



NADIA AÏT ZAÏ
DIRECTRICE DU CIDDEF

LA KAFALA : QUEL CONTENU ?

Je suis particulièrement intéressée à la question de la kafala pour y avoir travaillé depuis les années 87-88 dans le cadre d'un mémoire soutenu à la faculté de droit d'Alger sous le titre «Enfant abandonné et loi en Algérie» Je rejoins ce que disait la représentante du Ministère de la Solidarité Nationale à propos du code de la santé publique de 1976 qui avait introduit la kafala comme un mode de substitut à l'adoption puisque celle-ci avait été interdite à partir des années 67-68. Le Président Benbella avait lui-même adopté deux enfants et son geste avait pour but de faire admettre l'adoption comme un principe de filiation. Mais le droit musulman ayant été introduit peu à peu dans les tribunaux, la possibilité qu'avaient les juges, de choisir entre le code civil français reconduit de 1962 à 1975 et le droit musulman classique en matière de statut personnel, a disparu. Il n'a donc plus été possible de considérer en Algérie l'adoption plénière comme un mode de filiation.

Le code de la santé publique de 1976 avait prévu la kafala comme un procédé possible mais il n'y a pas eu de construction de cette institution.

Ce code avait aussi introduit un chapitre relatif à la protection des mères célibataires et de l'enfant abandonné à travers la réalisation de maisons maternelles.

Il faut se replacer dans le contexte de l'époque et comprendre que la philosophie des textes que nous avons eus après l'indépendance étaient en avance sur les mentalités et les mœurs en Algérie; ces textes étaient là pour régler ce que l'on vivait, ce que les pouvoirs publics devaient prendre en charge pour se projeter dans le futur.

C'était sans compter sur les rapports de force entre les forces politiques progressistes et conservatrices présentes sur le terrain; ce sont les conservateurs qui ont pris en main le destin de notre pays, l'arsenal juridique produit depuis 1984 reflète leur volonté de s'inscrire dans une démarche moralisatrice, puisque le code de la famille consacrant la pure tradition religieuse a été promulgué en 1984. Un an après, le code de la santé de 1976 a été abrogé et remplacé par la loi de 1985; dans cette loi les chapitres relatifs à la prise en charge des mères célibataires des enfants abandonnés et à la

kafala ont disparu; il ne restait qu'un article disposant que les enfants abandonnés seront pris en charge par voie réglementaire. Depuis nous attendons une loi qui réglerait l'abandon provisoire et l'abandon définitif, ce qui permettrait d'améliorer la construction de la Kafala puisque le code de la famille de 1984 a posé le principe de l'interdiction de l'adoption par la loi et par la charia.

Cette double interdiction n'avait pas lieu d'être. Par la loi, le législateur entend qu'il s'agit du code de la famille, c'est le droit positif; par la charia, le législateur entend réaffirmer la prééminence du droit musulman classique.

Tutelle des enfants trouvés

Lorsque l'on parle de tutelle, il faut toujours rester dans l'esprit du droit musulman et non comprendre ce concept au regard du droit français : En droit musulman classique quand on parle de tutelle légale des enfants, il s'agit de la tutelle des enfants trouvés, parce que le problème s'était posé à l'époque du prophète, il fallait pour ce dernier trouver une réponse à ces situations.

La kafala n'est pas une institution du droit musulman; c'est une institution de droit civil : être kafil, c'est se porter garant de quelqu'un et lorsqu'on se porte garant de quelqu'un, on paie au cas où il y a une défaillance de ce dernier !

Le législateur algérien s'est trouvé dans une impasse pour construire cette institution mais il l'a cependant fait, en disant d'abord que c'est un recueil légal; donc il pose le principe du droit civil, en faisant un engagement volontaire et unilatéral d'une personne à prendre en charge un enfant. Le législateur distingue bien la kafala des enfants dont les parents sont connus et celle des enfants dont les parents sont inconnus. Dans le cas des enfants dont les parents sont connus, ces enfants garderont leur filiation d'origine et seront élevés par un couple, souvent membre de la famille. La kafala sera notariée ou judiciaire. Dans ce type de kafala, il peut arriver que des parents biologiques veuillent reprendre l'enfant; je citerai l'exemple d'une fillette de 15 ans que les parents biologiques voulaient reprendre en raison du projet qu'avaient les parents adoptifs de partir à l'étranger. Le juge devant lequel l'affaire avait été portée a apprécié la situation de l'enfant sur le plan psychologique et a refusé de remettre l'enfant aux parents biologiques et lui a permis de voyager avec ses parents adoptifs.

Pour en revenir à la valeur juridique de la tutelle légale, il semble que celle-ci soit en train de perdre de sa force et de son autorité aussi bien par l'intervention de nos pouvoirs publics que par la position du consulat français et nous verrons plus loin comment.

En ce qui concerne les enfants de parents inconnus, le législateur a posé des conditions : il faut être musulman, sensé, intègre. A aucun moment le code ne parle de nationalité; or la nationalité semble devenir un obstacle pour les étrangers musulmans désireux de prendre en charge des enfants. Et pourtant le code de la famille dans son dernier article, précise qu'il s'applique aux algériens et aux étrangers résidant en Algérie.

C'est dans le cas des enfants privés de famille et de parents inconnus que le législateur est intervenu, car la kafala s'est toujours faite auparavant chez le *cadi* ensuite chez le notaire. Il faut au préalable qu'il y ait un acte d'abandon, qui peut être provisoire et devenir définitif après le délai de 3 mois. Ce procès verbal d'abandon est signé par la mère. Ensuite l'enfant est placé en institution.

Les actes notariés de kafala perdent de leur valeur au profit d'actes judiciaires. Le jugement de kafala transfère la tutelle légale; le législateur a décidé que la tutelle légale ouvrait droit aux prestations familiales, sociales et scolaires et rappelle que le *kafil* doit élever l'enfant comme le sien. Le prononcé d'un jugement de kafala entraîne plusieurs effets.

Le 1er effet de la tutelle légale, c'est que l'enfant garde selon les cas, ses deux prénoms ou le nom de sa mère. C'est peut-être à ce niveau que les juges français ne considèrent pas la kafala comme une adoption simple puisque l'enfant conserve sa filiation d'origine; or avec le décret sur le concordance de nom, les parents *kafils* adjoignent leur nom à celui de l'enfant, ce qui correspond tout à fait à la législation française sur l'adoption simple. Comme pour l'adoption simple, il y a possibilité de révocabilité de l'acte. Parce que c'est un engagement personnel et volontaire et que la personne qui le prend a la possibilité de revenir sur sa décision. Effectivement il faut mettre des barrières pour que le couple qui a émis le vœu de prendre cet enfant ne puisse pas le restituer aux personnes ou administration ayant autorité sur lui; souvent ce sont des raisons médicales qui les

y poussent; les institutions reprennent facilement l'enfant et en redonne un autre ! Il faudra travailler cette question de la révocabilité et ne pas permettre la restitution afin de protéger l'enfant dans cette famille.

Le 2ème effet est qu'en cas de décès du *kafil*, et c'est la loi qui le mentionne, s'il y a refus des héritiers, l'enfant est remis à la puissance publique. On ne demande pas à la mère son avis; même si ce sont des situations que je n'ai jamais rencontrées, elles sont prévues par la loi, il faut donc revoir cet article.

Le 3ème effet concerne l'exclusion du *makful* de la succession des parents adoptifs puisque qu'il n'y a pas de filiation légitime. Mais il y a possibilité de faire une donation de son vivant ou de léguer 1/3 de ses biens; j'ai rencontré des cas de donations avec transfert de propriété que l'administration des domaines a rejeté en se référant au code de la famille. Pour éviter cet écueil, il y a la possibilité de faire une vente à l'enfant pris en kafala.

Le 4ème effet concerne le refus de transcription de l'enfant sur le livret de famille. N'oublions pas que nous sommes dans l'esprit du droit musulman, consacré dans le code de la famille, qui stipule que la filiation est légitime si cette dernière est issue d'un mariage, ce qui peut être prouvé par un acte de mariage ou par le livret de famille. Donc il n'est pas possible de transcrire un enfant «naturel». Je me positionne en tant que juriste car d'un point de vue humain, l'état civil n'existait pas dans l'islam; c'est la colonisation qui nous l'a introduit en Algérie! Pourquoi peut-on modifier un acte d'état civil, sur injonction du procureur, et ne pas pouvoir toucher à un livret de famille alors que ce n'est qu'un document administratif?

Le 5ème effet, c'est la situation où la mère, tout en ayant abandonné définitivement son enfant, l'a reconnu et lui a donné son nom de famille. Le décret sur la concordance de nom exige l'autorisation de la mère pour procéder à l'adjonction du nom des parents adoptifs. Le procureur demande l'accord de la mère alors que cette dernière a rompu tout lien juridique avec son enfant.

Le procès verbal d'abandon définitif et l'attestation de placement de la DAS font foi.

Un autre élément pose problème, il y'a une confusion faite entre puissance paternelle et tutelle légale. Le code de la famille ne parle pas de puissance paternelle. Il n'y a que le code pénal qui mentionne la déchéance de la puissance paternelle. Or on ne définit pas ce qu'est la puissance paternelle. Dans le code de la famille le législateur a introduit uniquement la notion de pension d'entretien. Je crois qu'à vouloir mélanger les techniques du droit moderne au droit musulman classique, le législateur algérien a entretenu la confusion entre tutelle de l'enfant et puissance paternelle. Le père est tuteur de son enfant. Or un enfant est placé sous tutelle lorsqu'il n'a ni parents ni famille; il s'agit d'une tutelle sur lui-même et sur ses biens. En droit français, la puissance paternelle, c'est le droit de garde, d'entretien, de surveillance etc... Aujourd'hui, le droit français a évolué. En effet, il est passé de la puissance paternelle à l'autorité parentale, partagée entre le père et la mère.

Avec l'article 38 du code de la famille qui introduit l'égalité des droits et des devoirs entre les époux dans la gestion de la famille, il y a contradiction avec le fait que le père demeure celui qui entretient, qui surveille, qui garde.

Actuellement, certaines administrations algériennes ne se contentent pas du jugement de kafala qui transfère la tutelle légale au *kafil*, elles demandent l'autorisation du juge ou de la DAS pour accomplir des formalités administratives pour le compte de l'enfant surtout lorsqu'il s'agit d'une mère célibataire ou d'une *kafil* célibataire. Aujourd'hui, même le consulat de France demande l'autorisation du juge pour la délivrance d'un visa pour un enfant pris en kafala. Ce qui signifie une remise en cause de la tutelle légale transférée par l'acte judiciaire de kafala.

Ce sont là quelques problèmes parmi tant d'autres qui mériteraient d'être pris en charge par le législateur Algérien pour assurer à l'enfant pris en kafala une stabilité et une meilleure protection dans la famille ■