

UNIVERSITE DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
ECOLE DOCTORALE SCIENCES SOCIALES ET HUMANITÉS

DOCTORAT EN SCIENCES JURIDIQUES

Spécialité : Droit privé, Droit de la Famille

Yamina HOUHOU

LA KAFALA EN DROIT ALGERIEN
ET SES EFFETS EN DROIT FRANÇAIS

Thèse dirigée par Monsieur le Professeur Jean Jacques LEMOULAND
Soutenue publiquement le 24/01/2014

MEMBRES DU JURY :

Monsieur Marc AZAVANT

Maître de conférences à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

Monsieur Jean Jacques LEMOULAND

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour,
directeur de la recherche

Monsieur François PAUL -BLANC

Agrégé des facultés de droit, professeur des universités, doyen honoraire de
la faculté de droit et des sciences économiques de Perpignan

Madame Dalila ZENNAKI

Professeur à la faculté de droit d'Oran

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur ».

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AAEFAB	Association Algérienne Enfance Et Familles D'accueil Bénévole
ACC	Autorité Centrale Communautaire
ADN	Acide Désoxyribonucléique
AFA	Association Française d'Adoption.
APAERCK	Association De Parents Adoptifs D'enfants Recueillis Par <i>Kafala</i>
ART	Article
ASE	Aide Sociale A L'enfance
CA	Cour D'appel
CAA	Cour D'appel Administrative
CDE	Comité Des Droits De L'enfant
CE	Conseil D'état
CEDH	Cour Européenne Des Droits De L'homme
CESEDA	Code D'entrée Et Du Séjour Des Etrangers Et Du Droit D'asile
CFA	Code De La Famille Algérien
CIDE	Convention Internationale Des Droits De L'enfant
CIDDEF	Centre D'information Et De Documentation Pour Les Droits De l'Enfant et de la Femme
CIDPH	Convention Relative Aux Droits Des Personnes Handicapées
CHAI	Convention De La Haye Sur L'adoption Internationale
CNCPPDH	Commission Nationale Consultative De Promotion Et De Protection Des Droits de l'Homme
CPU	Centre De Publication Universitaire
CT	Cour Du Travail
DAS	Direction De L'assistance Sociale

DCEM	Document de Circulation d'Enfant Mineur
DDASS	Direction Départementale des Affaires Sanitaires et Sociale
DIP	Droit international privé
INEAP	Institut National d'Etudes et d'Analyses pour la Planification
JORA	Journal Officiel De La République Algérienne
JORF	Journal Officiel De La République Française
JORT	Journal Officiel De La République Tunisienne
OAA	Organismes Agréés D'adoption
OCI	Organisation De La Conférence Islamique
OMS	Office Mondial de la Santé
OPU	Offices Des Publications Universitaires
PARAENAM	Parents Adoptifs D'Enfants nés en Algérie et au Maroc
PUF	Presses Universitaires De France
TA	Tribunal Administratif
TPI	Tribunal De Première Instance
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund(anglais) (Fonds des nations unis pour l'enfance)

SOMMAIRE

Introduction

Chapitre préliminaire : Propos liminaires sur la filiation

Section 1 : Filiation et validité du mariage

Section 2 : Filiation et absence de validité du mariage

Section 3 : Les moyens alternatifs d'établissement de la filiation

Partie 1 : Le concept de la *kafala* en droit algérien

Chapitre 1 : Caractéristiques de la *kafala*

Section I-L'origine de la *kafala*

Section II-La diversité des mineurs concernés par la *kafala*

Section III- Les vocations de la *kafala*

Section IV- Les conditions de la *kafala*

Section VI- Le contenu de la *kafala*

Section V- La fin de la *kafala*

Chapitre 2 -Les insuffisances et lacunes de la *kafala*

Section 1 : Les insuffisances et lacunes à l'égard de l'enfant *makfoul*

Section 2 : Les insuffisances à l'égard des parents biologiques et du kafil

Partie 2 : Les effets de la *kafala* dans l'ordre juridique français

Chapitre 1 : *Kafala* et adoption en droit français : une nécessaire comparaison

Section 1 : *Kafala* et adoption plénière

Section 2- *Kafala* et adoption simple

Chapitre2 - La dénaturation de la *kafala* par le juge français

Section1 : Interprétation restrictive de la loi algérienne par les juges français

Section 2: L'application systématique de la loi nationale du *makfoul* sans égard pour la volonté du *kafil*

Chapitre 3 : L'interdiction infondée de l'adoption du *makfoul*

Section 1 : Conformité du droit français en matière d'adoption à la convention de la Haye

Section2 : Conformité du droit français à la convention des droits de l'enfant CIDE

Section3 : Les fondements non apparents de la loi de 2001 excluant l'adoption des enfants issus de pays où l'adoption est interdite.

Section4 : Rupture entre le droit français et d'autres droits en Europe

Section V - La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la *kafala*

Chapitre 4 : Accroissement des contraintes juridiques pour le *kafil* résident en France

Section1 : Les contraintes relatives au regroupement familial

Section2 : Ambiguïté du statut de l'enfant *makfoul*

Section3: Exclusion de l'enfant sans filiation de l'adoption

Section4 : Nécessité d'adapter les dispositifs de protection de l'enfant au *makfoul*

Conclusion générale

**La *kafala* en droit algérien
et ses effets en droit français**

INTRODUCTION

1- Contexte historique et comparé

De toutes les constructions du droit de la famille, l'adoption plénière est celle que les juristes musulmans ont le plus évitée¹. Cette carence s'explique par l'interdiction de l'adoption par la religion musulmane. Cependant, avant l'Islam, l'adoption (*tabanni*) était autorisée. L'enfant entrait, d'une manière totale et irrévocable, dans la famille de l'adoptant; il avait un statut égal à celui d'un enfant légitime².

Il convient néanmoins de nuancer cette affirmation en rappelant les conditions dans lesquelles cette interdiction a eu lieu. A cet égard, les versets 4 et 5 de la sourate XXXIII du Coran titrée « Les factions », édictent : « Dieu n'a pas placé deux cœurs dans la poitrine de l'homme, Il n'a pas fait que vos épouses que vous pouvez répudier soient pour vous comme vos mères, ni que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants... Appelez ces enfants adoptifs du nom de leurs pères, cela est plus juste pour Dieu ».

« Les versets 4 et 5 sont inspirés de la vie du Prophète. Il est en effet connu que ce dernier a adopté son esclave affranchi Zayd et l'a marié à sa cousine Zaynab. Après la répudiation de cette dernière par son mari Zayd, le prophète se maria avec Zaynab. A ce sujet, le verset 37 de la sourate (XXXIII) énonce : « Quand Zaïd eut cessé tout commerce avec son épouse, nous te l'avons donnée pour femme afin qu'il n'y ait pas de faute à reprocher aux croyants au sujet des épouses de leurs fils

¹. PESLE O., *L'adoption en droit musulman*, Thèse de doctorat, université d'Alger, 1919. P.10

²-Pour les juristes musulmans, il y a trois raisons à cette interdiction: 1- Il est injuste de priver l'enfant de sa filiation naturelle et les parents de leur descendance.2-L'adoption léserait les héritiers légaux.3-L'adoption risque de favoriser l'inceste, par l'attribution du nom de l'adoptant à l'enfant adopté.

adoptifs, quand ceux-ci ont cessé tout commerce avec elle. L'ordre de Dieu doit être exécuté »³.

Ainsi, après avoir reconnu l'adoption, le droit musulman l'a prohibée. L'interdiction de l'adoption renvoie à la conception de la filiation dans le droit musulman. La filiation relevant de la seule volonté de Dieu, elle ne peut résulter de la seule volonté humaine et repose sur le fait d'être le fruit d'un couple marié. »⁴

Pour ce qui est de notre droit, avant le 23 octobre 1976⁵, date de la parution du premier code de la santé publique, l'adoption plénière en Algérie était pratiquée. Profitant des lois françaises qui n'avaient pas été abrogées et qui ont été reconduites par la loi du 31 décembre 1962⁶. Il s'agit plus particulièrement du décret du 6 mars 1907 permettant l'application en Algérie la loi du 27 juin 1904⁷, qui organisait en France l'assistance aux enfants en détresse en les confiant définitivement à un service de d'État organisé par le département⁸, permettant ainsi aux familles algériennes d'adopter légalement des enfants abandonnés⁹.

³Le Coran, traduction de D. Masson, Paris, Gallimard La Pléiade, 1970, p. 514 et s.

⁴ Lahlou- Khiar Ghenima, *La Kafala en droit algérien : une transgression de l'intérêt supérieur de l'enfant*, " in *Varia*, Revue franco-maghrébine de droit, édition presses universitaires de Perpignan et presses de l'université Toulouse I Capitole, 2013, n°20, pp. 203-220.

⁵-Il s'agit du premier code de santé que l'Algérie a connu après son indépendance rendu par ordonnance n° 76-79 du 23 octobre 1976 portant code de la santé publique

⁶-JORA 1963, p.18 « Pour éviter un vide juridique, l'État algérien avait reconduit la législation en vigueur sauf dans ses dispositions touchant à la souveraineté », MAHIOU A., *Rupture ou continuité du droit en Algérie*. In: Etudes de droit public algérien, OPU, Alger, 1984, p.72

⁷- FORTIER C., « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique », *Droit et cultures* [En ligne], 59 |2010-1, mis en ligne le 02 juillet 2010, consulté le 16 août 2012. URL : <http://droitcultures.revues.org/1923>

⁸-La loi du 27 juin 1904 est modernisée par la loi n°182 du 15 avril 1943 relative à l'assistance à l'enfance qui institue dans chaque département la création d'un ou plusieurs foyers de pupilles qui devront être installés dans des locaux spécialement affectés à leur usage : l'article 22 de la loi spécifie que ces foyers de pupilles seront appelés de plus en plus à assurer le rôle de foyers de l'enfance.

⁹- Les dispositifs juridiques qui régissaient le statut personnel en Algérie après l'indépendance en 1962, étaient organisés par la loi n°57-777 du 11/07/1957 portant réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman (Loi du 11 juillet. J.O.R.F 30 juillet 1957, p.1722) et la loi n°57-778 du 11/07/1957) fixant l'âge du mariage. Cette loi fut complétée par la loi du 04/02/1959 puis par la loi en date du 17/09/1959 et enfin par la loi du 30/12/1959. La première loi qui a régi les rapports entre musulmans en Algérie fut la loi du 02/03/1882, modifiée par la loi du 02/04/1930 : elle institua l'état civil et le rendit obligatoire pour les Algériens. Selon Mme Fatima Zahra SAI la loi du 23 mars 1882 sur l'état civil des algériens peut être considérée comme un texte précurseur du processus de codification du droit de la famille en ce qu'il a introduit des règles procédurales, des techniques juridiques touchant au statut personnel. Elle vise l'identification des «indigènes musulmans» pour des impératifs militaires,

L'adoption plénière créait une filiation comparable à celle du sang entre l'adoptant et l'adopté bien qu'il n'existât aucun lien biologique entre les deux personnes.

La pratique de l'adoption en Algérie demeure autorisée jusqu'en 1966, époque où intervient une circulaire administrative adressée aux mairies pour ordonner l'application du droit musulman, en l'occurrence l'interdiction de l'adoption plénière. Intervient ensuite l'ordonnance n°76-79 du 23 octobre 1976 portant code de la santé publique déjà cité, dont l'article 68 excluait l'adoption. Cette même ordonnance prévoyait la *kafala* comme seule institution juridique à même de charger l'enfant abandonné. Il convient cependant de noter que ce code était porteur d'un chapitre relatif à la protection des mères célibataires et de l'enfant abandonné ; et ce, à travers la réalisation de maisons maternelles¹⁰.

politiques, économiques, Voir, .SAI F., *Le statut politique et le statut familial des femmes en Algérie*, thèse de doctorat d'État en Droit, Université d'Oran, 2007, p.88. Cependant, avant 1830, l'ensemble de la population musulmane maghrébine était régi par le rite malékite largement répandu dans la région à l'exception des musulmans d'origine turque qui dépendaient du rite hanafite, mais également les Algériens de l'époque se référaient aux coutumes et traditions régionales particulièrement dans les régions de la Kabylie, du Mzab, des Aurès, et de l'extrême sud (Touareg). La France après la colonisation de l'Algérie s'était engagée à respecter la religion musulmane, et à conserver aux Algériens leurs règles et coutumes ; Ceci a été confirmé d'abord par une ordonnance royale du 10 août 1834, puis par le Sénatus consulte du 14 juillet 1865 sur l'état des personnes et la naturalisation en Algérie : l'article 1 du Sénatus-consulte dispose que : « L'indigène musulman est Français; néanmoins il continuera à être régi par la loi musulmane. Il peut être admis à servir dans les armées de terre et de mer. Il peut être appelé à des fonctions et emplois civils en Algérie. Il peut, sur sa demande, être admis à jouir des droits de citoyen français; dans ce cas il est régi par les lois civiles et politiques de la France». Quant aux juifs qui étaient considérés comme français l'article 2 disposait que : «L'indigène israélite est Français; néanmoins il continue à être régi par son statut personnel .Il peut être admis à servir dans les armées de terre et de mer. Il peut être appelé à des fonctions et emplois civils en Algérie. Il peut, sur sa demande, être admis à jouir des droits de citoyen français; dans ce cas il est régi par la loi française.» *Justice et Paix, Alger Nord*. In : Revue algérienne, 1909-2, p.364 cité par HANIFI L., *La dissolution du lien conjugal du vivant de l'époux*, thèse de doctorat, faculté de droit d'Alger, université d'Alger, 2006, p. 9

-Voir aussi AZOULAY.E, *De la condition politique des indigènes musulmans d'Algérie*, essai critique sur la loi du 04 février 1919, thèse de doctorat, faculté de droit, université d'Alger, 1921 p. 34

Sur la question de la naturalisation, il serait important de distinguer nationalité et citoyenneté : les indigènes musulmans étaient français par effet de colonisation, sans véritablement posséder la citoyenneté française, puisqu'ils leur fallait en faire la demande (situation établie dans les juridictions de l'époque). D'après Ali BENCHENB, cette distorsion entre nationalité et citoyenneté a été créée pour les besoins de la domination coloniale. In : Mélanges En L'honneur D'ISSAD Mohand, *L'exigence et le droit*, ouvrage publié avec le soutien de l'université d'Alger 1, AJED Edition, 2011, p. 47

¹⁰- Cette disposition ne verra pas le jour puisque l'article 68 occulte les mères célibataires, la version actuelle de l'article 68 dispose que : « La protection maternelle et infantile est l'ensemble des mesures médicales, sociales, administratives, ayant pour but, notamment : - de protéger la santé de la mère en lut assurant les meilleures conditions médicales et sociales aussi bien avant, pendant, qu'après la grossesse : - de réaliser les meilleures conditions de santé et de développement psycho- moteurs de l'enfant ».

Compte tenu de l'abrogation coranique de l'adoption, logiquement on pourrait penser qu'elle a cessé d'être pratiquée ; or la réalité montre le contraire : l'adoption est restée une pratique ancrée dans la société algérienne. En excipant les moyens juridiques en place, nous montrerons ultérieurement, que dans le système juridique algérien, existe un ensemble de moyens d'actions à disposition susceptible de créer un lien de filiation aux fins de contourner l'interdiction de l'adoption. A ce propos, nous remarquerons, que de nos jours encore, nombre de familles recourent à ces moyens juridiques de manière frauduleuse par substitution, à l'adoption plénière, créant ainsi une contradiction entre le droit et la réalité¹¹.

Toutefois, de 1966 jusqu'à l'apparition du code de la famille en 1984, les contrats de placement des enfants abandonnés stipulaient encore la mention:« placé en vue d'adoption». Le Code de la famille de 1984 est venu confirmer l'interdiction de l'adoption, malgré la recrudescence des abandons d'enfants notamment les enfants nés sous x.

Lors de l'élaboration du code de la famille de 1984,¹² le législateur algérien n'a pas tenu compte de l'avis de l'ensemble des spécialistes dans ce domaine, ni d'ailleurs des attentes de la société algérienne, et particulièrement des attentes du mouvement associatif revendicatif féminin, et encore moins de l'ampleur de ce phénomène social et de la réalité de la pratique de l'adoption dans la société algérienne. Mais, il convient de dire que dans les rapports de force entre les forces politiques réformistes et les forces islamistes traditionalistes présentes en Algérie, ces dernières ont toujours imposé leur avis, car pour eux il

¹¹- La pratique de l'adoption dans la société algérienne contournant l'interdiction par les moyens juridiques en place est admise par la société, elle ne soulève par trop de questions par les médias.

¹²- Bien que le législateur algérien se soit inspiré indirectement (puisqu'il s'inspire directement du code civil égyptien) du code civil français, il n'a pas eu la volonté d'inclure le droit de la famille dans le code civil, il nous renvoie aux dispositions de la charia (article 222 Code de la famille). D'une part, en termes de politique législative, le législateur algérien a choisi de traiter séparément du droit civil et du droit du statut personnel. Ce faisant il a entériné la politique législative du colonisateur, ce qui est un comble. D'autre part, en adoptant cette méthode, il s'est réservé la possibilité d'avoir un droit « civil moderniste » et un droit de la famille *shari'iste* comme le confirme l'article 222 du code de la famille.

était impossible de passer outre l'interdiction coranique. Le Code de la famille algérien de 1984 reflète leur volonté de s'inscrire dans une démarche traditionnelle, puisqu'il consacre sur ce point purement et simplement la règle d'origine religieuse¹³.

Un an après le code de la famille, le code de la santé de 1976 a été abrogé et remplacé par la loi de 1985¹⁴. C'est alors qu'a été abrogé le paragraphe concernant la prise en charge des mères célibataires et des enfants abandonnés. Elle n'a laissé place qu'à un article prévoyant la prise en charge dans le cadre d'un règlement à intervenir des enfants abandonnés, provisoirement ou définitivement. Ce règlement devait permettre d'améliorer la construction de l'institution de la *Kafala*. Or ce règlement n'a pas encore vu le jour¹⁵.

Si le droit algérien a interdit l'adoption,¹⁶ il a cependant permis à l'enfant abandonné ou sans famille d'avoir une famille qui le recueillera

¹³- Plusieurs avant-projets et projet de loi ont été élaborés sur la famille dont les principes ont porté sur la modernisation de ces règles afin de les adapter aux exigences modernes de la société algérienne. Ils ont été rejetés avant 1984 en raison de l'opposition des forces islamistes traditionnalistes qui préconisaient une application stricte de la charia. Parmi ces textes nous citons l'avant projet de code de la famille de 1966, ceux de 1973 et de 1981. SAI F., thèse *op.cit*, p. 263 et 295. SALAH-BEY M.C., « *Le droit de la famille et le dualisme juridique* », *RASJEP*, 1997 n° 3, p.923.

« l'ambivalence juridique se caractérise par certaines dispositions du code civil qui constitue le droit commun et s'étendent d'une façon générale aux branches du droit privé et du droit public (les sources du droit, la promulgation de la loi, le principe de non rétroactivité, les notions de contrat et de responsabilité...) qui relève donc du positivisme juridique, alors que le code de la famille entend s'ériger en un ordre distinct de manière à éluder la subordination de la *Charia* au droit civil. Le code civil s'inscrit dans une logique plurielle à travers sa pluralité de sources (art.1^{er} du code civil algérien), le code de la famille dans une logique unitaire et hégémonique à travers le cadre étriqué de sa codification du fait que le statut personnel est érigé en domaine réservé. Ainsi, toute loi qu'il n'a pas intégrée est vouée à l'exclusion au sens de l'article 223 du code de la famille mais aussi du fait que la dimension nécessaire à l'élaboration d'un droit positif tel l'apport de la jurisprudence, des usages et des pratiques dans un domaine aussi sensible que celui de la famille a été occulté et marginalisé », BENDJABALLAH S., *Le code de la famille : un code de conduite pour les femmes?* In : Femmes et développement, Oran, éd. CRASC, 1995, p.189. BENCHENEB A., *Le droit de la famille entre la tradition et la modernité*. In : Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, 1982, n°1, p.25

¹⁴- Loi N° 85-05 Du 16 /12/85 relative à la protection et à la promotion de la santé. *JORA* n° 8 du 17 février 1985, p.122, modifié en 1988, 1990, 1998,2006, 2008.

¹⁵- Aujourd'hui encore, aucune loi n'évoque le statut de la mère célibataire ni dans le code de la famille, ni dans la constitution, pas même un autre texte. Ce sujet constitue encore de nos jours un grand tabou. Il reflète aussi l'application de la Charia qui ne donne aucun droit aux enfants nés sous X, ni aux filles mères.

¹⁶- MAWAN M., *Les causes de l'interdiction de l'adoption et la kafala comme substitution en droit musulman et en droit de la famille algérien*. In : *Revue myiari* (terme arabe qui signifie critère), Université des sciences islamiques, Constantine, n°9, 2004, p. 479

légalement, et qui l'élèvera comme son propre enfant par le biais de la *kafala*.

La *kafala*, contrairement à l'adoption qui est un vocable dont la signification est intrinsèque, permet à une personne de prendre comme fils celui qui n'est pas le sien. Le terme même de *kafala* demeure équivoque. Actuellement, et ce malgré la confirmation de l'interdiction de l'adoption et la mise en place de la *kafala* par le code de la famille, l'adoption de type plénière continue à être largement pratiquée en Algérie. Il faut dire qu'elle constitue un besoin social nécessaire notamment pour les enfants sans filiation et également pour les couples et personnes stériles. Cette survivance ne se fait pas sans difficulté. De nos jours une bonne partie de théologiens rigoristes demandent l'application pure et dure de l'abrogation de toute forme d'adoption y compris la *kafala*. Mais une autre partie de jurisconsultes, sages et mieux informés des besoins sociaux sont prêts à la faire concilier avec la loi coranique.

Selon l'article 116 du code de la famille algérien, la *kafala qualifiée de recueil légal* est : «l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal»¹⁷. C'est ainsi que le droit algérien a consacré cette nouvelle technique juridique qui s'est substituée à l'adoption. Accueillie avec enthousiasme par les uns, cette institution a été vivement critiquée par les autres, sachant que le phénomène social «adoption» est ancré dans la société algérienne.

La *kafala* telle que perçue par le droit, a été instituée pour la première fois lors de la promulgation de la loi promulguant la loi n° 27 portant code de la famille tunisien en date du 04/03/1958. Aux termes

¹⁷-La *kafala* est une solution visant à remédier à l'interdiction de l'adoption en droit algérien et en droit marocain. L'enfant recueilli doit garder sa filiation d'origine s'il est de parents connus. Ce qui signifie qu'il garde le (nom) patronyme de ses parents. S'il est de parents inconnus, il lui est fait application de l'article 64 du code de l'état civil (décret exécutif no 92-24 du 13 janvier 1992 portant concordance des noms).

de son article 3, la *kafala* a été qualifiée de tutelle officieuse:¹⁸ « la tutelle officieuse est l'acte par lequel une personne majeure jouissant de la pleine capacité civile, ou un organisme d'assistance, prend à sa charge un enfant mineur dont il assure la garde et subvient à ses besoins»¹⁹.

Nous observons avec intérêt qu'en matière de protection des enfants la Tunisie fait figure d'exception au sein des pays musulmans, puisqu'elle reconnaît l'adoption plénière, mais en même temps, elle donne le choix aux familles de recourir à la tutelle officielle dite *kafala*²⁰. La loi tunisienne de 1958 institue donc l'adoption comme procédé d'acquisition de la filiation sans tenir compte du *jus sanguinis*. Ce faisant, elle révèle une grande volonté d'innovation. Bien plus, elle constitue également un bouleversement allant à contre courant des textes rigides du droit musulman.

En droit marocain, la *kafala* est réglementée par la loi n°15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés, qui a été promulguée par le Dahir n°1-02-172 du 13 juin 2002. L'Article 2 dispose en effet: « La prise en charge (la *kafala*) d'un enfant abandonné, au sens de la présente loi, est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant. La *kafala* ne donne pas de

¹⁸- Il y a en droit tunisien la tutelle publique et la tutelle officieuse. L'article 1^{er} de la loi de 1958 dispose que : « Est tuteur public de l'enfant trouvé ou abandonné par ses parents : l'administrateur de l'hôpital, de l'hospice, de la pouponnière, le directeur du centre de rééducation ou du centre d'accueil d'enfants, dans les cas où l'enfant a été confié à l'un de ces établissements, le gouverneur, dans les autres cas ». Article 2. - Le tuteur public a, vis-à-vis du pupille, les mêmes droits et obligations que les père et mère. L'Etat, la commune ou l'établissement public, selon les cas, sont civilement responsables des actes commis par les enfants visés à l'article premier ».

¹⁹- Le législateur tunisien utilise le terme *kafala* dans le texte arabe.

²⁰- Dans ce sens la Tunisie continue d'occuper dans le monde musulman en général et particulièrement dans la région arabe et maghrébine une place tout à fait à part. C'est le seul pays arabe qui permet l'adoption, (mais également interdit la répudiation, la polygamie) et ce par sa loi n° 1958-0027 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption ; méritent à cet égard d'être citées les dispositions suivantes : Article 8. - « L'adoption est permise dans les conditions prévues aux articles suivants ». Art. 9 - « L'adoptant doit être une personne majeure de l'un ou l'autre sexe, mariée, jouissant de la pleine capacité civile. Il doit être de bonne moralité, sain de corps et d'esprit et en mesure de subvenir aux besoins de l'adopté de l'un de l'autre sexe. »

droit à la filiation ni à la succession»²¹. Et le même Code précise que : « l'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime»²².

L'article 60 du Code de la famille syrien dispose que: « La *kafala* peut être prononcé au profit de l'enfant de parents inconnus ou de père inconnu avec le consentement de la mère, ou d'un orphelin en l'absence de parents bénéficiaires de la tutelle légale...»²³

Pour le droit égyptien, on notera une absence de dispositions légales spécifiques encadrant la *kafala*, mais l'article 3 de l'arrêté ministériel émanant du ministère des affaires sociales n° 277 de 1998 indique la *kafala* comme mesure de prise en charge de l'enfant sans filiation²⁴.

2- Difficulté découlant de la situation de l'enfant né hors mariage²⁵

Il serait naïf de croire qu'en Algérie comme dans tout autre pays au demeurant, les relations sexuelles sont limitées au mariage. Il en est de même pour les naissances d'enfants hors mariage qui ont toujours existé et existeront toujours²⁶. Dans la société algérienne, plusieurs termes sont utilisés pour désigner l'enfant né hors mariage, autrement

²¹- Le droit marocain a institué la *kafala* avec le dahir n° 1-04-22 du 12 *hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille (bulletin officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426-06 octobre 2005, p. 667, art. 9 alinéa 2 : « Acquisition de la nationalité marocaine par la *Kafala* (prise en charge) »).

²²- Tout comme le droit de la famille algérien et ce malgré les réformes timides apportés à ces droits, le droit de la famille marocain demeure toujours traditionnel, archaïque et injuste particulièrement envers la femme.

²³- Loi portant code de la famille syrien conformément au décret législatif n°59 du 07/09/1953 modifié en par décret législatif n°76 du 26/09/2010.

²⁴- Les naissances hors mariage est un grand sujet tabou en Egypte, l'article 32 de l'arrêté n°2075 de 2010, interministériel émanant du conseil des ministres a prévu un règlement relatif à l'enfance, mais qui n'a pas encore vu le jour .

²⁵- CHIHAB ZIDANE F., L'enfant né hors mariage en Algérie, éd. Entreprise algérienne de presse, Alger, 1992.

²⁶- BOUCEBCI M., écrivait : « chaque société secrète des mécanismes régulateurs, en fonction de ses normes, son histoire et son ouverture», *Psychiatrie, société et développement en Algérie*, Les grossesses hors mariage et leurs conséquences, Alger : SNED, 1979, p. 140

appelé enfant «illégitime»²⁷. Cette désignation illustre remarquablement reflétant la vision négative que porte la société algérienne sur ce fait²⁸. Le terme illégitime évoque la naissance d'un enfant hors mariage, et aux yeux de la société musulmane, une telle naissance en violation de la loi, menace ses valeurs familiales et religieuses²⁹. Toutefois, le langage populaire algérien l'adopte pour désigner également tous les enfants nés d'une relation adultérine. Mais ce terme, qui est inapproprié, traduit la volonté inconsciente de dénigrer l'enfant «illégitime» considéré comme un intrus. C'est la preuve incontestable qu'une partie importante de la société algérienne reste profondément marquée par les mentalités ancestrales et rétrogrades.

Dans les temps anciens, il était en effet, inconcevable que l'enfant illégitime restât avec ses parents. Il devait être exclu de la tribu d'origine pour maintenir l'ordre social et, par là même préserver son prétendu honneur. Néanmoins, il est nécessaire de dire que le droit de la famille algérien ne donne aucun qualificatif pour désigner l'enfant né hors mariage, autrement appelé assez curieusement dans certains systèmes juridiques enfant naturel. Il passe tout simplement sous silence cette situation réelle.

Un tel enfant n'a donc pas un statut inférieur. Bien au contraire le Code de la nationalité algérienne met à égalité tous les enfants, et il ne fait aucune distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. Aux

²⁷- Le ministère de l'Emploi et de la Solidarité nationale estime à 3 000 par an le nombre d'enfants abandonnés à la naissance, un chiffre demeuré étonnamment stable depuis plusieurs années. Actuellement en Algérie, les naissances d'enfants illégitimes avoisineraient les 5000 à l'échelle du pays (sur 800.000 naissances annuelles). L'ensemble des enfants abandonnés ne passe pas systématiquement par le circuit officiel. En effet, tout laisse à penser, notamment du fait du recul constaté de l'âge du mariage et du fait du phénomène global de paupérisation que le « chiffre noir », englobant notamment les arrangements officieux entre un couple et une fille mère (supposition d'enfant, fraude à l'état civil), est considérable. Il résulte d'un dossier consacré aux enfants nés sous X paru dans le journal Liberté du 25/07/2011 que certains affirment que le chiffre est encore plus élevé.

²⁸- Les termes utilisés et très répandus dans le langage populaire sont « *lakit* » (terme arabe) « *keboul* » ou « *ferkh* » en (terme) dialectal algérien (enfant abandonné); puis, enfant trouvé, « *majhoul* » *nasab* mais également enfant naturel. L'enfant abandonné par délaissement ou remise légale devient pupille de l'Etat et fait l'objet d'une immatriculation par arrêté du *wali* (préfet). Ce qui a pour principal effet, la perte de l'autorité parentale. L'Etat prend la place des parents, l'enfant abandonné pourra ensuite faire l'objet d'une demande de *kafala*.

²⁹- La religion ne semble pas avoir un grand effet sur la société algérienne puisque le nombre d'enfant nés hors mariage est en net augmentation chaque année.

termes de son article 6: « est de nationalité algérienne par la filiation : a)-l'enfant né d'un père algérien ; b)-l'enfant né d'une mère algérienne et d'un père inconnu»³⁰. L'article 7 du même code attribue la nationalité par la naissance et dispose ce qui suit : « est de nationalité algérienne par la naissance en Algérie :

1°) L'enfant né en Algérie de parents inconnus sera réputé n'avoir jamais été Algérien si, au cours de sa minorité, sa filiation est légalement établie à l'égard d'un étranger ou d'une étrangère et s'il a, conformément à la loi nationale de cet étranger ou de cette étrangère, la nationalité de celui-ci. L'enfant nouveau-né trouvé en Algérie est présumé, jusqu'à preuve du contraire, né en Algérie.

2°) L'enfant né en Algérie de père inconnu et d'une mère dont seul le nom figure sur son acte de naissance, sans autre mention pouvant prouver la nationalité de celle-ci».

L'enfant né hors mariage est un thème tabou au sein de la société algérienne au même titre que d'autres thèmes sensibles,³¹ pour des raisons d'ordre religieux et politique mais également par hypocrisie sociale. Ainsi, le droit algérien ne définit pas directement l'enfant abandonné contrairement au droit marocain.

S'agissant du droit marocain, l'article 1er de la loi marocaine n°15-01 relative à la prise en charge par *kafala* d'enfant abandonnés

³⁰- BENCHENEB A., *Les mélanges en l'honneur de Mohand ISSAD*, op.cit p. 51- Voir aussi le commentaire de ISSAD M., sur l'ancien code de nationalité, Droit international privé, les règles de conflit, tome 1, 1980, Alger : OPU, p.252-

L'ordonnance n° 05-01 du 27 février 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n° 70-86 du 15 décembre 1970 portant code de la nationalité algérienne. Selon cette loi, la nationalité algérienne peut être octroyée à l'étranger de mère algérienne et de père étranger ou inconnu, avant ou après leur majorité, ainsi qu'à toute étrangère ou étranger marié à un algérien ou une algérienne. Il s'agit d'allègements dans les conditions de la preuve de la nationalité. Ces nouvelles dispositions révolutionnent un peu le Code de nationalité algérienne où prédominera désormais le droit du sol pour les enfants trouvés ou enfant dont le père est inconnu, alors que jusque-là, c'était le droit du sang qui déterminait l'appartenance d'un individu à la collectivité nationale, rendant la nationalité algérienne quasi interdite à toute personne étrangère désirant vivre en Algérie. Cette loi a enfin reconnu l'égalité du genre s'agissant du droit pour une femme à transmettre sa nationalité à ses enfants et à son conjoint effaçant ainsi la discrimination faite aux femmes dans le code de nationalité algérien.

³¹- Plusieurs sujets sensibles restent de nos jours tabous dans la société algérienne, tel que l'inceste, le suicide, les viols sur mineurs, sur les femmes, la pédophilie, la sexualité et autres ...

dispose que : « est considéré comme enfant abandonné tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes:

- être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré;
- être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance;
- avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant».

3-La *kafala*, mesure propre à résoudre le problème de l'enfant né hors mariage

Après l'interdiction de l'adoption en 1976, il était nécessaire de trouver une solution qui pouvait permettre la prise en charge d'enfants abandonnés en adéquation avec la *Charia*. L'apparition de la *kafala* en 1984, en tant que recueil légal, visait en premier lieu la prise en charge de cette catégorie d'enfants. Elle devait ainsi permettre dans l'immédiat de prendre en charge cette frange sociale marginalisée de la société algérienne ; la mère célibataire, l'enfant adultérin : cette frange rejetée par l'ordre social établi.

Il faut cependant préciser que depuis l'apparition de la *kafala*, les fonctions et la notion de cette institution ont bien évolué car elles sont liées aux changements socio - économiques survenus dans la société algérienne tant sur le plan individuel que sur le plan collectif. Il ne s'agit désormais plus de la fonction principale qui est la prise en charge de l'enfance abandonnée et stigmatisée, elle a suscité avec le temps une

véritable parentalité de la part d'une grande partie de la société, ce qui a modifié la configuration familiale dans la société algérienne.

Ainsi, l'ouverture de la *kafala* aux personnes célibataires, homme ou femme,³² leur permettant de recueillir un enfant, et de vivre pleinement une monoparentalité qui était autrefois inconcevable car, selon le système familial algérien, l'institution matrimoniale (une mère et un père) est l'unique institution habilitée à attribuer la parentalité puisque celle-ci est contenue dans le mariage. Pour les couples stériles, la *kafala* s'avère également une solution à leur stérilité, elle leur permet d'avoir un enfant ou des enfants et d'exercer une parentalité entière au sein de leur couple.

Ces couples préfèrent généralement les enfants abandonnés sans filiation, pour leurs donner leur nom conformément à la loi sur la concordance des noms qui sera étudiée subséquemment. La *kafala* peut également embrasser l'ensemble des mesures de protection de l'enfance. Avec le temps elle s'est adaptée à toutes les situations de la prise en charge de l'enfance en difficulté à la solidarité intrafamiliale.

4- L'adoption internationale en France

Le droit international privé est conçu pour régler les situations de conflits à caractère international relevant du droit de la famille;³³ toutefois le droit de la famille a connu depuis quelque temps une internationalisation³⁴. Cette internationalisation découle

³²- Dans la pratique, ce sont les femmes seules, indépendantes économiquement, non mariées et arrivées à un âge de non fécondité qui optent pour la *kafala*.

³³- Le droit international privé (DIP) est applicable aux situations de droit privé à caractère international. Il répond principalement aux questions suivantes: quel tribunal est compétent ? Quel est le droit national applicable? A quelles conditions une décision rendue dans un Etat peut-elle être reconnue et exécutée dans un autre Etat ?

³⁴-Plusieurs conventions internationales traitent de la protection internationale des enfants, et des relations internationales familiales et patrimoniales. Citons la convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants (conclue le 24 octobre 1956).La convention concernant la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière d'obligations alimentaires envers les enfants (conclue le 15 avril 1958). La convention concernant la compétence des autorités, la loi applicable et la reconnaissance des décisions en matière d'adoption (Conclue le 15 novembre 1965, conformément à son article 23, cette Convention a cessé d'avoir effet le 23 octobre 2008). La convention concernant la

directement du flux migratoire et de ses effets, les mariages mixtes, l'adoption, etc.

S'agissant de l'adoption internationale, elle consiste à recueillir un enfant étranger, elle se réalise directement par une démarche personnelle auprès des familles pauvres fragilisées par la précarité. Elle a cependant révélé certaines pratiques mercantiles telles que les trafics d'enfants et les fausses déclarations de paternité. Par ailleurs, le sujet de l'adoption d'un enfant étranger est un sujet délicat non seulement parce que « l'adopté » peut vivre un plus grand déracinement, mais aussi parce que l'adoption peut tout simplement créer des problèmes sur le plan diplomatique; ce qui a rendu nécessaire l'élaboration de règles d'éthique et d'encadrement pour régir l'adoption internationale³⁵.

Ainsi, la communauté internationale s'est dotée d'une éthique et de règles en élaborant la Convention de la Haye sur l'adoption en 1993, qui favorise le principe de subsidiarité, selon lequel l'adoption internationale ne doit être envisagée qu'à défaut de solutions nationales.

Ce traité international prévoit également une coopération entre les pays d'origine et les pays d'accueil des enfants adoptés sur la base

reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (Conclue le 2 octobre 1973). La convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (conclue le 25 octobre 1980). La Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (Conclue le 19 octobre 1996). La convention sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille (Conclue le 23 novembre 2007). Voir, SANDRINE C., Droit international privé, 3^{ed}. Dalloz, 2012

³⁵- La recommandation 1443 (2000) du Conseil de l'Europe, pour un respect des droits de l'enfant dans l'adoption internationale : « Aussi l'Assemblée s'insurge-t-elle contre la transformation actuelle de l'adoption internationale en un véritable marché régi par les lois capitalistes de l'offre et de la demande, et caractérisé par le flux à sens unique des enfants qui viennent des pays pauvres ou en transition vers les pays développés. Elle condamne fermement tous les actes criminels commis aux fins de l'adoption ainsi que les dérives et pratiques mercantiles telles que les pressions psychologiques ou d'ordre économique sur des familles vulnérables, l'adoption directe auprès des familles, la conception d'enfants aux fins d'adoption, les fausses déclarations de paternité, ainsi que l'adoption d'enfants via l'Internet ». Discussion par l'Assemblée le 26 janvier 2000 (5^e séance) (voir Doc. 8592, rapport de la commission des questions sociales, de la santé et de la famille, rapporteur: M. About; Doc. 8626, avis de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme, rapporteur: M^{me} Wohlwend; et Doc. 8600, avis de la commission des migrations, des réfugiés et de la démographie, rapporteuse : M^{me} Vermot- Mangold. [En ligne] consulté le 16 Août 2012. URL : <http://assembly.coe.int/mainf.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta00/frec1443.htm>

d'une éthique commune. Cependant, il faut dire que cette convention n'a été ratifiée que par un petit nombre d'États.

Désormais, la question de l'adoption d'un enfant étranger se pose sous l'angle de l'adoption internationale. La France a ratifié la convention de la Haye sur l'adoption internationale le 1^{er} octobre 1998. Pour les pays ratifiant la convention de la Haye, une adoption ne peut être accomplie en France que par l'intermédiaire de l'Agence française de l'adoption (AFA)³⁶ ou des organismes français autorisés et habilités pour l'adoption(OAA)³⁷. Pour tous les autres pays, les candidats ont également la possibilité d'adopter par démarche personnelle chaque fois que le pays d'origine de l'enfant, ne fait pas obligation d'être accompagné par un intermédiaire autorisé. Ainsi, une procédure spécifique est mise en place,³⁸ l'obtention de l'agrément est une condition obligatoire préalable à la réalisation du projet d'adoption. L'agrément a pour but d'évaluer les conditions d'accueil sur les plans familial, éducatif et psychologique³⁹.

Si le pays étranger fait partie de la Convention de la Haye de 1993, l'adoptant doit être guidé par un opérateur qui se chargera de contrôler le déroulement de la procédure locale qui concernera en premier lieu l'apparentement,⁴⁰ et la délivrance d'une autorisation de

36 - AFA : Association Française d'Adoption.

37- O.A.A : Organismes Autorisés pour l'Adoption.

38- Les articles 343 et suivants du Code civil français définissant les conditions requises pour l'adoption plénière indiquent des conditions d'âge (mariés depuis plus de deux ans ou avoir plus de 28 ans) et l'article 353-1 la nécessité de disposer d'un agrément.

39- Le service de l'Aide Sociale à l'Enfance procède à une enquête sociale et à des investigations psychologiques et matérielles. Depuis la loi du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, « l'agrément est délivré pour l'accueil d'un ou de plusieurs enfants simultanément. Une notice, dont la forme et le contenu sont définis par décret, décrivant le projet d'adoption des personnes agréées est jointe à l'agrément. Cette notice peut être révisée par le président du conseil général sur demande du candidat à l'adoption ».

⁴⁰- L'apparentement est la proposition d'établir une relation adoptive entre un enfant et une famille donnée, ce n'est pas la décision d'adoption, acte à portée juridique. L'apparentement se concrétise par l'identification d'une future famille adoptive pour un enfant donné. L'article 17 de la Convention de la Haye du 29 mai 1993 (CLH-93), précise les conditions pour que les apparentements soient suivis d'effet « toute décision de confier un enfant à des futurs parents adoptifs ne peut être prise dans l'État d'origine que : a- si l'Autorité centrale de cet État s'est assurée de l'accord des futurs parents adoptifs; b- si l'Autorité centrale de l'État d'accueil a approuvé cette décision, lorsque la loi de cet État ou l'Autorité centrale de l'État d'origine le requiert; c- si les Autorités centrales des deux États ont accepté que la

poursuite à la procédure. Ce document doit impérativement être établi avant la décision prononçant l'adoption.

Si au contraire, le pays d'origine ne fait pas partie de la convention de la Haye, l'adoptant doit entamer de manière individuelle la procédure de l'adoption. Néanmoins, il devra s'assurer que l'enfant est adoptable, et que toutes les personnes qui doivent donner leur consentement à l'adoption ne le donnent qu'après avoir été bien conseillées et informées sur les conséquences de leur consentement. Par ailleurs les consentements sont donnés en toute légalité, en veillant que ces derniers ne l'obtienne en moyennant paiement ou autre contrepartie afin que le déplacement de l'enfant s'effectue en toute sécurité et légalité⁴¹.

L'adoption dans le pays étranger est consentie le plus souvent par une décision judiciaire, elle peut être également établie par une décision administrative. Il peut s'agir d'une adoption simple ou d'une adoption plénière entraînant une rupture complète et irrévocable des liens avec la famille d'origine. Il faudra ensuite faire reconnaître la décision d'adoption étrangère en France. Si la décision d'adoption étrangère rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant, elle produira en France les effets d'une adoption plénière (Article 370-5)⁴². L'acquisition de la nationalité française est automatique si l'un des parents au moins est de nationalité française à la date de naissance de l'enfant⁴³.

procédure en vue de l'adoption se poursuive; et d- s'il a été constaté conformément à l'article 5 que les futurs parents adoptifs sont qualifiés et aptes à adopter et que l'enfant est ou sera autorisé à entrer et à séjourner de façon permanente dans l'Etat d'accueil.»

⁴¹- Hormis les pays relevant de l'espace Schengen, l'enfant adopté doit avoir un visa long séjour adoption auprès du Consulat de France territorialement compétent. Le visa est valable 1 an et vaut titre de séjour de l'enfant en France. [En ligne] adopter à l'étranger. www.diplomatie.gouv.fr

⁴²- Art. 370-5 (Loi n°2001-111 du 6 février 2001 - art. 2) : « L'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant ».

⁴³- Art. 22-1 du code civil, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 17 JORF 06 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006 : « L'enfant mineur dont l'un des deux parents acquiert la nationalité française, devient français de plein droit s'il a la même résidence habituelle que ce parent ou s'il réside alternativement avec ce parent dans le cas de séparation ou divorce ».

En cas d'adoption simple, l'adoptant doit procéder à une demande d'exequatur du jugement étranger auprès du tribunal de grande instance compétent dans le ressort de son domicile. Une fois le jugement d'exequatur obtenu, l'adoptant procédera ensuite à une déclaration de nationalité au greffe du tribunal d'instance du lieu de sa résidence. L'adoptant pourra demander une conversion du jugement d'adoption simple en adoption plénière,⁴⁴ si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause (Art.370-5).

5-Recueillir par *kafala* un enfant d'Algérie

En tant que moyen juridique de substitution à l'adoption, la *kafala* a permis à des algériens résidents en France et aux binationaux de recueillir par *kafala* un enfant d'Algérie.

Une *kafala* demandée en France relève alors du droit international privé puisqu'elle présente un élément d'extranéité, deux situations sont envisageables: la *kafala* d'un enfant étranger (algérien) demandée par une personne de nationalité française ou encore la *kafala* entre personnes de nationalité étrangère ou bien le postulant et l'enfant sont tout deux algériens.

A l'évidence, dans ces hypothèses se pose un problème de conflits de lois qui doit être résolu aussi bien au niveau des conditions de la *kafala*, qu'au niveau de ses effets.

Force est de constater que concrètement, la réalisation de la *kafala* pour ce type de demandeurs a posé divers problèmes, notamment en France.

La première difficulté est relative à la question de la filiation. La deuxième intéresse la notion de la *kafala* elle-même qui au regard du

⁴⁴- Art. 370-5 [...] « à défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause. »

droit français, comme nous le verrons plus loin,⁴⁵ ne crée pas de lien de filiation⁴⁶ et n'a pas de correspondant dans le système juridique français de protection de l'enfance.

L'enfant recueilli par *kafala* ne fait pas formellement partie de la famille *kafilate*, ce qui explique les difficultés d'ordre administratif et juridique, auxquelles sont confrontées ces familles, lors de leur entrée en France. Ce sont les enfants *makfouls* qui ne parviennent pas à obtenir aisément une autorisation d'entrée et de séjour, le Code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA), ne considérant pas l'enfant *makfoul*, comme enfant adoptif.

S'agissant par exemple du document de circulation d'enfant mineur(DCEM) en France, il est délivré selon le bon vouloir des préfectures comme le souligne Madame BOUZIANE Malika⁴⁷. De ce fait, les *kafils* recueillant l'enfant *makfoul* ne peuvent pas se déplacer avec lui hors territoire français.

La question de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant est également posée, particulièrement lorsque le *kafil* est marié. L'autorité parentale suppose un ensemble de droits et de devoirs ayant pour seule finalité l'intérêt et la protection de l'enfant. Le *kafil* et son conjoint ont-ils au regard du droit français l'autorité parentale?

Ainsi, se posent toutes les questions qui résultent de cette autorité; elles sont liées au droit de garde, à l'éducation, à l'entretien, à

⁴⁵- Le droit algérien, depuis la modification de la loi en 2005, permet de tenir compte des progrès de la recherche médicale et consacre la possibilité d'apporter une preuve scientifique de la filiation, ainsi que la filiation des enfants nés avec une assistance médicale.

⁴⁶ - En droit français la filiation est le lien juridique qui unit une personne à son père ou à sa mère. Le droit français avait connu trois types de filiation : -la filiation légitime; - la filiation naturelle; - la filiation adoptive. Le code civil français consacre l'égalité entre les trois types de filiation. Ainsi la loi du 3 décembre 2001 a affirmé la légalité en matière successorale. La loi du 4 mars 2002 a introduit un nouvel article aux termes duquel «Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapport avec leurs père et mère.» La dernière réforme du droit de la filiation opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 (Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation) complète l'égalité parfaite des filiations en supprimant toute distinction entre les filiations. Voir MALAURIE P., FULCHIRON H., La Famille, 4^{me} éd. Défrénois, 2011, p.357 et s.

⁴⁷-Madame Bouziane Malika est présidente de l'Apaerck (Association de parents adoptifs d'enfants recueillis par *kafala*).

la surveillance, à la responsabilité, au décès du *kafil*, au divorce du couple *kafil*, à l'obligation alimentaire pour l'enfant *makfoul* après le divorce du couple *kafil*, aux droits sociaux, et enfin à la conversion de la *kafala* en adoption; sans omettre les questions de droit successoral ou même de nationalité française. Il faut dire que la *kafala* a suscité et suscite encore en France comme en Algérie un débat juridique passionné.

En Algérie, le débat est certes d'ordre juridique, mais il s'inscrit dans un contexte social particulier : il cible des sujets tabous et ignorés par le droit, l'union hors mariage et l'enfant né hors mariage qui au regard du droit algérien n'existent pas. La légitimation de l'enfant né hors mariage, la recherche de paternité par le procédé de l'ADN, l'abandon des enfants par les parents biologiques, l'avortement des filles, l'adoption pour les couples stériles pour pallier à l'absence d'enfant.

Ces sujets qui touchent les matières familiales, relèvent de la compétence quasi exclusive du droit islamique pour lequel ces questions n'existent pas. Or, le droit positif algérien qui est en principe censé ne point les ignorer, ne propose aucune alternative appropriée aux fins de pallier à ce déni.

Ce vide juridique en matière d'adoption traduit encore une fois le refus de l'Etat algérien de prendre une position claire à même de régler ces questions, de peur de mortifier les conservateurs. Les pouvoirs publics occultent ainsi la perpétuelle confrontation entre les courants traditionalistes et modernistes qui caractérise pourtant et depuis des décennies la société algérienne.

À ce propos et concernant les difficultés justifiant l'élaboration tardive du Code de la famille algérien, le professeur BENCHENB Ali précise que : « cette paralysie signifie déjà que l'on a conscience de ce que le Code de la famille n'est pas simplement le lieu de la transcription technique des solutions du droit musulman, à l'évidence, elle signifie

plus que cela. Dix huit ans après l'indépendance, l'absence du Code de la famille traduit l'existence d'un affrontement, souvent occulte entre partisans de la tradition et partisans de la modernité, affrontement pour lequel l'autorité se refuse, en l'état actuel des choses de procéder à des arbitrages»⁴⁸.

En revanche, la *kafala* en France, suscite un débat juridique relatif à la réception de la *kafala* par le droit français, l'embarras étant suscité par le fait que la *kafala* ne créant pas de filiation, elle ne peut être transformée en adoption. A cet égard, la *kafala* en tant que concept n'a pas encore suscité un débat doctrinal malgré l'intérêt scientifique certain qu'elle présente.

La *kafala* en France est toujours comparée à l'adoption du droit français. Dans le rapport explicatif de la convention de 1996,⁴⁹ le professeur Paul LAGARDE, relève expressément, après avoir fait mention des documents déposés par la délégation marocaine, que: «la *kafala* n'est pas une adoption interdite par le droit islamique, et elle ne produit aucun effet quant à la filiation. L'enfant qui en bénéficie ne devient pas membre de la famille du *kafil*, et c'est la raison pour laquelle la *kafala* n'est pas couverte par la convention sur l'adoption du 29 mai 1993. Mais c'est indiscutablement une mesure de protection qui, à ce titre, doit entrer dans le champ d'application d'une convention sur la protection des enfants»⁵⁰. Il ajoute également que : « les enfants recueillis par *kafala* originaires de pays prohibant l'adoption ne peuvent faire l'objet d'une adoption en France »⁵¹.

Effectivement, la *kafala* constitue une mesure sociale et légale de protection de l'enfant conçu dans son intérêt supérieur dans la mesure où elle permet à l'enfant abandonné d'avoir une famille qui s'occupera

⁴⁸- BENCHENEB A., *op.cit.*, 24.

⁴⁹- Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

⁵⁰- Lagarde P., *Rev. crit. dr. internat. privé* 1995, at p. 230.

⁵¹- Lagarde P., *Rev. crit. dr. internat. privé* 2008 p. 828.

de lui comme elle le ferait pour son fils. Mais la *kafala* ne crée pas de lien de filiation entre le *kafil* et le *makfoul* et n'engendre pas les effets de la filiation consanguine, par conséquent elle ne confère pas une généalogie, ni le droit successoral et pourtant, la *kafala* crée quelques effets juridiques proches de l'adoption «simple» connue en droit français. Elle confère à l'enfant *makfoul* sans filiation le nom du *kafil*, ce dernier a l'autorité parentale entière, il doit protéger, éduquer et entretenir le *makfoul* comme un véritable père.

Le *kafil* français ou algérien résidant en France désirant recueillir un enfant algérien en *kafala* se retrouvera face à une situation compliquée et incompréhensible. Bien que la *kafala* soit une institution reconnue par la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) que la France a ratifiée, et malgré la présence de cette institution juridique en France, elle est pourtant considérée comme étrangère au droit français.

Il faut souligner que l'article 20 de la convention internationale (CIDE) considère la *kafala* comme une institution juridique de droit islamique, suscitant prise en charge et protection de l'enfant au même titre que l'adoption. La *kafala* est un moyen juridique spécifique de recueil d'enfants en droit algérien⁵².

Sa réception par le droit français a posé problème pour l'enfant recueilli, compte tenu de l'internationalisation de l'adoption, car la *kafala* ne rentre pas dans la procédure de l'adoption internationale. Néanmoins, et s'agissant des ressortissant algériens et conformément à l'accord franco algérien de 1968, l'enfant recueilli en *kafala* peut bénéficier d'un regroupement familial. Mais cet accord n'impose aucune procédure spécifique et claire relative à la *kafala*.

⁵²- Si la *kafala* en Algérie ne pose pas de problèmes de filiation ou de droit successoral dès lors que l'enfant a une filiation établie, elle pose toutefois le problème de la filiation pour les enfants abandonnés sans filiation.

Le recueil de l'enfant par *kafala* est aussi délicat que l'adoption internationale, non seulement parce que l'enfant *makfoul* comme indiqué auparavant, peut vivre un plus grand déracinement autant que l'émigré, mais aussi parce que le prononcé de son adoption peut éventuellement créer des problèmes sur le plan diplomatique. Or, la procédure de la *kafala* obéit à des règles aussi strictes que l'adoption en ce qui concerne la personne du *kafil* (le postulant de la *kafala*) aussi bien en France, qu'en Algérie.

En France l'agrément relatif à l'adoption est requis, cette procédure est bien plus rigoureuse, pesante et longue, que la procédure de l'adoption internationale. Il faut indiquer que la *kafala* comme concept juridique demeure encore en France peu exploitée malgré le nombre considérable de décisions de la jurisprudence française et les commentaires, interprétations et les explications de la doctrine. En effet, les questions de la filiation, du droit successoral et la conversion de la *kafala* en adoption, ont encore beaucoup de mal à être clarifiées car la *kafala* reste malgré tout, un concept inédit.

Le parlement français a, en effet, voté en 2001 une loi⁵³ interdisant aux juges de prononcer l'adoption des enfants étrangers nés dans un pays où l'adoption est interdite. Il en résulte que les enfants recueillis par *kafala*, issus en majorité d'Algérie et du Maroc, ne peuvent pas être adoptés par ceux qui les élèvent⁵⁴.

⁵³- Loi 2001-111 du 06 février 2001 parue au JORF n°33 du 08 février 2001.

⁵⁴- Une loi vivement critiquée par la doctrine, Madame LE BOURISCOT Marie Christine précise que : En revanche, la loi nouvelle ne reprend pas le tempérament jurisprudentiel à la toute-puissance de la loi de l'adoptant, selon lequel la loi de l'adopté détermine les conditions du consentement à l'adoption et de la représentation de celui-ci. Cette omission est d'autant plus regrettable que le même article 370-3, semble prendre en compte la loi de l'adopté uniquement si elle est prohibitive et qu'il énonce une règle matérielle quant aux exigences relatives au consentement. Certes, Jean-François Mattéi avait déposé un amendement afin de redonner place à la loi de l'adopté, qu'il a retiré en raison des assurances données par la ministre de la Justice. Cette dernière, se référant à la jurisprudence de la cour de Cassation, a affirmé que le nouvel article ne remettait pas en cause « la reconnaissance d'une compétence à la loi nationale de l'adopté pour la détermination du représentant légal et la forme du recueil du consentement ». « Cette loi, contrairement aux intentions de celui qui l'a initiée, dénie à certains enfants le droit d'être adoptés. » Voir, Revue juridique, Personnes et Familles, n° 3, 2001.

Cependant, avant que le débat sur la *kafala* ne soit clos par la loi de 2001, la jurisprudence française a eu à se prononcer sur la *kafala*, certaines décisions ont reconnu la *kafala* comme mesure alternative à l'adoption, cela a permis sa conversion, tandis que d'autres l'ont purement et simplement rejetée.

Ainsi, jusqu'en 2001, les arrêts concernant la *kafala* ont été reconnus et « traduits » ou convertis, parfois comme adoption simple et d'autres fois, comme adoption plénière, faisant droit aux demandes des *kafils*.

La jurisprudence a initialement, admis que la loi nationale de l'adoptant était seule applicable aux conditions et aux effets de l'adoption. Ainsi, l'arrêt de la cour de Cassation du 7 novembre 1984 (arrêt Torlet), pose un principe selon lequel, les conditions et les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale des adoptants ; tandis que la loi de l'adopté définit simplement les conditions de forme et de fond du consentement à l'adoption. Le contenu du consentement donné doit alors être apprécié, indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté.

Cette position a permis aisément la transformation de la *kafala* en adoption simple ou plénière. Elle a cependant et contre toute attente, été critiquée par une partie de la doctrine, selon laquelle une telle position reflète une « déconsidération » de la loi étrangère personnelle de l'adopté. Par ailleurs, il est reproché à cette approche, d'engendrer une situation juridique difficile pour l'enfant dont le pays ne reconnaît pas la décision française d'adoption⁵⁵ ; faisant perdre ainsi, toute signification au consentement qui est donné de manière superficielle.

⁵⁵ -Civ. 1^{re}, 7 nov. 1984, Rev. crit. DIP 1985. 533, 1^{re} esp., note Simon-Depitre ; JDI 1985, p. 434, note Gaudemet-Tallon ; D. 1985, p. 459, note Poisson-Drocourt ; Defrénois 1990, p. 961, obs. Massip ; Grands arrêts, *op. cit.*, n° 67, p. 623, obs. Ancel et Lequette.

Une autre décision de la cour de Cassation en date du 31 janvier 1990 (arrêt Pistre)⁵⁶ précise que le contenu du consentement, qui détermine l'adoption concernée, à savoir s'il a été donné en vue d'une adoption simple ou d'une adoption plénière, doit être apprécié et estimé indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté prohibant l'adoption plénière.

Seul un consentement donné en vue d'une rupture complète et irrévocable des liens avec la famille d'origine permet donc de prononcer une adoption plénière, même si la loi de l'adopté ne connaît pas cette forme d'adoption. Cet arrêt détache le consentement de la loi nationale de l'adopté régissant l'adoption, transformant ce consentement en une simple règle matérielle. Cette orientation a, à l'évidence, permis de prononcer l'adoption en France pour des enfants *makfouls*.

Dans un autre arrêt daté du 10/05/1995 (arrêt Fanthou)⁵⁷, la cour de Cassation affirmait que l'adoption, y compris plénière, d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas l'adoption ou l'interdit, est envisageable. Cette décision a cependant émis une condition. Il s'agit d'exiger que le représentant du mineur donne son consentement en pleine conscience et en connaissance des conséquences attachées par la loi française à cette institution. Ceci est particulièrement important en matière d'adoption plénière qui emporte une rupture totale et définitive des liens, selon le cas, entre l'enfant et sa famille par le sang, ou entre l'enfant et les autorités de tutelle de son pays d'origine.

Il revient au juge français de s'assurer que le consentement émanant du représentant légal de l'enfant a été donné en pleine

⁵⁶ - Civ. 1^{re}, 31 janv. 1990, Rev. crit. DIP 1990, p. 519, note Poisson-Drocourt ; JCP 1991. II. 21365, note Muir Watt ; Defrénois 1990, p. 961, obs. Massip ; Grands arrêts, *op. cit.*, n° 66, p. 623, obs. Ancel et Lequette.

⁵⁷-Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, JDI 1995. 625, note Monéger ; Rev. crit. DIP 1995, p. 547, note Muir Watt ; D. 1995, p. 544, note Larribau-Terneyre ; D. 1995, IR 133 ; Defrénois 1996, p. 320, obs. Massip ; LPA 13 mars 1996, obs. Massip ; Grands arrêts, *op. cit.*, n° 69, p. 625, obs. Ancel et Lequette.

connaissance et conscience de tout effet juridique attaché à la loi française relative à l'adoption.

Cependant, dans un autre arrêt rendu le 1er juillet 1997, la cour de Cassation a considéré que l'autorité publique étrangère, en sa qualité de représentant légal du mineur, n'avait pas le pouvoir de consentir à l'adoption au mépris de l'interdiction de l'adoption faite par sa propre législation⁵⁸.

Les cours d'appels ont aussi connu une divergence de décisions avant 2001. C'est ainsi que, dans une décision rendue le 22 novembre 1995, la cour d'appel de Toulouse a permis la conversion d'une *kafala* en adoption simple, estimant que ces deux institutions étaient assimilables⁵⁹.

Une autre décision rendue le 24 juin 1997 par la Cour d'appel de Paris, a estimé que le consentement donné par les autorités algériennes en confiant une enfant abandonnée de nationalité algérienne à un couple de français, en vertu d'une *kafala*, ne peut être considéré comme un consentement à une adoption, étant donné que la filiation d'origine de l'enfant a été maintenue et que par conséquent, elle ne saurait être vue comme une adoption d'autant que celle-ci est prohibée par la législation algérienne⁶⁰.

Cependant une décision de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 25 mars 1999, a accepté de retenir la possibilité de reconversion d'une *kafala* en adoption plénière⁶¹. Toutefois, les juges ont exigé le changement de nom de l'enfant adopté par *kafala*, l'acceptation écrite de l'adoption des trois autres enfants légitimes des adoptants, indiquant précisément qu'ils connaissaient l'existence des effets de

⁵⁸-Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1997, JDI 1997. 973, note Monéger ; D. 1998, p. 187, note Poisson-Drocourt ; Dr. fam. 1997, n° 119, obs. Murat ; JCP 1997, IV, 22916, note Garé ; JCP 1998, I, 108, obs. Favier ; Rev. crit. DIP 1997, p. 706, 1^{re} esp., note Muir Watt.

⁵⁹-CA Toulouse, 22 nov. 1995, n° JurisData 1995-051518.

⁶⁰-CA Paris, 24 juin 1997, n° JurisData 1997-024802 ; CA Versailles, 12 janv. 1995, n° JurisData 1995-041176.

⁶¹- CA Aix en Provence, 25 mars 1999, n° JurisData 1999-042765.

l'adoption plénière donné par le conseil de famille algérienne. Les juges ont ainsi considéré que « les autorités publiques algériennes avaient consenti à l'adoption plénière en connaissance des effets attachés à cette institution en France ». Ils ont aussi invoqué l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment la nécessité de lui donner une famille.

Quant à la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 1 février 2001, elle a opté pour une décision complètement contraire, en considérant que le Code de la famille algérien interdisait l'adoption et n'admettait que la *kafala*. Elle a, en conséquence motivé sa décision en estimant que : « l'autorisation donnée par les autorités algériennes à l'enfant du port du nom des personnes qui l'ont recueilli ayant seulement pour but de permettre son insertion sociale, ne consacre aucun lien de filiation et n'autorise pas l'assimilation du recueil légal (*kafala*) à l'adoption plénière »⁶².

Ces décisions de la cour de Cassation et des cours d'appels font ressortir les divergences de jurisprudence qui résultent de l'existence d'une règle de conflit de lois, concernant d'abord les conditions et les effets de l'adoption régis par la loi de l'adoptant, ensuite la loi de l'adopté déterminant les conditions du consentement et enfin l'appréciation de la conformité du consentement.

C'est pourquoi, comme nous l'avons indiqué auparavant, une certaine jurisprudence, considère la validité du consentement en l'appréciant indépendamment de la loi nationale de l'adopté. Le juge français s'attache alors à la volonté explicite ou supposée du représentant du mineur. Dans ce cas, il suffit pour que son consentement soit valable « qu'il ait donné son consentement en pleine connaissance de cause des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, s'agissant d'une adoption plénière du caractère complet et irrévocable de la rupture de liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelles de son pays

⁶² -CA Paris, 1^{er} fév. 2001, n° JurisData 2001-137762.

d'origine». Cette position permet clairement d'envisager l'adoption au profit des enfants dont la loi nationale prohibe cette institution.

Cependant, une autre jurisprudence considère qu'en aucun cas, un consentement donné en violation de la loi par une autorité administrative et judiciaire compétente ne peut être considéré comme un consentement à une adoption simple ou plénière et, refuse purement et simplement l'adoption d'un enfant recueilli par *kafala* au motif que les autorités locales d'un pays qui prohibe l'adoption n'ont pas la qualité pour recevoir un consentement à un acte contraire à leurs lois⁶³.

En raison de cette divergence des décisions de justice et pour lutter contre le trafic d'enfant, une circulaire du garde des sceaux en date du 16 février 1999 notifiée aux parquets leur demandant une unification de la jurisprudence en matière de conflits de lois. Cette circulaire controversée posait des règles plus restrictives que celles mises en œuvre par les juridictions. Aussitôt, elle énonce que : "*l'adoption ne saurait être présumée dans tous les cas favorable à l'enfant étranger au seul motif qu'il a été recueilli en France, cette institution ne constituant pas le seul cadre juridique susceptible de lui offrir la stabilité dont il a besoin*"⁶⁴.

La circulaire avait pour but de contrecarrer la cour de Cassation et les cours d'appels pour éviter le prononcé par les tribunaux français de *l'adoption d'un mineur dont le statut personnel prohibe cette institution*. Mais il faut indiquer que plusieurs décisions suivant cette

⁶³ -Les consuls de France établis dans les pays qui prohibent l'adoption n'ont pas compétence pour recevoir un consentement à une adoption dans ces pays (Rép. Min JCP 1986 .IV ,272) . Voir revue LADREN, Laboratoire des droits de l'enfant, Cahiers du LADREN , Université d'Oran , n°1 , 2008 , p. 21.

⁶⁴ - La circulaire énonçait aussi, en outre que la validité du consentement donné à l'étranger imposait le respect de *l'article 348-5 du code civil* selon lequel les enfants de moins de deux ans doivent obligatoirement être remis préalablement au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption. Cette disposition a été très contestée et avait fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

instruction ont depuis prononcé des adoptions d'enfants algériens et marocains.

Cette absence d'uniformité de la jurisprudence, a conduit nécessairement le législateur à intervenir. La loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, sortie d'une proposition de loi de M. Jean- François MATTEI, mais issue des travaux de concertation de la commission des lois du Sénat, vise clairement l'unification des décisions de justice divergentes et à résoudre des conflits de lois en interdisant formellement l'adoption d'un enfant ayant un statut personnel prohibitif.

6- Problématique générale et approche méthodologique

La *kafala* en tant que concept nouveau n'a pas encore suscité un débat jurisprudentiel et doctrinal sur l'intérêt scientifique qu'elle présente. Quelques juristes sont intéressés par cette notion, et rares sont ceux qui ont fourni une analyse doctrinale claire et précise de la *kafala*. En France comme en Algérie, les études effectuées sont plutôt descriptives, fréquemment opposées à l'adoption du droit français. Or la *kafala* requiert une recherche particulière.

En interrogeant ce concept, les réponses et solutions envisageables seront appréciées dans les limites de la vision offerte par le droit positif et son application, mais également par la pratique, ce qui nous permettra d'analyser la position du droit français sur la question de la *kafala*.

Les textes juridiques relatifs à la *kafala* dans leur ensemble, apparaissent incompréhensibles, car le contenu de la *kafala* fomenté des interrogations, voir des lacunes lorsqu'il est sollicité par les juristes : la loi algérienne a certes défini la *kafala*, mais n'explique pas suffisamment son contenu, tel qu'il est pratiqué dans la réalité.

Il s'agit d'abord d'extraire une notion claire et logique à partir de principes qui concernent le sujet de cette étude. Cette recherche

reposera donc sur l'observation objective des faits, et de la jurisprudence, ainsi que sur la vision doctrinale.

En réalité, il est important de concevoir une parenté ou parentalité sans filiation et de se détacher de l'idée excessive qui découle de la théorie trop passionnée de la transmission de la filiation, qu'elle soit originelle ou imitative et de ses effets. À priori, il est opportun dans ce contexte précis, de reconsidérer les réalités objectives de la *kafala* pour déterminer le lien légal entre le *kafil* et le *makfoul*, et d'évaluer par la suite la position du droit français à l'égard de cette institution, afin de voir s'il le refus de la transformation de la *kafala* en adoption est vraiment justifié, surtout que d'autres pays de la communauté européenne ne posent aucune limite à la conversion de la *kafala* en adoption par référence à la loi personnelle de l'enfant.

Le contenu de la *kafala* sera donc abordé en ordonnant des analyses et des développements suivant un cheminement classique, structuré autour de deux questions à savoir : le concept de *kafala* en droit algérien, (sa portée juridique et sociale) (Première partie). Puis l'examen des conséquences de la *kafala* du droit algérien sur l'ordre juridique français (deuxième partie).

Avant cela, pour une meilleure compréhension de la situation et des raisons d'être de la *kafala*, un chapitre préliminaire sera consacré à la filiation en droit algérien.

Chapitre préliminaire-Propos liminaires sur la filiation

En règle générale, la filiation « *al nasab* » peut se définir comme le lien consanguin qui rattache l'enfant à son père. Or, de nos jours la définition de la filiation est de plus en plus complexe en raison de l'avènement de nouveaux modes de procréation médicales (le don de sperme, d'ovule, d'embryon, l'assistance médicale, insémination, mère porteuse, etc.), qui ont bouleversé la filiation traditionnelle (lien maternel ou paternel), et par conséquent multiplié l'émergence de nouvelles formes de filiation. En droit algérien, la filiation est dominée par la *charia*⁶⁵.

Selon les principes de la *Charia*, la question de la filiation ne renvoie pas uniquement à l'idée de procréation et de succession de génération et d'héritage, mais elle relève du domaine sacré; c'est un droit sacré de Dieu, il est intouchable, immuable et irréversible. Dieu a interdit de toucher à ce droit. Il n'est donc pas permis de conférer ou d'ôter la filiation. Chez les jurisconsultes musulmans, la filiation fait l'objet d'un consensus, d'autant plus grand qu'on évite d'aborder ce thème par crainte de toucher au fondement de ce droit sacré. L'article 40 du Code de la famille algérien dispose que:« la filiation est établie par le mariage valide»⁶⁶.

Conformément à cette disposition, la filiation ne peut être établie que par un mariage. Selon l'article 41 du Code de la famille algérien, le mariage en question doit être légal : l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal. En conformité avec les principes de la *charia*, la

⁶⁵ - La *Charia* signifie l'ensemble des règles de l'islam dont le Coran, le droit et les cultes.

⁶⁶ - Le mariage (*zawaj*) en droit musulman occupe une place majeure dans la société musulmane. Il est consisté en l'union d'un homme et d'une femme, dans le but de former une famille, structure vitale de base de la société musulmane. À l'instar des autres religions monothéistes, l'islam à partir du Coran et de la Sunna gouverne strictement le mariage et le fait de se marier et procréer sont des « obligations » spirituelles. Mais le mariage en islam n'est pas un sacrement comme le mariage chrétien et ne nécessite aucune cérémonie religieuse, (*Consensus facitnuptias*). C'est un contrat (*nikah*) passé entre la femme et l'homme.

position de la jurisprudence de la cour Suprême algérienne est claire et précise: «le mariage ne remplissant pas les conditions posées par la charia est nul. La relation illégitime entre une femme et un homme ne peut être qualifiée de mariage légal au sens religieux, et toute décision contraire à ce principe constitue une violation des dispositions de la charia islamique»⁶⁷.

Monsieur BENMELHA Ghaouti définit la filiation comme étant: «le lien du sang et de descendance qui existe entre deux personnes dont l'une est le père et l'autre la mère. C'est un rapport direct et immédiat du père et de la mère avec l'enfant»⁶⁸. Il en résulte qu'en droit algérien, et à l'exception de la filiation légitime, il n'existe ni filiation naturelle ni adoptive. Le droit algérien est très rigoriste et injuste à l'égard d'une grande catégorie d'enfants qui naissent hors mariage légal.

Ce rigorisme juridique est vivement critiqué par la doctrine. Monsieur SALAH BEY Mohammed Cherif a écrit à propos de la filiation naturelle que: «la position du droit musulman classique est encore plus rigoureuse que celle du droit canonique. Il ne reconnaît qu'une seule catégorie d'enfants, les enfants légitimes et ignore toute forme d'illégitimité, qu'il s'agisse de la filiation adultérine ou encore de la filiation incestueuse entre lesquelles, il n'opère pas de distinction»⁶⁹.

Pourtant, tout en faisant preuve de rigidité, le droit algérien a introduit des techniques juridiques considérées comme des subterfuges juridiques, de nature à contourner les interdictions et à inscrire la conception de l'enfant dans le mariage. Ces techniques sont également

⁶⁷- Cour Suprême, Chambre de statut personnel, Arrêt du 14/09/1984, n° du dossier 34438. In : Revue de la cour suprême n°1, p. 64 – Voir : LARBI B., Droit de la famille algérien, Alger : OPU, 2007 p. 56- Voir aussi : IMAM M.K.E, Le mariage en droit musulman, étude juridique et jurisprudence, Alexandrie : éd. *Dar el djamiia el djadida* (maison de la nouvelle université), 1998, p. 36

⁶⁸- BENMELHA G., Le droit algérien de la famille, Alger, OPU, 1993, P.243

⁶⁹-SALAH BEY M.C, *La filiation naturelle dans le projet du code de la famille*. In : Revue algérienne des sciences juridiques, n°3, sept 1974, p.85

admises par la *Charia*⁷⁰ en application de la fameuse règle doctrinale «donner la vie à l'enfant»⁷¹.

Comme nous le verrons plus tard, l'enfant sera déclaré légitime, même dans l'hypothèse dans laquelle l'union s'est faite en méconnaissance de la loi, en vertu d'un mariage nul ou imparfait. À titre d'exemple, il suffit aux deux parents d'affirmer qu'en réalité, ils se sont mariés antérieurement sans témoins. L'enfant sera, alors, considéré comme étant légitime dès sa naissance et avec effet rétroactif. L'enfant sera également considéré légitime, si sa naissance intervient après dissolution du mariage ou après décès.

Toujours selon le dispositif de l'article 40 sus cité, il existe d'autres possibilités d'établir la filiation de l'enfant, notamment par le mariage apparent que la *charia* dénomme «*nikahachoubha*»⁷².

Quant à l'article 44 du Code de la famille, il permet la reconnaissance de filiation, celle de paternité ou de maternité, même affirmée pendant la maladie précédant la mort. Il s'agit là d'un moyen permettant également d'établir la filiation d'une personne d'ascendants inconnus, pour peu que la raison ou la coutume l'admettent.

Un autre procédé de légitimer la filiation de l'enfant est fondé sur la possibilité de reconnaissance de l'enfant. L'article 45 du Code de la famille permet la reconnaissance de la paternité ou maternité en dehors du mariage; dans ce cas, l'enfant possèdera le nom «*laqab*» du père ou de la mère.

⁷⁰- Un arsenal juridique a été mis en place par la *Charia* dans le but de faire établir la légitimité de l'enfant né en dehors du mariage; on peut supposer que dans l'esprit de la *Charia*, il y a une volonté non déclarée de légitimer la relation hors mariage, de manière à la faire « cadrer avec un des subterfuges autorisés par elle.

⁷¹- Donner la vie à l'enfant signifie lui octroyer une filiation authentique pour préserver l'honneur de la personne de l'enfant.

⁷²- Le droit algérien parle de mariage apparent alors que la *charia* parle de relations sexuelles par erreur c'est-à-dire la relation charnelle apparente entraînant l'erreur et le doute; soit l'erreur sur la personne ou erreur par rapport à une raison déterminé. Voir, TECHOUAR D., *Lacunes de la législation des lois de statut personnel au Maghreb, la question de la filiation*. In : Revue algérienne des sciences juridique économique et politique, faculté de droit d'Alger, volume 39, n°1, 2002, p.147

La filiation maternelle (l'enfant est rattaché à sa mère) renvoie systématiquement à l'enfant né hors mariage, c'est-à-dire à l'enfant né d'une relation illégitime. Il est regrettable que cette filiation n'ait pas fait l'objet d'une étude détaillée ; ce déni est sans doute motivé par la peur qu'une mise en lumière de cette filiation n'incite à l'adultère et aux relations sexuelles illégitimes.

C'est à partir de ces diverses solutions juridiques que seront évoquées successivement, la filiation et le mariage valide (section1), la filiation et l'absence de validité du mariage (section2) et enfin, les moyens alternatifs d'établissement de la filiation (section3).

Section première - Filiation et validité du mariage

La filiation est établie par le mariage valide⁷³ durant la relation conjugale ou lors de la dissolution de cette relation pour cause de divorce ou décès. Il est néanmoins souligné, qu'il est nécessaire qu'il y ait eu possibilité de rapports conjugaux. En outre, il est également indispensable que l'accouchement intervienne dans les délais légaux, sauf désaveu de paternité selon les procédures légales. Ainsi, pour la clarté des débats, nous examinerons successivement les deux cas dans lesquels est envisagée la question des filiations légales: Il s'agit en premier, de la filiation et la validité du mariage (Paragraphe1) et en second lieu, de la filiation et de la dissolution du lien matrimonial (Paragraphe2).

⁷³- Le mariage valide est défini par la loi comme « un contrat consensuel passé entre un homme et une femme dans les formes légales. » Art. 4 du code de la famille algérien. Il peut être établi par devant le notaire ou un officier de l'état civil, il peut être également conclu traditionnellement en présence de deux témoins. Le mariage traditionnel a posé le problème de sa preuve car l'ordonnance n°70-20 du 19/02/1979 relative à l'état civil, toujours en vigueur a laissé le délai ouvert pour la transcription du mariage ; c'est ainsi que la cour suprême estime que l'inscription du mariage traditionnel est une question administrative et non juridique car l'absence de preuve n'affecte pas la validité du mariage, le mariage étant déjà formé. Cour suprême, chambre de statut personnel, arrêt du 20/06/2000.

Paragraphe 1 - Filiation et relation conjugale

La vie conjugale commence par le mariage entre un homme et une femme matérialisé par un contrat de mariage.

Le contrat de mariage est considéré valide, lorsqu'il est conclu dans le strict respect des conditions imposées par le droit⁷⁴. A ce sujet, selon les dispositions des articles 9 et 9 bis du Code de la famille, le contrat de mariage est valide lorsque le consentement des futurs conjoints est exprimé, en sus, est requise la présence du tuteur matrimonial et de deux témoins, enfin, la dot doit être produite par l'époux. Dans le cas où toutes ces exigences sont remplies, la filiation est établie de plein droit sans prescription d'une quelconque autre preuve, ou autre formalité.

Sur ce sujet, la position des juges est sans ambiguïté. Les décisions de la Cour Suprême sont explicites. La haute juridiction ayant toujours démontré son attachement aux principes du droit musulman, elle s'attache à affirmer avec force, que la filiation ne peut être établie qu'en vertu d'une relation valide⁷⁵. C'est là une application littérale de l'article 41 du Code de la famille algérien aux termes duquel: « l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal, de la possibilité des rapports conjugaux, sauf désaveu de paternité selon les procédures légales. »

Il sera retenu de cette disposition, trois éléments essentiels à l'établissement de la filiation légitime, en premier lieu, l'exigence d'un mariage valide, ensuite la nécessité de la naissance de l'enfant dans les délais de six (06) à dix (10) mois, et enfin l'enfant ne doit pas faire l'objet d'un désaveu de paternité. En d'autres termes, la filiation légitime suppose que l'enfant ait été conçu pendant le mariage.

⁷⁴- IMAM M.K.E, *op.cit.*, p.36

⁷⁵- Cour Suprême, chambre de statut personnel, arrêt du 08/10/1984. In : Revue judiciaire 1989, n° 04, p.89. Ainsi d'après le dispositif de cet arrêt, ne peut être qualifié de mariage une union sexuelle, par conséquent il a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel qualifiant l'union sexuelle de mariage. Cour Suprême, chambre de statut personnel arrêt du 19/11/1990. In : Revue judiciaire 1990, n° 01, p.67

La filiation par le mariage valide en droit musulman est appelé le lit « *elfirach* »⁷⁶. Selon le *hadith*⁷⁷ du prophète Mohamed, « l'enfant appartient au lit ou l'enfant est issu du lit et l'adultère est puni par lapidation ». Le concept du lit aux termes de l'article 41 du Code de la famille, est la possibilité des rapports conjugaux. Le droit de la famille algérien ne définit pas les rapports conjugaux.

La doctrine musulmane appelé *fiqh*,⁷⁸ n'éclaircit pas cette notion qui demeure encore très complexe et ambiguë, la vie conjugale étant constituée de rapports de natures différentes, tels les rapports physiques, moraux, affectueux ou encore matériels. Pourtant, la majorité du *fiqh*⁷⁹ estime que le rapport conjugal est le lien charnel entre les deux conjoints; il est nécessaire qu'il y ait un contact physique, c'est-à-dire la possibilité de cohabitation entre les époux avec accomplissement des rapports sexuels (consommation).

En revanche, les hanafites se démarquent de ce courant majoritaire, en prônant une position contraire par laquelle ils affirment que le contact physique n'est pas obligatoire.⁸⁰ En effet, selon ce rite, l'existence d'un contrat de mariage suffit pour établir la filiation.

Dans notre droit, la notion de « lit » a connu une évolution qu'il convient de mettre en lumière. Ainsi, selon l'article 45 bis du code de la famille, le contact charnel peut se produire en dehors du lit, c'est à dire

⁷⁶- Le lit signifie aussi la consommation effective du mariage selon le rite *dahirites*.

⁷⁷- Littéralement le mot *hadith* signifie une parole ou une conversation, mais en droit musulman, cela représente les paroles, et les actes du prophète Mohamed.

⁷⁸-Le *fiqh* (arabe : *fiqh*, : dérive du verbe signifiant comprendre) est traduit par la jurisprudence islamique relative aux avis juridiques pris par les juristes de l'Islam sur les limites à ne pas dépasser par les musulmans. Il s'agit donc d'une compréhension du message de l'Islam sur le plan juridique. Le savant en matière de *fiqh*, le juriste, se nomme *faqih* (arabe : *faqih*). Il existe plusieurs écoles ou *madhhab* (voie) de *fiqh*, tant dans la branche du sunnisme que dans celle du chiisme. Ces écoles prennent généralement le nom du juriste qui les a fondées. Le but de celui-ci étant que ses décisions ne seront pas imitées sans mise à jour contextuelle.

⁷⁹- La majorité du *fikh*, c'est-à-dire les autres doctrines musulmanes *malikites*, *hanbalites*, et *chafiïtes*. SAAD F., Droit de la famille algérien, mariage et divorce. 2eme partie, Alger, Enal 1986 p. 213

⁸⁰- Selon la théorie jurisprudentielle hanafite, même si l'époux se trouve dans un autre pays que l'épouse, la filiation de l'enfant est établie de plein droit.

par insémination artificielle.⁸¹ Par ailleurs et, toujours dans le respect de la tradition musulmane, il est utile de rappeler qu'en droit algérien la naissance de l'enfant doit avoir lieu, au minimum six (06) mois après le mariage⁸² et dix (10) mois au maximum, après la cessation de la relation du mariage (séparation ou décès)⁸³. A l'évidence, partant de ces dispositions, nous pouvons affirmer que le droit algérien ne reprend pas la théorie de « l'enfant endormi »⁸⁴.

A cet égard, la cour Suprême dans sa décision rendue le 22/01/1990 a cassé un arrêt de la cour ayant reconnu une filiation après cinq (05) mois de grossesse⁸⁵. Dans un autre arrêt daté du 15 juin 1999, la haute juridiction a établi la filiation de deux jumelles nées pendant la séparation de corps, motivant leur sentence par le fait que les époux étaient toujours liés par le lien du mariage⁸⁶.

Le droit algérien ne parle pas de la filiation avant consommation du mariage, en conséquence, afin de traiter cette question, il est nécessaire de revenir à la source du droit de la famille qui est principalement la charia ; et ce, en application de l'article 222 du code de la famille, qui dispose : « En l'absence d'une disposition dans la

⁸¹- Art. 45bis créée par l'article 11 de l'Ordonnance n° 05-02, 27 février 2005 : « - Les deux conjoints peuvent recourir à l'insémination artificielle. L'insémination artificielle est soumise aux conditions suivantes : - Le mariage doit être légal - L'insémination doit se faire avec le consentement des deux époux et de leur vivant - Il doit être recouru aux spermatozoïdes de l'époux et à l'ovule de l'épouse à l'exclusion de toute autre personne - Il ne peut être recouru à l'insémination artificielle par le procédé de la mère porteuse ». MAROK N., L'insémination artificielle en droit comparé et droit musulman. Revue du haut conseil islamique n°2, 1999 pp.168-169. Le droit algérien interdit la mère porteuse. Voir MAMOUN A., *La position de la charia par rapport à la mère porteuse et la location des utérus*. In : Revue des sciences juridiques et administratives, n° 02, 2004, faculté de droit de Tlemcen, p.21

⁸²- Art. 42 : « Le minimum de la durée de grossesse est de six (06) mois et le maximum de dix (10) mois ».

⁸³- Quant à la durée maximale de la grossesse, la doctrine musulmans a largement divergé, en raison de la croyance de l'enfant endormit dans le ventre de sa mère.

⁸⁴-Selon les malikites, l'enfant peut dormir jusqu'à 05 ans dans le ventre de sa mère. Nous pensons très fortement que c'est une ruse pour échapper à l'adultère et aussi pour légitimer l'enfant. Aucune loi au Maghreb n'a repris cette fiction qui va à l'encontre de la science et de la physiologie de la femme.

⁸⁵- Cour Suprême, chambre de statut personnel et des successions. Arrêt du 22/01/1990. In : Revue judiciaire n°2. Voir aussi, Imam Abou ZAHRA, statut personnel, éd. *Dar el fikr al arabi* (la maison de la pensée arabe), 3eme partie 1957 p. 386

⁸⁶-Cour Suprême, chambre de statut personnel, arrêt non publié du 15/06/1999 affirmant que : « 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 à l'encontre de l'épouse.

présente loi, il est fait référence aux dispositions de la « chari'a ». Mais même le droit musulman n'est pas clair en la matière, la doctrine musulmane étant divisée.

Selon les malikites, chafiites et hanbalites, la filiation ne peut être établie si l'enfant naît avant les six mois suivant le contrat de mariage, car il y a impossibilité de rapports conjugaux en l'occurrence consommation du mariage, dans le délai légal qui débute avec la conclusion du mariage⁸⁷.

En revanche, les hanafites font figure d'exception et reconnaissent la filiation de l'enfant naissant pendant les six (06) mois qui suivent le contrat de mariage, car il existe un contrat de mariage entre les deux, comme il a été évoqué précédemment sans trop insister sur la question de la consommation.

En outre, pour que l'enfant soit affilié à l'époux et conformément à l'article 41 du Code de la famille algérien, selon lequel, la filiation de l'enfant ne doit pas faire l'objet d'un désaveu de paternité, dénommé « *l'iaan* » et traduit par le serment d'Anathème⁸⁸.

Un constat s'impose d'emblée : la procédure de désaveu n'est pas organisée par le législateur, ce qui impose encore une fois, un recours aux règles du droit musulman arrêtées en la matière (conformément à l'article 222 du Code de la famille).

A ce propos, pour éviter à l'enfant dont la filiation n'est pas certaine de subir les effets de l'illégitimité de sa situation, le droit

⁸⁷-En droit musulman, ainsi qu'en droit algérien, le contrat de mariage existe dès l'échange de consentement en présence des deux témoins, la consommation du mariage est indépendante à la constitution du contrat, bien que la consommation présente une grande importance et emporte des effets de droit considérables. Selon Milliot Louis et BLANC François Paul, le mari doit consommer le mariage et ne pas cesser par la suite de s'acquitter de son devoir conjugal ; il ne doit pas seulement à sa femme sa compagnie. MILLIOT L., BLANC F. P., L'introduction à l'étude du droit musulman, 2^o éd. Paris : Sirey, 1987, p. 320 - Cependant, et de manière générale, la consommation du mariage se fait le jour de la célébration du mariage par une fête traditionnelle.

⁸⁸- Le but essentiel du désaveu de paternité est de prouver l'adultère de la femme, et éviter d'attribuer la filiation de l'enfant au mari. Le désaveu n'est pas tombé en désuétude mais toutefois il n'a jamais été un procédé fréquent. Si le désaveu est prononcé, le mariage est dissous, il y a plus de possibilité de remariage entre la femme et l'homme et l'enfant sera affilié à sa mère. BENMELHA G. ,*op.cit.*, , p.114

musulman a prévu des conditions très strictes. Dès lors, le désaveu de paternité doit à peine d'irrecevabilité, avoir lieu dans une mosquée et non au tribunal comme il a été affirmé par la décision de la cour Suprême en date du 28/10/1997, et dans un délai de huit (08) jours après que le mari ait eu connaissance de la grossesse de sa femme.

La jurisprudence de la cour suprême a fixé donc le délai à huit (08) jours à partir du moment où le mari a été informé de l'existence de la grossesse ou de l'adultère de son épouse. Ainsi, tout est 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 parents⁸⁹.

Paragraphe 2 - Filiation et dissolution du lien matrimonial

Aux termes de l'Article 60 du Code de la famille algérien: « la retraite légale de la femme enceinte dure jusqu'à sa délivrance. La durée maximale de la grossesse est de dix (10) mois à compter du jour du divorce ou du décès du mari.» Selon cette disposition, la filiation peut être établie après cessation de la relation de mariage pour divorce ou décès. En cas de divorce, la filiation de l'enfant est établie si l'accouchement intervient dans les dix (10) mois qui suivent le divorce.

Le divorce ne peut être constaté que par un jugement sinon le lien conjugal est toujours valide⁹⁰.

Ainsi, l'enfant né pendant la séparation des parents est assimilé à celui qui est né pendant leur vie commune. Il est supposé être l'enfant

⁸⁹- BELHADJ L., L'enseignement du droit de la famille algérien, mariage et divorce 1ere partie, OPU, Alger, 1999 p. 374-Voir aussi, SAAD A., mariage et divorce en droit de la famille algérien, Alger, *Dar houma* (la maison du quartier), 3eme partie, 1996, p. 335 et s.

⁹⁰- Article 49 du Code de la famille crée par l'article 12 de l'Ordonnance n° 05-02, 27 février 2005 : «Le divorce ne peut être établi que par jugement précédé de plusieurs tentatives de conciliation des parties effectuées par le juge, au cours d'une période qui ne saurait excéder un délai de trois mois à compter de l'introduction de l'instance. Toutefois, une confusion peut naître de cette règle, car si la filiation de l'enfant né après 10 mois de la date du divorce est établie, la séparation des corps suite au désaccord des époux peut intervenir bien avant, et le délai de dix mois peut être largement dépassé, bien que l'époux, puisse procéder au désaveu de la paternité.

du mari, sauf désaveu de la part de ce dernier. Le délai de dix (10) 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 de paternité.

En matière de divorce il est nécessaire de faire la distinction entre le divorce par répudiation révocable qui n'a pas d'effets immédiats ; l'époux ayant un délai de réflexion et pouvant revenir sur sa décision.⁹¹ Pendant ce délai l'épouse est soumise à la retraite de continence,⁹² l'enfant né dans cette période, est affilié à l'époux⁹³.

Le divorce irrévocable intervient, lorsque l'époux a répudié son épouse par trois fois successives⁹⁴. La filiation de l'enfant est établie si la naissance de l'enfant intervient au maximum dans les dix (10) mois après le divorce.

Pour établir la filiation de l'enfant naissant après le décès de son père, l'accouchement doit intervenir au plus tard dans les dix mois suivant le décès⁹⁵. Si l'accouchement intervient au delà de ce délai, l'enfant est

⁹¹- Le divorce révocable appelé « *talakrajii* », permet à l'époux de revenir sur sa décision, il est conçu pour protéger le mariage, s'il ya révocation de la répudiation, il n'est pas nécessaire de faire un deuxième contrat de mariage ; selon l'article 50 du même Code, la reprise de l'épouse pendant la période de tentative de conciliation ne nécessite pas un nouvel acte de mariage. Cependant, la reprise de l'épouse suite à un jugement de divorce exige un nouvel acte ».

⁹²-Art. 58 du Code de la famille : « La femme non enceinte divorcée après la consommation du mariage est tenue d'observer une retraite légale dont la durée est de trois périodes de pureté menstruelle. La retraite légale de la divorcée ayant désespéré de sa menstree est de trois mois à compter de la date de déclaration du divorce ».

⁹³- Toutefois, si l'enfant naît après la période de continence appelé aussi retraite légale l'accouchement doit intervenir au plus tard dans les six moi après l'expiration du délai de la retraite légale. Ainsi, si l'enfant naît après les six mois, sa filiation n'est pas établie. BOUGHRARA S., *Les droits de l'enfant à la filiation et à la garde selon les dernières modifications du droit de la famille algérien*, Magister, université d'Alger, 2008, p. 25

⁹⁴-Art. 51 du Code de la famille : « Tout homme ayant divorcé son épouse par trois fois successives ne peut la reprendre qu'après qu'elle se soit mariée avec quelqu'un d'autre, qu'elle en soit divorcée ou qu'il meurt après avoir cohabité ». Le divorce irrévocable met fin immédiatement au mariage la femme a le droit de se marier immédiatement, toutefois cette situation peut créer une confusion de filiation en cas de remariage de la femme. L.HANIFI, *op.cit.*, p.244.

⁹⁵- La veuve, doit aussi respecter la retraite de continence (délai de viduité), ce délai est de 4 mois et 10 jours. AHMED A., *Le thème de la filiation en droit et Charia*, Koweït : éd. *Dar el kalam* (maison du crayon), 1^{ère} partie, 1983, p.133

présupposé illégitime. Néanmoins, si la femme se remarie après la fin de sa retraite légale et accouche juste après, la question qui se pose est la suivante : Les héritiers peuvent-ils réclamer la paternité de l'enfant?

La règle appliquée dans ce cas là est que l'enfant, est présumé être celui du nouveau mari et non du défunt, c'est à lui que revient le droit de désaveu, les héritiers n'ont aucun droit de réclamer l'enfant. Selon la doctrine malikite, il n'est pas possible de faire produire des effets positifs à une situation adultérine, le second mariage doit donc être annulé, et l'enfant attribué à son père décédé⁹⁶.

Par ailleurs, si le mari est absent, l'enfant né est affilié à son père, la filiation est établie de plein droit sans aucune contrainte de délai, puisque les deux époux sont toujours liés par le contrat de mariage. Telle est la position de la cour Suprême qui, en date du 08/07/1997, a affirmé la reconnaissance de la filiation d'un enfant malgré l'absence du père, puisque la relation conjugale n'a pas été rompue, et que l'époux n'a pas procédé au désaveu de paternité⁹⁷.

Section deuxième- Filiation et absence de validité du mariage

Selon le droit de la famille algérien, le mariage non valide est le mariage nul et vicié. Afin de distinguer le mariage nul du mariage vicié, le droit algérien s'est inspiré de la doctrine hanafite ; se démarquant ainsi des autres écoles qui ne reconnaissent que le contrat valide et le contrat nul⁹⁸.

Aux termes de l'article 32 du code de la famille, le mariage est déclaré nul s'il comporte un empêchement⁹⁹ou une clause contraire à

⁹⁶- MILLIOT L., Introduction du droit musulman, Recueil, Paris V, 1953, p. 391

⁹⁷- Cour Suprême, chambre de statut personnel, arrêt du 08/07/1997. In : Revue judiciaire 2001 (numéro spécial), p. 67.

⁹⁸- BELHADJ L.*op.cit.*, p. 147 et BOUGHRERA S., *op.cit.*, p. 29.

⁹⁹- Aux termes 23 du Code de la famille, les empêchements du mariage sont les empêchements absolus et temporaires : les empêchements absolus sont la parenté, l'alliance et l'allaitement (Art. 24 du CFA). les empêchement temporaires, la femme mariée, la femme pendant sa retraite légale, la femme divorcée trois fois par son conjoint, les deux sœurs simultanément ou la femme qui vient en sus du nombre légalement permis (Art. 30 du CFA).

l'objet du contrat¹⁰⁰. Le mariage est déclaré également nul si le consentement est vicié. La nullité sanctionne pareillement le mariage contracté en l'absence des autres éléments essentiels du contrat¹⁰¹.

Selon la doctrine hanafite, le mariage vicié est un mariage irrégulier, les éléments du contrat existent mais sont entachés d'irrégularité.¹⁰² Il en est ainsi, lorsque seul le consentement des deux parties existe, alors que les autres éléments font défaut, comme constitution de la dot, la présence du tuteur matrimonial ou des deux témoins. Quoiqu'il en soit, il est avéré, que lorsque le mariage est nul ou vicié, la filiation de l'enfant est établie, et ce, dès qu'il y a consommation du mariage¹⁰³.

En effet, l'établissement de cette filiation doit répondre à deux conditions: la première concerne la consommation du mariage (Paragraphe1), tandis que la seconde est relative aux délais prescrits dans lesquels la naissance de l'enfant doit intervenir (Paragraphe2).

Paragraphe 1 -Consommation du mariage

Dans toutes les hypothèses où le mariage est déclaré nul ou vicié, il semble tout d'abord que le droit d'établir la filiation de l'enfant à l'époux, doit passer par la consommation du mariage.

En effet, le droit algérien n'établit la filiation dans le mariage nul ou vicié, que s'il y a consommation du mariage : l'enfant né après consommation est rattaché au père; sa filiation est légitime et emporte toutes les conséquences juridiques que ce rattachement légal implique,

¹⁰⁰-Avant sa modification l'article 32 était comme suit : « est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié ou s'il comporte un empêchement, une clause contraire à l'objet du contrat ou si l'apostasie du conjoint est établie. Le mariage nul ou vicié permet d'établir la filiation entre le père et l'enfant de plein droit. Article modifié par l'ordonnance n° 05-02, 27 février 2005. En droit musulman, le mariage est déclaré nul, lorsqu'au moins deux de ses éléments constitutifs sont inexistantes.

¹⁰¹- Art. 9 du Code de la famille: « Le mariage est contracté par le consentement des futurs conjoints, la présence du tuteur matrimonial et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot ».

¹⁰²- Le contrat est irrégulier lorsque la dot par exemple consiste en choses contraires à l'ordre public.

¹⁰³- Toutefois, si le mariage est vicié, c'est-à-dire entaché d'irrégularité, et qu'il y a eu consommation, l'irrégularité est couverte, et considérée comme inexistante lorsqu'elle est possible. Art. 33 du Code de la famille: « Contracté sans la présence du tuteur matrimonial, les deux témoins ou la dot, le mariage est déclaré, entaché de nullité avant consommation et n'ouvre pas droit à la dot. Après consommation, il est confirmé moyennant la dot de parité (*sadaq el mithl*) si l'un des éléments constitutifs est vicié. Il est déclaré nul si plusieurs de ses éléments sont viciés ». Mais le mariage nul pour cause d'empêchements absolus, ne peut être régularisé.

même si le contrat venait à être annulé. Cependant, il convient de distinguer entre le mariage qui vient d'être annulé pour empêchements absolus ou temporaires et le mariage vicié. Dans le premier cas, le mariage nul doit faire l'objet d'une décision de nullité¹⁰⁴.

Le seul effet qu'il peut produire est la filiation de l'enfant pour protéger les intérêts de ce dernier. Selon la doctrine musulmane cette filiation est définitive et ne peut faire l'objet de désaveu de paternité car le désaveu n'est possible, que si le contrat est régulier. Dans le cas où le mariage est irrégulier et consommé, mais peut faire l'objet de régularisation, l'effet de la régularisation est rétroactif¹⁰⁵. En revanche, si le mariage n'est pas consommé, la filiation ne peut être établie au nom de l'époux; la filiation de l'enfant sera celle de sa mère.

Paragraphe2 – Le caractère empirique de la durée de la grossesse

La naissance de l'enfant doit intervenir au plus tôt six (06) mois après consommation du mariage nul ou vicié et, au plus tard, dix (10) mois après la dissolution du contrat de mariage pour nullité ou irrégularité. Avant six (06) mois la filiation paternelle n'est pas établie, l'enfant sera affilié à sa mère. Il en sera de même pour ce qui est du délai maximum de dix (10) mois. Si la naissance de l'enfant intervient dans les dix (10) mois à compter du jour de la décision de dissolution du mariage pour nullité ou irrégularité, l'enfant est affilié de plein droit à son père, mais s'il naît dix mois après, il est déclaré naturel et sera affilié à sa mère.

La position de la cour Suprême est formelle, elle respecte à la lettre l'article 42 du Code de la famille. Dans son arrêt rendu le 28/10/1997, elle déclare que le minimum de la durée de grossesse est de six (06) mois et le maximum de dix (10) mois. Dans cette affaire, la

¹⁰⁴- La demande de nullité appartient à toute personne intéressée ou peut être prononcée d'office par le tribunal, article 102 du code civil algérien : « lorsque le contrat est frappé de nullité absolue, cette nullité peut être invoquée par toute personne intéressée et même prononcée d'office par le tribunal .elle ne peut disparaître par confirmation ».

¹⁰⁵- MILLIOT L., *op.cit.*, p. 319

naissance de l'enfant est survenue 4 mois après le divorce de la femme. Les juges de la cour d'appel ont attribué la filiation de l'enfant au deuxième mari, ce qui a conduit la haute juridiction à soutenir que les juges du fond ont violé la loi et les règles du droit musulman, entraînant ainsi la cassation de leur décision¹⁰⁶.

Section troisième-Les moyens alternatifs d'établissement de la filiation

Aux termes des articles 40,44 et 45 du Code de la famille, la filiation de l'enfant peut également être établie par le mariage apparent, la reconnaissance de paternité ou la preuve. Ces moyens sont également reconnus par la *Charia*. Il faut signaler que le droit algérien a introduit une nouveauté dans les moyens de preuve d'établissement de la filiation, il s'agit de la vérité génétique. Ce nouveau moyen d'établissement de la filiation est basé sur les tests génétiques auxquels le juge peut recourir.

Ces différents faits juridiques d'établissement de la filiation sont spécifiques, ils ont pour dénominateur commun de se situer en dehors de la relation de mariage. Il s'agit de cas de relation charnelle apparente, appelé faussement mariage apparent (Paragraphe1), de la reconnaissance de paternité (Paragraphe2), de la filiation par témoignage (Paragraphe3), enfin de la filiation par vérité génétique (Paragraphe4).

Paragraphe 1 - Le mariage apparent

Le mariage apparent constitue l'un des moyens permettant d'établir la filiation légitime de l'enfant. Le terme mariage apparent est inadéquat car la charia qui est à l'origine de cette institution, utilise la notion de relation charnelle par erreur, étant donné que dans cette situation le contrat de mariage est inexistant. L'erreur doit être involontaire, il en est ainsi du cas où un homme a cru avoir une

¹⁰⁶- Arrêt en date du 28/10/1997, Revue judiciaire, éd. spéciale, jurisprudence de la chambre de statut personnel et successions, 2001, p. 70. Voir aussi BENMELHA G., *op.cit.*, p .151

relation charnelle avec son épouse, alors qu'il s'agissait en réalité d'une autre femme. Si cette dernière est enceinte de lui, la filiation de l'enfant sera établie ; l'enfant sera considéré comme légitime.

C'est également le cas où une femme et un homme croyaient être liés par un mariage, alors que le contrat est inexistant¹⁰⁷. Cette relation charnelle n'est pas considérée comme relation adultérine, il y a bien sûr une présomption du bien fondé de cette relation en application de la règle de la charia «repousser les soupçons et les doutes»¹⁰⁸. C'est tout simplement la règle du doute qui profite à l'accusé. Il s'agit, en d'autres termes, de l'application de la présomption d'innocence, selon laquelle toute personne qui se voit reprocher une infraction est réputée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été légalement et définitivement établie.

Paragraphe2 - La reconnaissance de paternité

En droit algérien la reconnaissance de paternité est l'aveu, que l'article 341 du Code civil algérien définit comme suit : « l'aveu est la reconnaissance d'un fait juridique faite en justice par la partie contre laquelle ce fait est allégué, et au cours de l'instance y relative. En matière de filiation, il y a reconnaissance de paternité de l'enfant lorsqu'une personne déclare qu'il est le père de l'enfant. L'enfant reconnu par son père bénéficie d'une filiation juridique comme s'il était né d'un mariage légitime».

À ce propos MILLIOT Louis précise que:« l'enfant entre dans la famille de l'auteur de la reconnaissance de plein droit et sans qu'il soit besoin de son adhésion, il a dans la succession de son auteur et des parents de celui-ci les droits d'un enfant légitime, sans que leur assentiment à la reconnaissance soit nécessaire»¹⁰⁹. Il y a également la

¹⁰⁷- MAHIEDDINE A.M. , Le statut personnel dans la charia : et dans les autres religions ,1ere partie, Alger : éd. *Dar el kitab al Arabi* (la maison du livre arabe),1984 p.362

¹⁰⁸- La règle qui consiste à repousser les soupçons a pour but d'éviter d'appliquer les sentences sévères de la *Charia*, notamment en matière de relations sexuelles car l'adultère appelé *zina* en droit musulman est un péché capital, bien que la preuve de l'adultère soit très difficile à établir.

¹⁰⁹- MILLIOT L, *op.cit*, p. 393

reconnaissance de maternité mais, force est de remarquer, que celle-ci n'est pas très connue dans la pratique.

La reconnaissance de paternité est considérée par la doctrine musulmane, comme un moyen juridique essentiel, pour remédier aux problèmes des enfants nés hors mariage. Elle est en quelque sorte un procédé légal de substitution à l'interdiction de l'adoption. Le législateur algérien a essayé de proposer d'exploiter ce dispositif dans le code de la famille de 1984. Les rédacteurs de cette loi ont voulu prouver la légalité de ce procédé ; comme cela apparaît clairement dans le préambule qui dispose : « en dépit de la similitude entre l'adoption et la reconnaissance de paternité, la première est expressément interdite par le Coran la deuxième comporte une présomption, un doute d'où découle sa licéité.»¹¹⁰

La validité de la reconnaissance de paternité est soumise aux conditions suivantes :

1- L'enfant concerné par une procédure de reconnaissance de paternité doit être de filiation inconnue dûment établie.

2- La doctrine musulmane exige, que la reconnaissance porte sur la paternité, et non sur la relation qui a entraîné la paternité.¹¹¹Néanmoins une observation à ce sujet est nécessaire. Il convient en effet de préciser que :

-La reconnaissance de la paternité instituée par l'islam résout le problème de l'enfant illégitime, puisqu'elle a pour objectif essentiel la légitimation de l'enfant. A cet effet, la reconnaissance de paternité

¹¹⁰-« Le bénéfice du doute profite alors à l'auteur qui veut rendre licite un acte illégal»,AIT ZAI N, *op.cit.*, p.151

¹¹¹- Selon les juristes musulmans, dans le cas où la reconnaissance révèle la provenance de la paternité à savoir le mariage, la paternité est établie par le fait du mariage (et dans ce cas il est nécessaire que la relation soit légitime), et non par le fait de la reconnaissance. ABOU ZAHRA M., *op.cit.*, p.395

octroie une filiation authentique et légitime à l'enfant ; elle ne se préoccupe point de savoir s'il est né d'un mariage légal ou non¹¹².

-La reconnaissance de paternité peut émaner du vrai père qui a la certitude que l'enfant est de lui, mais peut provenir également d'une personne ayant volonté d'attribuer sa filiation à un enfant qui en est démuné. Elle peut aussi résulter d'une simple présomption.

La cour Suprême a eu d'ailleurs à se prononcer à plusieurs reprises sur la reconnaissance de la paternité, tant les litiges en la matière sont fort nombreux. Ainsi, dans son arrêt rendu le 19/05/1999, elle affirme que : « la reconnaissance de paternité oblige son auteur, et attendu que l'aveu est une preuve qui se substitue à toute autre preuve, et fait pleinement foi contre celui qui l'a fait, par conséquent il ne peut invoquer d'autres moyens de preuve »¹¹³.

S'agissant de l'effet de la reconnaissance de paternité, l'article 45 du Code de la famille énonce : « la reconnaissance de la paternité en dehors de la filiation, de la paternité et de la maternité ne saurait obliger un tiers autre que l'auteur de la reconnaissance que s'il la confirme. » Dans cette hypothèse, la reconnaissance provient d'une autre personne que l'auteur: c'est la situation dans laquelle, une personne reconnaît la filiation d'un enfant comme étant son neveu ou son petit fils ou bien son frère. Dans ce cas de figure, la loi est claire: cette reconnaissance ne saurait obliger le tiers que s'il confirme cette reconnaissance.

La loi algérienne ajoute que la reconnaissance de paternité peut se faire pour peu que la raison ou la coutume l'admettent. Le père qui reconnaît la paternité de l'enfant doit être en âge d'avoir eu l'enfant

¹¹²- Madame AIT ZAI Nadia estime dans son mémoire que : « Monsieur BARAKAT assimile la reconnaissance de paternité à un aveu de paternité qui règle le problème de l'enfant trouvé, né de parent inconnus et dont on ne sait pas si son existence provient d'un acte légal ou illégal ». AIT ZAI N, *op.cit.*, p. 150

¹¹³- Arrêt en date du 19/05/1999. In : Revue judiciaire, édition spéciale, jurisprudence de la chambre de statut personnel et successions, 2001, p. 73- Voir aussi : BENMELHA G, *op.cit.*, p. 151.

reconnu, avec donc une différence d'âge qui ne rende pas impossible que l'un soit le fils de l'autre.

Les juristes musulmans exigent également que l'enfant adhère à cet aveu de paternité, mais font la distinction entre l'enfant mineur n'ayant pas atteint l'âge du discernement, et partant ne pouvant refuser l'aveu de paternité et l'enfant mineur ayant atteint l'âge du discernement et ayant le droit de refuser l'aveu s'il n'y croit point.¹¹⁴

La reconnaissance de paternité peut se faire à n'importe quel moment, il n'y a pas de délai prescrit par la loi, elle doit cependant se faire dans un délai que la raison et la coutume admettent. Quant à la procédure de reconnaissance de paternité, elle peut se faire devant le juge, le notaire ou devant une autre autorité habilitée, les juristes musulmans ne déterminant pas devant qui la reconnaissance doit se faire. Pourtant, dans deux arrêts rendus les 17/11/1998 et 15/12/1998, la cour Suprême,¹¹⁵ a affirmé que la reconnaissance de la paternité formulée devant la direction de la santé et de la protection sociale n'est pas valide, cette institution n'étant pas apte à recueillir une telle reconnaissance. Nous noterons que la haute juridiction n'a pas levé l'ambiguïté, en prenant le soin de ne pas déterminer l'autorité qui serait compétente pour recevoir l'aveu de paternité.

Paragraphe 3- La filiation par témoignage

Selon l'article 40 du Code de la famille, il est possible d'établir la filiation par la preuve. En général, la preuve signifie la démonstration d'une vérité. Le droit civil algérien a mis en place une hiérarchie de preuves clairement définies¹¹⁶. Le droit de la famille algérien n'est cependant pas clair sur la signification du terme preuve en matière de filiation.

¹¹⁴- BOUGHRARA S, *op.cit.* p .39.

¹¹⁵- Arrêt en date du 17/11/1998 et 15/12/1998. In : Revue judiciaire, éd. spéciale, jurisprudence de la chambre de statut personnel et successions, 2001, p. 85.

¹¹⁶- Art. 323 et suivants du code civil algérien.

Dans son arrêt rendu le 15/06/1999, la cour Suprême a déterminé la preuve en matière de filiation par le témoignage en affirmant que : « attendu que les juges de la cour considèrent la demande de test sanguin comme procédé de preuve de filiation. Que cette demande constitue une violation de l'article 40 du Code de la famille. Que les juges de la cour en admettant ce procédé de preuve ont violé la loi.» Par conséquent, selon cette pratique judiciaire, seul le témoignage est retenu comme moyen de preuve de la filiation.¹¹⁷Dans le commentaire de cet arrêt, Madame Lahlou- Khiar Ghenima relève que : « Admettre implicitement que la preuve visée à l'article 40 du code de la famille ne peut intégrer la preuve par les moyens scientifiques et doit être lue comme étant exclusivement le témoignage, reviendrait à réduire à néant la possibilité d'administrer la preuve de la filiation dans les cas litigieux, comme en l'espèce. S'il est en effet, un domaine dans lequel le témoignage révèle toute sa fragilité et les aléas qu'il peut induire, c'est bien en matière de filiation. Ceci eu égard aux difficultés inhérentes à sa mise en œuvre et à la définition de son contenu. Au contraire, la science peut être d'un apport décisif et contribuer à aider le juge à rendre une décision juste et équitable. Elle offre les moyens, sinon d'établir la filiation d'un enfant, du moins de l'écarter de manière quasi certaine et ce, par une analyse d'ADN ou une analyse de sang. A suivre l'arrêt de la Cour suprême, ces moyens sont exclus en droit algérien. Cette décision est juridiquement faible. Elle nous renvoie à une vision conservatrice, à la limite de l'archaïsme. Elle est en outre, révélatrice d'une méthode singulière pratiquée par les magistrats dans leur lecture, leur application des lois »¹¹⁸.

¹¹⁷-Cour Suprême, chambre de statut personnel, arrêt du 15/06/1999. In : Revue judiciaire, édition spéciale, p88.

¹¹⁸ Lahlou- Khiar Ghenima La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux : note sous l'arrêt de la Cour suprême rendu en date du 15 juin 1999, Revue El- Mouhamat ; octobre 2003 ; p.47.

Force est de constater que la majorité de la doctrine musulmane s'accorde également à dire que la preuve en question est le témoignage¹¹⁹.

Cependant, au sein de cette doctrine, d'autres juristes donnent deux sens au terme preuve : au sens large, il réunit tous les moyens de preuves écrites et non écrites. Au sens restreint, il vise la preuve par témoignage. Le témoignage consiste de la part du témoin à venir déclarer devant la justice ce qu'il a personnellement vu ou entendu; c'est par exemple la sage femme qui a assisté à l'accouchement de l'enfant à la maison, ou qui témoignera que le couple vivait sous le même toit. Bien que la preuve de la filiation par témoignage semble faible, elle constitue néanmoins, un moyen juridique d'établissement de filiation pour l'enfant né hors mariage.

Paragraphe 4-La filiation par la vérité génétique

Sans doute dans le but de lever l'ambigüité suscitée par la notion de preuve prescrite dans l'article 40 du code de la famille, ce texte a été modifié par l'ordonnance du 27 février 2005 afin d'y rajouter les preuves scientifiques comme procédé supplémentaire pour établir la filiation. Aux termes de ce nouvel alinéa de l'article 40: « Le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation»¹²⁰.

Par cet amendement, le législateur algérien semble avoir ouvert une nouvelle brèche pour rendre la preuve de la filiation plus aisée et surtout moins aléatoire. Il est désormais possible et conformément à cet article 40, d'établir la filiation par le biais de l'expertise médicale (ADN)¹²¹. Il est néanmoins important, de ne pas confondre l'établissement de la filiation dans le mariage légal (Art. 41) et l'attribution de filiation dans le cas d'une relation illégitime. Si ce texte

¹¹⁹- ESSENHOURI A., *Interprétation du droit civil, La théorie générale de l'obligation, les effets de l'obligation*, 2eme partie, Beyrouth, *Dar ihyatourath al Arabie*,(la maison de la renaissance de l'héritage arabe) 1982, p. 311.

¹²⁰-BENDAOU D A., *Interprétation Du Nouveau Droit de La Famille Algérien*, Encyclopédie *El Fikr Al Arabie*,(la pensée arabe) éd. Dar El Hilal, 2004, pp.108 -109.

¹²¹ -ADN est le diminutif d'acide désoxyribonucléique

est interprété de manière large, il ouvrira des perspectives considérables pour prouver la filiation des enfants nés hors mariage, seulement, le texte en question reste ambigu et ne donne aucune précision sur ce nouveau procédé, qui aussitôt adopté fût l'objet d'une grande controverse.

Cependant, si la loi permet de démontrer la paternité biologique grâce à la science, la filiation elle, n'est reconnue que dans le cadre du mariage. La preuve de la paternité biologique ne garantit nullement la reconnaissance de la filiation. La cour Suprême, a toujours considéré que la preuve du mariage est une condition préalable à toute demande concernant la filiation. Pourtant, un arrêt de cette même cour datant de 2006,¹²² a admis l'attribution de la paternité à un enfant sur la base d'une expertise médicale « sans que les parents biologiques ne soient liés par un mariage ». C'est une « première » en Algérie, nous ignorons encore quel sera l'impact de cet arrêt sur le droit de la filiation algérien.

Depuis fort longtemps, la doctrine en Algérie s'est montrée très favorable à l'égard de la recherche de paternité par le procédé scientifique qui constitue le moyen, le plus fiable. Monsieur SALAH BEY a pu ainsi écrire que : « la prohibition de la recherche de la paternité naturelle, est contraire à l'esprit d'équité, aux principes généraux du droit, à l'intérêt social bien compris, et qu'elle témoigne d'un état d'esprit rétrograde. L'interdiction de la recherche en paternité naturelle n'est pas conforme à l'équité, en ce sens qu'elle fait supporter par les enfants les conséquences de leur illégitimité, alors qu'ils sont des victimes innocentes »¹²³.

Avec l'avènement de l'ADN, il n'est plus nécessaire d'enfermer le texte dans la lettre du droit musulman classique, d'autant que sur cette question la charia a relativement évolué. Ainsi, l'Organisation de la Conférence Islamique pour la Science a, lors d'une rencontre tenue le 08/10/2008, autorisé le recours à l'expertise ADN. Elle pourra être

¹²² - La cour Suprême, chambre de statut personnel. In : Revue judiciaire n°1 du 05 mars 2006, p.469

¹²³ - SALAH BEY M., *op.cit.*, p.85

utilisée en cas de désaveu de paternité, de conflit de paternité, ou en cas de décès. Le texte en question a permis également au ministère de la solidarité nationale algérien de mettre au point un projet de loi pour faire subir au géniteur un test ADN visant à prouver la paternité d'un enfant né hors mariage.

Ces enfants selon ce projet de loi bénéficieront d'une reconnaissance obligatoire de leur père identifié grâce à son ADN, si la mère en fait la demande. Celui-ci ne sera cependant pas, obligé d'épouser la mère de l'enfant né hors mariage. Ce texte a évidemment fait l'objet de féroces oppositions de la part des traditionalistes qui préconisent toujours une application stricte des principes du droit musulman.

En conclusion à ce chapitre ; nous dirons avec Madame Lahlou-Khiar Ghenima : « Ces règles juridiques (relatives à la filiation) forment un ensemble auquel le juge doit trouver une cohérence, afin de ne pas transgresser l'intérêt de l'enfant. A ce propos, nous déplorons une pratique judiciaire tendant à une application isolée et quasi- mécanique et technique de chaque disposition, réduisant l'enfant à un objet de droit, au détriment de son devenir, lui déniaient par là même la qualité de sujet de droit.

Exiger de manière exclusive la production de la preuve d'un mariage pour recevoir un aveu de filiation va à l'encontre non seulement du bon sens, mais aussi de la volonté du législateur, telle qu'elle découle sans ambigüité aucune de la lettre même des articles 40 et suivants du code de la famille »¹²⁴ .

¹²⁴ Lahlou-Khiar (G) *op.cit* . p.203-220 .

Première partie -Le concept de la kafala en droit algérien

L'union de l'enfant à ses parents est un concept sacré en Islam. C'est pourquoi la filiation dans la *Charia* et dans le droit algérien ne peut être qu'une filiation réelle et authentique. Elle constitue un lien entre générations, la filiation que l'on reçoit et la filiation que l'on transmet¹²⁵.

Tous les moyens d'établissement de la filiation précédemment étudiés permettent à chaque enfant de naître au sein d'une famille. Par conséquent, l'enfant dans la conception de l'islam est toujours l'enfant conçu dans une relation «légitime» au sens religieux, et sa filiation est celle de son père¹²⁶. La filiation une fois établie, devient un droit acquis de Dieu, il ne peut être changé ni cédé. Concernant l'éducation et la protection de l'enfant dans la charia, les parents (mère et père) sont obligés d'élever eux-mêmes leurs enfants. Les enfants sont considérés comme un don de Dieu dont les parents sont obligatoirement tenus de prendre soin, c'est-à-dire aimer, élever, éduquer, et entretenir.

Selon le texte de la déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique adopté à Casablanca (Maroc) le 15 décembre 1994 par l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI): « L'Islam reconnaît à chaque enfant le droit à une filiation paternelle qui est un droit imprescriptible. C'est pour cette raison qu'il a

¹²⁵- Selon les préceptes de l'Islam, il faut protéger l'enfant bien avant sa venue au monde. Il ne permet de le concevoir qu'au sein d'une famille bien constituée au sens religieux, car la famille est pour un enfant le meilleur endroit pour grandir s'épanouir sentimentalement, spirituellement. ESSABOUNI A., interprétation du droit de la famille syrien, 2eme éd. Damas : éd. Nouvelle imprimerie, 1978, p.173

¹²⁶- Cependant, l'Islam a connu l'adoption telle qu'elle est perçue aujourd'hui en France c'est à dire l'adoption plénière qui signifie l'adoption avec filiation puisque le prophète Mohammed, lui-même a adopté *Zaid ibn Harit* qui était appelé *Zaid ibn Mohammed*, ensuite, un verset coranique est venu interdire l'adoption ; c'est le verset 5 de la sourate 33 « *el ahzeb* » les coalisés, se référant aux enfants adoptés mais dont les parents sont connus : « *Appelez – les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Allah, mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez les comme vos frères en religion ou vos alliés. Nul blâme sur vous pour ce que vous faites par erreur, mais (vous serez blâmés pour) ce que vos cœurs font délibérément. Allah, cependant, est pardonneur et miséricordieux.* » Ce qui rendit l'adoption à partir de ce moment interdite et bannie, le prophète fut le premier à l'appliquer à l'égard de *Zaid*.

interdit l'adoption qui prive l'enfant de ce droit. Cependant, il n'empêche pas qu'une famille intègre en son sein un enfant étranger et le protège, il y invite plutôt»¹²⁷.

Selon la *Charia*, la famille est considérée comme la cellule sociale de base la plus importante de la communauté, elle constitue son noyau fondamental. Afin d'éloigner toute menace ou danger risquant de briser cette cellule, un certain nombre de règles établies par la *Charia* régissent encore cette institution dans la majorité des pays musulmans.

C'est pourquoi l'intérêt de l'enfant exige que sa conception ait lieu dans le mariage et par l'acte spécifiquement humain de l'union conjugale. L'enfant à naître sera identifié par le nom de ses parents, attestant tout à la fois de son hérité et de sa filiation. Ainsi, les relations sexuelles en dehors du lien de mariage sont interdites, et il ne peut être question d'enfant né hors mariage¹²⁸.

En conséquence la famille, qui est un droit naturel pour l'enfant, garantit la présence de la mère et du père. Un enfant, cependant, peut se retrouver orphelin, ou privés de ses parents en raison d'une maladie invalidante, la société prend alors le relai. Dans la société musulmane, l'enfant n'est jamais orphelin, il y aura toujours un membre de la famille (grand-père, grand-mère, oncles, tantes, cousins, cousines) qui s'occupera de lui. Notons toutefois que l'Islam s'occupe d'une manière particulière de l'orphelin, et que plusieurs versets coraniques lui sont consacrés¹²⁹. À défaut de famille au sens large (grands parents, oncles, cousins), l'orphelin peut être confié à une personne, homme ou femme

¹²⁷ - L'Organisation de la Conférence islamique (OCI) a adopté lors du 7e Sommet islamique tenu à Casablanca (Maroc), du 13 au 15 décembre 1994, la « Déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique », adopté, lors du 7e Sommet islamique tenu à Casablanca (Maroc), du 13 au 15 décembre 1994, la "Déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique».

¹²⁸ - Plusieurs versets coraniques interdisent clairement les relations sexuelles en dehors du mariage.

¹²⁹ - « *Rendez leurs biens aux orphelins (devenus majeurs). Ne prenez pas l'illicite en échange du licite (en substituant ce que les orphelins possèdent de bon à ce que vous possédez de mauvais). Ne substituez pas leurs biens en les confondant aux vôtres. C'est un crime énorme. Gardez-vous de les consumer par prodigalité ou en vous hâtant de les en priver avant qu'ils ne deviennent majeurs* » [Sourate 4 *El nisa* « femmes » -Versets 2 à 6] « *Ne touchez point aux biens de l'orphelin, à moins que ce ne soit d'une manière louable pour les faire accroître, jusqu'à ce qu'il ait l'âge fixé. Remplissez vos engagements, car les engagements, on en demandera compte*» Sourate 17 (*ISRA*) - Verset 34

connue pour son intégrité, sa piété, sa bonne conduite, son aptitude à protéger les intérêts de l'enfant, à faire preuve de générosité et de bonté à son égard, c'est à dire le nourrir, l'habiller, l'éduquer et lui dire la bonne parole. Selon un hadith du Prophète : « *celui qui suffit à un orphelin parmi les musulmans, en nourriture et en boisson, rentre au paradis pour n'en sortir jamais* ».

Cette prise en charge concerne principalement son éducation et son entretien, l'Islam n'évoque pas d'autres catégories d'enfants abandonnés. De toute évidence, la famille est le cadre naturel de l'enfant. La priorité est donnée au maintien de l'enfant dans sa propre famille. Ce principe,¹³⁰ est confirmé dans le préambule de la convention des droits de l'enfant de 1989; il est précisé que : « convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté. Reconnaisant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ».

Il en va de même de la convention de la Haye de 1993 relative à l'adoption internationale qui précise dans son préambule que : « reconnaissant que, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, l'enfant doit grandir dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension, rappelant que chaque Etat devrait prendre, par priorité, des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine ».

¹³⁰ - Ce principe est également confirmé par la Convention Des Droits de l'Homme et la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales en Europe .Art. 8 relatifs au Droit au respect de la vie privée et familiale stipule que : « 1- Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. « 2- Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Sur ce principe religieux canonique, toutes les religions, judaïques, chrétiennes et musulmanes convergent. Cependant, de nombreux enfants en Algérie sont le fruit de viols, d'incestes, d'adultères ou simplement de relations sexuelles consenties hors mariage¹³¹.

Par ailleurs d'autres enfants, et pour des raisons différentes, sont purement et simplement abandonnés par leurs propres parents. Ces enfants forment une bonne partie de la société. Les uns sont juridiquement affiliés à leur mère lorsqu'ils ne font pas l'objet de demande de filiation par les moyens sus cités, d'autres font l'objet d'abandon légal¹³².

Pourtant, comme cela a été évoqué plus haut, le législateur algérien devait trouver une solution juridique et sociale à la prise en charge de cette catégorie d'enfant, en permettant à chaque enfant d'avoir une famille. Mais, il s'avère que notre droit était plus soucieux de trouver une solution conforme aux principes de la *Charia* que de prendre en compte l'intérêt de l'enfant abandonné, lequel est souvent un enfant né hors mariage. Ainsi, logiquement, notre législateur se devait d'opter pour une institution proscrivant tout lien de filiation, en l'occurrence, la *kafala* qui constitue en quelque sorte, une solution de rechange à l'adoption. C'est une institution du droit de la famille par

¹³¹- Il n'y a pas de statistiques officielles sur le nombre d'enfant qui naissent hors mariage, cependant les journaux avancent un chiffre de 3000 naissances chaque année en Algérie. Bien sur ce chiffre est faux et le nombre est en hausse ce qui a déclaré le président de la Commission nationale consultative de promotion et de protection des droits de l'homme (CNCPPDH), Me KSENTINI Farouk. L'ancien ministre de la santé OULD ABBES Djamel, avait avancé le chiffre de 5000 naissances hors mariage annuellement. Selon les observateurs, ce chiffre peut être multiplié par dix sans exagération. Ce qui reflète la non-fiabilité du système de la statistique du pays, notamment lorsqu'il s'agit du recensement de phénomènes négatifs et tabou. Voir le journal quotidien liberté du 25/07/2011.

¹³²- Dans la société algérienne l'accouchement des filles célibataires se fait à la maison et l'enfant est délaissé sur la voie publique pour avoir le statut de l'enfant trouvé. Toutefois l'abandon est autorisé ; l'acte d'abandon était réglementé par la loi du 30/06/1904, loi de la période coloniale, reconduite en 1962 par le gouvernement algérien de l'époque afin d'éviter le vide juridique (toutes les lois française ont été reconduites sauf dans leurs dispositions contraires à la souveraineté (loi du 31/12/1962). Ce droit français algérianisé, dit monsieur BENCHENEB Ali, a été abrogé par ordonnance du 05/07/1973; il ajoute « Un souci légitime d'algérianisation du droit y a conduit, mais les ambitions que le projet supporterait se sont révélés supérieurs aux possibilités du législateur ». Cependant, l'abandon et ses effets ont été repris par le code de la santé de 1976 abrogé en 1985. BENCHENEB A., Droit algérien et la condition de l'enfant, éd. UNITAR, 1980, p.3.

laquelle un lien familial sans filiation est créée entre le *kafil* et le *makfoul* qui n'ont aucune parenté biologique.

Le concept de la *kafala* trouve ses origines dans les principes du droit civil, mais n'apporte aucun bouleversement aux principes de la *Charia*. Il est vrai que le verbe *takafala* a été utilisé par le prophète Mohamed dans le sens de «prendre en charge», mais il ne concernait que l'enfant orphelin, bénéficiaire de recommandations: interdiction de toucher à ses biens, ou de le repousser, ou de le maltraiter,¹³³ et il n'a jamais été question en droit musulman de l'enfant abandonné par ses propres parents ou de l'enfant naturel. Ainsi le terme «*takafala*» suscitait plus un acte de générosité et de bienfaisance envers l'orphelin;¹³⁴ et il n'est nullement question d'une institution juridique de droit musulman de prise en charge de l'enfant né hors mariage, ou d'une institution en substitution à l'adoption.

La *kafala* en droit algérien représente une institution juridique avec un ensemble de règles spéciales en vue de protéger les intérêts de l'enfant *makfoul*. La question qui se pose, est de savoir quel est l'intérêt majeur pour l'enfant abandonné; l'octroi de cette filiation artificielle est-il primordial pour l'enfant? Autrement dit, est-ce que briser les liens avec les parents d'origine est l'objectif recherché? Les *kafils* sont-ils intégrés dans le concept juridique de famille?

La question de la prise en charge d'enfants hors adoption reste posée, elle est toujours d'actualité dans les débats sur la notion de filiation, et de parentalité. En s'interrogeant sur ces notions, puisque la perception moderne de la filiation inclut également la filiation sociale et

¹³³ - Verset 2, 9, 17, 152 de la *sourate el baquara* (vache).

¹³⁴ - En Islam s'occuper d'un orphelin fait partie des bonnes actions recommandées par la *charia*; elle en fait un des moyens permettant d'accéder au paradis, la *kafala* de l'orphelin consiste à prendre en charge l'enfant dans les domaines affectifs, religieux, dans la gestion de ses affaires, dans son enseignement, son entretien alimentaire et vestimentaire; dans son livre le *cheikh Ibn Outhaymine* dit: «La prise en charge d'un orphelin consiste à s'occuper de ses affaires religieuses et profanes, de manière à lui donner une bonne éducation religieuse et civile marquée par l'enseignement, l'orientation et par toute autre action nécessaire à son entretien alimentaire et à son hébergement». *Cheikh Ibn Outhaymine al albani, Charh Riadh -as- Salihine, Fawaid Wa Anouar*, éd. bibliothèque contemporaine 2004, 5/113.

affective. La question ne pourrait être limitée seulement à l'ordre juridique. Même si notre sujet de thèse est davantage centré sur les aspects juridiques, nul n'ignore la réalité socio-affective de la filiation et son impact sur la vie de l'enfant *makfoul*, d'où l'importance de faire valoir cette réalité dans cette étude. Ainsi, il sera propice d'étudier les caractéristiques de la *kafala* (chapitre1). Ensuite, il sera essentiel d'examiner les insuffisances de cette institution par rapport à l'enfant *makfoul*, mais également par rapport au *kafil* (chapitre2).

Chapitre I- Caractéristiques de la *kafala*

La *kafala* est règlementée par les articles 116 à 125 du Code de la famille¹³⁵. L'article 116 traduit en français le terme *kafala* en recueil légal en disposant que le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal. Les articles qui suivent précisent comment la *kafala* est accordé au *kafil* et les effets qui en découlent. Comme il a été précisé précédemment, le terme *takafala* dans la *Charia* signifie clairement « assurer l'éducation d'un enfant orphelin ». La loi algérienne quant à elle fait état d'enfant recueilli qui peut être de filiation connue ou inconnue (Art. 119 du Code de la famille).

Deux catégories peuvent, en effet, être envisagées en ce qui concerne la situation juridique de l'enfant recueilli. La première catégorie concerne l'enfant de filiation légitime, mais pour une raison ou une autre, la mère et le père encore vivants ou même le conseil de famille ont approuvé la *kafala*. Dans l'hypothèse où l'un des parents est décédé ou est dans l'impossibilité de consentir à la *kafala*, ou encore en cas de déchéance de l'autorité parentale, le consentement d'un seul parent est valable. Toutefois, si les deux parents de l'enfant sont décédés, ou dans le cas où ils sont inaptes juridiquement à consentir à la *kafala*, c'est le conseil de la famille qui consent à la *kafala* après avis de la personne qui a pris soin de l'enfant. Et, pour ce cas, le droit

¹³⁵-Chapitre VII : Du recueil légal (*kafala* - Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille [Extrait] du Journal Officiel de la République Algérienne n° 24 du 12 juin 1984. La procédure de la *kafala* se produit en deux temps, l'une préalable et l'autre judiciaire. La phase préalable est celle où les parents de l'enfant qui sera recueilli en *kafala* donnent leur consentement clair et déterminé ; c'est par un acte authentique devant le juge ou le notaire ou devant les agents diplomatiques ou consulaires algériens (Art.117 du CFA). En deuxième temps, c'est la phase judiciaire qui doit se faire devant le tribunal du domicile du bénéficiaire de la *kafala* ; si la personne réside à l'étranger, c'est le tribunal du domicile de l'enfant situé en Algérie. La décision judiciaire exercée par le juge est purement gracieuse, il n'y a ni de défendeur, ni contradicteur possible. La fonction du juge consiste à s'assurer que les conditions requises par la loi sont remplies et tout particulièrement le consentement des parents ou de la direction de l'assistance publique. Après ces deux phases, le tribunal rend le jugement attribuant la *kafala*. Ce jugement est définitif. Un extrait est alors transmis dans le mois à l'officier de l'état-civil aux fins de transcription en marge de l'acte de naissance de l'enfant recueilli.

algérien est bien clair: l'enfant recueilli garde sa filiation d'origine (article 120 du Code de la famille).

La deuxième catégorie concerne l'enfant trouvé¹³⁶ou abandonné, souvent, c'est un enfant né hors mariage abandonné par sa mère. Lorsque l'enfant est sans filiation, le consentement est donné sous forme de décision administrative, par le directeur de la santé publique. L'ordonnance n°76-79 du 23 octobre 1976 portant code de la santé publique abrogée en 1985 avait prévu au titre de l'assistance publique à l'enfance des dispositions relatives à la *kafala*. D'après l'article 256 du dit Code, le service de l'assistance publique doit s'employer à rechercher, avant toute possibilité, une famille dans laquelle l'enfant pourra avoir les mêmes conditions d'existence qu'un enfant au sein de sa famille. Cet engagement de recueillir un enfant privé de famille, de l'élever, de l'éduquer est consacré par la législation relative à la famille¹³⁷.

Il en résulte que la *kafala* en droit algérien concerne tout enfant abandonné qu'il soit orphelin, ou non, sans faire la différence entre l'enfant issu d'un mariage ou hors mariage. En effet, la *kafala* telle qu'elle est perçue en droit de la famille algérien diffère totalement du terme *takafala* dans la *Charia*.

¹³⁶- Le droit algérien oblige toute personne qui a trouvé un enfant nouveau né d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil du lieu de la découverte de l'enfant. Si elle ne consent pas à se charger de l'enfant, elle doit le remettre ainsi que ses vêtements et autres effets trouvés avec lui, à l'officier de l'état civil, (Art.67 de l'ordonnance n°70/20 du 19 février 1970 portant code de l'état civil). Le droit pénal emprisonne de dix jours au moins à deux mois au plus et d'une amende de 100 à 1000 DA ou de l'une de ces deux peines seulement : les personnes qui, ayant assisté à la naissance d'un enfant n'en font pas la déclaration, à eux, prescrite par la loi dans les délais fixés, ceux qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né ne le remettent pas à l'officier de l'état civil ainsi que la loi le prescrit, sauf s'ils ont consenti à se charger de l'enfant et ont fait une déclaration à cet égard devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé; ceux qui portent à un hospice ou un établissement charitable un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, qui leur a été confié afin qu'ils en prennent soin ou pour toute autre cause, sauf s'ils ne sont pas tenus ou ne sont pas obligés de pourvoir gratuitement à la nourriture et à l'entretien de l'enfant et si personne n'y a pourvu.(article 442 du code pénale (ordonnance n° 75-47 du 17 juin 1975 et loi n° 82-04 du 13 février 1982).

¹³⁷-BENMELHA G,*op.cit.*, p.275.

Certes, dans cette situation il y a un non dit de la part du droit algérien, car il est clair que très souvent dans la société algérienne, la *kafala* concerne en premier l'enfant né sous x, ou l'enfant issu d'adultère, de viol ou d'inceste auxquels la *Charia* n'accorde aucun statut juridique. C'est ainsi que la *kafala* est devenue une nouvelle structure juridique instituée par le législateur algérien dans le premier code de la famille de 1984 que l'Algérie a connu, pour justement octroyer un statut juridique à cette catégorie d'enfants de la société algérienne.

L'institution se démarque de la *Charia*, sans pour autant l'admettre ouvertement. Il faut considérer cela comme une modernisation non négligeable car elle inscrit de manière implicite mais très timide, le principe d'égalité entre enfants légitimes et enfants naturels¹³⁸.

Pour répondre aux interrogations juridiques soulevées dans cette thèse, il sera nécessaire d'étudier la notion de *kafala* telle qu'elle est perçue en droit algérien: en premier lieu nous aborderons l'origine de la *kafala* (section1). Ensuite nous examinerons la question de la diversité des mineurs concernés par la *kafala* (section 2) et les différentes vocations de cette institution (section3) . En quatrième lieu nous analyserons les conditions de la *kafala* (section 4). Après cela, nous étudierons le contenu de la *kafala* (section5) et en dernier la fin de la *kafala* (section6).

Section première- L'origine de la *kafala*

Selon le lexique juridique en arabe, le terme *kafala* signifie la garantie, ou le cautionnement, c'est à dire l'engagement d'une personne envers une autre d'exécuter une obligation. D'après le dictionnaire

¹³⁸- En droit algérien, l'enfant naturel hérite de sa mère. En ce qui concerne ce point, le droit algérien ne fait pas de discriminations successorales à l'égard des enfants adultérins ; il n'y a pas de restrictions ni qualitatives ni quantitatives.

arabe *el moundjid*,¹³⁹ le mot *kafala* signifie aussi le cautionnement d'une personne qui s'engage envers une autre, d'exécuter l'obligation d'un tiers en cas de défaillance de celle-ci. Milliot Louis traduit la *kafala* en français par le terme fidéjussion,¹⁴⁰ qui d'après le dictionnaire le Robert, signifie la caution et la garantie. Ainsi, le terme *kafala* est employé dans plusieurs domaines car n'importe qui peut être le *kafil* d'une autre personne. Dans le droit de la sécurité sociale, une personne peut prendre en *kafala* sa mère, son père ou un parent proche¹⁴¹.

Dans les pays du Golfe, la *kafala* est une institution de parrainage par l'employeur des étrangers voulant travailler dans ces pays car il faut impérativement avoir un *kafil* dans le pays hôte qui devient le garant juridique du travailleur, garant de sa présence et de ses activités¹⁴².

En droit de la famille ce terme est utilisé pour la prise en charge matérielle et éducative de l'enfant. Le terme *kafala* tel qu'il est utilisé en droit de la famille algérien et traduit par le terme français « *recueil légal* », est inapproprié car le terme *kafala* est un terme non traduisible¹⁴³ du fait qu'il dépasse par son contenu et ses effets, le simple recueil légal. Il sera exposé ultérieurement que la personne qui prend en *kafala* un enfant, dispose de l'autorité parentale, car la *kafala* lui confère un ensemble de droits et devoirs, dont la garde et la surveillance.

En droit civil algérien le terme *kafala* est le cautionnement qui consiste dans l'engagement d'une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public, dénommée la caution, d'exécuter

¹³⁹ - Dictionnaire *El moundjid* de la langue arabe contemporaine, 1ère éd, Beyrouth, *Dar ennachr*(maison d'édition), 2000, p.1240.

¹⁴⁰ - MILLIOT L., *op.cit.*, p. 413

¹⁴¹ - Art.67 de la loi n°83-11 du 02/07/1983 relatives aux assurances sociales. « Par ayants-droit, on entend : « 3° - Les ascendants à charge de l'assuré ou du conjoint de l'assuré, lorsque leurs ressources personnelles ne dépassent pas le montant minimal de la pension de retraite ».

¹⁴² - BEAUGE G., La *kafala*, un système de gestion transitoire de la main-d'œuvre et du capital dans les pays du Golfe. In : Revue européenne de migrations internationales. Vol. 2, N°2-1, 1986, pp. 109-122. La *kafala* dans les pays du golfe est très critiquée, le Qatar envisage d'annuler la *kafala* pour l'étranger.

¹⁴³ Selon BENMELHA G., le terme traduisant la *kafala* est un terme impropre.

l'obligation du débiteur en cas de défaillance de celui-ci¹⁴⁴. Or, le terme *kafala* tel qu'il est utilisé en droit civil a une autre acception en droit de la famille.

En droit civil, c'est un engagement subsidiaire lorsqu' elle est simple : la caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement, se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.

En droit de la famille, le terme *kafala* prend un sens particulier. L'obligation du *kafil* est une obligation principale : il est obligé envers le *makfoul* de l'entretenir, le protéger et subvenir à ses besoins. Il est également le représentant légal de l'enfant *makfoul*, et est responsable de ses actes.

En s'inspirant du droit civil,¹⁴⁵ le législateur algérien a fait de la *kafala* un acte volontaire et unilatéral d'une personne (*kafil*) envers l'enfant *makfoul*, qui consiste en l'engagement par cette personne, homme ou femme, de prendre gratuitement en charge, l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur au même titre que le ferait un père pour son fils.

Dans cette interprétation, il y a plus qu'un engagement civil qui comporte le recueil légal, il y a l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant *makfoul*, qui bénéficie au sein de la famille d'accueil du quasi totalité des droits essentiels, découlant du droit de la famille. Il faut

¹⁴⁴ Article 644 du code civil algérien et article 2012 du Code civil du code civil français ,les deux articles sont identiques , le cautionnement est un contrat par lequel une personne (la caution) s'engage à régler les dettes d'une autre personne si cette dernière ne respecte pas ses engagements et ne rembourse pas son créancier.

¹⁴⁵ C'est ce qu'affirme Madame AIT ZAI Nadia, directrice du centre d'information et de documentation pour les droits de l'enfant et de la femme(Ciddef) « 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 ». Revue du Ciddef, juin 2008, p. 33.

bien préciser que la *kafala* en droit algérien est une institution étrangère à la religion musulmane mais subit le totalitarisme religieux. C'est pourquoi la première question sera consacrée à l'absence de fondement religieux et aux obstructions religieuses (paragraphe1), puis à la consécration de la *kafala* par le droit positif : les textes et les lacunes (paragraphe2).

Paragraphe 1 - La *kafala*, une institution étrangère a la religion musulmane

L'article 20 alinéa3 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 dispose que: « cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la *kafala* de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique».

En France la *kafala* est systématiquement attribuée au droit musulman, bien que la *kafala* n'ait pas de fondement religieux (A), cependant l'élément religieux entrave l'évolution de la *kafala* (B).

A- Absence de fondement religieux

La *kafala* est perçue en France comme un concept coranique. Il s'agit d'une idée reçue qui peut dissimuler une phobie à l'égard d'institutions juridiques réputées inhérentes à un droit venu d'ailleurs. Cette idée reçue est non fondée, car la *kafala* en droit algérien est l'affaire de l'homme et non de Dieu, elle ne trouve pas son origine dans le Coran puisque ce texte n'utilise pas cette notion. Le Coran interdit l'abandon de l'enfant par ses parents biologiques et interdit la conception de l'enfant hors mariage.

La *kafala* en Algérie, concerne en premier, l'enfant abandonné né hors mariage ou l'enfant né sous x. Dans le Coran, il n'existe aucun précepte qui notifie que la *kafala* se substitue à l'adoption. Cette notion demeure absente dans le Coran, et l'action de prise en charge de l'orphelin en Islam relève plutôt d'un acte de charité méritoire, et ne fait point l'objet d'une institution produisant des effets juridiques, à la différence de la *kafala* en droit positif. En d'autres termes, le Coran ne reconnaît que l'enfant légitime issu d'une relation légale dite « *halal* »¹⁴⁶.

Si la relation illégale est établie, l'enfant né de cette relation est considéré comme un enfant naturel appelé « *walad ez zina* » (enfant adultérin) : au regard du Coran, cet enfant n'a pas d'existence, et ne pourrait in facto, faire l'objet d'une demande de reconnaissance de filiation postérieurement, pas même, l'objet d'une action de recherche de paternité. Son père bien connu se voit interdit de le reconnaître ou d'exercer une autorité sur lui, et n'a aucun devoir envers lui, notamment le devoir d'entretien.

Cependant, cette théorie inexorable et anachronique fait l'objet d'une orientation contraire chez les jurisconsultes musulmans contemporains. Pour certains, l'enfant naturel a la filiation de sa mère et hérite d'elle, mais ne peut prétendre à la filiation paternelle, et l'action en recherche de paternité est prohibée. Tandis que pour d'autres, la filiation paternelle pourrait être autorisée, car d'après eux, si l'adultère est un fait établi, il engendre la filiation paternelle au même titre que la filiation maternelle. Le jurisconsulte Abou ABDESSALEM nous dit « qu'il ne faudrait en aucun cas léser l'enfant en lui faisant perdre sa filiation, et le punir pour un acte qu'il n'a pas commis »¹⁴⁷.

¹⁴⁶ -Le terme *Halal* désigne ce qui est permis dans la religion musulmane comme la viande *halal* ou mariage *halal*.

¹⁴⁷ - ABDESSELEM Abou est un jurisconsulte musulman algérien contemporain, Voir le journal *el khabar* en langue arabe du 10/03/2008.

B- Obstructions religieuses

Si la *kafala* se caractérise par l'absence de fondement religieux, elle fait cependant l'objet de plusieurs obstructions religieuses dont la création du lien de filiation, qui a pour effet la vocation héréditaire. En élaborant la *kafala*, le législateur algérien devait édifier un certain nombre de règles, sans toutefois bouleverser les règles religieuses en la matière. Cette retenue s'est avérée difficile pour lui puisqu'il n'a pas su jauger les autres fonctions de la *kafala* qui génèrent forcément diverses formes et aspects de cette institution. Raison pour laquelle, il n'a fait aucune distinction entre la *kafala* substituant l'adoption d'un enfant sans filiation et la *kafala* interfamiliale, ou simplement la *kafala* comme institution de famille d'accueil, ce qui a rendu le concept de la *kafala* parfois embryonnaire, voire boiteux et incompris.

En ce qui concerne la *kafala* en substitution à l'adoption, le législateur n'a pas su construire un concept défini selon lequel l'adoption est admise permettant de créer un lien de filiation entre le *kafil* et le *makfoul*, puisque ce dernier est démuné de sa généalogie. Il a tout simplement mis en place quelques règles régissant certains cas d'enfants abandonnés, d'où les difficultés à la fois juridiques, et pratiques rencontrées dans la *kafala*.

S'agissant des difficultés juridiques, nous présenterons plus tard, l'ensemble des critères qui montrent que la *kafala*, en tant que concept de substitution à l'adoption est un concept insuffisant, particulièrement pour l'enfant sans filiation, où la concordance des noms institués par le législateur algérien n'est pas bien définie. Par ailleurs, le législateur algérien n'a rien prévu pour l'enfant *makfoul* en cas de décès ou divorce du *kafil*, aussi lorsqu'il atteint l'âge de la majorité. Une disposition sur le décès du *kafil* a certes été prévue dans le nouveau code de procédure civile et administrative de 2008, mais qui reste malgré tout assez réservée dans les faits.

S'agissant des autres cas de prise en charge d'enfant avec filiation, la *kafala* confère au *kafil* la totalité de l'autorité parentale, sans tenir compte des droits parentaux des parents biologiques de l'enfant *makfoul*. Dans la pratique, la *kafala* produit une parentalité,¹⁴⁸ mais dans la réalité, cette nouvelle forme « d'être parent » est totalement inexplorée par le droit algérien, mais également par les professionnels de la protection sociale. Le conjoint du *kafil* est en fait, complètement occulté par la loi; si bien que l'autorité parentale n'est pas conjointement exercée entre le *kafil* et son épouse (ou époux), d'où les embarras en cas d'absence du *kafil*. En d'autres termes, le conjoint est considéré comme étranger pour l'enfant *makfoul*, pourtant il remplit ses fonctions en tant que mère ou père envers l'enfant *makfoul*.

Paragraphe 2 - La consécration de la *kafala* par le droit positif : les textes et lacunes

A l'instar des autres pays musulmans, l'Algérie demeure très attachée à la religion musulmane, le maintien indéfini du caractère religieux du droit de la famille n'a pas pu engendrer la production de normes juridiques particulières en la matière. Cette soumission absolue constitue un véritable irrésistible obstacle et entraîne l'immutabilité du droit de la famille algérien. Ainsi, malgré les réformes apportées par l'ordonnance du 27 février 2005, le droit de la famille algérien est resté emprisonné par la vérité éternelle religieuse dont la modification serait un acte d'horrible impiété.

¹⁴⁸ - SELLENET C., Essai de conceptualisation du terme « parentalité » [En ligne] mis en ligne le 27-07-2007, consulté le 16 Aout 2012. Disponible à l'adresse URL : http://documentation.reseau-enfance.com/IMG/pdf/concept_parentalite.pdf

D'après elle, le terme parentalité est un néologisme créé dans les années 1950, et utilisé par les psychiatres et psychanalystes (RACAMIER. En 1961). Ce terme selon eux, désigne dans un premier temps un processus de maturation psychique qui se développe aussi bien chez la mère (maternalité) que chez le père (paternalité). S'agissant du terme « parentalité », SELLENET Catherine nous explique que « Dans ce champ disciplinaire très circonscrit, le terme parentalité ne soulevait pas d'ambiguïtés et son usage restait très modeste. Son extension récente, dans les années 1980, et son passage dans le langage commun, marquent une évolution notable mais aussi une perte de sens [...] depuis l'extension récente de ce terme et son utilisation dans le langage commun, il fait l'objet de plusieurs significations. Elle indique que dans la conception des auteurs, la parentalité n'est plus un mouvement maturatif mais un état, un statut social ouvrant à des droits et à des devoirs. »

Les modifications introduites, sont plutôt justifiées dans le recours à *l'ijtihad*¹⁴⁹ afin de demeurer dans la conformité religieuse, que par la réelle volonté de produire des valeurs communes de type démocratique à travers une régulation d'égalité homme-femme et de protection de l'enfant. Cette attitude a conduit le législateur à interdire purement et simplement l'adoption (Art. 46 du Code de la famille). Une disposition contraire à la réalité sociale où l'adoption reste encore une coutume très enracinée dans la société algérienne(A). Si le code a consacré la *kafala* qui paraît simple d'après sa définition, il n'en reste pas moins que dans la réalité des faits, elle présente plusieurs lacunes(B).

A- L'adoption, une réalité sociale

L'adoption est acte de choix conscient et responsable par lequel une personne donne sa filiation à un enfant qu'il souhaite prendre pour fille ou fils.¹⁵⁰ Cet acte humain et nécessaire, s'inscrit naturellement dans le désir d'avoir un enfant lorsqu'il y a incapacité d'en avoir. En matière d'organisation de la famille et particulièrement en matière d'adoption, le droit algérien n'a pas estimé utile de recourir à *l'ijtihad* réformiste basé sur le principe de nécessité connu en droit musulman «nécessité fait loi»¹⁵¹ et sur l'interprétation large des textes coraniques relatifs à l'adoption qui offrent des solutions plus généreuses que celles adoptées par le législateur. L'interdiction de modifier la filiation concerne uniquement l'enfant dont la filiation est connue, dans ce cas,

¹⁴⁹- *L'Ijtihad* est l'effort de l'interprétation des textes coraniques ou le raisonnement discipliné désignant l'effort personnel d'interprétation ou de raisonnement traduisant une libre pensée. Il constitue un des procédés de création des normes juridiques par les différentes écoles doctrinales du droit musulman. Les docteurs musulmans avaient su à l'époque adapter les textes coraniques aux besoins sociaux .mais Les "portes de *l'ijtihad*" ont été officiellement fermées par un calife (apparemment le calife *el-Hakam* au 11e siècle de notre ère, 4e siècle de l'hégire). Cette fermeture intellectuelle serait l'une des causes du déclin du monde arabo-musulman. La réalité est plus complexe que cela, bien sûr, et il existe plusieurs niveaux d'*ijtihad*, dont tous n'ont pas été concernés par la fermeture, et le vaste monde arabo-musulman a toujours compté de nombreux penseurs et réformateurs. Il n'en reste pas moins que la fermeture intellectuelle globale décidée au XIe siècle a été une cause majeure de sclérose et de déclin.

¹⁵⁰- Voir BENABENT A., Droit de la famille, Domat droit privé, Montchrestien, 2eme éd. Lextenso, 2012, p. 1000 et s.

¹⁵¹- Le principe de nécessité est un principe en droit musulman qui permet de rendre la nécessité prohibée acceptée et admise.

il conserve sa filiation d'origine. En revanche, l'enfant de filiation inconnue est traité en frère ou en allié¹⁵².

Aucune interprétation doctrinale d'ordre religieux n'est faite dans ce sens pour adapter ce texte aux besoins sociaux urgents, bien au contraire les conservateurs tendent toujours à orienter la doctrine religieuse vers la stérilisation et la stagnation du droit de la famille. Monsieur BOUZID Khaled dans son mémoire de magister soutenu le 09/juin 2011, s'attaque farouchement à l'institution de la *kafala* qui, selon lui, « est une adoption plénière que la *Charia* a prohibée »¹⁵³.

Pareillement, Monsieur MAWAN Mustapha dénonce la *kafala* et tout particulièrement la concordance des noms qui selon lui crée une filiation consanguine entre le *kafil* et le *makfoul*¹⁵⁴. Monsieur Octave PESLE soulignait déjà à propos de l'adoption en Algérie mais également dans les pays musulmans, que : « de toutes les institutions du droit musulman, l'adoption est peut-être celle que les jurisconsultes ont le plus négligée. Alors que par ailleurs, les études des grands jurisconsultes classiques sont si riches, si fertiles en controverse, si minutieuses et si précises, dans l'examen des cas particuliers elles sont à peu près muettes sur l'adoption »¹⁵⁵.

La doctrine étrangère a enrichi *l'ijtihad*, puisque Madame VANDELEVEDE Hélène entend qu'un enfant privé de famille doit avoir le même statut qu'un enfant légitime puisque tous les croyants sont frères et égaux en Islam¹⁵⁶. C'est avec cette conviction que le législateur tunisien a légitimé l'adoption dans le droit tunisien de la famille, en

¹⁵² - Verset 5 de la *sourate* « les alliés » qui dispose que : « Appelez-les du nom de leurs pères: c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés. Nul blâme sur vous pour ce que vous faites par erreur, mais (vous serez blâmés pour) ce que vos cœurs font délibérément. Allah, cependant, est Pardonneur et Miséricordieux ».

¹⁵³ - Texte de la pétition adressée par l'Instance nationale pour la protection de la famille au Président Bouteflika, cité par Abdoun Mohamed, (journaliste) « Ils veulent récolter 1,5 million de signatures contre le nouveau code de la famille. Les islamistes bloquent le jeu, journal, *L'expression*, Alger, 18 septembre 2004.

¹⁵⁴ - BOUZID K., La filiation en droit de la famille et la jurisprudence, Magister, université d'Alger, 2011, p. 146- MAWAN M., *op.cit* , p. 528

¹⁵⁵ - PESLE O., *op.cit* , p. 10.

¹⁵⁶ -VANDELVEDE H., Adoption en Algérie, problèmes sociologiques, solutions juridiques, Extrait de « Studi Sassari » VII, série III, édition scientifique italienne, 1979.

faisant appel à *l'ijtihad* réformiste. Or, en Algérie, la dépendance totale du droit de la famille à la *Charia* a soumis la *kafala* à l'enfermement et la stagnation de sa conceptualisation.

B- Les lacunes

En élaborant le Code de la famille en 1984, le législateur algérien ne pouvait se permettre une omission législative à la situation des enfants abandonnés sans filiation, qui constituait et constitue encore un phénomène social majeur, réclamant une prise en charge urgente. Le concept de *kafala* choisi par le législateur qui est supposé régler le problème de l'enfant abandonné sans filiation, s'avère lacunaire et inachevé. En l'absence d'un concept clair et satisfaisant dans le droit algérien, une série de lacunes font ressortir le défaut de volonté du législateur à satisfaire pleinement les exigences de la société. Ces insuffisances seront étudiées dans le deuxième chapitre pour mieux définir l'origine de ce silence et le manquement du législateur à régler tout les aspects nécessaire de bonne gouvernance de la *kafala*.

Le droit algérien a certes, réduit les rigueurs de l'interdiction ferme de l'adoption dans la religion musulmane, par l'admission de la *kafala*, mais il a par ailleurs, institué une adoption dissimulée, comme le souligne Monsieur BENMELHA Ghaoui,¹⁵⁷ en la dépouillant d'effets, car dans la pratique la *kafala* d'un enfant sans filiation, n'est qu'une adoption démunie de ses effets, ce qui rend la situation juridique de l'enfant abandonné très complexe. Or, la *kafala* est sensée produire un certains nombre d'effets juridiques entre le *kafil* et l'enfant *makfoul*, qui favoriseraient davantage l'intérêt de l'enfant *makfoul*, conformément au respect des droits de l'enfant; plutôt que de garder ce concept figé, dans les effets juridiques éphémères de la *kafala*¹⁵⁸.

¹⁵⁷ - Selon BENMELHA G., la *kafala* est une adoption sous forme déguisée. *op.cit* , p.271.

¹⁵⁸ -V. *infra* . p.142 et s.

Sachant que l'Algérie a ratifié la convention des droits de l'enfant (CIDE) de 1989, la filiation doit non seulement être considérée comme un droit fondamental de l'enfant, mais également comme une mesure pour sa réelle protection.

Section deuxième - La diversité des mineurs concernés par la *kafala*

L'article premier de la convention relative aux droits de l'enfant de 1989 définit le statut juridique de l'enfant comme suit: «un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plutôt en vertu de la législation qui lui est applicable»¹⁵⁹.

L'article 25 du Code civil algérien dispose que: la personnalité commence avec «la naissance accomplie de l'enfant vivant. L'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant». Ainsi, l'enfant qui n'est pas encore né, ne pourrait être considéré comme une personne, pas même en sa qualité d'être humain, et ne peut bénéficier d'un régime juridique spécifique, et/ou d'une protection civile et pénale particulière¹⁶⁰.

¹⁵⁹ - Cette définition ne détermine pas le commencement de la personnalité juridique de l'enfant, ainsi se pose donc la question de savoir à quel moment commence la personnalité juridique de l'enfant : à sa naissance ou dès sa conception? La convention a laissé aux lois nationales le choix d'indiquer le moment où commence la personnalité juridique de l'enfant. Toutefois, il résulte des dispositions de la convention que l'enfant en question est enfant après sa naissance.

¹⁶⁰ - En droit algérien le terme de personnalité conditionnelle a une signification juridique déterminée. L'enfant simplement conçu peut déjà selon l'article 25 du Code civil acquérir certains droits. Toutefois ces droits ne seront effectifs que si l'enfant naît vivant c'est-à-dire viable. (Selon l'OMS un fœtus de moins de 22 semaines et moins de 500 grammes n'est pas viable). L'application de ce principe est faite par les articles 128, 173, 187 et 209 du Code de la famille algérien et sa personnalité juridique peut remonter à sa conception, il y a donc, une situation de rétroactivité de la personnalité juridique. Ainsi l'enfant conçu peut prétendre à sa naissance à la succession d'une personne décédée. Il sera prélevé sur la succession au profit de l'enfant à naître une part supérieure à celle devant revenir à un seul fils ou une seule fille (Art. 173 du Code de la famille). La donation peut être également faite à un enfant conçu, de même que le testament, fait au profit d'un enfant conçu, est valable et ne produit des effets que si l'enfant naît vivant. Pour toutes ces situations il convient d'attendre la naissance. Si l'enfant naît vivant et viable on considérera qu'il a la qualité de personne apte à succéder au moment du décès. L'enfant conçu n'aura vocation héréditaire que s'il naît vivant et viable au moment de la succession. (Art 134 du Code de la famille algérien). Si au contraire une fausse couche se produit ou si l'enfant est mort né ou meurt après sa naissance, on considère que la personnalité n'a jamais existé.

Le fait que l'Algérie ait ratifié la convention des droits de l'enfant de 1989, implique son engagement officiel à reconnaître la nouvelle vision de l'enfant, proposée par la dite convention. S'agissant de l'enfance abandonnée, nous comprenons bien, que le législateur algérien a voulu protéger cette enfance vulnérable. Cependant, comme il a été indiqué auparavant, il n'a pas su traiter la variété des besoins des diverses catégories d'enfants, encore moins, la particularité des mineurs concernés par la *kafala*. Car nous savons tous, que les enfants, constituent une population très diversifiée ayant des trajectoires différentes, dont les besoins ne sont pas identiques, et qui requièrent bien souvent, des mesures différenciées de prise en charge sociale.

Nous nous intéresserons plus particulièrement, à la catégorie d'enfants trouvés, abandonnés, orphelins et/ou dont les parents ont été déchus de leur autorité parentale, qui sont confiés par décision de justice au service de l'aide sociale à l'enfance et placés sous tutelle administrative. Ces enfants deviennent ainsi pupilles de l'état.

A ce sujet, il est regrettable qu'il n'y ait pas de loi régissant le pupille de l'état : le régime juridique du pupille de l'état est inexistant. Les services de l'enfance assistée en Algérie fonctionnent encore avec des dispositions des lois françaises contrairement, à titre de comparaison, au droit marocain qui a mis en place une législation spécifique relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés (*Dahir* n° 1-02-172 du 01 *rabii* II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n°15-01). L'article 1 de cette loi, ¹⁶¹définit l'enfant abandonné comme suit:« est considéré comme enfant abandonné, tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes:

¹⁶¹-Bulletin officiel n° 5036 du 27 *joumada* II 1423 (5 septembre 2002) .*Dahir* n° 1-02-172 du 1 *rabii* II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n°15- 01 relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés.

- être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré ;
- être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance;
- avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant.

Toutefois, comme le sujet de cette recherche est en partie construit autour de la notion de filiation, il s'agira de relever deux catégories d'enfants, la première, est la catégorie d'enfants abandonnés sans filiation dès la naissance (paragraphe 1), la deuxième est la catégorie d'enfants abandonnés avec filiation (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - Enfants abandonnés sans filiation

Chaque année naissent en Algérie des enfants sans filiation. L'enfant né dans la relation du mariage, a une filiation systématiquement établie. Il est déclaré l'enfant légitime de la femme qui l'a mis au monde et de son mari. En revanche, les enfants qui naissent sans aucune filiation légale, ni maternelle ni paternelle n'ont pas de filiation déclarée. Ils naissent sous x (A). Il en est de même pour l'enfant trouvé (B).

A-Enfants nés sous x

Les enfants nés sous x proviennent des accouchements sous x. Pour des raisons différentes, la mère lors de l'accouchement, peut demander que le secret de son admission et de son identité soit protégé et elle peut également demander que son nom ne soit pas mentionné dans l'acte de naissance de l'enfant. C'est une pratique qui existait déjà

depuis bien longtemps. Elle est encore respectée en Algérie, sans aucun cadre réglementaire¹⁶². Elle fut introduite par le droit français :¹⁶³ il n'y a alors pas de lien de filiation entre la mère et l'enfant, et le nom de la mère ne figure pas sur l'acte de naissance de l'enfant. L'enfant né est sans filiation dès sa naissance.

L'enfant est considéré comme un pupille de l'état et sera confié à la direction de l'assistance sociale (DAS) qui devra le déclarer à l'officier de l'état civil conformément à la loi. Ce dernier lui choisit un nom, et la direction de l'assistance sociale, se chargera de lui trouver une famille conformément à l'article 265 du code de la santé (déjà cité), et dans laquelle l'enfant est supposé avoir les mêmes conditions d'existence, qu'un autre enfant au sein de cette famille.

B-Enfant trouvé

Il peut s'agir d'un enfant trouvé sur la voie publique, cette pratique est encore habituelle dans la société algérienne particulièrement, dans les zones rurales. A ce sujet, l'article 67 alinéa 1^{er} relatif à l'état civil¹⁶⁴ dispose que: «toute personne qui a trouvé un enfant nouveau-né est tenu d'en faire la déclaration à l'officier de l'Etat civil du lieu de la découverte. Si elle ne consent pas à se charger de l'enfant, elle doit le remettre, ainsi que les vêtements et autres effets avec lui, à l'officier d'Etat civil.»

¹⁶²- Le Code de la santé (ordonnance n°76-79 du 23 octobre 1979) bien qu'abrogée par loi n° 85-05 du 16 février 1985, relative à la promotion et à la protection de la santé, reste une référence pour la recherche de solution en matière d'enfants abandonnés.

¹⁶³- La loi du 22 juillet 1922 reconnaissait explicitement la faculté de ne pas désigner les noms des parents sur l'acte de naissance de l'enfant. La loi du 7 février 1924 a confirmé cette faculté. Actuellement l'article 57 du code civil français, modifié par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 17 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006 dispose que : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui seront donnés, le nom de famille, suivi le cas échéant de la mention de la déclaration conjointe de ses parents quant au choix effectué, ainsi que les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant. Si les père et mère de l'enfant ou l'un d'eux ne sont pas désignés à l'officier de l'état civil, il ne sera fait sur les registres aucune mention à ce sujet ».

¹⁶⁴- Ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970 relative à l'état civil.

L'enfant trouvé est déclaré également pupille de l'état et sera confié à la direction de l'assistance sociale chargée de l'enfance qui devra, le déclarer à l'officier de l'état civil conformément à la loi et lui trouver une famille dans laquelle l'enfant pourra jouir d'une existence telle que celle que connaît tout enfant au sein de sa famille.

Toutefois, la question de la filiation de cet enfant demeure complexe car à défaut d'une déclaration de maternité et de paternité, il reste sans filiation juridique toute sa vie, étant donné que l'adoption est interdite en droit algérien. En revanche, il pourra avoir une filiation nouvelle par concordance des noms s'il est confié à un *kafil* et si ce dernier consent à lui conférer son nom. Cette question sera étudiée ultérieurement.

Paragraphe 2 - Enfant avec filiation

Les autres enfants concernés par la *kafala* sont des enfants de parents connus; l'enfant a une filiation établie. Souvent, l'enfant abandonné a été associé à l'enfant né hors mariage. En fait, ce vocable recouvre plusieurs catégories d'enfants. Il s'agit d'enfant assistés (A) ou d'enfants confiés volontairement(B).

A-Enfant assisté

On distingue différentes catégories d'enfants assistés, confiés à la direction de l'assistance sociale chargée de l'enfance et qui sont, destinés à la prise en charge par le biais de la *kafala*. Il peut s'agir d'un enfant délaissé par ses parents pour des raisons diverses, telles que la pauvreté, la maladie, l'infirmité. Il peut également s'agir d'une situation conflictuelle, consécutive à un divorce, quand par exemple, les deux parents renoncent à la garde de l'enfant. Dans d'autres cas, c'est une mère divorcée ou veuve, sans ressource qui est contrainte de renoncer à ses droits parentaux et « d'abandonner » son enfant, dont elle ne peut plus assumer matériellement la charge. Il peut pareillement être question d'un enfant maltraité, violenté par ses parents. Il peut

également s'agir d'un orphelin ayant perdu ses deux parents¹⁶⁵ ou encore d'un enfant dont les parents sont emprisonnés. Par ailleurs, il peut s'agir d'enfant en situation difficile: enfant de la rue, enfant handicapé, enfant malade.

Toutes ces catégories d'enfants nécessitent une prise en charge sociale et juridique particulière, à la mesure de chaque catégorie, selon un panorama complet, incluant toutes ces situations. De manière générale, la direction de l'assistance sociale se voit confier toutes ces catégories d'enfants abandonnés, pour ensuite les placer dans des familles *kafilates*. Il est important de préciser, qu'il n'existe pas en Algérie des établissements ou des services spécialisés dans l'accueil de ces enfants en difficulté.

B- Enfant confié volontairement

L'enfant *makfoul* n'est pas forcément un enfant abandonné, assisté, ou sans filiation. Il peut tout simplement s'agir d'un enfant confié par ses parents à un membre de la famille par tradition coutumière. Il est à noter que la coutume tient une place prépondérante en matière de statut personnel. La structure de la famille traditionnelle en Algérie est une famille élargie qui comprend les parents, les enfants, les grands parents, les oncles paternels et maternels, les tantes paternelles et maternelles, les cousins et cousines, les neveux et nièces.

La coutume dans la société algérienne autorise le déplacement de l'enfant dans la famille élargie. Elle traduit une solidarité intrafamiliale. Le déplacement de cet enfant demande sa prise en charge totale par le membre recueillant. Compte tenu du caractère oral de cette coutume; l'enfant autrefois était confié oralement sans écrit. Mais depuis l'établissement de la *kafala* en droit de la famille algérien, cette coutume

¹⁶⁵-Le terrorisme en Algérie a fait beaucoup d'orphelins et d'enfants nés hors mariage, également le séisme de 1980 et 2003.

est officialisée par l'acte de *kafala* qui, avant l'exigence d'une décision judiciaire par la loi, était établie devant un notaire.

Section troisième- Les différentes vocations de la *kafala*

Il résulte de cette étude que le droit algérien a essayé d'organiser juridiquement un phénomène de mœurs sans une volonté de le comprendre. En dépit de l'encadrement légal de la *kafala*, les réalités de celle-ci restent très différentes selon sa fonction. Le législateur algérien n'a pas traité des multiples fonctions et usages sociaux de la *kafala* car il convient de différencier la vocation de la *kafala* d'un enfant sans filiation (enfant né sous x, enfant trouvé, ou enfant né hors mariage abandonné légalement par sa mère) et, l'enfant avec filiation connue comme le cas de l'orphelin ou simplement de l'enfant en difficulté ou enfant confié à une tante ou oncle pour des raisons différentes comme il a été indiqué auparavant.

La *kafala* d'un enfant attaché au nom du *kafil* par le biais de la concordance des noms est purement et simplement une adoption de type plénière que la loi algérienne a dépouillé de ses effets en accordant simplement la concordance des noms (paragraphe1). La *kafala* d'un orphelin se trouve également dans une logique d'adoption mais de façon partielle (paragraphe2). La *kafala* peut faire l'objet d'un arrangement interfamilial (paragraphe3). En revanche, la *kafala* d'un enfant connu dont les parents sont vivants est considérée comme, une institution de famille d'accueil (paragraphe 4).

Paragraphe1 - La *kafala*, structure de substitution à l'adoption plénière

En Algérie, nous l'avons vu, la majorité des cas de *kafala* concernent les enfants nés sous x, enfants nés hors mariage et légalement abandonnés par les mères célibataires. Comme il a été indiqué précédemment, les mères célibataires préfèrent accoucher sous x, ou abandonnent l'enfant tardivement. L'enfant sans filiation,

devenant pupille de l'Etat est confié à la direction de l'assistance sociale dans la perspective de le confier à un *kafil*. Sa tutelle, en attendant de le confier à un *kafil*, est exercée par le préfet du département dans lequel il est recueilli. La DAS veille aux conditions dans lesquelles les futurs *kafils* (adoptants) doivent recueillir l'enfant. Ainsi, le *kafil* recueillant, peut être un couple marié sans enfant ou voulant agrandir la famille, ou une personne célibataire, femme ou homme, ayant atteint l'âge de la majorité légale. La *kafala* ne peut être autorisée que si le tribunal est assuré qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Comme il a été indiqué auparavant, le *kafil* doit être musulman, moralement et socialement apte à élever l'enfant, disposant de ressources matérielles suffisantes.

Le *kafil* qui choisit l'enfant sans filiation (adoption-élective), est purement et simplement dans une logique d'adoption de type plénière créatrice d'un lien de filiation. La *kafala* ne confère pas de filiation, mais permet le changement du nom de l'enfant *makfoul* en le concordant avec le nom du *kafil* conformément aux dispositions du décret exécutif n° 92- 24 du 13 janvier 1992 complétant le décret n° 71- 51 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom, à la concordance du nom patronymique de l'enfant recueilli avec le sien sous réserve de l'accord, donné en la forme d'acte authentique, par la mère, si cette dernière est connue et toujours vivante.

Il faut rappeler que cette résolution admise par la loi est contraire aux principes du droit musulman selon lesquels la filiation est un droit de Dieu. Le droit Algérien a interdit l'adoption, mais il accepte dans ce cas précis la renonciation à la filiation maternelle. Cette incohérence dans la loi traduit d'une part une reconnaissance légale de renoncer à la filiation sur laquelle est fondée, et d'autre part affirme l'inégalité entre enfants naturels et enfants légitimes. C'est pourquoi à défaut d'être abordée de front, la question reste incohérente, contradictoire et inacceptable.

De toute évidence, dans ce cas, la *kafala* se définit comme une institution destinée à rattacher l'enfant à ses nouveaux parents, l'enfant sera rattaché de manière originelle à son *kafil*, l'enfant n'a pas une double appartenance : il est détaché de sa filiation d'origine, il acquiert une filiation neuve. C'est tout simplement une adoption plénière inachevée. Toutefois, pour remédier aux insuffisances et lacunes de la loi, les *kafils* tentent tant bien que mal, d'utiliser les moyens juridiques mis en place.

En ce qui concerne le nom, l'enfant est intégré au nom familial par la concordance des noms; quant à la succession, les *kafils* mettent directement les biens qu'ils souhaitent leur donner aux noms de l'enfant *makfoul*. C'est la preuve que les *kafils* français ou binationaux, préfèrent la conversion de la *kafala* en adoption plénière devant les tribunaux français et ce malgré la position négative de la loi française.

Les lois belge ou espagnole, nous le verrons ultérieurement¹⁶⁶, prennent en considération cette situation, et permettent l'adoption de l'enfant *makfoul* par son *kafil*. Il faut cependant indiquer que la majorité des professionnels de l'enfance en Algérie réclament le droit à l'adoption de type plénière spécialement pour l'enfant abandonné sans filiation. Ils considèrent que l'adoption est un des mécanismes juridiques qui consiste à pallier les conséquences d'une privation parentale, et secondairement à l'absence d'enfant¹⁶⁷. L'interdiction de l'adoption empêche le droit au nom résultant de la filiation car: « la filiation est l'histoire du nom ». «Le nom écrit, n'est pas la seule marque d'une graphie sur une carte d'identité. Il est « l'enjeu de l'être »¹⁶⁸.

Certains juristes militent aussi pour un droit à la généalogie pour l'enfant sans filiation comme dans l'adoption plénière, ¹⁶⁹sans cependant aller à l'encontre de l'interdiction coranique, mais en

¹⁶⁶ -V.*supra* .p.277.

¹⁶⁷- TIDAFI T., président fondateur de l'association algérienne enfance et familles d'accueil bénévole (AAEFAB), Revue Ciddef, juin 2008, p.11

¹⁶⁸- PROVOST L., *op.cit.*, Revue du Ciddef, juin 2008, p. 14

¹⁶⁹- AIT ZAI N., L'enfant abandonné et la loi, *op.cit.*, p .102

cherchant une interprétation plus large des textes coraniques pour permettre l'octroi de ce droit à l'enfant sans généalogie. Madame PROVOST Lucie souligne ainsi que: « de la même manière que les *fukahâ*' classiques, tous ceux qui, aujourd'hui, s'opposent à une intégration complète de l'enfant sans *nasab* argumentent essentiellement à partir des effets d'une adoption créatrice de filiation, vocation héréditaire et interdits matrimoniaux. Ceux qui, à l'opposé, militent pour la création d'un système juridique nouveau, sans vouloir faire fi de l'interdit coranique, cherchent à l'interpréter de façon plus large»¹⁷⁰.

En droit algérien la désignation du nom complet de la personne est un assemblage de plusieurs éléments dont chacun retrace une histoire personnelle et familiale. Le premier est l'*ism*, donné à la naissance, ce que la langue française traduit par «prénom», comme le prénom «Karim» ou «Fatima». Puis vient le *nasab*, nom familial suivi du père, du grand-père, etc., précédé chacun de *ibn*, «fils de...». Selon Madame PROVOST Lucie: «le *nasab* inscrit chacun dans une ascendance masculine. C'est la généalogie, le lignage qui fournit la validation historique de la parenté et de tout ce qu'elle implique»¹⁷¹.

Comme indiqué auparavant, le lien du sang en droit algérien est la source unique du droit au nom, la concordance des noms dans la *kafala* n'attribue pas à l'enfant *makfoul*, la généalogie de son *kafil*. Il faut souligner que le fait d'être un enfant sans filiation, objet de reconnaissance sociale, désaffilie l'enfant et lui fait perdre sa valeur sociale en ayant perdu sa filiation, par l'abandon. Cependant, la concordance des noms affilie l'enfant socialement et juridiquement à son *kafil*. Elle lui attribue cette reconnaissance sociale, l'affiliation dans ce cas n'est pas systématique comme celle de la filiation par le sang, elle est un choix.

¹⁷⁰- *Fukahas* classiques sont les juristes traditionnels. Voir PROVOST L., *Kafala et droit à une généalogie ou de la protection du droit de tout enfant à avoir une famille*. In : Revue Ciddef, n° 17, juin 2008, p. 13

¹⁷¹-PROVOST L., *op.cit.*, p. 14.

Paragraphe 2 - la *kafala*, institution quasi adoption

Il faut rappeler que le caractère traditionnel de la société algérienne fait que l'enfant n'est jamais orphelin¹⁷². Ainsi, la *kafala* d'un enfant orphelin se définit dans ce cas là, comme une structure familiale qui résulte d'une contrainte sociale de fait. Elle exprime la solidarité du groupe au sein de la même famille. De manière générale, l'orphelin est généralement recueilli par un membre de la famille par ordre de mérite social à défaut de mérite juridique¹⁷³.

La *kafala* est dans ce cas une quasi adoption, elle est conclue par acte notarié (avant 2008) ou par acte judiciaire. Elle confère au *kafil* l'autorité parentale entière. En effet, en l'absence définitive des parents, le *kafil* est dans une logique quasi adoptive: l'enfant étant privé définitivement de ses parents, le *kafil* atténue cette absence. Toutefois, si le *kafil* est l'oncle ou la tante, l'enfant se fonde dans la famille du *kafil*, il a le même nom et peut prétendre à la succession en qualité d'héritier dans l'ordre de succession qu'il aura à occuper, et non en tant qu'enfant *makfoul*.

Si l'enfant est encore un nourrisson, il trouve toujours une mère pour l'allaiter¹⁷⁴. En droit musulman, l'allaitement au sein relève du sacré qu'il ne faut pas transgresser et crée une véritable filiation juridique et sociale entre frères et sœurs. Donner le sein, c'est donner la vie. La femme qui allaite un enfant n'étant pas biologiquement le sien

¹⁷²- L'orphelin par définition est l'enfant qui a perdu ses deux parents. Cependant, selon la loi algérienne relative aux assurances sociales, élargie le recueil par tout salarié sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un lien de parenté entre l'enfant recueilli et la personne qui le recueille : les orphelins de père et de mère, les enfants abandonnés c'est à dire, nés de parents inconnus, parents internés, ou incarcérés, parents hospitalisés, les enfants dont les parents sont malades graves, dans l'incapacité médicalement reconnue de travailler en raison d'une invalidité minima de 50%, les enfants de père aveugle paralysé total, grand infirme qui présente une incapacité de 100%. Circulaire générale d'application des lois de sécurité sociale n°01 du 10/11/1991, In : Droit de la sécurité sociale-Recueil de textes législatifs et réglementaires publié par l'Institut national du travail 1997, p. 470-471. BENADJI C., Vocabulaire juridique, éléments pour un dictionnaire des termes officiels, OPU, Alger, 2006, p. 132

¹⁷³- Le mérite juridique de la *hadana* ; la priorité est accordée à la mère ensuite le père puis la grand-mère maternelle, et à défaut la garde sera confiée à la personne la plus apte dans l'intérêt de l'enfant. Ce principe trouve son fondement dans le Coran. HANIFI L., *op.cit.*, p. 204

¹⁷⁴-La filiation par allaitement est reconnue en droit algérien et trouve son fondement dans le coran, elle induit des interdits matrimoniaux. Voir FORTIER C., « Le lait, le sperme, le dos, le sang? », *Cahiers d'études africaines* [En ligne], 161 | 2001, mis en ligne le, consulté le 20 août 2012. URL : <http://etudesafricaines.revues.org/68>

est considérée comme la véritable mère de cet enfant, mais à la différence avec l'enfant biologique, il ne sera pas inscrit sur l'état civil. En revanche, l'enfant allaité sera inscrit dans une lignée fondée sur la parenté de lait. Dans ce cas l'enfant *makfoul* est l'enfant de la femme qui l'a allaité. La filiation par allaitement crée certains effets identiques à la filiation biologique, il constitue un empêchement au mariage.

Il peut s'agir aussi d'une *kafala* quasi adoptive par un couple stérile d'un enfant de la famille. Selon la coutume traditionnelle, on ne peut pas concevoir une famille sans enfants. La famille stérile requiert l'aide de sa parenté pour choisir un enfant venant préférablement de sa propre lignée. L'enfant dans ce cas est souvent l'enfant de la sœur ou du frère ou du cousin. Cette parenté représente un prolongement d'elle-même. De cette façon, les enfants sont automatiquement des membres de sa famille. De toute évidence, l'enfant gardera sa filiation d'origine, mais sera rattaché à sa famille *kafila*. Dans la pratique, l'enfant est élevé éduqué, et protégé par son *kafil* tout en connaissant la vérité sur ses parents biologiques.

Paragraphe 3 – La *kafala*, structure de recueil intrafamilial

La famille traditionnelle maghrébine est une famille élargie. Elle est basée sur l'union et la solidarité entre ses membres. Les membres de la famille sont traditionnellement et historiquement compris au sens large.¹⁷⁵ Son organisation et son fonctionnement social qui concernent les rapports interfamiliaux permettent le déplacement de l'enfant au sein de la famille. Ce pourra être le cas, lorsqu'un membre de famille a peu d'enfant ou parce qu'il n'a que des filles ou que des garçons, ou que le père ou la mère de l'enfant sont malades, ou simplement parce que le *kafil* est matériellement plus aisé et veut prendre en charge l'éducation et l'entretien d'un enfant de sa proche famille, souvent nombreuse.

¹⁷⁵- Cigdem Kagıtcıbası, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir. Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement, Paris, L'Harmattan, 1996, p.271

C'est ainsi que la *kafala* peut se révéler comme une structure interfamiliale pour pallier à ces insuffisances de la vie. Elle correspond tantôt à une aide intrafamiliale au sens strict (oncle tante et cousin), tantôt à un acte de solidarité et de générosité du groupe au sens large (amis, voisins etc.). Dans ce contexte l'enfant circule entre sa famille biologique et son autre famille sans pour autant qualifier celle-ci de famille adoptive car la mission des deux familles s'inscrit dans l'intérêt de l'enfant, à savoir l'élever, l'éduquer, le protéger, et l'entretenir, mais s'inscrit aussi dans la création de liens sociaux entre familles participant ainsi à l'équilibre de la société.

Juridiquement, l'accueillant (l'oncle, la tante, le cousin ou même l'ami), de l'enfant *makfoul* est doté de l'autorité parentale. Aux yeux de la loi, il est responsable des actes du *makfoul*. Cette formule est une réalité vécue dans la pratique coutumière algérienne, elle s'intègre dans un réseau de règles coutumières rigides que la loi reconnaît sous forme de *kafala*. Toutefois, cette pratique reste juridiquement complexe particulièrement aux yeux du droit français.

Paragraphe 4 – La *kafala*, institution d'accueil familial

La *kafala* peut se manifester comme une action sociale qui répond aux différentes difficultés de l'enfant socialement abandonné par ses parents. C'est le cas lorsque les parents malades, internés, incapables, ou encore sans ressources, abandonnent leurs enfants, parce qu'ils ne sont plus en mesure de subvenir à leurs besoins. C'est pareillement, la situation après un divorce, quand les deux parents renoncent simultanément à la garde de l'enfant. De même, requiert une prise en charge sociale, l'enfant dont les parents sont incarcérés et déchus de l'autorité parentale conformément à la loi pénale. Dans toutes ces hypothèses, l'enfant est confronté à des problèmes risquant de mettre en danger sa santé, sa sécurité et sa moralité, son éducation se retrouve alors compromise.

Pour pallier ces difficultés, l'enfant est confié à la direction de l'assistance sociale qui se chargera de le placer temporairement en famille *kafila*¹⁷⁶. Dans ce cas, la *kafala* se définit comme une institution de protection de l'enfance abandonnée en tant qu'institution de placement en famille d'accueil privée et non en tant qu'adoption. Cependant, la famille qui accueille l'enfant exerce sur lui l'autorité parentale puisque la *kafala* permet de placer l'enfant *makfoul*, sous la responsabilité du *kafil*. Le *kafil* se chargera de la protection, de l'éducation et de l'entretien de l'enfant pour assurer son éducation et son développement physique, affectif et intellectuel comme le ferait un père pour son fils.

L'enfant *makfoul* peut retourner dans sa famille dès qu'il le souhaite, mais l'avis de l'enfant en âge de discernement sera apprécié par le juge pour décider de son retour ou non dans sa famille d'origine. Dans le cas où l'enfant est dépourvu de discernement, c'est le juge qui décidera de son maintien ou non dans sa famille d'accueil.

Section quatrième - Les conditions de la *kafala*

Comme nous venons de le voir, la *kafala* peut concerner tous les enfants. L'article 118 du Code de la famille organise les conditions de la *kafala*; il précise que: « le titulaire du droit de recueil légal (*kafil*) doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant *makfoul* (recueilli), et capable de le protéger.» L'article 117 du même code indique la procédure de la *kafala*; il énonce que: «le recueil légal est accordé par devant le juge ou le notaire avec le consentement de l'enfant quand celui-ci a un père et une mère. Il en résulte que la *kafala* obéit aux exigences tenant au *kafil* (paragraphe 1). Il est important de souligner que le droit a encadré la procédure de la *kafala* (paragraphe 2).

¹⁷⁶- Bien que cette forme de *kafala* n'est pas très bien soutenue, car les services de l'action sociale ont du mal à faire placer tous les enfants nés sous x et donc démunis de famille.

Paragraphe 1 - Les exigences relatives à la personne du *kafil*

Suivant l'article 118 du code de la famille sus-cité, le *kafil* doit être musulman, sensé, intègre à même d'entretenir l'enfant recueilli et capable de le protéger. Cependant, le même texte en arabe, texte officiel dispose que, le *kafil* doit être musulman, sensé, apte à entretenir l'enfant *makfoul* et capable de le protéger. Selon le texte formulé en arabe les conditions définies tenant au *kafil* sont : la confession musulmane (A).L'aptitude à entretenir l'enfant (B). Il doit également avoir la capacité de protéger l'enfant *makfoul* (C).

A-Obligation à la confession musulmane pour le *kafil*

Le droit de la famille algérien exige que le demandeur de la *kafala* soit musulman¹⁷⁷. Ainsi, la *kafala* s'adresse aux musulmans et exclut systématiquement les non musulmans. Cette condition de la religion ne concerne pas la nationalité du demandeur, ni son lieu de résidence. Le demandeur de la *kafala* peut être de nationalité étrangère et demeurant à l'étranger à condition qu'il soit donc musulman.

L'exigence fondamentale de la religion musulmane pour le *kafil* pose la question de l'algérien non musulman demandeur de la *kafala*. Une minorité algérienne est, en effet, de confession chrétienne ou juive¹⁷⁸.

¹⁷⁷- Une autre exigence de la religion concerne le mariage de la femme algérienne musulmane avec le non musulman. Aux termes de ce code, il est interdit aux musulmanes d'épouser des non musulmans, mais ce règlement n'est pas toujours appliqué. le code n'interdit pas aux hommes d'épouser une, non musulmane, à condition qu'elle appartienne à une religion monothéiste. Aux termes du droit civil, les enfants nés d'un père musulman sont musulmans, quelle que soit la religion de la mère

¹⁷⁸- Dans la société algérienne, on dit que le prosélytisme chrétien émanant d'algériens chrétiens a entraîné la conversion au christianisme d'un nombre important de musulmans particulièrement en Kabylie mais également dans d'autres régions de l'Algérie ; toutefois, il n'existe pas de statistiques normalisées concernant les conversions religieuses. L'ordonnance 06-03 du 28 février 2006 prévoit que les non musulmans sont libres de pratiquer leurs rites religieux, à condition que cela se fasse en conformité avec la constitution ainsi que dans le respect de l'ordre public, de la moralité et des droits et libertés fondamentales d'autrui. La loi interdit les activités religieuses en dehors des organisations ecclésiastiques reconnues par l'Etat algérien, particulièrement les activités qui visent à convertir les musulmans, sous peine d'amende et d'un emprisonnement allant jusqu'à cinq ans.

La constitution algérienne déclare l'Islam religion d'Etat. L'article 2 dispose que : « l'Islam est la religion de l'Etat ». L'article 35 de la constitution dispose que : « la liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables ». Il faut cependant mentionner qu'il est interdit aux institutions de se livrer à un comportement incompatible avec la moralité islamique même si elle prévoit la liberté de croyance et d'opinion. L'Algérie est de surcroît signataire de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui garantit également ces libertés. En effet, les textes internationaux proclament la liberté religieuse et l'égalité de tous devant la loi sans évoquer précisément la discrimination fondée sur la religion (articles 7 et 18 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme).

Ainsi, l'exigence de la religion musulmane donne lieu à une véritable discrimination fondée sur la religion à l'égard du demandeur de la *kafala* non musulman, ce qui porte gravement atteinte aux droits fondamentaux de liberté de culte tels que garantis par la constitution algérienne et par la Déclaration universelle des droits de l'homme .

En principe, il est inconstitutionnel d'autoriser l'État à consacrer des lois fondées sur des principes religieux qui pourraient porter atteinte aux droits fondamentaux de la famille. Hormis les demandeurs musulmans d'origine algérienne installés en France, le critère religieux a permis à une française convertie de recueillir une petite fille de filiation inconnue en *kafala*. Les autorités judiciaires algériennes ont autorisé le déplacement de la petite fille en France pour y vivre définitivement avec son *kafil*¹⁷⁹.

Mais la question de la religion de du *kafil* nous amène également à poser la question de la liberté religieuse de l'enfant. Selon cette

¹⁷⁹- Cependant, malgré le critère religieux du *kafil*, la non reconnaissance de la *kafala* par la loi française et l'interdiction d'adopter un enfant dont la loi personnelle est prohibitive (loi de 2001) n'ont pas permis à la petite fille de bénéficier d'un droit de séjour. La Direction des Titres et de la Citoyenneté de la préfecture de la Somme a notifié le refus de l'admission du séjour de l'enfant *makfoul*. Le refus de séjour de l'enfant *makfoul* émanant de la préfecture de la Somme en date du 05/12/2011 adressée au *kafil*.

disposition, nous pouvons déduire que la liberté de religion de l'enfant n'existe pas. Sa religion dépend de la religion du *kafil* qui a une obligation implicite de lui apprendre l'islam. En effet, la liberté de religion du *kafil* est dépendante de la religion de l'Etat¹⁸⁰.

B – L'aptitude du *kafil* à entretenir l'enfant *makfoul*

La *kafala* est permise aux époux mariés, aux célibataires hommes et femmes. En ce qui concerne l'âge du *kafil*, la loi n'indique pas d'âge minimum, ni d'âge maximum entre le *kafil* et le *makfoul*. Cependant, la pratique limite l'âge de la femme à 55 ans et l'âge de l'homme à 60 ans. L'article 118 sus-cité dans sa version française indique que le *kafil* doit être sensé et intègre, le texte en arabe précise qu'il doit être sensé et apte. Ce terme a un contenu particulier dans la langue arabe; il signifie que la personne est raisonnable, raisonnée, logique, intègre, juste, sage honnête et responsable. Ces critères prouvent que le *kafil* est apte à entretenir et éduquer l'enfant. Il a les qualités requises pour recueillir l'enfant *makfoul*. De toute évidence, il n'est pas possible de procéder à la vérification de ces critères, par un contrôle sommaire et formel, mais il faut une évaluation plus complexe sur le fond. C'est au juge saisi de la demande de la *kafala*, en l'occurrence, le président du tribunal, de vérifier cette aptitude, contrôle effectué par les services de la direction de l'assistance, lorsque l'enfant est sans filiation. Si le *kafil* répond aux critères exigés, il sera qualifié par le juge pour prendre en charge l'enfant comme le ferait un père pour son fils.

L'article 118 exige que le *kafil* soit capable de protéger l'enfant *makfoul*. Le terme protection comprend dans son sens large, l'entretien l'éducation, la surveillance l'assistance, l'aide, la défense, la prévention de l'enfant. La protection du *makfoul* par le *kafil* porte sur sa personne et sur ses biens. La capacité du *kafil* à protéger l'enfant est prouvé par les critères de son aptitude à être *kafil*. La capacité de protéger l'enfant *makfoul* requiert l'exercice des droits et devoirs du *kafil* envers l'enfant

¹⁸⁰ - SANA R., *La problématique de la liberté de religion en droit algérien : la difficile conciliation entre le confessionnalisme politique et la liberté de religion*, thèse de doctorat, Toulouse, 2012, p.84

makfoul. L'enfant *makfoul* étant mineur sera sous la *wilaya* (l'autorité parentale) du *kafil* responsable de sa protection¹⁸¹.

En ce qui concerne l'éducation de l'enfant *makfoul*, l'article 62 du Code de la famille algérien dispose que l'éducation de l'enfant se fait dans la religion de son père, en l'occurrence, la religion musulmane¹⁸². Néanmoins, dans les dispositions de la *kafala*, si le droit algérien exige que le *kafil* soit de confession musulmane, il ne mentionne pas que le *kafil* doive éduquer l'enfant *makfoul* dans la religion du *kafil*. Toutefois, la question qui se pose est de savoir si le droit algérien place le *kafil* sur le même rang que le parent biologique: si tel était le cas, l'éducation de l'enfant *makfoul* se ferait dans la religion de son père, car le *kafil* serait assimilé au père.

Par ailleurs, il faut dire que le droit de l'enfant à la protection s'inscrit tant dans les droits internationaux que dans les droits internes de chaque pays. Le droit de l'enfant à la protection a connu une évolution, tant du point de vue international, que national¹⁸³. Si l'Algérie a ratifié la convention internationale des droits de l'enfant, elle a toutefois formulé des déclarations interprétatives à propos de la liberté de pensée, de conscience et de religion. Celles-ci ont concerné

¹⁸¹-Dans ce cas, il en résulte que les critères exigés du *kafil* à recueillir un enfant par *kafala* sont identiques à ceux exigés par le droit français dans l'adoption, interne ou internationale.

¹⁸²- Si le droit algérien parle de religion du père, cependant, il n'indique pas explicitement la religion musulmane dans cette disposition.

¹⁸³ - Toutefois, il faut indiquer que le terme protection dans le droit international de l'enfant a une connotation particulière. Pour l'UNICEF la « protection de l'enfant » fait référence à la prévention et à la lutte contre la violence. Les programmes de protection de l'enfance de l'UNICEF ciblent également les enfants qui sont tout particulièrement à la merci de ces mauvais traitements, parce qu'ils vivent par exemple sans la protection de leurs parents, l'exploitation et les mauvais traitements infligés aux enfants, y compris l'exploitation sexuelle à des fins commerciales, la traite et le travail des enfants et les pratiques traditionnelles préjudiciables, comme les mutilations génitales féminines/ l'excision et le mariage des enfants. La nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par les Nations Unies en 1959, et a été reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24) dans le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10) et dans les statuts et instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant. Comme indiqué dans la déclaration des droits de l'enfant, adopté le 20 novembre 1959 par l'assemblée générale des Nations Unies, « l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant, comme après la naissance. »

des articles de fond de la convention, tel que l'article 14.¹⁸⁴ L'Algérie traduit les dispositions de l'alinéa, 1 et 2 de l'article 14 sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, selon les fondements essentiels du système juridique algérien en particulier:

1- la Constitution qui dispose dans son article 2 que l'Islam est la religion de l'Etat, et dans son article 35 que la liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables.

2-la loi n° 84-11 du 09 juin 1984 portant Code de la famille, qui précise que l'éducation de l'enfant se fait dans la religion du père.

L'Algérie affirme également que les articles 13 de la convention concernant la liberté d'expression,¹⁸⁵ et les articles 16 et 17 relatifs au droit à la vie privée et au droit à l'information (pas d'immixtion dans la famille et accès à l'information), seront appliqués en tenant compte de l'intérêt de l'enfant et de la nécessité de la sauvegarde de son intégrité physique et morale. À ce titre, le gouvernement algérien interprétera les dispositions de ces articles en fonction :

1-des dispositions du Code pénal et notamment des sections relatives aux contraventions à l'ordre public, aux bonnes mœurs, à l'incitation des mineurs à la débauche et à la prostitution;

2-des dispositions de la Loi no 90-07 du 3 avril 1990 relative à l'information, notamment son article 24 qui prévoit que : « le directeur d'une publication destinée à l'enfance doit être assisté d'une structure éducative consultative.»

¹⁸⁴ - Art.14 de la convention internationale dispose que :

« 1- Les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion-
2- Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités. 3- La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. »

¹⁸⁵- Art. 13 de la convention internationale des droits de l'enfant dispose que : « L'enfant a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen du choix de l'enfant ».

3- De l'article 26 de la loi sur l'information qui dispose que : « les publications périodiques et spécialisées nationales ou étrangères, quelles que soient leurs natures et leurs destinations ne doivent comporter ni illustration, ni récit, ni information ou insertion contraires à la morale islamique, aux valeurs nationales, aux droits de l'homme ou faire l'apologie du racisme, du fanatisme et de la trahison. Ces publications ne doivent, en outre, comporter aucune publicité ou annonce susceptibles de favoriser la violence et la délinquance».

La Convention internationale des droits de l'enfant a une valeur juridiquement contraignante en Algérie, et les citoyens peuvent s'en prévaloir directement. Il faut cependant préciser que la constitution algérienne a également consacré la liberté de pensée et de conscience. À cet effet, les réserves sur les déclarations interprétatives formulés par l'Algérie n'ont pas de sens et constituent une atteinte au principe de la hiérarchie des normes puisque l'ordre juridique mis en place par l'article 132 de la constitution de 1996 dispose que:« Les traités ratifiés par le Président de la République dans les conditions prévues par la Constitution, sont supérieurs à la loi.» Cet article accorde au traité une valeur juridique supérieure à la loi qui ne souffre d'aucune contestation par rapport au rang des deux sources du droit.

Les déclarations interprétatives de l'Algérie sur ces textes ont pour conséquences de limiter la portée de la convention en droit interne et de faire prévaloir le texte de la loi interne (Code de la famille) sur la convention des droits de l'enfant. Selon Madame AIT ZAI Nadia, les déclarations interprétatives de la part de l'Algérie sont une façon détournée de limiter et d'exclure la liberté de religion; elle ajoute que : « bien mieux, le code de la famille pris sous forme législative se voit conférer un rôle fondamental au même titre que la Constitution. Cela conduit à neutraliser les principes constitutionnels de la supériorité des traités sur la loi, et à ne pas modifier les fondements

essentiels du système juridique algérien y compris le code de la famille»¹⁸⁶.

Paragraphe 2 - Les procédures de la *kafala*

Avant la refonte du Code de procédure civile et administrative en 2008, la *kafala* était accordée soit par devant le juge appelée *kafala* judiciaire ou soit par devant le notaire appelée *kafala* notariale, dans les deux procédures la *kafala* a un caractère solennel et officiel. En effet, l'article 117 du Code de la famille dispose que le recueil légal est accordé par le juge ou le notaire. Le juge ou le notaire est chargée de vérifier si les conditions de la *kafala* sont remplies. Ainsi, il y a la *kafala* judiciaire (A) et la *kafala* notariale (B).

A- La *kafala* judiciaire

La *kafala* judiciaire est obligatoire pour l'enfant qui sera pris en charge par une *kafala*. Lors de la refonte du code de procédure civile et administratif en 2008, ¹⁸⁷le législateur algérien a introduit un nouvel article traitant de la procédure de la *kafala* rendant ainsi la *kafala* judiciaire obligatoire pour tout enfant confié à un *kafil* quelque soit la situation de l'enfant ; qu'il soit avec ou sans filiation. L'article 492 du Code de procédure civile et administrative énonce que: « la demande aux fins de la *kafala* est formée par requête présentée par le demandeur au juge aux affaires familiales du tribunal du lieu de son domicile».

La demande est ainsi adressée sur place au greffe du tribunal de la section des affaires familiales. Il s'agit d'une requête, rédigée sur papier libre, dans laquelle est exposée la demande de *kafala*. Elle doit être rédigée en langue arabe. Le contenu de la requête doit indiquer le nom et domicile du demandeur et de l'enfant. Il doit motiver clairement

186 - AIT ZAI N., Le droit de l'enfant en Algérie. Rapport Alternatif (40ème pré-session du Comité des Droits de l'Enfant (CDE), 08 juin 2005) Nations-Unies In : Revue Ciddef, 2007.

187- Loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile. JO N° 21/2008. Le texte en question est volumineux, il contient 1065 articles. Cependant il faut souligner, l'introduction par le législateur algérien des modes alternatifs de règlement des litiges : - La conciliation, (Art. 990 à 992)- La médiation, (Art. 994 à 1005) - L'arbitrage national et international, (Art. 1006 à 1061).

sa demande. La requête doit également mentionner que le requérant remplit toutes les conditions requises par la loi. Le requérant doit fournir avec la requête un dossier administratif¹⁸⁸.

Selon l'article 3 bis du Code de la famille modifié en 2005, le ministère public est partie principale dans toutes les instances tendant à l'application de la loi portant Code de la famille qui concernent l'état des personnes. Cette disposition est réaffirmée par l'article 494 du nouveau Code de procédure civile et administrative. En effet, le parquet devrait s'impliquer dans la demande de la *kafala* afin de permettre un certain contrôle et une surveillance du parquet sur la procédure de la *kafala*.

Le nouvel article 492 du Code de procédure civile et administrative dispose que: « la demande aux fins de la *kafala* est formé par requête présentée par le demandeur au juge aux affaires familiales du tribunal du lieu de son domicile ». Ainsi, la loi exige l'intervention du juge qui décidera de la demande de la *kafala*. L'article 494 du Code de procédure civile et administrative énonce que : « la demande aux fins de la *kafala* est instruite en chambre du conseil, après avis du ministère public». Le droit algérien ne définit pas la chambre du conseil. En principe, elle est composée du juge unique qui est le président du tribunal ou du juge aux affaires familiales en assistance étroite avec le parquet, qui après les réquisitions de ce dernier dans la demande de la *kafala*, vérifie toutes les conditions

¹⁸⁸- Selon le site PARAENAM les pièces à fournir à l'appui d'une demande de la *kafala* en quatre exemplaires. La demande manuscrite signée par les conjoints.4- exemplaires - Les photocopies des cartes d'immatriculation consulaires des- conjoints. (x 4) - Les photocopies (recto verso) des titres de séjour des- conjoints. (x 4)- Une fiche familiale d'état civil - ramener le livret de- famille- Casiers judiciaires délivrés par les autorités françaises. (02- originaux, 02copies) -Les extraits d'acte de naissance des conjoints (02- originaux 02 copies)- Les justificatifs de ressources (Certificat de travail- + les trois dernières fiches de paie) ou selon le cas : tout autre document justifiant des ressources ou revenus. (Revenu égal ou supérieur à l'équivalent de 914,69 € après déductions de toutes les charges) (x 4). Pour les- locataires: Une quittance de loyer +contrat de location (x 4). Pour les- propriétaires: Acte de propriété (x 4). Certificat médical attestant que le- couple est apte à élever un enfant et certificat médical pour chacun des époux, relatif à leur santé générale (02 originaux 02 copies (les documents doivent impérativement porter le cachet du médecin)- La présence des deux témoins- (obligatoire) titulaires d'une carte d'immatriculation consulaire-Les photocopies des cartes d'immatriculations consulaires des témoins (x4). Voir le site : www.paraenam.org/kafala-algerie-demarche-adoption-enfant.html.

légales de la *kafala* et ce conformément à l'article 495 du Code de procédure civile et administrative énonçant que:« le juge aux affaires familiales vérifie si le *kafil* remplit les conditions légales .S'il y a lieu ,il fait procéder à une enquête et peut ordonner toutes mesures utiles pour déterminer si le *kafil* est capable de protéger, entretenir, et assurer l'éducation de l'enfant recueilli».

En dernier, si toutes les conditions sont remplies, le juge se prononce sur la demande de la *kafala* et rend une ordonnance gracieuse. L'article 493 du Code de procédure civil et administrative dispose que: « le juge statue sur la demande aux fins de la *kafala* par ordonnance gracieuse.» Le droit algérien ne définit pas précisément l'ordonnance gracieuse ou même la notion du gracieux. Par opposition aux demandes comportant un litige entre deux parties l'ordonnance gracieuse statue sur une demande ne comportant pas de litige, mais qui nécessite pourtant le contrôle du juge à cause de la nature de l'affaire. L'ordonnance gracieuse de la *kafala* comporte un acte légal conformément à l'article 116 du Code de la famille algérien qui dispose que:« le recueil légal..., est établi par acte légal.» En ce sens, l'acte indique l'opération juridique, c'est à dire une manifestation intentionnelle de volonté entre le représentant de l'enfant *makfoul* (parent, DAS, tuteur...) et le *kafil* dans le but de produire certains effets de droits recherchés et voulus par les parties et qui sont déterminés par la loi. L'acte de la *kafala* dans son deuxième sens signifie aussi l'acte en tant que support à l'opération juridique qui est la prise en charge de l'enfant *makfoul* par le *kafil* comme le ferait un père pour son fils. Le jugement de la *kafala* a la force probante d'un acte authentique.

B- La *kafala* notariale

Avant l'abrogation du code de procédure civile et administrative, le droit algérien ne faisait aucune distinction entre la *kafala* judiciaire et la *kafala* notariale; quelque soit l'usage social de la *kafala*, elle pouvait être notariale ou judiciaire et pouvait aussi concerner un

enfant sans filiation ou un enfant avec filiation. Ainsi, la *kafala* notariale échappe au contrôle rigoureux des juges.

L'article 117 du Code de la famille déjà cité indique que la *kafala* peut être établie par acte notarié. L'acte notarié, est un document écrit par un notaire à la demande du demandeur. En droit algérien, il est considéré comme le plus fort degré de preuve.¹⁸⁹

De par sa nature d'officier public, le notaire, en respectant certaines formes et normes, lui confère un caractère officiel d'authenticité. Ainsi, l'acte de *kafala* notarial est alors un acte authentique, il est signé par lui et les parties (le représentant de l'enfant et le *kafil*), revêtu du sceau que lui a confié l'Etat. Il présente des qualités tels que: l'engagement du notaire. Date certaine - Force probante - Force exécutoire, comme un jugement. L'authenticité de l'acte de la *kafala* repose d'abord sur les informations et l'explication du notaire des conditions de la *kafala* et de ses effets. Il doit aussi constater la réalité des conditions légales de la *kafala* et du consentement du représentant de l'enfant *makfoul*, à consentir la *kafala* pour que son contenu puisse être considéré comme la réalité de ce que les parties ont voulu.

À cet effet, le notaire délivre une copie de l'acte revêtue de la «formule exécutoire», ce qui permet de faire exécuter l'acte de la *kafala* sans avoir à agir en justice. La *kafala* notariée concerne de manière générale l'enfant de filiation connue comme c'est le cas de la *kafala* intrafamiliale ou de la *kafala* d'enfant en difficulté sociale. Cependant, comme il a été indiqué précédemment, cette forme de *kafala* n'est plus

¹⁸⁹-L'article 324 du Code civil algérien modifié par la loi n°88-14 du 3 mai 1988 (JO n° 18 .p.541) « l'acte authentique est celui dans lequel un fonctionnaire, un officier public ou une personne chargée d'un service public constate, dans les formes légales et dans les limites de son pouvoir et de sa compétence, des faits qui ont eu lieu en sa présence ou des déclarations, à lui, faites par les intéressés. » L'authenticité c'est également l'obligation pour le notaire de conserver l'original de l'acte (la « minute ») afin que puisse à tout moment en être délivrée une « expédition » (c'est à dire une copie ayant la même valeur que la minute).

admise, elle a révélé des excès de la part de certains notaires qui ne vérifient pas les conditions de la *kafala*. Des irrégularités observées qui remettent en cause la légitimité de certains actes de *kafala* ce qui a conduit, parfois, à des abus de la part de certains *kafils* comme l'emploi de l'enfant *makfoul* dans des travaux domestiques. Les actes de *kafala* notariés entachés d'irrégularité ont été annulés. Désormais, la *kafala* est obligatoirement rendu par une décision de justice.

Section cinquième -Le contenu de la *kafala*

La *kafala* crée une relation juridique entre le *kafil* et le *makfoul*. Il sera examiné subséquemment, qu'elle fait naître des obligations et des droits pour le *kafil*. La question est de savoir si cette relation juridique peut être suffisamment qualifiée de relation parentale, «parenté ou parentalité.» La relation de parenté est fondée nécessairement sur l'existence d'un lien de filiation.

Il faut rappeler qu'en droit algérien, la filiation est gouvernée par le principe de la primauté de la filiation du sang légitime. Celle-ci est acquise par les divers moyens précédemment étudiés. En droit français la filiation adoptive ne correspond pas à une descendance biologique, elle résulte plutôt d'une décision de justice (jugement) qui va rattacher l'enfant à une personne, elle sera considérée comme mère ou père bien qu'elle ne l'est pas engendré.

Il en résulte que dans le droit français ou algérien, la filiation juridique s'affirme toujours comme élément inconditionnel dans le lien parental. La filiation est la transmission de la parenté. Selon Madame PROVOST Lucie: « la parenté est la relation de consanguinité ou d'alliance qui unissent des personnes entre elles. Lien juridique qui unit des personnes qui descend l'une de l'autre (parenté directe ou en ligne directe) ou qui descendent d'un ancêtre commun (parenté collatérale ou en ligne collatérale)»¹⁹⁰. Dans tous les cas, la filiation consanguine

¹⁹⁰- PROVOST L., Séminaire UNICEF/CIDDEF-08/12/2003, Revue Ciddef, Alger, 2008, p. 15

biologique ou choisie vise à assurer l'attachement exclusif de l'enfant à ses parents, maintenir la lignée des descendants et les biens patrimoniaux. La *kafala* n'engendre pas la filiation de parenté, elle engendre seulement, une filiation de parentalité. Le terme de parentalité en anglais «*parenthood*», est un nouveau terme entré dans le langage usuel relatif à la question de la famille et de l'enfant. Certains disent que ce terme trouve ses assises dans une sphère médico-psycho-sociale¹⁹¹. Toutefois, c'est autour de la fonction d'être parent que se définit ce terme. De manière générale, la parentalité désigne les fonctions très larges d'être parent.

L'émergence de ce terme a conduit à de nouvelles configurations familiales dans lesquelles la prise en charge de l'enfant, n'est pas assurée par les parents biologiques : être parent ne signifie pas forcément être le parent (géniteur ou adoptif). La *kafala*, prise en charge de l'enfant, en dehors du lien de filiation, rejoint le débat sur la parentalité comme le souligne Monsieur Hugues FULCHIRON¹⁹².

Pour bien comprendre la filiation par *kafala*, il est important, comme nous l'avons déjà évoqué, de se défaire du concept inviolable qui résulte de la vision trop fervente de la filiation (biologique ou adoptive), et de ses effets formant un bloc indissociable.

La filiation par *kafala* demeure un concept ambigu, inédit. Mais il faut indiquer que chaque culture a sa propre conception de la filiation qui lui est particulière car la filiation elle-même est un concept complexe où s'y opposent plusieurs éléments ; la nature, la culture, la science, la personne, la famille, la société. Fondée sur le mariage, elle est ouverte aussi à d'autres formes ne donnant pas à la biologie la seule place dominante.

¹⁹¹- HOUZEL D., « Les enjeux de la parentalité » In Leticia Solis-Ponton(dir.), *La parentalité. Défi pour le troisième millénaire. Un hommage international à Serge Lebovici*, PUF, Paris, 2000, p. 61-70

¹⁹²- Monsieur FULCHIRON Hugues affirme que : « même, s'il est permis de donner à l'enfant recueilli, le nom du kâfil ou encore de léguer ou de faire don dans la limite du tiers de ses biens, en faveur de l'enfant recueilli (article 123 du code de la famille algérien) cela ne crée aucun lien de filiation ». Hugues FULCHIRON. In : Revue Ciddef, juin 2008, pp.13 -14

La *kafala* s'avère une institution familiale de parentalité sociale et juridique, elle est certes différente et particulière, néanmoins elle exprime indubitablement la volonté de prendre l'enfant *makfoul* pour son enfant.

Si la question ne concerne pas la rupture du lien de filiation avec la famille d'origine lorsque l'enfant *makfoul* est de filiation connue, il est nécessaire en revanche de redéfinir la notion de filiation, comme la fonction d'être parent. S'il était possible de dissocier le lien utopique qui provient de la filiation et de ses effets patrimoniaux et extra-patrimoniaux, il n'y aurait pas de grande différence entre les diverses formes de filiations qu'elle soit biologique, légitime ou naturelle, maternelle ou paternelle, adoptive ou sociale, car il ne s'agirait plus dans la relation parent enfant de focaliser le lien sur la transmission du nom et l'héritage, mais de fonder cette filiation sur le lien socio-affectif visant l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est-à-dire son éducation, son entretien, car la filiation est avant tout un acte social et affectif. La filiation telle qu'elle est perçue, désignant le rapport de famille qui lie un individu à une ou plusieurs personnes dont il est issu, vise inévitablement le rattachement exclusif de l'enfant à sa famille.

Cette exclusivité assemble sur eux l'ensemble des fonctions parentales. Or la *kafala* investit le *kafil* de l'autorité parentale, il peut légitimement percevoir les allocations familiales, et d'autres avantages habituellement réservés aux seuls parents. C'est pourquoi, il y a lieu dans cette étude, d'analyser le contenu de la *kafala* et de la place qu'elle tient dans la parentalité, et la protection de l'enfance.

Effectivement, il est nécessaire d'analyser en détail cette notion pour décrire ce concept de compétence socioculturelle, tel qu'il a évolué depuis l'apparition du code de la famille algérien en 1984. Ainsi, il importe d'étudier en premier lieu la portée juridique de la *kafala* (paragraphe1). Puis d'évoquer l'émergence de la notion de parentalité générée par la *kafala*, et en parallèle à la «famille traditionnelle» sous

l'angle de la filiation (paragraphe 2), avant d'évoquer l'émergence de la notion de parentalité sous l'angle de la fonction parentale (paragraphe 3).

Paragraphe 1 - La portée juridique de la *kafala*

Compte tenu que la *kafala* n'est pas une adoption, elle ne confère pas le droit au nom généalogique ni au droit successoral, néanmoins elle constitue une institution proche de l'adoption. Pour certains, comme indiqué auparavant, c'est une adoption sans filiation¹⁹³. Cependant, et depuis un certain temps l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu un principe essentiel du droit de la famille algérien. Ce principe a évolué en raison des considérations relatives aux améliorations du bien-être de l'enfant.

La loi algérienne a en effet suscité un ensemble de conséquences juridiques dans l'intérêt de l'enfant *makfoul*, afin de permettre au *kafil* de demeurer concentré sur sa fonction parentale, tout en indiquant les critères nécessaires à cette fonction. Cet ensemble de droit et de devoirs est défini dans les articles 120, 121 et 122 du Code de la famille. L'un des effets le plus significatif est la concordance des noms avec l'autorité parentale. Ainsi, le *kafil* peut s'affilier l'enfant *makfoul* (A). Le *kafil* a totalement l'autorité parentale à l'égard de l'enfant *makfoul*, appelée en droit algérien *wilaya* (B). Le *kafil* peut entreprendre les actes de disposition en faveur du *makfoul* (C).

A- La *kafala* confère le nom à l'enfant *makfoul* sans filiation

L'article 120 du Code de la famille dispose que : « l'enfant recueilli doit garder sa filiation d'origine, s'il est de parents connus. Dans le cas contraire, c'est l'article 64 du Code de l'état civil qui doit être

¹⁹³ - Le Boursicot M-C., *La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation*. In : *Revue internationale interdisciplinaire, Droit et Cultures*, 2010, pp. 283-302

appliqué. L'article 64 du Code de l'état civil énonce que : « la demande de changement de nom peut également être faite, au nom et au bénéfice d'un enfant mineur né de père inconnu, par la personne l'ayant recueilli légalement dans le cadre de la «*Kafala*», en vue de faire concorder le nom patronymique de l'enfant recueilli avec celui de son tuteur.» Selon cet article, l'enfant *makfoul* sans filiation bénéficie du nom du *kafil* par le changement de son nom. C'est le cas de l'enfant né sous x ou de l'enfant trouvé. En revanche, si l'enfant a une filiation maternelle la mère de l'enfant abandonné doit, lorsqu' elle est connue et vivante, donner son accord en la forme d'acte authentique et cet acte doit accompagner la requête en demande de concordance de noms. La modification du nom est faite par le président du tribunal. Suivant l'article 64 déjà cité, le changement au profit de l'enfant est prononcé par le président du tribunal au moyen d'une ordonnance sur réquisition du procureur de la république qui est saisi par le ministère de la justice. Ensuite, l'ordonnance du changement de nom est transcrite en mention marginale sur les registres, notamment le livret de famille, l'acte et l'extrait d'acte d'état civil.

Une circulaire interministérielle signée conjointement le 17-01-1987 par le ministre de l'intérieur, le ministre de la justice et le ministre de la protection sociale a renforcé l'application de l'article 64 du Code de l'état civil pour les enfants trouvés ou abandonnés sous x.

Cependant, nous montrerons plus loin, comment quelques réticences ont freiné l'application du principe de la concordance de noms. La concordance de noms, permet une conformité, une analogie et une symétrie entre le nom du *kafil* et le nom du *makfoul* afin de créer une harmonisation dans la relation parentale, entre le *kafil* et l'enfant *makfoul*. Ce dernier n'est certes pas intégré dans l'arbre généalogique du *kafil*, puisqu'il n'est pas rattaché à l'ascendance ou a descendance du *kafil*. Cependant, il existe un rapport de rattachement particulier entre le *kafil* et le *makfoul*. Il s'agit en effet d'un

démembrement de la filiation puisque l'enfant bénéficie uniquement du nom du *kafil*

Il faut rappeler que la personne qui choisit de donner le nom à l'enfant *makfoul* est dans une logique totale d'adoption de type plénière. Bien que, la *kafala* prenne fin à la majorité de l'enfant *makfoul*, l'enfant *makfoul* gardera le nom du *kafil* toute sa vie. Il n'y a eu aucun cas où le *kafil* ait retiré son nom après la majorité de l'enfant *makfoul*. Toutefois, dans une espèce, un *kafil* ayant divorcé avec son épouse, a choisi de renoncer à la *kafala*, au profit de son épouse en procédant à l'abandon de la *kafala* et l'annulation de son nom¹⁹⁴. L'enfant *makfoul* sans filiation, né sous x, ou ayant fait l'objet d'abandon, est un enfant marginalisé, isolé, auquel la concordance des noms donne une insertion familiale et sociale quasi entière. Les bouleversements sociaux et l'ampleur du phénomène de la prise en charge des enfants abandonnés sans filiation, ont en effet contraint le législateur algérien à revoir les bases de la filiation. Néanmoins, la concordance des noms instituée en droit algérien, constitue en réalité, une timide réforme du nom, sans pour autant considéré sa révision comme un véritable bouleversement des règles de la filiation, puisque le législateur algérien demeure toujours conforme avec la *Charia* en matière de filiation.

B- La *kafala* confère la *wilaya* parentale (autorité parentale) totale au *kafil*

La *wilaya* est une institution du droit musulman, c'est une notion bien particulière, qui se caractérise par sa rigueur institutionnelle. Au sens large, elle comprend l'autorité, le pouvoir et la représentation.¹⁹⁵

¹⁹⁴ - Madame ADJALI REDAJH Nora, précise que : « lors d'un divorce, le tribunal ne se prononce pas sur le devenir de l'enfant ,alors que dans la majorité des cas , le couple signale qu'il a recueilli dans le cadre de la *kafala* un enfant privé de famille de la direction de l'action sociale. Le juge les dirige vers la DAS qui doit statuer sur l'avenir de cet enfant alors que nous parlons de protection de l'enfance, la convention des droits de l'enfant et le Code de la famille (articles 116 et 125). C'est le juge qui prononce la garde même de l'enfant *makfoul*, la *kafala* a créé un lien juridique avec des effets ». [...].REDAJH ADJALI N., Revue Ciddef, n° 25, juin 2009, p.31.

¹⁹⁵ - La notion du *wali* en droit musulman prend plusieurs significations, le juge est le *wali* pour la personne sans représentant légal lorsqu'elle en a besoin. Le préfet est *wali* de la préfecture dont il est responsable, ici la signification est plutôt la coercition et le pouvoir publique. Le père est le *wali* de la

En droit de la famille, elle désigne tout simplement l'autorité parentale. Le droit algérien ne définit pas la *wilaya* parentale. La doctrine définit la *wilaya* sur l'enfant comme étant une autorité dont le wali est investi¹⁹⁶, en effet, le chapitre IV du Code de la famille porte sur : « droits et obligations des deux conjoints.»

Selon l'article 36 du même Code, la mère et le père, sont obligés de contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur saine éducation. Dans tous les pays musulmans, le chef de la famille est le père. En principe, les obligations qui pèsent sur lui sont particulières et personnelles; il ne peut y renoncer et les faire passer à une autre personne. Il doit obligatoirement nourrir, habiller, loger et éduquer. Par conséquent, il est le premier et principal *wali* de ses enfants. C'est ce qu'énonce l'article 87 du Code de la famille : « le père est tuteur de ses enfants mineurs». C'est la notion de puissance paternelle où le père est seul détenteur de cette puissance.

Il est à noter que le principe de *puissance paternelle*, tel qu'il est issu du droit romain, n'est pas connu du droit de la famille algérien. Bien que le droit pénal algérien de 1966 ait utilisé l'expression «puissance paternelle» dans l'article 19 formulé en français (lorsqu'il parlait des mesures de sûretés envers le père condamné à une peine de prison); celui-ci est frappé de la déchéance de la puissance paternelle, comme s'il s'agissait d'une mesure de sûreté.

Or, le texte en arabe parle d'autorité parentale et non de *wilaya*. Encore une fois, la traduction de ce texte en français est inappropriée, puisqu'il transforme l'autorité parentale en arabe en puissance paternelle en français, ce qui a suscité des confusions chez certains.

femme lors du mariage, celui-ci prend une autre signification particulièrement de nos jours, symbolisant plutôt un soutien familial et moral qu'un pouvoir autoritaire. En droit musulman classique la *wilaya* sur l'enfant mineur est exercée par le père.

¹⁹⁶- HERNANE A., *La hadana* (dans ses rapports avec la puissance paternelle), Alger : OPU 1991, p.51

À ce propos Monsieur BENMELHA Ghaouti écrit: « la tutelle coexiste avec la puissance paternelle»¹⁹⁷. Madame AIT ZAI Nadia, affirme elle aussi «qu'il y a confusion 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»¹⁹⁸.

Il faut cependant préciser qu'il n'y a aucune confusion sur cette question, car le texte officiel est le texte en arabe; celui-ci emploie le terme «autorité parentale», par ailleurs le droit algérien ne contient aucune disposition spéciale sur la puissance paternelle. La traduction inadéquate a conduit le législateur algérien à supprimer purement et simplement cette disposition dans la loi du 20/12/2006 au lieu de rectifier la traduction¹⁹⁹. Cependant, si la *wilaya* semble un droit naturel pour les parents, elle n'est cependant pas un droit illimité et absolu. Elle ne s'exerce que dans l'intérêt de l'enfant. L'article 62 de la constitution algérienne n'a pas manqué de souligner que: « la loi sanctionne le devoir des parents dans l'éducation et la protection de leurs enfants».

Ainsi, la protection du mineur est affirmée par la loi fondamentale du pays²⁰⁰. Selon l'article 87 du Code de la famille modifié par l'ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005, la mère supplée le père en cas d'absence ou d'empêchement. Il peut également être déchu de cette *wilaya*, selon les règles établies par le nouveau Code de procédure civile et administrative algérien. Dès lors que la filiation de l'enfant est établie, les père et mère sont titulaires de la *wilaya parentale*. À la vue de leur

¹⁹⁷ - BENMELHA G., *op.cit*, p. 342

¹⁹⁸ - AIT ZAI N., *kafala quel contenu*. Revue Ciddef, n° 17, juin 2008 p.34

¹⁹⁹ - L'ancien article 19 du code pénal algérien modifié par la 06-23 du 20/12/2006: « ...la déchéance totale ou partielle de la puissance paternelle». Article actuel « l'interdiction d'exercer les droits civils et de famille ».

²⁰⁰ - Il faut cependant indiquer que le droit algérien charge aussi bien la mère que le père de l'éducation de leurs enfants de manière égale. Mais concernant, la tutelle de l'enfant, elle revient au père, en son absence, ou en cas d'empêchement à la mère. En cas de divorce, l'autorité parentale revient totalement au parent qui a la garde de l'enfant qui dans la majorité des cas est la mère.

statut de parent, force est de constater que la loi leur reconnaît, en effet une telle autorité.

Selon l'article 87 du Code de la famille, la *wilaya* s'ouvre de plein droit aux deux parents à la naissance de l'enfant, étant donné leur vocation première, naturelle, à assurer la protection et l'éducation de l'enfant. Cette fonction appartient aux père et mère en commun, à égalité proportionnelle suivant la fonction de chacun et leur est à eux seuls dévolue.

La fonction maternelle diffère de la fonction paternelle. S'agissant de la *wilaya* sur la personne de la mère sur son mineur, certains droits et obligations sont inhérents à la mère. C'est la fonction purement maternelle qui consiste principalement au droit et obligation de la *hadana*, c'est-à-dire l'obligation et le droit d'allaiter²⁰¹ et de couvrir l'enfant, de le garder et le surveiller. C'est principalement une fonction de matrice, de source nourricière. Avec la *hadana*, la mère représente, l'amour, l'abri, la sécurité, la protection, la chaleur, l'affection, la fusion.

Quant à la *wilaya du père* sur la personne du mineur, elle consiste en à la filiation : l'enfant porte le nom de son père. Elle consiste aussi, à le nourrir, l'entretenir et subvenir à ses besoins. En revanche, certains droits et obligations sont partagés à égalité entre la mère et le père ; c'est l'éducation, la protection, la surveillance de l'enfant mineur (Art.36 du Code de la famille déjà cité)

S'agissant de la *wilaya* sur les biens qui comprend principalement la tutelle, c'est-à-dire la représentation, la gestion et l'administration des biens de l'enfant mineur, certains juristes pensent qu'elle n'est pas partageable de par sa nature. Par conséquent elle revient principalement au père, en cas d'empêchement ou absence de celui-ci,

²⁰¹- En Islam, la mère est obligée d'allaiter son enfant pendant deux ans selon le verset du Coran : « *Et les mères, qui veulent donner un allaitement complet, allaiteront leurs enfants deux années entières* » Verset 233, sourate « *al baqara* » « vache ».

elle revient à la mère²⁰². Cette disposition relègue la femme algérienne à un rang inférieur, et constitue une discrimination à son égard²⁰³.

La *kafala* confère au *kafil* la *wilaya* parentale comme s'il était le père biologique; il a l'autorité parentale entière envers l'enfant *makfoul*. Monsieur BENMELHA Ghaoui précise que la *wilaya parentale* (autorité parentale) permet de qualifier la relation parentale entre le *kafil* et *makfoul*, au même titre que la relation parentale biologique²⁰⁴. La *wilaya* telle qu'elle est perçue en droit comprend deux aspects²⁰⁵ : la *wilaya* sur la personne du mineur (A) et la *wilaya* sur les biens du mineur (B). Mais également la responsabilité du *wali* pour les actes de l'enfant *makfoul* (3).

1-Wilaya sur la personne (*ala nafs*)²⁰⁶

La *wilaya sur la personne* est un attribut attaché à la *wilaya* comme autorité parentale. Selon la doctrine, la *wilaya sur la personne*²⁰⁷s'applique au gouvernement de la personne,²⁰⁸ le *wali* est donc tenu de veiller sur le mineur. Il doit subvenir aux besoins multiples de l'enfant, c'est-à-dire à subvenir tant à ses besoins

²⁰²- Cette disposition est celle du rite malikite répandu dans le nord de l'Afrique. Selon ce rite la tutelle s'ouvre de plein droit à la naissance de l'enfant. Voir COLOMER A., La tutelle des mineurs en droit musulman algérien (loi du 11 juillet 1957). In :Revue internationale comparée, année 1960, vol.12, numéro1, p.177

²⁰³- L'Algérie a ratifié la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en 1996 mais a émis des réserves substantielles sur la convention précisément sur l'article 15.1 de la Convention qui stipule explicitement que : « Les États Parties à la Convention reconnaissent à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi et l'article 2 oblige les États qui ont ratifié la Convention « à prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes ». Mais également sur l'article 16 de la Convention qui stipule que : « la femme a Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant - leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale».

²⁰⁴- BEN MELHA G., *op.cit*, p. 173

²⁰⁵- Le Code de la famille algérien n'a pas traité de ces deux aspects. C'est le nouveau code de procédure civile et administrative de 2008 qui mentionne ces deux termes en indiquant la procédure de déchéance et le retrait de la *wilaya* sur la personne du mineur et sur ses biens sans donner une définition à leurs connotations.

²⁰⁶- *Al nafs* a une notion philosophique bien particulière en droit musulman, à celle du *nafs* en droit de la famille. *Al nafs* en droit musulman est une infrastructure d'une personne qui parvient à se connaître dans sa qualité personnelle individuelle. C'est un composite entre l'âme et l'esprit.

²⁰⁷- BENMELHA G., Droit de la famille, doctrine et jurisprudence, (ouvrages en arabe), Alger OPU, 2005 p. 159

²⁰⁸- BENMELHA G., Le droit algérien de la famille, *op.cit.*, p. 342

physiologique et matériels, qu'à ses besoins éducatifs et affectifs²⁰⁹. Les plus communs étant nourrir l'enfant *makfoul*, l'habiller, l'éduquer, l'élever et le loger, tout en lui portant protection, assistance et aide. Il s'agit en évidence, de tout ce qui est nécessaire suivant les usages et les coutumes²¹⁰. C'est tout simplement l'obligation d'entretien dont les parents sont tenus envers leurs enfants. En droit musulman c'est le terme «*nafaka*» qui est la traduction de l'obligation d'entretien,²¹¹ et couvre de multiples charges. Le *kafil* au même titre que le parent biologique doit entretenir l'enfant *makfoul* à proportion de ses ressources. Cet ensemble d'obligations constitue les droits de l'enfant *makfoul* envers son *kafil*²¹².

Comme il a été indiqué auparavant, le droit de la famille algérien renvoie aux sources du droit musulman en cas d'insuffisances dans la loi. Sur cette question, le juge doit, en effet se référer aux principes du droit musulman relatifs à la *wilaya*. Dans le droit musulman, les parents ont incontestablement un devoir religieux d'entretien, d'éducation et de protection de l'enfant, même s'ils ne sont que des parents de substitution.

Le droit algérien reconnaît l'existence de l'obligation d'entretien en faveur de l'enfant *makfoul*. De toute évidence, la loi offre à l'enfant *makfoul* l'action contre le *kafil* pour obtenir son droit à l'entretien. La question de la *wilaya* sur la personne renvoie nécessairement au

²⁰⁹- L'enfant *makfoul* comme tout enfant a des besoins indépendants de la satisfaction des besoins de boire, de manger et de s'habiller. La *kafala* n'est pas qu'une prise en charge physique et matérielle par le *kafil* envers son enfant *makfoul*, mais également une prise en charge affective et éducative, le *kafil* doit en tant que mère ou père assurer le bien être affectif et psychologique de l'enfant *makfoul*. Cependant l'enfant *makfoul* est un enfant abandonné et, en tant que tel, il présente des besoins affectifs singuliers, la mère ou père *kafil* doit apporter cette sécurité affective qui se fera de jour en jour selon un cheminement personnel du *kafil*.

²¹⁰- BENMELHA Ghaouti précise que : « le quantum de l'obligation est déterminé à l'aide de deux critères: les besoins du créancier d'aliments, d'une part, les ressources du débiteur alimentaire d'autre part. Un troisième élément peut également intervenir : la prise en considération des usages.». Le droit algérien de la famille, *Ibid.*, p.271

²¹¹- Terme retenu par le droit algérien dans le texte arabe.

²¹²- AKKACHA M., *Les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant*. In : Revue de la science juridique, économique et politique, n°01,2000. Voir aussi BAADJI M., *Les droits patrimoniaux de l'enfant*, Magister, université Alger,1999.

principe de la protection de l'enfance et aux traités internationaux relatifs aux droits de l'enfant ratifiés par la l'Algérie.

Conformément aux principes proclamés par la déclaration universelle des droits de l'Homme et par la déclaration universelle des droits de l'enfant, la charge de protéger et éduquer incombe aussi à l'État, qui doit veiller sur la prise en charge des enfants, assurer leur protection, et effectuer des contrôles. Une telle protection doit être conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé, de l'entretien et de l'éducation, que ce soit au sein de la famille biologique, ou au sein de la famille de substitution.

2- Wilaya sur les biens (*ala mal*)

La *wilaya* sur les biens est le gouvernement des biens de l'enfant *makfoul* ; elle vise la gestion de ses biens,²¹³ elle confère au *kafil* en tant que « *wali* » la représentation du *makfoul* dans tous les actes de la vie civile, où il n'a pas le droit de s'abstenir. Cet aspect est réglementé par le droit. L'article 88 du Code de la famille dispose que : « le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille, au mieux de l'intérêt de celui-ci. Il est responsable au regard du droit commun ». Ainsi, le *wali* en tant que tuteur, qu'il soit père biologique ou *kafil*, doit au mieux gérer le patrimoine de son enfant.

La gestion des biens propres du mineur *makfoul* est, avant tout, l'administration légale de ses biens jusqu'à la majorité. Elle constitue un attribut de l'autorité parentale. Bien sûr celle-ci s'ouvre lorsque le mineur a des biens personnels nécessitant une gestion. Il est interdit au *wali* d'accomplir des actes qui dépouillent le mineur²¹⁴. Il doit au

²¹³-BENMELHA G., Le droit algérien de la famille, *op.cit.*, p.161

²¹⁴- En droit musulman, le père (*wali*) jouit d'un traitement particulier, il a une autorité totale sur les biens de son enfant, il peut disposer de ces biens librement sans qu'il ait besoin de demander une autorisation du juge, le hadith du prophète dit que « l'enfant et ses biens appartiennent au père ». Le droit de la famille algérien n'a pas suivi cette règle.

contraire assurer l'emploi de ces biens de la manière la plus sûre, et la plus avantageuse pour le mineur.

Le *kafil* en tant que *wali* a des pouvoirs d'actes d'administration courante, l'autorisation du juge étant nécessaire pour les actes graves. Selon l'article 88 sus cité, le tuteur doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants : vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction : vente de biens meubles d'importance particulière, engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation, location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure à trois années, ou dépassant sa majorité d'une année. Les actes du *wali* sont envisagés et justifiés par la nécessité et l'intérêt de l'enfant ; dans ce domaine, le juge exerce un droit de contrôle. L'article 89 du Code de la famille, précise cette disposition en édictant: « le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur sous réserve, que la vente ait lieu aux enchères publiques.» Si le juge estime que les actes envisagés sont défavorables aux intérêts du mineur, ou qu'il n'y a pas nécessité de les entreprendre, il exerce son rôle de protection en les interdisant.

En revanche, si le titulaire de l'administration légale, envisage de passer un acte susceptible de faire naître une opposition entre son intérêt et celui du pupille, selon l'article 90 du Code de la famille, un administrateur *ad hoc* est nommé d'office par le juge, ou à la demande d'une personne y ayant intérêt. Le rôle de cet administrateur *ad hoc* se limitera à la passation de l'acte. Toutes ces règles qui concernent les droits et devoirs du *wali* s'appliquent à tous les *walis* sans qu'il y ait lieu de distinguer entre le cas où le *wali* est mère ou père biologique, ou bien mère ou père *kafil*.

3- La responsabilité du *kafil* du fait des actes de l'enfant *makfoul*

Le *kafil* a également le droit et l'obligation de garde et de surveillance sur l'enfant *makfoul* mineur, l'article 134 du Code civil

algérien dispose que : « quiconque est tenu, en vertu de la loi ou d'une convention, d'exercer la surveillance sur une personne qui, à raison de sa minorité ou de son état mental ou physique, a besoin d'être surveillée, est obligé de réparer le dommage que cette personne a causé à un tiers par son acte dommageable. 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»²¹⁵. La garde de l'enfant et sa surveillance sont indissociables, elles incombent au *kafil* de plein droit, car en vertu de son engagement de prendre en charge l'enfant *makfoul*,²¹⁶ il devient le responsable aux yeux de la loi. Il s'agit là pour lui d'être vigilant et attentif envers l'enfant *makfoul*, notamment de contrôler ses relations en dehors de la communauté. Il doit également éviter que l'enfant ne cause par son fait un dommage à autrui. Le manquement à ces deux obligations, entraîne la responsabilité civile du *kafil*.

Comme il a été indiqué ci-dessus, le code de la famille oblige les parents à contribuer conjointement à la protection des enfants et à leur saine éducation. C'est dans le chapitre relatif aux effets du divorce qu'est définie la garde des enfants (Art.62 du Code de la famille). Or l'obligation de garde et de surveillance des enfants mineurs par les parents fait l'objet d'une disposition du Code civil. S'agissant du conjoint du *kafil*, il est de toute évidence responsable des actes de

²¹⁵- Auparavant l'article 135 disposait que : « 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 ». Cet article a été abrogé par la loi n°05-10 du 20/06/2005 désormais, c'est l'article 134 qui fonde la responsabilité des parents envers leurs enfants mineurs. L'ancien article 134 rédigé en vertu de l'ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 était rédigé comme suit : « quiconque est tenu, en vertu de la loi ou d'une convention, d'exercer la surveillance sur une personne qui, à raison de sa minorité ou de son état mental ou physique, a besoin d'être surveillée, est obligé de réparer le dommage que cette personne cause à un tiers par son acte dommageable. Cette obligation existe quand bien même l'auteur de l'acte dommageable serait privé de discernement ». Cette situation a été critiquée fortement par la doctrine car elle exige la cohabitation des deux parents, ce qui a mis en difficulté l'application de cette responsabilité en cas de divorce ou de désaccord entre les parents ou dans le cas où le père est tout simplement absent. TERKI N., Les obligations responsabilité civile et régime générale, Alger : OPU, 1982, p.102.

²¹⁶- HANIFI L., *La responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs dans le cas du divorce*. In : Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n°3, 1994, p.61

l'enfant *makfoul*, car la loi impose aux deux parents la protection et la garde de l'enfant *kafil*.

C- Les actes de disposition en faveur du *makfoul*

Le système juridique algérien en matière d'héritage provient des textes coraniques qui ne prêtent à aucune équivoque,²¹⁷ elles ont un caractère impératif et d'ordre public, on ne peut y déroger. Sur cette question, le droit algérien est encore sous l'influence forte de la *Charia*. Les héritiers sont désignés par la loi, et ne peuvent être désignés par le défunt. L'article 126 du Code de la famille désigne les bases de la vocation héréditaire qui sont la parenté et la qualité de conjoint²¹⁸. Quant à l'enfant né d'une relation hors mariage, il hérite, comme indiqué précédemment, de sa mère²¹⁹.

En Islam, le droit des successions a pour objectif de transmettre des biens laissés par une personne décédée à une ou plusieurs personnes (les héritiers) après sa mort.²²⁰ Le prophète Mohamed a dit: « mieux vaud laisser tes héritiers dans l'aisance, que de les laisser dans le dénuement »²²¹. Il incite les parents à laisser des biens à leurs enfants afin d'éviter de devenir une charge pour la société. Ces biens désignent les fortunes et richesses²²². Il n'est pas possible de

²¹⁷ - Le droit successoral en droit musulman est un droit voulu par Dieu et non fonder par la volonté humaine. MILLIOT L., *op.cit*, p. 451

²¹⁸ - La base de vocation d'héritage en islam est le lien familial consanguin issu d'une relation légitime, et la qualité de l'époux.

²¹⁹ - Il n'y a pas de disposition spécifique en droit de la famille algérien prévoyant le droit successoral de l'enfant né hors mariage. Cependant, un consensus chez les jurisconsultes musulmans lui accorde ce droit.

²²⁰ - L'article 180 du Code de la famille dispose qu'à défaut d'héritiers réservataires (art .144 du Code de la famille) ou universels (art.150 du Code de la famille), la succession revient aux héritiers cognats (art .168 du Code de la famille). À défaut de ces derniers la succession échoit au trésor public.

²²¹ - Celui qui a des héritiers ne peut tester en faveur d'autrui qu'à concurrence du tiers de sa fortune. Selon Ibn Abbas, Saad ben Wakas demanda au Prophète (salut et bénédiction sur lui) : « Est ce que je peux léguer les deux tiers de ma fortune ? Le prophète répondit : Non. La moitié de ma fortune ? Non plus ! dit le Prophète. Alors le tiers ? C'est un peu trop ! Mieux vaud laisser tes héritiers dans l'aisance, que de les laisser dans le dénuement. « (*Mousslim & Al Boukhari*). »

²²² - En droit français, la succession est la transmission par voie légale du patrimoine laissé par une personne décédée à une ou plusieurs personnes (les héritiers). Ce patrimoine inclut aussi bien les actifs que les passifs, dettes ou taxes dues par le défunt. Le terme succession désigne aussi l'ensemble des biens dévolus aux héritiers. La succession peut être acceptée purement et simplement (obligation de régler les dettes s'il y en a), refusée ou acceptée sous bénéfice d'inventaire (dans ce cas, les dettes ne sont dues qu'à hauteur de l'actif disponible).

transmettre les dettes,²²³ l'ouverture de la succession ne se faisant qu'après apurement de toutes les dettes et obligations du défunt²²⁴.

Selon l'article 180 du Code de la famille sont prélevés de la succession : 1- Les frais de funérailles, et d'inhumation dans les limites admises ; 2- Le paiement des dettes dûment établies à la charge du *cujus* ; 3- Les biens objets d'un legs valable.

Toutefois, il est permis de faire un legs testamentaire à des non successibles. Pour certains juristes musulmans, ce legs, dans certains cas, devient obligatoire²²⁵. Si le droit successoral n'est envisagé que dans le cadre de la parenté légale, le testament, lui, est envisagé même en l'absence de parenté, et même entre personnes étrangères de confessions différentes (Art. 200 du Code de la famille). Il faut cependant, souligner qu'en droit musulman, le legs testamentaire ne concerne que celui qui n'hérite pas²²⁶. Le testament tel qu'il est perçu en droit musulman, ²²⁷ consiste à charger quelqu'un de régler une dette ou un litige, ou de veiller sur des enfants mineurs jusqu'à leur majorité. Il peut également s'agir d'un legs au bénéfice d'une personne quelconque insusceptible d'hériter. Le testament portant sur un legs, ne peut excéder le tiers car l'islam vise également la protection des intérêts des autres héritiers.

Ainsi, le droit musulman accorde à l'individu le droit de léguer ses biens, par testament, en faveur d'une personne n'ayant pas vocation

²²³- Le principe est qu'en islam chacun a son propre patrimoine.

²²⁴- Le verset du Coran « La vache *'el baqara'* » II/180 énonce explicitement que les héritiers ne partagent entre eux les biens du défunt qu'après avoir soustrait ce qu'il avait légué par testament et les dettes qu'il avait contractées. Ainsi, une règle générale, incontestable en droit musulman précise qu'il n'y a héritage qu'après paiement de toutes les dettes du défunt.

²²⁵- Ces juristes estiment en effet qu'une personne est tenue de faire un legs à ses proches ou à des fondations caritatives, en particulier lorsque ces proches sont de proches parents qui n'ont néanmoins pas droit à la succession.

²²⁶- L'unique condition pour que le legs testamentaire soit valable est que le bénéficiaire ne soit pas un héritier. Selon un hadith du Prophète, il est dit que : « Dieu a donné son dû à chacun. En conséquence, pas de legs pour l'héritier. » Dès lors que Dieu a révélé le verset de la succession, il n'était plus possible de faire un legs à un héritier.

²²⁷- L'islam a institué le testament : le verset 106 de la sourate « *al maida* » (la table) dispose que : « *Ô Croyants ! Lorsque la mort se présente à l'un de vous, au moment du testament, prenez à témoin deux hommes intègres parmi vous...* ».

héréditaire et ce, jusqu'à concurrence du tiers seulement de son patrimoine. Comme indiqué auparavant, le testament est admis uniquement en faveur de ceux qui n'ont pas le droit d'hériter d'un défunt, car les héritiers héritent systématiquement la fortune résiduelle, de leur défunt selon les proportions prescrites par la loi, pour laisser à l'individu la possibilité de rétablir la justice, dans le cas où la règle normale causerait un tort, et en même temps empêcher le cumul des richesses entre les mains d'un petit nombre (les héritiers)²²⁸.

Le testament en droit musulman prend une place plus considérable que le droit successoral lui-même;²²⁹ il s'exécute avant même, l'ouverture de la succession des héritiers. Le testament en droit algérien est conforme au droit musulman.

A titre de comparaison, il convient de souligner que la notion du testament en droit algérien diffère complètement de celle consacrée par le droit français. C'est ainsi que l'article 895 du Code civil français définit le testament comme étant: « ...un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens ou de ses droits et qu'il peut révoquer ».

Le « testament » est donc, un document écrit par lequel une personne décide de la manière dont ses biens seront distribués après son décès. Ses dernières volontés peuvent résulter soit d'un acte authentique, soit d'un acte sous seing privé.

Le testament en droit algérien est un acte par lequel une personne s'engage envers une autre, dans une intention purement libérale « à titre gratuit » visant un transfert de bien n'excédant pas le tiers de ces biens, pour le temps où elle n'existera plus.

²²⁸- Dans la philosophie de l'islam, il est prescrit la circulation des fortunes entre des mains aussi nombreuses que possible tout en tenant compte des intérêts de la famille du défunt.

²²⁹ - Selon la Sourate 2, la Vache, *Al-Baqara*, verset 180, il est dit que : « *On vous a prescrit, quand la mort est proche de l'un de vous et que vous laissez des biens, de faire un testament en règle en faveur de vos père et mère et de vos proches parents. C'est un devoir pour les pieux.* »

Concernant le droit de l'enfant recueilli en *kafala*, il ne peut prétendre à un droit de succession pour cause d'absence de « filiation ». Cependant, des alternatives prévues dans le droit algérien visent à éviter la rigueur et l'inflexibilité des textes de succession, pour mieux protéger les intérêts de l'enfant *makfoul*; le *kafil* selon l'article 123 du code de la famille peut faire un legs (1) ou un don à l'enfant *makfoul*(2).

1- Le legs testamentaire en faveur de l'enfant *makfoul* (*alwassiya*)

Rappelons que selon l'article 775 du Code civil algérien renvoie au code de la famille pour la détermination des règles régissant le testament. En, conséquence, c'est le code de la famille qui définit le testament dans son article 184, aux termes duquel : « le testament est l'acte par lequel une personne transfère un bien à titre gratuit pour le temps où elle n'existera plus ».

Le legs testamentaire est donc un acte unilatéral, œuvre de la volonté unique de celui de qui il émane. Celui-ci transmet de son vivant, à titre gratuit un ou plusieurs de ses biens, mais ce legs ne prendra effet, qu'à son décès. Selon l'article 190 du Code la famille algérien, les biens susceptibles d'être légués sont uniquement des biens dont le testateur est propriétaire, ou qu'il est appelé à posséder avant son décès en toute propriété, ou sur lesquels il exerce un usufruit. La cour Suprême algérienne reprend fidèlement cette définition dans ses différents arrêts ; elle considère, en effet, le testament comme étant un acte de libéralité, qui s'exécute après le décès de son auteur²³⁰ .

Le droit algérien autorise ainsi le *kafil* à faire un legs au profit de l'enfant *makfoul*. Selon l'article 123 du Code de la famille, le *kafil* peut léguer par testament, mais uniquement le tiers de ses biens, à l'enfant *makfoul*, au delà de ce tiers, la disposition testamentaire est nulle, et de nul effet, sauf consentement des héritiers.

²³⁰- Cour Suprême, Chambre statut personnel, arrêt du 02/05/1995, non publié.

Aux termes de l'article 185 du Code de la famille, les dispositions testamentaires ne peuvent, en effet excéder la limite du tiers du patrimoine. Et en cas de dépassement du tiers, le testament est nul et ne s'exécute que si les héritiers y consentent. Le testament, ne prend effet, qu'après le décès de son auteur. Pour rendre le testament valide entre le *kafil* et le *makfoul*, il faut une déclaration du testateur par devant notaire qui en établit un acte authentique, ou un jugement visé en marge de l'acte original de propriété en cas de force majeure (Art. 191 du Code de la famille). Selon l'article 186 du même code, le testateur doit être en pleine possession de ses facultés mentales, et majeur, c'est-à-dire, être âgé de dix neuf ans (19) au moins.

Le *kafil* voulant assurer à son enfant *makfoul* une situation matérielle plus ou moins confortable après son décès, peut faire ce testament qui ne doit pas excéder le tiers sa fortune. L'inconvénient de cette disposition, réside dans l'incertitude de la quantification de cette part, car si elle est déterminée et appréciée au moment de la rédaction du legs testamentaire, elle ne le sera plus après le décès du testateur, parce que d'une part le testateur aura usé de sa fortune, et d'autre part une augmentation du nombre des héritiers par les naissances à titre d'exemple, diminuera la quotité testamentaire disponible. En revanche et, dans le cas contraire, le testament sera avantageux pour l'enfant *makfoul*.

Par ailleurs, le testament peut porter sur un usufruit indéterminé. Selon l'article 196 du Code de la famille, l'usufruit est considéré comme un droit viager ; il autorise son titulaire, non seulement à user librement du bien, mais de plus, à en percevoir les fruits durant toute sa vie. Il s'éteindra au décès de l'enfant *makfoul*. Le décès de l'usufruitier (enfant *makfoul*) avant l'arrivée du terme, est une cause d'extinction de ce droit. Pour mieux préserver les droit de l'enfant *makfoul*, l'usufruitier permettra à l'enfant *makfoul* d'user directement de son droit toute sa vie au plus tard jusqu'à son décès. Toutefois, le

testateur a la faculté de révoquer son testament au profit de l'enfant *makfoul*.

En effet, le testament selon l'article 192 du Code de la famille est explicitement ou implicitement révocable²³¹. S'agissant de la révocation explicite du testament, elle doit résulter d'une déclaration faite dans les mêmes formes prévues pour sa validation. L'article 201 du même Code, dispose que : « le testament devient caduc, lorsque le légataire meurt avant le testateur, ou bien lorsque le légataire renonce au legs.

2- La donation (*el hiba*)

Le droit de la famille algérien a prévu également la donation (*el hiba*) pour pallier aux effets de l'interdiction de l'adoption. Le *kafil* peut donc faire une donation de ses biens à l'enfant *makfoul*, dans la limite du tiers conformément à l'article 123 du Code de la famille. L'article 202 du même Code dispose que la : « la donation est le transfert à autrui de la propriété d'un bien à titre gratuit »²³². Comme pour tout contrat, la donation suppose, pour être valable, la capacité du donateur et du donataire et leurs consentements réciproques. L'article 203 dispose que le donateur doit être en pleine possession de ses facultés mentales, âgé d'au moins dix neuf ans (19) et non interdit. Selon l'article 204 du Code de la famille, si la donation intervient au cours d'une maladie ayant entraîné la mort du donateur, ou pendant une maladie grave, ou que le donateur se trouve en situation dangereuse, elle sera tenue pour legs testamentaire. Selon l'article 206, le contrat de donation se forme par l'offre et l'acceptation²³³. S'agissant de la donation d'un immeuble, le contrat doit observer les dispositions spéciales de l'ordonnance relative

²³¹ - La mise en gage de l'objet légué n'entraîne pas la révocation du testament (Art. 193 du Code de la famille).

²³² - L'article 202 du Code de la famille algérien dispose que le donateur peut exiger du donataire de la donation l'accomplissement d'une condition qui rend la donation définitive.

²³³ - Une donation est un contrat par lequel une personne appelé donateur transmet gratuitement un droit réel de son patrimoine à une autre personne appelée donataire. Le contrat de donation suppose deux volontés celle du donateur et du donataire.

à l'organisation du notariat;²³⁴ le contrat doit, sous peine de nullité, être passé devant notaire.

Il convient à cet égard de mettre en évidence une caractéristique du droit algérien qui est le bilinguisme juridique dont les conséquences pour le moins négatives, se révèlent avec acuité au sujet de la donation consentie au profit de l'enfant recueilli dans le cadre de la *kafala*. En effet, comme l'affirme Madame Lahlou- Khiair Ghenima : « Il est essentiel sur ce point, de souligner un décalage entre le texte de l'article 123 du Code de la famille libellé en français et son énoncé en arabe. L'article 123 du Code de la famille affirme: « L'attributaire du droit de recueil légal peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant recueilli. Au delà de ce tiers, la disposition testamentaire est nulle et de nul effet sauf consentement des héritiers ». Nous relèverons une certaine imprécision ou même maladresse dans la rédaction de la première phrase de cette disposition qui laisserait entendre, que la donation est consentie dans la limite du tiers des biens du titulaire du recueil légal, au même titre que le testament.

Nous noterons cependant et avec soulagement, qu'une telle interprétation est mise en échec, par la suite de l'article 123 qui édicte la nullité de la disposition testamentaire excédant le tiers des biens du kafil, sauf ratification par les héritiers de ce dernier, écartant ainsi clairement une possible remise en cause de la donation dont l'objet dépasse les limites de ce tiers.

Cette règle s'inscrit tout à fait dans le régime juridique de ces deux institutions que sont, le testament et la donation. A cet égard, l'article 185 du code de la famille précise que « les dispositions testamentaires ne peuvent excéder la limite du tiers du patrimoine. L'excédent du tiers du patrimoine du disposant ne s'exécute que si les héritiers y consentent. » Par ailleurs, en vertu de l'alinéa premier de l'article 205

²³⁴- Loi n°06-02 du 20 février 2006 portant organisation de la profession du notaire, ainsi que la loi n°88-14 du 03/05/1988 modifiant et complétant l'ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil.

du Code de la famille : « La donation peut porter sur tout ou partie des biens du donateur. »

En revanche, l'article 123 dans sa version en langue arabe, édicte: « Le *kafil* peut léguer ou faire don de ses biens au *makfoul* dans la limite du tiers, s'il consent un legs ou une donation dépassant cette limite, l'excédant du tiers est nul, sauf si les héritiers y consentent» .

La différence entre les deux versions de l'article 123 du Code de la famille, va au-delà de la forme, elle traduit l'existence et la cohabitation de deux règles juridiques opposées dont l'application risque de mener à un traitement différencié de l'intérêt de l'enfant recueilli.

Le libellé de l'article 123 en arabe nous interroge sur sa cohésion ainsi que sur sa conformité avec notre droit des libéralités pris dans son ensemble²³⁵ .

Il est vrai, que cette disposition (texte en arabe), limite la donation du *kafil* au *makfoul* au tiers du patrimoine du *kafil*. Cette limitation de la donation au tiers du patrimoine dans la *kafala* au profit de l'enfant *makfoul*, est infondée et abusive car conformément à l'article 205 du Code de la famille, la donation peut porter sur tout, ou une partie des biens du donateur. Or, cette disposition limitative est valable pour le legs testamentaire comme il a été indiqué auparavant ; son application en matière de donation, n'a pas de sens et limiter la donation au tiers, n'a aucun fondement juridique, et va à l'encontre de la loi et de la volonté du donateur. Et constitue de surcroît une véritable discrimination à l'égard de l'enfant *makfoul*.

Dans une espèce, concernant une contestation émanant des héritiers du *kafil* du legs testamentaire au profit du *makfoul*, la cour Suprême a affirmé que :²³⁶ « le *kafil* peut faire un testament ou faire donation de ses biens à l'enfant *makfoul* dans la limite du tiers, en

²³⁵ Lahlou –Khiar (Gh), *op. cit.* p.216.

²³⁶ Cour Suprême, Chambre de statut personnel, Aff.620402, Arrêt du 12/05/2011. In : Revue de la cour Suprême, n°02, 2011

l'occurrence, le contrat de donation effectuée entre le *kafil* et le *makfoul*, est un acte de libéralité. Dans le cas présent, le *kafil* a légué tous ses biens à l'enfant *makfoul*. Les héritiers du *kafil*, peuvent contester la donation portant sur tous les biens du *kafil*.

Cette donation est soumise à l'article 123 du Code de la famille, qui dispose que : « le *kafil* peut léguer ou faire un don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant *makfoul*. Par conséquent l'article 205 du Code de la famille qui dispose que : « La donation peut porter sur tout ou une partie des bien du donateur » ne s'applique pas dès lors qu'il s'agit de *kafala* ». Si toutefois, le droit algérien, dans ce cas précis, a voulu protéger les autres héritiers en leur permettant de ratifier le dépassement du tiers au profit de l'enfant *makfoul*,²³⁷ en dehors de la *kafala* et de manière générale, le *kafil* (donateur) dispose de l'intégralité de ses biens, et peut dépouiller complètement ses héritiers de l'héritage. Cette décision a fait l'objet de vives critiques, notamment de la part de Madame Lahlou-Khiar Ghenima ²³⁸ qui reproche aux juges d'avoir fait une application littérale du texte, sans prendre le temps de s'interroger sur la volonté du législateur. Elle affirme en outre qu' : « Il ne faut pas non plus perdre de vue la position du droit musulman en la matière, la doctrine ayant opéré une nette distinction entre le legs qui doit être fait dans la limite du tiers et la donation à laquelle aucune limite n'est imposée »²³⁹.

²³⁷ - Dans la pratique l'administration des domaines rejette les donations faites aux enfants par *kafala* car en général, elles dépassent le tiers.

²³⁸ DENDANI(D) : Droit de filiation, adoption et *kafala* ; Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et sociales 1993, n°4, p.787.

²³⁹ Lahlou-Khiar (GH), *op.cit.* p 218 . Selon cet auteur : « Il est regrettable que l'assimilation entre le *makfoul* et l'enfant biologique, que le *kafil*, sur la base de la définition même de la *kafala*, souhaiterait entière, soit juridiquement amputée et cela sans justification aucune. En effet, rien n'empêche les tribunaux d'entériner une donation dépassant le tiers du patrimoine de l'attributaire du recueil légal, puisqu'il est admis que deux éléments seulement distinguent la *kafala* de l'adoption : la filiation et le droit à l'héritage. Comment justifier alors cette discrimination de l'enfant recueilli par rapport non seulement aux autres enfants, mais aussi et plus généralement par rapport aux autres citoyens ? Une telle position ne constitue-t-elle pas une violation du principe constitutionnel selon lequel : « Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, ... » Dès lors, les dispositions relatives au contrat de donation, tout comme celles régissant le testament, devraient s'appliquer sans discrimination à tous les citoyens et A fortiori, à tous les enfants,

En outre, et c'est là un élément essentiel, l'article 123 du code de la famille dans son énoncé en langue arabe, crée une discrimination à l'encontre du *makfoul*. Il est considéré comme un citoyen de seconde zone, auquel on dénie le droit de devenir donataire de son *kafil*, contrairement à tout autre citoyen algérien et à une personne totalement étrangère à ce dernier.

Cette jurisprudence conduit à faire un constat douloureux : elle confirme l'état d'infériorité juridique dans lequel l'enfant *makfoul* est maintenu. »

Par ailleurs, la donation comme moyen de substitution aux effets de l'adoption dans laquelle le *kafil* de son vivant transfère ses biens à l'enfant *makfoul* dans la limite du tiers présente pour le *kafil* un inconvénient considérable, puisqu'il réalise sa dépossession immédiate, ce qui présente une menace d'appauvrissement pour lui. Or, la volonté du *kafil* n'est pas de se voir dessaisi immédiatement, mais plutôt, de transmettre à l'enfant *makfoul* ses biens, après sa mort. Cependant, il faut souligner que dans la pratique, les moyens ne semblent pas manquer aux *kafils* pour atteindre leur objectif « d'assurer la situation matérielle de l'enfant *makfoul*, après la mort, » un grand nombre de *kafils* évitent le testament ou la donation, et choisissent de mettre les biens acquis directement au nom de l'enfant *makfoul*.

Pragraphe2- La kafala, une institution de parentalité particulière

Il faut rappeler que la *kafala* juridique en droit algérien, s'inscrit dans une dynamique multiculturelle de prise en charge de l'enfance,

de filiation connue ou non, légitimes ou recueillis dans le cadre de la *kafala*. La pratique judiciaire rappelée ci-dessus, représente, de notre point de vue, le symbole de la discrimination pour cause de naissance, ce qui, au-delà de son caractère anticonstitutionnel, est absolument insupportable pour tout esprit empreint de justice.

Il est permis de s'interroger sur le sort réservé à l'intérêt supérieur de l'enfant, pierre angulaire de la convention sur les droits de l'enfant. N'est-il pas bafoué par des magistrats, pourtant garants de son respect et qui disposent d'instruments juridiques pour ce faire? »

désignant un ensemble d'institutions sociales de protection de l'enfance représentée toutes, dans la *kafala*. La *kafala* offre, en effet un panorama des pratiques sociales, dans le domaine de la protection de l'enfance. Pour l'enfant abandonné sans filiation, elle est purement et simplement une adoption. Pour l'orphelin sans famille, elle constitue une quasi adoption. Dans d'autres cas, elle est une institution d'aide intrafamiliale. Enfin, elle peut être une institution de famille d'accueil pour l'enfance en difficulté, ce qui a conduit à bien des contradictions entre la réalité et le droit, et a suscité des problèmes de compréhension de la *kafala* en droit Français.

Il faut rappeler également que la *kafala* ne fait pas rompre le lien de filiation, elle ne crée pas la relation de parenté juridique comme celle de l'adoption. Néanmoins, en formant un assemblage d'éléments (fonctions parentales et relation interpersonnelle), elle engendre une parentalité juridique et sociale. Ce concept de parentalité peut sembler insaisissable sur son fondement en comparaison avec le lien de parenté habituel.

Toutefois, le *kafil* recueille l'enfant *makfoul* comme il est, ne le prive pas de son histoire et de son passé, ne le dépossède pas de son nom et de sa filiation. En conséquence, la parentalité de la *kafala* redéfinit la parenté consanguine telle qu'elle est établie par le droit; fondée sur des structures inaliénables, c'est-à-dire la bilinéarité de la filiation à la fois de l'homme et la femme. C'est toujours une relation qui découle de la reproduction sexuée des « genres », ainsi que la pérennité du lien établi, de ses effets (le nom et le droit successoral), et de tout ce qui est en rapport avec le lignage. Car, en dépit du caractère exclusif de la famille nucléaire biologique en droit algérien, la famille dans notre société peut revêtir des formes diverses.

Outre la famille nucléaire, elle peut se présenter actuellement, sous les formes suivantes: la famille monoparentale, les unions familiales

élargies telles que les familles polygames, les familles recomposées et la famille *kafila*.

Ainsi, si la *kafala* restructure et redéfinit les fondations de la parentalité, le droit algérien donne une place juridique au *kafil* qui, par une volonté unilatérale, a décidé de répondre de la fonction parentale. Il en résulte qu'il valorise l'établissement volontaire de ce lien, en attribuant l'entière autorité parentale au *kafil*. Cette nouvelle forme de parentalité a fait émerger plusieurs formes de filiations inédites. Pour la *kafala* d'enfants nés sous x, ou d'enfants né hors mariage, où la mère renonce à la filiation en attribuant à l'enfant *makfoul* le nom du *kafil*, la filiation engendrée est une filiation identique sans lignage et hérédité (A). Pour la *kafala* intrafamiliale ou quasi adoptive, la filiation est conjugquée (B). La *kafala* d'un enfant connu et abandonné par ses parents engendre une filiation sociale légale (C).

A- La filiation identique sans caractère biologique

La filiation en droit algérien est considérée exclusivement du côté mâle²⁴⁰ et obéit, comme indiqué précédemment, aux règles du droit musulman. La filiation en *Islam* est un concept sacré, mais également complexe et compliqué.²⁴¹ Il comporte uniquement les ascendants et descendants géniteurs males de la même famille, c'est-à-dire de la procréation de l'enfant par ses parents.

En revanche, la *kafala* ne crée pas cette filiation, le *kafil* n'est donc pas juridiquement considéré comme un géniteur par substitution. Par ailleurs, la filiation par *kafala*, ne résulte pas, de la transmission de la

²⁴⁰ - L'article 2 du Code de la famille algérien affirme que la famille est la cellule de base de la société et se compose de personnes unies par les liens du mariage et par les liens de parenté; la parenté est fondée sur *e-nasab* (filiation), *musahara* (alliance) et *ridâa* (parenté de lait). En effet, le système de filiation est patrilinéaire, c'est-à-dire agnatique; la transmission de la filiation passe par le père, l'enfant a une légitimité seulement à l'égard du père. Voir BARRAUD E., « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Droit et cultures* [Online], 59 | 2010-1, mise en ligne le 06 Juillet 2010, consulté le 21 August 2012. URL : <http://droitcultures.revues.org/2118>

²⁴¹ Voir HAMES C., *La filiation généalogique (nasab) dans la société d'Ibn Khaldoun*. In : *Revue l'Homme*, 1987, Vol. 27, n°102, p.99

filiation et de ses effets, comme celle qui résulte de l'adoption en droit français.

La filiation par concordance des noms pour l'enfant sans filiation a en effet, donné naissance à une nouvelle forme de filiation. Elle n'est pas liée à la lignée biologique du *kafil*, comme il se présente dans le cas dans l'adoption plénière, où l'enfant adopté s'inscrit dans la filiation de l'adoptant, cependant, c'est une filiation identique à la filiation du *kafil* et formera désormais, la première généalogie de l'enfant *makfoul*. Il faut dire que le droit algérien a recherché à travers la filiation identique et concordante une complaisance avec la filiation du *kafil*, pour pallier aux effets de l'interdiction de l'adoption. Pourtant, cette complaisance inusitée peut paraître compliquée et difficile à comprendre, à l'égard de la filiation telle qu'elle est perçue, par le droit.

Même si les effets juridiques de la *kafala* restent au regard des juristes insuffisants pour l'enfant sans filiation, elle souscrit tout de même à la modification de l'état juridique de l'enfant *makfoul* et attribue au *kafil* les droits et les devoirs procédant de l'autorité parentale et partant, de l'obligation d'entretien de l'enfant.

Il est toutefois nécessaire, de souligner que l'Islam connaît une forme de filiation sans lien de consanguinité, entre l'enfant et son parent : c'est l'adoption par allaitement précédemment évoquée. L'allaitement suscite la parenté par le lait entre la nourrice, sa famille et l'enfant allaité. Le droit algérien reconnaît cette forme de parenté, l'article 24 du Code de la famille, indique les empêchements absolus au mariage; il dispose que : « les empêchements absolus au mariage légal sont : la parenté ; l'alliance; l'allaitement.»

L'article 27 du code de la famille désigne quant à lui, les empêchements au mariage en raison de l'allaitement : « l'allaitement vaut prohibition par parenté pour toute les femmes.» De toute évidence, il s'agit bien d'une parenté incontestable qui peut être envisageable pour l'enfant sans filiation. Aussi, malgré ce qui est toujours affirmé, à

savoir que l'Islam interdit l'adoption, il n'interdit jamais un usage humain et généreux tendant à octroyer à l'enfant une parenté de « substitution », particulièrement lorsque l'intérêt social l'exige. C'est pourquoi l'Islam renforce la notion de parenté par le lait; en l'encadrant et en lui consacrant un statut juridique à partir duquel on peut pratiquer une adoption véritable, naturelle et compatible avec les exigences des rapports sociaux. Ainsi, une femme peut aisément adopter un enfant en lui octroyant cette maternité par le lait.

L'allaitement produira une parenté entre l'allaitante et l'allaité, mère-enfant, et devient en même temps l'enfant de son mari au moment de l'allaitement, le frère de ses enfants, le neveu du frère de cette allaitante, et, à l'égard de son père et de sa mère, il est leur petit-fils par le lait. L'allaitement doit se faire par le lait naturel de l'allaitante, c'est-à-dire des tétées données par le sein.

Toutefois, les jurisconsultes musulmans valident la transmission du lait de la femme à l'enfant par d'autres moyens, cuillère, verre, biberon, à condition que l'enfant absorbe par la bouche, le lait.

B- La filiation conjugquée

La filiation conjugquée est la filiation de la *kafala* intrafamiliale. Cette filiation est bien singulière, car elle renvoie à une conjugaison d'éléments biologiques, juridiques et sociaux s'articulant de manière complexe et variée, selon les normes, les valeurs mais aussi en fonction des situations particulières. Ainsi elle génère une forme de filiation composée, tout en gardant la filiation originelle.

De toute évidence, la filiation de l'enfant *makfoul*, s'inscrit dans la même filiation biologique que le *kafil*. La coutume en Algérie autorise, nous l'avons vu, la circulation de l'enfant entre plusieurs familles

constituant un seul cercle familial²⁴². Dans cette coutume la famille biologique n'est pas seule à mener l'éducation de l'enfant, elle fait partie d'un groupe familial composé de grands parents, tantes, cousins qui contribuent tous aux projets de l'éducation de l'enfant. Toutefois, pour une raison ou une autre, le parent le plus engagé sera, juridiquement réaffirmé. C'est une coutume familiale ancestrale formalisée par la *kafala* juridique. L'enfant est placé volontairement par ses propres parents, dans une autre famille.

L'enfant *makfoul* a le même nom généalogique et peut prétendre à un droit de succession es qualités; en l'absence d'héritier direct du *kafil*, il peut devenir le seul successeur. Si toutefois le *kafil* a des héritiers, il peut léguer le tiers de sa fortune à l'enfant *makfoul*, conformément au legs testamentaire. Le *kafil* membre de la famille est désigné comme le parent, il a l'autorité parentale et prend en charge l'éducation, l'entretien de l'enfant *makfoul*. C'est généralement, le cas de la *kafala* du neveu ou de la nièce ou d'un enfant de tante ou de cousin²⁴³.

La filiation générée par l'adoption telle qu'elle est perçue en droit français, désigne le rapport de famille qui lie un individu à une ou deux personnes. Elle vise le rattachement exclusif de l'enfant à sa famille, et concentre l'ensemble des fonctions parentales sur celle-ci. Or, la *kafala* intrafamiliale ne vise nullement ce rattachement exclusif dans les fonctions parentales. Les fonctions parentales sont partagées entre les parents biologiques et le *kafil* issu de la même famille. Les parents biologiques ne sont pas déchus de leurs droits envers l'enfant, mais par le biais de la *kafala*, ils ont consenti au partage de la parenté.

Au regard de la loi, le *kafil* a l'autorité parentale et peut légalement percevoir les allocations familiales, et autres avantages habituellement

²⁴² - BARRAUD E., « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *L'Année du Maghreb* [En ligne], IV | 2008, mis en ligne le 01 octobre 2011, consulté le 21 août 2012. URL : <http://anneemaghreb.revues.org/476> ; DOI : 10.4000/année Maghreb.476.

²⁴³ -Monsieur BENMELHA Ghaouti , précise que: « Le lien parental et familial s'exprime par le fait que les membres de la famille sont unis entre eux par une solidarité nécessaire profondément inscrite au cœur de l'homme, même de façon théorique. Le droit algérien de la famille, *op.cit* , p.281.

réservés aux seuls parents biologiques. Cette forme de prise en charge de l'enfant est en effet confuse et complexe, dans la mesure où il n'y a pas de déchéance de l'autorité parentale, ni de délégation. Il ne s'agit pas non plus d'enfants abandonnés ou d'enfants en difficultés.

C-La filiation sociale légalement consacrée

En général, la *kafala* d'un enfant de filiation connue, s'inscrit dans un parcours de prise en charge gratuite de l'éducation et de l'entretien de l'enfance en difficulté ou de l'enfance nécessiteuse. En tenant compte de cet aspect, la filiation engendrée dans ce cas est une filiation sociale reconnue juridiquement. Dans ce cas de figure, les parents biologiques ont cédé l'autorité parentale au *kafil*.

Le *kafil* accueillant l'enfant *makfoul* a l'autorité parentale, et est désigné comme le parent social de l'enfant *makfoul*, qui réside chez lui. Il est juridiquement et socialement responsable, de sa protection, de son l'entretien et de son l'éducation, ainsi que des divers actes de la vie quotidienne.

Cette filiation sociale est fondée avant tout sur le lien affectif qui se construit progressivement, grâce à l'attachement sentimental fort qui se crée entre le *kafil* et le *makfoul*. Cet attachement prendra de l'ampleur au fil du temps, car la famille d'accueil fournira une base sécurisante à la vie de l'enfant recueilli. Le *kafil* est, à cet égard, assimilé aux parents biologiques; la loi l'oblige à nourrir, entretenir, élever et protéger l'enfant *makfoul*: c'est purement et simplement l'obligation alimentaire faite par la loi aux parents par le sang. Le *kafil* est tenu d'honorer ses obligations envers l'enfant *makfoul*, à défaut, il engage sa responsabilité es qualité.

En intégrant le *kafil*, le droit lui permet de prendre toute sa place en tant que mère ou père dans la société. Même si dans ce cas, la *kafala* résulte d'un acte volontaire unilatéral du *kafil*, il n'en demeure pas moins que, celui-ci est soumis à la loi qui détermine ses droits et

obligations. L'enfant *makfoul* jouit des mêmes droits envers son *kafil* que l'enfant légitime, le *kafil* exécute ses obligations « au même titre que le ferait un père pour son fils ». Cette forme de *kafala* correspond à la famille d'accueil en droit français.

Paragraphe 3 - Les droits de l'enfant *makfoul*

Quelle que soit la fonction de la *kafala*, une fois établie, elle confère des droits à l'enfant *makfoul* envers son *kafil*. L'enfant *makfoul* jouit des mêmes droits relatifs à son entretien, à son éducation et à sa protection que n'importe quel enfant. Le *kafil* est tenu de l'obligation de prendre en charge l'entretien l'éducation et la protection de l'enfant *makfoul* dans son logement familial. Compte tenu de cet engagement parental, l'enfant *makfoul* est créancier de l'obligation d'entretien envers le débiteur, le *kafil*(A). Pour bien remplir cette obligation, le *kafil* perçoit les prestations familiales et scolaires(B).

A- Le *makfoul* créancier de l'obligation d'entretien

De toute évidence, la loi impose au *kafil* l'obligation d'entretien, d'éducation et de protection de l'enfant *makfoul*. Selon l'article 118 du Code de la famille précédemment évoqué, cette obligation recouvre tous les besoins fondamentaux du *makfoul* (hébergement, nourriture, habillement, scolarisation, surveillance, soins de santé etc.). Le *kafil* doit garantir un certain niveau de vie. Cette obligation parentale se retrouve universellement institutionnalisée.

En effet, l'obligation d'entretien est inhérente à l'autorité parentale du *kafil*, elle est au cœur de la relation parentale. L'enfant *makfoul* est créancier de cette obligation envers le *kafil* débiteur. Il ne s'agit pas d'une obligation purement alimentaire; le *kafil* débiteur de cette obligation a la charge de nourrir mais, également celui d'élever et d'éduquer l'enfant. Il s'agit davantage d'une « obligation de faire », qu'une « obligation de donner », c'est-à-dire de payer une charge pécuniaire». Cette obligation existe indépendamment de la situation financière tant

du débiteur que du créancier. De toute évidence, l'enfant *makfoul* est en droit de revendiquer l'exercice de cette obligation. La question qui se pose, est de savoir si l'enfant *makfoul* en tant que mineur pourrait, agir en justice individuellement contre le *kafil* ? Cette question est sans doute controversée. Le principe d'incapacité d'un mineur à agir en justice voudrait que l'enfant mineur ne puisse introduire d'action en justice, que s'il est représenté par son représentant légal. En l'espèce, c'est contre le *kafil* que l'enfant *makfoul* doit agir. Le droit algérien n'a prévu aucune disposition spéciale concernant cette question particulière, et qui demeure toujours problématique.

B- Les prestations familiales et scolaires

Les prestations familiales et scolaires désignent les prestations en espèces que les institutions de protection sociale versent à leurs bénéficiaires. Cette aide universelle gouvernementale attribué au *kafil* recueillant l'enfant *makfoul* est prescrite par l'article 121 du Code de la famille qui dispose que : « le recueil légal confère à son bénéficiaire, la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales que pour l'enfant légitime ». Pour bénéficier de ces prestations familiales et scolaires, il faut avoir un enfant à charge âgé de moins de 18 ans²⁴⁴.

Ces prestations sont un soutien financier aux enfants jusqu'à leur majorité. L'enfant *makfoul* bénéficie de ces prestations, au même titre que l'enfant légitime. Si l'enfant *makfoul* est un enfant handicapé atteint d'un handicap physique ou mental, un supplément est versé pour aider le *kafil* à assumer la garde, les soins et l'éducation du

²⁴⁴ - Art. 67 de la loi relative à l'assurance sociales n°83-11 du 02/07/1983 dispose que : « - Par ayants-droit, on entend : 2° - les enfants à charge, au sens de la réglementation de sécurité sociale, et âgés de moins de dix-huit (18) ans. Sont également considérés comme enfants à charge : - les enfants de moins de 21 ans pour lesquels il a été passé un contrat d'apprentissage prévoyant une rémunération inférieure à la moitié du salaire national minimum garanti; - les enfants de moins de 21 ans qui poursuivent leurs études ; en cas de traitement médical débutant avant l'âge de 21 ans, la condition d'âge ne peut être opposée avant la fin du traitement ; - les personnes du sexe féminin, sans revenu, quel que soit leur âge ; - les enfants, quel que soit leur âge, qui sont, par suite d'infirmité ou de maladie chronique, dans l'impossibilité permanente d'exercer une activité rémunérée quelconque. Sont réputés conserver la qualité d'ayants-droit, les enfants qui, remplissant les conditions d'âge requises, ont dû interrompre leur apprentissage ou leurs études en raison de leur état de santé ».

makfoul handicapé. Le montant de la prestation est le même pour tout enfant reconnu, handicapé (Art.67 de la loi relative aux assurances sociales). En effet, si selon les dispositions de la sécurité sociale, la notion de charge d'enfant est indépendante du lien de filiation, les allocations familiales ne sont pas soumises à une condition de parenté, toutefois elles sont octroyées à la personne qui assume la fonction parentale.

Le *kafil* assumant la fonction parentale effective et permanente jusqu'à l'âge de la majorité de l'enfant *makfoul*, devient allocataire de ces prestations familiales, et, c'est en effet, en tant que parent qu'il en bénéficie.

Section sixième-La fin de la *kafala*

La particularité de la *kafala* est qu'elle est limitée dans le temps et peut être révocable à tout moment. Le caractère défini dans le temps de la *kafala* et sa révocabilité détournent l'institution de la *kafala*, de sa véritable mission, qui en principe est indissociable de l'intérêt de l'enfant *makfoul*. La fin de la *kafala* et sa révocabilité constituent l'une de ses grandes insuffisances.

Le droit algérien n'évoque aucun motif grave ou fondé pour mettre fin à la *kafala* par les protagonistes. Le droit algérien permet au *kafil* de manière unilatérale de mettre fin à la *kafala*. Il soumet cependant la fin de la *kafala*, à une procédure judiciaire ordinaire. L'article 124 du code de la famille algérien prévoit que les parents du *makfoul*, peuvent demander le retour de l'enfant sous leur tutelle (paragraphe 1). L'article 125 prévoit que le *kafil* peut demander l'abandon de la *kafala* (paragraphe 2). Le même article prévoit que le décès du *kafil* met fin à la *kafala* à moins que les héritiers du *kafil* s'engagent à l'assurer (paragraphe 3).

Paragraphe 1 - La demande de révocation

L'article 124 du Code de la famille dispose que: « si le père et la mère ou l'un d'eux demande la réintégration sous leur tutelle de l'enfant recueilli, il appartient à celui-ci, s'il est en âge de discernement, d'opter pour le retour ou non chez ses parents. Il ne peut être remis que sur autorisation du juge compte tenu de l'intérêt de l'enfant recueilli, si celui-ci n'est pas en âge de discernement». Selon l'article 125 du Code de la famille : « l'action en abandon du recueil légal doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribuée, après notification au ministère public .En cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Dans le cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance».

L'article 494 du Code de procédure civile et administrative énonce également que: « la demande aux fins de la *kafala* est instruite en chambre de conseil, après avis du ministère public». L'article 496 du même Code dispose que : « l'action aux fins de révocation ou d'abandon de la *kafala* est introduite selon les règles de procédures». Ainsi, la révocation de la *kafala* se fait par les parents de l'enfant *makfoul*, mais également par la direction de l'assistance sociale (A). La procédure de la demande de fin de la *kafala* est introduite devant le tribunal (B). Le décès du *kafil* met fin à la *kafala*(C). La *kafala* cesse de produire ses effets lorsqu'elle est révoquée(D).

A-Révocation et abandon

La révocation de la *kafala* signifie que le demandeur de la révocation décide d'anéantir la *kafala* en retirant les pouvoirs parentaux du *kafil*. La demande de révocation de la *kafala* peut être faite par les deux parents ou l'un des deux de l'enfant *makfoul* lorsque celui-ci est de filiation connue. Elle peut émaner de la direction de l'assistance sociale lorsque l'enfant est sans filiation, de fait, mais il est très rare que la direction de l'assistance sociale demande la révocation.

Par contre, l'abandon est considéré comme un acte de renonciation par le *kafil* de son droit parental envers l'enfant *makfoul*. Dans ce cas, le *kafil* demande officiellement de se soustraire à ses droits et obligations (autorité parentale) auxquels il est tenu légalement en vertu de la *kafala*, à l'égard de l'enfant *makfoul*. Selon madame Lahlou- khiair Ghenima ; « cette révocabilité unilatérale du lien de la *kafala* a des conséquences graves. Le retour de l'enfant privé de famille vers son institution de placement publique, pour le moins traumatisant, est en rupture totale avec son intérêt supérieur prôné par ailleurs dans les textes juridiques tant internes qu'internationaux.

Aussi, tout devrait être mis en œuvre pour que l'abandon de la *kafala* ne soit envisagée et envisageable que lorsque seul l'intérêt de l'enfant l'imposerait. Là encore, le juge est investi d'une mission hautement importante pour le devenir de l'enfant. Il ne doit pas se cantonner à un rôle de technicien du droit, se contentant de prendre acte de la volonté du *kafil* de mettre un terme à la *kafala*, comme s'il s'agissait de se séparer d'un objet devenu encombrant. Il est urgent que les autorités se saisissent de ce problème et proposent des solutions à même de réduire au maximum cette révocation. Aussi, avant de faire droit à la demande du *kafil* et de prononcer la révocation de la *kafala*, le juge devrait tout mettre en œuvre pour tenter de comprendre les raisons qui l'ont poussé à solliciter la révocation de la *kafala*.

Comme les parents ne peuvent abandonner à leur gré leur enfant biologique, il devrait en être de même pour l'enfant recueilli ; le traumatisme engendré par une telle attitude étant similaire dans les deux cas : c'est la vie de l'enfant qui bascule irrémédiablement »²⁴⁵.

Toutefois, comme indiqué ci-dessus, l'avis de l'enfant *makfoul* est pris en considération en cas de révocation lorsqu'il est en âge de discernement. Dans ce cas, il revient à l'enfant *makfoul* de décider de retourner ou non, chez ses parents ou à la direction de l'assistance

²⁴⁵ Lahlou- Khiair (GH) : *op.cit.* p .218.

sociale. Le juge doit également s'assurer de l'intérêt de l'enfant *makfoul* et enquêter avant de décider si l'enfant *makfoul* doit retourner ou non chez ses parents ou à la direction de l'assistance sociale.

B- La procédure de la demande de révocation ou d'abandon de la *kafala*

La demande de révocation ou d'abandon de la *kafala* est introduite par une action selon les règles de procédure judiciaire ordinaire. L'action judiciaire (article 13 du Code de procédure civile et administrative), est une instance qui obéit aux règles de la procédure en matière contentieuse. Il s'agit d'une requête introduite introductive d'instance, d'une procédure contradictoire, faisant intervenir un demandeur et un défendeur. La requête introductive doit comprendre un exposé sommaire des faits, et des moyens au soutien de l'action (Art.14 du Code de procédure civile et administrative). Conformément à cette disposition, le demandeur de la révocation ou de l'abandon est obligé de fonder sa demande, même si le droit de la famille algérien n'indique pas les motifs de révocation ou d'abandon, car chaque action est basée sur un intérêt. Dans ce cas le demandeur doit justifier son intérêt à révoquer ou abandonner la *kafala*.

L'affaire en vue de révocation ou d'abandon de la *kafala* est instruite et débattue en chambre du conseil, après avis du ministère public. Le jugement est prononcé en audience publique. C'est ce qu'affirment les articles 494 et 496 du même code sus cités en disposant que la demande aux fins de la *kafala* est instruite en chambre de conseil à huis clos, après avis et réquisitions du ministère public.

La chambre de conseil est composée du juge du siège spécialisé en droit de la famille ou du président du tribunal, chargé d'instruire l'affaire; elle fonctionne à huis clos. Le juge devra prendre en considération l'ensemble des formalités et actions intervenant avant de rendre le jugement relatif à la révocation ou à l'abandon.

Contrairement à l'ordonnance gracieuse qui est prononcée hors la présence du public, le jugement statuant sur la révocation ou l'abandon est rendu publiquement (Art. 272 du Code de procédure civile et administrative); le juge prononce un jugement dûment motivé. La loi (Art. 277 du Code de procédure civile et administrative), exige que le jugement soit motivé en fait et en droit et qu'il vise les textes appliqués. C'est pourquoi, il est indispensable que la demande de révocation ou d'abandon soit motivée; que le demandeur justifie son action, sinon le juge peut aisément rejeter sa demande et par conséquent la *kafala* sera maintenue et continuera à produire ses effets, entre le *kafil* et l'enfant *makfoul*. Néanmoins, l'élément nouveau introduit dans le Code de procédure civile et administratif de 2008, est que la décision d'annulation de la *kafala* rendue par le tribunal peut faire l'objet d'un appel. En effet, cette disposition est nouvelle.

L'article 496 alinéa 2 du Code de procédure civile et administrative précise que : «l'appel de ce jugement est formé comme en matière ordinaire». Selon cette disposition, l'annulation de la *kafala* est rendue par un jugement du tribunal de première instance. Il ne s'agira plus d'un jugement gracieux, mais d'un jugement contentieux, car dans cette hypothèse, il vise à trancher un véritable litige entre les parties. La chambre des affaires familiales de la cour statuant en appel sera saisie du dossier en seconde instance. Elle sera chargée de réexaminer l'affaire pour ensuite statuer sur le point à savoir s'il faut maintenir la décision d'abandon, ou l'annuler. Si la cour d'appel infirme la décision d'annulation de la *kafala*, la *kafala* est maintenue au profit du *makfoul*.

C- Le décès du *kafil*

De toute évidence, le décès de l'enfant *makfoul* fait cesser la *kafala*. Le *makfoul* n'est pas considéré comme héritier, puisque la *kafala* ne crée pas de lien de filiation qui permet l'accès au droit successoral entre les deux. Il faut rappeler que la *kafala* est un acte unilatéral visant à prendre en charge l'éducation et l'entretien de

l'enfant, le décès du *kafil* met fin à cette obligation. Bien que le législateur algérien ait tenté d'aménager cette situation, elle représente encore l'une des plus importantes carences de la *kafala*. En effet, l'article 125 du Code de la famille énonce que : «...En cas de décès le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance».

L'article 497 du Code de procédure civile et administrative dispose que : « les héritiers sont tenus, au décès du *kafil*, d'en informer, sans délai, le juge aux affaires familiales qui a rendu la décision ordonnant la *kafala*. Le juge doit réunir dans le mois qui suit, les héritiers pour les entendre sur le maintien de la *kafala*. Si les héritiers s'engagent à l'assurer, le juge désigne l'héritier auquel elle est dévolue. En cas de refus, le juge met fin à la *kafala* dans les mêmes formes que celles prévues pour son attribution».

Le droit algérien vise donc à protéger les intérêts de l'enfant *makfoul*, oblige les héritiers à informer du décès du *kafil* immédiatement le juge aux affaires familiales, qui a rendu la décision de la *kafala*. Le juge doit se réunir avec les héritiers, dans le mois qui suit le décès du *kafil* pour trancher sur le maintien ou non de la *kafala* par l'un des héritiers du *kafil*. La *kafala* en cas de décès du *kafil* se transmet aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. L'article 125 déjà cité du Code de la famille transfère le droit de recueil de l'enfant *makfoul*, aux héritiers du *kafil* à la condition que ces derniers manifestent leur consentement de garantir la prise en charge de l'enfant *makfoul*. Dans ce cas, le juge désignera un seul héritier auquel le recueil légal sera confié. De toute évidence, l'époux du *kafil* est l'héritier, le plus engagé à accepter la *kafala*. À cet effet, le *kafil* peut laisser un testament stipulant que la *kafala* reviendra à son époux après son décès, les héritiers devront respecter la volonté du *kafil* décédé.

Cette disposition particulière, fait référence de manière implicite à la *kafala*, comme un droit qui se transmet aux héritiers. Le transfert de ce droit aux héritiers, est bien sur affecté d'une condition résolutoire. Le renoncement des héritiers à la *kafala* (clause résolutoire) entraîne, en effet la fin de la *kafala*. Le juge mettra fin à la *kafala* dans les mêmes conditions que celles prévues pour son attribution; dans ce cas une ordonnance gracieuse est rendue par le juge mettant fin à la *kafala* pour cause de décès du *kafil*; et qui peut faire l'objet d'un appel.

D- La cessation des effets de la *kafala*

L'annulation de la *kafala* entraîne la cessation des effets de la *kafala*. Les effets juridiques de la *kafala* sont, nous l'avons vu, la concordance de noms pour l'enfant *makfoul* sans filiation et l'autorité parentale. S'agissant de l'enfant avec filiation, la révocation de la *kafala* cesse de produire ses effets dès qu'elle est prononcée. La révocation fait cesser, en effet pour l'avenir, tous les effets de la *kafala*, dès lors que le jugement la prononçant, est passé en force de chose jugée. Il faut rappeler que le jugement de révocation peut être frappé d'appel devant la cour statuant en appel, aux fins de faire réformer ou annuler le jugement du tribunal (Art.332 du Code de procédure civile et administratif).

Le droit d'appel appartient à toute personne partie au procès en première instance, ou à ses ayants droits (Art.335 du Code de procédure civile et administratif). Le droit de faire appel appartient ainsi aux parents, au *kafil*, aux héritiers du *kafil*, à la direction de l'assistance sociale, et même au ministère public, partie principale de l'action conformément à l'article 3 du Code de la famille, déjà mentionné. Si la révocation de la *kafala*, ne pose aucun problème pour l'enfant avec filiation, puisque dans ce cas l'enfant retourne chez ses parents, la révocation de la *kafala* de l'enfant sans filiation, pose au contraire, un problème, d'abord pour le nom. Le nom qui marque l'appartenance à une famille est acquis par la *kafala* mais le droit

algérien ne dit rien sur l'immutabilité du nom conféré par la kafala. Théoriquement, l'enfant *makfoul* se verra retirer le nom du *kafil*. Selon l'abandon ou la révocation, il est possible de retirer le nom concordant à l'enfant *makfoul*. Cependant, il est aisé au juge de ne pas accepter automatiquement, le changement du nom de l'enfant, si cela n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Le *kafil* doit prouver que ce changement de nom est dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, l'enfant ne s'identifiera pas au *kafil* et désire changer de nom. Dans le cas contraire, l'enfant gardera le nom sans que cela puisse altérer la demande de révocation de la *kafala*.

S'agissant de l'autorité parentale, la révocation de la *kafala* mettra fin à l'autorité parentale. Le *kafil* n'ayant plus l'autorité parentale, n'aura plus aucun droit, et ne conserve aucune obligation envers l'enfant *makfoul*. Comme nous l'avons déjà précisé, le jugement prononçant la fin de la *kafala* n'est exécutoire qu'à partir du moment où il passe en force de la chose jugée. Il acquiert la force d'exécution, après épuisement des voies de recours ordinaires (Art. 600 du Code de procédure civile et administrative).

L'exécution du jugement entraîne le retour de l'enfant sans filiation à la direction de l'assistance sociale. Le dernier alinéa de l'article 125 du Code de la famille indique (texte français), que la garde de l'enfant est attribuée à l'institution compétente en matière d'assistance. Cependant, le texte en arabe, dispose que le juge mettra l'enfant à la disposition de l'institution compétente en matière d'assistance, et ne mentionne nullement le mot garde qui a une signification particulière en droit de la famille, comme nous le montrerons ultérieurement. La direction de l'assistance publique se chargera en effet, de procéder au placement de l'enfant dans une autre famille, selon les mêmes règles précitées.

Chapitre II- Les insuffisances et lacunes de la *kafala*

Malgré la consécration en droit algérien de la protection de l'enfant abandonné par le procédé de la *kafala* qui à cet égard est une solution appréciable, il en demeure pas moins que le droit algérien devrait évoluer, pour être en phase avec la réalité de la société puisque la *kafala* a la même vocation humaine et familiale, que l'adoption. Il est notoirement avéré que la *kafala* constitue une institution juridique insuffisante, tant pour l'enfant *makfoul*, que pour la personne qui s'est engagée à prendre en charge cet enfant. Elle est également lacunaire dans la mesure où elle entend se substituer à l'adoption de type plénière.

La *kafala* se caractérise par l'exclusion de certains droits inhérents à la qualité du *kafil*, et de l'enfant *makfoul*. Cette situation place tout simplement l'enfant *makfoul*, mais encore le *kafil* en situation inférieure par rapport à l'enfant au regard de ses parents légitimes. Dans le droit algérien l'enfant légitime a plus de droits, qu'un enfant *makfoul*. Aussi, le parent légitime a davantage de droit, que parent *kafil*; ce qui forme une ségrégation : des discriminations sur les questions de filiation, de donation, de pension alimentaire, de divorce et décès du *kafil*. Le souci du droit algérien de la famille, comme indiqué précédemment, est d'être conforme à la morale de la *Charia*, or certaines questions ayant trait à l'intérêt de l'enfant sont essentielles pour sa protection juridique. Il est en effet acquis, que de nos jours, les enfants ne peuvent vivre sans couverture juridique, ceci est d'autant plus vrai s'agissant de l'enfant abandonné et sans filiation. Ce souci apparaît contradictoire de notre point de vue, car il met le droit algérien, notamment pour les gestions des affaires familiales, en décalage par rapport à la morale que l'on peut dégager des droits de l'homme, puisque le principe admis par tous consiste à dire et à croire que le

droit est égalitaire, voire équitable et efficace. Au regard du respect de ce principe et afin de pallier aux insuffisances et lacunes de la règle juridique, le rôle la jurisprudence de la cour Suprême algérienne, ne devrait en aucun cas se limiter essentiellement à l'application et à l'interprétation de cette règle ; elle se doit encore de suppléer cette règle. Car, et à l'exception de quelques décisions très timides, son rôle est resté très faible en matière de *kafala*. Son rôle se définit parfois par l'opposition et n'apporte pas d'éléments suffisamment constructifs, puisque dans l'espèce citée précédemment, elle a limité la donation entre le *kafil* et le *makfoul* aux tiers.

Il serait impératif de clarifier dans cette étude, en premier lieu les lacunes de la *kafala*, notamment en matière de la filiation, afin de répondre à notre questionnement et de définir quel est le statut de l'enfant *makfoul* sans généalogie. Il est également indispensable de relever les lacunes de la *kafala*, afin de comprendre quel est le sort réservé à l'enfant *makfoul* en cas de révocation de la *kafala*, de décès ou divorce du *kafil* ? Quel est le statut du conjoint du *kafil* lorsque l'enfant est accueilli par un couple marié ? Quel est le fondement juridique de la limitation de la donation au tiers des biens ? Enfin, qu'en est-il concrètement dans la pratique, de l'autorité parentale des parents biologiques de l'enfant *makfoul* ?

Pour chacune des questions étudiées, nous examinerons en filigrane, les lacunes et les insuffisances de la *kafala* à l'égard de l'enfant *makfoul*, comme nous tenterons de la façon la plus objective d'y apporter les réponses juridiques, pour la filiation de l'enfant sans généalogie (1ere section), ainsi que pour les parents biologiques et le *kafil* (2eme section).

Section première-Les insuffisances et lacunes à l'égard de l'enfant *makfoul*

L'enjeu principal pour l'enfant abandonné consiste à trouver un cadre réglementaire harmonieux, pour le protéger et lui permettre une insertion positive au sein de sa famille et de la société. Le *kafil* dans beaucoup de cas, sans enfant, accueille l'enfant *makfoul* sans filiation pour en faire un véritable fils ou fille; il accomplit le rôle de parent parfaitement car les devoirs du *kafil* sont les mêmes devoirs que les parents biologiques. Cependant, au lieu de renforcer cette relation dans l'intérêt de l'enfant, le droit algérien l'a, au contraire, mise en péril lorsqu'il s'agit d'enfant abandonné sans filiation, puisque la loi interdit la création de la filiation, malgré l'existence du décret relatif à la concordance des noms qui est insuffisamment appliqué et demeure de surcroît confus.

Certains aspects particulièrement préjudiciables à l'enfant recueilli, au titulaire du droit de recueil légal ou aux deux simultanément, méritent d'être analysés très précisément. Il s'agit de la question de la concordance des noms (paragraphe 1), la révocabilité de la *kafala* (paragraphe 2), le décès et le divorce du *kafil* (paragraphe 3), ainsi que la majorité du *makfoul* (paragraphe 4).

Paragraphe 1 - Concordance de noms : intégration ou subterfuge ?

Si l'enfant *makfoul* n'a pas de filiation, deux prénoms lui sont attribués, le dernier lui servant de nom patronymique. Lorsqu'il est pris en *kafala*, le *kafil* lui attribue son nom. Cette attribution de nom appelée concordance de noms, conformément au décret exécutif du 13 janvier 1992 déjà cité, permet à l'enfant *makfoul* d'obtenir le nom de la famille d'accueil sur les registres, actes et extraits d'acte civil avec la mention marginale «*enfant makfoul*». Cependant, le 28 août 1994, le ministère de l'intérieur et des collectivités locales a transmis une circulaire à l'attention des présidents des assemblés populaires et communaux, leur signifiant l'interdiction de porter l'enfant *makfoul* sur le livret de famille. Ainsi, entre le décret exécutif de 1992 et la circulaire de 1994, l'incohérence persiste, et les familles *kafilates* restent tiraillées

entre les deux textes. Cette circulaire a entraîné un ralentissement dans l'évolution du concept de la *kafala*, par conséquent beaucoup de familles se sont vu refuser la transcription de l'enfant *makfoul* sur leur livret de famille, malgré une ordonnance du juge signifiant cette transcription. Mettant ainsi les parents *kafils* dans des difficultés, face tant à l'administration, que face à l'enfant *makfoul*, qui se sent étranger à sa famille. Cette situation contraire à la loi, a soulevé un mouvement de protestation afin de dénoncer ce fait injuste en contradiction avec l'intérêt de l'enfant, d'autant que cette circulaire n'a aucune valeur légale, et que seul un décret pourrait modifier la règle selon le principe du parallélisme des formes²⁴⁶.

Parmi ces voix, citons Madame Aït Zai Nadia, présidente du centre d'information et de documentation sur les droits de l'enfant et de la femme en Algérie (CIDDEF), qui considère qu'il n'y a aucune raison qui justifie le refus d'inscription de l'enfant adopté dans le livret de famille, à partir du moment où il y a eu préalablement une inscription par jugement dans lequel le *kafil* se porte garant. Elle estime que les textes de lois, doivent être également revus en faveur de la protection des enfants²⁴⁷.

Madame PROVOST Lucie précise de son côté (dans son intervention au séminaire tenu à Alger le 08/12/2003) que, « nombreux sont, les officiers d'état civil qui semblent le plus résister à l'application de ce décret en refusant d'inscrire l'enfant pris en *kafala* sur le livret de la famille du *kafil*, résistance qui équivaut à un véritable déni de justice de droit pour le *makfoul* »²⁴⁸.

Si cette circulaire semble avoir détruit l'espoir de voir la *kafala* se développer dans les années 90, la situation actuelle est maintenant

²⁴⁶-En principe la circulaire doit comporter des visas. Ces derniers sont les références législatives et réglementaires sur le fondement desquelles l'autorité administrative a pris l'acte. La non-conformité de la circulaire a généralement une incidence sur la régularité de la circulaire.

²⁴⁷- Rapport alternatif présenté par le Ciddef au 40^{ème} pré-session du Comité des Droits de l'Enfant du 08/06/2005. Nations Unis, Genève, p.10

²⁴⁸- PROVOST L., Alger, Séminaire UNICEF/CIDDEF, *op.cit.*, n°17, p.15

différente ; les protestations politiques et sociales que connaît l'Algérie à l'instar de tous les pays arabes, pourraient faire agir le législateur à revoir les lois en Algérie, particulièrement le droit de la famille qui est resté éloigné de la réalité sociale algérienne.

À l'instar de toutes les sociétés du monde, la société algérienne a connu des changements divers et profonds, des invasions, des cultures étrangères. Tout cela s'est inévitablement répercuté sur la société, et a rejailli sur l'évolution, le contenu et la nature du droit. Monsieur REMAOUN Hassan a pu ainsi dire: « La société algérienne avance à grands pas. Même si l'Algérie officielle connaît un retard en matière d'évolution, il y a un grand effort fourni par la société civile, les femmes, les syndicats et la presse. Quelque chose se passe en profondeur dans la société, même si parfois on a l'impression que rien ne se passe. La société algérienne ne se comporte pas de la même manière qu'avant. Elle exprime actuellement de nouvelles aspirations. Et il sera difficile au pouvoir politique de chercher tout le temps à contourner ses aspirations. L'un des enjeux du pouvoir politique en l'occurrence, est de savoir comment négocier ces nouvelles aspirations. Je crois que tout pouvoir politique est obligé d'affronter fondamentalement ce questionnement. Il ne peut s'imaginer qu'il soit possible de retourner en arrière et de négliger les aspirations de la société, car il se condamnerait lui-même à perdre sa crédibilité, aussi bien au plan national qu'international»²⁴⁹.

Concernant la filiation, il est clair que le droit algérien veut rester fidèle au droit musulman, mais cela ne doit pas se faire au détriment de l'enfant abandonné sans filiation. La nécessité de lui octroyer une filiation par une démarche volontaire, doit passer avant toute considération. Il est donc nécessaire en l'état actuel de renforcer la concordance des noms, de faire avancer cette notion de filiation identique déjà indiquée ; d'autoriser l'inscription de l'enfant *makfoul*

²⁴⁹- REMAOUN Hassan, Enseignant à l'université d'Oran et chercheur en anthropo-sociologie au CRASC, explique, à travers cet entretien tenu le 04/12/2004 par le journal quotidien Liberté, les changements fondamentaux de la société algérienne ainsi que ses nouvelles aspirations.

sur le livret de famille des *kafils*. Cette filiation identique ne pourra être appréciable, que si elle constitue un concept clair, renforcé, étendu et simplifié. Cependant, les professionnels de l'enfance en Algérie, insistent sur la nécessité de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour Doria Mérabtine de l'Unicef en Algérie, ²⁵⁰le placement des enfants abandonnés dans les familles d'accueil par *kafala* a montré à travers le monde, l'intérêt que cela peut apporter à l'épanouissement de ces enfants. Elle a fait référence à la convention des droits des enfants ratifiée par l'Algérie en décembre 1992, qui indique que la protection des enfants est une obligation pour l'État, notamment, en raison de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le placement dans des familles reste une option favorisée aujourd'hui à travers le monde, par rapport au placement dans les grands centres d'assistance qui «font de ces enfants des assistés, ou des légumes hors de la société». Pour Madame Yaker, l'intérêt de l'enfant doit passer avant les considérations d'ordre juridique lorsqu'il s'agit d'enfants bien insérés dans un milieu familial valable²⁵¹.

Il faut dire que dans la pratique une très forte adoption est pratiquée par des couples stériles et non stériles de manière anarchique et illégale, ils déclarent illégalement l'enfant adopté (bébé), comme leur propre enfant en lui fabricant un faux état civil avec la complicité des employés de la mairie et de l'hôpital. Cette pratique est parfois révélatrice d'exploitations illégales d'enfants tel que le trafic d'organes, ²⁵²ou l'exploitation domestique. Une réglementation urgente est plus que nécessaire pour permettre de préciser et d'encadrer l'octroi de cette filiation, de faire cesser les méthodes illégales utilisées. Il en résulte que le droit algérien de la famille se trouve en situation de retrait et d'éloignement par rapport à la réalité de la société algérienne, qui s'affirme impuissante à résoudre les problèmes épineux de la filiation

²⁵⁰ - Journal *El Watan* du 26 novembre 2007.

²⁵¹ - Ait Zai N., *Enfant abandonné et la loi*, *op.cit.*, p.90

²⁵² - Le quotidien *El Khabar* (en langue arabe) a révélé un trafic d'organes d'enfants algériens à l'étranger. [En ligne], mise en ligne le 06.09.2009, consulté le 10.09.2009.

URL : <http://www.akherkhabar.net/content/view/9821/>

de l'enfant abandonné sans généalogie. Avoir une filiation est un droit naturel et indispensable.

Cependant la convention internationale des droits de l'enfant de 1989 n'exprime aucun droit à la filiation comme étant un droit naturel pour l'enfant ; elle affirme uniquement le droit au nom²⁵³. Pourtant c'est la filiation qui attribue à l'enfant le nom. Le nom comprend les deux éléments essentiels, le nom de famille et le prénom. Si la *kafala* confère le nom par la concordance, ce concept reste indéfini, et n'est pas en mesure d'être considéré comme un dispositif suffisant, permettant de régler tous les aspects de la prise en charge de la filiation de l'enfant, c'est-à-dire l'octroi à l'enfant sans filiation d'une place dans la chaîne des générations. Ainsi, par une démarche volontaire, il est nécessaire d'octroyer la filiation à l'enfant *makfoul* pour résoudre le problème grave et urgent des enfants sans filiation (A). S'agissant des enfants avec filiation il faut renforcer le concept de la filiation par *kafala*(B).

A- La filiation par une démarche volontaire pour l'enfant sans filiation

Madame AIT ZAI Nadia prône une application extensive de l'article 44 du code de la famille algérien, pour pouvoir enrayer les solutions de fortune utilisées par des couples qui ne pouvant adopter légalement un enfant, sont conduits à déclarer comme étant leur bébé, celui qu'ils ont adopté clandestinement dès sa naissance en lui fabricant, tout aussi illégalement un faux état civil.

Madame VANDEVELDE Hélène précise que : «cette pratique qui se répand de plus en plus, révèle que la loi (Art. 46 du Code de la famille) est trop en retrait par rapport à la conscience sociale, elle est ressentie comme inapte à résoudre un problème social aigu»²⁵⁴.

²⁵³- L'enfant dès sa naissance a droit à un nom et à une nationalité. Ces droits fondamentaux sont proclamés par les art.7 et 8 de la convention sur les droits de l'enfant.

²⁵⁴- Cité par AIT ZAI . N., L'enfant abandonné et la loi, *op.cit.*, p.172 -173.

Pour revenir au Coran, le verset 5 de la sourate *al Ahzab* dispose ce qui suit : « appelez-les du nom de leurs pères: c'est plus équitable devant *Allah*, mais si vous ne connaissez pas leurs pères, *alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés* ». Le passage de ce verset mis en italique est très intéressant car son interprétation large permettra de donner une filiation à l'enfant inconnu puisque ce dernier, a le statut du frère en religion, dans ce cas il est traité en égal.

Selon ce verset l'adoption est interdite lorsque l'enfant a une filiation établie, car il n'est pas permis de le dépouiller de son identité généalogique. Le droit à l'identité généalogique dans le droit musulman est un droit sacré, inaliénable, et se transmet de père en fils. Il en résulte que l'Islam recommande, de traiter l'enfant dont la filiation est inconnue en frère.

Beaucoup de juristes musulmans, pensent que la reconnaissance de paternité reconnue en droit musulman règle le problème de l'enfant trouvé²⁵⁵, de l'enfant x, enfin de l'enfant né hors mariage de manière générale. Madame AIT ZAI Nadia se référant à Monsieur Barakat dit que : « Monsieur BARAKAT considère que cette reconnaissance de paternité instituée par l'Islam résout le problème de l'enfant trouvé et rejeté par ses propres parents, par peur de la misère ou de la honte »²⁵⁶. Il faut dire qu'il est admis en Islam qu'une personne qui recueille un enfant sans filiation quelle que soit la situation de cet enfant - « enfant trouvé, ou (qui) a fait l'objet d'un abandon »- peut faire la demande de reconnaissance de paternité.

Cette reconnaissance prouve en même temps la filiation de l'enfant, dans ce cas il ne sera plus nécessaire de prouver la légitimité du lien engendrant la filiation. L'article 45 du Code de la famille fait référence à l'établissement de la filiation, et ne mentionne à aucun moment la condition de mariage.

²⁵⁵ -Plusieurs pays musulmans admettent l'aveu de paternité comme moyen d'établissement de la filiation pour l'enfant abandonné, substituant ainsi l'adoption. CHIHAB.F., *op.cit.* p. 87

²⁵⁶ Cité par AIT ZAI N., L'enfant abandonné et la loi, *op.cit.*, p.150.

Cette solution juridique peut être convenablement appliquée entre le *kafil* et *makfoul* lorsque l'enfant est sans filiation, car d'une part elle n'entraîne pas la perte de la filiation puisque l'enfant n'en a pas, d'autre part elle constitue pour l'instant le moyen le plus adapté pour accéder à la filiation, particulièrement du fait, que le droit algérien admet la reconnaissance de la filiation tardive prononcée durant la maladie précédant la mort (Art. 44 du Code de la famille), ou pour peu que la raison ou la coutume l'admettent. Il est clair que la raison donne le droit à toute personne d'avoir une filiation établie, quant à la coutume algérienne, elle admet non seulement la reconnaissance de la paternité, mais également l'adoption avec filiation (adoption plénière).

S'agissant de l'adoption plénière, il faut souligner qu'elle n'est pas inconnue du droit algérien. L'article 13 ter alinéa 2 du Code civil algérien, introduit par la loi n° 05-10 du 20 juin 2005 portant modification du code civil,²⁵⁷ dispose en effet : « l'adoption est soumise aux mêmes dispositions ». En matière de conflits de lois, l'adoption, en droit algérien, est soumise simultanément à la loi nationale de l'adoptant et à celle de l'enfant adopté au moment de son établissement. Quant aux effets de l'adoption, ceux-ci sont soumis à la loi nationale de l'adoptant. Les mêmes dispositions sont applicables à la *kafala*. Elles concernent, non seulement la validité de la *kafala*: celle-ci est soumise simultanément à la loi nationale du titulaire du droit de recueil (*Kafil*), et à celle de l'enfant *Makfoul* au moment de son établissement; mais également à ses effets, auxquels est applicable la loi nationale du *kafil*.

Force est de constater que la disposition relative à l'adoption, est pour le moins bien curieuse, compte tenu de son interdiction affirmée avec force dans notre code de la famille algérien²⁵⁸. Elle suscite bien des questions d'ordre juridique, car l'adoption est de toute évidence, contraire à l'ordre public interne. Cependant, il est surprenant qu'elle

²⁵⁷- JORA n° 44, p. 15

²⁵⁸ Pour rappel, aux termes de l'article 46 du code de la famille : « L'adoption (tabanni) est interdite par la (chari'a) et par la loi. »

n'ait pas provoqué des critiques de la part des juristes. Cette question sera soulevée, plus tard dans cette étude.

B- Le renforcement de la filiation identique pour le *makfoul*

La filiation s'exprime toujours comme élément inconditionnel dans le lien parent-enfant. La filiation consanguine a perpétuellement primé sur ce lien. Il faut cependant dire que désormais, la filiation n'est plus fondée sur le seul élément biologique, mais tient compte également d'autres facteurs tels que les aspects juridiques, sociaux affectifs, sociaux culturels, et sociaux économiques. Actuellement, il y a une variété de filiation : filiation légitime, filiation naturelle, filiation biologique, filiation paternelle, filiation maternelle, filiation fictive, filiation artificielle, filiation sociale, filiation concordante.

Le droit algérien est gouverné, comme indiqué précédemment, par le principe de la primauté de la filiation biologique légitime. Mais en autorisant la concordance des noms entre le *kafil* et le *makfoul*, le droit algérien vient, en démembrant la filiation, d'admettre un nouveau concept qui est la filiation concordante. Ce nouveau mécanisme juridique consiste à séparer le nom du droit généalogique et successoral.

L'enfant *makfoul* de filiation inconnue, sans être inscrit dans la lignée généalogique du *kafil* portera le même nom que le *kafil*. Cette filiation symétrique, identique, concordante, permet à l'enfant *makfoul* d'avoir une identité juridique et sociale et de s'intégrer dans sa nouvelle famille. Il faut indiquer que la famille algérienne évolue sans cesse et subit de grandes mutations tant sur le plan juridique que social et économique²⁵⁹.

Parallèlement, la filiation évolue également. Ainsi, l'idée de concevoir la filiation comme une combinaison de relation charnelle,

²⁵⁹- BENKHLIL R., *Famille algérienne, situation actuelle et perspective d'évolution*, étude faite pour l'Institut National d'Etudes et d'Analyses pour la Planification (INEAP). In : Cahier des sciences humaines, 3, vol. 19,1983.

conception et engendrement dans le cadre d'un mariage légal pour donner naissance à cette filiation, est bien dépassée par la réalité sociale algérienne. Le parent social engendre une filiation sociale, affective et juridique.

La filiation induite par la *kafala* est une filiation sociale, établie conformément à un dispositif légal. En conséquence et en toute logique,, elle mérite une valorisation juridique par le droit algérien. C'est alors, qu'elle devrait être étendue à l'enfant *makfoul* de filiation connue. Aucune raison juridique valable ne peut, en effet, être invoquée afin d'empêcher l'application de la concordance de noms dans ce cas, l'enfant concerné gardera sa filiation d'origine ; le nom du *kafil* sera adjoint à celui de l'enfant *makfoul*.

Paragraphe 2 - La révocabilité de la *kafala*

Comme indiqué précédemment, la *kafala* est révocable. Selon l'article 124 du Code de la famille déjà cité, le père et la mère ou l'un des deux peut demander la réintégration sous leur tutelle de l'enfant *makfoul*, il appartient à celui-ci, s'il a atteint l'âge de discernement, d'accepter ou non le retour chez ses parents. Le *kafil* peut procéder à l'abandon de la *kafala*. L'action en abandon du recueil légal doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribuée, après notification au ministère public .En cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance. La demande aux fins de la *kafala*, nous l'avons vu, est instruite en chambre du conseil, après avis du ministère public.

Ainsi, la *kafala* peut être révoquée à tout moment, aussi bien par les parents biologiques de l'enfant *makfoul* que par le *kafil*. La Direction de l'Action Sociale(DAS) , nous l'avons vu , peut elle aussi faire une demande de révocation de la *kafala* pour l'enfant pupille de l'Etat.

Puisqu'il ne pose pas de condition pour la révocation, le droit algérien met l'institution de la *kafala* en situation de précarité juridique, car ces dispositifs de révocation compromettent l'enfant qu'il soit avec ou sans filiation et l'expose à un futur inconnu. C'est ainsi que la *kafala* cesse de produire ses effets dès la révocation prononcée par le tribunal. Toutefois, pour l'enfant avec filiation dépourvu de discernement, il ne peut être remis à ses parents biologiques, que sur autorisation du juge, compte tenu de son intérêt. Dans le cas où l'enfant a atteint l'âge de discernement (16 ans selon l'article 42 du Code civil),²⁶⁰ le juge prend en considération l'avis de l'enfant *makfoul*.

La situation devient compliquée lorsqu'il s'agit d'un enfant sans filiation. Le *kafil* recueillant cet enfant peut à tout moment demander la fin de la *kafala*. Le ministère public intervient dans l'action, comme partie principale pour veiller aux intérêts de l'enfant. Pourtant, cette intervention ne semble pas offrir de sécurité juridique effective à l'enfant, puisque dans la majorité des cas le juge met aisément fin à la *kafala* et l'enfant retourne à la direction de l'assistance sociale.

Il faut toutefois souligner que le nouveau Code de procédure civile et administrative de 2008, prévoit que le jugement du tribunal prononçant la fin de la *kafala*, peut être attaqué par voie d'appel devant la cour. Alors qu'avant cette loi, le jugement prononçant la révocation de la *kafala* avait l'autorité de la chose jugée et ne pouvait faire l'objet de recours judiciaire. Cependant, si l'appel a pour but l'annulation, ou la réformation du jugement du tribunal, il ne garantit pas pour autant, le maintien de la *kafala* au profit de l'enfant *makfoul*.

La *kafala* ne garantit pas la pérennité du lien entre le *kafil* et le *makfoul*. Beaucoup d'éléments indispensables à l'intérêt de l'enfant et à sa protection effective, manquent. Pour agir contre cette précarité juridique, il serait indispensable en premier lieu que la révocation de la *kafala* par les parents biologiques, soit fondée d'abord sur une

²⁶⁰ - Art. 42 du Code civil algérien modifié par la loi 05-10 du 20/06/2005 qui auparavant limitait l'âge de discernement à 13 ans.

motivation relevant de l'intérêt de l'enfant *makfoul* (A), et que la révocation de la *kafala* par le *kafil*, soit également motivée(B).

A- La motivation de la demande des parents biologiques

La question de l'intérêt de l'enfant est le fondement de toutes les institutions de prise en charge de l'enfance .Malgré le caractère imprécis de la notion d'intérêt de l'enfant qui recouvre un éventail de questions aussi importantes que variées, elle revêt toutefois une dimension juridique. Concernant la *kafala*, elle devrait se traduire par un véritable respect des droits fondamentaux de l'enfant et de leurs pérennités. La facilité de mettre fin la *kafala* avant la majorité de l'enfant *makfoul* constitue une entrave, à cette pérennité, et donc à sa stabilité et à son intérêt. Lorsque l'enfant *makfoul* est de filiation connue, les parents peuvent, nous l'avons vu, demander la révocation de la *kafala* pour reprendre leur enfant. Néanmoins, la loi tient compte de l'avis de l'enfant *makfoul* lorsqu'il a atteint l'âge de discernement, c'est à l'enfant *makfoul* de décider si oui ou non il veut retourner auprès de ses parents, le juge accordera une importance à ses choix, et sa décision sera déterminante. Dans le cas où l'enfant *makfoul* est dépourvu de discernement, c'est le juge qui décidera.

Bien entendu dans les deux cas l'intérêt de l'enfant, prime. Selon le droit de la famille algérien les parents biologiques peuvent demander la réintégration de l'enfant sans justifier cette demande. Cette situation met en péril l'intérêt de l'enfant et particulièrement sa stabilité recherchée, c'est pourquoi, il serait nécessaire que, le demandeur (père, mère ou les deux) de la réintégration de l'enfant *makfoul*, justifie sa demande, par des motifs valables, tels que l'échec de la *kafala* pour défaillance du *kafil*, ou la maltraitance de l'enfant par le *kafil*, éléments dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. Évidemment, la priorité est donnée aux parents biologiques pour élever

leur enfant. C'est le principe érigé par la convention internationale des droits de l'enfant²⁶¹.

Mais, il ne faut pas faire primer le droit des parents de reprendre l'enfant, sur l'intérêt de celui-ci, si son maintien avec le *kafil* est dans son intérêt; la prévalence de l'intérêt de l'enfant prime dans tous les cas sur le droit des parents. À cet effet, la demande de la fin de la *kafala* par les parents biologiques, ne peut être fondée si l'abandon de l'enfant par le père ou mère était la cause de leur incapacité d'assumer leurs obligations d'éducation et d'entretien de leur enfant. En revanche, dans certaines situations, la demande de réintégration de l'enfant dans sa famille biologique serait légitime, c'est le cas lorsqu'elle émane de parents ayant été hospitalisés pour une longue durée ou encore, ceux incarcérés. Dans ces hypothèses et comme bien souvent, la *kafala* a pour objet d'apporter une réponse à la situation de détresse ou de vulnérabilité, dans laquelle se trouve l'enfant délaissé ou abandonné.

La demande d'annulation de la *kafala* par les parents biologiques devrait également être déclarée infondée, si au cours de la *kafala*, ils n'ont pas maintenu des liens suffisants et permanents avec l'enfant *makfoul*, car dans ce cas, on peut présumer qu'ils ne puissent reprendre pleinement en charge l'enfant. Il s'agit dans cette situation, d'évaluer objectivement le comportement des parents, sans prendre en considération les éléments intentionnels de leur demande.

Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'il y a prise en charge extrafamiliale de l'enfant *makfoul*, que l'intérêt de l'enfant est nécessairement garanti. Il s'agit en fait, de lui assurer de vivre pleinement au sein d'une famille stable. Ce droit à la stabilité passe inévitablement par la pérennité du lien familial. L'article 3 de la

²⁶¹ - Art.9 de la convention relative aux droits de l'enfant dispose que : « les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant».

convention internationale des droit de l'enfant édicte à ce sujet: « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale». La stabilité de l'enfant est une considération primordiale de l'intérêt de l'enfant; la *kafala* ne devrait pas être annulée sans motifs valables. Mais compte tenu de la notion élargie de l'intérêt de l'enfant, il en résulte que ce n'est pas le retour de l'enfant auprès de ses parents, ou son maintien avec le *kafil*, qui justifie nécessairement l'intérêt de l'enfant. Ce principe admet une interprétation large, qui au cas par cas, permet l'adaptation de la décision, à une situation concrète, mais toujours unique.

B - Les motifs d'abandon de la *kafala* par le *kafil*

En principe, la *kafala* pour l'enfant *makfoul* sans filiation constitue un projet de vie aussi bien pour lui que pour le *kafil*, fondée principalement sur l'intérêt de l'enfant. Pour l'enfant *makfoul*, avoir un projet de vie signifie, la vie dans un milieu stable qui répond à ses besoins et au sein duquel il développe un attachement permanent avec son *kafil*. C'est ce lien affectif qui va l'aider à se développer sur les plans affectif, psychologique, physique et intellectuel. Nous l'avons déjà dit, le principe fondamental relevant de l'intérêt de l'enfant est son maintien dans son milieu pour préserver sa stabilité.

Toutefois, le *kafil* autant que les autres parents, peut connaître des difficultés avec l'enfant *makfoul*, telles que les difficultés financières entraînant leur pauvreté, ainsi que des difficultés de santé entraînant l'incapacité physique et morale de protéger et d'éduquer l'enfant, ou encore des difficultés d'éducation et d'intégration de l'enfant *makfoul* entraînant, une répulsion de l'enfant envers sa famille *kafilate*. Ces difficultés doivent naturellement faire l'objet d'analyse précise afin que des solutions idoines y soient apportées. En revanche, si les difficultés

sont d'une importance telle, qu'elles constituent un obstacle sérieux et grave pour le maintien de la *kafala*, la révocation pourrait alors être justifiée, aussi bien pour le *kafil*, que pour le *makfoul*. Il est bien entendu, qu'il appartient aux juges du fond, jouissant en la matière d'un pouvoir souverain, d'apprécier la gravité des motifs invoqués.

Par ailleurs, la direction de l'assistance sociale peut demander l'annulation de la *kafala* pour manquement du *kafil* à ses devoirs, ou maltraitance observée sur l'enfant *makfoul*. Il incombe à cette direction de mettre en œuvre un dispositif de contrôle et de suivi de la *kafala*, elle doit s'assurer que la prise en charge de l'enfant *makfoul* est satisfaisante²⁶².

Paragraphe3 - Le décès et divorce du *kafil* préjudiciable pour l'enfant *makfoul*

L'article 125 du Code de la famille, très contesté, dispose qu' : « En cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Dans le cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance ». Selon cet article, le décès du *kafil* met fin à la *kafala*(A). En revanche, il n y a aucune disposition particulière concernant le divorce du couple *kafil* ce qui rend cette question problématique (B).

A- Décès du *kafil*, évènement tragique pour l'enfant *makfoul*

Le décès du *kafil* entraîne la fin de la *kafala*, mais comme il a été précisé auparavant, le droit de recueillir l'enfant *makfoul* est transmis aux héritiers du *kafil* s'ils s'engagent à l'assurer. Dans l'hypothèse où l'enfant *makfoul* est recueilli par un couple marié, le

²⁶² - Au préalable, avant d'accorder la *kafala*, une enquête minutieuse est effectuée auprès du *kafil* par les services de la DAS , ainsi un certain nombre de conditions sont exigées pour les futur *kafils*(couple marié en général), ils doivent avoir atteint la majorité légale, être moralement et socialement aptes à assurer la *Kafala* de l'enfant, disposer de moyens matériels suffisants pour subvenir à ses besoins, ne pas être atteints de maladies contagieuses ou les rendant incapables d'assumer leur responsabilité. Ils doivent n'avoir pas fait l'objet, conjointement ou séparément, de condamnation pour infraction portant atteinte à la morale, ou commis à l'encontre des enfants. Ils ne doivent pas être opposés à l'enfant dont ils demandent la *Kafala*, ou à ses parents par un contentieux soumis à la justice, ou par un différend impliquant des craintes pour l'intérêt de l'enfant.

décès du conjoint *kafil* qui est logiquement la mère ou le père de l'enfant *makfoul* exclura le conjoint survivant de tout droit à l'égard de l'enfant *makfoul*. En effet, le conjoint du *kafil* décédé n'a pas systématiquement un lien juridique avec l'enfant *makfoul*; il ne dispose pas de l'autorité parentale. En revanche, le conjoint a la qualité d'héritier et c'est en cette qualité qu'il peut recevoir la *kafala* lorsqu'il manifeste son consentement, à l'assurer. C'est à cette condition là que la *kafala* lui sera transmise.

Les autres héritiers du *kafil* disposent eux aussi, du droit de recevoir la *kafala*, s'ils s'engagent à l'assurer, elle leur sera transmise. Mais dans tous les cas, la transmission de la *kafala* aux héritiers, ne se fera qu'après une décision du juge qui aura tenu compte de tous les éléments, qui lui sont soumis, et particulièrement de l'intérêt de l'enfant *makfoul*. Cela signifie que si les héritiers refusent de s'engager à reprendre la *kafala*, l'enfant sans filiation se retrouvera à nouveau en situation d'enfant abandonné, il retournera à l'institution de l'assistance sociale car le décès du *kafil* fait cesser les effets de la *kafala*. Cette situation très controversée met en péril la protection de l'enfant *makfoul*, car il est menacé de retrouver son statut d'enfant abandonné à tout moment. Il s'agit d'une grande discrimination que le droit algérien crée à son égard. Sur cette question, le droit algérien est vivement critiqué. Ainsi, l'association algérienne enfance et familles d'accueil bénévole (l'AAEFAB) propose, qu'en cas de décès du « *kafil* », la « *kafala* » revienne d'office à l'épouse du « *kafil* ».

Pour sa part, Madame Aït Zaï Nadia, a suggéré, lors de la 40e pré-session du Comité des droits de l'enfant, qui s'est déroulée le 8 juin 2005 aux Nations unies, « qu'il faudrait que les règles concernant la tutelle d'un enfant légitime soient appliquées à l'enfant *makfoul* ».

Pour toutes ces raisons, il serait indispensable, après le décès du *kafil*, de transférer, de plein droit la *kafala* au conjoint survivant du *kafil* car l'objectif de la *kafala* est avant tout d'offrir à l'enfant

abandonné une vie de famille stable et permanente. Ainsi, la transmission de la *kafala* au conjoint survivant doit se faire de plein droit lorsque le *kafil* décède postérieurement au recueil de l'enfant. Il nous semble donc essentiel de mettre la *kafala* au nom du couple marié.

Cette réforme de la *kafala* est indispensable pour assurer la sécurité juridique de l'enfant *makfoul* et lui garantir la permanence de ses intérêts moraux et matériels, objets même de la *kafala* qui, avant tout, s'inscrit dans une action de protection de l'enfance abandonnée. Ce principe se trouve consacré par l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 Novembre 1989, qui dispose que : « Tout, enfant qui est temporairement, ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciale de l'État. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la "*Kafala*" de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié».

Il est donc nécessaire de mettre en place un dispositif législatif qui enrayer réellement cette vulnérabilité juridique de l'enfant abandonné. Pour illustrer ces difficultés, dans un cas d'espèce, après le décès soudain du *kafil*, la mère de l'enfant *makfoul* sans filiation, a rencontré des problèmes pour justifier sa qualité devant tous les services et particulièrement les services des caisses d'allocations familiales. L'assistance sociale chargée de cette affaire, affirme: « devant le désarroi de cette mère impuissante face à la bureaucratie des uns, et à la non compréhension des autres, face à l'interprétation hasardeuse de la législation relative à cette catégorie d'enfants, s'impose une écoute attentive objective et analytique, afin de dissiper les craintes et de

rétablir la mère adoptive dans son statut de mère et lui rendre ses droits en tant que responsable de son enfant»²⁶³.

Hormis le décès du *kafil*, le conjoint rencontre également des difficultés et ne peut pas se justifier en tant que *kafil* de l'enfant devant l'administration, l'école et autres services compétents. Dans autre un cas d'espèce, celui d'un couple ayant accueilli en *kafala* deux filles, alors que l'acte de *kafala* était établi au seul nom de la mère, le père fut incapable de justifier sa qualité de père *kafil* en l'absence de la mère, suite à la disparition de l'acte de *kafala* consécutive à un vol au domicile du couple²⁶⁴.

En principe, l'obligation de recueil de l'enfant *makfoul* par un couple marié doit unir les deux conjoints, et participer aussi à créer un lien solide entre les membres de la famille, père-mère et enfant *makfoul*. C'est la finalité sociale de cette obligation.

Cependant, cette inattention du droit algérien envers l'autre conjoint peut conduire à des situations juridiquement aberrantes : le conjoint non inscrit dans l'acte de *kafala* est juridiquement irresponsable s'il n'assume pas ou assume mal les obligations de la *kafala*. Cette situation est contraire à la réalité vécue par la famille *kafila* car en recueillant l'enfant *makfoul*, les deux conjoints s'engagent dans l'éducation et la protection de cet enfant pour l'emmener jusqu'à l'âge adulte. Ainsi, en ne considérant pas le conjoint du *kafil* comme responsable de l'éducation de l'enfant *makfoul* au sens juridique, le droit algérien est en inadéquation avec la conception actuelle de la famille dans la société algérienne, la famille *kafila* étant une famille à part entière²⁶⁵.

²⁶³ - ADJALI REDJAH N., *op.cit.*, p. 30

²⁶⁴ - ADJALI REDJAHN., *Ibid*, p.31

²⁶⁵ -Cependant, des voix des associations de femmes se sont élevées pour dénoncer ce manquement, c'est pourquoi et après enquête menée auprès des tribunaux de la capitale, il semblerait que l'acte de *kafala* soit de plus en plus établi au nom des deux conjoints, sans qu'ils aient fait une démarche dans ce sens. Cette pratique témoigne d'une volonté de faire de la *kafala*, un acte par lequel l'enfant entre dans une famille et en devient un membre à part entière. Cette attribution de la *kafala* aux deux époux

En revanche, si le *kafil* décède et ne laisse pas de conjoint survivant, ni d'héritiers, ou bien que les héritiers n'expriment pas leur engagement d'assurer la *kafala*, l'enfant *makfoul* devient à nouveau un enfant abandonné, dans ce cas, le procureur est garant de la sécurité juridique de l'enfant. La tutelle légale des enfants abandonnés, nous l'avons vu, est exercée par le *wali* (préfet) représentant de l'État ; la prise en charge au quotidien est confiée à la direction de l'assistance sociale chargée de l'enfance²⁶⁶. L'enfant abandonné retourne à cette direction en attendant d'être repris en charge par une autre *kafala*. Dans ce cas de figure, l'enfant *makfoul* fait l'objet d'un double déracinement, d'une part le déracinement de sa vraie famille, d'autre part le déracinement de sa famille *kafil*, ce qui nuit à sa vie.

B-Divorce du couple *kafil*, une problématique supplémentaire

Contrairement au décès du *kafil*, il n'y a aucune disposition particulière en droit algérien relative au divorce du *kafil*. Le droit algérien est en effet, muet sur cette question, il s'est contenté de réglementer le sort de la *kafala* et partant du *makfoul*, en cas du décès, sans prendre en charge les effets du divorce en la matière, ce qui pourtant, pose le plus de problèmes.

Sans évoquer les conséquences socio-émotionnelles qu'il aura nécessairement sur l'enfant *makfoul*, le divorce du couple *kafil* demeure une question très problématique sur le plan juridique dans lequel règne la plus grande incertitude. De toute évidence, après le divorce du couple

participe également d'une plus grande stabilité de la situation de l'enfant. Elle évite notamment, les problèmes engendrés par le divorce, par le décès du conjoint seul titulaire de la *kafala*, ou encore par la révocation de la *kafala* par ce dernier. Des interrogations demeurent, néanmoins, posées: S'agit-il d'une pratique spontanée de la part de certains magistrats? S'agit-il au contraire, de l'exécution d'une instruction? S'agit-il enfin d'une pratique généralisée à tous les tribunaux? Malheureusement, nos efforts pour tenter d'apporter des réponses claires à ces questionnements ont été vains.

En tout état de cause, cette attribution systématique de la *kafala* aux deux conjoints, constitue un pas en avant dans l'amélioration du statut juridique de l'enfant *makfoul*

²⁶⁶- Feu TIDAFI T., Président fondateur de l'AAEFAB soulignait dans son intervention au colloque tenu à HADJOUT le 03/06/2007 (siège de l'association) qu'aucune œuvre privée de placement n'existe dans les pays musulmans lesquels sont juridiquement tuteurs des enfants privés de famille jusqu'à ce qu'ils soient confiés en *kafala* ou tutelle légale.

kafil, l'exercice de la garde de l'enfant est confié au *kafil*, l'acte du recueil légal étant établi à son nom. Le conjoint du *kafil* (père ou mère) est privé de ce droit car juridiquement, nous l'avons vu, il est ignoré par la loi. Il en va de même pour le droit de visite, le conjoint du *kafil* est privé du droit de visite. L'AAEFAB considère que cette situation constitue une grande discrimination entre parents *kafils* et parents biologiques²⁶⁷.

Les décisions de justice en Algérie à ce sujet sont contradictoires, on peut mentionner une décision du tribunal de Birmourad Rais rendu le 18/06/2003 où le juge a confié la garde de l'enfant *makfoul* à la mère, en l'occurrence l'épouse du *kafil*, bien que la *kafala* fût établie au nom du mari *kafil*,²⁶⁸ considérant que la garde de l'enfant *makfoul* doit revenir de plein droit, à la personne qui a assumé le rôle de la mère. Dans une autre espèce, le tribunal de Chéraga a débouté une femme *kafil* de sa demande de la garde de l'enfant, de pension alimentaire et d'octroi de logement pour y exercer la garde d'un enfant pris en *kafala* par le couple en instance de divorce. Dans son jugement rendu le 15 mai 2007 ²⁶⁹, le juge des affaires familiales affirme que : «attendu que la défenderesse a demandé la garde de la fille prise en *kafala* et la condamnation du demandeur à verser une pension alimentaire, et de mettre à sa disposition un domicile pour y exercer le droit de garde. Cette demande est irrecevable car les dispositions légales applicables dans ce cas, ne concerne que les enfants légitimes, c'est pourquoi cette demande est rejetée pour non fondement» .

En appel, les juges de la cour de Blida ont confirmé le 03/12/2007, la décision du tribunal de Chéraga aux motifs que les dispositions organisant la *kafala* sont différentes des dispositions

²⁶⁷-La *kafala* se développe en dépit des insuffisances juridiques -chemin ardu de l'adoption, Journal quotidien *El Watan* 08/01/2006.

²⁶⁸- Tribunal de Birmourad Rais (Alger), Jugement du 18/06/2003, section statut personnel, affaire n°03-1640.

²⁶⁹- Jugement n°1288 /07 rendu le 15/05/2007 Tribunal de Chéraga (Alger). Section des affaires familiales.

concernant la garde, et de ce fait ont rejeté la demande de garde par la mère *kafila*.

Madame AIT ZAI Nadia considère que l'argumentation des ces juges est discriminatoire envers l'enfant *makfoul*.²⁷⁰ Effectivement, cette décision est discriminatoire et contraire aux intérêts fondamentaux de l'enfant puisqu'elle le prive de ses droits les plus fondamentaux. Ce qui est étonnant, c'est que les juges de la cour d'appel de Blida ont confirmé cette décision sans tenir compte du principe de l'intérêt de l'enfant, et de la convention internationale des droits de l'enfant qui prime sur le droit de la famille algérien.

Madame ADJALI REDJAH Nora, affirme de son côté, que « beaucoup d'époux *kafil*, exigent de leurs épouses de renoncer à leurs droits de pension alimentaire pour leur «céder» l'enfant *makfoul*»²⁷¹. C'est pourquoi il serait nécessaire que le droit algérien prenne des mesures relatives au divorce du couple *kafil*, dans l'intérêt de l'enfant *makfoul*, d'abord par l'attribution du droit de garde à la mère *kafila*(1), et du droit de visite à l'autre conjoint du *kafil* (2), ensuite par le droit à une pension alimentaire (3).

1- L'attribution de la garde est un droit de l'enfant *makfoul*

En règle générale, la garde de l'enfant appelé *hadana*,²⁷² est une institution de droit musulman. C'est une notion très particulière ; il y a une unanimité au sein de la doctrine musulmane accordant la priorité de la garde à la mère quelle que soit sa religion²⁷³. Le concept de *hadana* prend en compte de façon spécifique, les aspects affectifs et le

²⁷⁰ - AIT ZAI N., Revue Ciddef n° 17, *op.cit.*, p. 19.

²⁷¹ - AJALI REDAH Nora, *op.cit.*, p. 31.

²⁷² - BELHADJ L., *La hadana en droit algérien*, Magister, université d'Alger, 1999.

²⁷³ - Notons ici que la garde de l'enfant n'était pas attribuée à la mère de confession non musulmane, ainsi un arrêt de la cour suprême en 1970 avait cassé la décision d'attribution de la garde à une mère non musulmane. Un autre arrêt en date du 29/05/1974(dossier n° 11029) de la cour suprême avait estimé que c'était à bon droit que les premiers juges avaient attribué la *hadana* à une mère chrétienne. SALAH BEY M-C., Revue Ciddef n° 25 p. 22. La doctrine malikite ne considère pas la religion comme condition à la *hadana*.

lien mère enfant ; la mère « couve » son enfant²⁷⁴. La garde en droit algérien est défini dans l'article 62 du Code de la famille qui dispose que : « le droit de garde 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 droit algérien affirme expressément cette priorité dans l'article 64 du Code de la famille²⁷⁵. Nul ne conteste l'importance de la mère dans la vie de l'enfant, et particulièrement l'élément affectif essentiel au développement de l'enfant. Cette importance est à chaque fois réaffirmée par la cour Suprême: « la mère est l'être principalement le mieux adapté pour exercer la garde de son enfant tant qu'il n'y a pas d'empêchement; elle est naturellement plus douce, plus affectueuse et plus tolérante que ne le serait une autre personne. C'est pourquoi la *Charia* lui a accordé la première place dans le classement de la *hadana* »²⁷⁶. Mais l'attribution de la garde est avant tout, un droit de l'enfant, elle ne concerne pas uniquement l'enfant biologique mais tout enfant.

La mère *kafila* est une mère à part entière, l'affection qu'elle a pour son enfant *makfoul*, est la même affection que celle de la mère biologique; c'est le même lien d'attachement mère-enfant. Elle a autant de droits envers son enfant que les autres mères, et à ce titre, la garde

²⁷⁴ - Le terme *hadana* signifie incubation ou couvaision sentimentale, physique et matérielle par laquelle la maman protège ses enfant. Ce principe trouve son fondement dans le coran, c'est la *sourate* II Verset 233. HANIFI Louisa cite dans sa thèse que la priorité de la *hadana* à la mère est rapporté par d'autres auteurs en ces termes : « son haleine ses caresses et sa salive sont préférables pour l'enfant au gâteau de miel chez toi ». *op.cit*, p. 199.

²⁷⁵ - L'Article 64 du Code de la famille (ordonnance n°05-02 du 27/02/2005) a modifié l'ordre de dévolution de la garde de l'enfant, il dispose que : 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 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 à l'autre partie. L'ancien article disposait que : « le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis à la mère de celle-ci, puis à la tante maternelle, puis au père, puis à la mère de celui-ci, 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 à l'autre partie ».

²⁷⁶ - Cour Suprême, Chambre de statut personnel, arrêt du 15/06/1999. Un autre arrêt similaire de la cour suprême en date du 16/11/1999 affirmant la priorité de la mère. Dans l'énoncé de leur décision, les juges affirment que : « les juges du premier degré ont rendu une décision conforme à la loi (article 64 du Code de la famille) et à l'intérêt de l'enfant lorsqu' ils ont attribué la garde des enfants à leur mère ; les enfants ont besoin de l'affection de leur mère, elle est la première concerné par leurs soins. »

de son enfant *makfoul* après le divorce devrait lui revenir sans tenir compte de l'engagement de la *kafala*, car il s'agit là de prendre en considération le lien d'attachement et d'affection, comme mécanisme indispensable au développement de l'enfant. Toutefois, la mère *kafila*, et également toute personne à qui la garde est confiée, doit être apte à exercer la garde de l'enfant. La loi exige cette aptitude dans l'intérêt de l'enfant ; elle doit être saine d'esprit, attentive et de bonne moralité. Les conditions d'aptitude ne sont pas définies par la loi, elles sont soumises à l'appréciation souveraine du juge en tenant compte de l'intérêt primordial de l'enfant.

Certainement, la mère *kafila* ayant la garde de l'enfant *makfoul* et, à ce titre, a également le droit de demander la pension alimentaire pour son enfant *makfoul*. Le *kafil* est « tenu » en vertu de l'article 75 du Code de la famille qui dispose que : « le père est tenu de subvenir à l'entretien de son enfant à moins que celui-ci ne dispose de ressources. » Pour les enfants mâles, l'entretien est dû jusqu'à leur majorité, pour les filles jusqu'à consommation du mariage. Le *kafil* demeure soumis à cette obligation, si l'enfant est physiquement ou mentalement handicapé ou s'il est scolarisé. Cette obligation cesse dès que l'enfant devient en mesure de subvenir à ses besoins.

C'est en effet, sous le titre *hadana* que le Code de la famille traite le contenu de la pension alimentaire; selon l'article 78, elle consiste en l'obligation d'entretien de l'enfant, et l'obligation de subvenir à ses besoins en nourriture. Cette obligation englobe également l'habillement et les soins médicaux. Il faut noter que le droit algérien oblige, en outre, le père à offrir un logement à ses enfants et dans le cas contraire à payer le montant du loyer (article 72 du Code de la famille). La doctrine en Algérie impose de manière générale à la mère qui détient la *hadana* de protéger l'enfant, de l'éduquer et de s'occuper de lui²⁷⁷.

²⁷⁷- MAROK N., Le droit de la famille entre théorie et pratique, *Dar El Hilal*(maison de la lune) pour les œuvres sociales, (ouvrage en arabe) 2004, p.36.

Depuis la révision de 2005, la mère qui a la garde de l'enfant a également l'autorité parentale, tout entière²⁷⁸.

2-Le droit de visite du conjoint du *kafil*, une nécessité

Le droit de visite est un droit spécial et autonome ; il ne peut être fondé uniquement sur la parenté biologique, ni sur l'autorité parentale ou même sur l'intérêt propre de l'enfant mineur, il est fondé sur une implication de tous ces aspects²⁷⁹. Il ne saurait appartenir au *kafil*, venant de divorcer avec son conjoint, d'écarter l'enfant *makfoul* de la personne qui a été pour lui comme un père ou une mère. Le Tribunal dispose d'un pouvoir quasi-absolu pour octroyer et régler les modalités du droit de visite, le droit de la famille algérien n'excluant personne de ce droit et ne l'enfermant dans aucun cadre rigide. Selon l'article 64 du Code de la famille, la décision de dévolution de la garde par le juge doit accorder le droit de visite au père²⁸⁰.

Le *kafil* assumant la fonction parentale a le droit de visite autant que le père biologique²⁸¹. L'enfant *makfoul* a besoin d'avoir des relations personnelles avec cette personne. Ce droit est exercé à une fréquence variable selon la décision du juge²⁸². De manière générale le juge tient

²⁷⁸ - Cette disposition est surprenante car après le divorce, le père est déchu implicitement de la *wilaya*.

²⁷⁹ - Le droit algérien ne donne pas de fondement clair au droit de visite ni d'ailleurs la jurisprudence, néanmoins nous constatons que la tendance de la jurisprudence algérienne est très restrictive, c'est seulement le titulaire de l'autorité parentale qui pourra obtenir le droit de visite.

²⁸⁰ - Le droit de la famille algérien ne limite pas ce droit uniquement au père, ce droit s'applique également à la mère lorsque la garde est confiée au père.

²⁸¹ - Des juristes musulmans considèrent que le droit de visite trouve son fondement dans la parenté ; ils affirment : « il y a lieu de ne pas empêcher l'enfant de rendre visite à sa mère et de se réunir avec elle, de même qu'on ne peut empêcher l'enfant de rendre visite à sa mère et de se réunir avec elle ; un tel empêchement aboutirait à une rupture du lien de parenté » HASSEN Cheikh Mohammed, *Perles de la parole*, p. 226, cité par SAFAI Hossein, *la protection des incapables*, Thèse de doctorat, Université de Paris, 1965, p. 111, cité à son tour dans la thèse de HANIFI L., *op.cit.*, p. 235.

Cette parenté d'après HANIFI Louisa : « est envisagée par apport aux liens du sang qui lient l'enfant à l'un de ses parents et coïncident avec les rapports d'affection. Cette conception restrictive de la parenté qui repose en somme exclusivement sur les liens biologiques est conforme à la Charia ; l'adoption étant interdite ». HANIFI L., *Ibid.*, p. 235.

²⁸² - Le droit algérien n'a pas défini les conditions d'exercice du droit de visite. Les parents divorcés ont le choix d'imposer des modalités particulières. Ainsi ils peuvent fixer les jours les lieux, la fréquence, la durée, le partage des vacances, des fêtes religieuses et nationales en tenant compte de l'intérêt de l'enfant que le juge doit garantir. Dans le cas contraire c'est le juge qui déterminera les modalités du droit de visite ; il dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour préserver les intérêts de l'enfant mineur. La cour suprême estime que le père a le droit de visiter ses enfants au moins une fois par semaine. Cour suprême arrêt du 16/04/1990 dossier n°59784.

compte de l'âge de l'enfant, de sa scolarité, de son sexe, de son état physique et psychique²⁸³. Il est à noter, que le droit de visite s'exerce toutes les fins de semaines²⁸⁴.

La doctrine considère que le juge doit attribuer nécessairement le droit de visite au père dès que la garde de l'enfant est attribuée à la mère²⁸⁵. La décision du tribunal de Birmourad Rais sus citée, a conféré la garde (*hadana*) à la mère *kafila*, sans affirmer le droit de visite du père. Selon HANIFI Louisa, cette décision soulève bien des questions. Serait ce le père qui aurait renoncé lui-même à l'exercice de son droit de visite ? Le droit de visite ne serait-il pas envisageable lorsqu'il s'agit d'un enfant recueilli ? Précise t- elle.²⁸⁶ Effectivement, cette décision du Tribunal de Birmourad Rais avait attribué le droit de garde de la mère *kafila* sans préserver le droit de visite du père *kafil*.

Dans l'intérêt majeur de l'enfant *makfoul*, cette question ne doit pas demeurer un thème de préoccupation et de débat, car le droit de visite trouve son fondement dans la parenté socio affective précédemment évoquée, elle-même basée sur l'intérêt de l'enfant. Le maintien des liens de l'enfant avec le conjoint du *kafil* n'est-il pas nécessaire pour assurer les intérêts affectifs de l'enfant *makfoul* ?

3-Le droit à une pension alimentaire

Le droit de la famille algérien a posé le principe de l'obligation de la pension alimentaire appelée « *nafaka* ». Ce principe est formulé par l'article 75 du Code de la famille : « le père est tenu de subvenir à l'entretien de son enfant à moins que celui-ci, ne dispose de ressources.»

La *nafaka* concerne en premier lieu les enfants issus de l'union légale entre les conjoints, c'est-à-dire les enfants légitimes. Plusieurs

²⁸³ -Cour Suprême, arrêt précité du 16/04/1990. Egalement arrêt du 23/04/1991, dossier n°71727.

²⁸⁴ - Le week end en Algérie est le vendredi et samedi. Auparavant c'était le jeudi et vendredi.

²⁸⁵ - SAAD A., Mariage et divorce en droit algérien ,3eme éd. Dar Houma, p. 296.

²⁸⁶ - HANIFI L., thèse. *op.cit.* , p. 235

décisions de la cour Suprême affirment ce principe. Dans une décision rendu le 07 février 1987, ²⁸⁷elle affirme en ces termes : « L'entretien, n'est dû qu'à l'égard des enfants issus d'un mariage valide; qu'en l'espèce, il ne s'agit pas d'un enfant légitime». Le droit algérien oblige le père après le divorce à verser une pension alimentaire à son enfant²⁸⁸.

Dans une espèce qu'elle a jugée, la cour Suprême a affirmé que : «Considérant le *kafil* comme le *wali* de l'enfant *makfoul*, il doit entretenir, éduquer et protéger l'enfant *makfoul* au même titre que le ferait père pour son fils, tant que la *kafala* n'a pas été abandonné par le *kafil*»²⁸⁹.

En effet, le *kafil* est tenu à entretenir le *makfoul* au même titre qu'un père pour son fils. Cependant, le droit du *makfoul* à la pension alimentaire après le divorce du couple *kafil* n'est pas vraiment affirmé. Si toutefois, la *kafala* est établie au nom de l'époux, l'enfant *makfoul* peut demander après le divorce, le droit à une pension alimentaire en vertu de l'acte de la *kafala* en tant que créancier de cette obligation.

L'enfant *makfoul* peut incontestablement exiger du *kafil* l'exécution de son obligation d'entretien conformément à l'article 116 du Code de la famille. C'est une question qui vise les rapports des débiteurs avec leurs créanciers. A ce sujet, madame Lahlou-Khiar écrit : « Le Code de la famille n'envisage pas l'hypothèse du divorce d'époux tributaires d'une *kafala*, comme il ne prévoit pas le sort de l'enfant recueilli et l'organisation de ses rapports avec la famille d'accueil, après dissolution du mariage du *kafil*. Les juges devraient être guidés dans leur décision par les dispositions de l'article 116 du code de la famille, en vertu desquelles, la *kafala* consiste à prendre en charge un enfant mineur, au

²⁸⁷ - Cour Suprême, 07/02/1987, dossier 47915. In : Revue de la jurisprudence, 1990, n°3, p. 65, annexe p.389

²⁸⁸ - Nous notons que l'article 57 bis de l'ordonnance du 27 février 2005 prévoit que le juge peut statuer en référé par ordonnance sur requête, sur toutes les mesures provisoires, notamment celle relatives à la pension alimentaire au logement etc...Le caractère urgent et impératif de la pension alimentaire justifie cette mesure.

²⁸⁹ - Cour Suprême, arrêt du 13/12/2006, affaire n° 369032.

même titre que le ferait un père pour son fils. Les effets du divorce devraient donc s'appliquer sans distinction. La garde de l'enfant recueilli devrait être dévolue à la mère *makfoul* en priorité, en vertu de l'article 64 du code de la famille, tandis que le père *kafil* serait tenu de lui verser une pension alimentaire, en application de l'article 75 du même Code ²⁹⁰».

Le problème se pose avec plus d'acuité, lorsque la *kafala* est établie au nom de l'épouse, car, il n'est pas évident que l'enfant en vertu de la loi algérienne puisse exiger une pension alimentaire du *kafil*. La décision déjà citée du Tribunal de Birmourad Rais accordant le droit de garde à la mère *kafila*, ne décidait rien sur la question de la pension alimentaire. Certains juristes algériens craignent que ce silence corresponde à une opinion peu favorable au *makfoul* : l'entretien de l'enfant *makfoul* s'apparente, plus à une libéralité dépendant de la seule volonté du titulaire du recueil légal, qu'à une obligation dont le manquement impliquerait des sanctions juridiques²⁹¹.

L'intérêt de l'enfant est la seule considération que doit prendre en compte le tribunal; le fait que le *kafil* soit privé de la garde de l'enfant ne met pas fin à son obligation d'entretien. Cette obligation ne peut être considérée comme une libéralité dépendant de sa seule volonté mais plutôt comme une évidence : dès lors qu'il est devenu *kafil*, il est devenu parent que, le droit algérien n'a-t-il pas précisé « comme le ferait un père pour son fils ».

Paragraphe4 - La majorité : un évènement menaçant pour l'enfant *makfoul* sans filiation

Contrairement à la loi marocaine²⁹², le droit algérien est muet sur la question de la fin de la *kafala* lors de la survenance de la majorité de l'enfant *makfoul*. En effet, aux termes de l'article 25 du *Dahir*

²⁹⁰ Lahlou- Khiair (Gh), *op cit.*p218..

²⁹¹- HANIFI L., thèse, *op.cit.*,p .253

²⁹²- *Dahir* n° 1-02-172 du 1 *rabii* II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n°15-01relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés.

marocain, la *kafala* cesse notamment par la survenance de la majorité légale. Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas à la jeune fille non mariée, pas même à l'enfant handicapé ou dans l'incapacité de subvenir à ses propres besoins.

Cette omission législative pourtant si nécessaire a permis aux *kafils* de commettre des abus vis à vis des enfants *makfoul*. C'est ainsi que le spectre de la majorité pour certains enfants *makfouls* sans filiation constitue un événement menaçant et dangereux pour leur vie puisque arrivés à cet âge ils se retrouvent dans la rue sans famille et sans domicile, exposés à tous les dangers et aux maux de la société. Le principal danger est la prostitution. Même si, traditionnellement, le phénomène de la prostitution a été associé aux jeunes filles, la pratique a montré que les jeunes garçons, sont tout aussi impliqués dans ce type d'activités dans des proportions non négligeables. Ce sujet constitue un grand tabou dans la société algérienne.

Cependant, il n'y a actuellement aucune donnée fiable sur l'ampleur réelle du phénomène de prostitution des enfants *makfouls* après leur majorité. Mais il y a tout lieu de croire, que la situation est préoccupante, compte tenu de l'hypocrisie sociale qui entoure ce phénomène. La question est encore plus inquiétante lorsqu'il s'agit d'un enfant handicapé; celui-ci est livré à lui-même sans aucune protection, il est tout simplement mis en danger. C'est pourquoi des voix se sont élevées pour dénoncer cette situation périlleuse de l'enfant *makfoul* après sa majorité. Madame MERAH Nacéra, sociologue, constate qu'il n'y a pas de protection juridique lorsque l'enfant *makfoul* est jeté à la rue à 19 ans²⁹³.

Pour assurer une protection juridique de l'enfant *makfoul*, après sa majorité, il serait indispensable de lui octroyer le droit de demander une pension alimentaire lorsqu'il est sans ressources, et ce jusqu'à la fin de ses études(A). Lorsque l'enfant *makfoul* est une fille, la *kafala* doit

²⁹³ - Le journal Info Soir du 27 juin 2011, p. 3

cesser après son mariage, comme pour la fille biologique(B). S'agissant de l'enfant *makfoul* handicapé la *kafala* ne doit pas cesser avec la majorité(C).

**A- La nécessité d'attribuer une pension alimentaire
pour l'enfant *makfoul* après sa majorité**

Le *kafil* devrait avoir une obligation «alimentaire» envers le *makfoul* majeur au-delà de l'âge de 19 ans. Cette obligation doit avoir pour but de combler les besoins essentiels au maintien d'une vie décente pour l'enfant *makfoul* après sa majorité. Ce devoir du *kafil* est une évidence; peut-il venir à l'esprit de quiconque d'abandonner l'enfant élevé comme son propre fils ou fille juste à la majorité et sans ressources ? Il ne s'agit pas d'une obligation d'encourager la non activité de cet enfant après sa majorité, mais bien de lui donner un soutien financier, ayant pour but de combler les besoins essentiels au maintien d'une vie décente. Bien sur, cette obligation sera maintenue lorsque l'enfant *makfoul* n'est pas en mesure d'assurer sa propre subsistance ou lorsqu'il a des ressources insuffisantes pour subvenir à ses propres besoins.

Certes, cette obligation pourrait paraître difficile à mettre en œuvre lorsque les parents se trouvent eux-mêmes en difficulté matérielle, toutefois, le *kafil* peut s'acquitter de cette pension alimentaire en offrant tout au moins l'hébergement à l'enfant *makfoul*; ce qui constituera une aide capitale, et une assistance non négligeable dans la mesure où le *kafil* s'est initialement engagé à prendre bénévolement en charge l'entretien du *makfoul*, au même titre que le ferait un père pour son fils.

Cet engagement devrait être pris le plus naturellement possible par le *kafil*, surtout lorsque l'enfant *makfoul* reste sans ressources à sa majorité pendant ses études, ou en quête d'emploi.

L'article 75 du Code de la famille précise notamment, que le père demeure soumis à l'obligation alimentaire, lorsque l'enfant est encore

scolarisé : le *kafil* ne doit pas être en aucun cas exclu de cette obligation, d'ailleurs, la doctrine en Algérie considère que le *kafil* est tenu au versement d'une pension alimentaire envers l'enfant *makfoul* majeur au même titre que le père biologique²⁹⁴.

B- La nécessité de maintenir la *kafala* jusqu'au mariage pour la fille *makfoula*

L'article 75 alinéa 2 du Code de la famille précise que la durée de la pension alimentaire pour les filles est obligatoire jusqu'à leur mariage. Cette disposition devrait être également appliquée aux filles recueillies en *kafala*, jusqu'à leur mariage.

En droit marocain, la *kafala* pour la fille est maintenue au delà de la majorité, c'est-à-dire dans tous les cas, jusqu'à son mariage²⁹⁵. Cette disposition devrait être un exemple concret pour le droit algérien.

Le silence de la codification algérienne sur ce sujet a mis en péril des filles recueillies en *kafala* après leur majorité, puisqu'elle permet au *kafil* de mettre la fille «à la rue» à sa majorité, pourtant la loi précise bien que le *kafil* prend en charge le *makfoul* comme le ferait un père pour son fils ou sa fille.

Dans les principes du droit musulman, le traitement entre la fille et le garçon en matière d'obligation d'entretien, est différent puisque seule la fille bénéficie de la prise en charge totale jusqu'à son mariage, ce qui est manifestement contraire au principe fondamental d'égalité des droits des enfants, indépendamment de leur sexe²⁹⁶.

Or, la jurisprudence en Algérie confirme la différence de traitement entre les filles et les garçons. Dans un arrêt, la cour Suprême confirme que le père est tenu d'assurer l'entretien de sa fille jusqu'à son mariage.

²⁹⁴ - BENMELHA G., *op.cit.*, p. 303.

²⁹⁵- Chapitre V : Des motifs de cessation de la *Kafala*. Article 25 : « La *kafala* cesse pour l'un des motifs suivants :

- lorsque l'enfant soumis à la *kafala* atteint l'âge de majorité légale. Ces dispositions ne s'appliquent ni à la fille non mariée, ni à l'enfant handicapé ou incapable de subvenir à ses besoins ».

²⁹⁶- Article 28 et 31 de la Convention internationale de l'enfance.

Hormis le caractère patriarcal maintenant la fille sous la tutelle de son père, – norme constituant un sujet contesté dans les circonstances actuelles –, il serait logique de faire bénéficier la fille recueillie en *kafala*, de cette disposition en codifiant la règle, comme c'est le cas en droit marocain, et disposer que la *kafala* ne cesse envers la fille recueillie en *kafala* qu'à son mariage.

C- Le maintien indispensable de la *kafala* pour l'enfant handicapé

La majorité des familles recueillant un enfant *makfoul* choisissent un enfant sain. Les enfants handicapés sont difficilement pris en charge par *kafala*, très rares sont les familles qui ont fait de la *kafala* d'enfants handicapés une vocation.

En principe, la prise en charge de l'enfant handicapé par *kafala* ne cesse pas de plein droit à la majorité. Le droit de la famille algérien est encore une fois muet sur ce sujet. Le peu de familles qui prennent en charge un enfant *makfoul* handicapé l'abandonne souvent aussitôt après la *kafala*, ou à sa majorité,²⁹⁷ l'exposant à tous les dangers et accentuant ainsi sa vulnérabilité.

L'enfant handicapé est un enfant incapable de subvenir à ses besoins, raison pour laquelle les dispositions relatives à la cessation de la *kafala*, ne devraient pas s'appliquer à l'enfant handicapé recueilli en *kafala* de manière systématique. Le droit marocain est plus pertinent dans ce sens, puisqu'il prévoit dans l'article 25 du code de la famille cité ci-dessus, que pour l'enfant en âge de la majorité légale, la cessation de la *kafala* ne s'appliquerait pas à l'enfant handicapé ou incapable de subvenir à ses propres besoins.

L'obligation d'entretenir l'enfant handicapé après la majorité devrait résulter d'une obligation légale à laquelle le *kafil* ne pourrait y

²⁹⁷- Souvent les parents adoptifs par *kafala* refusent de prendre en charge des enfants handicapés et choisissent les enfants en bonne santé.

échapper. Cette obligation s'agencera dans un dispositif de protection de l'enfance handicapée, qui s'inscrira dans le cadre de la reconnaissance des droits de l'enfant handicapé, et plus particulièrement de son droit à une protection spéciale en lien avec sa position de dépendance et de vulnérabilité²⁹⁸.

Section deuxième- Insuffisances de la *kafala* à l'égard des parents biologiques et du *kafil*

L'institution de la *kafala* présente des insuffisances en matière d'autorité parentale des parents biologiques. La *kafala* confère, nous l'avons vu, l'autorité parentale au *kafil*, néanmoins, la question de la déchéance de l'autorité parentale est problématique, lorsque l'enfant recueilli en *kafala* a une filiation, contrairement à l'enfant sans filiation.

Le droit algérien ne connaît pas la délégation de l'autorité parentale choisie ou forcée, alors qu'il reconnaît la déchéance de l'autorité parentale. Aucune disposition dans les textes de *kafala* ne prévoit un éventuel partage de l'autorité parentale entre les parents biologiques et le *kafil*. La loi, pas même la jurisprudence ne fournissent de réponse à ce sujet. Raison pour laquelle, il serait essentiel que cette question, fasse l'objet d'une disposition particulière.

Par ailleurs, si les droits de l'enfant sont souvent évoqués et défendus, y compris le droit de l'enfant *makfoul*, en tant qu'enfant abandonné, les droits du *kafil* sont en revanche négligés.

Le *kafil* en vertu de la loi, nous l'avons vu, assume pleinement ses responsabilités comme parent envers l'enfant *makfoul*, au même titre qu'un père pour son enfant. Bien que la *kafala* ne crée pas une filiation et ne crée pas de droits successoraux entre le *kafil* et *makfoul*, il n'est

²⁹⁸ - L'Algérie a ratifié la convention relative aux droits des personnes Handicapées en mai 2009 (CIDPH). Elle œuvre pour l'amélioration de la condition des handicapés en renforçant notamment leurs capacités de plaidoyer.

cependant pas convenable que l'enfant *makfoul* soit exonéré de tout devoir envers son *kafil*. Il appartient donc au législateur algérien de rétablir, en la matière, un minimum d'équilibre et d'équité en faveur du *kafil*.

Pour ce faire, il est d'abord nécessaire d'imposer à l'enfant *makfoul* le respect de son *kafil*, en vertu du devoir moral, il faudrait également lui imposer un devoir d'entretien lorsque le *kafil* sera vieux, et dans le besoin.

Cette partie sera donc consacrée à la question de l'autorité parentale des parents biologiques (paragraphe1) et au devoir moral et matériel de l'enfant *makfoul* envers le *kafil*, (paragraphe2).

Paragraphe 1 - Le statut des parents biologiques à l'égard de leur enfant *makfoul*

L'autorité parentale est avant tout une fonction parentale, elle est d'ordre public, les parents ne peuvent donc y renoncer. Sa finalité est l'intérêt de l'enfant, qui doit être le but primordial de toute action entreprise, par les parents vis-à-vis de l'enfant. Cette fonction doit nécessairement, faire l'objet d'une disposition légale spécifique.

Le droit algérien mentionne dans l'article 91 du Code de la famille, la déchéance de l'autorité parentale – la *wilaya* – sans toutefois indiquer les causes et les formes de cette déchéance, pas même les effets qui en découlent.

S'agissant de l'enfant *makfoul* sans filiation, l'autorité parentale s'ouvre logiquement et légalement pour le *kafil*, dès l'établissement de la *kafala*.

Pour la *wilaya* de l'enfant *makfoul* avec filiation, le droit algérien ne règle pas cette question : s'agit-il d'un retrait inévitable total ou partiel de l'autorité parentale, ou plutôt d'une délégation volontaire des parents biologiques de l'enfant *makfoul* ?

Le nouveau Code de procédure civile et administrative répond en partie à cette question, puisque les dispositions du dit code, prévoient en effet, la cessation, le retrait total ou temporaire de la *wilaya* relative à la personne ou aux biens du *makfoul*(A). Ses dispositions traitent également la question de la restitution de la *wilaya* (B).

A- Le retrait ou la cessation de la *wilaya*

Il y a retrait ou cessation ²⁹⁹ de la *wilaya* lorsqu'il y a une déchéance, ou un retrait volontaire, puisque les parents biologiques en faute, mettent in facto l'enfant en danger ou alors ils sont dans l'impossibilité d'exercer la *wilaya*. Néanmoins, il est important de signaler que le droit algérien de la famille, ne règle pas cette question, de manière précise et claire. Il n'indique pas le motif de l'attribution de la *kafala*, suite à la cessation ou au retrait temporaire ou totale de la *wilaya* sur le mineur. D'où les répercussions des insuffisances évoquées précédemment, au risque de voir souvent les parents biologiques reprendre la *wilaya* (autorité parentale) et donc l'enfant du *kafil* sans motif et sans condition ; ce qui va à l'encontre de la stabilité de l'enfant *makfoul*.

Il faut souligner qu'avant la promulgation du Code de procédure civile et administrative de 2008, tout laissait croire que la *wilaya* parentale en droit algérien, était un droit absolu et inébranlable. Désormais, la situation a depuis bien changé, si bien que le principe structurant la *wilaya* est fondé exclusivement sur l'intérêt de l'enfant. Elle peut actuellement faire l'objet d'un retrait total ou temporaire ou cessation.

Le nouveau code, indique la procédure du retrait ou la cessation de la tutelle (*wilaya*) sur la personne du mineur, comme il réglemente la procédure de l'exercice de la tutelle sur les biens du mineur et son contrôle.

²⁹⁹ Le droit algérien ne définit pas la cessation de la *wilaya* , pas même le retrait .

Concernant les raisons du retrait total ou temporaire de la *wilaya* sur la personne de l'enfant, le code de procédure civile et administrative mentionne toutefois la protection du mineur (Art. 460 du Code de procédure civile et administrative)³⁰⁰, la moralité des parents (Art. 459 du Code de procédure civile et administrative)³⁰¹, mais n'invoque d'aucune manière que ce soit, les raisons légales du retrait de la *wilaya*, tels que la maltraitance ou l'abandon moral et physique de l'enfant mineur ou bien l'incapacité d'exercer la *wilaya*. Même si la question reste sous le contrôle du juge, il s'agit d'une mesure exceptionnelle, motivée par certains manquements graves aux obligations légales des parents relatives à la personne de leur enfant.

En effet, il n'est pas mentionné en droit algérien que lorsque certains parents ne répondent pas précisément aux besoins matériels, affectifs et moraux de leur enfant, ils peuvent nuire à son développement et à son épanouissement et que dans un tel cas, ils peuvent être déchus de leur *wilaya* parentale, totalement ou en partie.

S'agissant de la procédure du retrait ou de la cessation de la tutelle sur la personne du mineur, l'article 453 du Code de procédure civile et administrative dispose que : « Les demandes en cessation ou retrait provisoire de l'exercice de la tutelle sur la personne du mineur sont formées à la requête de l'un des parents ou du ministère public, ou par toute personne intéressée. Elles sont présentées par voie de référé »³⁰². L'article 454 du même Code dispose que : Le juge peut, soit

³⁰⁰ -Art. 460 dispose que : « Le juge peut ordonner, en tenant compte de l'intérêt du mineur, toute mesure provisoire ayant trait à l'exercice de la tutelle.

Il peut, à cet effet, confier provisoirement la garde du mineur à l'autre parent ou, à défaut, à l'une des autres personnes prévues dans le code de la famille.

Cette mesure peut faire l'objet d'une modification, quand les intérêts du mineur l'exigent, soit d'office par le juge, soit à la demande du tuteur, du mineur quand il est capable de discernement, du ministère public ou de toute autre personne ayant qualité d'agir pour la protection des mineurs.

Le juge statue sur cette demande par ordonnance de référé ».

³⁰¹ -Art. 459. énonce que : « Le juge recueille les renseignements qu'il estime utiles sur la situation familiale du mineur et la moralité des parents ».

³⁰² - L'article 455 du Code de procédure civil et administrative dispose que : « L'ordonnance en référé prise conformément à l'article 453 ci-dessus est signifiée par la partie la plus diligente, aux autres parties dans les trente (30) jours de son prononcé, sous peine de préemption ». L'article 456 énonce que : « L'ordonnance peut être frappée d'appel : 1-par les parties, dans un délai de quinze (15) jours à

d'office, soit à la requête de l'un des parents ou du ministère public : 1) entendre les père et mère ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile ; 2) entendre le mineur, à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas ; 3) ordonner toute mesure d'enquête sociale, tout examen médical, toute consultation psychologique ou psychiatrique ».

Selon ces dispositions, les personnes concernées par le retrait ou la cessation de l'autorité parentale sont les père et mère (ou l'un d'entre eux) ; ils peuvent se voir retirer totalement ou temporairement la *wilaya*, lorsqu'ils mettent en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant.

Le titulaire du droit de solliciter le retrait ou la cessation de la *wilaya* sur la personne, est le parent, le ministère public en sa qualité de garant des droits de l'enfant, le tuteur du mineur. En sus, toute personne intéressée, est en droit d'en faire la demande ; il peut s'agir d'un membre de la famille, d'un voisin, d'une tierce personne proche de l'enfant, ou encore, du service d'aide sociale à l'enfance. Toutes ces personnes peuvent, en effet, saisir le tribunal par une action en retrait de la *wilaya*. La demande doit prouver les dangers encourus par l'enfant dans sa propre famille, établir que son maintien en son sein constitue un risque menaçant sa sécurité, sa santé ou sa moralité.

L'enfant peut être en danger du fait du comportement de ses parents, telle que la maltraitance physique et psychique. La demande de retrait de la *wilaya* peut pareillement être recevable en cas de désintéressement manifeste des parents, ou de leur inaptitude totale ou partielle (matérielle ou physique) à exercer la *wilaya* parentale et ce, subséquentement à une maladie ou une condamnation à une peine de prison.

Pendant l'instance, le juge peut prendre des mesures provisoires ayant trait à l'exercice de la *wilaya* parentale. Il peut, en conséquence,

compter de sa signification ; 2- par le ministère public dans le même délai , à compter de son prononcé ».

ordonner des enquêtes sociales, afin de recueillir les renseignements jugés utiles pour mieux cerner la situation familiale du mineur et la moralité des parents. Il peut également entendre à l'audience, les différentes parties, particulièrement les parents, ou la personne qui a la garde, ou toute autre personne, dont l'audition lui paraît nécessaire. En outre, le juge peut entendre l'enfant, comme il également le dispenser de se présenter devant le tribunal, conformément aux dispositions de l'article 463 du Code de procédure civile et administrative.

Si le juge décide de retirer l'exercice de la *wilaya* parentale à un parent, l'autre va alors exercer seul cette *wilaya* ; à défaut, ce sera l'une des personnes prévues dans le code de la famille. En l'absence d'une personne susceptible d'assumer cette charge, l'enfant sera confié au service de l'aide sociale qui se chargera de le confier à un *kafil* .

Le retrait total ou temporaire de la *wilaya* est décidé par une ordonnance rendue en référé. Il est déplorable, à ce sujet, que le droit algérien n'ait pas prévu le retrait par jugement pénal, dans l'hypothèse où les parents sont auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou délit commis sur la personne de leur enfant.

Nous avons vu, le *kafil* peut être qualifié comme étant la personne à qui l'enfant est confié, en vue de lui assurer une vie stable, sûre et affectueuse au sein d'une famille qui devient la sienne à part entière. En l'absence d'une disposition particulière qui répartirait la *wilaya* entre les parents et le *kafil*, il est logique et juste que ce dernier ait la *wilaya* entière sur l'enfant *makfoul*.

Par ailleurs, l'absence de dispositions claires, relatives au retrait partiel de la *wilaya* parentale et à ses effets, entraîne de facto, son retrait total et partant, l'anéantissement de ses différents attributs, tant patrimoniaux que personnels, notamment la perte des droits et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation et éventuellement, le droit de consentir au mariage et à l'émancipation du mineur.

En tout état de cause, s'il y a cessation ou retrait de la *wilaya* parentale, il y a nécessairement une délégation de la *wilaya* parentale, elle devrait, par ailleurs logiquement s'appliquer lorsque l'enfant est en danger réel ; lorsque sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont gravement compromises. Cette disposition permet au juge de se saisir d'office et de prendre la mesure nécessaire dans l'intérêt de l'enfant sans aucune restriction³⁰³.

A l'évidence, les dispositions relatives à la *wilaya* parentale sur la personne de l'enfant démontrent l'insuffisance de la prévision juridique en la matière dans notre droit. Il est en effet, acquis, que dans l'intérêt de l'enfant, il est indispensable de prévoir clairement des mécanismes juridiques de protection par le juge, des enfants dont la santé, la sécurité ou la moralité sont en danger ou dont les conditions d'éducation sont gravement compromises.

S'agissant de la tutelle sur les biens du mineurs, l'article 465 du Code de procédure civile et administrative énonce : « en matière de contrôle des tutelles le juge peut se saisir d'office, ou être saisi par le ministère public, ou par quiconque, agissant dans l'intérêt de la personne sous tutelle ». Quant à l'article 91 du Code de la famille, il édicte la cessation de l'administration des biens du mineur par le tuteur ³⁰⁴, dès que son incapacité d'exercer la tutelle ou sa déchéance est avérée. Cette disposition indique également la fin de la *wilaya* sur les biens lorsque le *wali* est incapable d'exercer la tutelle et lorsqu'il est déchu de la *wilaya* parentale.

Par ailleurs, le droit algérien n'indique pas les motifs pour lesquels la *wilaya* sur les biens est retirée ; il ne prévoit pas la déchéance de la *wilaya* des parents défaillants qui mettent les biens de l'enfant en défaillance et qui, de toute évidence, devrait mener à la

³⁰³ -En droit français le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel. Auparavant, la loi prévoyait, sans restriction, dans l'ordonnance du 23 décembre 1958. La loi du 4 juin 1970 y a ajouté la mention « à titre exceptionnel ».

³⁰⁴ Encore une fois, le texte en arabe parle de *wilaya* c'est-à-dire de l'autorité parentale.

déchéance partielle ou totale de leur autorité parentale. L'article 467 du Code de procédure civile et administrative dispose, à cet égard: « Le juge peut, avant de statuer sur le fond de l'affaire ordonner des mesures provisoires de protection des intérêts de l'enfant ».

B- La restitution de la *wilaya*

Le code de procédure civile et administrative prévoit la restitution de la *wilaya*. Dans ce cas, les père et mère doivent justifier de l'existence de conditions nouvelles, favorables à la restitution de leurs droits relatifs à la *wilaya* parentale et ce, bien entendu, dans l'intérêt de l'enfant. C'est ainsi, qu'aux termes de l'article 461 du code de procédure civile et administrative: « La mesure de cessation ou de retrait provisoire des droits liés à l'exercice de la tutelle peut être annulée, en totalité ou en partie par le juge, à la demande du parent déchu».

Pour la restitution de la *wilaya*, les père et mère déchus sont en droit d'introduire auprès du juge une demande en annulation de la décision de retrait totale ou partielle de la *wilaya*. Le droit algérien ne définit pas les conditions de la restitution de la *wilaya*. Cependant, le demandeur doit justifier de circonstances nouvelles dans l'intérêt de l'enfant, pour se voir restituer des droits relatifs à la *wilaya*. Nous noterons, que les parents peuvent faire la demande de restitution juste après la décision de déchéance de la *wilaya*.

La demande est présentée au tribunal du lieu de l'exercice de la *wilaya* (Art.462 du Code de procédure civil et administrative)³⁰⁵. Pendant l'audience, le juge entend le mineur, le père la mère, ainsi que la personne ayant été désignée pour garder l'enfant, ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Le juge peut dispenser le mineur de se présenter, il peut également entendre les observations des

³⁰⁵ -Art. 462. dispose que : « La demande visée à l'article 461 ci-dessus, est présentée au tribunal du lieu de l'exercice de la tutelle ».

avocats, comme l'édicte l'article 463 du Code de procédure civile et administrative³⁰⁶.

La demande de restitution est instruite en chambre du conseil, le ministère public étant entendu en ses réquisitions. Le juge statue sur la demande par une ordonnance susceptible d'appel.

Paragraphe 2 - Devoir moral de l'enfant *makfoul* envers le *kafil*

L'enfant *makfoul* devrait, comme tout enfant, avoir des devoirs envers le *kafil* ; il devrait avoir un devoir moral envers lui. Il faut cependant souligner qu'il n'y a pas de disposition particulière en droit de la famille algérien portant sur les devoirs de l'enfant *makfoul* envers le *kafil*. Néanmoins, la société algérienne étant en majorité musulmane, est régie par les principes généraux de la religion musulmane, il faut dès lors considérer que le respect et l'honneur à l'égard de la mère et du père est une obligation absolue et perpétuelle. Le respect dû aux parents est culturellement mis parmi les œuvres les plus remarquables et louables. La bienveillance et l'honneur réservés à la mère sont plus grands que ceux dus au père³⁰⁷.

Ce devoir envers les parents appelé en droit musulman piété ou dévotion filiale (*birou alwalidayn*)³⁰⁸ concerne les parents géniteurs³⁰⁹

³⁰⁶ -Art. 463. énonce que : « A l'audience, le juge entend le mineur, le père, la mère ou la personne qui exerce la garde de l'enfant, ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile.

Il peut dispenser le mineur de se présenter.

Les avocats des parties sont entendus en leurs observations, s'il y a lieu.

La demande est instruite et jugée en chambre du conseil, le ministère public entendu en ses réquisitions.

L'ordonnance statuant sur la demande est susceptible d'appel dans les conditions prévues à l'article 456 ci-dessus ».

³⁰⁷ - Rapporté par *Al-Bukhârî et Muslim*, un homme vint chez le Messenger de Dieu et lui dit : « O Messenger de Dieu ! Quel est celui qui mérite le plus que je lui tiennne compagnie ? » Il dit : « Ta mère. » « Et qui encore ? » Il dit : « Ta mère. » Il dit : « Et qui encore ? » Il dit : « Ta mère. » Il dit : « Et qui encore ? » Il dit : « Ton père. » *Le Sahih d'al-Bukhari*, est l'un des six grands recueils de Hadiths. Les hadiths sont les récits transmis par tradition orale des événements de la vie du prophète Mahomey. La plupart des musulmans sunnites le considèrent comme le plus digne de confiance des recueils de hadiths et on a dit de lui qu'il était "Le livre le plus authentique après le Coran." http://fr.wikipedia.org/wiki/Sahih_al-Bukhari

³⁰⁸ -En islam l'adoration de Dieu passe par le respect des parents, dans le coran, il est dit que : « *Vous n'adorerez que Dieu; soyez bons à l'égard de vos parents* » *Sourate 2. Al baqara* " la Vache " verset 83.

pour les efforts qu'ils ont consentis pour élever et protéger l'enfant. La première chose incombant à l'homme selon le Coran est d'être reconnaissant à l'égard de ses parents. C'est pourquoi la gratitude envers les parents est une obligation que doivent observer tous les hommes et non pas seulement les musulmans.

Les droits de l'enfant *makfoul*, comme nous l'avons vu, consistent dans la faculté d'exiger de son *kafil*, en vertu de la *kafala*, qu'il exécute ses obligations d'éducation, de nourriture, d'habillement et de protection. Le *kafil*, ayant accepté d'élever et protéger l'enfant *makfoul* comme le ferait un père pour son fils, est placé ainsi dans le rang des parents.

La famille *kafila* est désormais une nouvelle institution familiale³¹⁰ qui permet d'élever, entretenir et protéger l'enfant *makfoul*. Cette seule considération suffit à la qualifier comme institution familiale convenable pour l'enfant *makfoul*. En considération de ce lien familial, l'enfant *makfoul* doit respecter le *kafil* et l'honorer. Il est donc inconvenable qu'une ingratitude de l'enfant *makfoul* envers son *kafil*³¹¹ puisse être tolérée. Par ailleurs, il ne semble pas que la notion de *kafala* se résume à de sommaires obligations matérielles, à savoir, nourrir, éduquer, léguer ou donner.

Mais il ne faut pas oublier que l'enfant *makfoul* est un enfant abandonné, ayant vécu sans famille, et partant de cela, il peut présenter des troubles psychoaffectifs. Le *kafil* doit donc gérer ses blessures affectives et ses angoisses. Les relations entre parents *kafil*s

MILLIOT Louis à propos du devoir d'ordre moral en droit musulman dit : « Les enfants doivent traiter respectueusement leurs père et mère. C'est en raison de ce devoir de respect qu'il leur est interdit de pénétrer, à certains heures, dans l'appartement du chef de famille, sans autorisation de ce dernier » *op.cit.*, p.409.

³⁰⁹ - *At Thirmidhi* : dit que : « La satisfaction du Seigneur découle de celle du géniteur et son mécontentement celle du géniteur ». L'imam *At Thirmidhi* est considéré par les musulmans comme un illustre savant musulman occupant une place tout à fait distinguée dans la science du *Hadith*.

³¹⁰ - La famille algérienne est en train de passer d'un système socio-familial traditionnel, à un autre encore en gestation qui demeure flou et incohérent.

³¹¹ - Le Coran considère l'ingratitude envers les père et mère comme un péché majeur : « Les péchés majeurs en Islam sont : L'associationnisme, l'ingratitude envers les père et mère, le meurtre et le faux serment. » (Rapporté par *Al-Bukhârî*).

et enfant *makfoul* sont en effet analogues à celles ayant cours dans les autres familles. L'enfant *makfoul* doit respecter le *kafil* au même titre qu'un enfant biologique. Il doit manifester de la considération à son égard³¹². De toute évidence, l'attitude outrageuse, injurieuse ou attentatoire de l'enfant *makfoul* envers le *kafil* peut constituer un motif sérieux de révocation de la *kafala*. C'est pourquoi, il est nécessaire que soit prévue une disposition légale qui oblige l'enfant en général, et *makfoul* en particulier, à honorer et respecter son père ou son *kafil*.

Paragraphe3 - Devoir matériel

Contrairement à l'obligation morale, l'obligation matérielle des enfants envers leurs parents démunis est exprimée dans l'article 77 du Code de la famille qui dispose : « L'entretien des ascendants incombe aux descendants et vice versa, selon les possibilités, les besoins et le degré de parenté dans l'ordre successoral ». Cette obligation alimentaire est basée sur le lien biologique, pourtant le *kafil* en vertu de l'article 116 du même Code, est tenu par cette obligation envers l'enfant *makfoul*, il est donc injuste et illogique que le *kafil* soit exclu de ce droit lorsque l'enfant *makfoul* devient adulte, car il peut être nécessaire de lui venir en aide si l'indigence survenait.

C'est pourquoi, une obligation d'assurer la subsistance du *kafil* par l'enfant *makfoul* devenu majeur est importante. Peu importe que la filiation soit, légitime, naturelle ou que l'enfant ait fait l'objet d'une *kafala*. L'enfant quel qu'il soit est redevable de l'obligation alimentaire envers la personne qui a assumé sa protection et son éducation en cas de besoin. Il devrait aider matériellement le *kafil* dans le besoin, assumer son entretien. Cette obligation exprimera une gratitude légale à ces personnes qui ont choisi d'être parents et en même temps

³¹²-Art. 371 du Code civil français dispose que : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ».

renforcera la protection et la promotion de la condition des personnes âgées en Algérie³¹³.

L'obligation d'entretien en droit algérien se confond avec la pension alimentaire .Ainsi, l'enfant *makfoul* devrait être obligé de subvenir aux besoins du *kafil*, en nourriture habillement, logement et soins médicaux. L'obligation d'entretien doit tenir compte de la situation matérielle des parties et de leurs conditions de vie. De toute évidence, l'enfant *makfoul* ne devrait pas être astreint à l'obligation d'entretien du *kafil* disposant de ressources personnelles.

³¹³ - Le ministère de la famille en Algérie a prévu une loi pour la protection des personnes âgées, en soulignant que cette catégorie nécessite une attention particulière et une protection sociale et sanitaire particulière. Cette future loi relative à la protection des personnes âgées visera à renforcer la protection de cette catégorie rappelant les valeurs sociales et religieuses qui incitent à la préservation de la dignité de cette catégorie. Cette loi sera renforcée par de nouveaux textes d'application en faveur de la protection des personnes âgées notamment pour ce qui est de la couverture médicale et de la prise en charge psychologique en incriminant les enfants qui abandonnent leurs parents. Cette loi devrait prévoir également d'accorder une pension à chaque famille nécessiteuse qui prend en charge une personne âgée. Cependant, cette loi n'a pas encore vu le jour.

Conclusion de la première partie

Le concept de la *kafala* en droit positif algérien est un concept nouveau, c'est un concept fort complexe dès lors qu'il est analysé sous l'angle juridique. Sa complexité est inhérente aux multiples questions qu'il soulève.

La question de la filiation est épineuse, particulièrement pour l'enfant né sous x, le droit algérien ne connaît, en effet, que la filiation légitime et ne reconnaît pas la filiation en dehors du lien du mariage. Cependant, il a mis en place des justifications juridiques, aux fins de toujours placer l'enfant naturel dans la relation conjugale légitime. C'est cette filiation légitime qui permet de créer le lien juridique parental entre l'enfant et son parent. Ce lien est la source de l'autorité parentale permettant de rassembler les droits et les devoirs, toujours dans l'objectif de protéger les intérêts de l'enfant.

La *kafala* ne crée pas de filiation. Mais la *kafala* telle qu'elle est définie en droit algérien, constitue une institution étrangère à la religion musulmane, elle n'est pas la révélation de Dieu mais l'œuvre purement et simplement de l'homme. Cependant, l'élément religieux a entravé l'évolution de ce concept en occultant l'adoption en tant que réalité sociale.

La question de la diversité des mineurs concernés par la *kafala* constitue également un facteur de complexité. En effet, la *kafala* destinée à l'origine et en premier lieu, aux enfants abandonnés sans filiation, (enfants nés sous x, enfants trouvés), a fini par réunir toutes les catégories d'enfant abandonnés, enfants en difficultés, enfants assistés, enfants confiés volontairement par les parents à un autre membre de la famille. Ainsi, la *kafala* a fini par cumuler différentes vocations : *kafala* comme structure de substitution à l'adoption plénière, *kafala* institution quasi adoption, *kafala* structure de recueil intrafamilial, enfin *kafala* institution d'accueil familial.

La *kafala* soulève aussi la question de la protection de l'enfant qui est actuellement au centre de toutes les préoccupations. Il s'agit d'offrir une sécurité juridique à l'enfant de manière générale et à l'enfant abandonné de manière spéciale. Pour cela, le droit algérien a encadré la procédure de la *kafala*. Ne peut être *kafil* qui veut ; le *kafil* doit être sensé et apte à entretenir l'enfant ; il doit être musulman. L'exigence fondamentale de la religion musulmane pour le *kafil* pose la question de l'algérien non musulman demandeur de *kafala*. Nous avons vu qu'une minorité algérienne est de confession chrétienne ou juive. Cette disposition comporte une véritable discrimination à l'égard de cette minorité ce qui porte gravement atteinte aux droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la constitution algérienne et par la déclaration universelle des droits de l'homme ratifiée par l'Algérie.

La meilleure protection de l'enfant né sous x est de lui donner une filiation. Cependant nous avons vu que le droit algérien est resté sous la soumission absolue de la *Charia*, ce qui constitue un irrésistible obstacle et entraîne l'immutabilité du droit de la famille algérien particulièrement en matière de filiation, car la filiation est considérée comme un droit sacré relevant de la volonté de Dieu. Pour cela, la *kafala* ne crée pas de filiation, mais confère le nom à l'enfant *makfoul* sans filiation. Dans ce cas précis, le lien entre le *kafil* et le *makfoul* est un lien particulier, engendrant ainsi une filiation identique sans caractère biologique. Mais pour l'enfant avec filiation, elle est tantôt une filiation conjugquée car elle renvoie à une conjugaison d'éléments biologiques, tout en gardant sa filiation originelle, la filiation de l'enfant *makfoul* s'inscrit dans la même filiation biologique que le *kafil*. Tantôt c'est une filiation sociale légalement consacrée, mais pour une raison ou une autre, les parents biologiques ont cédé volontairement l'autorité parentale au *kafil*.

En raison de la place particulière du *kafil*, ce dernier est doté par la loi de l'autorité parentale entière appelée *wilaya* qui comprend la *wilaya* sur la personne et la *wilaya* sur les biens. Le *kafil* a l'obligation

d'éduquer, d'entretenir et de protéger le *malfoul* comme le ferait un père pour son fils. La responsabilité du *kafil* du fait des actes de son enfant *makfoul* est entièrement engagée. Ainsi, l'enfant *makfoul* a des droits envers le *kafil*, il est créancier de l'obligation d'entretien. Pour cela le *kafil* a le droit de percevoir les prestations familiales et scolaires.

Pour atténuer les rigueurs des textes de succession qui proviennent directement du Coran pour qui les bases de la vocation héréditaire sont la parenté et la qualité de conjoint, l'enfant *makfoul* ne peut prétendre à un droit de succession, mais le *kafil* selon l'article 123 du Code de la famille peut faire un legs ou un don à l'enfant *makfoul*. Cette donation est limitée au tiers ce qui constitue une aberration juridique, doublée d'un non sens, allant à l'encontre de l'autonomie de la volonté consacrée par la constitution.

Par ailleurs, la *kafala* est entachée de lacunes et d'insuffisances et particulièrement pour l'enfant sans filiation. En effet, l'absence de pérennité du lien parental entre le *kafil* et le *makfoul* est une question qui reste problématique. Nous avons vu que la *kafala* peut faire l'objet d'abandon ou de révocation à tout moment. Dans ce cas précis l'octroi d'une filiation juridique est le seul moyen pour protéger l'enfant.

Pour les insuffisances, Le décès et le divorce du *kafil* sont des événements portant atteinte à la stabilité de l'enfant *makfoul*, car susceptibles de le ramener à son statut d'enfant abandonné et ce, à tout moment.

Par ailleurs et s'agissant du statut du *kafil* envers l'enfant *makfoul* et même en cas de concordance des noms, ce dernier n'a aucun droit envers l'enfant *makfoul*. En effet l'enfant *makfoul* n'a pas de devoir moral envers le *kafil*. S'agissant du devoir matériel, en l'occurrence l'obligation alimentaire, elle n'est pas réciproque. L'enfant *makfoul* est déchargé par la loi de toute obligation envers le *kafil* ce qui constitue une injustice envers le *kafil*.

Concernant la *kafala* d'un enfant avec filiation, le statut des parents biologiques à l'égard de leur enfant *makfoul* est indéfini. En effet, la question reste problématique car au regard de la loi, ces enfants ne sont pas étrangers pour leurs parents biologiques, même s'ils n'ont plus de contacts avec ces derniers.

Deuxième partie-La kafala dans l'ordre juridique français

L'étude de la *kafala* comme expliquée dans la première partie, nous éclaire de manière exhaustive sur cette institution juridique de droit algérien. En conclusion, l'enfant *makfoul* est placé par la loi dans la position d'un enfant quasi légitime dont la *Charia* nie l'existence juridique. Or avec les dispositions de *kafala*, l'enfant *makfoul* jouit en grande partie des droits nécessaires à son éducation, son entretien et sa protection.

Dans cette deuxième partie de notre étude sur la *kafala*, nous appréhendons les conséquences de cette institution sur le droit français.

Comme indiqué précédemment, précisons, qu'avant la loi de 2001³¹⁴ relative à l'adoption internationale, la cour de Cassation Française admettait le principe d'adoption d'un enfant recueilli par *kafala*, même si la loi personnelle de l'enfant n'autorisait pas cette institution. Il faut cependant préciser que cette pratique judiciaire était assortie d'une condition, à savoir, le consentement du représentant légal du mineur à l'adoption en toute connaissance des effets rattachés à l'adoption³¹⁵.

Toutefois, nous indiquons une position différente à celle présentée ci-dessus où la *kafala* ne peut en aucun cas être assimilée à une adoption, même simple. Car l'adoption crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté, or la *kafala* vise uniquement à assurer l'éducation et la prise en charge matérielle d'un enfant, jusqu'à la majorité par le *kafil* sans créer de lien de filiation.

³¹⁴ - La loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

³¹⁵ -V. *supra*.p30 et s.

Au motif de garantir le respect de la législation des pays étrangers, la loi de 2001 relative à l'adoption internationale a introduit dans le Code civil des dispositions interdisant le prononcé en France de l'adoption d'un mineur étranger, dont la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce dernier est né et réside habituellement en France.

Ces dispositions ont vocation à s'appliquer aux mineurs recueillis par *kafala* dont la loi personnelle prohibe l'adoption, comme c'est le cas en droit algérien. Elles prennent fin le jour où le mineur acquiert la nationalité française postérieurement à son arrivée en France, conformément à l'article 21-12 du Code civil.

C'est ainsi qu'au regard du droit français l'enfant *makfoul* ne fait pas partie de la famille qui l'a recueilli. Il faut rappeler que cette position de la loi française a mis des familles en difficultés juridiques et administratives, à la fois, lors de l'entrée de l'enfant *makfoul* en France, ainsi que lors de son séjour, ou même lors de sa sortie du territoire.

Incontestablement, cette position de la loi française marque un refus et une dénégation de toute reconnaissance de cette institution au sein du droit français, ayant de manière erronée, l'intime conviction, qu'il s'agit là d'une institution du droit musulman. La question semble plus compliquée qu'il n'y paraît. D'une part, il s'agit en France de rejeter tout ce qui est d'inspiration religieuse, d'autre part la *kafala* pourrait être vue comme une forme différente d'immigration en France. Par conséquent la question n'est plus seulement d'ordre juridique, mais également d'ordre politique et social.

Par ailleurs, cette situation a instauré une véritable discrimination à l'encontre des enfants recueillis par *kafala* mais également à l'égard des *kafils*.

Toutefois, le ministère de la justice en France a mis en place, en février 2007, en liaison avec le ministre délégué à la sécurité sociale, aux personnes âgées, aux personnes handicapées et à la famille, un

groupe de travail sur la *kafala*. Ce groupe est chargé d'examiner l'opportunité et l'éventualité de permettre, en concertation avec les principaux pays concernés, le prononcé en France de l'adoption d'enfants dont la loi personnelle prohibe cette institution.

Il est utile de rappeler que des voix parlementaires en France demandent au législateur français de revoir sa position envers la *kafala*. Le sénateur UMP du Vaucluse, Monsieur Alain Milon a déposé un projet de loi (n°353 2010-2011)³¹⁶. Dans l'exposé des motifs, le sénateur affirme que : « Les enfants en *kafala* sont des enfants sans famille, recueillis légalement pour la plupart d'entre eux en Algérie ou au Maroc par des familles venues de différents pays d'Europe, l'Espagne, l'Italie, la Suisse, la Belgique, mais aussi la France ». Selon lui « la *kafala* est un mode de recueil prévu par le Coran et reconnu par la Convention internationale des droits de l'enfant comme une mesure pérenne de protection de l'enfant sans famille : c'est quasiment une adoption dans ses conditions et ses effets, mais c'est une adoption sans filiation ». Il rajoute que : « les autres pays européens, pragmatiques, reconnaissent la *kafala* dans tous ses effets et la transforment en adoption, créatrice d'un lien de filiation, afin que les enfants de *kafala* puissent bénéficier des mêmes droits au sein de leur famille et dans le pays où ils habitent que les autres enfants recueillis régulièrement dans des pays étrangers par des familles adoptives ».

Il évoque également que : « faisant application de ce principe, les cours et tribunaux, saisis par les familles de requêtes en adoption d'un enfant recueilli en Algérie ou au Maroc, analysaient les situations au cas par cas, afin de déterminer si le représentant légal du mineur avait donné son consentement à l'adoption et pour quel type d'adoption ».

³¹⁶ -N° 353, Sénat – session ordinaire de 2010-2011. Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 mars 2011 proposition de loi relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala, présentée par Monsieur MILON Alain, Sénateur (Envoyée à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement).

D'après le même sénateur, les autorités marocaines et algériennes continuent à confier des enfants en *kafala* à des familles françaises, sachant pertinemment que l'adoption serait prononcée en France ; ces autorités n'ont pas alors émis de protestations publiques ni officieuses, à cette pratique.

La question de la *kafala* touche effectivement, ce qui a trait au statut personnel de l'individu, dans ce cas là, c'est le droit international privé qui détermine les règles qui vont régir le droit des personnes et de la famille en permettant de désigner la loi de quel pays se rattache la situation d'une personne. En principe, la loi est censée régler les conflits de droit qui peuvent surgir entre deux lois potentiellement applicables et entre lesquelles il faut trancher.

Cependant, la loi de 2001 relative à l'adoption internationale³¹⁷ n'a pas solutionné cette situation ; elle a plutôt conduit à une situation juridique compliquée et complexe pour les binationaux et les résidents algériens en France, sans tenir compte de la particularité de la *kafala*, ni de la reconnaissance et de la valeur de cette institution dans le droit international.

Par ailleurs, en droit français, la *kafala* est toujours confrontée à l'adoption. Nous citerons à titre d'illustration, la décision de la première chambre civile de la cour de Cassation datée du 10 octobre 2006. En l'espèce, la haute juridiction, statuant sur le pourvoi formé le 23 mai 2006, par le procureur général près de la cour de Cassation dans l'intérêt de la loi, casse et annule sans renvoi l'arrêt dénoncé³¹⁸.

³¹⁷ - L'Art. 1er de cette loi avait complété le titre VIII du livre Ier du code civil par un chapitre III intitulé : « Du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées à l'étranger ».

³¹⁸ -Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2006, n° 06-15.264, Bull. civ. I, n° 431; R., p. 244 ; D. 2007, Chron., p.816, par Fulchiron ; JCP 2007, II, 10072, note Farge ; *ibid.* I. 170, n°13, obs. Rubellin-Devichi ; Defrénois 2007, p.133, note Revillard, et 307, obs. Massip ; AJ fam. 2007, p.32, obs. Boiché ; RJPF 2007, n°1, p. 35, note Le Boursicot ; Dr. fam. 2007, n°96, note Farge ; RLDC 2007/40, n° 2610, note Thévenet-Montfrond ; LPA 10 déc. 2007, obs. Kerckhove.

Dans cet arrêt, la cour de Cassation précise : « Attendu, en conséquence, qu'en assimilant la *Kafala* à l'adoption simple pour considérer que la loi marocaine autorise l'adoption simple, alors que la *kafala* ne crée aucun lien de filiation entre l'enfant et les personnes qui le prennent en charge, contrairement à l'adoption simple qui crée ce lien de filiation entre l'enfant et ses adoptants, l'arrêt de la cour d'appel de Reims paraît entaché d'une erreur de droit ; Attendu que le présent pourvoi, formé dans l'intérêt de la loi, vise à réaffirmer le principe ci-dessus énoncé; qu'il ne pose aucun problème de recevabilité et se trouve justifié sur le fond »³¹⁹.

La *kafala*, selon cette représentation ne crée pas de filiation. Il est nécessaire de rappeler que la filiation du droit français est fondée sur le lien du sang, originel ou imitatif, tout en méconnaissant les autres dimensions de la filiation parentale qui redessinent de nos jours la manière de concevoir la filiation. Pourtant, sans cette dimension biologique du lien parental, la *kafala* crée indubitablement un lien de parentalité juridique (autorité parentale), social et affectif.

³¹⁹ - Les juges de la haute Cour précisent aussi que : « Attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ;

Attendu que les époux X... ont engagé des démarches en vue d'une adoption et obtenu, le 15 juin 2000, un agrément valable pour une durée de cinq ans ; que l'enfant Rayane Z..., né le 6 février 2003 au Maroc, déclaré abandonné, leur a été confié par une décision marocaine de *Kafala* du 10 mars 2003 ; que cette décision prescrivait que les époux X... se chargeaient d'assurer l'éducation de l'enfant dans le respect des principes islamiques et devaient en référer au juge marocain ; que les époux X... ont, par requête du 4 novembre 2003, saisi le juge français et sollicité le prononcé, à titre principal, d'une adoption plénière et, à titre subsidiaire, d'une adoption simple ;

Attendu que pour prononcer l'adoption simple de l'enfant par les époux X..., l'arrêt infirmatif attaqué, après avoir relevé que le code du statut personnel marocain dispose que "l'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation", retient, comparant les effets de l'adoption simple et de la *kafala*, que cette dernière met à la charge des tuteurs désignés les obligations parentales du droit français, qu'il s'agisse de l'entretien, de l'éducation ou de la protection de l'enfant abandonné et que l'adoption simple confère à l'adoptant les droits et obligations de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, sans porter atteinte à ses origines et sans instaurer un lien fictif de filiation ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, la loi marocaine interdit l'adoption, que la *kafala* n'est pas une adoption et que, par ailleurs, le mineur n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE sans renvoi, mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans que les parties puissent s'en prévaloir, l'arrêt rendu le 2 décembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Reims ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt cassé ».

Ainsi faudrait-il peut être dans un premier temps, analyser le raisonnement juridique du droit français envers la *kafala* comme il a été fait dans la première partie pour le droit algérien, afin de mieux comprendre comment le droit français conclut à l'incompatibilité de la *kafala* avec l'institution d'adoption dans le droit français.

Pour cela nous effectuerons d'abord une comparaison entre l'adoption et la *kafala* (chapitre1). Nous analyserons par la suite comment le droit français envisage la prise en charge juridique d'enfants recueillis par *kafala* dans un cadre législatif inflexible (chapitre 2).

Rappelons par ailleurs que la France, tout comme l'Algérie, a ratifié la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE 1989). Cette convention reconnaît les deux formes de protection d'enfant « adoption et la *kafala* ».

Les droits des deux pays doivent systématiquement accorder aux enfants une protection juridique suffisante conforme à la convention internationale des droits de l'enfant. Si le droit algérien reste encore directement attaché à la religion musulmane en ce qui concerne l'interdiction de l'adoption, le fondement de l'interdiction de l'adoption du *makfoul* en droit français serait-elle justifiée ? (chapitre3).

Par ailleurs, l'enfant *makfoul* peut bénéficier du regroupement familial selon l'accord spécifique franco-algérien de 1968. Conformément à cet accord, cela suppose que la réception de la *kafala* par le droit français est favorable, or le droit français rejette cette institution comme étant une institution familiale et soumet le *kafil* à une double contrainte pour accueillir l'enfant en France (chapitre4).

Chapitre I- *Kafala* et adoption en droit français : une nécessaire comparaison

Les différences que nous pourrions constater dans la *kafala* en comparaison à l'adoption de droit français ne sont pas sans intérêt. L'adoption en droit français est avant tout une construction du droit : adopter, c'est prendre un enfant étranger pour fille ou fils. Cependant, il faut bien indiquer que l'adoption en droit français n'a pas toujours été une institution juridique naturelle, puisqu'elle a été déjà considérée au moyen âge, comme étant une institution « contraire au lois de la nature et au christianisme »³²⁰.

Le droit algérien de la famille interdit l'adoption telle qu'elle est connue en droit français ; la filiation est un lien purement biologique reconnu dans la sphère juridique. Or l'adoption est purement juridique et non biologique.

Le droit français reconnaît en effet deux formes d'adoption, l'adoption plénière et l'adoption simple. Ces deux formes d'adoption présentent certains caractères communs ; mais elles diffèrent par leurs conditions et par leurs effets.

Il est certain que les deux droits diffèrent foncièrement sur la question de la filiation, compte tenu de l'aspect historique, sociologique, religieux et culturel des deux pays. La comparaison entre l'adoption et la *kafala* semble à priori difficile puisque la *kafala* ne crée pas de filiation. Ainsi, nous analyserons, non seulement l'ensemble des questions intéressant les deux institutions, mais aussi les éléments divergents, puis convergents permettant de réunir les deux institutions dans un dénominateur commun.

Cette analyse servira à clarifier le contenu de chaque institution et à en mesurer la portée juridique. Les résultats obtenus apporteront

³²⁰ - ROUMY F., préface de LEFEBRE –TEILLARD A., L'adoption dans le droit savant du XIIe au XVIe siècle, éd. L.G.D.J, 1998, p.49

sans doute des compléments de connaissance juridique dans la pratique de l'adoption par *kafala*. La comparaison peut en effet mener à la réalisation d'une construction juridique novatrice. Elle aidera également à évaluer la *kafala* en tant que construction juridique nouvelle souhaitable, pour l'harmonisation des deux droits, tant algérien que français. La *kafala* sera donc comparée à l'adoption plénière (section 1), ensuite à l'adoption simple (section 2).

Section première - *Kafala* et adoption plénière

L'adoption plénière en droit français est définie dans les articles 343 à 359 du Code civil français. Elle crée un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant, portant biologiquement étranger l'un à l'autre³²¹.

Selon les dispositions de ces textes, l'enfant adopté entre dans la famille de l'adoptant avec les mêmes droits et les mêmes devoirs que tout autre enfant dont la filiation est légalement établie. Juridiquement, l'adoption plénière a un effet sur le nom, sur l'autorité parentale et sur la succession.

En ce qui concerne le nom, l'adopté portera le nom de l'adoptant (article 357 du Code civil français). En cas d'adoption par deux époux, les règles sont les mêmes qu'en matière de mariage. Si l'adoptant est une femme mariée ou un homme marié, le tribunal peut, à la demande de l'adoptant et en accord avec son conjoint, autoriser l'enfant à porter le nom du conjoint de l'adoptant. Plus généralement, à l'occasion du

³²¹ -A propos de l'adoption plénière, Emilie BARRAUD précise que : « L'adoption plénière est en France une solution réparatrice des troubles de la stérilité qui, pour pouvoir exister, a été assimilée au modèle familial de référence, mimant la filiation naturelle et consacrant ainsi une filiation biologiquement impossible, mais néanmoins vraisemblable dans la mesure où elle repose sur une présomption d'hétérosexualité, au prix de dénis et de manipulations maîtrisées des identités. Elle occupe une place singulière dans le dispositif français, ardemment combattue en tant qu'institution transgressive de normes, tout autant que défendue, étant jusqu'alors le seul moyen pour les femmes incapables de gestation et d'accouchement d'accéder au statut de parent. Elle a en outre la particularité d'être strictement encadrée par l'État afin d'écartier toute possibilité d'arrangement direct entre les parents de naissance et les adoptants. En contexte international, en dépit de la situation paradoxale qu'elle engendre pour l'adopté, elle n'est pas remise en cause et s'impose comme le modèle le plus accompli, solutionnant un certain nombre de problèmes liés à ses appartenances plurielles et à son identité métissée. Par l'effacement de la filiation et de l'identité d'origine, auxquelles d'autres se substituent, l'adopté étranger est soustrait à la condition d'immigré ». BARREAU E., *Kafala et immigrations*, thèse de doctorat, Université d'AIX –Marseille, U.F.R. Civilisations et Humanités, 2009, p.305.

jugement d'adoption, le tribunal peut, sur demande des adoptants, modifier les prénoms de l'enfant.

En matière d'autorité parentale, les principes applicables sont les mêmes que pour tout autre enfant, l'enfant adopté jouira de l'ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Il appartient aux père et mère, jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant, de le protéger, dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. Il bénéficiera aussi du droit de succession, l'adopté a les mêmes droits que tout autre enfant dont la filiation est légalement établie et il est notamment considéré comme un héritier réservataire.

Concernant la nationalité, les principes qui attribuent la nationalité française en fonction de la filiation ou de la naissance en France, sont applicables au regard de la situation de ses parents adoptifs.

L'adoption plénière étant irrévocable, la décision la prononçant doit être transcrite sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté, ou s'il est étranger, sur les registres du service central d'état civil du ministère des affaires étrangères (Code civil, Art. 354 à 359).

Afin de procéder à une analyse profonde des effets de l'adoption plénière et des effets de la *kafala* déjà indiqués, nous étudierons d'abord la filiation (paragraphe1), l'autorité parentale (paragraphe2), le droit successoral (paragraphe3), enfin la révocabilité (paragraphe4).

Paragraphe 1 -Filiation

La *kafala* dans son objectif n'est pas de faire changer l'état civil de l'enfant *makfoul*, il est considéré comme l'enfant bien venu dans la famille qui le recueille sans pour autant lui attribuer le nom des parents *kafils* lorsque celui-ci en a déjà un. Toutefois, comme nous l'avons vu, il faut distinguer si l'enfant *makfoul* est un enfant sans filiation, dans ce cas de figure comme il a été déjà précisé, le *kafil* peut faire une demande de concordance de nom patronymique sous réserve de l'accord donné sous forme d'acte authentique par la mère, si cette dernière est connue et vivante.

La concordance des noms se fait par une ordonnance du président du tribunal prononcée sur réquisition du procureur de la république³²². La concordance du nom patronymique ne s'étend pas à la filiation de sang. Elle n'ouvre pas droit à la transcription sur le livret de famille au même titre que l'enfant légitime, néanmoins, nous l'avons vu, l'extrait du jugement de la *kafala* est transmis à l'officier d'état civil aux fins de transcription en marge de l'acte de naissance de l'enfant *makfoul*. La *kafala*, comme indiqué auparavant, ne crée pas de lien de filiation entre le *kafil* et le *makfoul*, néanmoins elle crée une filiation juridique identique sans caractère biologique. L'enfant *makfoul* portera le même nom que son *kafil*. La filiation juridique identique est un nouveau concept de filiation qui répond à une situation complexe et contextualisée. Elle permet à l'enfant *makfoul* de s'intégrer pleinement dans sa nouvelle famille.

Il convient aussi de rappeler, que le législateur algérien a eu du mal à trouver cette solution et la faire admettre dans le contexte des années 90 où le fanatisme et terrorisme battait son plein, et où donner

³²² -Article 1 du décret exécutif n° 92-24 du 13 janvier 1992 complétant le décret 71-51 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom .JO n°5 du 22 janvier 1992, décret signé par l'ancien chef du gouvernement, Sid-Ahmed Ghazali, autorisant la concordance de nom entre parents adoptifs « *kafil* » et l'enfant adopté « *makfoul* ». Ce décret est survenu suite à une *fetwa* (*avis consultatif*) du Haut Conseil Islamique et la Faculté d'*Ijtihad* présidait à l'époque par le feu Cheikh HAMANI, cette disposition a vu le jour grâce aux œuvres sans relâche de l'association l'AAEFB, des milliers de familles en ont bénéficié.

une filiation à l'enfant autre que sa vraie filiation constitue un faux *nassab* (fausse filiation) , acte banni par l'Islam.

De nos jours un grand nombre d'enfants *makfouls* portent le nom des *kafil* sans aucune distinction entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime. Pour l'association Apaerk, la concordance des noms constitue un acquis juridique³²³.

L'adoption plénière fait rompre de manière irrévocable le lien de filiation avec la famille d'origine. Elle fait perdre à l'enfant adopté sa filiation consanguine et acquiert une nouvelle filiation. L'enfant adopté sera désormais rattaché exclusivement à sa famille adoptive.

Selon les cas, la *kafala* confère une filiation neuve pour l'enfant né sous x ou trouvé fondé sur le nom. La *kafala* fait rompre le lien parental avec la mère d'origine lorsque celle-ci est consentante, l'enfant *makfoul* acquerra une nouvelle filiation fondée aussi sur le nom du *kafil*³²⁴ mais pour l'enfant avec filiation, nous l'avons vu, l'enfant *makfoul* gardera sa filiation d'origine.

En ce qui concerne le concept de la filiation, les deux institutions sont foncièrement différentes. Cependant, s'agissant du nom, il faut bien souligner que les deux institutions confèrent le nom à l'enfant. En effet, l'adoption plénière confère la filiation avec le nom (A) La *kafala*, confère le nom sans filiation (B).

A-L'adoption plénière confère la filiation entraînant la modification du nom de l'adopté

Il a été indiqué précédemment que l'adoption plénière entraîne le changement de nom de l'adopté ; l'enfant adopté change définitivement son état civil. Sa filiation d'origine est rompue et il cessera d'appartenir

³²³-Document en ligne de l'Association de Parents Adoptifs d'Enfants Recueillis par *Kafala* ,p.3 .
<http://www.apaerk.org>

³²⁴ La convention de 1989 relative aux droits de l'enfant ne définit pas le droit de l'enfant sans nom à avoir une filiation, celle-ci parle seulement de garantir à tout enfant d'avoir une famille.

à sa famille biologique, sauf dans des cas particuliers, comme le cas où un époux adopte l'enfant de son conjoint.

Cependant, le nom qui est donné à l'enfant adopté varie selon que l'adoption est effectuée par un célibataire ou par un couple marié. En cas d'adoption par un couple marié, les règles relatives à la transmission du nom à l'enfant légitime s'appliquent.

Lorsqu'un enfant est adopté par un célibataire, l'enfant acquiert le nom de la personne qui l'adopte. Il faut dire que la filiation adoptive en droit français ne s'inscrit plus dans la prééminence paternelle c'est-à-dire la prééminence masculine puisque selon l'article 357 du Code civil français, même en cas d'adoption de deux époux, le nom conféré à l'enfant est déterminé en application des règles énoncées à l'article 311-21³²⁵, laissant ainsi un libre choix aux adoptants dans la recherche d'une meilleure adéquation des règles de dévolution du nom avec la réalité sociologique.

Le nom attribué à l'enfant adopté désignera sa filiation et de tout ce qu'elle engendre c'est-à-dire son appartenance à la famille de l'adoptant. Il lui conféra un rang successoral et l'appartenance à l'arbre généalogique de la famille de l'adoptant. Ce nom sera transmis de l'adopté à ses enfants.

B- La *kafala* confère le nom sans filiation généalogique

S'agissant de la filiation de l'enfant *makfoul* à l'égard du *kafil*, le droit algérien détache le nom de la filiation. L'enfant *makfoul* sera juridiquement attaché uniquement au *kafil* par le nom. Mais ce rattachement par le nom ne confère pas à l'enfant *makfoul* un rang successoral à l'égard du *kafil*, et ne sera pas attaché à son arbre généalogique. Par ailleurs, le mariage du *kafil* n'a aucune conséquence sur le nom de l'enfant *makfoul*.

³²⁵ -Article modifié par ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 3 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006 et par Ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005 - art. 8 JORF 6 juillet 2005 en vigueur le 1er juillet 2006.

De toute évidence, le nom est un élément indispensable d'intégration familiale et sociale pour l'enfant *makfoul*. Il est aussi un élément constitutif de sa personne. Cette disposition a pour objectif de garantir à l'enfant *makfoul* une meilleure intégration familiale et sociale sans que cette concordance de nom n'ait de conséquence sur la filiation généalogique. En revanche, nous l'avons vu, l'enfant *makfoul* est transcrit sur les registres, des actes et des extraits d'actes d'état civil. Le nom de l'enfant *makfoul* est également transcrit en marge du livret de famille du *kafil* mais en qualité d'enfant *makfoul* et non comme étant un enfant biologique.

Cependant, avec l'évolution des mœurs, l'afflux social vers l'accueil de toute catégories d'enfants par les familles, l'intérêt partout suscité autour du bien être de l'enfant ont donné naissance à une nouvelle conception fortement généreuse et bienveillante de cet accueil qui consiste avant tout de donner à un enfant une famille qui lui assure son éducation, son entretien et sa protection. Si l'adoption converge vers ce but, elle s'assigne aussi dans un schéma à sens inverse : donner un enfant à une famille, or la *kafala* s'assigne dans un schéma à sens unique : donner une famille à un enfant.

Paragraphe 2 - L'autorité parentale

L'adoption plénière confère l'autorité parentale à l'adoptant. L'adoptant exerce pleinement l'autorité parentale à l'égard de l'enfant adopté. S'agissant de la *kafala*, le *kafil* exerce également pleinement l'autorité parentale. Cependant, l'autorité parentale dans l'adoption plénière découle de la filiation (A), alors que l'autorité parentale dans la *kafala* est un attribut de la loi indépendamment de la filiation (B).

A-L'autorité parentale de l'adoptant découle de la filiation ³²⁶

Comme il a été indiqué auparavant, la filiation, effet de l'adoption découle d'un lien de volonté de l'adoptant de faire sien l'enfant adopté

³²⁶ - DELPRAT L., L'autorité parentale et la Loi, droits et devoirs des parents, éd. Eclairages, 2006.

non issu de son sang. Le lien de filiation dans l'adoption est un effet de la loi ; il est établi par une décision de justice prononçant l'adoption. Par cet effet, l'adoptant exerce sa fonction de parent à l'égard de l'enfant. La filiation adoptive conférant l'autorité parentale à l'adoptant, donne davantage ; elle confère à l'adopté, nous l'avons vu, le nom familial, une identité généalogique, un droit successoral, la nationalité.

Pour le couple marié adoptant, l'autorité parentale est exercée en commun. Toutefois, l'enfant adopté ayant une double filiation, l'exercice en commun de l'autorité parentale est établie de plein droit³²⁷. Le divorce du couple adoptant n'a aucune incidence sur l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, lorsque le père et la mère exerçaient en commun l'autorité parentale avant leur divorce, il en est de même après la rupture.

L'adoptant doit protéger la sécurité, la santé et la moralité de l'enfant adopté pour assurer son éducation et sa protection afin de lui permettre un développement sain dans le respect de sa personne. L'autorité parentale de l'adoptant implique principalement le droit de garde l'obligation d'entretien, l'obligation d'éducation et d'instruction. La protection de l'enfant adopté passe aussi par sa surveillance ; ce devoir qui est également un droit se trouve implicitement contenu dans la notion d'autorité parentale.

Cependant, l'adoptant est un parent qui se comporte comme n'importe quel autre parent et peut faillir à sa mission dans l'exercice de son devoir qui lui est assigné par la loi à l'égard de l'adopté à travers quelques comportements. L'adoption plénière en droit français comme indiqué précédemment est définitive ; l'enfant adopté ne pourrait pas être juridiquement adopté une nouvelle fois, du moins sous la forme plénière, ni confié à titre définitif comme pupille de l'État, et encore moins retourner dans sa famille d'origine, si toutefois il en

³²⁷ -Art. 372 alinéa 1 du Code civil dispose que : « Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale ».

avait une, car la rupture avec celle-ci est définitive. En revanche, la délégation volontaire de l'autorité parentale de l'adoptant ou son retrait forcé sont envisageable.

Certains évènements peuvent conduire l'adoptant à déléguer l'autorité parentale à une tierce personne. L'adoptant peut saisir le juge aux affaires familiales pour demander la délégation de l'autorité parentale à un membre de la famille ou une personne proche digne de confiance, ou à un établissement agréé pour le recueil des enfants, ou bien à un service départemental de l'aide sociale à l'enfance. En cas de désintérêt manifeste de l'adoptant ou s'il est incapable d'exercer l'autorité parentale la délégation de l'autorité parentale est dans ce cas la, forcée. Le juge est saisi par l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance ³²⁸ qui a recueilli l'enfant ou par un tiers ou un membre de la famille.

B-L'autorité parentale du *kafil* détachée de la filiation

Lorsque la *kafala* est établie au nom du *kafil*, celui-ci l'exerce unilatéralement. C'est un principe posé par la loi. Comme nous l'avons précisé précédemment, le mariage du *kafil* n'a aucune incidence sur la *kafala*³²⁹. Rappelons également que cette disposition constitue une des insuffisances de la *kafala* à l'égard du conjoint du *kafil* sans préciser si elle reviendra en cas de divorce ou de décès du conjoint du *kafil* à l'autre conjoint comme c'est le cas pour les parents biologiques³³⁰.

Si toutefois, la *kafala* est établie au nom des deux époux l'autorité parentale est exercée par les deux conjoints *kafils*. Mais la loi

³²⁸ -L'aide sociale à l'enfance (A.S.E.) désigne, en France, une politique sociale menée dans le cadre de l'action sociale, définie par l'article L 221-1 du Code de l'action sociale et des familles. Ce terme désigne aussi le service proprement dit qui, dans tel ou tel conseil général, met en place cette politique. Certains établissements comme les clubs de prévention spécialisée, bien qu'en général gérés par des associations, peuvent être investis d'une mission de service public A.S.E. La définition des missions de l'A.S.E. (dont la prévention spécialisée) est complétée par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance.

³²⁹ -V *supra*.p 157 et s.

³³⁰ -Le droit de la famille algérien attribue exclusivement la *wilaya* « l'autorité parentale » au père et après son décès à la mère. La mère n'a aucun droit légal sur l'enfant, sauf celui de l'allaiter et de l'éduquer, elle ne pourra donc pas agir au même titre que le père sur des questions concernant son enfant. Elle ne devient tutrice légale de plein droit qu'au décès de son époux ou après le divorce.

algérienne ne précise pas si l'autorité parentale est partagée à égalité entre les deux *kafils*.

Comme il a été précisé auparavant, le *kafil* doit accomplir le devoir de protéger l'enfant et de l'éduquer convenablement, il doit également assurer sa protection physique et morale. Le manquement à ses devoirs entraîne sa responsabilité civile et pénale³³¹.

Cependant, le *kafil* peut faillir à ses devoirs dans l'exercice de l'autorité parentale comme il peut y avoir un motif grave justifié par l'intérêt de l'enfant de le déchoir de l'autorité parentale. La question qui se pose est de savoir les conséquences de cette déchéance sur la *kafala*. La *kafala* sera-t-elle maintenue ou annulée ? Peut-on envisager un démembrement de l'autorité parentale ?

Il faut dire, que le droit algérien n'a pas indiqué les conséquences de la déchéance de l'autorité parentale du *kafil* sur la *kafala* et particulièrement les effets sur la concordance des noms. Il faut toutefois rappeler que les nouvelles dispositions du code de procédure civile et administrative algérien donnent le droit à toute personne intéressée de faire une demande de déchéance de l'autorité parentale (*wilaya*)³³².

Si une décision de déchéance de l'autorité parentale du *kafil* est prononcée par le tribunal, cela entraînera indubitablement la révocation de la *kafala* car la relation principale entre le *kafil* et le *makfoul* est bien cette *wilaya* ; la question reste problématique pour l'enfant sans filiation qui a bénéficié de la concordance des noms.

Paragraphe3 - Droit successoral

Le régime juridique du droit algérien des successions provient, nous l'avons vu, des textes coraniques, clairs, ne laissant place à

³³¹ V.*supra* .p.114.

³³² -V.*supra* .p.134 et s

aucune équivoque ;³³³ Ses prescriptions ont un caractère impératif et d'ordre public, on ne peut donc y déroger .La base du droit successoral en islam est le lien familial consanguin issue d'une relation légitime, et la qualité de l'époux. L'enfant *makfoul* n'a pas le droit à la succession mais en vertu de la *kafala*, il peut bénéficier d'un legs testamentaire (A). L'adoption plénière confère à l'adopté et à ses descendants les droits successoraux identiques à ceux qu'auraient les enfants biologiques (B).

A- La *kafala* confère le droit testamentaire

Comme énoncé antérieurement, l'article 126 du Code de la famille algérien désigne les bases de la vocation héréditaire qui sont la parenté et la qualité de conjoint ; pour la parenté, il s'agit de la parenté qui découle du lien de filiation consanguine. L'enfant *makfoul* affilié à son *kafil* par la concordance des noms, nous l'avons vu, ne peut prétendre à un droit de succession par absence de filiation consanguine³³⁴.

Il faut rappeler que les alternatives prévues dans le droit algérien visent à éviter la rigueur et l'inflexibilité des textes sur les successions, pour protéger les intérêts de l'enfant *makfoul*. Le *kafil* peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant *makfoul* et au delà de ce tiers, le testament est nul et sans effet, sauf consentement des héritiers.

Le *kafil* dispose le droit de léguer ou de faire donation de ses biens à son enfant *makfoul* dans la limite du tiers. Cette disposition constitue une absurdité juridique de la part du droit algérien qui va à l'encontre de la constitution et de la volonté du donateur et une discrimination à l'égard de l'enfant *makfoul*.

³³³ -Le droit successoral en droit musulman est un droit voulu par Dieu et non fondé par la volonté humaine .Voir, MILLIOT L, BLANC F P. , *op.cit.*, p. 451.

³³⁴ -*V.supra* .p.115 et s.

Toujours selon le droit algérien l'enfant *makfoul* peut également bénéficier d'un testament de son *kafil* qui ne peut dépasser le tiers des biens. Toutefois, rappelons également queles autres héritiers du *kafil* peuvent ratifier le dépassement du tiers au profit de l'enfant *kafil*. C'est pourquoi, comme indiqué ci-dessus, beaucoup de *kafils* évitent ces dispositions et choisissent de mettre leurs biens acquis directement au nom de l'enfant *makfoul*.

B- L'adoption plénière confère le droit successoral

Le droit successoral est l'un des droits attachés à l'adoption plénière ; il s'ouvre par la mort de l'adoptant³³⁵. L'article 734 du Code civil institue quatre ordres successifs de parents susceptibles d'être appelés à la succession. Chacune des catégories constitue un ordre d'héritiers qui exclut les suivants. L'adopté est placé dans la succession en ligne directe du défunt ; dans la hiérarchie héréditaire, il est considéré comme descendant de l'adoptant défunt. Il peut exclure tous les autres membres de la famille du défunt. Si l'adoptant laisse plusieurs enfants, ceux-ci se partageront la succession en pleine propriété par parts égales. Toutefois, si l'adopté est prédécédé, en laissant des descendants, ceux-ci le remplaceront par représentation.

Cependant, la transmission du droit successoral a un caractère optionnel : l'adopté en tant qu'héritier bénéficie d'un droit d'option d'accepter ou non la succession³³⁶.

³³⁵- Art. 720 du Code Civil qui dispose : « Les successions s'ouvrent par la mort, au dernier domicile du défunt » .Les conséquences de ce principe sont :

1-la dévolution des biens ne s'opère qu'au moment du décès de l'adoptant .

2-la date d'ouverture de la succession est précisément à l'instant du décès de l'adoptant .

3-le lieu d'ouverture de la succession est le domicile du défunt (adoptant). La détermination du lieu a pour but de déterminer la compétence judiciaire du tribunal

³³⁶-L'héritier selon l'article 771 du Code civil a un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession pour opter. A l'issu de ces quatre mois, il peut être sommé de prendre parti par acte extrajudiciaire. A défaut de sommation, il conserve sa faculté d'opter. L'option est libre, indivisible et rétroactive. Toutefois avant le droit d'opter, l'adopté héritier peut effectuer des actes purement conservatoires ou de surveillance tels que :

1-Le paiement des frais funéraires, des impôts dus par le défunt, des loyers et autres dettes successorales urgentes.

2-L'acte destiné à éviter l'aggravation du passif successoral.

Si l'adopté héritier se trouve avec d'autres héritiers, ils sont tous placés dans une situation d'indivision successorale jusqu'au partage de la succession. L'adopté pourra ensuite demander la liquidation puis le partage de la succession³³⁷.

Il faut, néanmoins, indiquer que l'héritier qui accepte purement et simplement la succession,³³⁸ recueille les biens du défunt à concurrence de la part qui lui revient et devra supporter tous les frais de la succession et payer toutes les dettes que le défunt aurait laissées, même au-delà de la valeur des biens dont il hérite³³⁹. Toutes les dettes du défunt deviennent celles de l'héritier³⁴⁰, sauf celles attachées à la personne du défunt³⁴¹. Dans le cas où l'héritier refuse la succession, il n'est pas tenu au paiement des dettes et charges de la succession ; il est alors censé n'avoir jamais été héritier.

En ce qui concerne le droit successoral, les deux institutions sont foncièrement différentes.

3- Le recouvrement des fruits et revenus de biens successoraux ou la vente des biens périssables, à charge de justifier que les fonds ont été employés à éteindre les dettes visées au 1° ou ont été déposées chez un notaire consignés.

³³⁷ Art. 721 du Code civil, modifié par loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 - art. 18 JORF 4 décembre 2001 en vigueur le 1er juillet 2002 disposant que : « Les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités.

Elles peuvent être dévolues par les libéralités du défunt dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire ».

³³⁸ Art. 782 du Code civil, modifié par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 qui dispose que : « L'acceptation pure et simple peut être expresse ou tacite. Elle est expresse quand le successible prend le titre ou la qualité d'héritier acceptant dans un acte authentique ou sous seing privé. Elle est tacite quand le successible saisi fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter et qu'il n'aurait droit de faire qu'en qualité d'héritier acceptant ».

³³⁹ Art. 785 du Code civil modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 qui énonce que : « L'héritier universel ou à titre universel qui accepte purement et simplement la succession répond indéfiniment des dettes et charges qui en dépendent. Il n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes ». Selon l'article 786 du même Code il ne peut plus renoncer à la succession ni l'accepter à concurrence de l'actif net.

³⁴⁰ - Il peut toutefois déclarer qu'il n'entend prendre cette qualité qu'à concurrence de l'actif net. (Art.787 du Code civil modifié par la loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 1 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007)

³⁴¹- En revanche, l'héritier ayant accepté purement et simplement la succession peut demander à être déchargé en tout ou partie de son obligation à une dette successorale qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation, lorsque l'acquiescement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel. L'héritier doit introduire l'action dans les cinq mois du jour où il a eu connaissance de l'existence et de l'importance de la dette (Art.786 du Code civil).

En conséquence, la *kafala*, garantit le droit de l'enfant *makfoul* à recevoir son bien légué avant même les droits des héritiers puisque le legs testamentaire est exécuté après acquittement des frais des funérailles et des dettes et avant même l'ouverture de la succession aux héritiers. Or pour l'adoption, l'adopté héritier acceptant la succession risque de supporter toutes les charges relatives à la succession ainsi que les dettes laissés par le défunt .

Paragraphe4 -La révocabilité

Il faut rappeler que la *kafala* peut être révoquée à tout moment aussi bien par les parents biologiques de l'enfant *makfoul* que par le *kafil* et également par la direction de l'assistance sociale³⁴². Il a été souligné que cette disposition a conduit l'enfant *makfoul* à une précarité juridique et forme l'une des grandes insuffisances de la *kafala* (A). Il est clair qu'en droit français l'adoption plénière a un caractère définitif et ne peut faire l'objet d'une action d'annulation puisqu'elle entraîne la rupture totale des liens de filiation de l'enfant avec sa famille d'origine (B).

A- Le caractère révocable de la *kafala*

Comme il a été indiqué précédemment, la *kafala* d'un enfant avec filiation fait maintenir le lien de filiation entre l'enfant *makfoul* et sa famille d'origine. La *kafala* est révocable à tout moment et sans motifs. La révocabilité de la *kafala* entraîne la perte de tous les droits de l'enfant *makfoul* à l'égard du *kafil*, celui-ci se trouve affranchi de toute obligation à son égard, tant dans l'ordre des rapports personnels que des rapports pécuniaires, en l'occurrence l'obligation parentale d'entretien. La facilité de révocation de la *kafala* entraîne parfois des abus de la part de certains *kafils* qui sans motifs justifiés abandonnent l'enfant.

³⁴² V *supra*.p.134

Pour l'enfant sans filiation, comme indiqué ci-dessus, ceci constitue une véritable problématique car l'enfant va se retrouver encore une fois abandonné ce qui est contraire au principe général qui consiste à donner une protection pour l'enfant jusqu'à sa majorité.

Par ailleurs, la révocation de la *kafala* peut s'avérer dramatique pour l'enfant *makfoul*. En effet, l'enfant peut subir les effets de séparations de son *kafil* qui sont souvent dramatiques sur le plan individuel. Cette séparation peut être une épreuve très douloureuse.

B-L'irrévocabilité de l'adoption plénière

Dans l'adoption plénière l'enfant adopté est pleinement intégré dans sa nouvelle famille³⁴³; il a les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant légitime. L'intégration est totale et absolue tant dans les rapports patrimoniaux comme dans les rapports extrapatrimoniaux : l'état-civil de l'adopté est modifié³⁴⁴. L'adoption confère à l'enfant adopté le nom de l'adoptant (du mari en cas d'adoption par deux époux). À la demande de l'adoptant, le tribunal peut modifier les prénoms de l'enfant (Art.357 du Code civil).L'adoption plénière confère le droit à une vocation alimentaire et la vocation successorale réservataire.

Selon l'article 359 du Code civil, l'adoption plénière est irrévocable. En ce qui concerne cette question les deux institutions sont fondamentalement différentes. Néanmoins, le caractère définitif de l'adoption plénière peut peser lourdement en cas d'échec de l'adoption sur les parents adoptifs. Le droit français pose en effet comme principe que l'enfant adopté ne peut être adopté une seconde fois .Il ne peut réintégrer sa famille d'origine, ni redevenir pupille de l'Etat. Le principe de l'irrévocabilité de l'adoption plénière forme véritablement un obstacle

³⁴³ -Voir DEBOVE F., SALOMON R, JANVILLE T, Droit de la famille, 8^{ème} éd. éd.Vuibert, p.410.

³⁴⁴ -L'acte de naissance originaire de l'enfant adopté est annulé, la mention « adoption » est enregistrée (Art. 354 du Code civil). Un nouvel acte de naissance est établi par transcription du jugement d'adoption sur les registres de l'état civil. Les extraits sont délivrés à partir de cette transcription : jour, heure et lieu de naissance, sexe et prénoms résultant du jugement, nom et prénoms des adoptants. La transcription ne contient aucune indication relative à la filiation biologique de l'enfant.

au prononcé d'une autre adoption plénière de l'enfant. Ainsi, le caractère irrévocable de l'adoption plénière ne peut être remis en cause même en cas d'échec de celle-ci ou en cas de décès des deux conjoints adoptants. En conséquence, il interdit la perte de la filiation puisqu'elle a un caractère absolu et définitif.

L'adoption en droit français reste très attachée à la filiation³⁴⁵. Or la question ne concerne pas la perte de la filiation de l'enfant mais de prise en charge de l'enfant pour l'éduquer et le protéger en cas d'échec de l'adoption ou en cas de décès des deux conjoints adoptants car les parents adoptifs vont se comporter comme tous les autres parents.

Section deuxième - *Kafala* et adoption simple

Dans la jurisprudence française, certaines décisions permettaient la transformation de la *kafala* en adoption simple car les deux institutions n'opèrent pas de rupture totale et irrévocable des liens de filiation préexistants. Par arrêt du 15 février 2005³⁴⁶, la cour d'appel de Toulouse a prononcé la transformation d'une *kafala* en adoption simple. Également, la cour d'appel de Reims a admis la conversion d'une *kafala* en adoption simple par arrêt rendu le 2 décembre 2004³⁴⁷. Les deux arrêts ont considéré que ces deux institutions étaient proches. Mais la cour de Cassation a cassé le 10 octobre 2006 au visa de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil ³⁴⁸ces deux arrêts qui ont été rendus suite à une saisie de deux pourvois dans l'intérêt de la loi formulés par le procureur général contre les dites décisions des juridictions du fond qui avaient prononcé des décisions d'adoption simple d'enfants recueillis par *kafala*. En dépit de la règle de conflit de

³⁴⁵ -La loi du 5 juillet 1996 permet toutefois le prononcé d'une adoption simple d'un enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière s'il est justifié de motifs graves. Dans ce cas, il peut s'agir d'un échec de l'adoption.

³⁴⁶ -CA Toulouse, 15 févr. 2005.

³⁴⁷ -CA Reims, 4 déc. 2004.

³⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 10 oct. 2006 (2 esp.), n° 06-15.264 et n° 06-15.265, bull. civ. I n°431 et 432.

lois clairement posée dans l'article 370-3alinéa 2 du code civil. C'est ainsi que la première chambre civile de la Cour de cassation a affirmé dans l'arrêt cassant l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse que : « Attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ;

Attendu que les époux A. titulaires d'un agrément délivré le 4 avril 2000 pour une durée de cinq ans, ont recueilli en *kafala*, par un jugement algérien du 30 décembre 2003, l'enfant Hichem, né le 28 juin 2002 en Algérie et abandonné par sa mère biologique ; qu'ils ont saisi le juge français d'une requête en adoption plénière de l'enfant ;

Attendu que pour prononcer l'adoption simple, subsidiairement demandée en appel, l'arrêt attaqué, après avoir relevé que la loi personnelle de l'enfant, interdisait l'adoption, retient que la loi algérienne, sous le nom de *kafala* ou recueil légal, connaît une institution aux effets similaires à ceux d'une adoption simple ; Qu'en statuant ainsi, alors que, selon ses propres constatations, la loi algérienne interdit l'adoption, que la *kafala* n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé”.

Toutefois, certains juristes affirment la similitude entre la *kafala* et l'adoption simple. Ainsi, pour Madame Ait ZAI Nadia, la *kafala* n'est en réalité qu'une adoption simple³⁴⁹. S'agissant de la concordance des noms, elle précise que : « La *kafala* est une adoption simple. Comme l'adoption simple, la concordance de noms entre le *kafil* et le *makfoul* ne crée pas et n'est pas constitutive de filiation légitime ».

Madame Alima BOUMEDIENE-THIERY atteste que : « La *kafala* judiciaire est un parcours sécurisé, encadré et structuré qui permet le placement d'un enfant abandonné dans un foyer, sous le contrôle strict

³⁴⁹-AIT ZAI N.,Revue CIDDEF, *op.cit.*, 2008 ,p .18.

d'un juge. Il s'agit en réalité d'une mesure proche, quant à ses effets, de l'adoption simple »³⁵⁰.

En revanche, certains juristes affirment que la *kafala* n'est pas analogue à l'adoption simple soutenant ainsi la position de la Cour de cassation. Pour Monsieur FULCHIRON Hugues, la *kafala* ne peut être assimilé à une adoption simple il précise « qu'il n'y a pas d'équivalence entre les deux institutions, ni dans leurs fondements, ni dans leurs effets »³⁵¹.

Comme pour la plénière, nous analyserons la filiation (paragraphe 1), l'autorité parentale (paragraphe2), le droit successoral (paragraphe3) et en dernier la révocabilité (paragraphe 4).

Paragraphe 1 -La *kafala* crée une filiation concordante uniquement pour l'enfant sans filiation

Comme il a été indiqué précédemment, la *kafala* confère le nom par la concordance de nom exclusivement pour l'enfant sans filiation³⁵². Elle lui attribue une filiation nouvelle qui concorde avec la filiation du *kafil* (A). L'adoption simple confère le nom résultant de la filiation en l'ajoutant au nom de l'adopté (B).

A- La *kafala* confère le nom à l'enfant dont la filiation est inconnue

Le droit algérien, nous l'avons vu, attribue le nom du *kafil* à l'enfant sans filiation. Ainsi, l'enfant *makfoul* acquiert une nouvelle filiation et il ne s'agit nullement d'une adjonction du nom du *kafil* au nom du *makfoul*. Pour Madame AIT ZAI Nadia, le changement de nom prévu par le décret de concordance de noms et transcrit sur l'acte de

³⁵⁰-Question orale sans débat n° 0202S de Mme Alima Boumediene-Thiery .Voir le site <http://www.senat.fr/questions/base/2008/qSEQ08040202S.html>

³⁵¹- FULCHIRON H., Revue Cideff, n° 18,p. 26.

³⁵² V.*supra* .p 127

naissance de l'enfant *makfoul*, « crée un lien de filiation entre le *kafil* et le *makfoul* comme l'adoption simple »³⁵³.

Toutefois, soulignons encore une fois que la *kafala* ne crée pas de filiation originelle comme dans l'adoption simple, puisqu'elle ne place pas l'enfant *makfoul* dans l'arbre généalogique du *kafil* : l'enfant *makfoul* n'a pas de droit successoral à l'égard du *kafil* comme dans l'adoption simple.

Formellement, le nom patronymique du *kafil* est conféré au *makfoul*, qui ne portera que celui-ci. L'enfant *makfoul* de parent inconnu, ou lorsque la mère biologique renonce à son enfant, ce dernier ne gardera aucun lien juridique avec sa mère : il s'agit incontestablement d'un renoncement définitif à sa vraie filiation au profit d'une nouvelle filiation juridique identique à celle de la filiation du *kafil*.

B-L'adoption simple confère une deuxième filiation à l'adopté

Selon les dispositions énoncées dans les articles 343 à 366 du Code civil régissant l'adoption simple, et contrairement à l'adoption plénière, celle-ci ne fait pas rompre les liens juridiques avec la famille de naissance de l'adopté. Cependant, elle confère une deuxième filiation à l'adopté. La filiation de l'adoptant est ajoutée à la filiation de l'adopté. Par conséquent, le nom de l'adoptant est ajoutée à celui de l'adopté. Le nom conféré à l'adopté dans l'adoption simple est sans incidence sur le nom des autres enfants et inversement. La loi du 18 juin 2003 a pour effet de limiter à deux le nombre de noms conférés à la personne adoptée en la forme simple alors que la loi du 4 mars 2002 pouvait aboutir à donner quatre noms intégralement transmissibles, dès lors que l'adopté et adoptant auraient porté un nom double.

Lorsque l'adoptant et l'adopté portent un nom double, ou au moins l'un d'eux, portent un double nom de famille, le nom conféré à l'adopté

³⁵³ -AIT ZAI N., Revue, Cideff n° 17 ,p. 18.

résulte de l'adjonction du nom de l'adoptant à son propre nom, dans la limite d'un seul nom pour chacun d'eux. Le choix du nom adjoint ainsi que l'ordre des deux noms appartient à l'adoptant, qui doit recueillir le consentement personnel de l'adopté âgé de plus de treize ans. En cas de différend ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom de l'adoptant au premier nom de l'adopté (Art. 363 du Code civil) ³⁵⁴.

L'enfant adopté conserve également ses droits de succession dans sa famille d'origine et jouira des mêmes droits dans sa famille adoptive comme tout autre enfant dont la filiation aura été légalement établie. Toutefois, à la différence d'un autre enfant, il n'aura pas la qualité de réservataire dans la succession des ascendants (père, mère, grands-parents) du ou des adoptants.

L'étude de la jurisprudence en France antérieures à la décision du 10 octobre 2006, concernant l'adoption d'enfants recueillis par *kafala*, montre que la cour de Cassation semblait admettre que le juge puisse s'affranchir des limites de la loi nationale pour apprécier le consentement même de la *kafala*. Ainsi, la cour d'appel de Toulouse a autorisé, le 22 novembre 1995³⁵⁵, la transformation d'une *Kafala* en adoption simple, estimant que ces deux institutions étaient assimilables.

En dépit de la loi de 2001 qui interdit l'adoption d'un enfant mineur dont sa loi personnelle prohibe l'adoption, les juridictions françaises continuent à prononcer l'adoption simple d'un enfant recueilli en *kafala*. Un jugement rendu le 24 novembre 2003 par le Tribunal de Grande Instance de BEAUVAIS³⁵⁶ avait prononcé l'adoption simple d'un enfant algérien recueilli en *kafala*. La cour d'appel d'Amiens a confirmé cette décision en date du 5 mai 2004³⁵⁷ en

³⁵⁴ - Art. 363, modifié par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 –art.12 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (JORF n°0114 du 18 mai 2013).

³⁵⁵-CA Toulouse, 22 nov 1995.

³⁵⁶ TGI Beauvais, 24 nov. 2003.

³⁵⁷ -CA Amien, 5 mai 2004.

affirmant que : « Attendu que le deuxième alinéa de l'article 370-3 du Code civil prévoit des règles spécifiques relatives à l'adopté en disposant que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France;

Attendu, cependant, que s'il est de nationalité algérienne, Farid X..., qui est né le 24 février 1982, était majeur à la date de la requête en adoption simple; Que les dispositions du deuxième alinéa de l'article 370-3 du Code civil qui visent explicitement l'adoption d'un mineur étranger, ne lui sont donc pas applicables; Qu'en conséquence, les conditions de l'adoption sont régies par les seules dispositions du premier alinéa de l'article précité, c'est à dire , en l'espèce, la loi française;

Attendu que M. Abdelkader X... est né le 9 janvier 1939 et Mme Rékia Y... le 18 août 1946; que leur mariage a été célébré le 31 octobre 1961; que Farid X... est né le 24 février 1982; qu'il est donc satisfait aux conditions des articles 343 et 344 du Code civil; Attendu que Farid X..., qui est titulaire d'un certificat de résidence expirant le 23 février 2010, a personnellement consenti à l'adoption le 24 juin 2003 devant le greffier en chef du Tribunal d'Instance de BEAUVAIS; Que l'enfant commun de M et Mme X... , Fatma X... épouse BENNEDJMA, est majeur ; qu'il n'apparaît pas que l'adoption simple serait de nature à compromettre la vie familiale;

Attendu qu'il existe un intérêt affectif ancien, dès lors que Farid X... est accueilli par M. et Mme X... depuis 1982 et qu'il leur a été confié par jugement de *kafala* du Tribunal de Sidi Bel Abbes du 25 juillet 1996;

Attendu que, dans ces conditions, l'adoption simple est conforme à l'intérêt de l'adopté.

Dans l'adoption simple, les liens de filiation préexistants ne sont pas rompus. La *kafala* d'un enfant avec filiation, les liens de filiation préexistants ne sont pas non plus rompus. Les deux institutions n'entraînent pas la perte de la filiation originale; l'enfant garde sa filiation d'origine et reste attaché à sa famille d'origine ; héritera d'elle en cas de décès, elle héritera de lui en cas de décès de l'enfant.

Si sur ce point, il semble que l'adoption simple et la *kafala* sont tout au moins similaires car elles n'opèrent pas de rupture des liens de filiation préexistants .Cependant, le fondement et les effets sont totalement différents dans l'une comme dans l'autre.

L'adoption simple crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté. Les effets de cette filiation sont presque les mêmes que la filiation biologique. Or la *kafala* ne crée pas de lien de filiation similaire au lien de la filiation biologique et n'entraîne pas les mêmes effets.

Paragraphe 2 -L'autorité parentale

En principe l'autorité parentale s'exerce dès lors que la filiation est établie. La *kafala*, nous l'avons vu, est caractérisée par son défaut de création de lien de filiation, mais le droit algérien confère la *wilaya* parentale (l'autorité parentale) totale, attribut de la filiation, au *kafil* qui assure la prise en charge de l'enfant (A). L'adoption simple confère à l'adoptant l'autorité parentale exclusive quand bien même l'adopté garde le lien de filiation avec sa famille d'origine (B).

A- La *kafala* confère la *wilaya* parentale exclusive au *kafil*

Comme indiqué ci-dessus, la *kafala* confère au *kafil* la *wilaya* parentale³⁵⁸. Il faut rappeler aussi que cette question reste problématique concernant la *wilaya* parentale des parents d'origine de l'enfant *makfoul*. Le droit algérien attribue l'autorité parentale au *kafil*

³⁵⁸ V.*supra*.p.107

sans préciser les conséquences juridiques par rapport à leur autorité parentale à l'égard de leur enfant confié en *kafala*. Il ne précise pas si les parents (le père après son décès la mère) de l'enfant *makfoul* perdent cette autorité, ou bien ils la conservent partiellement, ou alors ils la délèguent totalement au *kafil* sachant que le droit algérien a manqué de mettre en place les repères juridiques nécessaires sur l'exercice de l'autorité parentale³⁵⁹. C'est pourquoi, certaines décisions de la justice française rapprochent la *kafala* de la délégation de l'autorité parentale. Dans une espèce qu'elle a jugé, la cour de Cassation précise que : « Qu'en droit français l'adoption crée un lien de filiation entre l'adopté et le ou les adoptants qui se manifeste dans l'adoption simple par un cumul puisqu'à la filiation biologique qui subsiste, s'ajoute la filiation adoptive ; que force est de constater que le droit marocain ne connaît pas cette « institution », ce qui ne permet pas aux parents de « consentir » à une adoption de leur enfant ; que l'acte de *kafala* qui est produit s'apparente d'ailleurs à la délégation de l'autorité parentale en droit français, mais ne contient rien qui ressemble à un consentement de l'adoption »³⁶⁰.

En revanche, une décision du conseil d'Etat rendu le 18 juin 2008 mentionne l'autorité parentale. Le juge précise que : « Considérant que M. A, de nationalité française, s'est vu confier par acte dit de *kafala* du 31 mars 2001, dressé par jugement du tribunal de N'Gaous (Algérie), l'autorité parentale sur ses trois sœurs³⁶¹.

Or la *kafala* ne peut être résumé en un seul effet, qui est l'autorité parentale et encore moins en délégation de l'autorité parentale car les effets de la *kafala* sont plus importants que les effets d'une simple délégation de l'autorité parentale.

³⁵⁹ -V *supra*.p.175

³⁶⁰ -CE, 18 juin 2008, n°278663, inédit au rec. Lebon.

³⁶¹ - Conseil d'État .N° 278663 .Inédit au recueil Lebon.

Il est en effet, nécessaire de revenir à l'usage social de la *kafala*. Dans la pratique lorsque la *kafala* est intrafamiliale, ou simplement famille d'accueil, l'autorité parentale est en principe exercé conjointement par les parents et le *kafil*. Dans la *kafala* adoption et quasi adoption, l'autorité parentale est de toute évidence exercé totalement par le *kafil*.

Il semble bien que la *kafala* est une forme de parentalité sans filiation. En effet, la *kafala* se particularise de l'adoption car elle ne concerne pas la filiation comme telle, mais s'attache à l'exercice de la *wilaya* parentale conçue comme une notion détachée du lien de filiation.

B-L'adoption simple confère l'autorité parentale exclusive à l'adoptant

L'adoption simple permet à l'adoptant d'exercer l'autorité parentale à l'égard de l'adopté de façon exclusif et intégrale. Pour l'obligation alimentaire, l'adoptant est tenu de cette obligation envers l'adopté. Les parents biologiques de l'adopté sont également tenus de l'obligation alimentaire envers leur enfant, mais de façon secondaire.

Le droit français prend en considération le cas où l'adopté est l'enfant du conjoint de l'adoptant, dans ce cas là, l'autorité parentale appartient aux deux parents. Toutefois, l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est possible que sur déclaration conjointe de l'adoptant et de son conjoint devant le greffier du tribunal de grande instance (Art. 365 Code civil français)³⁶².

Il faut toutefois souligner que l'autorité parentale vise en premier lieu l'intérêt de l'enfant mineur. Comme il a été indiqué précédemment, l'article 371-1 du code civil français définit l'autorité parentale comme étant un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

³⁶²- Art. 365, modifié par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 –art.21

Ce principe est érigé par la convention internationale des droits de l'enfant de 1989 que l'Algérie et la France, nous l'avons vu, ont toutes deux approuvée. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de sa protection.

De ce point de vue la *kafala* et l'adoption simple sont quasiment analogues car les deux institutions confèrent à l'adoptant et au *kafil* l'autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant mineur.

Paragraphe3 - Droit successoral

Contrairement à l'adoption plénière où l'adopté prend toute la place de l'enfant biologique, et jouira des mêmes droits successoraux, tant à l'égard de l'adoptant que des autres membres de la famille bénéficiant de la qualité d'héritier réservataire³⁶³ vis-à-vis des père et mère (ou autres ascendants) de l'adoptant. L'adopté dans l'adoption simple jouit des droits successoraux sans la qualité de réservataire(A). S'agissant de la *kafala*, cette institution, comme indiqué auparavant, ne confère pas le droit successoral car la filiation générée par la *kafala* n'est pas similaire à la filiation biologique qui donne droit à la succession(B).

A-L'adoption simple confère le droit successoral résultant de la filiation sans la qualité de réservataire

L'adopté, dans l'adoption simple, ayant la filiation de l'adoptant bénéficie des droits successoraux prévus par la loi³⁶⁴. Toutefois, l'adopté n'acquiert pas la qualité de réservataire auprès des ascendants de l'adoptant. Les ascendants de l'adoptant ont donc la faculté de l'écarter de leurs successions, c'est ce que précise l'article 368 du Code civil qui dispose que : « L'adopté et ses descendants n'ont cependant pas la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant ».

³⁶³ - Art. 912 du Code civil français : « La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent ».

³⁶⁴ - Droits successoraux prévus au chapitre III du titre Ier du livre III. Article 368 du Code civil modifié par la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 - Art. 9 (JORF du 5 mars 2002).

Cependant, l'adopté, conserve ses droits successoraux dans sa famille d'origine et reste attaché à elle. C'est ce que dispose l'article 364 du code civil en énonçant que : « L'adopté reste dans sa famille d'origine et y conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires ». Mais l'adopté et ses descendants bénéficient des droits successoraux prévus par la loi dans la famille adoptive.

L'adoptant n'hérite l'adopté qu'à défaut de descendants et de conjoint survivant. Pour les biens laissés par l'adopté, la famille d'origine et la famille adoptive récupèrent les biens qu'elles avaient transmis à l'adopté de son vivant. En effet, dans la succession de l'adopté, les biens offerts par l'adoptant ou recueillis dans sa succession reviennent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté, à charge de contribuer aux dettes et sous réserve des droits acquis par les tiers. Les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses père et mère d'origine retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants. Le surplus des biens de l'adopté se divise par moitié entre la famille d'origine et la famille de l'adoptant³⁶⁵.

B- La *kafala* ne confère pas de droit successoral

Le *kafil* peut, nous l'avons vu, donner ses biens à l'enfant *makfoul* de son vivant par la donation dans la limite du tiers³⁶⁶. Le *kafil* peut également faire un legs testamentaire qui ne peut dépasser le tiers des biens, au delà du tiers, la disposition testamentaires est nulle et de nul effet, bien que les autres héritiers du *kafil* peuvent ratifier le surplus du tiers au profit de l'enfant *kafil*³⁶⁷.

Toutefois, comme indiqué précédemment, beaucoup de parents *kafils* évitent ces dispositions et préfèrent mettre leurs biens acquis postérieurement à la *kafala* directement au nom de l'enfant *kafil*. Mais

³⁶⁵ -Art.368 du Code civil modifié par Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 - art. 29 JORF 24 juin 2006 en vigueur le 1er janvier 2007 .

³⁶⁶ -V *supra*.p.121

³⁶⁷ -V *supra*.p.119

cette manœuvre juridique s'avère dangereuse pour le *kafil* car d'une part le *kafil* ne peut prétendre au droit de révocation pour cause d'ingratitude comme c'est le cas dans la donation entre parents et enfants³⁶⁸. D'autre part il ne peut hériter de l'enfant *makfoul* dans le cas où ce dernier décéderait.

Par ailleurs, si l'enfant *makfoul* a une filiation établie, il préservera sa qualité d'hériter dans sa famille d'origine, sa famille l'hériterà à son décès. En ce qui concerne la question de l'héritage les deux institutions sont foncièrement différentes.

Paragraphe 4 - La révocabilité

Ce qui caractérise l'adoption simple est son caractère révocable contrairement à l'adoption plénière qui reste irrévocable. Toutefois, l'adoptant doit justifier des motifs graves à sa demande (A). Il a été indiqué précédemment que la *kafala* cesse de produire ses effets non seulement à la majorité de l'enfant *makfoul* mais également lorsqu'elle est révoquée sans motifs valables(B).

A- La révocabilité de l'adoption simple justifiée de motifs graves

L'adoption simple peut être révoquée³⁶⁹ pour motifs graves justifiés. La demande de révocation peut être formulé par l'adoptant ou l'adopté ou, lorsque ce dernier est mineur, par le ministère public ; l'article 370 du Code civil dispose que : « S'il est justifié de motifs graves, l'adoption peut être révoquée, à la demande de l'adoptant ou de l'adopté, ou, lorsque ce dernier est mineur, à celle du ministère public. La demande de révocation faite par l'adoptant n'est recevable que si l'adopté est âgé de plus de quinze ans. Lorsque l'adopté est mineur, les père et mère par le sang ou, à leur défaut, un membre de la famille

³⁶⁸ - L'article 211 du Code de la famille algérien dispose que « Les père et mère ont le droit de révoquer la donation faite à leur enfant quel que soit son âge, sauf dans les cas ci -après... »

³⁶⁹ -La révocabilité de l'adoption simple a été introduite dans le code civil par la loi du 23 juin 1923 et conservée par la loi du 11 juillet 1966.

d'origine jusqu'au degré de cousin germain inclus, peuvent également demander la révocation »³⁷⁰.

Cependant, le droit français a posé certaines conditions à cette révocation. Ainsi, la demande de révocation faite par l'adoptant n'est recevable que si l'adopté a plus de quinze ans et doit justifier de motifs graves. L'appréciation relève du pouvoir souverain des juges du fond. Parmi les motifs avancés par l'adoptant que les tribunaux français prennent en considération, le comportement injurieux ou délictueux de l'adopté à l'égard de l'adoptant. Dans une espèce qu'elle a jugé, la cour de Cassation déclare que : « l'adoption peut être révoquée à la demande de l'adoptant pour motifs graves ; qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que Monsieur Y... Y... Z... A... a porté plainte à la gendarmerie le 7 octobre 2004 pour des faits de viol et attouchements sexuels qui se seraient répétés entre 1996 et 1998 puis à son retour en France en 2000 par son père adoptif, Monsieur X..., accusations gravissimes et injurieuses que l'enquête minutieuse qui a été menée n'a pu corroborer, la plainte ayant été classée sans suite ; qu'en estimant que les accusations gravissimes et injurieuses de Monsieur Y... Y... Z... A... à l'encontre de son père adoptif qui lui ont valu de la prison, qu'aucun élément de l'enquête n'a pu corroborer, ne constituaient pas des motifs graves de révocation de l'adoption, la cour d'appel a violé les articles 1315 et 370 du Code civil »³⁷¹.

De son côté, l'adopté peut faire valoir l'humiliation que lui inflige l'adoptant dans l'exercice de l'autorité parentale ou son attitude offensante, à condition qu'elle rende impossible le maintien des liens créés par l'adoption. La révocation est prononcée par le tribunal de grande instance. La décision du tribunal fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'adoption (Art. 370-2 du Code civil) dès lors que le

³⁷⁰ Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption.

³⁷¹ -Civ.1^{ère}, 1 juil. 2009, n° de pourvoi 08-16067 : RJPJF 2009, n°11, p. 25.

jugement la prononçant acquiert l'autorité de la force de chose jugée. Le jugement n'est pas rétroactif.

B- La révocabilité de la *kafala* sans motifs justifiés

La *kafala* , nous l'avons vu , peut être révoquée à tout moment aussi bien par les parents biologiques de l'enfant *makfoul* que par le *kafil* .La direction de l'assistance sociale a le droit également de demander la révocation de la *kafala* pour l'enfant sans filiation ou abandonné.

Rappelons que le droit algérien ne pose aucune conditions pour la révocation de la *kafala* .Ce pouvoir arbitraire conféré au *kafil* compromet l'enfant *makfoul*, particulièrement l'enfant sans filiation et l'expose à un futur incertain. L'enfant mineur est dans ce cas renvoyé à la direction de l'assistance sociale.

La *kafala* cesse de produire ses effets dès la révocation prononcée par le tribunal. Toutefois, lorsque la demande de la révocation de la *kafala* faite par les parents biologiques de l'enfant *makfoul*, la révocation ne peut être prononcée que compte tenu de l'intérêt de l'enfant *makfoul* lorsqu'il est dépourvu de discernement. Si l'enfant *makfoul* a atteint l'âge de discernement qui en droit algérien est de 13 ans (Art. 42 alinéa 2 du Code civil algérien) comme indiqué précédemment, le juge prend en considération cette fois ci la d'avis de l'enfant *makfoul*.

La demande de révocation de la *kafala* est introduite devant la juridiction qui a attribué la *kafala*. Le ministère public est notifié de cette action, il intervient comme partie principale dans l'action. Avant l'abrogation du Code de procédure civile et administrative, le jugement prononçant la révocation de la *kafala* était doté de l'autorité de la chose jugée, il ne pouvait faire l'objet de recours judiciaire. Aujourd'hui, l'action aux fins de révocation de *kafala*, nous l'avons vu, est instruite à huis clos, le ministère public est entendu dans ses

réquisitions .Le jugement prononçant la fin de la *kafala* peut faire l'objet d'appel.

Sur la question de la révocation, les deux institutions sont pour ainsi dire quasi similaires. Même si les conditions de la révocation sont bien différentes ; en droit français les conditions de la révocation sont plus rigoureuses, le droit algérien ne posant, quant à lui, aucune condition à la révocation de la *kafala*.

Chapitre II- La dénaturation de la *kafala* par le juge français

La loi française, nous l'avons vu, interdit l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle prohibe l'adoption. La cour de Cassation française considère qu'elle a garanti une interprétation appropriée de la loi étrangère et a assuré une application stricte de la loi en France.

Monsieur FULCHIRON Hugues explique que : « La *kafala* permet ainsi la prise en charge de l'enfant *in loco parentis* si l'on ose dire, sans pour autant créer de lien de filiation .Elle ne peut être assimilée à une adoption fut-ce à une adoption simple »³⁷².

Madame Marie-Christine LE BOURSICOT dit que : « La *kafâla*, une notion non qualifiable et non convertible en droit français »³⁷³.

Effectivement, le droit français, ne reconnaît pas la *kafala* sur le plan juridique et n'admet pas son assimilation à une adoption simple, et exclut toute conversion de la *kafala* en adoption. La *kafala* qui n'est ni qualifiable, ni convertible en droit français puisqu'il n'existe pas une institution dans le système juridique de protection français qui lui correspond, a conduit un blocage juridique rendant la question de l'enfant *makfoul* sur le sol français compliquée et problématique.

Les familles recueillant les enfants par *kafala* sont en effet confrontées à un embarras juridique dont elles n'en sortent jamais. D'une part, la France continue encore à accueillir des enfants algériens sans filiation recueillis par *kafala* en vertu de l'accord franco algérien de 1968 qui permet le regroupement familial. D'autres part, ces familles font face à un rigorisme juridique. Ces difficultés commencent déjà par le refus d'obtention de visa d'entrée sur le sol français. Si toutefois, par chance l'enfant *makfoul* obtient le visa d'entrée en

³⁷² - FULCHIRON H., Revue Ciddef, op.cit., p .26.

³⁷³- LE BOURSICOT M-C, *La kafala ou l'adoption en droit musulman* In, Revue lettre juridique ,le périodique algérien du droit, juin 2011,p.22.

France, une grande obscurité et incertitude juridique entourent cet enfant, à commencer par son droit au séjour permanent sur le sol français, ses droits sociaux, sa nationalité, ajoutant à ces difficultés les insuffisances de la *kafala* évoquées précédemment telles que le décès du *kafil*, le divorce du couple *kafils*; l'avenir de l'enfant *makfoul* est ainsi compromis.

Ce rigorisme juridique du droit français à l'égard de la *kafala* ne répond pas aux questions qui intéressent les familles, ni aux intérêts fondamentaux des enfants mineurs recueillis par *kafala*. La stricte inscription de l'adoption dans le répertoire de la filiation telle qu'elle est perçue en droit français défavorise le concept de la *kafala*.

En effet, l'ethnologie des parentés électives en Algérie appelle à amender cette conception de la filiation. Sur cette question, Emilie Barraud précise que : « L'adoption, telle qu'elle est définie en droit français, une institution inscrite dans le registre de la filiation, ne connaît pas d'équivalent en droit marocain et algérien, ce qui n'exclut pas l'existence de formes de parentés sociales (électives) institutionnalisées ou non »³⁷⁴. Si la *kafala* n'est pas inscrite dans le répertoire de la filiation telle qu'elle est perçue en droit français, elle constitue néanmoins une mesure légale d'affiliation, produisant des effets juridiques prenant la forme de droits et de responsabilités de parents à l'égard de l'enfant. La stricte interprétation de la loi algérienne est à ce sens restrictive (section1). L'application systématique de la loi nationale du *kafil* est sans égard pour sa volonté (section2).

³⁷⁴ Emilie BARRAUD, thèse précité, p.18.

Section première - Interprétation restrictive de la loi algérienne par les juges français

Incontestablement, le droit algérien a proclamé dans l'article 46 du Code de la famille algérien l'interdiction de l'adoption par la *Charia* et la loi. Le droit algérien a instauré l'interdiction de l'adoption sans préciser la portée de ce principe, contrairement à la loi marocaine qui selon l'article 149 de la Moudawana dispose que : « l'adoption « *tabani* » est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de l'adoption parentale légitime ». La loi marocaine est plus explicite et rigide que la loi algérienne. Elle affirme l'adoption nulle et sans effets sur la filiation.

Les juges français rejettent les demandes d'adoption plénière ou simple au motif que le droit algérien prohibe l'adoption et que la *kafala* est une institution de droit musulman qui ne crée pas de lien de filiation. Le droit de la famille algérien, nous l'avons vu, n'admet que la filiation découlant du mariage, seul l'enfant conçu pendant le mariage peut prétendre à l'établissement d'une filiation.

Mais certaines dispositions en droit algérien permettent de déduire que le principe de donner ou de perdre la filiation est envisageable. Donner sa filiation est en effet autorisé lorsqu'il s'agit d'un enfant trouvé en lui attribuant une « affiliation » (paragraphe1). Le droit algérien permet l'abandon de la filiation maternelle de l'enfant né hors mariage au profit de la nouvelle filiation qui concorde avec le *kafil* (paragraphe2). Par ailleurs, le droit algérien a ajouté l'article 13 bis du code civil par la loi n° 05-10 du 20 juin 2005³⁷⁵ incluant l'adoption dans une règle de conflits de lois dans l'espace relative à la filiation. Selon cette règle, les conditions et les effets de la *kafala* et de l'adoption sont soumis à la loi nationale du *kafil* et de l'adoptant (paragraphe 3).

³⁷⁵ (JORA n° 44, p. 15).

Paragraphe 1 - L'affiliation « Nisba » de l'enfant trouvé est autorisée en droit algérien

De toute évidence, le statut de l'enfant trouvé nous renvoie pour l'essentiel à la question de sa filiation .De manière générale, les juristes musulmans s'entendent pour affirmer la possibilité d'affiliation de l'enfant trouvé à la personne qui l'a trouvé lorsque la filiation de cet enfant n'a pas été revendiquée par une autre personne dont elle serait le véritable parent. Ce concept de droit musulman donne une affiliation à l'enfant trouvé (A). Le concept de l'affiliation en droit musulman est autorisé en droit algérien (B).

A-L'affiliation « Nisba » de l'enfant trouvé en droit musulman

Au-delà de la filiation , « *nasab* » qui lie l'enfant à ses parents la *nisba* que nous traduisons en terme « affiliation » est un concept islamique qui relie les individus à un groupe , une communauté , ou à une tribu par l'anthroponymie qui lui permettra une identification personnelle car chaque être est nécessairement affilié à une entité anthroponymique qui renvoie à des origines ethniques, religieuses et culturelles .

L'enfant trouvé, souvent un nouveau né, dont les parents sont inconnus, est un enfant abandonné sans filiation .Il doit inévitablement avoir une *nisba*, c'est-à-dire être affilié à un groupe .De manière générale il est affilié à la communauté musulmane lorsqu'il est recueilli par un musulman. L'affiliation permettra à l'enfant trouvé d'être rattaché à une famille ; il portera désormais le nom de la famille qui l'a recueilli. Le recueil de cet enfant confère des droits et impose des obligations à son (inventeur)³⁷⁶.

Si toutefois deux personnes revendiquent la paternité ou la maternité de l'enfant trouvé, selon les juristes, la personne qui réclame la filiation de l'enfant doit la prouver.

³⁷⁶ Louis MILLIOT ,*op.cit.*, p. 397.

Ainsi, le concept de l'affiliation associe l'enfant à une personne ; l'enfant sera intégré totalement dans sa nouvelle famille sans l'inscrire dans le lignage de celle-ci. Il faut toutefois souligner qu'autrefois l'état civil dans les pays musulmans n'existait pas ; l'intégration de l'enfant trouvé dans sa famille se faisait oralement³⁷⁷.

Dans une affaire d'affiliation d'une petite fille abandonnée, le tribunal syrien des affaires civiles affirme que : « Attendu que la règle en droit musulman ne permet ni la perte ni l'attribution de la filiation originelle mais n'exclut pas d'affilier l'enfant sans filiation à une famille.

Attendu que l'affiliation n'atteint pas l'ordre successoral, par conséquent, la perte de la filiation fictive que l'état a donnée à la petite fille trouvée faisant l'objet de demande d'affiliation par sa famille adoptive est autorisé.

Par conséquent, il est judiciairement ordonné le changement de l'état civil de la petite fille avec la transcription de ce changement sur les registres d'état civil »³⁷⁸.

B-L'affiliation de l'enfant trouvé en droit algérien

L'article 67 alinéa 1 de l'ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970, relative à l'état civil algérien définit les modalités de recueil d'un enfant trouvé, en disposant que : « toute personne qui a trouvé un enfant nouveau-né est tenu d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil du lieu de la découverte. Si elle ne consent pas à se charger de l'enfant, elle doit le remettre, ainsi que les vêtements et autres effets avec lui, à l'officier d'état civil ».

³⁷⁷ - L'instauration de l'état civil algérien de 23 mars 1882 est relativement ancienne en comparaison avec le Maroc qui a connu l'état civil, en tant qu'institution, qu'avec l'avènement du protectorat en 1912. Le régime d'Etat Civil marocain a été instauré par le Dahir du 4 Septembre 1915 dont le bénéfice était réservé aux français et étrangers résidant au Maroc, dans le but d'avoir un moyen légal de prouver leur Etat Civil. Par la suite, le Dahir du 8 Mars 1950 a institué un Etat Civil réservé aux marocains ou la Tunisie par la Loi N° 1957-3 du 1er Août 1957, réglementant l'état civil

³⁷⁸ -Tribunal de Damas , Affaire n° 156 de 2008 , jugement n° 326 de 2008 , du 16 juillet 2008 .

L'article 64, paragraphe 4 de la même ordonnance, permet à l'officier d'état civil d'attribuer lui-même les prénoms aux enfants nés de parents inconnus, et pour lesquels le déclarant n'a pas indiqué de prénoms. L'enfant est désigné par une suite de prénoms; dont le dernier lui sert de nom patronymique.

Il en résulte que la personne qui a trouvé un enfant peut le prendre en charge. En effet, la priorité de la prise en charge de cet enfant lui revient de droit. Le déclarant de l'enfant trouvé a le droit de lui attribuer un nom et prénom³⁷⁹. La loi indique le choix du déclarant sur le prénom et ne dit rien sur le choix du nom. La pratique montre que le déclarant de l'enfant trouvé dans le cas où il accepte sa prise en charge, donne son nom de famille appelé en droit *laqab* à l'enfant trouvé, ce qui engendre une affiliation (*nisba*) entre lui et l'enfant sans pour autant dire qu'il y a une filiation (*nasab*). La loi relative à l'état civil n'éclaircit pas davantage cette institution mais reconnaît toutefois l'appartenance de l'enfant à une personne qui ne l'a pas engendré. Ainsi, d'attribution d'une quasi filiation fictive n'est pas interdite.

Paragraphe2 -Le principe d'abandon de la filiation originelle

L'enfant né hors mariage a le nom de sa mère. De toute évidence il s'agit d'une filiation maternelle qui s'établit simplement par la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. Mais la loi autorise la mère à abandonner la filiation de son enfant au profit du *kafil*; elle donnera son accord en la forme d'acte authentique, pour que l'enfant confié en *kafala* porte le nom du *kafil*.

Il en résulte que le droit algérien permet l'abandon de la filiation maternelle originelle. (A) Il permet l'attribution d'une nouvelle filiation à l'enfant *makfoul* qui concordera avec la filiation du *kafil* (B).

³⁷⁹- Art. 28 de l'ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970, relative à l'état civil algérien énonce que : « Toute personne doit avoir un nom et un ou plusieurs prénoms ».

A- La perte de la filiation maternelle

En principe, la filiation selon le droit musulman est un droit de Dieu. C'est un droit immuable qui ne peut être changé par l'homme. S'agissant de l'enfant né hors mariage, les jurisconsultes musulmans ne sont pas unanimes sur la question. Mais pour la majorité l'enfant né de l'adultère garde la filiation de sa mère et doit être pris en charge par elle sans pouvoir demander à son géniteur de lui attribuer sa filiation. Chez la majorité des jurisconsultes musulmans, la notion de légitimation de l'enfant né hors mariage n'existe pas. L'enfant est considéré légitime s'il est conçu dans une relation *halal* c'est-à-dire dans le cadre d'une convention matrimoniale même si le contrat est vicié. Il est considéré enfant illégitime s'il est conçu hors mariage. Rappelons que les jurisconsultes contemporains ne soutiennent plus cette conception et acceptent la reconnaissance de paternité de l'enfant né hors mariage qui lui permettra d'avoir la filiation de son père.

La loi algérienne sur la concordance des noms qui a été saluée par l'ensemble des professionnels de l'enfance dans la mesure où elle permet à l'enfant *makfoul* d'avoir le nom de son *kafil* rompt avec les interdits traditionnels. Rappelons qu'il était indispensable d'agir sur la question de l'enfant né hors mariage et abandonné sans filiation par sa mère³⁸⁰. C'est ainsi que le législateur algérien a fini par concevoir le démembrement de la filiation en admettant uniquement l'attribution du nom du *kafil* à l'enfant *makfoul*.

Cette question n'est pas observée par la justice en France, elle est même ignorée. Le refus de prononcer l'adoption de l'enfant *makfoul* sans filiation par la justice française pose, nous l'avons vu, la

³⁸⁰ -Si cette loi exprime une légère avancée dans la mentalité du législateur algérien, elle engendre en revanche une discrimination, à l'égard des enfants mais également à l'égard des mères célibataires. Ainsi, une discrimination manifeste entre les enfants naturels et les enfants légitimes. L'enfant naturel peut perdre sa filiation maternelle contrairement à l'enfant légitime. La mère célibataire est incontestablement inférieure par rapport à la mère mariée. Compte tenu de l'absence de statut juridique de la mère célibataire, le législateur algérien ne lui a donné que le choix d'abandonner son enfant.

problématique de l'existence d'enfant sans filiation sur le sol français ; un tel enfant, en principe bénéficie du statut de pupille de l'état étant donné que le *kafil* n'est pas considéré comme un père ou une mère. Dans une décision rendu le 27 novembre 2003, la cour de Versailles, précise: « Constaté que les adoptés n'étant ni nés en France, ni de nationalité française, il ne peut être ordonné de transcription sur leur acte de naissance, non détenu par l'état-civil français, ordonné la transcription sur le registre tenu à cet effet à Nantes et dit que les dépens resteront à la charge des époux Z....

Le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Pontoise a relevé appel de ce jugement dont la réformation est sollicitée. Le ministère public relève qu'en application de l'article 370-3 du Code civil, l'adoption d'un mineur étranger, né à l'étranger, ne peut être prononcée si sa loi personnelle le prohibe. Il expose que l'adoption est interdite en Algérie et fait valoir que le recueil légal "*kafala*" n'est pas assimilable, en droit français, à l'adoption simple, mais à une délégation d'autorité parentale. Les époux Z... concluent au mal fondé de l'appel et à la confirmation du jugement déféré. Ils soutiennent que le code de la famille algérien n'interdit que l'adoption plénière. Ils estiment que la "*kafala*" équivaut à l'adoption simple qui n'est pas prohibée. Ils soulignent que l'adoption simple est de l'intérêt des enfants.

Sur ce : considérant que l'adoption est régie par les dispositions de l'article 370-3 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 6 février 2001, applicable au présent litige ; Que, selon le premier alinéa de cet article, les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par les deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union ; que l'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe ; Que les époux Z... étant de nationalité française, la loi française régit les effets de leur mariage par application de l'article 3 alinéa 3 du code civil ; qu'il s'ensuit que la loi applicable à l'adoption est la loi française ;

Qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 370-3 l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ; Que Manel et Samy Z... sont nés à Alger et que la loi algérienne interdit l'adoption "*tabani*"; Que, d'après le droit algérien, le recueil légal "*kafala*" consiste en l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur au même titre que le ferait un père pour son fils ; Que l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté ; Que le recueil légal "*kafala*" n'instaure aucun lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté, même si les enfants recueillis peuvent prendre le nom des titulaires du recueil légal ; qu'il s'apparente à un transfert de l'autorité parentale et n'équivaut pas à une adoption simple ; Que n'étant pas démontré que le recueil légal "*kafala*" est assimilable à une adoption simple qui serait licite en Algérie, monsieur et madame Z... seront déboutés de leur demande d'adoption simple des mineurs Manel et Samy Z... »³⁸¹.

Cette décision reconnaît implicitement l'existence d'un enfant mineur sans filiation sur le sol français sans qu'il ne puisse bénéficier du statut d'enfant pupille d'Etat pour être ensuite pris en charge.

B- L'attribution d'une nouvelle filiation à l'enfant *makfoul*

La concordance du nom du *makfoul* avec le nom du *kafil* fait naître une nouvelle filiation au bénéfice de l'enfant *makfoul*. C'est une nouvelle filiation qui ne concerne pas la lignée paternelle ou maternelle des *kafils* ; elle ne crée pas une ascendance pour le *makfoul*, ou une descendance pour les grands parents. L'enfant *makfoul* est lié exclusivement au *kafil* (homme ou femme). Ce dernier est le parent social qui l'a incorporé exclusivement à sa propre filiation.

Il est en effet permis à toute personne de donner cette forme de filiation, y compris les célibataires des deux sexes .Une femme ou un

³⁸¹-CA Versailles, 27 nov. 2003, n° JurisData: 2003-236727.

homme non marié peut donner cette forme de filiation à son enfant *makfoul*. La *kafala* n'a donc d'effet que sur le lien entre le *makfoul* et le *kafil*. Il ne s'agit pas dans ce lien d'inscrire l'enfant dans la lignée du *kafil*, ni de modifier la position généalogique de l'enfant ; c'est pourquoi elle n'a pas de dimension successorale et ne crée pas les liens juridiques collatéraux. Cette forme de filiation ne repose pas sur la conception traditionnelle du lien de parenté. Il s'agit, comme indiqué auparavant, d'un démembrement de la filiation ; le *kafil* choisit délibérément de créer ce lien de filiation légal mais partiel, doublé d'un lien social, alors qu'il n'est pas le géniteur de cet enfant. L'organisation sociale en Algérie a intégré parfaitement cette nouvelle forme de parentalité car le *kafil* juridiquement et socialement est désigné comme étant le parent qui s'investit affectivement auprès de l'enfant pour, l'élever, l'entretenir, l'éduquer et le protéger.

Paragraphe 3 -Kafala et adoption soumises aux mêmes dispositions relatives aux conflits de loi en droit algérien

Les règles du droit international privé sont appelées à résoudre les divers problèmes juridiques qui naissent des relations entre personnes privées lorsqu'il y a dans ces rapports des éléments internationaux. Ces éléments d'extranéité sont propres aux rapports entre ressortissants de divers pays ou entre des personnes qui sont séparées par des frontières. Le système personnaliste donne une grande place à la loi nationale des personnes ; il faut respecter la loi des intéressés. En effet, les Etats légifèrent pour leurs nationaux qui restent attachés à la loi de leur pays. L'application de la loi étrangère en Algérie est obligatoire en matière de droit des personnes et de la famille.

C'est ainsi que le droit algérien a introduit l'adoption et la séparation de corps en matière de divorce, la première interdite en droit interne, la seconde inconnue. Certainement, en ce qui concerne

l'adoption, le droit algérien vise les étrangers et non les nationaux puisque l'adoption est interdite en droit interne³⁸².

L'article 13 ter du Code civil algérien ajouté en 2005 dispose que : «La validité du recueil légal (*Kafala*) est soumise simultanément à la loi nationale du titulaire du droit de recueil (*Kafil*) et à celle de l'enfant recueilli (*Makfoul*) au moment de son établissement. Les effets du recueil légal (*Kafala*) sont soumis à la loi nationale du titulaire du droit de recueil (*Kafil*). *L'adoption est soumise aux mêmes dispositions* ».

Selon cette disposition, le droit algérien renvoie la validité de la *kafala* et de l'adoption conjointement aux lois du *kafil* et du *makfoul* ou de l'adoptant et adopté (A). Pour les effets de la *kafala* et de l'adoption, la loi algérienne renvoie également à la loi nationale du *kafil* et de l'adoptant (B).

A- La validité de la *kafala* et de l'adoption est soumise conjointement aux lois du *kafil* et *makfoul*

Le droit algérien détermine la loi applicable en ce qui concerne la validité de la *kafala* lorsqu'il y a un élément d'extranéité .La validité de la *kafala* est soumise conjointement aux lois nationales du *kafil* et du *makfoul* .Il faudra ensuite consulter le contenu des deux lois. Si la loi du *kafil* et du *makfoul* se rattachent à des ordres juridiques différents mais similaires, il sera aisé pour le juge d'appliquer les deux lois ; en l'occurrence la validité de la *kafala* en ce qui concerne les conditions de forme et de fond.

Il y aura cependant conflit de loi lorsque les lois nationales du *kafil* et du *makfoul* sont opposées et contiennent des règles contraires à leur ordre public interne sur la question ,ou bien lorsque l'institution de la *kafala* est inconnue comme c'est le cas en droit français .Pour le

³⁸² -Contrairement au droit algérien, le droit tunisien a rattaché l'étranger en matière de statut personnel au droit du domicile.

droit algérien et conformément à l'article 9 du code civil algérien³⁸³, lorsqu'il y a conflit de lois, la loi algérienne est compétente pour désigner la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige pour déterminer la loi applicable. En l'occurrence, le juge algérien appliquera la loi du *makfoul* si le *kafil* est français puisque la loi française ne connaît pas la *kafala*. Ce cas de figure n'est pas courant.

Conformément à l'accord franco-algérien de 1968³⁸⁴ et s'agissant des enfants mineurs algériens recueilli par *kafala* dans le cadre d'un regroupement familial, seule la *kafala* judiciaire est reconnue puisque la *kafala* notariale ne présente pas les mêmes garanties que la *kafala* judiciaire, qui seule obéit à une procédure judiciaire stricte et qui ensuite est décidée par ordonnance judiciaire.

La circulaire d'application de l'avenant prévoit expressément: « Les membres de la famille susceptibles de bénéficier du regroupement familial s'entendent du conjoint, des enfants mineurs de 18 ans, ainsi que des enfants de moins de 18 ans à charge du ressortissant algérien en vertu d'une décision de l'autorité algérienne ». Ce même texte indique qu'une *kafala* authentifiée par un acte notarié ne pourrait être prise en compte, seule la *kafala* judiciaire étant reconnue.

En ce qui concerne la vérification de la validité de la *kafala* judiciaire par le juge français; la cour de Cassation en matière de conflits de loi précise que: «Le juge qui doit vérifier la conformité des éléments de preuve du droit étranger produits par les parties à la réalité du droit étranger tel qu'il est appliqué dans le pays d'origine n'est tout de même tenu qu'à une obligation de moyens. Il peut se faire aider par les parties, ordonner une mesure d'instruction, donner des injonctions

³⁸³ - Art.9 du Code civil algérien dispose que: «En cas de conflits de lois, la loi algérienne est compétente pour qualifier la catégorie à laquelle appartient le rapport de droit, objet du litige, en vue de déterminer la loi applicable ».

³⁸⁴ -Le droit français applicable en matière de regroupement familial fait référence aux enfants mineurs sans autre précision. Etant donné la volonté actuelle de limiter l'immigration, on ne peut que prévoir une interprétation stricte de ce texte. Seules des conventions internationales pourraient élargir le droit au regroupement familial. C'est le cas, en particulier, de l'Algérie, pays pour lequel un avenant à l'accord du 27 décembre 1968 a été signé le 22 décembre 1985.

et, s'il est dans l'impossibilité de rapporter le contenu du droit étranger, il peut y suppléer par le droit français qui garde une vocation subsidiaire »³⁸⁵.

Pour l'adoption les mêmes règles sont applicables. De toute évidence, selon cette disposition, la loi qui va s'appliquer en matière d'adoption est bien la loi étrangère qui autorise l'adoption plénière ou simple.

S'agissant de la validité de l'adoption, le juge algérien saisi de la demande d'adoption par des étrangers sera tenu d'examiner les conditions de fonds et de forme de l'adoption selon la loi étrangère du demandeur. Toutefois, les lois étrangères régissant l'adoption varient d'un pays à l'autre. Mais certains points sont communs tels que les conditions tenants à l'adoptant, à sa situation d'état civil, qu'il soit marié ou bien célibataire, qu'il ait un âge déterminé par la loi, qu'il obtienne un agrément de l'administration compétente pour vérifier l'aptitude du demandeur à adopter³⁸⁶. Pour l'enfant, il est placé initialement à fin d'être adopté. Si toutes les conditions de la loi étrangère sont réunies dans la demande d'adoption, le juge algérien prononcera l'adoption. Si toutefois, l'enfant adopté est étranger, il sera question de l'adoption internationale. Cependant, l'Algérie n'a pas ratifié la convention de la Haye relative à l'adoption internationale, le juge algérien n'est pas tenu d'appliquer les dispositions de cette convention. Il sera tenu d'appliquer la loi étrangère de l'adopté. Ainsi, par exemple, l'adoption en Algérie par une personne de nationalité

³⁸⁵ -Civ.1ère, 16 nov. 2004, n° de pourvoi 02-18.593.

³⁸⁶ -En France, l'adoption est ouverte à toute personne âgée de plus de vingt huit ans (mariée ou non, vivant seule ou en couple) et aux époux (non séparés de corps) mariés depuis plus de deux ans ou âgés tous les deux de plus de vingt huit ans. L'adoption est également possible pour un seul des deux époux, s'il a plus de vingt huit ans et avec l'accord de son conjoint. Toutefois si l'un des époux veut adopter l'enfant de son conjoint, il peut le faire même s'il n'a pas vingt huit ans. Les concubins (union libre) ne peuvent pas adopter ensemble un enfant. L'enfant ne peut être adopté que par un seul des concubins (qui est juridiquement célibataire). Les partenaires d'un pacte civil de solidarité (PACS) sont dans la même situation. Deux personnes doivent être mariées pour adopter ensemble un enfant. En principe, l'adoptant doit avoir au minimum quinze années de plus que l'enfant qu'il veut adopter, sauf s'il s'agit de l'enfant de son conjoint (la différence d'âge minimum exigée n'est alors que de dix ans). Le juge peut accorder des dérogations pour des écarts d'âge plus faibles.

française d'un enfant russe sera soumise au droit russe quant à la validation de l'adoption. En revanche, cette adoption ne sera pas possible si l'un des adoptants est algérien ou marocain puisque leurs droits successifs prohibent l'adoption.

S'agissant du droit français sur la question de la validité de l'adoption, il conviendra de distinguer les conditions de l'adoption d'un mineur et de l'adoption simple d'un majeur, la règle de conflit énoncée à l'article 370-3 du Code civil ne visent que les mineurs.

En ce qui concerne les conditions de l'adoption simple d'un mineur : L'article 370-3 du Code civil énonce que la loi applicable à l'adoption est la loi nationale de l'adoptant et qu'en cas d'adoption par deux époux, il s'agira de la loi régissant les effets de leur union, soit leur loi nationale commune, à défaut, la loi de leur domicile commun et à défaut la loi du for. Le texte ajoute que l'adoption ne peut être prononcée si la loi de l'un et l'autre des époux la prohibe.

Le droit français admet l'adoption simple d'une personne majeure. Ce type d'adoption n'est pas admis dans toutes les législations. Mais il pourrait parfaitement y avoir des hypothèses dans lesquelles une personne de nationalité française saisit la juridiction algérienne pour demander l'adoption d'une personne majeure de nationalité étrangère. Dans cette hypothèse, le juge algérien devra appliquer les règles énoncées dans l'article 370-3. Ces règles ne sont pas applicables puisqu'elles concernent clairement l'adoption d'un mineur. Cela signifie qu'il n'y a aucune interdiction d'adopter en France un enfant majeure dont la loi prohibe l'adoption.

Toutefois, ces textes de conflits de loi en droit algérien demeurent très abstraits puisqu'aucune demande d'adoption n'a été formulé de la part d'un étranger résidant en Algérie devant une juridiction algérienne sollicitant une adoption plénière ou simple.

B- Les effets de la *kafala* et de l'adoption sont soumis à la loi du *kafil* et de l'adoptant

Le droit algérien précise que les effets de la *kafala* ou de l'adoption sont soumis à la loi nationale du *kafil* ou de l'adoptant. S'agissant des effets de la *kafala*, dans le cas où le *kafil* est algérien, les effets sont soumis à la loi algérienne. Toutefois, si le *kafil* est étranger, les effets de la *kafala* sont soumis à sa loi personnelle. Il s'agit dans ce cas là de définir les conséquences de la *kafala* algérienne au-delà du territoire national algérien, en l'occurrence en France.

Le *kafil* français est soumis à sa loi personnelle. Le droit français ne reconnaît pas la *kafala*. Sur cette question, la jurisprudence française a souvent soulevé le problème de l'ordre public interne. Ainsi, la cour de Cassation, dans un arrêt rendu le 28 janvier 2009 a considéré que : « Si la législation marocaine ne connaît pas l'institution de l'adoption, il n'en reste pas moins que la *kafala* donnée dans le respect de la législation marocaine doit être reconnue dans ses effets qui ne sont pas contraires à l'ordre public français ; qu'en déboutant l'exposante, au motif la *kafala* ne contient rien qui ressemble à un consentement à l'adoption, la cour d'appel a violé l'article 370-3 al. 2 du Code civil »³⁸⁷.

Il est clair que dans de nombreuses décisions de la cour de Cassation, la *kafala*, nous l'avons vu, ne constitue en aucun cas une adoption et ne produit pas les effets de l'adoption même simple. La *kafala* ne crée pas de lien de filiation entre le *kafil* et le *makfoul*. Le *kafil* ne peut prétendre à un droit d'adopter l'enfant qu'il a recueilli en

³⁸⁷ -Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2009, n° de pourvoi 08-10034 ; Bull. civ. I, n° 17 ; D. 2009, AJ 501 ; RTD civ. 2009, p. 308, obs. Hauser.

-La cour d'appel de Colmar a rendu le 11 juin 2009 un arrêt infirmatif constatant que le jugement prononcé le 27 janvier 2002 par le tribunal de Tlemcen (Algérie) consentant au recueil légal de l'enfant par M. et Mme D. et « emportant des conséquences comparables à une délégation d'autorité parentale », a force exécutoire sur le territoire français ; et ce, malgré l'opposition du ministère public qui invoquait la contrariété du jugement algérien à l'ordre public français en ce que la *kafala* est inconnue du droit civil français et n'est pas assimilable à une adoption simple. En revanche, la cour d'appel a rejeté la demande d'inscription de la décision en marge de l'acte de naissance de l'enfant, puisque la décision rendue ne modifiait pas son état civil. CA, Colmar, 11 juin 2009.

kafala. Le juge français rappelle sans cesse que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. Ainsi, la *kafala* ne produit aucun effet précis et certain en France.

Si l'enfant *makfoul* obtient le visa d'entrée en France, il rencontre en premier lieu le problème de la délivrance du Document de Circulation d'Enfant Mineur (DCEM). D'après l'Apaerk le DCEM est délivré au bon vouloir des préfectures. De ce fait, le *kafil* ne peut pas se déplacer en dehors du territoire français avec l'enfant *makfoul*. Par décision rendu le 06/10/2011 ³⁸⁸, la cour d'appel administrative de Douai a débouté la partie de sa demande, dans laquelle elle avait sollicité le 31 mars 2008, auprès des services de la préfecture du Pas-de-Calais, la délivrance d'un document de circulation pour étranger mineur pour l'enfant *makfoul* dont la *kafala* lui a été attribuée le 9 août 2007 par un jugement du Tribunal d'instance d'Oujda, au Maroc.

La cour de Douai a considéré en premier lieu qu'il n'existait aucun lien de parenté entre l'enfant *makfoul* et la demanderesse. Ce document ne pouvait lui être délivré de plein droit en application de l'article L. 321-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le préfet du Pas-de-Calais était, par suite, fondé à demander que soit présenté à l'appui de la demande, un visa de long séjour au nom de l'enfant, conformément au 1° de l'article D. 321 -16 du même Code. Par conséquent et faute de filiation, l'enfant *makfoul* en France ne peut bénéficier du document de circulation pour étranger mineur, de plein droit.

L'enfant recueilli par *kafala* ne peut prétendre aux droits sociaux tels que l'inscription à la sécurité sociale, à la caisse d'allocations familiales. Le *kafil* ne peut prétendre à la prime d'adoption versée par la caisse d'allocations familiales (CAF). Toujours selon l'Apaerk, ces droits sont accordés au bon vouloir de l'agent

³⁸⁸ -CAA Douai, 6 oct. 2011, n° 11DA00096. Inédit au recueil Lebon.

administratif créant ainsi des inégalités au niveau national en matière de *kafala* judiciaire³⁸⁹.

Cependant, les droits sociaux retenus ici sont les prestations familiales et les assurances sociales. Les premières, mentionnées dans l'article L. 511-1 du Code de la Sécurité sociale, forment l'ensemble des allocations versées aux parents (ou assimilés) pour les aider à assumer la charge de l'éducation et de l'entretien de l'enfant. Les secondes comprennent l'assurance des risques ou charges de maladie, maternité, invalidité, vieillesse, décès et veuvage (article L. 311-1 du Code de la Sécurité sociale). Elles dépendent, à l'inverse des prestations familiales, d'une activité professionnelle. La qualité de « résidant régulier » doit donc être étudiée tant du point de vue de l'assuré que du point de vue des ayants-droit. La reconnaissance de la qualité d'ayant droit au titre d'enfant recueilli est prévue à l'article L.313-3 du Code de la sécurité sociale qui énumère les bénéficiaires des prestations de l'assurance maladie.

La cour de Cassation précise ainsi, en 2011, que : « la reconnaissance de la qualité d'ayant droit à titre d'enfant recueilli est prévue à l'article L.313-3 du Code de la sécurité sociale ; que cependant, la qualité d'enfant recueilli doit être déterminée au cas par cas et au vu des éléments du dossier ; qu'en l'espèce, le tribunal relève que l'enfant est titulaire d'un document de circulation qu'il est régulièrement inscrit dans un établissement scolaire depuis au moins janvier 2009 et réinscrit cette année ; qu'il est titulaire d'une assurance scolaire et extrascolaire ; qu'il est l'ayant droit de son oncle (chez qui il réside de façon stable et régulière) sur son compte de mutuelle ; qu'il est déclaré comme enfant à charge pour les services fiscaux et que la caisse d'allocations familiales n'a pas contesté qu'il soit à la charge effective de son oncle et verse des prestations en sa faveur comme elle le fait pour les enfants naturels de Monsieur X..... que par voie de conséquence,

³⁸⁹www.ccme.org.ma/.../CCME__Malika_Bouziane_La_kafala_et_ses_effets_en_France_atelier_2.doc

il doit être considéré comme l'ayant droit de Monsieur X... et bénéficiaire, sur le compte de ce dernier, des prestations de l'assurance maladie ; que dans ces conditions, il y a lieu de faire droit à la requête de Monsieur X... ;»³⁹⁰.

Le congé d'adoption qui pourrait être appliqué à la *kafala* et qui selon les professionnels de l'enfance est un moment conséquent pour le *kafil* et l'enfant *makfoul*, favorisant l'adaptation de l'enfant *makfoul* à sa nouvelle vie en France, est, d'après l'Apark souvent refusé. Il n'y a donc aucune adaptation ou préparation de l'enfant *makfoul* avant d'être confié à une nourrice ou en crèche dès son arrivée en France.

L'acquisition de la nationalité française est soumise au même arbitraire. L'enfant recueilli en *kafala* et après présence sur le territoire français depuis 5 ans peut demander la nationalité française en application de l'article 21-12 du code civil. L'Apark affirme que l'attribution de la nationalité française à l'enfant *makfoul* est soumise au bon vouloir des tribunaux administratifs, et ce malgré la présence de l'enfant sur le territoire français depuis 5 ans.

La cour de Cassation dans une décision du 14 avril 2010 ³⁹¹ a rejeté une demande de nationalité de l'enfant *makfoul* M. X recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française affirmant que : « L'enfant devait justifier qu'il réunissait lors de la déclaration de nationalité les conditions pour acquérir la nationalité française, c'est-à-dire, en l'espèce, qu'il était ; que si la notion de recueil n'implique pas que l'enfant ait rompu tous liens avec sa famille d'origine, encore faut-il pour bénéficier des dispositions de l'ancien article 21-12 du Code civil, que l'enfant soit effectivement recueilli et élevé en France et qu'il ne s'agisse pas d'un recueil épisodique, dans le cadre d'un accord familial,

³⁹⁰ Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2011, n° de pourvoi 10-19.278, n° JurisData : 2011-024347, bull. civ. II, n°207 : RJS 2012, n°387 ; RDSS 2012, p. 390, obs. Dagorne-Labbé ; JCP S 2011, n°1591 ; CSBP 2012, p. 31, obs. Pansier ; JCP E 2012, n°1191, obs. Lieutier.

³⁹¹ Civ. 1^{ère}, 14 av. 2010, n° de pourvoi : 08-21.312, bull. civ. I, n°95 : D. 2010, Actu. 1075, obs. Gallmeister ; ibid, p. 1904, obs. Gouttenoire ; RLDC 2010/72, n°3854, obs. Pouliquen ; Dr. fam. 2010, n°160, obs. Farge.

avec résidence alternativement en France et dans le pays d'origine ; que l'acte de *kafala* dressé, le 22 août 2008, ne permet pas, à lui seul, d'établir que l'enfant était recueilli et élevé en France hors de la déclaration de nationalité ; que les pièces produites par M. X... indiquent que celui-ci a été inscrit au collège Auguste Angellier de Boulogne-sur-Mer depuis l'année scolaire 1998 / *1999 (classe de 6ème) jusqu'à l'année scolaire 2003 / 2004 (classe de 3ème) et qu'il n'a pas été présent régulièrement dans cet établissement ; qu'ainsi les fiches de présence pour l'année scolaire 2002 / 2003 montrent qu'il a été très souvent absent (des semaines entières, parfois consécutivement) ; que le certificat médical du 23 mai 2004 faisant état de problèmes de santé en 2002 / 2003 ne suffit pas à justifier l'importance de ces absences, et ce d'autant plus que M. X... reconnaît qu'il repartait régulièrement en Algérie chez es parents pour les vacances, sans toutefois justifier par la production de son passeport ou des titres de transport les dates effectives de ses séjours à l'étranger ; qu'il sera relevé que M. X... ne précise pas où il était scolarisé après octobre 2003, notamment pour l'année scolaire 204 / 2005 et dans quel établissement il a poursuivi ses études au lycée ; que par ailleurs, M. X... ne produit aucune attestation émanant de tiers l'ayant côtoyé en France, tendant à corroborer qu'il était effectivement recueilli et élevé par sa tante en France lors de l'établissement de la déclaration de nationalité et que ses séjours en Algérie n'étaient que ponctuels et limités à des séjours de vacances ; qu'au vu de l'ensemble de ces considérations, il apparaît que la preuve n'est pas rapportée par M. X... de ce qu'il remplissait les conditions pour souscrire une déclaration de nationalité au titre de l'article 21-12 de l'ancien Code civil ;

Alors que dans sa rédaction applicable en la cause, le texte susvisé ne subordonne pas l'acquisition de la nationalité française à un degré suffisant d'assimilation dans la société française ; que, par suite, la Cour d'appel, en y ajoutant une condition qu'il ne prévoit pas pour retenir une interprétation radicale de la « notion de recueil », a violé

l'article 21-12, alinéa 3, du Code civil dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-1119 du 26 novembre 2003 ».

Les effets de l'adoption sont soumis également à la loi de l'adoptant. Le juge algérien devra appliquer la loi de l'adoptant. En droit français les règles de conflits relatives à l'adoption internationale ont été introduites aux articles 370-3 et suivants du Code civil par la loi du 6 février 2001 déjà évoquées. Ces règles de conflits, comme indiqué ci dessus, ne concernent que l'adoption d'un mineur, bien qu'en droit interne, un majeur peut faire l'objet d'une adoption simple. Il conviendra donc de s'interroger sur les règles de conflits régissant l'adoption simple d'un majeur.

L'article 370-4 du Code civil précise que les effets d'une adoption prononcée en France sont ceux du droit français. L'article 370-5 du Code civil énonce que l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France, les effets d'une adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. En conséquence, une adoption qui ne rompt pas de manière totale et irrévocable le lien de filiation préexistant est qualifiée d'adoption simple. Cependant, il faut distinguer si le pays dans laquelle l'adoption simple a été prononcée est membre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 ou non.

Si l'adoption est prononcée dans un pays non-signataire de la Convention de La Haye, elle sera considérée comme simple, selon l'article 370-5 du Code civil, dès lors qu'elle ne rompt pas de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. Même si elle est qualifiée d'adoption plénière selon le droit étranger et qu'elle peut-être révoquée, alors elle sera qualifiée d'adoption simple en France.

Si l'adoption entraînant une rupture du lien de filiation préexistant a été prononcée dans un pays signataire de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, elle sera retenue comme plénière en

application de l'article 26 de cette Convention³⁹². En effet, la cour de Cassation a considéré dans un arrêt du 18 mai 2005 qu'une adoption prononcée en Roumanie doit être qualifiée de plénière en France même si parallèlement, l'adoption a été révoquée, en Roumanie, par arrêt de la cour d'appel d'Alba Iulia du 18 mai 2001³⁹³.

L'adoption prononcée à l'étranger est qualifiée de simple en France pourra être convertie en adoption plénière du droit français. Cette possibilité est admise dans tous les cas que l'adoption ait été prononcée dans un pays signataire de la Convention de la Haye ou pas ou ayant refusé de la signer.

Dans la première hypothèse, c'est l'article 27 de la Convention qui prévoit la possibilité de cette conversion, laquelle sera possible si les consentements en vue d'une telle adoption ont été donnés (l'article 27 renvoie aux consentements visés aux articles 4 c et d).

Si l'adoption a été prononcée dans un Etat non-signataire, la conversion sera possible, si les consentements ont été donnés expressément et en connaissance de cause. Il conviendra à ce titre que le représentant légal de l'enfant annonce dans son consentement qu'il accepte une adoption plénière qui produira une rupture complète et irrévocable du lien de filiation préexistant.

Dans les deux hypothèses décrites ci-dessus, si les adoptants veulent convertir leur adoption simple en adoption plénière en France, ils devront introduire une demande d'adoption.

L'adoption simple prononcée à l'étranger produira effet de plein droit en France. Toutefois, l'adoption simple devra au préalable recevoir

³⁹² -Aux termes de l'article 26 de la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la reconnaissance de l'adoption, ce n'est que lorsque l'adoption a pour effet de rompre définitivement le lien préexistant de filiation que l'enfant jouira en France des droits équivalents à ceux résultant d'une adoption plénière prononcée en France ; que ce n'est que si l'adoption étrangère présente les éléments caractéristiques de l'adoption plénière française que de tels effets peuvent lui être donnés ;

³⁹³ -Civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, n° du pourvoi : 02-21.075, bull. civ. I , n°210 : RLDC 2005, n° 19, p. 41 ; RJPJF 2005, n° 10, p. 22 ; LPA 3 avril 2006, n° 66, p. 6 ; note Muir-Watt.

l'exequatur. Cette condition a été posée par le décret n°93-1362 du 30 décembre 1993. Une fois l'exequatur obtenue, cette adoption sera transcrite auprès du service central de l'état civil. Cette transcription n'est qu'une simple formalité de publicité valant preuve que le jugement d'exequatur est définitif.

L'adoption simple prononcée à l'étranger produira les effets prescrits par le droit étranger, à ce titre donc, les conditions d'une éventuelle révocation de cette adoption seront celles édictées par le droit étranger.

Section deuxième: L'application systématique de la loi nationale du *makfoul* sans égard pour la volonté du *kafil*

Selon l'article 370-3 du Code civil cité précédemment, les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas, d'adoption par deux époux par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la nationale de l'un et l'autre époux la prohibe. La loi française, loi nationale de l'adoptant est applicable, ce qui conduit à considérer de manière systématique la loi nationale de l'adoptant en l'occurrence celle du *kafil* « demandeur de l'adoption » sans tenir compte de la loi de son domicile lorsqu'il est résident en France et sans égard pour sa volonté. Cette règle a un caractère religieux dans un système juridique de tradition laïque (paragraphe 1). C'est une disposition à la logique contestable (paragraphe 2).

Paragraphe 1 - L'article 370-3 du Code civil : transportation d'une règle à caractère religieux

En application de l'article 370-3 du Code civil sus cité, le juge français applique rigoureusement la prohibition de l'adoption. Il s'agit explicitement d'un rattachement religieux du *kafil* à la *Charia*. C'est pourquoi, ce texte d'inspiration religieuse semble poser problème pour

la jurisprudence en France et infecte le droit international privé français en matière d'adoption par *kafala*, car malgré la clarté et l'inflexibilité de l'article 370-3, les requérants d'adoption d'un enfant recueilli par *kafala* continuent à demander à la justice française la conversion de la *kafala* en adoption. C'est ce qui ressort des dernières décisions déjà évoquées de la cour de Cassation pendant la décade qui a suivi l'adoption de la loi de 2001. Ceci prouve une contestation de cette disposition par les *kafils* puisqu'ils expriment purement et simplement leur attachement aux principes du droit français en matière d'adoption et de filiation.

Ainsi, la logique de cette dispositions est contestable(A). Elle indique une discrimination à l'égard du *kafil* français ou résident demandeur d'adoption d'un *makfoul* par apport au français ou résident demandeur d'adoption internationale d'un enfant de statut non prohibitif et contraire à l'intérêt de l'enfant (B).

A- Une disposition à la logique contestable

Si la disposition interdisant l'adoption d'enfant dont le statut est prohibitif reste inflexible, elle n'est cependant ni conforme à la logique institutionnelle de protection d'enfant dont celui-ci est placé au cœur de ce dispositif³⁹⁴, ni conforme aux lois françaises laïques.

En effet, l'adoption occupe une place essentielle dans le dispositif de protection de l'enfance en droit français. Les lois de protection de l'enfant garantissent un regard objectif, visant explicitement la protection de l'enfant hors de toute contingence religieuse.

³⁹⁴ - La réalisation symbolique en lien avec la CIDE est sans aucun doute, l'institution du défenseur des enfants en 2000, institution autonome qui assure une vision volontairement tournée vers les droits des enfants sans aucun lien politique.

Selon le principe de laïcisation ³⁹⁵en France, les religions n'ont aucune influence sur les lois édifiées par la république. Il suffit de citer par exemple la loi du 15 mars 2004, encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics³⁹⁶. Cette loi interdit explicitement les signes et les tenues qui manifestent ostensiblement une appartenance religieuse.

En revanche, la loi en question de 2001 n'exclut pas la disposition religieuse ; bien au contraire, elle maintient le caractère religieux puisqu'elle interdit l'adoption de l'enfant *makfoul* comme c'est le cas dans la *Charia*. Ainsi, le droit français s'avère plus rigoriste que le droit algérien. D'une part, il n'existe aucune disposition en droit français qui reconnaît la *kafala* pour les enfants étrangers, contrairement au droit algérien qui reconnaît l'adoption pour les étrangers. D'autre part, il se laisse influencer par la religion musulmane en interdisant l'adoption d'un enfant dans le statut est prohibitif.

En principe, les lois en France ne sont pas d'inspiration religieuse. Cependant, la loi de 2001 interdisant l'adoption d'un mineur dont le statut est prohibitif s'avère contraire au principe de la laïcité en France et aux intérêts fondamentaux de l'enfant puisqu'elle interdit l'adoption de l'enfant *makfoul*, et ne reconnaît pas la *kafala* comme institution civile de protection d'enfant, et qui de surcroît n'est pas d'origine religieuse telle qu'elle est conçue en droit positif algérien.

³⁹⁵ - La laïcité en France est un principe qui distingue le pouvoir politique des organisations religieuses – l'État devant rester neutre – et garantit la liberté de culte (les manifestations religieuses devant respecter l'ordre public) ; il affirme parallèlement la liberté de conscience et ne place aucune opinion au-dessus des autres (religion, athéisme, agnosticisme ou libre-pensée), construisant ainsi l'égalité républicaine. À travers la laïcisation de la société, il ne s'agit pas pour la République de combattre les religions, mais d'empêcher leur influence dans l'exercice du pouvoir politique et administratif, et de renvoyer parallèlement les idées spirituelles et philosophiques au domaine exclusif de la conscience individuelle et à la liberté d'opinion. Ce principe a modifié en profondeur la société française ; la transformation est toujours à l'œuvre aujourd'hui dans l'adaptation du droit et des institutions nationales aux évolutions de la société française.

³⁹⁶ -Loi 2004-228 du 15mars2004 (JORF du 22 /05/2004/) . Circulaire N°2004-084 Du 18-5-2004 JO du 22-5-2004.

B- Une disposition discriminatoire par ses effets et contraire à intérêt supérieur de l'enfant

Nul n'ignore que la politique française en matière d'intégration des maghrébins résidents en France tend à favoriser l'intégration sociale de cette communauté dans la société française. Le droit joue un rôle essentiel dans l'intégration ou l'exclusion de cette communauté.

Cependant, l'article 370-3 du Code civil interdisant l'adoption de l'enfant *makfoul* ne permet pas cette intégration, bien au contraire, il entretient une discrimination envers la communauté maghrébine particulièrement la communauté algérienne en matière d'adoption par *kafala* d'un enfant d'Algérie. Ce qui contredit la politique d'intégration entreprise par la France. Le *kafil* est ainsi exclu du droit français et ne partage pas les valeurs et les normes de la société dans laquelle il vit.

Cette discrimination est ainsi faite d'une part à l'égard du *kafil* ; celui-ci ne peut pas convertir la *kafala* en adoption plénière tant souhaitée par lui. En revanche, d'autres personnes même étrangères résidentes en France sont soumises à la loi française lorsque leurs droits ne prohibent pas l'adoption et peuvent aisément demander une adoption plénière d'un enfant de leurs pays.

D'autre part, la discrimination est faite à l'égard de l'enfant *makfoul* puisque selon l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil, les enfants originaires de pays dont le droit prohibe l'adoption ne peuvent faire l'objet d'une adoption en France, à moins qu'ils ne soient nés et résident en France. Ce texte a conduit à une discrimination d'abord entre le mineur *makfoul* et le mineur adopté mais également entre le mineur *makfoul* né en Algérie et le mineur *makfoul* né et résidant en France.

Les règles de ce texte sont contraires aux principes de la règle de droit qui doit être générale et impersonnelle et avoir une finalité sociale. Elle n'est pas générale et impersonnelle car elle ne vaut pas pour tous

les enfants abandonnés recueillis en *kafala*. Elle n'a pas une bonne finalité sociale car elle ne règle pas de façon efficace la situation du recueil de l'enfant par *kafala* : d'où un certain désordre social relatif à la *kafala* engendrant une situation contestable. La situation actuelle favorise en effet, des actes illégaux telles que les fausses informations concernant l'enfant *makfoul* et les faux états civils, mais également les pratiques illégales en particulier les trafics d'enfants dont l'exploitation domestique.

La cour de Cassation a ainsi statué le 17 novembre 2010³⁹⁷ sur l'affaire de Monsieur Toufiq X... qui a produit au consulat de France une déclaration de naissance mensongère de l'enfant, pourtant signée par un médecin marocain, attestant d'un faux accouchement de son épouse Madame Mostefa Y... ; que l'acte de naissance établi par le consulat de France le 17 septembre 2002 n'a été dressé sur les registres consulaires qu'au motif que le consul, abusé par la fraude, a considéré que la filiation légitime de l'enfant était établie à l'égard des époux X... ; que l'acte de naissance de cet enfant, dit Seylane X... doit donc être annulé en raison de son extranéité qui lui interdit de disposer d'un acte de naissance consulaire français ; qu'ainsi que l'ont estimé les premiers juges, si l'intérêt supérieur de l'enfant peut le cas échéant être invoqué aux fins du maintien de celui-ci au foyer des époux X... qui l'ont recueilli et qui se comportent à son égard comme des parents, il ne saurait être entendu dans le sens de consolider un état civil et une filiation qui ne sont pas ceux de l'enfant et qui ne lui ont été conférés que par la violation consciente de sa loi nationale ; qu'ainsi que le fait observer le ministère public, les parties ainsi que le mineur résident au Maroc ; qu'après annulation de l'acte de naissance français de l'enfant, celui-ci disposera encore de son acte de naissance marocain ; que si le droit marocain prohibe l'adoption, il permet aux enfants judiciairement abandonnés d'être élevés dans une autre famille sous le régime de la

³⁹⁷ -Civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010, n° du pourvoi : 09-68.399, bull. civ. I, n°236 : D. Actu, 7 déc. 2010, obs. Siffrein-Blanc.

Kafala qui est reconnu par la Convention de la Haye du 19 octobre 1996, signée et ratifiée par le Maroc en 2002 ; que sur ce point, les époux X... versent aux débats un acte obtenu des adouls et du juge notaire de Tanger le 27 mars 2007 selon lequel Monsieur Toufiq X... en sa qualité de tuteur de l'enfant Mohcine Z... né à Tanger le 5 juin 2002 lui a été confié par *Kafala* du 20 septembre 2002 ; qu'en vertu d'un jugement rendu le 6 mars 2007 par le tribunal de Tanger, le prénom de l'enfant bénéficiaire de la *Kafala* est devenu Seylane et son nom de famille X..., le nom de son père Toufiq et celui de sa mère Wasila ; qu'ils versent aux débats l'extrait d'acte de naissance rectifié de l'enfant tel que détenu par le bureau de l'état civil de Tanger, qui fait apparaître qu'aux yeux de l'état civil marocain, l'enfant se prénomme Selyane, se nomme X..., qu'il est né le 5 juin 2002 à Tanger, qu'il est de nationalité marocaine, de sexe masculin, fils de Toufiq et de Wasila ».

Alors, d'une part, que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant, qui consiste notamment à avoir une filiation établie à l'égard des personnes l'ayant recueilli dans le cadre d'une *kafala*, doit être une considération primordiale et doit primer sur la nécessité de sanctionner les déclarations erronées de ces personnes qui ont fait dresser un acte de naissance établissant la filiation de cet enfant à leur égard sur le fondement de ces fausses déclarations ; qu'en refusant à un enfant né au Maroc et abandonné à sa naissance, le bénéficiaire d'un acte de naissance établissant sa filiation à l'égard des parents français qui l'ont recueilli à titre définitif en vertu d'une décision de *kafala*, la cour d'appel a violé l'article 3-1 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; Alors, d'autre part, que le droit au respect d'une vie familiale normale exige qu'un enfant abandonné à sa naissance et recueilli à titre définitif par des français en vertu d'une décision de *kafala* ait un acte de naissance établissant sa filiation à leur égard ; qu'en refusant à un enfant né au Maroc et abandonné à sa naissance, le bénéficiaire d'un acte de naissance établissant sa filiation à l'égard des français l'ayant

recueilli à titre définitif en vertu d'une décision de *kafala*, la cour d'appel a violé l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme ».

Pourtant sur la garantie des droits de l'enfant, la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (CIDE) interdit toute distinction de race, de couleur, de langue, de religion, d'origine ethnique pour que l'enfant soit protégé contre toute forme de discrimination ; or la France a ratifié cette convention .

En matière de conflits de loi relative à l'intérêt de l'enfant, la préoccupation actuelle de la règle de conflit de lois est d'appliquer la meilleure règle favorisant l'intérêt de l'enfant. Le principe essentiel est de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. L'universalité et la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant autorisent l'application de la règle protégeant l'enfant .Si toutefois la création d'un lien de filiation entre des demandeurs issus d'un pays qui a institué l'adoption comme une alternative à la filiation par le sang et des enfants issus d'un pays qui prohibe cette institution , va dans l'intérêt de l'enfant , ce lien sera maintenue en application de ce principe favorisant ainsi la meilleure règle qui protège les intérêts de l'enfant.

Pour exemple, l'article 52 du Code de droit international privé tunisien³⁹⁸ énonce que : « Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'établissement de la filiation de l'enfant, entre:- la loi nationale du défendeur ou celle de son domicile, - la loi nationale de l'enfant ou celle de son domicile ».

Le législateur tunisien a adopté une situation claire et précise qui facilite grandement l'application de la loi la plus avantageuse pour l'enfant en matière de filiation, en l'occurrence, l'adoption d'un enfant dont sa loi nationale prohibe l'adoption.

³⁹⁸- Loi n°98-97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du Code de Droit International Privé, JORT n°96 du 1er décembre 1998, pages 2332 à 2336.

CHAPITRE III- L'INTERDICTION INFONDEE DE L'ADOPTION

S'inspirant de différents systèmes juridiques et traditions culturelles de tous les pays du monde, la convention internationale des droits de l'enfant ainsi que la convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale forment un ensemble de normes et d'obligations universellement acceptées. Ces normes fondamentales, que l'on appelle également les droits de l'homme, définissent des droits et des libertés essentiels que les gouvernements doivent respecter.

Elles se fondent sur le respect de la dignité et de la valeur de chaque individu, indépendamment de sa race, de sa couleur, de son sexe, de sa langue, de sa religion, de ses opinions, de son origine, de sa fortune, de sa naissance ou de ses facultés, et s'appliquent donc à chaque être humain.

Les droits essentiels de l'enfant dans ces deux conventions reposent sur quatre principes fondamentaux; la non-discrimination; la priorité donnée à l'intérêt supérieur de l'enfant³⁹⁹; le droit de vivre, de survivre et de se développer, et le respect des opinions de l'enfant. Tous les droits reconnus dans les deux conventions sont inhérents à la dignité humaine et au développement harmonieux de chaque enfant. La Convention protège les droits des enfants en fixant des normes en matière de soins de santé, d'éducation et de services juridiques, civils et sociaux.

La majorité des États ont ratifié ou adhéré à la convention des droits de l'enfant. Ils sont tenus de concevoir et de mettre en œuvre des mesures et des politiques qui tiennent compte de l'intérêt supérieur en

³⁹⁹ -Dans 54 articles et deux Protocoles facultatifs, la convention énonce les droits fondamentaux qui sont ceux de tous les enfants du monde : le droit à la survie; le droit de se développer dans toute la mesure du possible; le droit d'être protégé contre les influences nocives, les mauvais traitements et l'exploitation; et de participer à part entière à la vie familiale, culturelle et sociale.

s'engageant à défendre et à garantir les droits des enfants, ainsi qu'à répondre de ces engagements devant la communauté internationale.

Comme indiqué précédemment, la France⁴⁰⁰ comme L'Algérie⁴⁰¹ ont ratifié la convention internationale des droits de l'enfant. Quant à la convention de la Haye relative à l'adoption internationale, l'Algérie ne l'a pas ratifié contrairement à la France⁴⁰².

L'article 20 alinéa 3 de la convention internationale des droits de l'enfant dispose que : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la "*Kafala*" de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».

La ratification de cet instrument a conduit la France mais également les pays de la communauté européenne à adapter leur droit interne aux règles de cette convention. Pour la majorité des pays européens, cette adaptation prend en compte l'intérêt de l'enfant, c'est pourquoi les pays comme l'Espagne, la Belgique ne prohibent pas l'adoption d'un enfant *makfoul* par son *kafil*. En revanche, la France, nous l'avons vu, a interdit l'adoption de l'enfant dont sa personnelle loi interdit l'adoption. La position du droit français est elle justifiée pour interdire l'adoption du *makfoul*. Cette position est elle ou non conforme à ces conventions ? Le principe primordial de préserver les intérêts de l'enfant est-il bien assuré ? L'intérêt de l'adoption est-t-il de modifier l'état civil de l'enfant adopté ? Nous examinerons successivement ces différentes questions ; la première sera consacrée à la conformité du droit français à la convention de la Haye (section 1)

⁴⁰⁰ -La France a signé la convention internationale des droits de l'enfant le 26 janvier 1990 l'a ratifié le 7 août 1990 et entrée en vigueur le 6 septembre 1990.

⁴⁰¹ -L'Algérie a ratifié la convention internationale des droits de l'enfant le 19 décembre 1992.

⁴⁰² -la France a signé La Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale en 1993 et ratifiée et entrée en vigueur en 1998.

et à la convention des droit de l'enfant CIDE (section 2). Ensuite sera analysé le fondement de la position du droit français par rapport au droit algérien prohibant l'adoption (section 3). Enfin, sera étudié la place de la *kafala* dans le droit des autres pays membres de la communauté européenne, en l'occurrence la Belgique, l'Espagne (section 4) et la position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la *kafala* (section 5).

Section première - Conformité du droit français à la convention de la Haye

Visant à garantir la légalité de l'adoption internationale, la loi de 2001 s'inspire très largement de la convention de la Haye relative à l'adoption internationale. Partant des principes de cette convention, le droit français a fondé l'interdiction de l'adoption d'un enfant étranger dont le statut personnel prohibe l'adoption. Ainsi, selon le droit français, l'article 370-3, al. 2 du Code civil est la traduction, en droit interne, des règles édictées par la convention de la Haye du 29 mai 1993 relative à la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. L'article 2 alinéa 2 de la convention de la Haye stipule que : « la convention ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation ».

Concernant les principes édictés par cette convention garantissant la régularité et la transparence de l'adoption internationale, l'article 4 alinéa c⁴⁰³ de la convention, sus citée,

⁴⁰³ -L'article 4 alinéa c et d, de la convention dispose que : « Les adoptions visées par la Convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'Etat d'origine se sont assurées : 1. que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine

2. que celles-ci ont donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement a été donné ou constaté par écrit,

3. que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés, et ;

4. que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant; et d) se sont assurées, eu égard à l'âge et à la maturité de l'enfant,

1. que celui-ci a été entouré de conseils et dûment informé sur les conséquences

précise : « ...que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine ».

Selon cette convention la loi nationale de l'adopté est compétente pour déterminer ceux qui ont qualité pour consentir à l'adoption et également pour la forme du consentement. La loi nationale de l'adoptant est compétente pour régir les conditions et les effets de l'adoption. L'article 24 de la même convention dispose que : « La reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un Etat contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Il en résulte que la convention de la Haye sur l'adoption internationale exige en premier lieu que l'enfant soit adoptable (paragraphe 1), que cette adoption réponde à son intérêt supérieur (paragraphe 2), que les personnes, dont le consentement est requis pour l'adoption donnent un consentement clair (paragraphe 3) et enfin, le pays contractant ne peut refuser l'adoption que si elle va à l'encontre de son ordre public (paragraphe 4).

Paragraphe 1 - Adoptabilité de l'enfant selon la convention de la Haye

Conformément à la convention de la Haye, l'adoptabilité de l'enfant est déterminée lorsqu'une famille appropriée ne peut être trouvée dans son Etat d'origine, et lorsqu'elle a lieu dans l'intérêt

de l'adoption et de son consentement à l'adoption, si celui-ci est requis

2. que les souhaits et avis de l'enfant ont été pris en considération,

3. que le consentement de l'enfant à l'adoption, lorsqu'il est requis, a été donné librement, dans les formes légales requises, et que son consentement a été donné ou constaté par écrit, et

4. que ce consentement n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte.

supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux⁴⁰⁴. L'enfant ne peut pas être déclaré adoptable parce une famille désire l'adopter.

L'Algérie non signataire de la convention de la Haye aurait pu refuser les *kafalas* destinées en France ou à l'étranger, et maintenir ces enfants dans des placements familiaux algériens, mais cela ne fut pas le cas. Le juge algérien choisit, sans équivoque, de confier l'enfant à une famille binationale, étrangère, ou résidente à l'étranger pour le déplacer à l'étranger, en l'occurrence en France sachant d'avance que ces *kafalas* feront l'objet d'une demande de conversion en adoption plénière.

De façon concrète, la convention de La Haye s'applique dès qu'il s'agit d'un projet d'adoption portant sur le déplacement d'un enfant de moins de 18 ans entre deux Etats contractants (Art. 3). Elle ne fait pas référence à la nationalité des adoptants et des adoptés, mais au pays dans lequel vit l'enfant, donc pays d'origine et au pays qui va l'accueillir, pays d'accueil (Art.2). Cela signifie que la convention s'applique dès lors que le ou les candidats à l'adoption ont leur résidence dans un pays contractant, quelle que soit leur nationalité.

La convention de la Haye vise avant tout l'intérêt de l'enfant en s'assurant que l'adoption se déroule selon une procédure juridique bien encadrée et contrôlée à savoir :

- La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale (Préambule) ;
- Le principe qui veut que l'adoption internationale ne soit envisagée que si une solution nationale n'a pas pu être trouvée dans le pays d'origine de l'enfant (maintien de l'enfant dans sa famille d'origine, placement en

⁴⁰⁴- RUBELLIN-DEVICHI J et FRANCK R, *L'enfant et les conventions internationales*, In Revue internationale de droit comparé, Volume 49, Numéro 3, Année 1997, pp. 750-752.

famille d'accueil, ou éventuellement adoption sur place) (Préambule ; art. 4-b) ;) ;

- Le passage obligé par des organismes agréés pour adopter (art. 6 à 13). La Convention relative aux droits de l'enfant énonçait déjà que les adoptions doivent être accomplies par des autorités ou organes compétents (art. 21). Pour pouvoir être agréés, ces organismes doivent remplir un certain nombre d'exigences minimales reprises en l'article 11 de la Convention : but non lucratif, qualifications morales et professionnelles, contrôlées par l'autorité compétente de l'Etat. Les adoptants doivent à minima s'adresser à l'Autorité centrale de leur pays (art. 14) ;
- La prohibition des profits indus afin d'éviter l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants (Préambule ; art. 1-b). Pour y parvenir, la Convention énonce ses trois objectifs, dès son article premier.

Les effets de l'adoption comportent selon l'article 26 de la convention, le lien de filiation et la responsabilité parentale. En revanche, en ce qui concerne la filiation, l'article 27 de la convention de la Haye dispose que : « Lorsqu'une adoption faite dans l'Etat d'origine n'a pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, elle peut, dans l'Etat d'accueil qui reconnaît l'adoption conformément à la Convention, être convertie en une adoption produisant cet effet. L'article 27 de la même convention énonce que : « a) si le droit de l'Etat d'accueil le permet; et b) si les consentements visés à l'art. 4, C et d, ont été ou sont donnés en vue d'une telle adoption ».

Effectivement, une adoption qui ne rompt pas le lien familial préexistant dans le pays d'origine, peut être convertie en adoption plénière dans le pays d'accueil si le droit de l'Etat d'accueil reconnaît cette institution.

Le droit français reconnaît l'adoption plénière. Cette situation s'applique bel et bien à l'adoption simple et à la *kafala*, puisqu'elle

confère le nom et l'autorité parentale sans le lien de filiation ce qui permet aisément sa conversion. La convention de la Haye, dans son préambule, ne vise pas particulièrement l'adoption simple mais elle concerne tout placement familial de manière générale comme institution de protection d'enfant.

La *kafala* comme l'adoption simple sont des placements familiaux et qui comportent en réalité le même objectif que l'adoption plénière « prendre, au terme d'un jugement, pour fils ou fille celui ou celle qui ne l'est pas naturellement ».

Ceci conduit à dire que l'article 370-3 ne se fonde pas fidèlement sur les principes de la convention de la Haye, celle-ci ne vise pas l'inadoptabilité de l'enfant par apport à sa loi interdisant l'adoption, mais l'inadoptabilité est déterminée lorsqu'une famille appropriée ne peut être trouvée dans son Etat d'origine, elle se justifie par la protection de l'enfant.

Paragraphe2 -L'adoption justifiée par la protection de l'enfant

La conception de l'adoption selon la convention de la Haye est orientée d'abord et avant tout vers la protection de l'enfant. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant est le principe de base de l'adoption. Le préambule de la convention de la Haye indique clairement que : « Pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, l'enfant doit grandir dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension ».

En effet, l'adoption internationale peut présenter l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant. C'est pourquoi il était nécessaire de prévoir des mesures pour garantir que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux.

D'autre part le préambule souligne que :« le respect de la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989, et notamment ses dispositions concernant la garantie de l'intérêt supérieur de l'enfant et le respect de ses droits fondamentaux, ainsi que dans le souci de prévenir l'enlèvement, la vente et la traite d'enfants et les profits matériels indus à l'occasion de l'adoption ».

Pour assurer l'intérêt de l'enfant *makfoul*, il serait nécessaire et profitable d'écarter les règles de conflits de loi découlant habituellement de la différence des lois de deux pays. Dans notre cas, l'arrimage entre le droit interne français et le droit algérien reste l'une des principales difficultés de l'adoption internationale par *kafala* et entraîne une non conciliation des règles de lois françaises et algériennes en matière d'adoption. C'est pourquoi une transformation de la *kafala* en adoption plénière permettrait d'accomplir l'objectif de la *kafala* qui n'a pas pu se faire dans le pays d'origine , car dans l'état actuel le refus de prononcer l'adoption de l'enfant *makfoul* vivant déjà en France avec sa famille *kafila* , se retrouve avec un statut juridique précaire et incertain, ce qui n'est certes pas dans son meilleur intérêt.

Paragraphe3 - Le consentement clair de la personne ou autorités habilitées à consentir à l'adoption plénière

L'un des aspects les plus délicats est de déterminer la portée de la volonté des personnes ou des autorités habilitées à consentir à l'adoption au moment du prononcé de l'adoption dans le pays d'accueil. La convention de la Haye exige un consentement clair donné par les personnes dont le consentement est nécessaire. La convention exige l'absence de paiement ou de contrepartie pour l'obtention du consentement.

Les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées des conséquences qui en découlent, particulièrement sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de

droit entre l'enfant et sa famille d'origine. L'identification des personnes dont le consentement est nécessaire relève de la loi du pays de résidence de l'enfant.

Pour l'Algérie, il y a, en premier, la direction de l'assistance sociale, autorité habilitée à consentir à l'adoption et qui se trouve être très favorable à une adoption plénière des enfants sans filiation, car elle continue de consentir jusqu'à présent des *kafalas* pour des familles binationales ou résidentes en France. Ces autorités comme le souligne le sénateur Alain MILON n'ont pas alors émis de protestations publiques. Bien au contraire, les services de la DAS souhaiteraient voir changer la loi algérienne et permettre l'adoption plénière.

Pour la personne habilitée à consentir à l'adoption, le consentement doit être libre et clair, et ne doit souffrir d'aucun vice de consentement au sens du droit des obligations. La mère, qui selon l'article 64 sur la concordance des noms en droit algérien précité, abandonne son enfant à la DAS, doit donner son consentement en la forme authentique pour le changement du nom de l'enfant *makfoul*. En principe, la légalisation, par une autorité algérienne compétente, de la signature du fonctionnaire public qui a établi l'acte devrait suffire à justifier la qualité de ce dernier.

Cependant, la convention de la Haye n'énonce aucune règle de conflit quant à la loi applicable en matière de consentement. En revanche la *kafala* notamment judiciaire requiert un écrit pour en faciliter la preuve.

Ainsi, l'élément essentiel dans l'adoption selon la convention est de s'assurer que les consentements requis ont été valablement donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de créer un lien filiation souhaité par les parties.

Si le pays d'origine de l'enfant prohibe l'adoption et connaît l'adoption simple ou même la *kafala* en tant qu'institution de recueil

d'enfant, il sera nécessaire d'assurer que le consentement donné à l'étranger l'a été en fonction d'une adoption plénière, bien que la loi nationale de l'enfant ne connaisse pas ce type d'adoption.

Certes la loi algérienne prohibe l'adoption mais comme nous l'avons vu, elle ne détermine pas les effets de cette interdiction. Par ailleurs, comme il a été indiqué auparavant, la *kafala* pour l'enfant sans filiation crée une quasi filiation entre le *kafil* et le *makfoul*.

Paragraphe 4 -Le prononcé de l'adoption plénière dans le pays d'accueil

L'article 27 de la convention de la Haye dispose: « Lorsqu'une adoption faite dans l'Etat d'origine n'a pas pour effet de rompre le lien préexistant de filiation, elle peut, dans l'Etat d'accueil qui reconnaît l'adoption conformément à la Convention, être convertie en une adoption produisant cet effet,

a) si le droit de l'Etat d'accueil le permet; et

b) si les consentements visés à l'art. 4, let. C et d, ont été ou sont donnés en vue d'une telle adoption ».

Selon cette disposition, une adoption simple peut être transformée en adoption plénière .La *kafala* qui est une institution particulière, comporte une forme d'adoption d'un enfant sans filiation généalogique ce qui peut permettre sa conversion en adoption plénière.

La convention de la Haye insiste sur le fait que la loi du pays d'accueil permet le prononcé de l'adoption plénière sans dire un mot sur le pays d'origine. Dans notre cas la loi algérienne ne dit rien sur la conversion de la *kafala* en adoption plénière en France en dépit de tout le tollé juridique suscité par cette conversion .Les autorités algériennes comme précisé auparavant ,continuent encore à confier des enfants sans filiation aux familles étrangères ou résidentes à l'étranger.

Section deuxième - Conformité du droit français à la convention des droits de l'enfant CIDE

Le préambule de la convention de New York relative aux droits de l'enfant énonce que les Etats signataires de la convention doivent œuvrer pour l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant, sans discrimination de sa race, sa couleur ou sa religion. Toutes les décisions qui concernent l'enfant doivent être dans son intérêt. L'enfant doit grandir dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension, rappelant que chaque Etat devrait prendre, par priorité, des mesures appropriées pour permettre le maintien de l'enfant dans sa famille d'origine, dans le cas échéant, il est placé dans une institution de remplacement.

La CIDE prévoit aussi que les États signataires concluent des accords au chapitre de l'adoption internationale afin qu'elle se réalise dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits. C'est pourquoi la convention de la Haye est venue encadrer l'établissement de tels accords conformément aux principes établis dans la CIDE.

Ces deux conventions reconnaissent le caractère subsidiaire de l'adoption internationale, laquelle ne devrait être envisagée qu'en cas d'échec des efforts concrets pour trouver un autre placement familial adéquat dans le pays d'origine. La CIDE reconnaît également à l'enfant le droit de connaître ses parents ⁴⁰⁵ et d'être élevés par eux dans la mesure du possible, ainsi que le droit de bénéficier d'une continuité dans son éducation et par rapport à son origine ethnique, culturelle, religieuse et linguistique.

Il ressort du préambule de cette convention que la *kafala* est consacrée par la CIDE au même titre que l'adoption (paragraphe 1) que l'intérêt supérieur de l'enfant ne résulte pas forcément de la filiation

⁴⁰⁵ -La convention de la Haye lui reconnaît le droit au respect et à la connaissance de ses origines.

(paragraphe 2) et que l'adoption vise avant tout l'intérêt de l'enfant (paragraphe 3).

Paragraphe 1 -La *kafala* consacrée par la CIDE au même titre que l'adoption

Les dispositions de la convention internationale des droits de l'enfant ne favorisent aucune institution familiale, ni d'ailleurs les personnes qui sont responsables de l'enfant. Ainsi, l'enfant peut demeurer dans son propre milieu familial, ou être placé dans une institution de remplacement. Rappelons que l'article 20 alinéa 3 de la convention précise bien que : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la "*Kafala*" de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».

Il en résulte que la *kafala* est citée au même titre que l'adoption et le placement familial en tant qu'institution de remplacement et de protection d'enfant.

De même pour les personnes chargés de protéger l'enfant; il peut s'agir des parents biologiques, institutions étatiques sociales, les tuteurs ou les autres personnes légalement responsables.

Cependant, la CIDE a consacré l'article 21 pour l'adoption dans un but de fixer les conditions dans lesquelles l'adoption doit être établie, aussi bien dans le pays d'origine de l'enfant, que dans le pays d'accueil.

La *kafala* est considérée par cette convention comme une institution de remplacement familial qui, dans son intérêt, ne peut être laissée dans sa propre famille. Le remplacement familial peut être temporaire ou définitif. La *kafala* dans ce cas, comme il a été

précédemment indiqué est un remplacement temporaire (famille d'accueil).

La *kafala*, nous l'avons vu crée des effets juridiques entre le *kafil* et le *makfoul* ; ces effets sont considérables : ainsi l'autorité parentale (*wilaya*) est attribué totalement au *kafil* dans l'intérêt de l'enfant *makfoul* afin de permettre au *kafil* de remplir pleinement sa mission d'éducation et de protection de l'enfant *makfoul*.

En effet, la loi algérienne accorde au *kafil* les mêmes fonctions que le père biologique pour élever, entretenir, éduquer et protéger l'enfant *makfoul*. Cet effet n'est pas apprécié à sa juste valeur par le droit français ; il est injustement considéré comme une tutelle, ou parfois une délégation parentale qui n'existe pas en droit algérien, or nous l'avons vu, le *kafil* a les mêmes devoirs que le parent biologique.

L'adoption, il faut le rappeler, est un phénomène préexistant et ancré dans la société algérienne dont la loi a maladroitement tenté de pallier la prohibition coranique par l'institution de la *kafala* qui recouvre toutes les formes de prises en charge de l'enfance parmi lesquelles l'adoption.

Cela dit de facto, la *kafala* d'un enfant sans filiation n'est qu'une adoption déguisée ainsi que le soulignent l'ensemble des juristes en Algérie⁴⁰⁶. En effet, la quasi-totalité des *kafils* qui recueillent un enfant abandonné de filiation inconnue et qui demandent de le rattacher par leur nom conformément à la loi sur la concordance des noms, sont dans une logique d'adoption ce qui conduit à affirmer que la *kafala* n'est qu'une adoption plénière dépouillée de ses effets par le droit algérien.

Pour ces familles, l'entrée de cet enfant dans leur vie compte infiniment plus que les effets de ce jugement de la *kafala* qui leur a

⁴⁰⁶-Pour Madame AIT ZAI Nadia, la *kafala* n'est qu'une adoption non achevée, Revue Ciddef *op.cit.*, p. 18.

confié l'enfant. Aux yeux de tous, ils sont des parents à part entière même s'ils ne peuvent pas officiellement le justifier devant les juges français car au regard du droit français, il n'a y pas d'adoption sans filiation.

En dépit des effets de la *kafala*, les *kafils* ne parviennent pas, en l'état actuel, à transformer la *kafala* en une adoption simple auprès de juridictions française, malgré la grande proximité des deux institutions. Quand bien même les parents de l'enfant donnent leur consentement à l'adoption et quand bien même les autorités algériennes savent pertinemment que des demandes de conversions se feront en France, le refus est systématique et intraitable.

Paragraphe2 -L'intérêt supérieur de l'enfant ne résulte pas forcément de la filiation et de ses effets

L'article 7 de la CIDE dispose que : « 1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et être élevé par eux. 2. Les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride ».

Selon cet article, l'enfant doit être enregistré dès sa naissance, et a droit au nom sans que la question de la filiation ne soit évoquée. Il en résulte que la question de la filiation n'est pas considérée comme un élément principal rattaché à la notion de l'intérêt de l'enfant car l'essentiel selon la convention est que l'enfant soit enregistré dans l'état civil avec un nom. Les propos du premier Secrétaire de la Conférence de La Haye le confirment : «Il ne suffit plus de voir l'adoption comme une institution juridique particulière qui consiste à créer un lien de filiation, il faut nécessairement la voir également comme faisant partie

de toute une gamme de solutions de protection de l'enfant»⁴⁰⁷. L'article 20 de la convention envisage la possibilité de retirer l'enfant de ses propres parents lorsque son intérêt est menacé sans évoquer la question de la perte de la filiation. En effet, l'intérêt de l'enfant est le facteur déterminant dans toutes les décisions relatives à la protection de l'enfant.

Sans doute, la filiation pour l'enfant est-elle un droit fondamental ; c'est un lien juridique indispensable qui le relie à la personne désignée comme parent. C'est le parent qui devra veiller sur l'intérêt de l'enfant en assumant ses devoirs parentaux envers lui, ce qui se traduit notamment par la protection physique et psychologique de l'enfant, dans le fait de le nourrir et d'assurer sa santé et sécurité. Mais il résulte de la convention des droits de l'enfant que les devoirs parentaux ne sont pas liés obligatoirement à la filiation.

Si toutefois la convention internationale des droits de l'enfant n'a pas traité la question du droit à la filiation de l'enfant de manière explicite, elle a tout de même abordé le sujet de manière indirecte puisqu'elle donne le droit à l'enfant, dans la mesure du possible, de connaître ses parents et être élevé par eux par la recherche des origines⁴⁰⁸.

Certes, le nom est fondé sur la filiation, c'est par lui que la filiation est indiquée et il demeure la preuve la plus commune de la filiation. La *kafala* de l'enfant sans filiation confère le nom. La filiation de l'enfant *makfoul* est une filiation inédite comprenant une situation familiale inédite générant une reconnaissance sociale et légale. C'est pourquoi il est devenu indispensable de revoir et d'approfondir la notion de la filiation.

⁴⁰⁷- VAN LOON H., «Genèse et historique de la Convention du 29 mai 1993» dans L'adoption internationale, Actes du colloque, CHATIN L., tenu à Paris les 2 et 3 décembre 1994 à la p. 11.

⁴⁰⁸ -Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat. (JORF du 23 janvier 2002, p. 1519) .Cette loi exprime l'influence de la CIDE sur le droit interne français.

La CIDE a également évoqué le droit à la nationalité de l'enfant. L'article 7 sus cité mentionne en effet le droit à la nationalité en énonçant que : « l'enfant doit être enregistré aussitôt après sa naissance et a droit à la nationalité ».

Paragraphe 3 - L'adoption vise essentiellement l'intérêt de l'enfant

La conception de l'adoption plénière telle qu'elle est en droit français laisse croire que c'est une institution destinée à donner un enfant à une famille qui en est privée. Elle vise le rattachement exclusif de l'enfant à sa famille adoptive. Si cette conception apporte un remède à l'absence de l'enfant⁴⁰⁹, la conception de l'adoption actuelle a bien changé ; et le terme même « adoption » doit désormais être entendu dans une acception bien différente. Désormais, il ne s'agit plus de donner un enfant à une famille mais de donner une famille à un enfant dans l'intérêt de celui-ci.

Le concept de l'intérêt de l'enfant, nous l'avons vu, reste un concept flou et indéfini, de même que ses fonctions sont multiples. Les textes nationaux et internationaux n'en donnent aucune définition, ce qui a conduit la jurisprudence française à l'appréhender en fonction de sa propre subjectivité.

Ainsi, dans l'arrêt rendu le 17 novembre 2010, précédemment cité, la cour de Cassation, statuant sur le pourvoi formé par les parents *kafils* n'a pas retenu l'intérêt supérieur de l'enfant invoqué par les parties⁴¹⁰ rejetant ainsi la *kafala* au motif que l'intérêt supérieur de l'enfant consiste notamment à avoir une filiation établie à l'égard des personnes l'ayant recueilli dans le cadre d'une *kafala*.

⁴⁰⁹ - En droit français, directement héritée du droit romain antique : il s'agit d'imiter la nature, c'est-à-dire de faire comme si l'adoptant était réellement le parent de l'adopté. Or, en réalité, il est bel et bien impossible à des parents de faire que leur enfant ne soit plus leur enfant.

⁴¹⁰ - Civ. 1^{ère}, 17 nov. 2010.

Par ailleurs, la même Cour affirme, que le droit au respect d'une vie familiale normale exige qu'un enfant abandonné à sa naissance et recueilli à titre définitif, c'est-à-dire bénéficiant d'une filiation définitive. La cour de Cassation, le 15 décembre 2010, rejetant le pourvoi des *kafils* relève ainsi : « qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était la traduction, en droit interne, des règles édictées par la convention de la Haye du 29 mai 1993 relative à la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale qui dispose, notamment dans son article 4 a), que l'adoption ne peut être prononcée que si l'enfant est adoptable, c'est sans méconnaître son intérêt primordial, ni établir de différence de traitement au regard de sa vie familiale, ni compromettre son intégration dans une famille, que l'arrêt, constatant que l'article 46 du Code de la famille algérien interdit l'adoption, tandis que l'article 116 de ce même Code définit la *kafala* comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant comme le ferait un père pour son fils, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la *kafala*, expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, préserve son intérêt supérieur; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches »⁴¹¹.

Cette position affirme encore une fois une jurisprudence bien arrimée, qui sur le fondement de l'article 370-3 du Code civil, rejette la conversion de la *kafala* en adoption simple ou plénière de droit français.

S'agissant de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la convention de New York relative aux droits de l'enfant, celle-ci

⁴¹¹-Civ. 1^{ère}, 15 déc. 2010, n° du pourvoi : 09-10.439, Bull. civ. I, n° 265 : Dalloz actualité, 11 janv. 2011, obs. C. Siffrein-Blanc; D. 2011, Pan. 1995, obs. A Gouttenoire ; AJ fam. 2011, p. 101, obs. Haftel ; JCP 2011, n°301, note T. Garé ; Dr. fam. 2011, n°62, obs. Farge ; RLDC 2011/79, n°4141, obs. Gallois.

n'impose pas le prononcé de l'adoption plénière comme étant l'intérêt supérieur unique de l'enfant. De plus, la *kafala* comme forme de protection de remplacement pour l'enfant temporairement ou définitivement privé de son milieu familial est expressément visée, nous l'avons vu, par l'article 20 de la CIDE mais également par le préambule de la convention de la Haye de manière implicite lorsqu'il parle de placement familial.

Toutefois, si la notion d'intérêt de l'enfant n'est pas définie par la convention, elle est néanmoins très large et recouvre un certain nombre de questions. Ce concept flexible et évolutif vise de manière générale le bien être de l'enfant.

La loi nationale de l'enfant interdisant l'adoption ne devrait pas être considérée comme le pivot de ce concept lorsqu'il s'agit d'accueillir un enfant étranger par *kafala* ; il y a lieu de prendre en considération son intérêt personnel. Il y a lieu également l'avis de l'enfant *makfoul* lorsque il peut le donner, mais également la nature, la stabilité et l'intensité de sa relation entre lui et son *kafil*.

En ratifiant la CIDE, la France s'est engagée à mettre ses propres lois en conformité avec les dispositions de la Convention. Cela l'oblige à conformer ses lois à la CIDE en intégrant ce droit conventionnel dans son droit interne. La CIDE est réellement le texte fondateur des droits de l'enfant à l'échelle mondiale, car elle associe tous les Etats autour d'une même volonté, celle d'assurer la protection de l'enfant, et de le reconnaître comme un sujet de droits.

En effet, pour exprimer cette considération, la France a créé la défenseuse des droits de l'enfant dont la mission est de promouvoir les droits de l'enfant tels qu'ils ont été définis par la CIDE. Néanmoins, il ressort du rapport de la défenseuse des droits de l'enfant de 2010 que

les enfants recueillis en *kafala* vivent en France une précarité juridique⁴¹².

C'est pourquoi, il serait utile d'assurer la sécurité juridique de l'enfant *makfoul* en permettant son adoption plénière au cas où celle-ci s'avère nécessaire à son intérêt. La haute Cour française a scrupuleusement suivie l'analyse littérale de l'article 370-3 du Code civil et refuse de se détacher de cette analyse si figée.

Mais en se détachant de la lettre de cet article et de la jurisprudence, il semble possible de définir, a contrario, le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant en référence à la même convention ce qui permettra le prononcé de l'adoption simple ou plénière de l'enfant recueilli en *kafala* en France.

Section troisième - Les fondements non apparents de la loi de 2001 excluant l'adoption d'enfants issus de pays où l'adoption est interdite

Il s'agit de rechercher et de dégager les raisons pour lesquelles le législateur français en 2001, a opté pour l'interdiction de l'adoption de l'enfant, à notre regard que cette décision est contraire à l'intérêt de l'enfant. D'abord une vérité connue par tous, est que toutes les institutions juridiques de préceptes islamiques sont stigmatisées dans la société française telle que la polygamie, la répudiation, ou l'interdiction de l'adoption (paragraphe 1). D'autre part la *kafala* est considérée comme une forme d'immigration supplémentaire (paragraphe 2).

⁴¹²- Le 14 avril 2010, après avoir réuni un groupe de travail sur le sujet, le Médiateur de la République a formulé une proposition de réforme visant à améliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis par *kafala* en France.

Paragraphe 1 - La stigmatisation du droit islamique en France

Nul n'ignore qu'actuellement, l'islam en tant que religion, est perçu comme défiant les valeurs laïques de la république française et allant à l'encontre des normes culturelles de ce pays à assise chrétienne. Pourtant, la France connaît une diversité de religions qui ne subissent pas cette dévalorisation. Ainsi, toute notion relative à l'islam, particulièrement des contrées du Maghreb est systématiquement taxée de rétrograde.

Sur cette question, le Professeur BLANC Paul François affirme que : « La réception du statut personnel marocain en France qui, aux termes de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, devrait être la règle, n'est pas toujours mise en œuvre. La norme musulmane, en principe applicable, est souvent évincée au profit de la loi française en raison de son incompatibilité culturelle. La *kafalah* marocaine présente l'intérêt d'avoir suscité une appréciation divergente entre la Cour de cassation et le Conseil d'État »⁴¹³.

La *kafala*, notion juridique de droit positif, est taxée aussi de notion de droit islamique, et partant, présente peu d'intérêt scientifique. Ce préjugé juridique a posé le problème devant les tribunaux français lorsqu'il s'est agi de faire reconnaître en France la *kafala* établie en Algérie.

Concernant la réception de la *kafala* en France, c'est la question de sa conformité à l'ordre public international français qui est posée. En effet, le dispositif de l'ordre public international français établit le seuil à partir duquel la *kafala*, institution étrangère, est rejetée.

Dans la recherche d'un compromis entre les différents systèmes juridiques, le juge a le pouvoir de mettre en œuvre les règles étrangères

⁴¹³- BLANC F-P, *Controverse sur une institution musulmane : la Kafalah marocaine au regard du droit français*. Droit et culture, mélanges en l'honneur du Doyen Yadh BEN ACHOUR", Tunis, C.P.U., 2008, p. 277-281.

lorsqu'elles sont compatibles avec le droit français. Il s'agit d'un pouvoir de modération entre les différents systèmes juridiques, mais ce pouvoir l'autorise pareillement à rejeter purement et simplement la norme étrangère sous prétexte de son incompatibilité avec le droit français, ce qui souvent aboutit à un traitement discriminatoire entre les systèmes juridiques.

C'est ainsi que la *kafala* a été considérée comme une notion non convertible en droit français, parce qu'elle heurte certaines conceptions de l'ordre juridique du for et son éviction est conforme à l'ordre public. Par conséquent les enfants sans filiation recueillis en *kafala* en Algérie et emmenés en France par des résidents ou français ne peuvent d'une part bénéficier du droit français établissant la filiation (conversion de la *kafala* en adoption) car il a été loisible au juge de prononcer l'éviction de cette règle étrangère. D'autre part la *kafala* n'est pas reconnu par le droit français parce qu'elle est une institution particulière de droit de la famille octroyant les droits parentaux au *kafil*.

Madame BRUNET Laurence précise à ce sujet: « La position des juges est marquée par le souci de n'écarter l'application des règles étrangères qu'aux situations qui ont des liens étroits avec le territoire français. Cette conception « proximiste » de l'ordre public milite en faveur d'une approche relativiste des divergences entre les systèmes juridiques. Le compromis ainsi atteint présente l'avantage de la modération mais il peut aussi aboutir à un traitement discriminatoire de certains enfants laissés sans filiation. L'enfant abandonné dans un pays musulman et recueilli par un couple français ne peut en effet bénéficier d'un statut familial protecteur en France »⁴¹⁴.

Les valeurs du système juridique français auraient pu constituer une conciliation convenable s'il n'y avait les dispositions légales sur l'adoption d'un enfant étranger de statut personnel prohibitif. La loi

⁴¹⁴- BRUNET L., *La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman : vertus et faiblesses d'un compromis*, Droit et cultures, In Revue internationale interdisciplinaire, document en ligne <http://droitcultures.revues.org>

2001 sur l'adoption d'un enfant étranger en a décidé le contraire, elle a permis au juge, non pas d'écarter l'application d'une loi étrangère en l'occurrence la *kafala* du droit algérien, mais plutôt d'appliquer strictement la *Charia* qui interdit l'adoption, aboutissant ainsi à un résultat contradictoire et inacceptable au regard des valeurs et principes fondamentaux du droit français.

Paragraphe 2 -La *kafala*, un flux migratoire supplémentaire

Cet aspect non dit mais perceptible de la loi 2001 fait entendre que les enfants venant du Maghreb et particulièrement d'Algérie constituent une forme d'immigration supplémentaire pour la France. Dans sa politique de maîtrise des flux migratoires, la France tente de réduire le nombre d'immigrants sur son sol. Ainsi, il n'est pas facile pour un enfant *makfoul* d'obtenir un visa bien que les accords d'Evian reconnaissent aux Algériens la liberté de circulation entre l'Algérie et la France. Cette liberté de circulation est de plus en plus rétrécie et encadrée par l'accord franco algérien du 27 décembre 1968, qui a subi plusieurs modifications.

En effet, le troisième avenant signé le 11 juillet 2001 et entré en vigueur le 1er janvier 2003 a durci l'octroi du visa pour les ressortissants algériens désireux se rendre en France. Ils doivent obtenir préalablement un visa des autorités consulaires françaises en Algérie. Bien que cet accord prévoie le regroupement familial au profit de l'enfant *makfoul*, l'obtention d'un visa d'entrée en France n'est pas une simple formalité. En effet, pour obtenir un visa de long séjour au profit d'un enfant *makfoul*, l'autorité consulaire en Algérie est amenée à en apprécier souverainement le bien fondé au cas par cas.

Souvent, la demande de visa long séjour pour l'enfant *makfoul* est refusée. Dans un arrêt de 2007, le Conseil d'Etat a ordonné au ministre des affaires étrangères le réexamen de demande de visa dans le délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision

annulant ainsi la décision implicite de la commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France⁴¹⁵.

Si les personnes ayant l'enfant à charge résident habituellement en France, qu'il s'agisse de ressortissants français ou de ressortissants algériens titulaires d'un titre de séjour, il leur appartient d'apprécier notamment le risque migratoire. Le visa long séjour pour l'enfant *makfoul* est souvent refusé ce qui conduit parfois à l'entrée illégale de ces enfants en France, ce qui n'est pas sans conséquences⁴¹⁶.

La loi du 24 juillet 2006 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France, dans son article L. 313-11-2° dispose que : la carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » est délivrée de plein droit : à l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire, qui justifie par tout moyen avoir résidé habituellement en France avec au moins un de ses parents légitimes, naturels ou adoptifs depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans, la filiation étant établie dans les conditions prévues à l'article L. 314-11». L'article vise l'enfant résident en France depuis 13 ans avec au moins l'un de ses parents légitimes, naturels ou adoptifs. Les enfants recueillis en *kafala* sont donc automatiquement exclus d'admission au séjour à 18 ans, parce qu'ils ne sont pas considérés comme enfant adoptifs.

Le tribunal administratif de Limoge par jugement rendu le 18 Septembre 2007⁴¹⁷a rejeté une demande tendant à l'annulation de l'arrêté du préfet de la Haute-Vienne du 3 mai 2007 portant refus de titre de séjour et obligation de quitter le territoire français et fixant l'Algérie comme pays de renvoi. En revanche, la cour administrative d'Appel de Bordeaux a annulé par arrêt du 10 juin 2008⁴¹⁸, la décision portant obligation de quitter le territoire français et a enjoint

⁴¹⁵ -CE, 19 déc. 2007, n° de req. : 297417, rec. Lebon.

⁴¹⁶ -Ce qui n'est pas sans conséquences sur ses droits, au séjour, aux prestations familiales...puisqu'il est considéré en situation illégale et exposé à tout moment à l'expulsion du territoire français.

⁴¹⁷ -TA, Limoge, 18 sept 2007.

⁴¹⁸ -TA, Bordeaux, 10 juin 2008.

le préfet de la Haute-Vienne de lui délivrer un titre de séjour dans le délai d'un mois à compter de l'arrêt à intervenir.

Section quatrième –Rupture entre le droit français et d'autres droits en Europe.

La position du droit international face à la *kafala* n'est pas négative. L'accueil de la *kafala* dans certains pays de l'Europe comme l'Espagne et la Belgique est spécifique. Le droit de ces deux pays ont encadré l'institution de la *kafala* selon leur concept interne qui repose principalement sur l'intérêt de l'enfant *makfoul* à être adopté dans une famille. Le droit belge accorde la conversion de l'adoption d'un enfant résidant dans un pays qui ne connaît pas l'adoption sous certaines conditions particulières (paragraphe 1). Le droit espagnol permet la conversion de la *kafala* judiciaire en adoption plénière (paragraphe 2). Mais la cour européenne, n'a pas suivi le droit de ces deux pays et a préféré adopter la position du droit français (paragraphe3).

Paragraphe 1- La *kafala* en droit belge

La *kafala* en Belgique n'est pas considérée comme une adoption. La jurisprudence belge semble unanime sur cette question. Ainsi, la cour du Travail de Bruxelles dans son arrêt du 14 septembre 2005⁴¹⁹ a considéré que la *kafala* ne crée pas de filiation comme dans l'adoption qui fait naître un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant.

En raison de l'absence de création de ce lien de filiation, la *kafala* n'ouvre pas le droit systématique au regroupement familial. Un arrêt du Conseil d'État belge n°117.667 du 28 mars 2003⁴²⁰ a refusé le regroupement familial à un enfant *makfoul* marocain. L'office des étrangers a refusé lui aussi la prolongation d'un visa d'un *makfoul*. Toutefois, pour des raisons humanitaires comme le cas du décès du

⁴¹⁹ -CT , 14 sep 2005 .D.N. c/ C.39, RG n° 40420

⁴²⁰ - CE (Belgique) 28 mars 2003.

kafil, et sur un examen au cas par cas des demandes, une autorisation de séjour à l'enfant confié en *kafala* peut être accordée.

En revanche, la Cour du Travail de Mons dans son arrêt rendu le 3 septembre 2009⁴²¹, a assimilé la *kafala* à une adoption simple conférant ainsi le droit à l'adoption.

La jurisprudence belge, opère une distinction entre la *kafala* judiciaire et la *kafala* notariale. Ainsi, le tribunal de Première instance de Charleroi⁴²² fait la distinction entre les deux en estimant que la « *kafala* notariale » ne concerne pas les enfants abandonnés ou orphelins et ne présente pas les garanties de la « *kafala* » judiciaire. De même la Cour d'appel de Bruxelles⁴²³ estime que « la *kafala* adoulaire connue au Maroc (notariale) semble avoir une origine coutumière. Elle intervient en général dans le domaine du statut personnel, et n'a pour objet que de constater des déclarations ou témoignages, sans qu'il soit vraiment possible d'apprécier l'opportunité de la mesure envisagée.

L'acte de *kafala* notariale est assimilable à un contrat. Il est caractérisé par l'absence de contrôle judiciaire et a des effets limités. Il ne fait pas disparaître les droits et les obligations des parents légitimes à l'égard de l'enfant. Son homologation par le notaire lui confère un caractère authentique mais ne le transforme pas en décision judiciaire, de ce fait elle semble plus difficilement reconnue en droit belge en raison de sa nature, essentiellement privée, excluant toute assurance judiciaire.

A l'inverse, la *kafala* judiciaire est reconnue par le juge belge car sa procédure bien définie donne des garanties juridiques suffisantes.

Cependant, la loi du 24 avril 2003 a interdit l'accès au territoire belge pour les enfants pris en charge en *kafala*, principalement originaires du Maroc puisque la *kafala* n'est pas considérée comme une

⁴²¹ -CT, Mons 3 sept 2009 .R.G. 21.342.

⁴²² -TPI, Charleroi 11 déc 2008, R.R. 07/3859/B.

⁴²³ -CA, Bruxelles, 22 avril 2009, n°2009/JA/2.

adoption .Mais , la loi du 6 décembre 2005 modifiant la loi du 24 avril 2003⁴²⁴ , a pris des mesures concrètes dans l'intérêt des enfants placés sous *kafala* avant le 26 décembre 2005 (date de l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2005 insérant l'article 365-1 C.civ.). Désormais, l'adoption en Belgique d'enfants confiés en *kafala* avant cette date sera facilitée, sous certaines conditions variables, si la *kafala* a été prononcée avant le 1er septembre 2005 ou entre le 1er septembre 2005 et le 26 décembre 2005.

Le déplacement du *makfoul* vers la Belgique peut être effectué à condition qu'une adoption soit ensuite prononcée par le juge belge, en tenant compte des conditions suivantes :

- 1- Les demandeurs d'adoption doivent avoir obtenu un jugement d'aptitude à l'adoption, les déclarant donc aptes et qualifiés à adopter un enfant, lorsqu'ils remplissent les conditions de la loi belge, (article 361-5, 3° du Code civil)⁴²⁵.
- 2- L'Etat d'origine de l'enfant doit communiquer à l'autorité centrale communautaire compétente, un rapport détaillé contenant des informations sur l'identité de l'enfant, sa situation familiale, son passé médical et celui de sa famille, son milieu social et les conceptions philosophiques de ce milieu, ainsi que sur ses besoins particuliers⁴²⁶ .

⁴²⁴ -La loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption ne permettait pas la conversion de la *kafala* en adoption.loi publié le 16/05/2003.

⁴²⁵-Article 361-5-3 dispose que : « l'autorité centrale communautaire compétente a été mise en possession du jugement sur l'aptitude du ou des adoptants et du rapport du ministère public, conformément à l'article 1231-33 du Code judiciaire ».

⁴²⁶-361-5- 2 dispose que « l'autorité centrale communautaire compétente a reçu du ou des adoptants les documents suivants :

- a) une copie certifiée conforme de l'acte de naissance de l'enfant;
- b) une copie certifiée conforme de l'acte de consentement de l'enfant âgé de douze ans au moins à son déplacement vers l'étranger et certifiant que celui-ci a été donné librement, dans les formes légales requises, qu'il n'a pas été obtenu moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'il n'a pas été retiré;
- c) soit une copie certifiée conforme de l'acte de décès des parents, soit une copie certifiée conforme de la décision d'abandon de l'enfant et une preuve de la mise sous tutelle de l'autorité publique;
- d) une copie certifiée conforme de la décision de l'autorité compétente de l'Etat d'origine établissant une forme de tutelle sur l'enfant dans le chef du ou des adoptants, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision;
- e) une copie certifiée conforme de la décision de l'autorité compétente de l'Etat d'origine autorisant le

- 3- Tout contact préalable avec l'enfant est interdit avant que l'autorité centrale communautaire compétente et l'autorité compétente de l'état d'origine n'aient marqué leur accord sur l'« apparentement » sauf s'il existe avec celui-ci un lien de famille au sens large (Art. 363-1, alinéa 2 du Code civil).
- 4- L'enfant adoptable doit être soit orphelin de père et mère, dans ce cas une copie certifiée conforme de l'acte de décès des parents est exigée, soit abandonné, une copie certifiée du jugement d'abandon le déclarant sous tutelle de l'autorité publique (Art. 361-5, 2°, c, du Code civil). Cette condition particulière a été volontairement insérée dans la loi, afin d'éviter le conflit avec le droit étranger en l'occurrence le droit marocain : celui-ci n'autorisant pas l'établissement d'une nouvelle filiation par la *kafala*, le droit belge a voulu limiter l'instauration d'une nouvelle filiation aux enfants qui n'en avaient plus (orphelins de père et de mère), soit en avaient une « sur papier » (enfants déclarés abandonnés, et sous tutelle de l'autorité publique).
- 5- L'autorité compétente de l'état d'origine doit avoir établi une forme de tutelle sur l'enfant, et avoir autorisé le déplacement de l'enfant à l'étranger pour s'y établir de manière permanente (article 361-5, 2°, d et e du Code civil).
- 6- Une traduction certifiée par un traducteur assermenté de la décision de l'autorité compétente établissant une forme de tutelle sur l'enfant.

Il en résulte que même si la législation en Belgique, ne reconnaît pas la *kafala*, et qu'elle ne saurait être assimilée à une adoption simple ou plénière, cette disposition spécifique (Art.361-5) a permis lorsque les conditions précitées sont réunies, la possibilité d'adopter l'enfant *makfoul* en Belgique, car l'adoption est nécessaire en droit belge pour

déplacement de l'enfant vers l'étranger, pour s'y établir de façon permanente, ainsi qu'une traduction certifiée par un traducteur juré de cette décision;
f) une preuve que la loi autorise ou autorisera l'enfant à entrer et à séjourner de façon permanente en Belgique;
g) une preuve de la nationalité de l'enfant et de sa résidence habituelle ».

donner un statut juridique à l'enfant. Selon l'autorité centrale communautaire (ACC)⁴²⁷, la *kafala* qui n'est pas considérée comme une adoption en Belgique, permet après l'accueil de l'enfant en Belgique et suivant une procédure d'adoption bien encadrée d'introduire devant le tribunal de la jeunesse belge compétent qui prononcera une adoption internationale⁴²⁸.

Paragraphe 2 - La *kafala* en droit espagnol

Il faut indiquer qu'en Espagne, et depuis la réforme du droit civil entamé par la loi du n° 21/1987 du 11 novembre 1987, il n'y a plus de distinction entre l'adoption simple et adoption plénière. Une nouvelle loi sur l'adoption internationale n° 54/2007 du 28 décembre 2007, comptant 34 articles, vient se substituer à l'article 9, alinéa 5, du Code civil. Cette loi contient des règles très détaillées pour la constitution, modification, conversion et déclaration de nullité de l'adoption par les autorités espagnoles aussi bien sur la compétence des autorités que sur la loi applicable⁴²⁹.

Selon le droit espagnol, lorsqu'une institution de protection de l'enfance établie par une autorité étrangère ne reconnaît pas le lien de filiation entre l'enfant et son adoptant mais attribue à l'intéressé la tutelle de l'enfant (cas de la *kafala*), un regroupement familial est envisagé aux conditions suivantes :

⁴²⁷ -Autorité centrale communautaire ayant pour mission :
- d'assurer et de diffuser l'information sur l'adoption ;
- d'organiser la préparation de toutes les personnes candidates à une adoption ;
- de réaliser les enquêtes sociales que le tribunal de la jeunesse ordonne dans le cadre des procédures d'adoption (aptitude des adoptants et adoptabilité des enfants) ;
- d'encadrer toutes les procédures d'adoption, tant en Belgique qu'à l'étranger ; pour ce faire, le Service de l'Adoption collabore avec les organismes agréés d'adoption (OAA), auxquels il délègue une partie de ses compétences en matière d'encadrement ;
- de veiller au suivi des enfants adoptés et des adoptants ;
- d'assurer le secrétariat du conseil supérieur de l'adoption.

Voir le site <http://www.adoptions.be/index.php?id=3233>

⁴²⁸ Sur son site , le consulat général de Belgique à Casablanca , précise les document à fournir pour un visa en vue d'une adoption .Voir : <http://www.diplomatie.be/casablanca/default.asp?id=45&mnu=45>

⁴²⁹ - Boletín Oficial del Estado du 29 décembre 2007, à voir à <http://www.boe.es/g/es/boe/dias/2007/12/29/>.

1-La *kafala* en question doit concerner un enfant abandonné sans filiation, elle est accordée par une autorité étrangère judiciaire ou administrative compétente en la matière. Ainsi, la *kafala* établie devant un notaire par les parents biologiques n'est pas admise. Toutefois, dans cette hypothèse l'accueil de l'enfant est temporaire⁴³⁰ .

2-S'assurer que la *kafala* a été établie conformément à la législation du pays d'origine. Cette condition semble bien difficile à accomplir. Le contrôle matériel des conditions de la *kafala* échappe donc aux autorités espagnoles.

3-Le document portant *kafala* doit être authentique. L'authenticité doit répondre aux conditions formelles liées à la légalisation et la traduction en espagnol du dit document.

4-S'assurer que la *kafala* n'a pas un effet contraire au droit international public espagnol comme par exemple la *kafala* d'un enfant qui n'est pas abandonné par ses propres parents faisant l'objet d'enlèvement.

Si ces conditions sont réunies, l'adoption du *makfoul* sera possible en droit espagnol. Le *kafil* pourra demander la conversion de la *kafala* en adoption plénière conformément à l'article 34 de la loi 54 /2007.

Cependant, après examen au cas par cas des autorités espagnoles, le *makfoul* peut bénéficier d'un visa pour le regroupement familial qui lui permettra de résider en Espagne conformément à l'article 17c) de la loi organique 4/2000 du 11 janvier 2000 relative aux droits et libertés des étrangers en Espagne et à leur intégration sociale⁴³¹. Il peut bénéficier aussi de son statut de *makfoul* sans être adopté et jouira de

⁴³⁰ -Le visa d'entrée en Espagne est examiné selon l'article 93 du règlement de la loi organique 4/2000 approuvé par le décret Royal 2393/2004, qui réglemente la circulation temporaire des mineurs. Voir, De VERDA Y BEAMONTE J- R. ,*kafala selon le droit espagnol* , Revue Ciddef, juin 2009,p.29.

⁴³¹- Cette loi a été modifiée par l'adoption de la loi organique no 2/2009, du 11 décembre 2009. Auparavant cette loi a été modifiée par les lois organiques suivantes :loi n° 8/2000, du 22 décembre 2000, loi n° 11/2003, du 29 septembre 2003 et loi n° 14/2003, du 20 novembre 2003, ainsi que par le décret royal no 2393/2004 du 30 décembre 2004 portant approbation du règlement d'application de la loi no 4/2000.

ses droits en tant que tel .Le visa pour regroupement familial d'un *makfoul* peut être refusé lorsqu'il y a fraude.

Par ailleurs , le décès du *kafil* a conduit la chambre sociale de la cour Suprême espagnole à statuer sur la question des droits sociaux du *makfoul* devenu orphelin, prévus dans l'article 175 de la loi générale de la sécurité sociale. Dans sa décision rendue le 3 novembre 2004, elle n'a pas reconnu le droit à une pension à un *makfoul* dont le *kafil* est décédé considérant que la *kafala* n'est pas couverte par la loi sociale⁴³².

En revanche, une décision contraire de la même chambre rendue le 31 janvier 2008, a octroyé le droit à une pension à deux mineurs marocains suite au décès de leur *kafil*. Dans son argumentation, la Cour suprême espagnole utilise le principe de l'égalité des droits comme fondement à sa décision. En effet, selon les lois espagnoles, les mineurs étrangers conformément à la loi 4/2000 du 11/01/2000 bénéficient des mêmes droits que les mineurs espagnols.

Section cinquième- La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la *kafala*

La Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg ⁴³³ garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. L'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, s'agissant du « Droit au respect de la vie privée et familiale » dispose que : « Droit au respect de la vie privée et familiale 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne

⁴³² -Dans son argumentation de la décision rendu le 3 novembre 2004 ,la chambre sociale de la cour suprême citée par De VERDA Y BEAMONTE Jose Ramon , a estimé que : la filiation se produit seulement naturellement ou par adoption et ,par conséquent ,l'accueil permanent n'est actuellement pas une situation couverte par la pension d'orphelin et , plus loin que la chambre ne considère pas que le principe de l'égalité soit violé par le fait que la mort du défunt donne lieu a une pension d'orphelin en faveur de ses enfants naturels et non en faveur du recueilli ,la constitution et les effets de ces deux situations sont différentes et leur régime de réglementation dans le code civil est également différent. *op.cit.*, p .29.

⁴³³ -L'article 19 UE, § 1 dispose que : « la Cour de justice de l'Union européenne assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités » . Cette disposition indique les multiples pouvoirs des juridictions qui la composent. Voir PERTEK J., Droit des institutions de l'Union européenne, 3éd. Thémis droit, puf, 2011, p. 366.

peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». Contre la discrimination, l'article 14 de la même convention énonce que : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »⁴³⁴.

La Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a été saisie sur la question de la *kafala*⁴³⁵; Il s'agissait en l'occurrence d'une petite fille née en 2003, en Algérie, de filiation inconnue, et dont le *kafil* sollicitait l'adoption plénière et, à défaut, l'adoption simple. La première chambre civile de la cour de Cassation, avait rendu une

⁴³⁴ -La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, appelée Convention européenne des droits de l'homme, est un traité international signé par les États membres du Conseil de l'Europe le 4 novembre 1950 et entré en vigueur le 3 septembre 1953. Elle a pour but de défendre les droits de l'homme et les libertés fondamentales en permettant un contrôle judiciaire du respect de ces droits individuels. La Convention est fondée sur les principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948. Le respect des obligations par les États parties à la CEDH est contrôlé dans le cadre d'une procédure de plainte individuelle ou étatique. Pour permettre ce contrôle du respect effectif des droits de l'homme, la Convention a institué le comité des ministres du Conseil de l'Europe, et surtout la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci, mise en place en 1959 et siégeant à Strasbourg, est chargée de veiller au respect de la Convention par les États signataires : toute personne s'estimant victime d'une violation de la Convention peut la saisir afin de recevoir une indemnisation, pourvu que son État de résidence le lui permette, conformément à l'article 56. Notons que la France, qui héberge la Cour, n'a ratifié la Convention qu'en 1974, et n'a permis à ses résidents de saisir la Cour qu'en 1981.

⁴³⁵ -La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) peut être saisie par tout État signataire de la Convention constatant un manquement imputable à un autre État signataire des obligations résultant de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Elle peut aussi être saisie d'un recours personnel formé par toute personne qui s'estime victime de préjudice physique, moral ou matériel, du fait d'une infraction pénale ou de la violation commise par l'un des États membres, d'un des droits garantis par la Convention. La saisine de la CEDH est soumise à plusieurs conditions de recevabilité :

- Le requérant doit être personnellement et directement victime de la violation alléguée et il doit avoir subi un préjudice important ;
- Les voies de recours internes doivent avoir été épuisées (la CEDH n'intervient qu'à titre subsidiaire) ;
- La saisine doit intervenir dans les 4 mois suivant la dernière décision de justice concernant l'affaire.

Après un examen de la recevabilité de la requête, la Cour peut tenter un règlement amiable ou procéder au jugement de l'affaire.

décision le 25 février 2009 ⁴³⁶ affirmant que : « Attendu que Mme X... fait grief à l'arrêt attaqué (Lyon, 23 octobre 2007) d'avoir rejeté sa demande, à titre principal, d'adoption plénière et, à titre subsidiaire, d'adoption simple, alors, selon le moyen : 1°/ que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; qu'en refusant le bénéfice d'une adoption plénière ou simple à un enfant algérien sans filiation établie recueilli à titre définitif en France par une française en vertu d'une décision de *kafala*, la cour d'appel a violé l'article 3-1 de la convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

2°/ que de surcroît, viole le droit au respect d'une vie familiale normale le texte qui interdit à un enfant étranger sans filiation établie et à une mère élective l'ayant recueilli à titre définitif, de bénéficier d'une adoption plénière ou simple ; qu'en refusant à l'exposante le droit d'adopter l'enfant algérien sans filiation établie qu'elle avait recueilli en France à titre définitif, la cour d'appel a violé l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ qu'enfin, un tel refus a pour effet d'établir une différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant en raison de sa nationalité et de son lieu de naissance, les enfants nés dans des pays ne prohibant pas l'adoption pouvant en bénéficier en France ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Mais attendu qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de la Haye du 29

⁴³⁶ Civ. 1^{ère}, 25 fév. 2009, n° de pourvoi : 08-11.033, bull. civ. I, n°41 : D. 2009, AJ 730, obs. Égéa ; ibid. 2010, Pan. 1585, obs. Jault-Seseke ; JCP 2009, II, p. 10072, note Gouttenoire ; Gaz. Pal. 2009, p. 1317, note Guerchoun ; AJ fam. 2009, p. 170, obs. Boiché ; RJPF 2009-5/27, obs. Garé ; Dr. fam. 2009, n°82, obs. Farge ; Defrénois 2009, p. 1156, obs. Massip ; RLDC 2009/60, n°3432, obs. Pouliquen ; RTD civ. 2008, p. 665, obs. Hauser ; RTD civ. 2009, p. 308, obs. Hauser.

mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, celle-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, c'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, que la cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la *kafala*, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la *kafala* est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci ; que le moyen ne peut être accueilli ;

La requérante, après avoir épuisé les voies de recours internes en France a saisi la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg qui a statué, le 4 octobre 2012, dans l'affaire Harroudj contre la France⁴³⁷. En réponse aux arguments de la requérante, la Cour européenne des droits de l'homme, précise que : « La requérante estime que l'impossibilité d'adopter Hind constitue une atteinte à sa vie familiale. Elle fait valoir que, même si elle a pu, par décision judiciaire, lui donner son nom de famille, l'impossibilité de faire établir le lien de filiation est contraire à l'article 8 de la Convention. Elle rappelle que Hind est née en Algérie mais qu'elle n'a aucune attache familiale dans ce pays dans la mesure où ses parents biologiques demeurent inconnus. Etant arrivée en France à l'âge de trois mois et ayant grandi dans ce pays, la fillette y a également développé toutes ses attaches culturelles, sociales et affectives.

La requérante considère que le fait que les autorités internes ne reconnaissent pas le lien de filiation entre l'enfant et elle constitue une

⁴³⁷ - CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c/ France, req. n° 43631/09 : Dalloz Actualité, 17 oct. 2012, obs. Kedir ; RCDIP 2012, à paraître, note S. Corneloup ; Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF, 8 oct. 2012, obs. N. Hervieu.

ingérence dans son droit à une vie familiale. Elle précise tout d'abord qu'en cas de décès, cette absence de filiation ne permettrait pas à Hind de demeurer auprès de Mme A., sa mère, qu'elle considère comme sa grand-mère. Elle indique ensuite que la fillette serait exclue de toute vocation successorale. Enfin, elle reconnaît qu'il est possible pour l'enfant de solliciter la nationalité française, mais seulement après cinq années de résidence sur le territoire.

Selon elle, cette ingérence ne répond à aucun but légitime et l'intérêt de l'enfant, en raison de son caractère fondamental, doit primer l'intérêt de l'Etat d'entretenir de bonnes relations diplomatiques avec les pays interdisant l'adoption. Elle allègue à cet égard qu'il ne semble pas ressortir de l'évolution des législations belge et suisse, qui reconnaissent l'adoption d'un enfant recueilli par *kafala*, de quelconques tensions diplomatiques avec les pays de droit musulman ».

En effet, la cinquième section (5ème) de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg, avait affirmé à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention. Selon elle, l'article 370-3 alinéa 2 est compatible avec les conventions internationales des droits de l'enfant et la convention européenne des droits de l'homme (paragraphe 1). Il en résulte, par ailleurs, que la nationalité de l'enfant *makfoul* n'a aucune incidence juridique sur la demande d'adoption (paragraphe 2).

Paragraphe 1- La CEDH assure la conformité de la décision de la cour de Cassation avec les conventions des droits de l'homme

La saisine de la Cour européenne par la requérante avait pour objectif de répondre aux questions posées à la Cour, à savoir la compatibilité de l'article 370-3 alinéa 2 du Code civil interdisant l'adoption simple ou plénière, pour les enfants de statut prohibitif, avec les articles 3-1 de la convention internationale des droits de

l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 et les articles 8⁴³⁸ et 14⁴³⁹ de la convention européenne des droits de l'homme. Il ressort de la lecture de la décision de la Cour européenne qu'elle a repris et confirmé l'argumentation suivie par la première chambre civile de la Cour de Cassation dans son arrêt du 25 février 2009.

En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme donne son propre éclairage de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, selon elle, l'intéressée « ne se plaint pas d'obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale » mais avance que « le respect de cette vie impliquerait une assimilation de la *kafala* à une adoption plénière » ; l'article 8 ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter.

Elle a affirmé que la *kafala* permet à la fois d'assurer l'intégration et la protection de l'enfant et de garantir à la requérante la possibilité de mener une vie familiale normale. Toutefois, ce raisonnement très favorable au pluralisme culturel, n'emporte pas pour autant l'adhésion si on le confronte à « l'intérêt supérieur de l'enfant ».

La Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a en effet, minimisé les arguments allégués par la requérante, pour qui, au contraire, un tel refus d'adoption n'est pas sans effets sur sa vie de famille. Elle présente les arguments de la requérante de manière à réduire leur importance et conforte la position isolée de la législation française en Europe. La France, comme indiqué précédemment est le

⁴³⁸ - Art. 8 de la convention européenne des droits de l'homme dispose que : « Droit au respect de la vie privée et familiale

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale,

⁴³⁹ - Art. 14 de la même convention énonce que : « Interdiction de discrimination

La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

seul pays européen à prohiber en soi l'adoption d'enfants mineurs dont le statut est prohibitif.

On retiendra de cette affaire que la Cour européenne avait respecté l'article 8 de la Convention mais en se fondant sur une autre explication ; en affirmant notamment, que la requérante « ne se plaint pas d'obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale ». Or, dans ce cas d'espèce, l'enfant est devenu français et a même bénéficié d'une francisation du prénom, accordée par décret.

Il ressort de cette décision que la Cour européenne n'a pas soulevé et traité toutes les questions pertinentes qui concernent l'enfant , à savoir : le droit de cet enfant à une filiation, l'effet de l'acquisition de la nationalité française de l'enfant sur la demande d'adoption plénière (en l'espèce la requérante avait été déboutée antérieurement de la même demande mais l'avait réitérée après l'acquisition de la nationalité française par l'enfant en application de l'article 21-12 du code civil français), la possibilité de déclarer l'adoption simple ou plénière de l'enfant malgré son statut d'origine prohibant l'adoption .La Cour s'est contentée de dire dans ce cas précis qu'il n'y a aucun obstacle à mener une vie de famille .

Ainsi, la Cour européenne évite clairement la problématique qui concerne les effets juridiques produits en France par la *kafala* judiciaire, nombreux sont ceux qui ont signalé les insuffisances de cette institution en France comme l'indiquent le rapport Colombani sur l'adoption du 19 mars 2008, le rapport pour 2009 du Médiateur de la République, et la proposition de loi du sénateur Milon du 10 mars 2011 et le rapport de la députée Tabarot du 8 février 2012.

On peut conclure de cette décision de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg que l'adoption qui crée un lien

juridique de filiation n'est pas un dispositif nécessaire pour mener une vie familiale⁴⁴⁰.

Paragraphe 2-L'acquisition de la nationalité française de l'enfant *makfoul* n'a aucune incidence juridique sur l'adoption selon la CEDH

Rappelons que l'article 370-3alinéa 2 dispose que : « L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ». En principe, selon cette disposition, l'interdiction d'adopter devrait cesser à partir du moment où l'enfant acquiert la nationalité française, ce qui est possible après une résidence de cinq années sur le territoire français au sein de sa famille d'accueil. La résidence de l'enfant en France et son acquisition de la nationalité française devraient permettre le prononcé d'une adoption au profit du mineur étranger. La situation juridique de l'enfant est en effet délivrée de l'élément d'extranéité qui renvoyait à son statut prohibitif en considération de sa loi personnelle.

La demande d'adoption par le *kafil* devrait obéir, dans cette hypothèse, entièrement au droit français car la nationalité de l'enfant est un élément qui permet le rattachement de l'enfant *makfoul* à la loi française. L'obtention de la nationalité française de l'enfant *makfoul* devrait écarter le renvoi à sa loi d'origine afin d'éviter de figer de façon perpétuelle son statut prohibitif qui ne convient plus à la réalité de sa vie.

Mais il résulte de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg en confortant la position de la cour de Cassation en France que l'acquisition de la nationalité française par l'enfant *makfoul* ayant auparavant un statut prohibitif n'a aucune

⁴⁴⁰- Cette position défend la position de la Cour de cassation en France sur les droits et libertés fondamentaux. Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 08-11.033 : JurisData n° 2009-047181 ; Dr. famille 2009, comm. 82, obs. M. Farge ; JCP G 2009, II, 10072, note A. Gouttenoire ; D. 2009, p. 730, obs. V. Égéa.

incidence juridique sur son statut. En effet, selon la cour de Cassation, le changement de nationalité de l'enfant *makfoul* n'est pas suffisant pour permettre le prononcé de l'adoption. L'enfant de statut prohibitif continue à être inadoptable car son adoption est soumise à l'application de l'alinéa 3 de l'article 370-3 alinéa 3 qui dispose que : « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».

Il faut souligner que la cour de Cassation considère que le prononcé d'une adoption en l'absence de consentement éclairé sur les conséquences de l'adoption des représentants légaux de l'enfant était contraire à l'ordre public⁴⁴¹. En effet, l'obtention d'une *kafala* judiciaire par le *kafil* ne garantit pas qu'elle comprenne un consentement éclairé à l'adoption. Pourtant, nous avons vu que la *kafala* judiciaire portant concordance des noms d'un enfant sans filiation est purement une adoption plénière dépouillée de ses effets, la mère consent sans équivoque au renoncement de son enfant au profit du *kafil*.

Pareillement, les services de la DAS algériennes qui consentent au déplacement de l'enfant en France en vertu d'une *kafala* donnent, sans être énoncé formellement et de façon implicite, leur consentement à l'adoption qui découle naturellement de toute la situation compliquée et complexe de l'enfant *makfoul* sans filiation. Car sinon comment résoudre le problème de cet enfant sans filiation en France devenu français sachant que l'adoption est prohibée par le droit algérien si ce n'est par une interprétation large et libérale de l'article 370-3 du Code civil pour garantir l'intérêt de l'enfant *makfoul*.

⁴⁴¹ - Cass. 1re civ. 18 juill. 2000 : RJPF janv. 2001, p. 43, note M.-C. Le Boursicot.

Il faut cependant indiquer que le consentement en question est donné au *kafil* par le représentant légal en Algérie en vertu de la *kafala*, ce dernier n'a pas le droit de substituer le représentant légal.

L'exigence, une deuxième fois, du consentement éclairé du représentant légal de l'enfant *makfoul* sur les conséquences de l'adoption constitue un véritable contournement de la loi sur l'acquisition de la nationalité et fige la situation juridique de l'enfant *makfoul* et l'empêche d'évoluer⁴⁴². Cependant, l'article 22 du Code civil énonce bien que la personne ayant acquis la nationalité française jouit de tous les droits et est tenue à toutes les obligations attachées à la qualité de Français, à dater du jour de cette acquisition.

⁴⁴² -Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 et Cass. 1re civ., 8 mars 2005 : Defrénois 2005, p. 1219, note M. Revillard ; JCP G 2005, I, 199, obs. Y. Favier ; Defrénois 2005, p. 1356, obs. J. Massip ; Dr. famille 2005, comm. 98, obs. P. Murat.

Chapitre IV - Accroissement des contraintes juridiques pour le *kafil* résident en France

Conformément au titre deuxième du protocole annexé à l'accord franco algérien de 1968 relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour des ressortissants algériens et de leurs familles, le regroupement familial de l'enfant mineur recueilli par *kafala* en Algérie est envisageable⁴⁴³. A cet effet, il est possible à tout algérien résident en France de faire venir un enfant mineur bénéficiant d'une *kafala* fondée sur une décision de l'autorité judiciaire algérienne (*kafala* judiciaire). Il faut indiquer que les accords d'Evian octroyaient aux algériens un traitement particulier en France, car lors de l'accession de l'Algérie à l'indépendance, ces accords reconnaissaient aux algériens la liberté de circulation entre l'Algérie et la France et l'égalité des droits avec les citoyens français, hormis pour les droits politiques.

Cependant, après le changement radical dans les lois sur les droits des étrangers en France, ⁴⁴⁴ une adaptation de l'accord franco-algérien avec les nouvelles modifications du régime général s'avérait indispensable. En revanche, l'existence de cet accord n'a pas résolu la situation de l'enfant *makfoul* ; malgré les aménagements portés à cet accord en 2001, les deux pays ont préféré entretenir leur mutisme sur

⁴⁴³ - Les marocains n'ont pas le droit au regroupement familial puisqu'il n'y a pas d'accord franco-marocain dans ce sens. Le Conseil d'État a connu des cas où l'autorité administrative avait été saisie de demandes de regroupement familial pour des enfants recueillis en *kafala* et ayant vocation à rejoindre des ressortissants marocains résidant en France. Après avoir précisé que les articles 15 et 29 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoient que l'enfant pouvant bénéficier du regroupement familial est l'enfant légitime ou naturel ainsi que l'enfant adopté, le Conseil d'État (CE 24 mars 2004 no 249369, no 220434, droit de la famille, octobre 2004, p. 29, semaine juridique administrations et collectivités territoriales no 26, 21 juin 2004, p. 864) poursuit en précisant qu'il appartient « à l'autorité administrative de s'assurer qu'une décision refusant le bénéfice du regroupement familial pour un enfant n'appartenant pas à l'une de ces catégories ne porte pas une atteinte au respect de la vie privée et familiale et ne méconnaît pas l'article 3-1 de la convention relative aux droits de l'enfant selon lequel "dans toutes les décisions qui concernent les enfants l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale" ». Rapport sur l'adoption, MARIE COLAMBANI Jean., 2008 p.111.

⁴⁴⁴ - Le droit français relatif aux étrangers est un droit qui ne cesse de subir des changements permanents, d'une part dans le but de maîtriser l'immigration clandestine, d'autre part, du fait de l'élargissement de l'union européenne (ouverture des frontières intérieures et fermeture des frontières extérieures).

ce point. Les deux Etats ne parviennent toujours pas à consacrer concrètement un statut juridique favorable à l'enfant *makfoul*.

L'enfant *makfoul* algérien bénéficiant d'un regroupement familial en France, n'est pas considéré comme l'enfant du *kafil*, ni comme l'enfant adopté car si l'accord franco-algérien envisage le droit au regroupement familial de l'enfant *makfoul*, il fixe toutefois un certain nombre de conditions pour l'octroi du visa en vue de ce regroupement (paragraphe 1), et ne confère guère de statut juridique à l'enfant *makfoul* une fois arrivé sur le sol français. Car il n'existe aucun texte précisant et rendant opposable de plein droit les effets juridiques de la *kafala* en France, notamment au regard de l'exercice de l'autorité parentale et du bénéfice des prestations familiales (section 2).

En principe l'enfant recueilli en *kafala* a vocation à vivre sur le sol français et de toute évidence, il doit bénéficier du droit du pays d'accueil, comme tout autre enfant, mais la loi de 2001 (article 370-3 alinéa 2 du code civil) ignore de facto cette protection juridique. Les enfants *makfouls* qui, il faut le rappeler, sont pourtant en très grande majorité de filiation inconnue et partant pourraient être choisis par des français ou des résidents algériens en France (section 1). Bien que la *kafala* judiciaire fondée sur un contrôle strict d'un juge, bénéficie d'un parcours encadré et structuré permettant à l'enfant en majorité sans filiation de bénéficier d'une famille, aucune reconnaissance claire et déterminée n'est perçue par le droit interne français à cette institution. C'est pourquoi à l'heure actuelle, il faudra rechercher en droit français un encadrement juridique dans le dispositif de protection de l'enfant qui profiterait à l'enfant *makfoul* (section 2).

Section première - Les contraintes relatives au regroupement familial

Nous avons vu précédemment que la procédure de regroupement familial permet à un algérien résidant régulièrement en France de faire venir, sous certaines conditions, les membres de sa famille proche, à savoir son conjoint et ses enfants mineurs. Le droit au regroupement familial est considéré en France comme un droit fondamental ⁴⁴⁵et est garanti par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁴⁴⁶.

L'accord spécifique franco algérien prévoit un certain nombre de conditions pour le regroupement familial qui diffère un peu du régime général ; l'enfant *makfoul* qui n'est pas l'enfant biologique du résident, comme indiqué précédemment, peut bénéficier de ce regroupement sous certaines conditions. Le Titre II de l'accord dispose que : « Les membres de la famille s'entendent du conjoint d'un ressortissant algérien, de ses enfants mineurs ainsi que des enfants de moins de dix-huit ans dont il a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». Malgré l'encadrement du droit de regroupement familial des résidents algériens en France, ce droit paraît pour le moins complexe et pesant pour le *kafil*. D'une part, il est soumis aux conditions classiques mais rigoureuses de la procédure prévues dans un regroupement familial qui renvoie aux lois françaises (paragraphe 1). D'autre part il est soumis aux conditions impératives de la procédure prévues pour la *kafala* conformément à la loi algérienne (paragraphe 2).

⁴⁴⁵ -La violation du droit au regroupement familial peut être contestée devant le juge constitutionnel.

⁴⁴⁶ -Article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme déjà cité.

Paragraphe 1-Les contraintes imposées par le droit français pour le recueil de l'enfant *makfoul* bénéficiant du regroupement familial en France

L'algérien résidant en France voulant faire venir l'enfant *makfoul* dont il a la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne (*kafala*) doit être titulaire d'un certificat de résidence d'algérien en France d'un an ou de dix ans. Selon l'article 1 modifiant les dispositions de l'article 4 de l'Accord, les membres de la famille du résident algérien qui s'établissent en France en vertu d'une procédure de regroupement familial bénéficient d'un certificat de résidence ayant la même durée de validité que celui de la personne qu'ils rejoignent sous certaines conditions relatives au demandeur en l'occurrence le *kafil* (A). Il faut qu'il obtienne un accord du consulat algérien en France (B) et une décision favorable de la préfecture (C). Si toutefois le *kafil* est français, il faudra qu'il obtienne un accord des services sociaux (D).

A- Les conditions relatives au *kafil*

Le *kafil* demandeur du regroupement familial doit justifier de ressources stables et suffisantes pour subvenir aux besoins de l'enfant *makfoul*. Sont pris en compte toutes les ressources du demandeur et de son conjoint ; indépendamment des prestations familiales peuvent être pris en considération aussi les revenus de remplacement (indemnités journalières, ASSEDIC....). L'insuffisance des ressources ne peut motiver un refus si celles-ci sont égales ou supérieures au salaire minimum interprofessionnel de croissance.

Le *kafil* doit également disposer à la date d'arrivée en France de l'enfant *makfoul*, d'un logement considéré comme normal pour une famille comparable vivant en France. Une enquête à cet effet est diligentée par les services de l'office des migrations internationales – OMI – qui vérifient les conditions d'hygiène, de superficie, de confort et

d'habitabilité du logement .L'enfant *makfoul* ne doit pas être atteint d'une maladie inscrite au règlement sanitaire international.

B-Exigence d'un accord du consulat d'Algérie en France

Bien que les textes n'imposent pas l'accord du consulat d'Algérie en France, les consulats d'Algérie en France mentionnent l'exigence d'un accord préalable du consulat, aux fins de vérifier si les conditions de base pour bénéficier de la *kafala* en Algérie sont remplies⁴⁴⁷. Le demandeur de la *kafala* résidant en France doit être immatriculé au consulat d'Algérie en France, avoir sa résidence dans la circonscription consulaire et être musulman.

Le demandeur doit fournir un certains nombre de pièces pour la constitution du dossier de sa demande⁴⁴⁸. Ce dossier est ensuite envoyé au service de la direction de l'assistance sociale en Algérie par le biais du consulat.

Bien qu'aucun texte ne mentionne l'âge ni le sexe du demandeur, les consulats d'Algérie en France imposent l'âge maximum de 60 ans pour l'homme et 55 ans pour la femme ; or dans la pratique l'âge n'est pas très regardé : par exemple une femme âgée de 70 ans s'est vu attribuer la *kafala* d'une petite fille âgée de 2 ans.

⁴⁴⁷-Voir le site de consulat d'Algérie à paris <http://www.consulatalgerie-paris.org/service-social/recueil-legal-denfantskafala/>

⁴⁴⁸*une demande énonçant les motivations de la famille postulant à la *kafala*,

*l'extrait de naissance de chacun des époux,

*une fiche familiale d'état civil,

*une copie de la carte consulaire,

*les casiers judiciaires délivrés par les autorités du pays de résidence datant de moins de trois (03) mois,

*une attestation de travail,

*la photocopie des trois dernières fiches de paie,

*un justificatif de logement (titre de propriété, reçu de loyer),

*les certificats médicaux de bonne santé.

* la copie de la pièce d'identité française ou du titre de séjour

C -L'exigence d'une décision favorable de la préfecture

Une demande de regroupement familial adressée au service compétent de la préfecture du lieu de résidence est obligatoire. En effet, un dossier de demande de regroupement familial qui doit comporter les justificatifs est déposé à la préfecture du lieu de résidence du demandeur. Le préfet sollicite l'enquête de l'OMI(Office des Migrations internationales)⁴⁴⁹,l'avis de la DDASS (Direction départementale des affaires sanitaires et sociale) ainsi que celui du maire de la commune de résidence du demandeur, puis prend la décision d'accorder ou de refuser le regroupement familial. Dans le cas d'une décision favorable, le *kafil* sollicite alors un visa de long séjour pou l'enfant *makfoul* auprès de l'un des Consulat de France en Algérie.

Rappelons que l'entrée en France de l'enfant *makfoul* algérien ne peut se faire qu'après avoir obtenue préalablement un visa des autorités consulaires françaises en Algérie⁴⁵⁰. A la fin de l'année 1986, le gouvernement français avait présenté son désir d'instaurer un régime de visa d'entrée en France pour les ressortissants algériens⁴⁵¹. En revanche, il faut indiquer qu'au début de cette exigence, il était envisageable pour l'enfant *makfoul*, avec un visa de court séjour, de

⁴⁴⁹ - L'Office des migrations internationales (OMI) était un établissement public français à caractère administratif relevant du ministre chargé du travail. L'OMI a succédé en 1988 à l'Office national d'immigration (ONI).

⁴⁵⁰-Le troisième avenant signé le 11 juillet 2001 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2003 a pratiquement aligné l'accord franco algérien au régime général.

⁴⁵¹Par échange de lettre en date du 10 et 11 octobre 1986 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne, le Ministère Français des Affaires étrangères informait l'Ambassadeur d'Algérie à Paris que « ...vue les circonstances exceptionnelles que traverse actuellement la France et qui lui impose d'exercer de toute urgence une vigilance particulière en ce qui concerne le mouvement des personnes et d'instituer la procédure de visa d'une manière générale , les ressortissants algériens venant en France pour un séjour inférieur à trois mois seront admis sur le territoire français, sauf motif de sécurité publique, sur présentation de leur passeport en cours de validité muni d'un visa délivré par les autorités françaises cette procédure prendra effet le 13 octobre 1986 à 00 heure »

résider en France; l'exigence d'un visa long séjour n'étant devenue indispensable qu'à partir de 1994⁴⁵².

La délivrance d'un visa long séjour relève de la compétence propre des consuls. L'autorité consulaire française en Algérie peut refuser le visa long séjour à l'enfant *makfoul* bénéficiaire d'une autorisation de regroupement familial, en motivant la décision de refus⁴⁵³. Cependant, il faut souligner que malgré la décision favorable de regroupement familial émise par la préfecture, assez souvent le *kafil* se heurte à un refus catégorique de la part des services consulaires français en Algérie sans que soit pris en considération l'intérêt de l'enfant *makfoul*, décision allant ainsi à l'encontre de la décision de la préfecture⁴⁵⁴.

⁴⁵²-Compte tenu des événements graves et douloureux qui prévalaient en Algérie dès 1992, le second avenant à l'accord franco algérien de 1968 allait entrer en vigueur deux années après. L'article 9 dudit accord prévoyait que « ... pour être admis à entrer et séjourner plus de trois mois sur le territoire français, les ressortissants algériens doivent présenter un passeport en cours de validité muni d'un visa de long séjour délivré par les autorités françaises ».

⁴⁵³-En principe la règle générale dispose que les décisions administratives doivent être motivées. Or cette règle n'est pas respectée en matière de refus de visa court séjour pour les algériens sauf pour les membres de famille ou enfant à charge dont l'enfant *makfoul*. Toutefois, après le refus de visa dument notifié à l'intéressé, ce dernier peut saisir "La Commission de recours contre les décisions de refus de visa d'entrée en France (Commission instituée en vertu du décret n° 2000-1093 du 10 novembre 2000). Le recours devant cette commission doit se faire dans les deux mois à compter de la notification de la décision de refus. Si toutefois la commission rejette le recours formé devant elle par l'intéressé, celui-ci peut saisir le Conseil d'Etat seule juridiction administrative compétente en la matière.

⁴⁵⁴-Le refus de visa en matière de regroupement familial ne peut être opposé que pour des motifs d'ordre public. C'est à ce titre d'ailleurs qu'une jurisprudence du Conseil d'Etat Français prévoit que : "Si la venue en France du bénéficiaire du regroupement familial avait été autorisée au titre du regroupement familial, cette circonstance ne faisait pas obstacle à ce que l'autorité consulaire usât du pouvoir qui lui appartient de refuser son entrée en France en se fondant, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, sur des motifs d'ordre public. En revanche, en refusant de délivrer à l'intéressé le visa demandé au motif que sa venue en France n'aurait pas dû être autorisée au titre du regroupement familial, le consulat général de France a illégalement substitué son appréciation à celle du préfet, entachant ainsi sa décision d'une erreur de droit". CE. 30 juin 2003.

Cependant la *kafala* est établie soit parce que l'enfant n'a pas de famille (enfant abandonné sans filiation) soit les parents et pour des raisons diverses l'ont placé en *kafala* après une décision bien réfléchie de leur part.

Il faut dire qu'aucun texte clair ne donne la prérogative aux consulats de France en Algérie, dans le cadre de la délivrance d'un visa de long séjour au titre du regroupement familial de dire s'il est dans l'intérêt supérieur d'un *makfoul* de rejoindre son *kafil* en France ou de rester avec ses parents en Algérie, car le motif invoqué par le consulat est illogique lorsqu'il s'agit d'un enfant abandonné sans filiation. Ceci dit, le troisième avenant du 11 juillet 2001 a ajouté la condition tenant à l'intérêt

A ce sujet, une décision judiciaire mérite d'être rapportée : une Française d'origine algérienne, prend, une petite fille alors âgée de 2 ans en *kafala* judiciaire. Le consul général de France à Annaba a rejeté sa demande de visa d'entrée de long séjour en France pour l'enfant. La décision est confirmée par la commission des recours. Cette décision a été annulée par le Conseil d'Etat après 4 ans de procédures. Dans sa décision du 22 octobre 2010, le Conseil d'Etat, invoque "l'intérêt supérieur de l'enfant" aux termes de la Convention internationale des droits de l'enfant, et "enjoint au ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du développement solidaire de délivrer, dans un délai d'un mois, un visa d'entrée et de long séjour en France" à la petite fille. Dans ses arguments auprès du Conseil d'Etat, le ministère de l'Immigration estimait ne pas être "en mesure de considérer que l'enfant se trouverait dans une situation familiale et matérielle telle qu'il serait dans son intérêt supérieur de quitter sa propre famille pour aller s'établir en France"⁴⁵⁵.

D-L'exigence d'un accord des services sociaux pour le *kafil* français (agrément)

De manière générale, le français d'origine algérienne naturalisé demandeur d'une *kafala* aura plus de chance et de facilité d'avoir un enfant d'Algérie plutôt qu'une personne originaire d'un autre pays.

A l'évidence, cependant, le demandeur de nationalité française ne peut revendiquer le droit au regroupement familial pour l'enfant qu'il veut recueillir en *kafala*. Mais, cela ne doit pas signifier l'interdiction au français de recueillir un enfant par *kafala*. Par ailleurs aucun texte n'impose un agrément pour recueillir un enfant en *kafala*.

En revanche, sur le site de l'ambassade d'Algérie en France, une condition qui semble surprenante, implique que : « si le demandeur

supérieur de l'enfant, dont l'appréciation est ainsi laissée aux autorités administratives en l'occurrence Le Conseil d'Etat.

⁴⁵⁵ - CE, 22 oct. 2010, n° de requête : 321645, rec. Lebon, AJDA 2010, p. 2027, obs. Brondel.

possède également la nationalité française, l'accord des services sociaux français pour l'adoption est nécessaire »⁴⁵⁶. Ainsi, dans la pratique, le demandeur français est tout simplement soumis à la condition préalable qui est la délivrance d'un agrément, prouvant que le demandeur satisfait aux exigences légales. Il doit donc fournir à la DASS tous les des documents prouvant sa capacité financière, physique et psychologique à élever un enfant. En principe au terme d'un délai de 9 mois, une commission d'agrément donne son avis. De toute évidence, l'agrément concerne l'adoption et non la *kafala*. Face à l'absence de disposition légale en ce sens, et craignant que l'agrément ne soit pas accordé certains demandeurs français dissimulent la vérité sur la nature réelle de leur demande, d'autres l'affichent, mais dans les deux cas, leur demande est parfois accordée lorsqu'ils remplissent les conditions exigées.

Dés lors, il aisé de dire que l'existence de cette pratique rend les conditions d'obtention d'un droit d'avoir un enfant par *kafala* et d'un droit d'adopter un enfant identiques. Mais la loi de 2001 sur l'adoption comme indiqué auparavant, a fermé définitivement toute possibilité légale d'adoption d'un enfant recueilli en *kafala*.

Paragraphe 2-Les contraintes imposées par le droit algérien pour l'obtention d'une *kafala* judiciaire

La *kafala* judiciaire, nous l'avons vu , est seule admise en France. Le Titre II de l'accord franco algérien de 1968 fait bénéficier du regroupement familial un enfant mineur de moins de dix-huit ans dont le demandeur de *kafala* a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Rappelons que l'article 117 du Code de la famille algérien dispose que : « Le recueil légal est accordé par devant le juge ou le

⁴⁵⁶ -« Si le demandeur possède également la nationalité française, l'accord des services sociaux français pour l'adoption est nécessaire » <http://www.consulatalgerie-paris.org/service-social/recueil-legal-denfantskafala>.

notaire avec le consentement de l'enfant quand celui-ci a un père et une mère ».

Rappelons qu' avant l'abrogation du Code de procédure civile et administrative, le droit algérien ne faisait aucune distinction entre la *kafala* judiciaire et la *kafala* notariale; quelque soit l'usage social que recouvre la *kafala*, elle pouvait être notariale ou judiciaire et pouvait aussi concerner un enfant sans filiation ou un enfant avec filiation. Rappelons également que la *kafala* notariale échappe au contrôle strict du juge, ce qui a conduit, parfois, à des excès de la part de certains *kafils*. Afin d'éviter justement les dérives de la pratique de la *kafala*, la loi, nous l'avons vu, oblige désormais le prononcé de *kafala* par décision du juge⁴⁵⁷. La procédure de la *kafala* judiciaire, nous l'avons vu, est strictement encadrée par la loi algérienne. Cette procédure doit obéir à des conditions de forme (A) et à des conditions de fond (B).

A-Conditions de forme

La *kafala* judiciaire obéit aux règles de la procédure judiciaire ; elle est ordonnée par un juge de la famille. La loi comme indiqué auparavant, impose au parquet d'être partie principale de cette procédure⁴⁵⁸ conformément à l' article 3 bis du Code de la famille algérien déjà cité ; il est en tant que ministère public garant et protecteur de l'intérêt supérieur de l'enfant et partant, exerce un contrôle sur toute la procédure judiciaire de la *kafala* aussi bien sur les conditions de forme que sur les conditions de fond . Il peut émettre un avis négatif ou positif qu'il doit motiver. Il peut également manifester quelques réserves.

⁴⁵⁷ -V. *infra* ,p.98-100

⁴⁵⁸ -Le ministère public est partie principale dans toutes les instances relatives au droit de la famille, ainsi il est appelé à intervenir dans la procédure relative à la *kafala* judiciaire. Article 3 du Code de la famille algérien « Le ministère public est partie principale dans toutes les instances tendant à l'application des dispositions de la présente loi».Ajoutée par l'ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005(JORA n°15, p. 17).

En principe, la requête de la *kafala* est adressée au juge chargé des affaires familiales duquel relève le lieu de résidence de l'enfant. Cependant, en Algérie, pour un meilleur encadrement et contrôle, c'est au président du tribunal que revient cette compétence. La requête de la *kafala* est adressée au président du tribunal de la circonscription judiciaire dans laquelle est situé le lieu de résidence du *kafil*.

L'une des conditions que le procureur doit contrôler est le consentement de l'enfant en âge de discernement et celui de son représentant légal quand celui-ci a un père et une mère. En revanche la question du consentement de l'enfant sans filiation n'est pas déterminée par l'article 117 du Code de la famille algérien, il dit seulement que le consentement de l'enfant est nécessaire. Si toutefois l'enfant n'a pas atteint l'âge de discernement, qui est de 13 ans, le consentement de son représentant légal suffit.

B-Conditions de fond

La *kafala* judiciaire doit remplir un certain nombre de conditions légales ; d'une part des conditions tenant à l'enfant, d'autre part des conditions tenant au demandeur de la *kafala*. L'enfant doit être déclaré abandonné. Rappelons que l'abandon en Algérie n'est pas légalement encadré, c'est une pratique héritée des lois françaises. Le juge doit constater l'abandon de l'enfant. L'enfant doit être mineur de moins de 18 ans.

S'agissant des conditions du demandeur rappelons aussi que l'article 118 du CFA dispose que : « Le titulaire du droit de recueil légal (*kafil*) doit être musulman, sensé, intègre à même d'entretenir l'enfant recueilli (*makfoul*) et capable de le protéger ». Ainsi, le demandeur de la *kafala* résidant en France ou français, femme, homme, célibataire ou couple marié et ayant atteint l'âge de la majorité légale, doit être musulman afin de donner une éducation au futur *makfoul* conformément aux principes de l'Islam. Il doit être réputé intègre⁴⁵⁹, c'est-à-dire moralement et socialement apte à assurer la *kafala*⁴⁶⁰ et disposant de moyens matériels suffisants pour subvenir aux besoins de l'enfant.

⁴⁵⁹ - Le demandeur de la *kafala* ne doit pas faire l'objet, d'une condamnation pour infraction, un casier judiciaire est requis, délivré par les autorités françaises et algériennes compétentes.

⁴⁶⁰ -Il doit être en bonne santé et n'est pas atteint de maladies contagieuses le rendant incapable d'assumer sa responsabilité envers l'enfant.

Section deuxième –Ambigüité du statut de l'enfant *makfoul* en droit français

Rappelons que la France se distingue en Europe par rapport à certains pays comme l'Espagne et la Belgique qui ont pu régler les différents aspects du recueil d'enfants par *kafala*, permettant ainsi à l'enfant *makfoul* d'accéder à un statut, soit par la reconnaissance purement et simplement des effets de la *kafala* comme c'est le cas en Espagne, soit par la possibilité d'adoption de l'enfant *makfoul* par son *kafil*, comme c'est le cas en Espagne et en Belgique. La loi de l'État d'origine de l'enfant qui ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue d'une adoption, voire même interdit l'adoption, n'a pas constitué un obstacle à l'adoption de l'enfant *makfoul* dans ces pays.

L'article 370-3 alinéa.2 du Code civil français, nous l'avons vu, a posé le principe selon lequel l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. En revanche, il n'y a aucune disposition légale reconnaissant les effets de la *kafala* en droit français. En effet l'enfant *makfoul* sans filiation, vivant sur le sol français n'a pas de statut défini (paragraphe1). Pour cela, la situation de cet enfant sans statut juridique ne constitue-t-elle pas un manquement aux des droits de l'enfant, tels définis dans la convention internationale des droits de l'enfant ? (paragraphe2).

Paragraphe1- L'absence de statut particulier pour l'enfant *makfoul* en droit français

Le statut de l'enfant et ses droits fondamentaux sont nettement définis par le droit français. En effet, les droits de l'enfant et leur protection s'inscrivent dans le cadre général défini par la convention des droits de l'enfant de 1989. En la ratifiant, la France a pris l'engagement de protéger et de garantir les droits de tous les enfants. Cependant, l'enfant *makfoul* ne bénéficie pas d'une totale protection

comme les autres enfants. Ainsi, l'enfant *makfoul* n'a pas de statut particulier reconnaissant sa situation particulière. Les effets de la *kafala* ne sont pas pris en compte par le droit français. Cette situation a conduit à une vulnérabilité manifeste de l'enfant *makfoul*, les différentes insuffisances de la *kafala* précédemment évoquées en droit algérien menacent l'enfant *makfoul* en France (A), le droit français affecte les droits de l'enfant *makfoul* parce qu'il est recueilli en *kafala* (B).

A- Les insuffisances de la *kafala* en droit algérien menacent l'enfant *makfoul* en France

Nous avons constaté les insuffisances de la *kafala* à l'égard de l'enfant *makfoul*. Nous avons évoqué les insuffisances sur la question de la filiation et de concordance de noms, sur la révocabilité de la *kafala* par le *kafil*, sur les conséquences du décès de ce dernier, sur celles du divorce du couple *kafil*, sur l'attribution de la garde de l'enfant *makfoul*, sur le droit de visite au père *kafil*, sur le droit à une pension alimentaire, sur les problèmes posés par la majorité de l'enfant *makfoul* sans filiation, et sur la situation de l'enfant *makfoul* handicapé. Toutes ces questions qui peuvent apparaître non résolues en droit algérien, ont des répercussions négatives en France, mettant ainsi l'enfant dans une situation de vulnérabilité⁴⁶¹.

Rappelons, que selon le droit français, l'enfant *makfoul* n'est pas considéré comme l'enfant du *kafil*. Le droit français ne reconnaît pas la concordance des noms et ne lui attribue aucun effet sur la parentalité : l'enfant *makfoul* demeure « étranger » à la famille qui l'a recueillie.

Dans le cas où le *kafil* décède, l'enfant sans filiation se retrouve encore une fois en situation d'abandon. Dans ce cas de figure, le droit algérien lui redonne le statut d'enfant abandonné pour être une seconde fois confié à un *kafil*, le droit français, en revanche, ne prévoit aucune solution.

⁴⁶¹ V. *supra*. p141 et s

S'agissant du divorce du couple *kafils*, au regard du droit français ce couple n'est pas considéré comme parent de l'enfant *makfoul*; la mère ne peut prétendre à un droit de garde, ni à une pension alimentaire pour l'enfant *makfoul*. Le père *kafil* ne peut revendiquer le droit de visite. Dans ce cas, l'enfant restera avec le *kafil* dont l'acte de *kafala* est établi à son nom et sera privé de tout lien avec le conjoint du *kafil* qui l'a élevé comme une mère ou un père.

L'enfant *makfoul* arrivé à sa majorité n'aura aucun droit envers son *kafil* puisque la *kafala* prend fin à la survenance de la majorité. Toutes ces situations posent problème devant le juge français lorsqu'il s'agit de statuer sur l'une de ces questions puisque la *kafala* est inconnue du droit civil français.

Sans doute, en matière de pension alimentaire le juge français est-il compétent pour statuer sur les demandes relatives à l'obligation alimentaire (article 5 alinéa 6 du règlement (CE) du 22 décembre 2000 dit BRUXELLES I) si au moment de la saisine du juge aux affaires familiales, le créancier de la pension alimentaire est domicilié en France. Dans un jugement du 29 janvier 2010, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Lyon a débouté un *kafil*, en l'occurrence une dame, de sa demande de pension alimentaire pour avoir produit un acte de naissance illisible, et n'avoir pas communiqué les pièces qui semblaient avoir été soumises au premier juge, notamment une ordonnance du tribunal de Sidi Abbes du 31 janvier 2006 (*kafala* judiciaire)⁴⁶².

En revanche, la cour de Cassation dans une décision rendue le 10 novembre 2011⁴⁶³, a reconnu la qualité d'ayant droit au titre d'enfant recueilli, en se fondant sur l'article L.313-3 du code de la

⁴⁶² -CA Lyon, 28 nov. 2011, n°10/02369.

⁴⁶³- Civ. 2^{ème}, 10 nov. 2011, n° de pourvoi 10-19.278, n° JurisData : 2011-024347, bull. civ. II, n°207 : RJS 2012, n°387 ; RDSS 2012, p. 390, obs. Dagorne-Labbé ; JCP S 2011, n°1591 ; CSBP 2012, p. 31, obs. Pansier ; JCP E 2012, n°1191, obs. Lieutier.

sécurité sociale, qui énumère les bénéficiaires des prestations de l'assurance maladie. Est ainsi considéré comme recueilli, l'enfant dont la famille d'accueil assume pleinement et durablement la charge sur les plans, affectif, éducatif et matériel. Les hauts magistrats précisent : « Qu'au cas présent il n'est pas contesté que M. Lahouari X... pourvoit entièrement à l'entretien et à l'éducation de l'enfant Mohamed Y... placé sous sa dépendance et son autorité sans pouvoir prétendre obtenir une véritable compensation du fait de la carence de la famille de l'enfant (cette famille installée à Oran étant composée d'autres adolescents placés sous l'autorité de leurs mère et père, seul ce dernier exerçant une activité professionnelle) ; qu'il n'est pas non plus contesté que l'enfant présente un très lourd handicap moteur sans pour autant qu'il soit possible de faire à ce jour une évaluation exacte du coût de la prise en charge puisque la qualité des soins qui sont prodigués en France - notamment au sein de l'hôpital Trousseau à Paris - et l'intégration dans un système scolaire adapté et spécialisé ont démontré qu'ils avaient permis à l'enfant d'évoluer très rapidement dans de bonnes conditions ; que l'existence de liens affectifs constamment entretenus entre M. Lahouari X... et les membres de la famille de l'enfant ainsi que le dévouement manifesté depuis plusieurs années par M. Lahouari X... (ainsi que par sa femme et leurs propres enfants) à l'égard de Mohamed Y... lourdement handicapé permettent de dire que cet enfant n'a pas été recueilli dans le seul but de le faire bénéficier de soins médicaux sur le territoire français, ce qui serait de nature à exclure l'application de l'article L.313-3 du Code de la sécurité sociale ; qu'il convient donc de confirmer le jugement déféré ».

En revanche, et s'agissant des effets du divorce, la Cour d'appel de Douai dans un arrêt du 30 juin 2006 a considéré que le juge ne peut statuer sur les mesures relatives à un enfant, en l'occurrence un enfant *makfoul* recueilli par un couple et donc n'ayant pas de filiation avec celui-ci. La dite cour précise : « Attendu que la *kafala*, institution de droit musulman, ne crée aucun lien de filiation entre l'enfant et la

famille qui le recueille même si une décision judiciaire attribue à cet enfant le nom patronymique du titulaire de l'acte de recueil légal ; Attendu que le juge qui prononce le divorce de deux époux ne peut statuer sur les mesures relatives à un enfant n'ayant avec ceux-ci aucun lien de filiation ; Qu'il convient en conséquence de réformer la décision déferée en ce qu'elle a constaté l'exercice conjoint par Monsieur Mohammed X... et Madame Josiane Y... de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant Houari et fixé la résidence de celui-ci chez Madame Josiane Y... ; »⁴⁶⁴.

La réception de la *kafala* par le juge français soulève donc, il faut le rappeler, la question de sa conformité à l'ordre public français. Dans le cas de la *kafala*, le juge français ne sera pas confronté à une institution juridique étrangère contraire à la loi française ce qui lui permettrait facilement de la rejeter mais d'une institution inconnue par le droit français.

Rappelons que la *kafala* est une institution reconnue par la convention relative aux droits de l'enfant de 1989 que la France a ratifié⁴⁶⁵. Elle est, en outre, comme nous l'avons vu, citée expressément dans l'article 20 (al.3) de la CIDE, au même titre que l'adoption. En principe, la convention internationale ratifiée par la France est ainsi insérée dans l'ordre interne français ⁴⁶⁶. C'est un texte à valeur supra-législative qui, en vertu de la hiérarchie des normes, prime sur le droit interne, qui doit donc logiquement s'y conformer. La *kafala* devrait être, de toute évidence, reconnue par le droit français.

⁴⁰³-CA Douai, 30 juin 2006 .N° de RG: 04/03437.

⁴⁶⁵-Convention relative aux droits de l'enfant, faisant suite à la 2^e Déclaration sur les droits de l'enfant de 1948 (la 1^{re} datant de 1924, au sein de la Société des Nations). Entrée en vigueur le 2 septembre 1990, ratification par la France en 1954. En 1995, le Parlement français décide de faire du 20 novembre la « Journée nationale de défense et de promotion des droits de l'enfant ». Cette journée devient européenne en 2000.

Pour s'insérer dans l'ordre interne, une convention internationale, elle doit remplir trois conditions prévues par l'article 55 de la Constitution qui dispose que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.» Ainsi, elle doit être : ratifiée (si c'est un traité) ou approuvée (si c'est un accord) -elle doit être publiée au journal officiel -elle reste subordonnée à son application par l'autre partie (condition de réciprocité).

L'enfant mineur, en tant que sujet de droit, tout en ayant les mêmes droits naturels qu'une personne physique ordinaire, bénéficie en plus d'un régime juridique particulier, l'exercice de certains droits étant limité par son statut de mineur. La convention lui reconnaît des droits inhérents à sa vie ; les plus fondamentaux sont le droit à un nom et à une nationalité.

La convention, comme indiqué précédemment, ne parle pas de filiation mais de droit au nom. Le droit au nom est un droit rattaché à la personne, c'est un droit extrapatrimonial. En règle générale, le droit français le rattache à la filiation⁴⁶⁷. Contrairement au droit algérien qui a cherché une solution même infime mais non négligeable puisque l'enfant *makfoul* obtient le nom de son *kafil* par la concordance des noms. Cependant, cette attribution du nom n'a pas de valeur juridique au regard du droit français. Ainsi, le droit français n'a pas souhaité normaliser cette situation en reconnaissant le lien familial entre le *kafil* et le *makfoul*, ou en se fondant sur les principes du droit universel, il entend simplement appliquer les principes de la *Charia* en renvoyant l'enfant à son statut prohibitif.

La règle de conflit imposée par la loi de 2001 oblige le juge à appliquer une règle de droit interne. Cette règle lui impose implicitement d'écarter les valeurs du système juridique français en maintenant le caractère religieux de la règle étrangère en l'occurrence l'interdiction d'adoption.

B-Absence des droits de l'enfant recueilli par *kafala* dans le droit français

La jurisprudence française fait sa propre interprétation de la *kafala*. Cette interprétation nie la réalité familiale et sociale que couvre cette institution et crée un vide juridique relatif aux droits de l'enfant recueilli par *kafala*. Inévitablement, l'enfant *makfoul* est en situation

⁴⁶⁷ -Si le lien de filiation n'est pas établi, dans ce cas, le nom est attribué par voie administrative ou par voie judiciaire.

de précarité juridique en France, et ne peut bénéficier de tous les droits accordés dans le droit français aux enfants adoptés : il ne peut être adopté, pas même de jouir des droits sociaux, d'avoir la nationalité française de plein droit, tout simplement d'être considéré comme l'enfant du *kafil*. Son statut d'enfant *makfoul* affecte sa vie au quotidien, et ne lui assure aucun avenir certain.

En principe, le recueil de l'enfant par *kafala* ne devrait pas constituer un obstacle à ses droits, car la logique des droits de l'enfant implique l'égalité de tous les enfants, sans considération de religion, race ou langue. En effet, en ratifiant la convention internationale des droits de l'enfant de 1989, la France avait émis des réserves par rapport à l'article 30⁴⁶⁸ relatif au droit de certaines minorités d'enfants, qui dispose: «Dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion ou d'employer sa propre langue en commun avec les autres membres de son groupe». La France estime qu'il n'existe pas de minorités ni culturelles, ni linguistiques, ni religieuses et ethniques sur le sol français et supprime totalement cet article.

Les références spécifiques aux enfants de certaines minorités dans la convention indiquent qu'il est reconnu, que ces enfants ont besoin de mesures spéciales pour jouir pleinement leurs droits comme tous les autres enfants. Or l'enfant *makfoul* se heurte en France à l'obstacle juridique dans l'exercice de ses droits, il continue d'être victime d'une discrimination eu égard à son statut ; ce qui, à l'évidence, constitue une violation de l'article 2 de la convention des droits de l'enfant. L'article 370-2 confirme l'existence d'une minorité religieuse et ethnique en France puisque l'enfant *makfoul* est renvoyé à son statut

⁴⁶⁸-En 2008, le conseil économique et social des nations unies a « recommandé » à la France de retirer cette réserve.

prohibitif, en l'occurrence à la loi algérienne en l'occurrence l'article 46 du Code de la famille algérien d'inspiration religieuse interdisant l'adoption sans spécifier l'existence de la *kafala* comme institution particulière de droit positif.

Paragraphe 2-Le manquement des droits de l'enfant *makfoul* dans le droit français

L'interdiction d'adoption de l'enfant *makfoul* en France a conduit à la privation de ses droits élémentaires, à savoir le droit de porter un nom , le droit d'avoir une nationalité, le droit à des services sociaux , le droit à une pension alimentaire, le droit d'être protégé comme tout enfant vivant sur le territoire français (A). Cette privation peut être légitimement appréciée comme un manquement à l'encontre de l'enfant *makfoul* (B).

A- Privation des droits nécessaires

La convention internationale de l'enfant dispose que l'enfant a le droit de grandir dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension et d'être maintenu dans sa famille d'origine. L'enfant- et cela ne figure pas dans la Convention – a aussi le droit d'être adopté par des personnes résidant ailleurs que dans son pays d'origine, conformément à son intérêt supérieur et dans le respect de ses droits.

La France n'a pas émis de réserve au regard de l'article 20 de la convention internationale des droits de l'enfant. Rappelons que cet article dispose que : « Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat.

2. Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.

3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la *kafalah* de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié».

L'adoption est une mesure sociale et légale de protection de l'enfant, envisagée dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect de ses droits fondamentaux .L'interdiction d'adoption d'un enfant *makfoul* sans filiation le prive de cette protection et des droits qu'elle génère à savoir le droit au nom, à la nationalité etc..... Ces droits fondamentaux que l'Etat français doit garantir à tout enfant vivant sur son sol.

B-L'interdiction d'adoption un enfant pris en *kafala* est une lacune juridique

Le droit français se refuse de reconnaître le droit de l'enfant *makfoul* à être adopté. Ce manquement constitue une lacune juridique à l'encontre de l'enfant. Les conséquences de l'interdiction d'adopter se sont avérées défavorables pour l'enfant *makfoul* allant à l'encontre de son intérêt. Le particularisme de cette insuffisance juridique, c'est qu'elle est fondée sur la religion ; nous avons vu que l'interdiction d'adopter l'enfant *makfoul* renvoie à son statut prohibitif, confortant ainsi la croyance religieuse que l'adoption serait un acte de désobéissance envers Dieu et maintenant ainsi l'enfant dans une religion figée.

Cependant, la convention internationale des droits de l'enfant confirme le droit de l'enfant à la liberté de culte (article 14). Les enfants ne naissent pas dans une religion. Tout individu a droit à la liberté de culte. Ainsi, il n'est pas admis de maintenir les croyances religieuses pour justifier l'interdiction d'adopter l'enfant *makfoul* par le *kafil* quelle que soit sa religion. Car il importe d'offrir à l'enfant une solution permanente, afin qu'il obtienne la stabilité socio-affective dont il a besoin pour se développer et s'épanouir. L'adoptabilité ne doit pas être

définie par le statut personnel de l'enfant. Elle est définie lorsque l'enfant est privé d'une famille en s'assurant que la famille adoptive doit se qualifier et être reconnue apte à répondre, de manière permanente et durable, aux besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques d'un enfant en tenant compte de son âge, de son état de santé.

Section troisième - L'exclusion de l'enfant sans filiation de l'adoption

L'enfant recueilli en *kafala* est en majorité de filiation inconnue ; de nombreux parents potentiels français ou résidents sont candidats à leur adoption mais ne peuvent légalement y parvenir en France.

L'enfant sans filiation est en principe un enfant pupille de l'Etat algérien, appelé enfant assisté. Le pupille de l'État est un mineur confié à la direction de l'aide sociale algérienne et pour lequel l'autorité parentale est exercée par le *wali* (préfet. Selon l'article 1 du décret N° 80 -83 du 15 mars 1980 portant création, organisation et fonctionnement du foyer pour enfants assistés) , l'enfant est placé dans les foyers pour enfants assistés qui sont destinés à accueillir, héberger et éduquer les enfants pupilles de l'Etat, de leur naissance à leur majorité. Ces établissements accueillent les enfants abandonnés à titre définitif ou temporaire. Ces établissements assurent les démarches d'insertion ou de réinsertion familiale de l'enfant inconnu. Si toutefois l'enfant est recueilli en *kafala* par un *kafil*, il est juridiquement rattaché à son *kafil*. Cependant, lorsque l'enfant *makfoul* sans filiation est amené en France et que juridiquement son *kafil* n'est pas considéré comme le parent à part entière au regard du droit français, quel sera son véritable statut en France sachant qu'en Algérie il a été déclaré pupille de l'Etat ? (paragraphe1). Le droit français ne permet – il pas l'adoption du pupille de l'Etat par la personne qui l'a recueilli ? (paragraphe2).

Paragraphe 1-Absence de statut de l'enfant *makfoul* pupille de l'Etat en France

Les enfants pupilles de l'Etat sont parmi les enfants adoptables en France. Des lors qu'un enfant devient pupille de l'État, la loi en France prévoit qu'il doit faire l'objet d'un projet d'adoption dans les meilleurs délais. Conformément aux dispositions de l'article L.224-4 du Code de l'Action sociale et des Familles : « Sont admis en qualité de pupille d'Etat : les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, recueillis depuis plus de deux mois par le service de l'Aide Sociale à l'Enfance».

L'article L. 225-1 dispose que : « Les enfants admis en qualité de pupilles de l'Etat en application des articles L. 224-4 et L. 224-8 doivent faire l'objet d'un projet d'adoption dans les meilleurs délais. Lorsque le tuteur considère que l'adoption n'est pas adaptée à la situation de l'enfant, il doit indiquer ses motifs au conseil de famille. Le conseil de famille, sur le rapport du service de l'aide sociale à l'enfance, s'assure de la validité de ces motifs qui doit être confirmée à l'occasion de l'examen annuel de la situation de l'enfant. La définition du projet d'adoption, simple ou plénière suivant les circonstances particulières à la situation de l'enfant ainsi que le choix des adoptants éventuels sont assurés par le tuteur, avec l'accord du conseil de famille ; le mineur capable de discernement est préalablement entendu par le tuteur ou son représentant et par le conseil de famille ou l'un de ses membres désignés par lui à cet effet ».

Le Préfet, tuteur des pupilles de l'État a pour mission de consentir à l'adoption de l'enfant et de choisir la famille à laquelle il sera confié parmi celles agréées par le président du Conseil général du département. Ce choix s'effectue en fonction de l'histoire de l'enfant et du projet élaboré à son égard, en tenant compte de l'ordre chronologique du dépôt des demandes d'adoption par ces demandeurs. L'enfant est alors placé en vue d'adoption. Une mise en relation avec la

famille adoptive est organisée par le service d'accueil et adoption avec la participation des professionnels s'occupant de l'enfant⁴⁶⁹.

L'enfant *makfoul*, pupille de l'Etat, sans filiation, ne peut être adopté par le *kafil*. La loi de 2001 maintient l'enfant *makfoul* dans sa qualité d'enfant sans filiation et ne peut être adopté par le recueillant au vu du jugement de *kafala*. L'ostracisme est particulièrement dur pour l'enfant sans filiation qui a déjà subi la discrimination dans son pays d'origine, et continue ainsi de la subir en France, où il ne peut bénéficier du cadre légal protecteur de l'enfant pupille d'Etat dans le pays d'accueil et ne peut être adopté malgré son statut d'enfant « sans filiation et pupille de l'Etat » venant d'ailleurs.

Paragraphe2- L'interdiction d'adoption de l'enfant *makfoul* pupille de l'Etat par la personne qui l'a recueilli

La loi en France prévoit le placement en vue d'adoption d'un pupille de l'Etat auprès de la personne à qui le pupille a été confié. Le tuteur de l'enfant adresse au moins 15 jours après la décision du conseil, un extrait du procès verbal du conseil faisant état de l'accord du conseil de Famille⁴⁷⁰. Elle sera ainsi à même d'engager la procédure

⁴⁶⁹-Le placement d'un pupille de l'État ne donne lieu à aucun frais pour les adoptants. Il ouvre droit à :

-Des congés et des indemnités d'adoption,

-Des prestations familiales,

-La prise en charge sécurité sociale et mutuelle pour l'enfant.

-Un accompagnement social, et éventuellement psychologique, est assuré par le bureau adoption jusqu'au jugement d'adoption simple ou plénière.

Ensuite une requête en vue d'adoption est présentée au Tribunal de grande instance du lieu de département après le délai d'adaptation légal de 6 mois. la procédure est gratuite. Le juge vérifie si les conditions légales de l'adoption sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. un jugement prononçant l'adoption attribuera l'autorité parentale à l'adoptant. Le jugement d'adoption est transcrit sur les registres de l'état civil du lieu de naissance de l'adopté. Cette transcription tient lieu d'acte de naissance.

⁴⁷⁰-Art. R224-9 du Code de l'action sociale et des familles dispose que : « La personne à laquelle le pupille est confié et le président du conseil général ou son représentant sont entendus par le conseil de famille à leur demande, ou à la demande du tuteur, ou d'un membre du conseil de famille.

Le président du conseil général ou son représentant peut demander à ce que la personne à laquelle le pupille est confié soit entendue par le conseil de famille, qui peut également demander l'audition du président du conseil général ou de son représentant.

Le conseil de famille entend, au moins une fois par an, la personne à laquelle le pupille est confié. A la demande d'un des membres du conseil, du tuteur, ou d'une des personnes mentionnées au premier alinéa, le conseil peut également recueillir les observations de toute personne participant à l'éducation du pupille ou de toute personne qualifiée.

judiciaire devant le Tribunal de Grande Instance et elle pourra produire devant celui-ci l'accord des autorités de tutelle à l'égard de ce projet.

Cependant, est-il judicieux d'interdire au *kafil* de faire une demande d'adoption plénière en France alors qu'il a recueilli l'enfant *makfoul* en vertu d'une décision judiciaire faisant suite à une procédure légalement définie, alors de surcroît qu'il est son seul tuteur en France ? Est-il profitable à l'enfant, d'exiger du *kafil* d'attendre et prouver les cinq années de résidence en France actuellement requises pour obtenir la nationalité française afin qu'une demande d'adoption devienne envisageable, alors même que le *kafil* est le seul recueillant légal et tuteur de l'enfant *makfoul* pupille de l'Etat, et sachant également que seule l'adoption plénière permettra à cet enfant d'avoir une filiation établie au regard de la loi française afin de le faire accéder à la jouissance des mêmes droits qu'un enfant dont la filiation est établie.

Certains considèrent que la procédure de la possession d'état pourrait être envisagée pour remédier les insuffisances de la *kafala* en France. En matière de filiation, la possession d'état est une forme d'établissement de la filiation établie par une apparence⁴⁷¹.

Le pupille capable de discernement, s'il le demande, est entendu par le conseil de famille ou par l'un de ses membres désigné par lui à cet effet. Il peut également demander à ce que soient organisées les auditions prévues par le présent article.

A sa demande, le pupille capable de discernement s'entretient avec son tuteur ou le représentant de celui-ci sur toutes questions relatives à sa situation ; le tuteur veille à ce que le pupille soit en mesure d'exercer ce droit.

Les personnes entendues par le conseil de famille en application du présent article sont tenues au secret professionnel selon les prescriptions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal. Leur audition peut être remplacée par une communication écrite, sous réserve des dispositions de l'article R. 224-24 ».

⁴⁷¹ - MASSALVE E., CORSO C., *Kafala transfrontalières : la nécessaire adoptabilité, en France, des enfants sans filiation*, In Revue AJF, 2010, p.227.

Section quatrième –Nécessité d’adapter les dispositifs de protection de l’enfant au *makfoul*

Nous avons vu que la *kafala* n’est pas reconnue par le droit français comme institution particulière de parentalité ou de recueil d’enfant. Aucune loi n’évoque l’institution de la *kafala*, à l’exception de l’accord franco algérien qui désigne l’institution de manière très courte comme motif permettant le regroupement familial. Il apparaît aussi, d’après les nombreuses décisions de justice, que la *kafala* est appréciée différemment selon les administrations ou les tribunaux saisis.

Pourtant les résidants et binationaux continuent à recueillir des enfants en *kafala* en Algérie et à les conduire en France sachant d’avance que la *kafala* n’est pas reconnue en France et qu’ils seront confrontés à de nombreux obstacles juridiques et administratifs, et sachant aussi que l’enfant ne peut être l’objet d’une demande d’adoption dès son arrivée en France. Le *kafil* se trouve écartelé : cette situation ne lui permet pas de faire un choix entre les deux institutions qui certes sont différentes mais cependant proches car elles convergent vers le même objectif : la protection de l’enfant.

Mais si le droit français ne permet pas la transformation de la *kafala* en adoption puisque l’obstacle juridique demeure et l’issue d’une modification de l’article 370-3 paraît pour l’heure bloquée⁴⁷², il a cependant mis en place des dispositifs de protection de l’enfant qui peuvent profiter à l’enfant *makfoul*. En souhaitant la levée de l’interdiction d’adopter par *kafala*, l’enfant *makfoul* ne peut demeurer sans statut juridique; il est donc nécessaire de rechercher en droit français un encadrement juridique de la situation de l’enfant *makfoul* en France⁴⁷³. Ainsi, il serait judicieux, actuellement, de mettre

⁴⁷² - ÉGÉA V., *Kafala : pas de réforme en vue*, Droit de la Famille, Lexis Nexis, n°5, mai 2013.

⁴⁷³ Dossier spécial, *La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala*, GOUTTENOIRE, LAMARCHE, *La recherche d’équivalent : l’autorité parentale*, Dr. fam. janv. 2009.9 Par ailleurs la possession d’état pourrait être retenue pour pallier les carences de la *kafala* en France. Cette solution aurait l’avantage de prendre en compte l’intérêt de l’enfant. Cependant, une circulaire du

l'enfant *makfoul* sous tutelle de son *kafil* (paragraphe1). L'enfant *makfoul* peut être aussi confié au *kafil* désigné comme une tierce personne investie de certaines prérogatives afin de l'éduquer et de le protéger (paragraphe2).

Paragraphe1-La tutelle de l'enfant *makoul*

La tutelle des mineurs est une institution juridique qui permet d'assurer la protection de l'enfant en cas de défaillances des parents, mais aussi dans l'hypothèse de leur décès⁴⁷⁴. Cette mesure de protection et de représentation juridiques prononcée par le juge des tutelles assure la protection des mineurs qui ne bénéficient pas la protection inhérente à l'autorité parentale.

Au regard du droit français, l'enfant *makfoul* est sans parents. Le *kafil* n'est pas considéré comme détenteur de l'autorité parentale. Dans ce cas la tutelle de l'enfant *makfoul* peut s'ouvrir de plein droit⁴⁷⁵. L'article 390 du Code civil dispose que : «La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie. Il n'est pas dérogé aux lois particulières qui régissent le service de l'aide sociale à l'enfance »⁴⁷⁶.

garde des Sceaux du 30 juin 2006 précise que la possession d'état peut être considérée comme équivoque dès lors qu'elle vise à contourner les règles régissant l'adoption.

⁴⁷⁴ - RENAULT C. -BRAHINSKY , Droit des Personnes et de la Famille , 3 éd. Gualinotextenso .éd. 2008,p.549-550 .Voir également STASI L. , COUTANT-LAPALUS C. , Personnes ,Incapacités , Famille ,éd. Paradigme Manuel 2009-2010,p.86.

⁴⁷⁵ -Selon une question écrite n° 03703 de M. Bernard Piras (Drôme - SOC) publiée dans le JO Sénat du 13/03/2008 - page 473, ce dernier attire l'attention de Mme la garde des sceaux, ministre de la justice sur l'adoption à travers la procédure de la *kafala*. Par réponse du Ministère de la Justice publiée dans le JO Sénat du 21/08/2008 - page 1698, elle affirme que : « La *kafala* ne créant pas de lien de filiation, elle ne peut en aucun cas être assimilée à une adoption en France. Le droit de la plupart des pays musulmans interdit d'ailleurs formellement cette institution. Toutefois, comme toute décision relative à l'état des personnes, la *kafala*, lorsqu'elle est judiciaire, a vocation à être reconnue de plein droit sur le territoire français, sans formalité particulière, et permet donc à l'enfant de bénéficier d'un statut de protection. Cependant, les effets qu'elle produit sont plus ou moins étendus et dépendent à la fois de la législation du pays d'origine, du contenu de la décision et de la situation de l'enfant recueilli. Ainsi, dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins, la *kafala* peut être assimilée en France à une tutelle.

⁴⁷⁶ -Art. 390 du Code civil modifié par la loi n°2009-61 du 16 janvier 2009.

L'article 394 dispose que : « La tutelle, protection due à l'enfant, est une charge publique. Elle est un devoir des familles et de la collectivité publique »⁴⁷⁷.

Selon l'article 409 du Code civil : « Le juge des tutelles peut aussi appeler pour faire partie du conseil de famille, des amis, des voisins ou toutes autres personnes qui lui semblent pouvoir s'intéresser à l'enfant ». En vertu de ces dispositions, il est aisé pour le juge des affaires familiales de statuer d'office à la demande du *kafil*. La demande de la tutelle peut également venir du juge aux affaires familiales. Elle est requise par lui lorsqu'il y a nécessité de protéger l'intérêt de l'enfant ; dans ce cas, le juge peut désigner le *kafil* comme tuteur. Bien sur, dans cette hypothèse, le juge ne convoque pas le conseil de famille puisque l'enfant *makfoul* n'en a pas, mais le *kafil* intervient en tant que partie fondamentale veillant à la protection de l'enfant ⁴⁷⁸. Logiquement, la tutelle doit être déferée au *kafil* en vertu de la *kafala*. En effet, le *kafil* est considéré comme la personne la plus proche de l'enfant *makfoul*.

La tutelle est une charge personnelle, obligatoire et gratuite et ne se transmet pas aux héritiers (art.407)⁴⁷⁹. Cependant, l'article 500 al.1 du Code civil prévoit que le conseil de famille peut allouer des indemnités au tuteur.

L'article 503 du Code civil⁴⁸⁰ précise le fonctionnement de la tutelle. S'agissant de la personne du mineur, le tuteur est doté de certaines

⁴⁷⁷ -Art. 394 modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 2 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009.

⁴⁷⁸ -En droit français, il y a plusieurs modalités de désignation du tuteur du mineur :

1) Tutelle légale qui consiste à désigner les descendants du degré le plus proche, lorsque les mère et père n'avaient pas désigné un tuteur (art.402 du Code civil) . Cependant, ce moyen de désignation a disparu en application de la loi du 05/03/2007. La tutelle légale a été supprimée par la loi du 01/01/2009.

2) Tutelle testamentaire , est celle dans laquelle le tuteur a été désigné par le dernier mourant des mère et père s'il avait gardé au jour de sa mort l'exercice de l'autorité parentale (art.403 , al.1 du Code civil) La tutelle testamentaire doit se faire par écrit devant un notaire .

3) Tutelle dative consiste à la désignation d'un tuteur par le conseil de famille en l'absence de tuteur testamentaire (art.404 du Code civil) .

⁴⁷⁹ - RENAULTC. , -BRAHINSKY, *op.cit.*, p.552.

⁴⁸⁰ -Article 503 du code civil modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 8 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009 qui dispose que : « Dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle, le

prérogatives liées à l'autorité parentale. Ainsi, il est dans l'obligation d'assurer l'entretien et l'éducation de l'enfant ⁴⁸¹ce qui implique, de toute évidence, que le domicile du mineur est celui du tuteur⁴⁸².

La tutelle vise aussi la protection du patrimoine de l'enfant.⁴⁸³ Cependant, en vertu de l'article 388-3 du code civil⁴⁸⁴, le juge des tutelles et le procureur exercent une surveillance générale des administrations légales et des tutelles de leur ressort. En effet, le juge des tutelles dispose d'un pouvoir d'adresser des injonctions au tuteur en cas de défaillances dans son devoir tutélaire. Il peut également le dessaisir de sa fonction.

Pour assumer convenablement sa mission, le tuteur peut recourir, si cela s'avère utile, à l'assistance éducative (Art.375 du Code civil)⁴⁸⁵ ; il

tuteur fait procéder, en présence du subrogé tuteur s'il a été désigné, à un inventaire des biens de la personne protégée et le transmet au juge. Il en assure l'actualisation au cours de la mesure.

Il peut obtenir communication de tous renseignements et documents nécessaires à l'établissement de l'inventaire auprès de toute personne publique ou privée, sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire.

Si l'inventaire n'a pas été établi ou se révèle incomplet ou inexact, la personne protégée et, après son décès, ses héritiers peuvent faire la preuve de la valeur et de la consistance de ses biens par tous moyens ».

⁴⁸¹ - Dans ce cas le tuteur exécute les décisions nécessaires à l'entretien et l'éducation de l'enfant prises par le conseil de famille.

⁴⁸² -La loi ne précise pas si l'enfant mineur habite chez le tuteur.

⁴⁸³ -Dans certains cas, la tutelle est limitée à la protection du patrimoine de l'enfant sans sa personne ou l'inversement.

⁴⁸⁴ - Art. 388-3 du Code civil créé par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 4 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009

Le juge des tutelles et le procureur de la République exercent une surveillance générale des administrations légales et des tutelles de leur ressort.

Les administrateurs légaux, tuteurs et autres organes tutélares sont tenus de déférer à leur convocation et de leur communiquer toute information qu'ils requièrent.

Le juge peut prononcer contre eux des injonctions et condamner à l'amende civile prévue par le code de procédure civile ceux qui n'y ont pas déféré.

⁴⁸⁵ -Art.375 du code civil modifié par la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 - art. 14 JORF 6 mars 2007 qui énonce que : « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public. Dans les cas où le ministère public a été avisé par le président du conseil général, il s'assure que la situation du mineur entre dans le champ d'application de l'article L. 226-4 du Code de l'action sociale et des familles. Le juge peut se saisir d'office à titre exceptionnel».

peut voir sa responsabilité engagé en cas de dommage causé par le mineur⁴⁸⁶.

Le tuteur représente également le mineur dans tous les actes ordinaires de la vie civile à l'exception des actes où le mineur peut agir lui même⁴⁸⁷ car le mineur est aussi un sujet actif doté d'un certain nombre de droits spécifiques qui lui permettent de participer à leur exercice⁴⁸⁸.

En ce qui concerne les actes de dispositions, le tuteur doit obtenir une autorisation préalable du conseil de famille (Art.505, 506 507 -1 al2, 505 al2 du Code civil).

Cependant en cas d'urgence, le juge peut se substituer au conseil de famille et autoriser la vente d'instruments financiers, le conseil décidera dans ce cas là la manière dont les sommes seront réutilisées.

En revanche, certains actes considérés comme dangereux pour le patrimoine du mineur sont interdits au tuteur .Ainsi, le tuteur ne peut par exemple faire un contrat de sureté pour garantir la dette d'une autre personne⁴⁸⁹.

Le tuteur gère les biens du mineur .A l'ouverture de la tutelle, le tuteur doit faire procéder à l'inventaire des biens du mineur en

⁴⁸⁶- STASIL , COUTANT-LAPALUS C.,*op.cit.* ,p.91.

⁴⁸⁷ - BONFILS P. , GOUTTENOIREA. , Droit des mineurs ,1ere éd. Dalloz , 2008. p.559.

⁴⁸⁸-Les textes internationaux relatifs aux droits de l'enfant ont mis l'accent sur la nécessité de reconnaître à l'enfant certains droits spécifiques tels que la liberté d'expression et de représentation. Voir LEMOULAND J-J.,L'assistance du mineur ,une voie possible entre l'autonomie et la représentation , RTD , civ ,1997, p.1.

⁴⁸⁹ - Art. 509, modifié par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 - art. 18 (V)dispose que Le tuteur ne peut, même avec une autorisation :

1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée sauf ce qui est dit à propos des donations, tels que la remise de dette, la renonciation gratuite à un droit acquis, la renonciation anticipée à l'action en réduction visée aux articles 929 à 930-5, la mainlevée d'hypothèque ou de sûreté sans paiement ou la constitution gratuite d'une servitude ou d'une sûreté pour garantir la dette d'un tiers ;

2° Acquérir d'un tiers un droit ou une créance que ce dernier détient contre la personne protégée ;

3° Exercer le commerce ou une profession libérale au nom de la personne protégée ;

4° Acheter les biens de la personne protégée ainsi que les prendre à bail ou à ferme, sous réserve des dispositions de l'article 508 ;

5° Transférer dans un patrimoine fiduciaire les biens ou droits d'un majeur protégé.

présence du subrogé tuteur ⁴⁹⁰ dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle (Art.503 al.1 du Code civil)⁴⁹¹. Cet inventaire sera transmis au juge des tutelles.

Par ailleurs, le tuteur représente le mineur en justice quand l'action porte sur des droits patrimoniaux comme c'est le cas pour l'obtention de dommages et intérêts .L'article 475 al.1 du Code civil dispose que : « La personne en tutelle est représentée en justice par le tuteur ».Le tuteur peut intenter ou défendre les intérêts du mineur ayant subi un préjudice sans autorisation du conseil de famille (art504al.2 du Code civil). Toutefois, depuis 5 mars 2007, le tuteur peut agir, en demande ou en défense, pour faire valoir les droits extrapatrimoniaux de la personne protégée qu'après autorisation ou sur injonction du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Le juge ou le conseil de famille peut enjoindre également au tuteur de se désister de l'instance ou de l'action ou de transiger (Art.475)⁴⁹².

Paragraphe2- Désignation du *kafil* comme un tiers investi de l'autorité parentale

Nous avons vu que l'autorité parentale est exercée en principe par les mère et père .Nous avons vu que le droit algérien confère au *kafil* l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant. L'article 371-1 du Code civil français précise que l'autorité parentale a pour finalité l'intérêt de

⁴⁹⁰ - Art.409 du Code civil modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 2 JORF 7 mars 2007 en vigueur le 1er janvier 2009 énonce que : « La tutelle comporte un subrogé tuteur nommé par le conseil de famille parmi ses membres. Si le tuteur est parent ou allié du mineur dans une branche, le subrogé tuteur est choisi, dans la mesure du possible, dans l'autre branche. La charge du subrogé tuteur cesse à la même date que celle du tuteur ».

⁴⁹¹ - Art. 503 du Code civil modifié par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 - art. 8 JORF 7 mars 2007 ,en vigueur le 1er janvier 2009 qui dispose que : « Dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle, le tuteur fait procéder, en présence du subrogé tuteur s'il a été désigné, à un inventaire des biens de la personne protégée et le transmet au juge. Il en assure l'actualisation au cours de la mesure. Il peut obtenir communication de tous renseignements et documents nécessaires à l'établissement de l'inventaire auprès de toute personne publique ou privée, sans que puisse lui être opposé le secret professionnel ou le secret bancaire.

Si l'inventaire n'a pas été établi ou se révèle incomplet ou inexact, la personne protégée et, après son décès, ses héritiers peuvent faire la preuve de la valeur et de la consistance de ses biens par tous moyens.

⁴⁹² -Article modifié par la loi N°2007-308 du 05mars 2007 .Art.7, JORA 7 mars 2007, en vigueur le 1 janvier 2009.

l'enfant⁴⁹³ .Par ailleurs ,la jurisprudence de la cour de Cassation a maintes fois qualifié la *kafala* comme une délégation de l'autorité parentale .L'article 377 du Code civil dispose que : « En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale ». Le *kafil*, dans ce cas, en tant que particulier qui a recueilli l'enfant *makfoul*, peut saisir le juge aux fins d'être désigné comme un tiers à qui il déléguerait l'autorité parentale afin d'éduquer et protéger l'enfant *makfoul*⁴⁹⁴.

En effet, si l'intérêt de l'enfant l'exige , le juge peut décider de confier l'enfant au *kafil*, en tant que tiers, en le désignant pour donner un encadrement légal à la relation liant le *kafil* au *makfoul*.La délégation de l'autorité parentale répondra alors à la situation bien particulière dans laquelle le *kafil* se trouve puisque, à la différence du droit algérien, il n'est pas reconnu en droit français comme étant la personne désignée pour assumer pleinement la fonction parentale gracieusement. Dans ce cas là, le *kafil* qui se voit confié de nouveau l'enfant *makfoul* par une décision du juge français sera investi de certains pouvoir parentaux afin d'assurer sa protection et son éducation.

Cette forme de désignation du *kafil* répondra à la situation bien spécifique de la *kafala* en droit français, car il ne s'agit pas d'une délégation forcée ou d'une délégation volontaire .Il ne s'agit pas en l'occurrence d'un désintérêt des parents⁴⁹⁵ car l'enfant *makfoul* est

⁴⁹³ -L'autorité parentale en droit français a subi une évolution depuis la loi du 04/06/1970.Voir Corinne RENAULT –BRAHINSKY, *op.cit*, p.560.

⁴⁹⁴-Dossier spécial, La réception des institutions algériennes par le droit français : la *kafala*, GOUTTENOIR, LAMARCHE ,La recherche d'équivalent : l'autorité parentale ,Dr, fam.Janv.2009.

⁴⁹⁵ -L'article 377 modifié par la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 - art. 10 dispose que : « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers,

dans la majorité des cas un enfant sans filiation .Il ne s'agit pas non plus d'une délégation volontaire qui peut découler de la saisine du juge par les parents de l'enfant .L'article 61 du code de la famille et de l'aide sociale ⁴⁹⁶permet également au *kafil* accueillant l'enfant *makfoul* de faire une demande de délégation d'autorité parentale. En effet, cet article dispose que : « alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré la garde de droit ou de fait et qui demandent à en assumer la garde ». Dans le cas de l'enfant *makfoul*, la délégation de l'autorité parentale totale est nécessaire pour

membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant ou un membre de la famille peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale.

Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance. Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants ».

⁴⁹⁶-Article le 61 du Code de la famille et de l'aide sociale, modifié par Loi n°96-604 du 5 juillet 1996 - art. 30 JORF 6 juillet 1996 dispose que : « Sont admis en qualité de pupille de l'Etat :

1° Les enfants dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue, qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois ;

2° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance en vue de leur admission comme pupilles de l'Etat par les personnes qui ont qualité pour consentir à leur adoption, depuis plus de deux mois ;

3° Les enfants dont la filiation est établie et connue, qui ont expressément été remis au service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de six mois par leur père ou leur mère en vue de leur admission comme pupilles de l'Etat et dont l'autre parent n'a pas fait connaître au service, pendant ce délai, son intention d'en assumer la charge ; avant l'expiration de ce délai de six mois, le service s'emploie à connaître les intentions de l'autre parent ;

4° Les enfants orphelins de père et de mère pour lesquels la tutelle n'est pas organisée selon le chapitre II du titre X du livre 1er du code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois ;

5° Les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale en vertu des articles 378 et 378-1 du Code civil et qui ont été recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 380 dudit Code ;

6° Les enfants recueillis par le service de l'aide sociale à l'enfance en application de l'article 350 du Code civil.

L'admission en qualité de pupille de l'Etat peut faire l'objet d'un recours, formé dans le délai de trente jours suivant la date de l'arrêté du président du conseil général devant le tribunal de grande instance, par les parents, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale, par les alliés de l'enfant ou toute personne justifiant d'un lien avec lui, notamment pour avoir assuré sa garde, de droit ou de fait, et qui demandent à en assumer la charge.

S'il juge cette demande conforme à l'intérêt de l'enfant, le tribunal confie sa garde au demandeur, à charge pour ce dernier de requérir l'organisation de la tutelle, ou lui délègue les droits de l'autorité parentale et prononce l'annulation de l'arrêté d'admission.

Dans le cas où il rejette le recours, le tribunal peut autoriser le demandeur, dans l'intérêt de l'enfant, à exercer un droit de visite dans les conditions qu'il détermine ».

que le *kafil* puisse protéger et éduquer l'enfant recueilli. Cependant, le juge a le pouvoir de spécifier quels sont les droits délégués au *kafil*⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ -François TERRE , Dominique FENOUILLET , Droit Civil ,La famille , 8éd. Dalloz, 2011, p.1043.

Conclusion de la deuxième partie

Pour garantir le respect de la législation des pays étrangers, la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale a introduit dans le code civil français des dispositions interdisant le prononcé en France de l'adoption d'un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce dernier est né et réside habituellement en France.

Ces dispositions s'appliquent aux mineurs algériens recueillis par *kafala* puisque la loi algérienne, en l'occurrence, loi personnelle de l'enfant, prohibe l'adoption.

Cette position de la loi française traduit en réalité, un refus de reconnaître la *kafala* en droit français, refus appuyé sur une appréciation inexacte de la nature de la *kafala* qui ne procède pas du droit musulman mais du droit positif dont elle est une construction. Mais cette position a créé une véritable discrimination à l'encontre des enfants recueillis par *kafala* et à l'encontre des *kafils* en les mettant dans une situation juridique compliquée et complexe .

La *kafala* est toujours évoquée par comparaison avec l'adoption de droit français. Si les deux institutions sont foncièrement différentes sur la question de la filiation, la comparaison effectuée dans cette étude a permis de dégager certains éléments réunissant les deux institutions dans un dénominateur commun .

L'adoption plénière crée un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant, qui sont pourtant biologiquement étrangers l'un à l'autre ; l'enfant adopté entre définitivement dans la famille de l'adoptant avec les mêmes droits et les mêmes devoirs que tout autre enfant dont la filiation est légalement établie.

Avec la *kafala*, le lien de filiation n'est pas créé. Pour l'enfant sans filiation, la *kafala* confère pourtant le nom patronymique par concordance des noms. Mais le nom patronymique ne s'étend pas à la filiation de sang. Cette forme de filiation juridique est une filiation identique sans caractère biologique. En effet, si elle confère une filiation neuve pour l'enfant né sous x ou trouvé, une filiation fondée sur le nom, elle provoque la rupture du lien de filiation avec la mère d'origine lorsque celle-ci est consentante.

Le dominateur commun de l'adoption simple ou plénière et de la *kafala* est l'autorité parentale qui vise l'intérêt de l'enfant en assurant son éducation et sa protection physique et morale. Dans les deux institutions, elle est exercée totalement par le père de substitution : l'adoptant dans l'adoption et le *kafil* dans la *kafala*. Dans la première, elle résulte nécessairement de la filiation, dans la seconde, elle est détachée de la filiation.

Cependant, pour le droit successoral, les deux institutions sont foncièrement différentes. Si l'adoption plénière confère à l'adopté et à ses descendants des droits successoraux identiques à ceux des enfants biologiques, la *kafala*, elle, ne confère que le droit testamentaire sans le droit successoral. Mais le droit testamentaire s'exécute avant le droit successoral, ce qui garantit le droit de l'enfant *makfoul* à recevoir le bien légué avant que les héritiers puissent bénéficier de leur prérogative, puisque le legs testamentaire est exécuté après acquittement des frais des funérailles et des dettes et avant l'ouverture de la succession aux héritiers. En revanche, pour l'adoption, l'adopté héritier acceptant la succession risque de supporter toutes les charges et les dettes laissés par le défunt ce qui n'est pas souvent profitable pour lui.

Mais la *kafala* n'offre nulle garantie de durée, elle peut être à tout moment et sans aucun motif, remise en cause par les intéressés.

La révocation de la *kafala* peut s'avérer dramatique pour l'enfant *makfoul* sans filiation, contrairement à l'adoption plénière qui garantit la pérennité du lien ; selon la loi l'adoption plénière est irrévocable.

En revanche, l'adoption simple peut être révoquée pour motifs graves justifiés. Ainsi, sur la question de la révocation, la *kafala* et l'adoption simple semblent similaires.

Malgré la reconnaissance de la *kafala* par la convention internationale des droits de l'enfant ratifiée par la France, cette institution est considérée comme une notion non qualifiable et non convertible en droit français.

En effet, le droit français, ne reconnaît pas la *kafala* sur le plan juridique, n'admet pas son assimilation à une adoption simple, et exclut toute conversion de la *kafala* en adoption. L'interprétation restrictive de la loi algérienne et l'application systématique de la loi nationale sans prendre en compte la volonté des intéressés a conduit à un blocage juridique exposant ainsi les enfants recueillis en *kafala* et leurs familles à des incertitudes.

Pourtant, la filiation qui est supposée être un droit de Dieu n'est pas vraiment respectée par la loi algérienne (la loi sur la concordance des noms est hérésiarque) .La barrière de l'éternel interdit est brisé par cette loi.

Ainsi, la disposition interdisant l'adoption d'enfants nantis d'un statut prohibitif n'est pas conforme à la logique institutionnelle de la protection de l'enfant en France, ni conforme aux lois françaises laïques puisqu'elle se conforme à l'ordre religieux islamique.

Cette disposition est également discriminatoire par ses effets et ne favorise pas l'intégration sociale des maghrébins puisque le droit a notamment pour objet de créer les conditions qui permettent le succès de cette intégration.

La discrimination est faite à l'égard du *kafil* ; celui-ci ne peut pas convertir la *kafala* en adoption plénière, alors même que d'autres personnes étrangères résidant en France bénéficient de la loi française lorsque leurs droits ne prohibent pas l'adoption : ils peuvent aisément demander l'adoption plénière d'un enfant de leur pays.

En effet, le fondement de l'interdiction de l'adoption du *makfoul* n'est pas justifié, car la ratification de la convention internationale des droits de l'enfant par la France implique l'adaptation de ses lois internes aux règles de cette convention, et devrait ainsi la contraindre à reconnaître la *kafala* : la *kafala* demeure considérée en France comme une institution de droit islamique, qui accroît le flux migratoire, elle apparaît constituer alors, un fondement non apparent de la loi.

L'Algérie est aussi appelée à respecter les dispositions de la convention internationale des droits de l'enfant et à reconnaître l'adoption comme dispositif de protection de l'enfant.

Certains pays européens ont traité l'accueil de la *kafala* de façon spécifique en permettant sa conversion en adoption plénière, c'est le cas de la Belgique et de l'Espagne. Ces deux pays ont encadré l'institution de la *kafala* selon leur concept interne qui repose principalement sur l'intérêt de l'enfant *makfoul* à être intégré dans une famille

En principe l'adoption, tout comme la *kafala*, vise essentiellement l'intérêt de l'enfant. Cependant, le concept de l'intérêt de l'enfant est un concept flexible et indéfini, de même que ses fonctions sont multiples. Les textes nationaux et internationaux n'en donnent aucune définition, ce qui a conduit la jurisprudence française à l'appréhender en fonction de sa propre subjectivité en rejetant la conversion de la *kafala* en adoption.

La Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg saisie sur la question de la *kafala* n'a pas tranché de manière claire et précise sur la reconnaissance de la *kafala* et la possibilité de sa

conversion en adoption simple ou plénière. La Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg s'est contentée de dire dans le cas d'espèce qui lui a été soumis, qu'il n'y a aucun obstacle à mener une vie de famille en accordant une moindre importance aux arguments allégués par la requérante, pour qui, au contraire, le refus d'adoption n'est pas sans effets sur sa vie de famille.

Pourtant le demandeur de la *kafala* résidant en France est soumis à une double contrainte sur le plan juridique dans les deux pays .En France, il doit répondre à des conditions strictes presque similaires aux conditions de l'adoption .En Algérie, il doit obéir aux exigences de la loi algérienne en la matière. À tout cela, il faut ajouter les conditions spécifiques édictées dans l'accord franco- algérien ouvrant le droit au regroupement familial dont l'enfant *makfoul* est partie prenante. L'accord franco-algérien demeure silencieux sur cette question.

Sans aucun doute, l'enfant *makfoul* est en situation de précarité juridique en France, et ne peut pas bénéficier de tous les droits des autres enfants ; il ne peut être adopté, ne peut bénéficier des droits sociaux, ne peut pas acquérir la nationalité car il n'est pas considéré comme l'enfant du *kafil*. Son recueil par *kafala* affecte sa vie au quotidien et a des répercussions négatives sur son avenir. Cela constitue une véritable violation de ses droits en France.

Pourtant ,il est nécessaire, actuellement, de trouver une protection juridique à l'enfant *makfoul* en France .En effet ,il existe en droit français un dispositif juridique permettant la protection de l'enfant et qui peut être profitable à l'enfant *makfoul* : il suffirait de mettre l'enfant *makfoul* sous la tutelle de son *kafil* ou de le lui confier comme une tierce personne investie de certaines prérogatives .

Mais, il serait bien plus souhaitable non seulement de permettre l'adoption de l'enfant *makfoul* par son *kafil* mais également de reconnaître la *kafala* dans le dispositif juridique français comme une institution spécifique de droit positif.

Conclusion générale

Lorsque nous avons défini la *kafala* en droit algérien, nous avons pris le parti d'examiner plus particulièrement la question de la filiation. En effet, le véritable enjeu, c'est la filiation. Le rattachement de l'enfant à une personne, autre que les parents biologiques ou adoptifs, pour assumer la fonction parentale, est problématique, complexe, délicat, plein de difficultés aussi bien en droit algérien qu'en droit français.

Nous avons vu que la filiation en droit algérien est un lien sacré, l'enfant est toujours issu d'une relation « légitime » au sens religieux, et sa filiation est celle de son père. En revanche, la filiation en droit français est le lien de droit qui unit un enfant à son père ou à sa mère.

Cependant, en Algérie, une famille est à même d'intégrer en son sein un enfant étranger et de le protéger, en lui offrant un cadre familial naturel. Sans doute l'intégration de cet enfant doit être consacrée juridiquement. La *kafala*, institution juridique du droit positif algérien, permet d'intégrer un enfant au sein d'une famille, mais dès lors que l'enfant accueilli est sans filiation, la question devient problématique et fort compliquée car nous avons vu que l'adoption est prohibée en droit algérien.

La dimension internationale de la *kafala* (*kafala* transfrontalière) soulève l'incontournable question de la protection offerte aux enfants sous *kafala*. Nous avons vu que les familles françaises ou binationales qui accueillent les enfants se heurtent à de multiples obstacles juridiques qui commencent par la délivrance d'un visa et se multiplient avec la protection sociale, l'exercice de l'autorité parentale, le divorce, le décès du *kafil*.

Incontestablement, la *kafala* ne crée pas de filiation telle qu'elle est connue en droit français. Néanmoins, elle constitue un concept nouveau de droit positif, sans fondement religieux. Mais la *kafala*

demeure un concept fort complexe et ambigu soulevant de multiples questions relatives au lien rattachant l'enfant *makfoul* au *kafil*.

En effet la sacralité de la filiation en droit algérien, interdit la reconnaissance de la filiation en dehors du lien conjugal, ; c'est pour cette raison que la *kafala* est insusceptible de créer une filiation telle qu'elle est définie en droit algérien ou en droit français .

Pour le droit français, la filiation a connu des évolutions importantes, notamment au niveau de l'égalité des filiations, mais les effets de la filiation sur« le nom, l'autorité parentale, le lien successoral » restent des constantes qui n'ont jamais fait l'objet d'une remise en cause.

Ces effets liés nécessairement à la filiation ne constituent pas un réel obstacle juridique pour les autres formes de liens de parentalité. En effet, dès que nous nous éloignons de la filiation, la prise en compte de nombreuses formes de prise en charge, de responsabilité morale et éducative à l'égard de l'enfant pose inévitablement question.

L'autorité parentale, assise juridique de l'exercice de la fonction et pivot du lien parent enfant, peut être déléguée à d'autres, lorsque les parents sont empêchés de l'exercer ou lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige, temporairement ou définitivement.

Cela a conduit à détacher l'autorité parentale de la filiation, ce qui dissocie l'autorité parentale de la filiation.

La *kafala*, nouvelle conception de la filiation, guidée par des considérations plus sociales et affectives, permet de confier un enfant à une autre personne ; elle se disjoint de la filiation génétique traditionnelle et de l'adoption, en se fondant sur la fonction parentale. Elle permet, nous l'avons vu, de conférer le nom à l'enfant *makfoul* sans filiation engendrant ainsi un lien particulier, inédit, entre l'enfant et le *kafil*. De fait un nouveau concept : la filiation strictement patronymique

Le droit successoral , effet pécuniaire de la filiation, assure la sécurité financière de l'individu .La *kafala* ,ne confère pas de droit successoral , mais dans le domaine des libéralités , l'existence d'un lien de filiation n'est pas nécessaire. Le pouvoir de la volonté a une place importante et permet ainsi de suppléer les règles du droit successoral.

Mais au-delà de la question de la filiation, la *kafala* transfrontalière est à l'origine d'une autre question de dimension internationale, celle de la protection de l'enfance.

En France, la loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection de l'enfance, fixe la prévention comme partie intégrante de la protection de l'enfance. Il s'agit de veiller à ce que les parents de l'enfant soient assistés lorsque l'intérêt de l'enfant l'impose. Cette aide doit intervenir le plus tôt possible, pour éviter d'exposer l'enfant à des dangers certains. Cette intervention fait appel à diverses formes d'accompagnement des adultes ayant en charge un enfant.

Depuis plus de vingt ans, la France accueille les enfants par *kafala*. En bonne logique juridique, cette institution aurait dû trouver sa place en droit français. Et de fait la *kafala*, a pu parfois être transformée en adoption plénière ou adoption simple. Mais pour des raisons multiples, une loi est intervenue, non pas pour intégrer la *kafala* aux diverses formes de prise en charge d'enfants en France mais purement et simplement pour exclure ces enfants pris en *kafala* de ce dispositif de protection.

Nous avons vu que la cour de Cassation, saisie plusieurs fois de la question, applique d'une manière constante depuis un arrêt de 2006 l'article 370-3 du Code civil qui énonce que : « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ».En effet la cour de Cassation considère que cette disposition est conforme aux droits fondamentaux de l'enfant. L'explication retenue

par cette jurisprudence est le respect des origines de ces enfants étrangers.

Nous avons vu que la cour européenne des droit de l'homme a été saisie sur la question de la *kafala*. Selon cette cour : « le refus manifesté par la France de prononcer l'adoption d'un enfant accueilli en *kafala* est compatible avec les dispositions de l'article 8 de la CEDH. Elle précise que : « l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante ».

Ainsi, l'enfant recueilli en *kafala* n'a aucun statut juridique en droit français. Sans équivoque, il y a là, une disparité entre la position de la cour de Cassation, celle de la cour européenne des droits de l'homme et la réalité de fait sur la situation précaire de l'enfant *makfoul*. Cette disparité est à l'origine d'un réel risque juridique auquel s'expose l'enfant ; celui des conséquences inhérentes au divorce, au décès, à l'abandon, etc.... en raison de l'absence de filiation.

En effet, la majorité des *kafils* en France veulent adopter l'enfant accueilli en *kafala*, en affirmant que c'est la solution la plus conforme à « l'intérêt supérieur de l'enfant » au sens des articles 3§1 de la Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 et 1^{er} de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Ce parti adopté par les *kafils* marque visiblement leur attachement aux principes du droit français. Cet intérêt est passé sous silence, la loi, la jurisprudence de la cour de Cassation et même de la cour européenne occultent les aspects essentiels de la question de la *kafala*.

Il faut souligner que dans toutes les décisions judiciaires rendues en France, il est fait implicitement allusion à la confrontation de la *kafala* à l'adoption simple ou plénière, « la *kafala*, affirment les tribunaux, n'est pas une adoption, elle ne crée pas de filiation comme

dans l'adoption ». Ceci nous a conduits à procéder à l'étude des différences entre la *kafala* et l'adoption. L'adoption en droit français est avant tout une construction du droit : adopter, c'est prendre un enfant étranger pour fille ou fils.

La *kafala* est aussi une construction du droit : c'est prendre en charge un enfant comme le ferait un père pour son fils. Si les deux institutions diffèrent dans leur fondement, elles convergent cependant vers le même objectif, prendre en charge la vie d'un enfant pour assurer sa protection. Nous avons vu que la *kafala* en droit algérien est une nouvelle construction juridique dont les effets juridiques permettent confortablement l'harmonisation des deux droit nationaux. En revanche, ce qui transparaît des décisions de la cour de Cassation française est l'éloignement de la *kafala* de l'adoption malgré le rapprochement de cette dernière avec l'adoption simple.

La *kafala* n'est pas reconnue par le droit français comme institution particulière de parenté ou de recueil d'enfants. Aucune loi n'évoque l'institution de la *kafala*, sauf nous l'avons vu, dans l'accord franco algérien qui évoque brièvement l'institution parmi les procédés permettant le regroupement familial sans rien dire de plus sur cette institution. Pourtant les résidents et binationaux continuent à recueillir des enfants en *kafala* en Algérie et à les conduire en France sachant d'avance que la *kafala* n'est pas reconnue en France et qu'ils seront confrontés à beaucoup d'obstacles juridiques et administratifs, et sachant aussi qu'ils ne peuvent faire une demande d'adoption dès leur arrivé en France. Un vrai dilemme juridique pour les *kafils*. Une situation qui ne leur permet de faire un choix entre les deux solutions. C'est pourquoi l'interrogation demeure : la *kafala* est-elle un obstacle à l'adoption ou bien est-ce l'adoption qui est un obstacle à la *kafala*? En effet, à travers la loi, les décisions de justice, la doctrine, la *kafala* est considéré en France comme un obstacle à l'adoption. Ce qui peut laisser supposer que cette institution pose une règle interdisant l'adoption. Or la *kafala* est une institution particulière de protection

d'enfant au même titre que l'adoption. Cette institution ne pose aucune règle légale interdisant l'adoption car elle constitue un concept nouveau particulier permettant de recueillir légalement un enfant dans un cadre familial .La *kafala* ne crée pas de filiation car ce n'est pas une adoption. L'adoption est interdite en droit algérien conformément à une disposition spécifique du Code de la famille.

En revanche la *kafala* est une notion de parenté nouvelle de l'enfant connu ou inconnu sans création de lien de filiation traditionnelle. La confrontation continue de la *kafala* à l'adoption en France conduit à une réduction de l'intérêt et de l'utilité de cette institution juridique nouvelle car l'adoption telle qu'elle est définie en droit français s'inscrit exclusivement dans le domaine de la filiation. L'adoption en droit français est présentée comme l'institution parfaite et indispensable permettant un lien de filiation définitif. Si toutefois le caractère définitif de l'adoption plénière présente un avantage pour l'enfant adopté qui ne peut plus redevenir pupille de l'État, ou retourner dans sa famille d'origine. Il n'en demeure pas moins qu'en cas d'échec de l'adoption plénière, ces enfants sont délaissés par les adoptants car l'accent est mis sur la filiation et ses effets, or dans la *kafala* l'accent est mis sur la bonne prise en charge du *kafil* de l'enfant *makfoul* comme le ferait un père pour son fils.

Cette vision réductrice de la *kafala* a été constatée par le rapport Colombani. Ce rapport précise dès le début que d'emblée la mission de l'adoption est « du côté de l'intérêt de l'enfant », et plaide pour une véritable « reconnaissance d'un droit à l'enfance, dont fait partie le droit à une famille ». Il vise, par le biais de propositions, à augmenter le nombre d'adoptions en France. Pourquoi ne pas commencer par les *kafala* ? En supprimant l'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil, ou en réduisant les délais de résidence exigés avant de demander la nationalité française. Dans ce même rapport, le nombre d'enfants recueillis par *kafala* est estimé entre 300 et 1000. Mais ce rapport ne propose pas la modification de l'article 370-3 du Code civil français.

Cependant, l'adoption telle qu'elle est perçue en France ne constitue-t-elle pas un obstacle à la *kafala* ? D'une part, la *kafala* n'est pas considérée comme une nouvelle forme particulière d'adoption, d'autre part, elle ne peut pas être considérée comme un tremplin juridique à l'adoption souhaitée par de nombreux *kafils*. Et pourtant, l'arrivée d'un enfant recueilli par *kafala* en France se fait dans un cadre parfaitement réglementé : les procédures d'un recueil légal sont identiques à celles mises en place dans le cadre d'une procédure d'adoption internationale, et relèvent de règles strictes, à l'égard de familles désireuses de devenir parents d'enfants abandonnés.

Au Maroc comme en Algérie, les enfants abandonnés ou nés de parents inconnus ont la qualité de pupilles de l'État. En cette qualité, ils ne sont confiés à des *kafils* qu'à l'issue d'une enquête sociale qui détermine si le postulant a la capacité matérielle, financière, morale, psychologique et affective à accueillir un enfant.

Dans le cas d'un Algérien résidant à l'étranger ou d'un Français d'origine algérienne, cette enquête est réalisée par les services consulaires et transmise par la voie diplomatique au ministère des Affaires sociales. Par ailleurs, l'obtention d'un agrément est aujourd'hui obligatoire pour tout requérant en *kafala* tant au Maroc qu'en Algérie, celui-ci, depuis l'été 2006 est exigé par le consulat français pour toute demande de visa. Mais que faut-il penser de cette nouvelle disposition, qui oblige tout postulant à une *kafala* à s'inscrire dans une procédure d'adoption sans toutefois au final considérer la *kafala* comme une variété d'adoption ? Une contradiction de plus, un obstacle supplémentaire au fantasme d'une filière d'immigration clandestine, entretenu par certains ?

Aussi, pour éviter toute difficulté à leurs ressortissants quant à l'obtention d'un visa pour leur enfant, les consulats algériens en France, en référence à une note émanant du Ministère des Affaires étrangères du 04 novembre 2007, sont tenus d'exiger cet agrément

parmi les pièces du dossier à constituer en vue d'une *kafala*. Cette nouvelle démarche, que nombre de futurs parents *kafils* avaient entreprise avant même qu'elle ne soit rendue obligatoire afin de se préparer à la venue de leur enfant, amène donc les futurs *kafils* à obtenir un double agrément : l'un émanant du conseil général de leur lieu de résidence et l'autre des autorités consulaires algériennes ou marocaines. La *kafala* n'est donc permise qu'à partir du moment où les autorités administratives et judiciaires algériennes ou marocaines mais aussi françaises, reconnaissent aux futurs parents la capacité de prendre en charge un enfant comme s'il était le leur.

Ce rigorisme juridique du droit français à l'égard de la *kafala* ne répond pas aux questions qui intéressent les familles, ni aux intérêts fondamentaux des enfants mineurs recueillis par *kafala*. La stricte inscription de l'adoption dans le répertoire de la filiation telle qu'elle est perçue en droit français défavorise le concept de la *kafala* alors même que la *kafala* est consacrée par la CIDE au même titre que l'adoption. Cette dernière ne favorise aucune institution familiale, ni d'ailleurs les personnes qui sont responsables de l'enfant. L'article 20 alinéa 3 de la convention nous l'avons vu précise que : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la "*Kafala*" de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».

Pour revenir à la loi algérienne, celle-ci accorde au *kafil* les mêmes fonctions que le père biologique pour élever, éduquer et protéger l'enfant *makfoul* et pour la quasi-totalité des *kafils* qui recueillent un enfant abandonné de filiation inconnue et qui demandent de le rattacher par leur nom conformément à la loi sur la concordance des noms, sont dans une logique d'adoption ce qui

conduit à affirmer que la *kafala* n'est qu'une adoption plénière dépouillée de ses effets par le droit algérien . Ce dernier est resté enfermé dans des postulats théologiques qui affirment la sacralité et la suprématie du lien de filiation découlant d'un lien conjugal halal .Cet attachement rigoureux aux règles religieuses ,nous l'avons vu, constitue un irrésistible obstacle et entraîne l'immutabilité du droit de la famille algérien en la matière, le laissant ainsi en marge de l'évolution et de la modernité.

Mais le rigorisme du droit français n'est pas compréhensible : l'argumentation de la loi 2001 interdisant l'adoption par *kafala* dissimule certaines raisons ; on ne peut que le supposer dès lorsque la disposition interdisant l'adoption de l'enfant *makfoul* est contraire à l'intérêt de l'enfant ; nous l'avons vu , la *kafala* est stigmatisée parce que considérée injustement comme une institution juridique de précepte islamique ce qui n'exclut pas des raisons non apparentes celui d'analyser la *kafala* comme une forme d'immigration supplémentaire ou bien comme un élément de parasitage des institutions islamique dans le droit français. Mais cette stigmatisation n'entraîne t-elle pas une discrimination discrète à l'égard des acteurs de la *kafala* ? Pourtant le droit de la famille français s'est adapté à l'évolution des modèles conjugaux et parentaux particulièrement singuliers comme l'ouverture du mariage aux couples de même sexe en considérant ce mariage comme une demande légitime d'égalité des droits ; des dispositions nouvelles qui ont été prise conformément à la nouvelle formulation de l'article 143 du Code civil modifié par la loi 2013-404 du 17 mai 2013 , le droit de l'enfant à entretenir des relations avec ses ascendants (art. 371-4 du Code civil), le droit d'adopter en la forme simple un enfant précédemment adopté en la forme plénière (art.345-1), les mots père et mère sont remplacés par le mot « parents » ,les mots mari et femme remplacés par le mot époux .

Il s'agit d'évolutions pour lesquelles le législateur français apporte sans cesse des modifications ou des correctifs jugés nécessaires aux plans familial et social. Mais la modification qui retient le plus l'attention est celle de la filiation sacrifiée au profit du parent. En effet, c'est le mot parent qui désormais prime dans la relation parentale. Cela marque un passage radical dans la relation parentale ; une relation désexualisée, bouleversant ainsi les règles de la filiation. Ces bouleversements n'ont pas pris en compte le *kafil* qui incontestablement est un parent à part entière. Pourtant la *kafala* devrait être de plein droit intégrée dans l'ordre juridique français car la convention internationale des droits de l'enfant est ratifiée par la France.

Selon l'article 55 de la constitution, les conventions internationales une fois ratifiées par le Parlement ou par voie référendaire, ont une force obligatoire supérieure à une loi et à la constitution. En principe, la *kafala* citée dans l'article 20 de la CIDE n'a pas fait l'objet de réserves par la France, alors même que des réserves ont été émises aux regards de l'article 30 de la convention, la France considérant qu'il n'existe pas de minorités culturelles, linguistiques, religieuses et ethniques sur son territoire. L'interdiction de l'adoption d'un enfant mineur par *kafala* en droit français ne prouve-t-elle pas l'existence de ces minorités ?

Nous avons vu que le droit français a mis en place des dispositifs de protection de l'enfant qui peuvent profiter à l'enfant *makfoul* car un enfant ne peut demeurer sans statut juridique. Pour l'instant, il serait judicieux de mettre l'enfant *makfoul* sous la tutelle de son *kafil* ou de le confier à ce dernier, désigné comme tierce personne investie de certaines prérogatives parentale. Mais les deux institutions restent insuffisantes au regard des revendications des *kafils* qui souhaitent vivement l'adoption plénière de l'enfant.

Il faut préciser que le droit algérien est sous l'influence directe du droit français. Nous avons évoqué au début de cette étude le fait que l'Algérie avait voté une loi au lendemain de l'indépendance qui reconduisait intégralement les législations françaises. Quand bien même le droit de la famille algérien est fondé sur le droit musulman, il n'empêche qu'il est influencé, malgré lui, par les grands principes du droit français, et par les recommandations des conventions internationales en matière de droit de l'homme et d'égalité du genre. Ainsi, le rôle du tuteur dans le contrat du mariage est diminué, l'âge pour contracter le mariage est ramené obligatoirement à 18 ans, l'autorité parentale est reconnue pour la mère la femme a le droit de demander le divorce en cas de préjudice, la polygamie est soumise à des conditions, et.

L'ensemble des professionnels de l'enfance en Algérie souhaitent une évolution de la *kafala* en droit français en la considérant comme un tremplin en vue de l'adoption plénière, pour ensuite accueillir cette solution en Algérie afin de la revendiquer aux fins d'intégration dans le dispositif de protection de l'enfant *makfoul* sans filiation. On doit regretter que le législateur français n'en ait pas décidé ainsi.

A l'issue de cette étude, nous pouvons donc affirmer que le droit de la famille algérien résiste péniblement aux nouvelles évolutions de la famille, mais en introduisant la *kafala*, il vient d'admettre implicitement et sans l'énoncer formellement une nouvelle forme de parenté car la *kafala* accorde de facto les mêmes fonctions parentales qu'aux parents biologiques. Pour le droit français, il serait souhaitable que la *kafala* soit intégrée dans les nouvelles formes de parenté.

BIBLIOGRAPHIE

1. Ouvrages, manuels et traités

- ABDERRAHMANE (X.), Interprétation du droit de la famille syrien, 2ème édition , éd. Nouvelle imprimerie, Damas, 1978.
- BELHADJ (L.), l'enseignement du droit de la famille algérien, mariage et divorce 1ere partie, éd. OPU, Alger, 1999.
- BENABENT (A.), Droit de la famille, Domat droit privé, Montchrestien, 2ème édition, Lextenso, 2012.
- BENMELHA (G.), Droit de la famille, doctrine et jurisprudence (ouvrage en arabe) Office des Publications Universitaires, 2005.
- BENMELHA (G.), Le droit algérien de la famille, Office des Publications Universitaires, 1993.
- CHAILLE DE NERET (S.), Droit international privé, 3éd. Dalloz, 2012.
- BONFILS (P.), GOUTTENOIRE (A.), Droit des mineurs, 1ere éd., Dalloz, 2008.
- ESSENHOURI (A.), Interprétation du droit civil, La théorie générale de l'obligation, les effets de l'obligation, 2eme partie, éd. Dar ihyaetourath al Arabie, Beyrouth, 1982.
- ISSAD (M.), Droit international privé, Les règles de conflit, tome 1, 1980 O.P.U, Alger.

- LARBI (B.), droit de la famille algérien, Office des publications universitaires, Alger.
- MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.), La Famille, 4 ème éd. Défrénois, 2011.
- MAROK (N.), Le droit de la famille entre théorie et pratique, Dar El Hilal pour les œuvres sociales (ouvrage en arabe), 2004.
- STASI (L), COUTANT-LAPALUS (C.), Personnes, Incapacités, Famille, éd. Paradigme, Manuel 2009-2010.
- TERKI (N), Les obligations : responsabilité civile et régime général, OPU, 1982.
- TERRE (F.), FENOUILLET (D.), Droit Civil, La famille, 8 éd., Dalloz, 2011.
- ZAHRA (I.A.), statut personnel, éd Dar el fikr al arabi, 3ème partie, 1957.

2. Ouvrages spécialisés

- AHMED (A.), Le thème de la filiation en droit et charia, éd. Dar el kalam, 17re partie, Koweït, 1983.
- BENCHENEB (A.), Droit algérien et la condition de l'enfant, éd. UNITAR, 1980.
- BENDAOUUD (A.), Interprétation du nouveau droit de La Famille algérien, Encyclopédie El Fikr Al Arabie, éd. Dar El Hilal, 2004.
- BOUCEBCI (M.), Psychiatrie, société et développement en Algérie, Les grossesses hors mariage et leurs conséquences, éd SNED, 1979.

- CHIHAB ZIDANE (F.), Entreprise algérienne de presse, Alger, 1992.
- DELPRAT (L.), L'autorité parentale et la loi, Droits et devoirs des parents, éd. Eclairages, 2006.
- HERNANE (A.), La hadana (dans ses rapports avec la puissance paternelle), OPU, Alger, 1991.
- IMAM (M.K.), Le mariage en droit musulman, étude juridique et jurisprudence, éd. Dar el djamiia el djadida (maison de la nouvelle université), Alexandrie ,1998.
- KAGITCIBASI (C.), « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans FOGLETS (M.C.), dir., Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement, Paris, L'Harmattan, 1996.
- MAHIEDDINE (A.M.), Le statut personnel dans la charia et dans les autres religions, 1ere partie, éd. Dar el kitab al Arabi, 1984.
- MAWAN (M.), Les causes d'interdiction de l'adoption, et la *kafala* dans la charia et le droit de la famille algérien, Revue MIYAR (critère), Faculté de théologie et de la charia et de la civilisation islamique, Université des sciences islamiques de Constantine, n° 09, 2004.
- MILLIOT (L.), Introduction du droit musulman, Recueil, Paris V, 1953.
- MILLIOT(L) ,FRANÇOIS (P. B), L'INTRODUCTION A L'ETUDE DU DROIT MUSULMAN , 2° éd , SIREY , 1987.
- RENAULT-BRAHINSKY (C.), Droit des Personnes et de la Famille, 3 éd., Gualino textenso, éd. 2008.
- ROUMY (F.), préface de LEFEBRE -TEILLARD (A.), L'adoption dans le droit savant du XIIe au XVIe siècle, édition, L.G.D.J, 1998.
- SAAD (A), Mariage et divorce en droit algérien,3 ème éd., Dar Houma.

- SAAD (F), Droit de la famille algérien, mariage et divorce, 2ème partie, éd . Entreprise Nationale du Livre, 1986, p. 213.
- SAAD (S), Mariage et divorce en droit de la famille algérien, éd. Dar houma, 3eme partie, 1996.

3. Articles et contributions

- AIT ZAI (N.), *Kafala* : quel contenu, Revue Ciddef, n° 17, juin 2008, p.34.
- AKKACHA (M.), Les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant, in Revue des sciences juridiques, économiques et politiques, n°01,2000.
- BARRAUD (E.), « Actualités du droit musulman, (genre, filiation, et bioéthique) », Droit et Cultures, Revue Internationale Interdisciplinaire, L'Harmattan, 59/ 2010.
- BARRAUD (E.), « Adoption et *kafala* dans l'espace migratoire franco-maghrébin », L'Année du Maghreb, IV, 2008.
- BARRAUD (E.), La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb, Droit et Cultures, Droit et cultures, Revue internationale interdisciplinaire, 2010.
- BEAUGE (G.), La *kafala* : un système de gestion transitoire de la main-d'œuvre et du capital dans les pays du Golfe, Revue européenne de migrations internationales, Volume 29, année 1986.
- BEAUGE (G.), La *kafala* : un système de gestion transitoire de la main-d'œuvre et du capital dans les pays du Golfe, Revue européenne de migrations internationales. Volume 2, Numéro 2-1 1986.
- BENCHENEB (A.), « Le droit de la famille entre la tradition et la modernité», Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1982, n°1.

- BENDJABALLAH (S.): "Le code de la famille: un code de conduite pour les femmes?", in Femmes et développement, Oran, éd. CRASC, 1995.
- BENKHLIL (R), Famille algérienne, situation actuelle et perspective d'évolution, étude faite pour l'Institut National d'Etudes et d'Analyses pour la Planification (INEAP), in cahier des sciences humaines (irrégulier), 3, vol 19, 1983.
- DENDANI(D) , Droit de filiation, adoption et kafala ; Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et sociales, n°4 1993.
- HAMES (C), La filiation généalogique (nasab) dans la société d'Ibn KHALDOUN, Revue l'Homme, 1987, Volume27, numéro 102.
- HANIFI (L), La responsabilité des pères et mères du fait de leurs enfants mineurs dans le cas du divorce, Revue algérienne des sciences juridiques économiques et politiques, n°3 ,1994.
- LAGARDE (P), Revue critique de droit international privé,2008.
- LAHLOU- KHIAR (Gh), *La kafala* en droit algérien : une transgression de l'intérêt supérieure de l'enfant " in *Varia*, Revue franco-maghrébine de droit, édition presses universitaires de Perpignan et presses de l'université Toulouse I Capitole, 2013.
- LAHLOU- KHIAR (Gh), La filiation des enfants nés pendant la séparation de fait des époux : note sous l'arrêt de la Cour suprême rendu en date du 15 juin 1999, Revue El- Mouhamat ; octobre 2003.
- LE BOURSICOT (M.C.), *La kafala* ou l'adoption en droit musulman, Revue La lettre juridique, le périodique algérien du droit, juin 2011.
- LE BOURSICOT (M.C.), La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation,

Revue internationale interdisciplinaire, Droit et Cultures, 2010.

- LEMOULAND (J.J.), L'assistance du mineur, une voie possible entre l'autonomie et la représentation, RTD civ., 1997.
- MAMOUN (A.), La position de la charia par apport à la mère porteuse et la location des utérus, Revue des sciences juridiques et administratives, n° 02, 2004, Faculté de droit de Tlemcen.
- MAROK (N.), L'insémination artificielle en droit comparé et droit musulman, Revue du haut conseil islamique, n°2, 1999.
- BLANC (F.P), Controverse sur une institution musulmane : la *Kafalah* marocaine au regard du droit français. Droit et culture, mélanges en l'honneur du Doyen Yadh BEN ACHOUR", Tunis, C.P.U., 2008.
- PROVOST (L), Alger Séminaire UNICEF/CIDDEF-08/12/2003, Revue Ciddef, n° 17, juin 2008 .
- PROVOST (L), *Kafala* et droit à une généalogie, Revue Ciddef, n° 17, juin 2008.
- PROVOST (L.), Alger, Séminaire UNICEF/CIDDEF, 08/12/2003, Revue CIDDEF, juin 2008, n°17.
- REDAJH ADJALI (N.), Revue CIDDEF, n° 25, juin 2009.
- Revue CIDDEF, Le droit de l'enfant en Algérie, Rapport Alternatif (40ème pré-session du Comité des Droits de l'Enfant, 08 juin 2005.
- Revue du CIDDEF, juin 2008.
- RUBELLIN-DEVICHI (J.) et FRANCK (R.), L'enfant et les conventions internationales, Revue internationale de droit comparé, Volume 49, Numéro 3, 1997.

- SALAH-BEY (M.C.), "Le droit de la famille et le dualisme juridique", Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, 1997 n° 3.
- SALAH-BEY (M.C.), La filiation naturelle dans le projet du code de la famille, Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques, n°3, sept ,1974.
- TECHOUAR (D.), Lacunes de la législation des lois de statut personnel au Maghreb, la question de la filiation, Revue algérienne des Sciences Juridiques Economiques et Politiques, Faculté de droit d'Alger, volume 39, n°1, 2002..
- VANDELVEDE (H.), Adoption en Algérie, problèmes sociologiques, solutions juridiques, Extrait de « Studi Sassari » VII, série III, édition scientifique italienne, 1979.

4. Thèses et mémoires

- AIT ZAI (N.), L'enfant abandonné et la loi, Magister, Alger, 1988.
- AZOULAY (E. E.), De la condition politique des indigènes musulmans d'Algérie, essai critique sur la loi du 04 février 1919, Thèse de doctorat, Université d'Alger, Faculté de droit, 1921.
- BAADJI (M.), les droits patrimoniaux de l'enfant, Magister, Alger 1999.
- BARRAUD (E.), *Kafala* et immigrations, Thèse de doctorat, Université d'Aix Marseille 1, Université de Provence, U.F.R. Civilisations et Humanités, 2009.
- BELHADJ (L.), La hadana en droit algérien, Magister, Université d'Alger, 1999.
- BOUGHRARA (S.), Les droits de l'enfant à la filiation et à la garde selon les dernières modifications du droit de la famille algérien, Magister, Université d'Alger, 2008.

- BOUZID (K.), La filiation en droit de la famille et la jurisprudence, Magister, Université d'Alger, Faculté de droit, 2011.
- HANIFI (L.), La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, Thèse de doctorat, Université d'Alger, 2007.
- HASSEN (C.M.), Perles de la parole, p. 226, cité par SAFAI (H), la protection des incapables, Thèse de doctorat, Université de Paris, Faculté de droit et des sciences économiques, 1965.
- SAI (FZ), le statut politique et le statut familial des femmes en Algérie, Thèse de doctorat d'Etat en Droit, Université d'Oran, 2007.

5. Rapports, Colloques internationaux, Mélanges

- COLOMBANI (J.M.), Rapport sur l'adoption de 2008, documentation française, 2008.
- Mélanges en l'honneur de ISSAD (M.), L'exigence et le droit, ouvrage publié avec le soutien de l'université d'Alger 1– Youcef Benkhedda, AJED Edition, 2011.
- VAN LOON (H.), «Genèse et historique de la Convention du 29 mai 1993» dans L'adoption internationale, Actes du colloque, Louis CHATIN, tenu à Paris les 2 et 3 décembre 1994.

TABLES DES MATIERES

Principales abréviations	4
Sommaire	6
INTRODUCTION	10
1. Contexte historique et comparé.....	9
2. Difficulté découlant de la situation de l'enfant né hors mariage.....	16
3. La kafala, mesure propre à résoudre le problème de l'enfant né hors mariage.....	19
4. L'adoption internationale en France.....	20
5. Recueillir par kafala un enfant d'Algérie.....	24
6. Problématique générale et approche méthodologique.....	35
Chapitre préliminaire : Propos liminaires sur la filiation.	37
Section 1 : Filiation et validité du mariage.....	40
Paragraphe 1 : Filiation et relation conjugale	41
Paragraphe 2 : Filiation et dissolution du lien matrimonial.....	45
Section 2 : Filiation et absence de validité du mariage.....	47
Paragraphe 1 : Consommation du mariage.....	48
Paragraphe 2 : Le caractère empirique de la durée de la grossesse.....	49
Section 3 : Les moyens alternatifs d'établissement de la filiation.....	50
Paragraphe 1 : Le mariage apparent.....	50
Paragraphe 2 : La reconnaissance de paternité.....	51

Paragraphe 3- La filiation par témoignage.....	54
Paragraphe 4 : La filiation par la vérité génétique	56
Partie 1 : Le concept de la kafala en droit Algérie.....	59
Chapitre1 : Caractéristiques de la kafala.....	65
Section 1 : L'origine de la kafala.....	67
Paragraphe 1 : <i>La kafala une institution étrangère à la religion musulmane.....</i>	70
A : Absence de fondement religieux.....	70
B : Obstructions religieuses.....	72
Paragraphe 2 : La consécration de la <i>kafala</i> par le droit positif : les textes et lacunes.....	73
A : L'adoption, une réalité sociale.....	74
B: Les lacunes.....	76
Section2 : La diversité des mineurs concernés par la kafala.....	77
Paragraphe 1 : Enfant abandonnés sans filiation.....	79
A : Enfants nés sous x.....	79
B: Enfant trouvé.....	80
Paragraphe 2: Enfant avec filiation.....	81
A: Enfant assisté.....	81
B: Enfant confié volontairement.....	82
Section 4 : Les différentes vocations de la kafala.....	83
Paragraphe1 : La <i>kafala</i> , structure de substitution à l'adoption plénière.....	83
Paragraphe 2 : la <i>kafala</i> , institution quasi adoption.....	87
Paragraphe 3 : La <i>kafala</i> structure de recueil intrafamilial.....	88

Paragraphe4 : La <i>kafala</i> institution d'accueil familial.....	89
Section3 : Les conditions de la <i>kafala</i>.....	90
Paragraphe1 : Les exigences relatives à la personne du <i>kafil</i>	91
A : Obligation à la confession musulmane pour le <i>kafil</i> , une discrimination	91
B : L'aptitude du <i>kafil</i> à entretenir l'enfant <i>makfoul</i>	93
Paragraphe 2 : Les procédures de la <i>kafala</i>	97
A: La <i>kafala</i> judiciaire.....	97
B : La <i>kafala</i> notariale.....	99
Section 5 : Le contenu de la <i>kafala</i>.....	101
Paragraphe 1 : La portée juridique de la <i>kafala</i>	104
A : La <i>kafala</i> confère le nom à l'enfant <i>makfoul</i> sans filiation..	104
B : La <i>kafala</i> confère la <i>wilaya</i> parentale) (autorité parentale)totale au <i>kafil</i>	106
1 : <i>Wilaya</i> sur la personne (<i>ala nafs</i>).....	111
2 : <i>Wilaya</i> sur les biens (<i>ala mal</i>).....	112
3 : La responsabilité du <i>kafil</i> du fait des actes de l'enfant <i>makfoul</i>	113
C : Les actes de disposition en faveur du <i>makfoul</i>	115
1 : Le legs testamentaire en faveur de l'enfant <i>makfoul</i> (<i>alwasssiya</i>).....	118
2 : La donation(<i>el hiba</i>).....	120
Pragraphe2 : La <i>kafala</i> , une institution de parentalité particulière.....	125
A : La filiation identique sans caractère biologique.....	126
B : La filiation conjugulée.....	128
C : La filiation sociale légalement consacrée.....	130
Paragraphe 3 : Les droits de l'enfant <i>makfoul</i>	131
A : Le <i>makfoul</i> créancier de l'obligation d'entretien.....	131

B : Les prestations familiales et scolaires.....	132
Section 6 : La fin de la kafala.....	133
Paragraphe 1 - La demande de révocation.....	134
A: Révocation et abandon.....	134
B : La procédure de la demande de révocation ou d'abandon de la kafala.....	136
C : Le décès du kafil.....	137
D : La cessation des effets de la kafala.....	139
Chapitre 2 -Les insuffisances et lacunes de la kafala.....	141
Section première : Les insuffisances et lacunes à l'égard de l'enfant makfoul.....	142
Paragraphe1 : Concordance de noms : intégration ou subterfuge?.....	143
A : La filiation par une démarche volontaire pour l'enfant sans filiation.....	147
B : Le renforcement de la filiation identique pour le makfoul .	150
Paragraphe 2 : La révocabilité de la kafala.....	151
A : La motivation de la demande des parents biologiques.....	153
B : Les motifs d'abandon de la kafala par le kafil	155
Paragraphe 3 : Le décès et divorce du kafil préjudiciable pour l'enfant makfoul	156
A : Décès du kafil, évènement tragique pour l'enfant makfoul....	156
B : Divorce du couple kafil, une problématique supplémentaire..	160

1 : L'attribution de la garde est un droit de l'enfant <i>makfoul</i>	162
2 : Le droit de visite du conjoint du <i>kafil</i> , une nécessité....	165
3 : Le droit à une pension alimentaire.....	166
Paragraphe4 : La majorité : un évènement menaçant pour l'enfant <i>makfoul</i> sans filiation.....	168
A : La nécessité d'attribuer une pension alimentaire pour l'enfant <i>makfoul</i> après sa majorité.....	170
B : La nécessité de maintenir la <i>kafala</i> jusqu'au mariage pour la fille <i>makfoula</i>	171
C : Le maintien indispensable de la <i>kafala</i> pour l'enfant handicapé.....	172
Section 2 : Insuffisances de la <i>kafala</i> à l'égard des parents biologiques et du <i>kafil</i>.....	173
Paragraphe 1 : Le statut des parents biologiques à l'égard de leur enfant <i>makfoul</i>	174
A : Le retrait ou la cessation de la <i>wilaya</i>	175
B : La restitution de la <i>wilaya</i>	180
Paragraphe 2 : Devoir moral de l'enfant <i>makfoul</i> envers le <i>kafil</i>	181
Paragraphe3 : Devoir matériel.....	183
Conclusion de la première partie.....	185
Deuxième partie : La <i>kafala</i> dans l'ordre juridique français.....	189
Chapitre 1 : <i>Kafala</i> et adoption en droit français : une nécessaire comparaison.....	195

Section 1: Kafala et adoption plénière.....196

Paragraphe 1 : Filiation.....198

- A : L'adoption plénière confère la filiation entraînant la modification du nom de l'adopté.....199
- B : La *kafala* confère le nom sans filiation.....200

Paragraphe 2 : L'autorité parentale.....201

- A-L'autorité parentale de l'adoptant découle de la filiation.....201
- B-L'autorité parentale du *kafil* détachée de la filiation.....203

Paragraphe 3 : Droit successoral.....204

- A : La *kafala* confère le droit testamentaire.....205
- B : L'adoption plénière confère le droit successoral..... 206

Paragraphe 4 : La révocabilité.....208

- A : Le caractère révocable de la *kafala*.....208
- B : L'irrévocabilité de l'adoption plénière.....209

Section 2- Kafala et adoption simple.....210

Paragraphe 1 : La *kafala* crée une filiation concordante uniquement pour l'enfant sans filiation.....212

- A : La *kafala* confère le nom à l'enfant dont la filiation est inconnue212
- B : L'adoption simple confère une deuxième filiation à l'adopté.....213

Paragraphe 2 :L'autorité parentale.....216

- A : La *kafala* confère la *wilaya* parentale exclusive au *kafil*.....216
- B : L'adoption simple confère l'autorité parentale exclusive à l'adoptant.....218

Paragraphe 3 : Droit successoral.....	219
A : L'adoption simple confère le droit successoral résultant de la filiation sans la qualité de réservataire.....	219
B : La <i>kafala</i> ne confère pas de droit successoral.....	220
Paragraphe 4 : La révocabilité.....	221
A : La révocabilité de l'adoption simple justifiée de motifs graves.....	221
B : La révocabilité de la <i>kafala</i> sans motifs justifiés.....	223
Chapitre2 - La dénaturation de la <i>kafala</i> par le juge français.....	225
Section1 : Interprétation restrictive de la loi algérienne par les juges français.....	227
Paragraphe1 :L'affiliation « <i>Nisba</i> » de l'enfant trouvé est autorisée en droit algérien.....	228
A : L'affiliation « <i>Nisba</i> » de l'enfant trouvé en droit musulman.....	228
B : L'affiliation de l'enfant trouvé en droit algérien.....	229
Paragraphe2 : Le principe d'abandon de la filiation originelle.....	230
A : La perte de la filiation maternelle.....	231
B : L'attribution d'une nouvelle filiation à l'enfant <i>makfoul</i>	233
Paragraphe3 : <i>Kafala</i> et adoption sont soumises aux mêmes dispositions relatives aux conflits de loi par le droit algérien.....	234
A : La validité de la <i>kafala</i> et de l'adoption est soumise conjointement aux lois du <i>kafil</i> et <i>makfoul</i>	235
B : Les effets de la <i>kafala</i> et de l'adoption sont soumis à la loi du <i>kafil</i> et de l'adoptant.....	238

Section 2: L'application systématique de la loi nationale du *makfoul* sans égard pour la volonté du *kafil*.....246

Paragraphe1 :L'article 370-3 du Code civil : transportation d'une règle à caractère religieux.....246

A : Une disposition à la logique contestable.....247

B : Une disposition discriminatoire par ses effets et contraire à intérêt supérieur de l'enfant.....249

Chapitre 3 : L'interdiction infondée de l'adoption..... 253

Section 1 : La conformité du droit français à la convention de la Haye.....255

Paragraphe1 : Adoptabilité de l'enfant selon la convention de la Haye.....256

Paragraphe2 :L'adoption justifiée par la protection de l'enfant.....259

Paragraphe3 : Le consentement clair de la personne ou autorités habilitées à consentir à l'adoption plénière.....260

Paragraphe 4 : Le prononcé de l'adoption plénière dans le pays d'accueil.....262

Section2 : Conformité du droit français à la convention des droits de l'enfant CIDE.....263

Paragraphe1 : La *kafala* est consacrée par la CIDE au même titre que l'adoption.....264

Paragraphe2 : L'intérêt supérieur de l'enfant ne résulte pas forcément de la filiation et de ses effets.....266

Paragraphe 3 :L'adoption vise essentiellement l'intérêt de l'enfant.....268

Section3 : Les fondements non apparents de la loi de 2001 de la loi de 2001excluant l'adoption d'enfants issus de pays où l'adoption est interdite271

Paragraphe 1 : La stigmatisation du droit islamique en France.....272

Paragraphe 2 : La *kafala*, un flux migratoire supplémentaire.....274

Section4 : Rupture entre le droit français et d'autres droits en Europe.....276

Paragraphe 1 : La *Kafala* en droit belge.....276

Paragraphe 2 : La *kafala* en droit espagnol.....280

Section 5 : La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur la *kafala*.....282

Paragraphe 1 : La CEDH assure la conformité de la décision de la cour de Cassation avec les conventions des droits de l'homme.....286

Paragraphe 2 :L'acquisition de la nationalité française de l'enfant *makfoul* n'a aucune incidence juridique sur l'adoption selon la CEDH.....289

Chapitre 4 : Accroissement des contraintes juridiques pour le *kafil* résident en France.....292

Section1 : Les contraintes relatives au regroupement familial.....294

Paragraphe 1 : Les contraintes imposées par le droit français pour le recueil de l'enfant *makfoul* bénéficiant du regroupement familial en France295

A : Les conditions relatives au *kafil*.....295

B : Exigence d'un accord du consulat d'Algérie en France....296

C : L'exigence d'une décision favorable de la préfecture.....297

D : L'exigence d'un accord des services sociaux pour le <i>kafil</i> français (agrément).....	299
Paragraphe 2 : Les contraintes imposées par le droit algérien pour l'obtention d'une <i>kafala</i> judiciaire.....	300
A : Conditions de forme.....	301
B : Conditions de fond.....	302
Section2 : Ambigüité du statut de l'enfant <i>makfoul</i> en droit français.....	303
Paragraphe1 : L'absence de statut particulier pour l'enfant <i>makfoul</i> en droit français.....	303
A : Les insuffisances de la <i>kafala</i> en droit algérien menacent l'enfant <i>makfoul</i> en France.....	304
B : Absence des droits de l'enfant recueilli par <i>kafala</i> dans le droit français.....	308
Paragraphe 2 : Le manquement des droits de l'enfant <i>makfoul</i> dans le droit français.....	310
A : Privation des droits nécessaires.....	311
B : L'interdiction d'adoption un enfant pris en <i>kafala</i> est une lacune juridique.....	311
Section3: L'exclusion de l'enfant sans filiation de l'adoption.....	312
Paragraphe 1 : Absence de statut de l'enfant <i>makfoul</i> pupille de l'Etat en France.....	313
Paragraphe2 : L'interdiction d'adoption de l'enfant <i>makfoul</i> pupille de l'Etat par la personne qui l'a recueilli.....	314
Section4 : La nécessité d'adapter les dispositifs de protection de l'enfant au <i>makfoul</i>.....	316

Paragraphe1 : La tutelle de l'enfant <i>makfoul</i>	317
Paragraphe2 : Désignation du <i>kafil</i> comme un tiers investi de l'autorité parentale.....	321
Conclusion de la deuxième partie.....	325
Conclusion générale.....	330
Bibliographie.....	341
Tables des matières.....	349