en présence d'enfants nés avant le mariage, pendant la séparation ou après le divorce de leurs parents (B).

A. Les attributs de la puissance paternelle

La puissance paternelle est constituée de l'ensemble des droits et des devoirs que la loi accorde au père en priorité, puis en son absence à la mère, sur la personne et les biens de leur enfant mineur. Elle a pour but essentiel sa protection⁴.

Deux éléments se dégagent de cette définition : La puissance paternelle s'exerce sur la personne de l'enfant, et sur ses biens.

1. La tutelle sur la personne de l'enfant

Les droits et les devoirs constitutifs de la puissance paternelle ou de la tutelle sur la personne de l'enfant consistent en son entretien, sa garde et sa surveillance et son éducation.

¹ Loi n 48/11 du 9/6/1984 portant code de la famille

² Bien que le code de la nationalité par exemple ne fasse aucune distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle. Au terme de son art.6 : "est de nationalité algérienne par la filiation a) - l'enfant né d'un père algérien. a) - l'enfant né d'une mère algérienne et d'un père inconnu."(voir ISAAD (M) Droit international privé tome 1 "les règles de conflit 1980 O.P.U. Alger p.252 ")

³ Code de la famille : livre deuxième : de la représentation légale. chapitre II : de la tutelle

⁴ Benmelha Gh. : le droit algérien de la famille O.P.U. 1993 p 282.

a) *L'obligation d'entretien*

Elle n'est due que lorsque l'enfant ne dispose pas de ressources personnelles (article 75 du code de la famille).

Prévue par le code de la famille, l'obligation d'entretien y est minutieusement organisée quant à son contenu et sa durée

Le contenu de l'obligation d'entretien

L'entretien de l'enfant met d'abord à la charge du père l'obligation de subvenir à ses besoins en nourriture qui se confond avec la pension alimentaire. C'est en effet sous ce titre que le code de la famille traite l'obligation d'entretien⁵.

Cette obligation englobe aussi l'habillement et les soins médicaux. Il est intéressant de noter que le législateur oblige en outre le père à fournir un logement à ses enfants ou à défaut, leur payer un loyer (article 78 du code de la famille).

L'article 72 du code de la famille confirme ce devoir du père en cas de divorce⁶.

Malgré cela l'article 52 du code de la famille marque un net recul par rapport à ces textes. Il soumet en effet le droit au logement de la mère et des enfants à des conditions qui en limitent considérablement le champ d'application.

La femme ne doit pas avoir de "tuteur qui accepte de l'accueillir avec les enfants dont elle a obtenu la garde. Une condition supplémentaire doit être remplie, le père doit être en possession de deux logements au moins, puisque " est exclu le domicile conjugal s'il est unique " (article 52 du code de la famille).

Il y a donc une contradiction entre les articles 72 et 78 d'une part et l'article 52 d'autre part. Les premiers affirment sans aucune équivoque l'obligation pour le père d'assurer un logement à ses enfants, alors que l'article 52 semble la remettre en cause⁷.

L'étude détaillée de cette disposition dépasse le cadre de ce travail. Nous ferons néanmoins deux observations à ce sujet : la première est l'utilisation inopportune du terme " tuteur ", s'agissant d'une femme civilement majeure⁸. En pratique, le tuteur est au sens de l'article 52 du code de la famille, soit le père de la femme divorcée, soit un autre proche parent de sexe masculin qui accepte de l'accueillir avec ses enfants⁹.

⁵ Le titre 3 du code de la famille est intitulé : de la pension alimentaire

⁶ Article 72 du code de la famille dispose qu'en cas de divorce : " les frais d'entretien et le logement sont à la charge de l'enfant gardé s'il a une fortune, au cas contraire il incombe à son père de pourvoir à son logement ou à payer son loyer s'il n'en a pas les moyens ".

⁷ L'article 52 du code de la famille : " 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. "

⁸ Selon l'article 7 du code de la famille, la capacité de contracter mariage est fixée à 18 ans pour la femme, l'article 40 du code civil fixe la majorité à 19 ans, la femme mariée ayant des enfants est donc obligatoirement majeure, elle ne peut être juridiquement soumise à la tutelle de quiconque.

⁹ Arrêt cour suprême chambre du statut personnel du 27/04/1993 revue jurisprudentielle 1994 page 91 " attendu que la cour (d'appel) aurait dû s'assurer que toutes les conditions prévues par le législateur pour l'octroi d'un logement à la mère pour exercer son droit de garde sont remplies, attendu que l'arrêt attaqué ne s'est pas assuré de l'existence d'un tuteur qui accepte d'accueillir chez lui la demanderesse au pourvoi et son enfant. "

Nous observons en second lieu, que le droit au logement n'est pas un droit acquis pour les enfants, pas plus qu'il ne constitue une obligation mise de plein droit à la charge du père.

Ce dernier ne fait que se substituer aux parents de la mère. Il n'intervient qu'en second lieu après que la femme a prouvé soit qu'elle n'a pas de parents, soit que ces derniers refusent de la loger avec ses enfants.

Le père supplée à la carence des grands-parents maternels de l'enfant. Il n'apparaît plus comme le débiteur principal de l'obligation d'assurer le logement. La crise de logement que connaît l'Algérie conjuguée aux facilités accordées au père par l'article 52 du code de la famille ont jeté dans la rue un grand nombre de femmes divorcées avec leurs enfants.

Depuis la promulgation du code de la famille, les femmes ne cessent de réclamer la révision de cet article mais en vain. Leurs revendications se heurtent à un mur de silence.

Le débiteur de l'obligation d'entretien doit fournir à ses enfants en plus du logement, de la nourriture, de l'habillement et des soins médicaux "tout ce qui est nécessaire au regard de l'usage et de la coutume." (Art 78, Code de la famille). Le législateur a voulu cette formule imprécise afin de ne pas limiter l'obligation d'entretien au strict minimum. Il permet ainsi, selon les situations des parties d'assurer un certain confort aux enfants.

Le juge dans son application de l'obligation d'entretien doit tenir compte de la situation matérielle des parties et de leurs conditions de vie. C'est ainsi que le père n'est pas astreint à l'obligation d'entretien de ses enfants disposant de ressources personnelles.

En cas de divorce, la somme octroyée aux enfants au titre de la pension alimentaire est révisable une année après le prononcé du jugement l'ayant fixée. Les juges du fond jouissent d'un pouvoir souverain en la matière, ils doivent néanmoins mentionner les éléments sur lesquels ils ont basé leur décision afin de permettre à la cour suprême d'exercer son contrôle¹⁰.

La durée de l'entretien

Elle varie selon le sexe de l'enfant. En principe l'enfant de sexe masculin est pris en charge jusqu'à sa majorité, tandis que la fille l'est jusqu'à la consommation du mariage, et ce quel que soit son âge.

L'article 75 du code de la famille a prévu deux exceptions. D'une part, l'obligation d'entretien est maintenue au-delà de ces limites pour l'enfant handicapé mentalement ou scolarisé, d'autre part, elle cesse dès que l'enfant est en mesure de subvenir à ses besoins. Le manquement à l'obligation d'entretien entraîne une responsabilité pénale¹¹, comme c'est le cas pour le titulaire de la garde de l'enfant qui a contrevenu à ses devoirs.

¹⁰ Voir en ce sens l'arrêt de la cour suprême chambre du statut personnel rendu le 18/06/1991 revue jurisprudentielle 1994 page 65.

¹¹ Art. 330 et 331 du code pénal Art. 330 : " sont punis d'un emprisonnement de deux mois à un an et d'une amende de 500 à 5000 DA : le père ou la mère qui abandonne sans motif grave, pendant plus de deux mois ,la résidence familiale et se soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale. "Art. 331 : " est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 à 5000 DA, toute personne, qui au mépris d'une décision de justice rendue contre elle ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamné à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses ascendants, à ses descendants, est volontairement demeurée plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides déterminés par le jugement. "

b) La garde et la surveillance des enfants

La garde et la surveillance des enfants sont deux notions étroitement liées. Elles constituent toutes deux autant un droit qu'un devoir pour les parents, puisque leur violation entraîne leur responsabilité pénale et civile. Le code de la famille oblige les parents à contribuer conjointement à la protection des enfants et à leur saine éducation (article 36). C'est dans le chapitre relatif aux effets du divorce qu'est définie la garde des enfants, alors que l'obligation de surveillance des enfants mineurs par les parents fait l'objet de l'article 135 du code civil qui dispose : " le père et après son décès la mère, sont responsables des dommages causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux... Celui qui est tenu d'exercer la surveillance peut échapper à la responsabilité en prouvant qu'il a satisfait à son devoir de surveillance ou que le dommage se serait produit même si la surveillance avait été exercée avec la diligence requise."

La garde

La garde des enfants est définie d'abord comme le droit de fixer leur domicile et de les obliger à y résider effectivement¹².

Aux termes de l'article 38 du code civil, "le domicile du mineur est celui de son représentant légal." Si cette disposition ne pose pas problème lors de la vie commune entre les parents, il en va autrement lorsque le divorce est prononcé entre eux. Le domicile, dans ce cas, demeure celui du père, tandis que la résidence de l'enfant est celle de sa mère en tant que titulaire de la garde.

La garde inclut aussi le droit de retenir l'enfant chez ses parents ce qui implique la possibilité de recourir à la force publique pour lui faire réintégrer le domicile familial en cas de fugue. Les parents peuvent agir contre une tierce personne qui retiendrait un mineur sans droit¹³

La garde de l'enfant est exercée conjointement par les deux parents dans le cadre du mariage bien qu'étant un attribut de la puissance paternelle. Théoriquement, seul le père en est titulaire.

Les choses se compliquent lorsque les parents sont divorcés, c'est là que le contenu même de la notion de garde est sujette à débat parmi les spécialistes du droit de la famille.

Deux thèses s'affrontent. La première qualifiée de positiviste s'appuie sur l'article 62 du code de la famille et constate que le législateur a été on ne peut plus précis sur les éléments composant la garde. Il s'agit de " l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père, ainsi que la sauvegarde de sa santé physique et morale." (article 62)

La notion de garde ainsi définie légalement apparaît comme un démembrement de la tutelle sur la personne de l'enfant. C'est ce que contestent les partisans de la deuxième thèse orthodoxe, qui estiment que la garde doit être entendue au sens strict du droit

¹² Benmelha Gh. Op précité p.284 Derder (M) : les effets du mariage dans les rapports entre époux, Mémoire de magistère : Université d'Alger 1988 page 130.

¹³ article 326 du code pénal : " quiconque sans violence, menaces ou fraude, enlève ou détourne, ou tente d'enlever ou de détourner un mineur de 18 ans est puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 500 à 2000 da " .

musulman. La mère, en tant que titulaire du droit de garde, ne serait tenue que de subvenir aux besoins matériels de l'enfant, le nettoyer, laver ses vêtements et lui préparer ses repas¹⁴. Elle doit en fait se contenter de lui prodiguer les soins exigés par son enfance, les autres devoirs de protection et d'éducation étant exercés par le père lors de son droit de visite¹⁵.

Comme la garde est octroyée en priorité à la mère après le divorce, reconnaître qu'elle est un aspect de la tutelle, reviendrait à soustraire au père un élément de sa puissance paternelle et la transférer à la mère ce qui, selon les tenants de cette thèse est absolument inadmissible.

On pourrait opposer à cette opinion au moins deux arguments. Le premier consiste à revenir à l'article premier du code civil qui institue la loi comme la source première du droit, les principes du droit musulman venant en seconde position, en cas d'inexistence d'une disposition légale ce qui n'est pas le cas, en l'occurrence, l'article 62 de code de la famille ayant défini clairement la garde. Le second argument est que cette thèse fait preuve d'irréalisme. Le droit de visite tel qu'il est organisé permet au père au mieux de l'exercer durant la fin de chaque semaine (le vendredi) si ce n'est quelques jours seulement pendant les vacances scolaires. Comment peut-on dès lors soutenir sérieusement qu'il peut pourvoir à l'éducation de l'enfant, surtout quand on sait que dans la majorité des cas, les deux parents sont éloignés dans l'espace ?

Ce qui est le plus surprenant c'est que même la cour suprême semble avoir tranché et opté pour l'approche conservatrice, en ce sens qu'elle déclare que la mère doit amour et tendresse à ses enfants et c'est au père de les éduquer et les surveiller¹⁶.

Le devoir et le droit de garde tendant essentiellement à la protection de la personne de l'enfant, il est demandé au juge en cas de divorce de toujours tenir compte de son intérêt lors de la désignation de son titulaire. Un ordre a été établi par l'article 65 du code de la famille. La priorité va à la mère de l'enfant d'abord, puis à sa grand mère maternelle, puis à sa tante maternelle. Le père vient en quatrième position, suivi de la grand-mère paternelle.

L'exercice du droit de garder cesse pour l'enfant de sexe masculin à dix ans révolus et pour l'enfant de sexe féminin à l'âge de la capacité de mariage c'est à dire dix huit ans (article 65 du code de la famille). L'enfant ayant atteint cet âge doit réintégrer le domicile de son père, ce qui peut lui causer des problèmes d'ordre psychologique. Le législateur a certes prévu le maintien de la garde de l'enfant de sexe masculin jusqu'à l'âge de 16 ans, à la condition que la mère ne soit pas remariée. Cette mesure nous paraît insuffisante. A cet âge, le garçon est dans une période délicate de son existence ; un changement de son mode de vie et une séparation avec sa mère peuvent le perturber.

Le législateur a donc, tout en demeurant fidèle aux principes du droit musulman, donné la possibilité au juge de laisser l'enfant avec sa mère si tel est son intérêt (art. 65 Code de la famille).

Toujours dans le souci de protéger l'enfant, la renonciation au droit de garde ne dépend pas de la seule volonté de son titulaire. L'article 66 du code de la famille, ne la

¹⁴ voir Saad (A) : le mariage et le divorce en droit algérien de la famille 1989 p 180 (ouvrage en arabe)

¹⁵ Hanifi (L) la responsabilité des père et mère du fait de leurs enfants mineurs dans le cas du divorce revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques 1994 N 3

¹⁶ Arrêt cour suprême chambre du statut personnel du 19/12/1988 revue jurisprudentielle 1990 n 4 p 70 Voir aussi arrêt cour suprême chambre du statut personnel du 19/2/1990 revue jurisprudentielle 1991 p 117.

Arrêt de la même chambre du 16/04/1990 in publication des magistrats 1991 note p 55.

valide que si elle ne compromet pas l'intérêt de l'enfant. C'est ainsi qu'a été jugée irrecevable l'action en renonciation de la garde d'un enfant, la mère n'ayant pas apporté la preuve qu'il existe une autre personne capable de l'assurer.¹⁷

Le titulaire du droit de garde peut en être déchu pour trois raisons essentielles :

- 1 - L'inaptitude à exercer la garde
- 2 - son remariage avec une personne non liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé.¹⁸
- 3 - le fait de rester, sans excuse, plus d'une année sans le réclamer.

La protection de l'enfant est aussi le critère déterminant quant au maintien du droit de garde ou de sa déchéance, lorsque le titulaire décide d'élire domicile dans un pays étranger.

Le titulaire du droit de garde qui manquerait à l'un des devoirs est passible de poursuites pénales. Il en est ainsi du parent qui abandonne le domicile familial, sans motif grave, pendant plus de deux mois, et qui se soustrait totalement ou partiellement à ses obligations résultant de la puissance ou de la tutelle légale (art. 330 du code pénal). Est punissable également, le délaissement de l'enfant (art.314 et 315 du code pénal).

Les parents engagent aussi leur responsabilité du fait de l'obligation de surveillance qu'ils ont à l'égard de leur enfant.

La surveillance

Il s'agit pour les parents d'exercer un droit de regard sur les activités de l'enfant, de contrôler ses relations. Ils doivent aussi empêcher que l'enfant ne cause par son fait un dommage à autrui. C'est le père qui est responsable en premier lieu du fait dommageable de son enfant mineur, et après son décès la mère (article 135 du code civil).

Cette disposition qui exige comme condition de la mise en œuvre de la responsabilité du père et de la mère la cohabitation, a entraîné de difficultés d'application, dans la situation où le père sans être décédé, ne cohabite plus avec son enfant, comme c'est le cas en matière de divorce des parents, lorsque la garde est dévolue à la mère. Le père ne saurait alors être tenu pour responsable pour une faute dans la surveillance de son enfant parce que la condition de cohabitation n'est pas remplie, et parce que la surveillance a été transférée à la mère en même temps que la garde. La mère ne peut être non plus tenue pour responsable sur la base de l'article 135, le père étant toujours en vie. Elle pourrait cependant être inquiétée sur la base de l'article 134 du code civil qui a instauré un régime général de responsabilité du fait d'autrui, en sa qualité de titulaire de la garde et donc du devoir de surveillance et non en sa qualité de mère.

En application de l'article 135 du code civil, la responsabilité du père ou de la mère a pour fondement une faute dans la surveillance au sens strict, à l'exclusion de l'éducation qui demeure un attribut de la puissance paternelle¹⁹.

¹⁷ Arrêt cour suprême, chambre du statut personnel du 19.12.1988 revue jurisprudentielle 1990 P.70.

¹⁸ Les personnes liées par une parenté de degré prohibé sont : la mère, les filles, les sœurs, les tantes paternelles ou maternelles, les filles du frère et de la sœur (article 25 du code de la famille.)

¹⁹ voir arrêt cour suprême chambre civile 2eme section, du 2 mars 1983 note LAHLOU Ghenima : La Lettre Juridique n° 07 page 06

c) *L'éducation de l'enfant*

L'article 36 du code de la famille prescrit aux parents le devoir de protéger leurs enfants et de les éduquer sagement.

L'éducation constitue en même temps un droit et un devoir pour les parents, en ce sens qu'ils ont la lourde tâche d'assurer le développement l'épanouissement de la personnalité des enfants.

Le droit d'éducation comporte le choix de la religion. L'article 62 du code de la famille précise bien que l'éducation doit être faite dans la religion du père, c'est à dire la religion musulmane.

L'éducation morale se complète par l'éducation intellectuelle et par l'instruction obligatoire des enfants pendant neuf années à compter de l'âge six ans²⁰.

Afin d'être complet sur les attributs de la tutelle sur la personne de l'enfant, il convient de signaler qu'il existe en droit algérien une tutelle qui s'exerce en matière de mariage : *La tutelle matrimoniale*

Cette tutelle constitue une exception, en ce sens qu'elle n'est applicable qu'aux filles sans limitation d'âge et qu'elle est exercée par le père ou un proche parent de sexe masculin.

Aux termes de l'article 11 du code de la famille, la conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père soit l'un de ses proches parents ou le juge.

Le rôle de tuteur matrimonial ou wali semble assez ambigu. Les termes de l'article 11 du code de la famille prêtent à confusion si on les lit à la lumière des dispositions des articles 9 et 10 du même code. Ces derniers exigent la déclaration de volonté de chacune des parties du contrat de mariage sous peine de nullité.

Comment dès lors comprendre le rôle du tuteur matrimonial ? L'on peut déduire de l'article 9 qui fait référence à la présence du tuteur matrimonial comme condition de validité de mariage qu'il n'a qu'un rôle honorifique. Ce serait aller vite en besogne. Si le tuteur ne peut empêcher la personne placée sous sa tutelle de se marier, il peut s'opposer au mariage de sa fille vierge si tel est son intérêt (Art.12 in fine du Code de la Famille). En cas d'opposition non justifiée, le juge peut délivrer une autorisation de mariage. Voilà des dispositions qui maintiennent la femme algérienne dans un statut de mineure, et ce quel que soit son âge, qu'elle ait vingt ou cinquante ans.

Dans tous les cas la femme a besoin de l'autorisation soit de son tuteur matrimonial, soit du juge pour se marier.

Ces règles sont anticonstitutionnelles en ce sens qu'elles instaurent une discrimination entre les citoyens. Elles sont aussi en totale contradiction avec l'article 40 du code civil qui fixe la majorité à 19 ans révolus, âge auquel cesse la tutelle sur les biens de l'enfant.

2. La tutelle sur les biens de l'enfant

Contrairement à la tutelle sur la personne de l'enfant, le code de la famille a organisé dans les détails la tutelle sur les biens des enfants mineurs dans un chapitre

20 décret 76 66 du 16.04.76 article 1et 2

spécial. [chapitre deuxième intitulé de la tutelle, du livre deuxième : De la représentation légale.] Avant de déterminer les attributs de la tutelle sur les biens, il convient au préalable de préciser les conditions dans lesquelles le tuteur est appelé à les exercer.

a) Les conditions d'exercice de la tutelle sur les biens de l'enfant

Le code civil et le code de la famille ont précisément mentionné les personnes soumises au régime de la tutelle. Il s'agit des mineurs et des majeurs incapables. Nous n'examinerons dans le cadre de ce travail que la tutelle sur les biens du mineur.

Le législateur a envisagé deux situations, celle du mineur dépourvu de discernement, c'est-à-dire qui n'a pas atteint l'âge de 16 ans conformément à l'article 42 du code civil, et celle du mineur doué de discernement, n'ayant pas atteint l'âge de la majorité fixé à 19 ans par l'article 40 du code civil.

Avant l'âge de discernement, l'enfant ne peut accomplir aucun acte sur ses biens. C'est à son tuteur de le représenter, sous peine de nullité [article 82 du code de la famille]

Entre l'âge de 16 ans et 19 ans, il est apte à effectuer des actes sans l'intervention de son tuteur, à la condition qu'ils lui soient profitables. Chaque fois qu'il y a doute sur le caractère profitable ou préjudiciable de ses actes juridiques, le mineur ne peut agir que sur autorisation du tuteur [article 83 du code de la famille].

Le tuteur est lui-même soumis à un contrôle strict dans la gestion des biens de son pupille.

b) Le contenu de la tutelle sur les biens

Aux termes de l'article 88 du code de la famille, " le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci." Ce devoir de gestion mis à la charge du tuteur engage, le cas échéant, sa responsabilité. Nous serions tentés de comparer les droits et obligations du tuteur à ceux de l'usufruitier, en ce sens qu'il est habilité à procéder à des actes d'administration sur les biens de son pupille, et en percevoir les revenus.

Force est de constater cependant, que le pouvoir du tuteur n'est pas absolu en matière de gestion. L'article 88 in fine soumet à l'autorisation du juge, la location des immeubles du mineur lorsqu'elle est consentie pour une période supérieure à trois années, ou lorsqu'elle dépasse d'une année sa majorité ²¹. La même formalité est exigée pour l'engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation [article 88, alinéa 3].

Pour ce qui est des actes de disposition, il appartient au tuteur de saisir le juge et solliciter son autorisation pour la vente des biens immeubles, laquelle doit obligatoirement avoir lieu aux enchères publiques. L'autorisation du juge est de même nécessaire pour le partage, l'hypothèque d'immeubles, et la transaction. La vente des biens meubles "d'importance particulière" relève de la même procédure. Le juge, doit tenir compte, pour l'octroi ou le refus de l'autorisation, de deux éléments majeurs, la nécessité des actes de disposition, et l'intérêt du mineur [article 89 du code de la famille]. Dans l'hypothèse où surgit un conflit d'intérêt entre le tuteur et son pupille, le juge désigne un administrateur ad hoc, soit d'office, soit à la demande de toute personne y ayant intérêt.

²¹ Voir en ce sens arrêt de la cour suprême ; chambre du statut personnel, du 10 avril 1991, la revue jurisprudentielle 1993 page 115

Quant à la cessation de l'administration des biens du mineur par le tuteur, elle peut avoir, outre le décès de l'enfant, quatre causes, le décès du tuteur, son incapacité à exercer ses prérogatives, son interdiction judiciaire ou légale, et sa déchéance.

B. L'attribution de la puissance paternelle

Dans la législation algérienne, la puissance paternelle est rattachée à la filiation et à la seule filiation légitime, ce qui ne va pas sans poser de problèmes en matière d'attribution de la tutelle.

1. La filiation source de la puissance paternelle

La puissance paternelle ne s'exerce que lorsque l'enfant est légitime. Le droit algérien de la famille se réclamant du droit musulman ne fait pas de place à l'enfant naturel. Ce dernier n'a aucun statut juridique clairement défini. C'est pourquoi il faut avant de développer l'exercice et la jouissance de la tutelle passer en revue la situation de l'enfant né avant le mariage, celui né pendant la séparation, et enfin après le divorce.

a) Quant à l'enfant né avant le mariage

Le code de la famille annonce d'emblée dans son article 2 que " la famille est la cellule de base de la société. Elle se compose de personnes unies par les liens du mariage et par les liens de parenté. " Seuls les liens du mariage établissent la filiation et, partant de là, autorisent l'exercice et la jouissance de la puissance paternelle sur l'enfant et ses biens. Il est bien entendu que cette vision est pour le moins irréaliste, le législateur persiste dans son rôle de moralisateur et continue à ignorer l'existence pourtant bien réelle des milliers d'enfants conçus et nés hors mariage.

L'article 42 du code de la famille a posé comme principe que la durée de la grossesse est de 6 mois au minimum et de 10 mois au maximum. Nous remarquerons que le législateur n'a pas repris la théorie de l'enfant endormi qui permettait selon les principes du droit musulman de proclamer un enfant né jusqu'à cinq ans après l'absence ou le décès du mari, comme étant un enfant conçu pendant le mariage mais endormi dans le sein de sa mère.

Il est aberrant que les parents d'un enfant né avant le mariage ne puissent le reconnaître, et qu'il ne puisse jouir de tous ses droits, sans autre formalité. Dans l'état actuel de la législation algérienne, les parents doivent recourir à un subterfuge pour que leur enfant soit considéré comme légitime, et prétendre à des droits. Ils déclarent pour cela s'être mariés religieusement, antérieurement à la conception de l'enfant, ou plus de six mois avant sa naissance. Le code de la famille leur donne en effet la possibilité de solliciter du juge la régularisation d'un mariage non inscrit à l'état civil. Il suffit pour cela de produire des témoins pour attester de la réalité du mariage.

C'est d'ailleurs le même procédé qui est préconisé pour la reconnaissance de paternité, autre possibilité d'établir la filiation d'un enfant né hors mariage.

Aux termes de l'article 40 du code de la famille : "La filiation est établie, par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié, et tout mariage annulé après consommation". Ces dispositions ont suscité un vif débat entres

les juristes. Pour ceux qui soutiennent une application stricte des principes du droit musulman, la filiation ne s'admettant que dans le cadre d'un mariage légal, il est inconcevable qu'il en soit autrement pour la reconnaissance de paternité²².

La reconnaissance de paternité passe, dans cette optique par la preuve que cet enfant n'a pas été conçu lors de relations illégitimes. En d'autres termes, le père doit prouver l'existence d'un mariage religieux avec la mère de l'enfant. La crainte quasi obsessionnelle des juristes musulmans d'avoir en toute connaissance de cause à légitimer une relation extra mariage, les a conduit à recourir à certains artifices.

C'est ainsi, qu'ils préconisent lors de la reconnaissance de paternité par un homme, que celui-ci s'abstienne de révéler le caractère illégitime de la relation qu'il a entretenue avec la mère de l'enfant. D'autres imposent au père de déclarer que l'enfant a été conçu dans le cadre d'un mariage régulier ou tenu secret. Cette conception de la reconnaissance de paternité, est significative du malaise du droit musulman à l'égard de la reconnaissance de paternité d'un enfant né hors mariage. L'intérêt de l'enfant étant incompatible avec le rejet de la filiation naturelle, il fallait trouver un moyen de le garantir sans remettre en cause les principes du droit musulman²³.

Il y a en sorte, une présomption que l'enfant sujet de la reconnaissance, est "un enfant du lit," selon la formule consacrée en droit musulman. De nombreux juristes algériens, spécialistes du droit de la famille, vont à l'encontre de l'existence d'une telle présomption. Ils préconisent au contraire que l'auteur de la reconnaissance de paternité apporte la preuve qu'il a contracté mariage avec la mère de l'enfant sujet de la reconnaissance²⁴. Cette interprétation de l'article 40 du code de la famille nous paraît contestable, pour au moins deux raisons ;

Les termes de ce texte sont clairs. Ils prévoient les différentes situations dans lesquelles la filiation est établie, avec d'une part le mariage, qu'il soit valide, apparent, nul ou vicié, et d'autre part, l'aveu et la preuve. Ces derniers cas se situent, à notre avis, hors mariage.

Le refus de la reconnaissance de paternité à l'égard d'un enfant naturel, a pour origine, un hadith du prophète Mahomet, qui a eu à se prononcer sur la filiation d'un enfant que se disputaient le mari de la mère, et son amant. Il a déclaré à cette occasion : "L'enfant appartient au lit, et, à l'amant, la lapidation."²⁵ Le prophète a été guidé dans son jugement par l'intérêt de l'enfant. Pourquoi ne pas suivre son raisonnement et accepter que, plaçant l'intérêt de l'enfant au-dessus de toute autre considération, un homme puisse reconnaître la paternité d'un enfant naturel ? C'est la thèse qu'a adoptée, contre toute attente la cour suprême, en affirmant, le caractère irrévocable et prééminent de l'aveu de paternité dans un attendu significatif : "Attendu que l'aveu de paternité ne peut être associé à l'article 42 du code de la famille qui fixe la durée minimum de la grossesse, à six mois, vu que l'aveu lorsqu'il est prouvé, prime sur tout autre mode de preuve, en ce sens que l'auteur de la reconnaissance n'est pas admis à se prévaloir de sa révocabilité." Il s'agit dans cette affaire,

²²Chalabi-Mekarbech : L'enfant conçu et ne hors mariage. Revue algérienne des sciences juridiques, économiques, et politiques, 1987, page 299

²³SABOUN-A : Etude du code du statut personnel syrien, tome 2, 1989, page 176

²⁴ SAAD A. le mariage et le divorce dans le droit algérien de la famille, page 150

²⁵ ASLAOUI- L : Le statut juridique de l'enfant au Maghreb. Revue algérienne des sciences juridiques, politiques, et économiques, 1990, page 241.

d'une reconnaissance de paternité effectuée par un homme devant notaire et sur laquelle il a voulu revenir, en arguant de la conception de l'enfant hors mariage²⁶.

Nous espérons que cette décision ouvre la voie à une interprétation plus logique de l'article 40 du code de la famille et surtout plus favorable à l'enfant, ce qui n'a pas été le cas jusqu'à présent. Nous citerons comme exemple, un arrêt rendu le 7 février 1987, dans lequel la chambre du statut personnel de la Cour Suprême a cassé la décision de la cour d'Oran qui a condamné le dénommé M.M. à verser à sa fille naturelle une pension alimentaire, aux motifs : « qu'il est constant que le père a une obligation d'entretien envers ses enfants lorsqu'ils sont nés d'une relation conjugale résultant d'un contrat de mariage légal, que la fille [F] à laquelle la cour a reconnu le droit d'entretien ne fait pas partie de cette catégorie. Attendu que la décision de lui octroyer un droit aux subsides avant de prouver qu'elle est née d'un mariage légal est contraire aux règles de la charia."²⁷.

L'enfant né avant le mariage peut aussi, pour pouvoir bénéficier de la puissance paternelle, établir sa filiation, par la preuve de l'existence d'un mariage apparent entre son père et sa mère (article 40 du code de la famille).

On pourrait déduire des dispositions de ce texte qu'il suffirait de prouver les trois éléments de la possession état [*nomen, tractatus, fama.*], qui se traduisent par la réunion de certains faits qui établissent apparemment une relation conjugale entre le père et la mère de l'enfant ? Nous observons pourtant, que, cette notion de mariage apparent semble beaucoup gêner les spécialistes algériens du droit de la famille, en ce sens qu'ils l'appliquent exclusivement au mariage religieux. Cette assimilation, pourtant critiquable sur le plan juridique, a été reprise par la cour suprême à propos de la demande présentée par une femme, aux fins d'établir la filiation de son enfant par le mariage apparent. Dans cet arrêt du 21 mai 1991²⁸, la haute juridiction a déclaré : "Attendu que la demanderesse a prétendu, qu'en application des dispositions de l'article 40 du code de la famille, la filiation s'établit, par le mariage apparent, et, qu'il est de notoriété publique, qu'elle voyait régulièrement le défendeur au pourvoi, qu'il se rendait souvent à son domicile, au vu et au su de son entourage. La demanderesse au pourvoi soutient, que les juges du fond auraient du qualifier cette situation de mariage apparent. Mais attendu que ce faisant, elle n'a pas apporté la preuve de la réalisation de l'un des cas prévus par l'article 40 du code de la famille." Ces dires, qui sont loin d'être exceptionnels, sont éloquentes quant à la place réservée au mariage apparent comme moyen d'établir la filiation. Il est tout simplement ignoré en tant que tel, malgré la clarté de la loi en la matière.

Il est regrettable de constater que ces prises de position portent préjudice à l'enfant, qu'elles privent de tous ses droits.

La même opinion prévaut, hélas, en ce qui concerne la preuve qui est pourtant visée expressément par l'article 40 du code de la famille, parmi les possibilités d'établir la filiation. La preuve de la filiation se confond alors avec celle du mariage. Cette interprétation réductrice de la preuve dans le domaine de la filiation, conduit les magistrats à rendre des décisions pour le moins étranges. Nous citerons pour illustrer notre propos un arrêt de la chambre du statut personnel de la cour suprême du 15 juin 1999 (arrêt non publié). La solution retenue par les juges dans cette affaire est révélatrice de l'influence du droit musulman classique dans l'application du code de la famille, au mépris quelques fois du texte législatif clair. Dans ce cas d'espèce, la haute juridiction a cassé l'arrêt de la cour

²⁶ Arrêt de la cour suprême, chambre du statut personnel, du 15 décembre 1998, décision non publiée

²⁷ Revue jurisprudentielle 1990, page 66

²⁸ La revue jurisprudentielle 1994, page 54

de Saida qui a ordonné qu'une prise de sang soit effectuée sur les jumeaux nés pendant la séparation des conjoints, et sur le mari qui en conteste la paternité, aux fins de vérifier la réalité de la filiation alléguée par la mère. La cour suprême a motivé sa décision en énonçant : " Les différentes situations qui permettent d'établir la filiation sont fixées par l'article 40 du code de la famille de manière précise et exhaustive, les analyses de sang ordonnées par la cour n'y figurant pas, les juges du fond ont outrepassé leur pouvoir et se sont érigés en législateur." Ce refus de tenir compte de l'évolution de la science en matière de filiation, et surtout d'accepter comme moyen de preuve l'analyse de sang dont la fiabilité n'est plus à démontrer, est totalement injustifié. Qu'en est-il du statut de l'enfant né pendant la séparation des parents ?

b) Quant à l'enfant né pendant la séparation des parents

L'article 43 du code de la famille en disposant : "l'enfant est affilié à son père s'il naît dans les dix mois suivant la date de la séparation ou du décès", a suscité une interrogation. Le législateur a-t-il entendu par cette séparation, la séparation de corps ou le divorce ? Le débat se justifie d'autant plus que le concept de séparation de corps n'est pas prévu par le droit algérien de la famille.

La séparation des époux n'a aucun effet juridique quant aux effets du mariage. Elle peut néanmoins être constitutive du délit d'abandon de famille, dans certains cas, et entraîner la responsabilité pénale de l'un ou l'autre des conjoints. L'intérêt de l'étude de la séparation dans le cadre de ce travail se situe dans son incidence sur la filiation. En d'autres termes, l'enfant né pendant la séparation de corps des époux est-il considéré comme légitime ou naturel ? De la réponse à cette question, va dépendre l'avenir de l'enfant, puisqu'en droit algérien seul l'enfant légitime peut prétendre à des droits, l'enfant naturel n'ayant aucune existence légale.

L'importance accordée à ce sujet se justifie par rapport aux nombreux cas pratiques qu'ont eu à connaître les tribunaux en la matière. De plus le législateur semble avoir pris en considération le cas de la séparation des époux pour déterminer la filiation de l'enfant né durant cette période.

L'article 41 du code de la famille pose en effet comme condition pour la présomption de paternité établie pour l'enfant né pendant le mariage légal des parents, la possibilité des rapports conjugaux. La cour suprême a, dans un arrêt du 15 juin 1999 [arrêt non publié], affirmé : "Attendu que la séparation visée par l'article 43 du code de la famille signifie le divorce et non la séparation de corps. Attendu que le lien conjugal existe toujours entre les époux, jusqu'à ce que le divorce soit prononcé entre eux." Dans ce cas d'espèce, des jumeaux sont nés dix neuf mois après que le mari se soit séparé de son épouse, sans qu'une procédure de divorce n'ait été diligentée. Le mari conteste la paternité de ces enfants. Il s'est pour cela basé sur l'article 43 du code de la famille, et s'est prévalu du fait que la séparation avec sa femme, datait de plus de dix mois avant la naissance des enfants, ainsi que de l'inexistence de rapports conjugaux pendant ce laps de temps. Les juges ont opposé une fin de non recevoir à ces arguments et ont interprété l'article 43 du code de la famille par rapport aux dispositions de l'article 60 du même code selon lesquelles, " la durée maximale de la grossesse est de dix mois à compter du jour du divorce ou du décès du mari."

Ainsi l'enfant né pendant la séparation des parents est assimilé à celui né pendant leur vie commune. Il est présumé être affilié au mari, sauf désaveu de la part de ce dernier. Le délai de dix mois n'est pas applicable dans ce cas. Cette position a le double avantage

non seulement d'être conforme au droit algérien de la famille, mais d'assurer en plus à l'enfant concerné une légitimité qui ne peut être remise en cause que très rarement par le désaveu.

La procédure de désaveu n'étant pas organisée par le législateur, il faut recourir à l'application des principes du droit musulman en la matière. Afin d'éviter à l'enfant dont la filiation n'est pas certaine de subir les conséquences de l'illégitimité de sa situation, le droit musulman a prévu des conditions très strictes. Ainsi le désaveu de paternité doit à peine d'irrecevabilité, avoir lieu dans une mosquée, et dans un délai de un jour après que le mari a eu connaissance de la grossesse de sa femme. La jurisprudence de la cour suprême a fixé le délai à huit jours à partir du moment où le mari a été informé de l'existence de la grossesse²⁹. Tout est donc mis en œuvre pour la préservation des droits de l'enfant qui passe obligatoirement par l'octroi d'un statut d'enfant légitime. Ce sont les mêmes principes qui sont applicables au statut de l'enfant né après le divorce des parents.

c) Quant à l'enfant né après le divorce des parents

En matière de divorce, le législateur algérien a clairement établi le critère qui permet de définir le statut de l'enfant. Celui qui est né dans le délai maximum de dix mois à compter du jour du divorce est affilié à son père. Il jouit donc du statut d'enfant légitime. L'enfant né après ce délai, est un enfant naturel qui ne peut prétendre à des droits à l'égard du père sauf bien entendu, reconnaissance de paternité, dans les conditions difficiles du droit algérien de la famille. Nous ne terminerons pas l'étude du statut de l'enfant né avant le mariage, pendant la séparation, ou après le divorce des parents, sans relever le fait qu'en dépit de l'importance accordée à l'intérêt de l'enfant, le législateur algérien ne lui a pas accordé la possibilité de se prévaloir de ses droits par la recherche en paternité.

Nous soulignerons à ce propos, le recul du droit algérien en la matière. Le code de la santé publique promulgué en 1976 avait expressément admis l'existence des mères célibataires, et partant de là, avait aussi édicté des mesures en vue de prévenir les abandons d'enfants. Les enfants naturels, sans être visés expressément dans le texte, étaient admis à se prévaloir de certains droits, dont celui d'entreprendre une recherche en paternité³⁰. Malheureusement, ce code a été abrogé dans toutes ses dispositions par la loi 85-05 du 16 février 1985 qui, sans doute dans le souci de s'aligner sur le code de la famille de 1984, a passé sous silence les enfants nés hors mariage et leurs mères. La recherche en paternité a ainsi disparu du droit algérien. Il n'est pas de l'ordre de l'impossible malgré les résistances encore tenaces, de voir le législateur prendre en considération la réalité du terrain, et consacrer les droits de tous les enfants sans discrimination. Cet espoir repose sur le projet de réforme du code de la santé, et surtout, sur les recommandations auxquelles ont abouti les travaux du colloque organisé à Alger les 11, 12, et 13 octobre 1999 par le haut conseil islamique qui est la plus haute autorité religieuse en Algérie. Concernant les enfants nés en dehors de la famille légale, selon les termes employés dans le compte rendu qui a été publié dans la presse, il est recommandé de développer les moyens scientifiques permettant la recherche de paternité³¹. Le haut conseil islamique a eu aussi à se pencher sur

²⁹ voir en ce sens arrêt de la cour suprême, chambre du statut personnel, du 28 10 1997, la publication des magistrats, 1999 page 103.

³⁰ article 243 alinéa 4 du code de la santé

³¹ Journal LIBERTE du mardi 16 novembre 1999

l'attribution de la puissance paternelle qui demeure encore, malgré le rôle prépondérant de la mère dans l'éducation de ses enfants, un privilège accordé au père.

2. Le titulaire de la puissance paternelle

En principe, la puissance paternelle est exercée par le père, elle est transférée à la mère dans des cas précis.

Le père est le titulaire principal de la puissance paternelle. Le père jouit des droits et exerce les devoirs inhérents à la puissance paternelle, en sa qualité de chef de famille.

Cette prérogative est reconnue au père qui l'exerce exclusivement sur ses enfants légitimes, qu'ils soient nés pendant la séparation avec la mère de l'enfant ou avant le mariage, ou encore après le divorce, si la filiation a été établie à son égard.

Tant que le père est vivant, et s'il est en possession de toutes ses facultés, et de tous ses droits, il est le seul titulaire de la puissance paternelle.

La mère ne se substitue au père que dans le cas où celui-ci se trouve empêché.