



HAL
open science

La place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien

Katia Aribi

► **To cite this version:**

Katia Aribi. La place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien. Droit. Université de Bordeaux, 2021. Français. NNT : 2021BORD0392 . tel-04486532

HAL Id: tel-04486532

<https://theses.hal.science/tel-04486532>

Submitted on 2 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE

**DOCTEUR
DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX**

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT (ED N°41)
SPÉCIALITÉ DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET AMINISTRATIVES

Par **Katia ARIBI-TABUTAUD**

La place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien

sous la direction de Madame **Adeline GOUTTENOIRE**

soutenue le 16 décembre 2021

Membres du jury :

Monsieur **Mohammed Amin AL MIDANI**, Professeur associé, Université de Strasbourg, rapporteur

Madame **Adeline GOUTTENOIRE**, Professeur, Université de Bordeaux, directeur de recherches

Madame **Marie LAMARCHE**, Maître de conférences, Université de Bordeaux, examinateur

Monsieur **Jean-Jacques LEMOULAND**, Professeur, Université de Pau et des pays de l'Adour, président

Madame **Caroline SIFFREIN-BLANC**, Maître de conférences, Université Aix-Marseille, rapporteur

Titre : La place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien

Résumé : En droit de la famille algérien, la famille est la cellule de base de la société. Fidèle aux préceptes du droit musulman, le législateur algérien n'admet aucune relation en dehors du cadre du mariage, car celles-ci sont illicites par excellence. De ce fait, le droit de la famille algérien ne reconnaît l'existence d'aucune famille constituée en dehors des liens du mariage. Cela explique en outre le peu d'intérêt que le législateur algérien a manifesté à l'égard de l'enfant né hors mariage.

Le code de la famille algérien ne reconnaît que la filiation légitime conçue dans les liens du mariage. Cette filiation légitime est caractérisée par la domination d'une conception patrilinéaire de la famille. Le père est présenté dans le code de la famille algérien comme le maître du lien de filiation. Le législateur algérien n'organise que les règles relatives à la filiation paternelle légitime en négligeant la filiation maternelle de l'enfant né dans le mariage.

La filiation de l'enfant né hors mariage est méconnue par la législation algérienne comme en droit musulman. L'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère ne pourrait être légitimement rattaché à son géniteur. La prohibition du rattachement de l'enfant né hors mariage à son père engendre des conséquences néfastes. L'enfant légitime bénéficie d'un statut supérieur par rapport à l'enfant né hors mariage. Seul l'enfant légitime profite des droits d'ordre personnel et d'ordre patrimonial à l'égard de son père ; l'enfant issu de parents non mariés en est quasiment dépouillé. Ce dernier bénéficie de droits personnels restreints et très inférieurs à ceux de l'enfant légitime car il ne peut jouir de ses droits que vis-à-vis de sa mère si cette dernière le reconnaît.

Mots-clefs : Enfant, Famille, Filiation, *Kafala*, Droit de la famille algérien, Droit musulman

Title: The place of child in his family under Algerian law

Abstract: Under Algerian law, family is the basic unit of the society. Sticking to the precepts of Muslim law, Algerian legislator does not recognize any sexual relation which would take place outside the framework of marriage. Indeed, such sexual relation outside the framework of marriage are fully prohibited. Consequently, Algerian law does not recognize families which are not legitimated by marriage. This explains for a part why the Algerian legislator scarcely address the issue of illegitimate child.

Algerian family code only recognizes legitimate filiation under the framework of marriage. Such legitimate filiation under the framework of marriage is characterized by the domination of a patrilineal vision of the family. Algerian family code considers the father as the master of the filiation link. Algerian legislator only defines the framework of the legitimate paternal filiation and disregards the maternal filiation of the illegitimate child.

The filiation of the illegitimate child is disregarded by Algerian law as the filiation of the illegitimate child is disregarded by Muslim law. The child which is not born under the legal framework of a marriage between his father and his mother cannot be legitimately linked to his father. This prohibition of the linkage between illegitimate child and his father involves negative consequences. The statute of legitimate child is better than the statute of illegitimate child. Only the legitimate child holds personal and patrimonial rights from his father. The illegitimate child is scarcely stripped off these rights. The illegitimate child benefits from restrained and lower personal rights because he can hold them only from his mother if she recognizes him.

Keywords: Child, Family, Filiation, *Kafala*, Algerian Family Law, Islamic Law

Je tiens tout d'abord à remercier respectueusement ma directrice de thèse, Madame Adeline Gouttenoire, qui m'a guidée avec patience et bienveillance dans mes travaux de recherche et la rédaction de cette thèse de doctorat.

Je remercie également très chaleureusement mes parents et mon époux pour leur soutien aussi constant que réconfortant, ainsi que ma fille Aziyadé pour toute l'énergie qu'elle m'a donnée pour finaliser mes travaux.

Je ne saurais oublier toutes les personnes qui n'ont pas ménagé leurs efforts pour m'aider dans l'accomplissement et l'achèvement de ce travail. Qu'elles trouvent ici l'expression de ma sincère gratitude !

À ma famille, à mes amis, et à tous les enfants privés de famille.

Sommaire

Sigles et abréviations.....	11
Index des principaux termes arabes.....	13
Introduction.....	17
Première partie : Le droit de l'enfant à une famille	33
Titre 1 ^{er} : Les conditions d'insertion de l'enfant dans sa famille biologique	37
Chapitre 1 : L'enfant né de parents mariés	39
Chapitre 2 : L'enfant né de parents qui ne sont pas mariés ensemble	81
Conclusion du Titre 1 de la Partie 1.....	119
Titre 2 nd : Le droit de l'enfant à une famille de substitution	121
Chapitre 1 : L'adoption comme substitut à la famille d'origine	123
Chapitre 2 : La <i>Kafala</i>	163
Conclusion du Titre 2 de la Partie 1.....	195
Conclusion de la Partie 1	197
Deuxième partie : Le droit de l'enfant dans sa famille	199
Titre 1 ^{er} : Une différence de traitement dans les droits personnels	201
Chapitre 1 : La tutelle légale, « <i>Wilaya</i> »	203
Chapitre 2 : La garde de l'enfant « <i>Hadana</i> »	227
Conclusion du Titre 1 de la Partie 2.....	259
Titre 2 nd : Les droits patrimoniaux	261
Chapitre 1 : L'obligation d'entretien, <i>Nafaqa</i>	263
Chapitre 2 : Le droit successoral	287
Conclusion du Titre 2 de la Partie 2.....	307
Conclusion de la Partie 2	309
Conclusion générale	311
Bibliographie	317
Table des matières	347

Sigles et abréviations

Al.	Alinéa
Anc.	Ancien
Art.	Article
C. A.	Cour d'Appel
C. Civ	Code Civil
CCA	Code Civil Algérien
CECA	Code d'Etat Civil Algérien
CEDAW	Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CFA	Code de la Famille Algérien. Sans autre précision, version de 2005.
CIDE	Convention Internationale des Droits de l'Enfant
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Conv. EDH	Convention européenne des droits de l'homme
Ch.	Chambre
Civ.	Civil
Col.	Colonial
CPA	Code Pénal Algérien
CPCAA	Code de Procédure Civile et Administrative
CSPT	Code du Statut Personnel Tunisien
Dir.	Sous la direction de
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i>
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>Id.</i>	<i>Idem</i>
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
MFM	<i>Moudawana</i> de la Famille Marocaine
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
N°	Numéro
ONG	Organisation Non Gouvernementale

12 - *La place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien*

ONU	Organisation des Nations-Unies
Ord.	Ordonnance
p.	Page(s)
PMA	Procréation Médicalement Assistée
TPI	Tribunal de première instance
Vol.	Volume

Index des principaux termes arabes

<i>Aç'î</i>	Origine
<i>Ahl al-Kitab</i>	Gens du livre ; désigne chez les musulmans les juifs et les chrétiens
<i>Ayla</i>	Famille étendue
<i>Bayyian</i>	Preuve par témoin
<i>Chari'a</i>	Le Coran et la Sunna
<i>Fardh</i>	Héritier réservataire
<i>Fetwa</i>	Décision en matière religieuse prise par le conseil musulman algérien
<i>Fiqh</i>	Jurisprudence islamique
<i>Fuqaha</i>	Jurisconsultes
<i>Hadana</i>	Garde de l'enfant
<i>Hadina</i>	Personne gardienne de l'enfant (féminin singulier)
<i>Hadith</i>	Parole du Prophète
<i>Haja</i>	Besoin
<i>Hajb</i>	Eviction
<i>Idda</i>	Retraite légale
<i>Ijma'e</i>	Consensus
<i>Ijtihad</i>	Effort de réflexion
<i>Ikhtilat al-ansab</i>	Mélange des filiation
<i>Infissal</i>	Séparation
<i>Iqrar</i>	Reconnaissance de paternité
<i>Istihsan</i>	Estimation
<i>Kafala</i>	Recueil légal
<i>Kafil</i>	Personne recueillant en kafala (masculin singulier)
<i>Kafila</i>	Personne recueillant en kafala (féminin singulier)
<i>Kafoula</i>	Personne recueillant en kafala (pluriel)
<i>Li'an</i>	Serment d'anathème
<i>Madahib</i>	Courant d'interprétation du Coran et de la Sunna
<i>Makfoul</i>	Personne recueillie en kafala (masculin singulier)
<i>Makfoula</i>	Personne recueillie en kafala (féminin singulier)
<i>Ma'ruf</i>	Bien commun
<i>Maslaha</i>	Principe d'utilité
<i>Mawali</i>	Nouveau converti non arabe au début de l'islam
<i>Moudawana</i>	Code
<i>Muchrikin</i>	Croyant polythéiste
<i>Mu'minin</i>	Croyant monothéiste

<i>Munkar</i>	Mauvaises actions
<i>Nafaqa</i>	Obligation d'entretien
<i>Nassab</i>	Filiation
<i>Nikah</i>	Mariage valablement formé et consommé
<i>Quiyas</i>	Analogie
<i>Ra'y</i>	Opinion personnelle
<i>Tabanni</i>	Adoption
<i>Tafsir</i>	Exégèse du Coran
<i>Talaq</i>	Divorce
<i>Tanzil</i>	Adoption à dimension successorale
<i>Taqlid</i>	Interprétation du droit
<i>Ummah</i>	Communauté des croyants
<i>Walad</i>	Enfant
<i>Wassiya</i>	Testament
<i>Wilaya</i>	Tutelle légale
<i>Zawajal mutaa</i>	Mariage de jouissance ou d'agrément ou temporaire
<i>Zina</i>	Adultère

« Sans famille, l'homme seul au monde tremble dans le froid »

André Maurois, membre de l'Académie française (1885-1967).

Introduction

1. - L'enfant et le droit. La place qu'occupe l'enfant aujourd'hui au sein de la cellule familiale et de la société est la consécration d'un long processus engagé après la première et la deuxième guerre mondiale avec la publication d'une série de conventions internationales qui traitent les droits de l'enfant. Ce processus conduit à reconnaître des droits propres à la personne de l'enfant. La Déclaration des droits de l'homme dans son article premier affirme que « tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ». Cette référence à l'être humain d'une manière générale et à la naissance comme début de l'acquisition des droits de l'homme, sans aucune distinction d'âge, implique l'attribution de droits fondamentaux même à l'enfant¹.

2. - La consécration internationale des droits de l'enfant. La prise en considération de la particularité de l'enfant et de son besoin d'une protection juridique appropriée constitue le fondement d'un instrument juridique propre à l'enfant. C'est la raison pour laquelle la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924 proclame la nécessité d'assurer le développement des enfants. Cette déclaration est considérée comme un texte historique qui, certes reconnaît et affirme pour la première fois l'existence de droits spécifiques aux enfants, mais surtout reconnaît et affirme la responsabilité des adultes à leur égard. Elle réplique que « l'Humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même »².

¹ EL QOTNI Hanane, *Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman*, thèse de doctorat, Droit privé, Université Lyon 3 Jean Moulin, 2013, p. 18.

² La Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant fut adoptée à l'unanimité par la Société des Nations à la suite d'une initiative d'Eglantyne Jeeb. Cette institutrice britannique, marquée par l'horreur de la première guerre mondiale, prend conscience de la nécessité d'une protection spéciale pour les enfants. En 1919, Eglantyne Jeeb avec sa sœur Dorothy Buxton fondent à Londres l'Union internationale de secours aux enfants, connue sous le nom « Save the children fund » avec l'appui du Comité international de la croix rouge, pour porter assistance et protéger les enfants victimes de guerre. En 1923, l'Union Internationale de Secours aux Enfants adopte, lors de son IV^{ème} Congrès général, la première déclaration des Droits de l'Enfant, qui sera ratifiée par le V^{ème} Congrès général, le 28 février 1924. Eglantyne Jeeb envoie alors ce texte à la Société des Nations en précisant qu'elle est « convaincue que nous devrions exiger certains droits pour les enfants et œuvrer vers une reconnaissance générale de ces droits. ». Le 26 septembre 1924, la Société des Nations (SDN) adopte cette déclaration, sous le nom de Déclaration de Genève. Cette journée est considérée comme une journée historique car c'est la première fois que des droits spécifiques aux enfants sont reconnus.

3. - A la suite de la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant, la Déclaration des droits de l'enfant a été proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959³. Cette déclaration rappelle que l'enfant a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux en raison de son manque de maturité, notamment d'une protection juridique appropriée. Elle précise dans son article 6 que « l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. La société et les pouvoirs publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants ».

4. - Convention des droits de l'enfant du 20 novembre 1989. Il est intéressant de noter que, depuis sa création, l'Organisation des Nations Unies manifeste son intérêt pour la protection des droits de l'enfant. Son texte le plus remarquable et notable est la Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989. Cette convention a une vocation universelle⁴. Elle est rédigée davantage comme une déclaration de droits que comme un instrument obligatoire⁵, mais comme le note un autre auteur, « cette Convention est toutefois la première à avoir un effet contraignant pour les États qui l'ont ratifiée, alors que jusqu'à ce jour les autres Conventions relatives à l'enfance étaient essentiellement déclaratoires »⁶.

5. - Relations de l'enfant avec ses parents. La Convention internationale des droits de l'enfant, qui consacre les droits fondamentaux de l'enfant, a été suivie par une reconnaissance de droits spécifiques de l'enfant, particulièrement dans ses relations les plus intimes avec ses parents⁷. La convention dans ses articles 7 alinéa 1 et 9 affirme que dès la naissance l'enfant doit être élevé

³ Suite à la deuxième guerre mondiale, le Conseil social et économique des Nations Unies propose de revoir la Déclaration de Genève. Il envisage trois possibilités : réaffirmer la Déclaration de Genève en apportant quelques modifications, maintenir la forme, la structure et le contenu de la Déclaration originale, mais en ajoutant quelques amendements qui auraient pour effet de la transformer en une Charte des droits de l'enfant des Nations Unies, ou préparer complètement une nouvelle Charte. La deuxième option fut privilégiée. Après un long travail, la Déclaration universelle des droits de l'enfant voit le jour en 1959. Elle est adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies.

⁴ VOISIN Virginie, *L'adoption en droit français et anglais comparés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille- PUAM, 2004, p. 70.

⁵ *loc. cit.*

⁶ *loc. cit.*

⁷ EL QOTNI Hanane, *Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman*, thèse de doctorat, Droit privé, Université Lyon 3 Jean Moulin, 2013, p. 19.

par ses parents et vivre avec eux, à moins qu'une séparation ne soit jugée nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁸. La Convention internationale des droits de l'enfant considère que la famille d'origine est le lieu privilégié pour le développement physique et mental de l'enfant. La Convention accorde sa préférence à la famille fondée sur les liens du sang⁹. La conception de la Convention internationale des droits de l'enfant est objective car elle est issue directement d'une logique naturelle qui veut que l'enfant vive au sein de sa famille d'origine et soit rattaché à ses parents d'origine, c'est-à-dire à ceux qui l'ont conçu et qui l'ont mis au monde »¹⁰. Toutefois, la Convention prévoit la séparation de l'enfant et de ses parents dans des circonstances exceptionnelles. Elle consacre en outre, de manière inédite, le droit de l'enfant à une famille de substitution selon plusieurs formes dont l'adoption, mais également la *kafala* qui existe particulièrement dans les pays de droit musulman.

6. - L'Algérie et la Convention internationale des droits de l'enfant. L'Algérie est l'un des pays à avoir ratifié la Convention internationale des droits de l'enfant. L'Algérie l'a ratifiée le 19 décembre 1992, et elle est entrée en vigueur le 16 mai 1993. Depuis, l'Algérie n'a pas manqué de mettre en place un plan d'action en faveur de l'enfance¹¹. La ratification de la Convention internationale des droits de l'enfant a provoqué certains changements positifs dans la législation algérienne, tels que des amendements apportés au Code de la famille et au Code de la nationalité, dans l'objectif de protéger les droits de l'enfant. Cependant, la Convention internationale des droits de l'enfant n'a pas pris le dessus sur le droit algérien, notamment en ce qui concerne le droit de la famille, et ce malgré quelques amendements dans cette matière. La législation algérienne n'a pas remis en cause la plupart des dispositions du Code de la famille, notamment les droits de l'enfant au sein de sa famille, car la principale source du droit de la famille algérien est le droit musulman.

7. - Droits de l'enfant en Algérie. De ce fait, on peut se demander quelle place le législateur algérien réserve aujourd'hui à l'enfant au sein de sa famille ? De multiples questions peuvent se poser : quels statuts le droit algérien accorde à l'enfant au sein de sa famille selon qu'il est né dans le mariage ou en dehors du mariage ? Dans quelles mesures et dans quelles conditions l'enfant

⁸ GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe, MAUMONT Bertrand, *et al.*, « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *Revue Droit de la famille*, novembre 2009.

⁹ LAVALLEE Carmen, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Wilson et Lafleur, 2005, p. 257.

¹⁰ De SCHUTTER Olivier, TUKENS Françoise et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 203.

¹¹ BENOSMAN Nasrine Ines, « L'impact de la convention internationale des droits de l'enfant sur le droit algérien », *Revue méditerranéenne de droit et d'économie*, 2017, p. 8-18.

peut-il être intégré dans sa famille ? Quelles sont les conditions de rattachement de l'enfant à ses père et mère ? Quelles sont les conséquences de ce rattachement ou d'une absence de rattachement de l'enfant à l'un ou l'autre de ses parents en termes d'intégration de l'enfant au sein de sa famille et vis-à-vis de ses liens à l'égard de son père et de sa mère, tant sur le plan personnel que sur le plan patrimonial ? La présente étude se propose de répondre à ces différentes questions, en prenant en considération les différentes sources du droit de la famille algérien, dont évidemment la référence au droit musulman qui reste incontournable.

8. - Plan de l'introduction. Avant d'analyser la place de l'enfant au sein de sa famille, il convient d'abord de définir l'enfant (1), de tracer les grandes lignes de la conception traditionnelle de l'enfant et de la famille en Islam (2), pour ébaucher son influence sur le droit de la famille algérien (3), ce qui nous permet ensuite de définir le plan de notre étude (4).

1 – Définition de la notion d'enfant

9. - Double sens. Il faut souligner qu'étymologiquement le concept d'enfant vient du latin *infans*, composé de « in » et de « fan » qui signifie en latin « qui ne parle pas ». L'*infans* latin était un enfant en bas âge. Le mot « enfant » possède un double sens¹². Le *Vocabulaire juridique Capitant* en donne une première définition qui fait de l'enfant « un descendant au premier degré, fils ou fille sans considération d'âge, l'enfant est alors caractérisé par le lien de filiation qui relie à une personne d'une autre génération, indépendamment de son âge »¹³. Le *vocabulaire Capitant* assimile ensuite, dans une seconde définition, l'enfant au mineur, le caractérisant alors par sa jeunesse, l'enfant est donc le petit homme, celui qui n'a pas encore acquis toutes les qualités nécessaires pour assumer les devoirs et responsabilités de la vie sociale et juridique¹⁴. Les deux sens du terme « enfant » seront intégrés dans cette étude. En effet, même si la question de la filiation de l'enfant se pose alors que celui-ci est encore mineur et que les droits exercés par ses parents sur lui le sont durant la minorité, le sens de descendant n'est pas absent de l'analyse. En effet, plusieurs effets de la filiation comme le nom ou les droits successoraux concernent l'enfant tout au long de sa vie. En outre certains des droits exercés sur l'enfant comme la tutelle dépasse, au moins pour certaines catégories d'enfant, les filles notamment, la minorité, ce qui n'est pas sans soulever certaines interrogations et critiques.

¹² BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2014, p. 3.

¹³ *loc. cit.*

¹⁴ *loc. cit.*

10. - L'enfant en langue arabe. La langue arabe connaît un vocabulaire étendu pour désigner l'enfance et ses subdivisions. Selon Avner Giladi « le dictionnaire d'Ibn Sidah, un Andalou du XI^{ème} siècle, montre que l'arabe possède une quarantaine de termes pour décrire les bébés et les enfants, ainsi que les divers phénomènes liés à leur développement. Le terme générique est *walad* ; *nagl*, *habayy*, *wagdet*, *farat* ont des connotations variées. De plus il existe d'autres termes pour désigner une période spécifique de l'enfance. Parmi ceux-ci il y a *sabiyy*, *salil*, *tifl*, *talan*, *sarh*, *hadat*, *gulam* »¹⁵. Il ajoute qu'il existe des termes en langue arabe liés au développement physique ou mental tel que : « *sadig* (enfant jusqu'au septième jour de sa naissance), *radi'* (qui suce, qui tète), *fatim* (sevré), *halim* (quelqu'un qui a atteint la puberté ou la virilité), *balagal-hint* (un garçon qui a atteint l'âge où il est possible de le punir pour ses fautes), etc. »¹⁶. La richesse du champ lexical prouve l'attention que les auteurs musulmans donnent à l'être humain le plus vulnérable, l'enfant. Il faut noter que dans les pays arabo-musulmans, l'enfant n'est pas seulement le mineur, mais également le fils ou la fille de tel ou telle. De nos jours, le terme enfant a une acceptation encore plus étendue¹⁷.

11. - Début de l'enfance. La Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 définit l'enfant en fonction de son âge : « l'enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Cela veut dire que l'âge de 18 ans marque la fin de l'enfance. En droit algérien la majorité est atteinte à l'âge de 19 ans, elle marque la fin de l'enfance. Toutefois, il s'agit ici de la majorité du droit commun, puisqu'il existe différents âges de majorité selon les disciplines envisagées, majorité politique dite électorale fixée à 18 ans, majorité pénale fixée elle aussi à 18 ans, âge de discernement fixé à 13 ans, majorité matrimoniale fixée à 19 ans¹⁸.

2 - Conception traditionnelle de l'enfant et de la famille en Islam

12. - L'Islam signifie la soumission absolue à la volonté de Dieu qui a parfait la religion des hommes en révélant au Prophète Mohammed le Coran¹⁹. L'Islam, cette religion monothéiste

¹⁵ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, *et al.*, *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 263.

¹⁶ *loc. cit.*

¹⁷ KOLA Etienne, « Idéologie des droits de l'enfant et réalité en Afrique subsaharienne, quels paradigmes mobilisateurs ? » [en ligne], *Éthique en éducation et en formation*, 2017, p. 69–83.

¹⁸ SAI Fatima-Zohra, « Le statut de l'enfant dans la convention relative aux droits de l'enfant de 1989 », *Les Cahiers du LADREN*, 2008, p. 157-170.

¹⁹ LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012, p. 7.

fondée sur la révélation divine, qui s'est étendue au fur et à mesure du temps pour conquérir des terres en dehors de la péninsule arabique, représente aujourd'hui une partie importante de l'humanité : on peut approximativement évaluer à 1,8 milliards le nombre des fidèles en 2015²⁰. Leur répartition dans le monde n'est pas homogène, mais ils forment une chaîne ininterrompue du Maroc à la Chine et à l'Indonésie²¹.

13. - Les pays maghrébins sont islamisés par la conquête arabe au VII^{ème} siècle. Aujourd'hui, la population des pays maghrébins est majoritairement musulmane. Elle revendique sa double appartenance à la communauté musulmane et au monde arabe²². L'Islam est la religion d'État de l'Algérie et est pratiquée par environ 99% de la population. L'Algérie est le neuvième pays au monde en nombre de musulmans et est le troisième sur le continent africain après le Niger et l'Égypte, rassemblant 2,2% de la population musulmane mondiale²³.

14. - En Algérie, la pénétration de l'Islam est liée à un fait historique. Les armées musulmanes ont rencontré de réelles difficultés dans leurs conquêtes du Maghreb²⁴. Elles se heurtèrent à une résistance beaucoup plus dure, particulièrement face aux Berbères du massif de l'Aurès dans l'est de l'Algérie, que dans le Moyen-Orient. Elles mettront plus d'un siècle pour conquérir l'Afrique du Nord et ses habitants²⁵. Le premier conquérant arabe, Oqba Ibn Nafia, a été confronté à la résistance armée des Berbères, menés par le chef chrétien des Aouraba, Koséila. Les arabes seront repoussés, et Oqba sera tué dans l'Aurès vers 682²⁶. Deuxième tentative d'invasion, celle de Hassan Ibn No'man. Il rencontre, toujours dans l'Aurès, la légendaire Kahina. Cette dernière sortant vainqueur, un autre conquérant intervient, Moussa Ibn Noçair, gouverneur de l'Ifriqiya²⁷. Alors qu'ils ne les ont pas vaincus militairement, les Arabes vont convertir les dirigeants berbères

²⁰ Une étude de l'Institut Pew Research Center aux États Unis, intitulée « L'avenir de la population musulmane globale » a recensé le nombre de musulmans dans le monde. Le chiffre donné ne prend pas en compte la pratique régulière ni la foi individuelle des personnes se déclarant musulmanes, mais leur attachement à l'Islam en tant que composante culturelle et historique de leur identité. Cette étude note également que le nombre de musulmans dans le monde, toujours selon l'Institut Pew Research Center, va croître de 35% dans les 20 prochaines années, passant de 1,6 milliards en 2010 à 2,2 milliards en 2030.

²¹ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 2.

²² CAMPS Gabriel, « Comment la Berbérie est devenue le Maghreb Arabe » [en ligne], *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, 1983, p. 7-24.

²³ DIVERS et al., « Islam en Algérie », sur *Wikipedia*.

²⁴ BENOUIS Farida, *L'art islamique en méditerranée « Algérie », une architecture de lumière, les arts de l'Islam en Algérie*, Museum with no frontiers, 2017, p. 39.

²⁵ STORA Benjamin, *Histoire de l'Algérie coloniale (1830-1954)*, Hibr, 2012, p. 8.

²⁶ *loc. cit.*

²⁷ *loc. cit.*

à l'islam. Ce sont ces derniers qui porteront le message coranique dans leurs tribus d'origine²⁸. Les Berbères se convertiront massivement à l'islam²⁹, puis formeront leurs propres dynasties musulmanes, telles les Zirides, les Hammadides, etc. L'expansion de l'islam couvrit une grande partie du territoire maghrébin et rassembla plusieurs tribus avant de devenir un ciment indispensable à la condition d'une société en voie de désagrégation³⁰. Les algériens se répartiront à partir de cette époque en quatre groupes. Le premier groupe était constitué des Arabes, des Maures, des Turcs et des Kouroughli³¹. Le deuxième groupe était constitué des Kabyles, des Chaouïa et des Touaregs. Le troisième groupe était constitué des Mozabites, et le quatrième groupe était constitué des Israélites³². La majorité du peuple était régie par la loi islamique. La plupart dépendait du droit malékite, d'autres des droits hanafite ou ibadite, et d'autres enfin de coutumes locales islamisées³³.

15. - Le droit musulman. Le droit musulman désigne la loi musulmane dans sa version la plus englobante³⁴. Cela comprend l'ensemble des règles religieuses, morales, sociales, et juridiques contenues dans le Coran³⁵ et la Sunna³⁶, composantes essentielles de la *Chari'a*, textes sacrés dont

²⁸ *loc. cit.*

²⁹ BENOUIS Farida, *L'art islamique en méditerranée « Algérie », une architecture de lumière, les arts de l'Islam en Algérie*, Museum with no frontiers, 2017, p. 39.

³⁰ LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012, p. 8.

³¹ Les Kouroughli désignent les descendants de mariages mixtes entre Turcs et Arabes.

³² MORAND Marcel, *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Ancienne maison Bastide-Jourdan, 1921, p. 11.

³³ Sur ce point, à consulter Morand Marcel dans plusieurs ouvrages écrits par lui.

³⁴ LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012, p. 8.

³⁵ Selon Issam Tualbi-Thaalibi « le Coran se présente aujourd'hui sous la forme d'un livre composé de six-cents quatre pages, chaque page comprenant quinze lignes. Le livre sacré de l'Islam est formé de cent quatorze sourates ou chapitres de longueur inégale. Le nombre total de versets s'élevant à six-mille-soixante. Selon la chronologie traditionnelle, la première fixation officielle des parchemins coraniques rédigés au temps du Prophète de l'Islam date du temps du calife Abu Baker (632-634). Précieusement gardé, le premier codex du Coran a été rendu pour la première fois accessible au grand public au temps du calife Uthman (644-656) ». A partir de ce moment, le Coran est devenu la source principale pour les musulmans, plus particulièrement pour les juristes. Source : TOUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013.

³⁶ Le terme Sunna désigne dans la terminologie juridique musulmane « l'ensemble des récits (*hadiths*) rapportant les paroles, les actes et les caractères physiques et moraux du Prophète de l'Islam ». Pour plus de détail sur la Sunna consulter l'ouvrage d'Issam Tualbi-Thaalibi, TOUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013.

le contenu est normatif³⁷. Ces règles sont le fondement premier de la pensée et de l'agir musulmans³⁸.

16. - A ces textes sacrés, s'ajoute le *fiqh* qui est la connaissance des normes tirées par les savants³⁹. Il procède d'une démarche technique spécifique, aussi complexe qu'aléatoire, d'adaptation, par l'explicitation (*tafsir*) et l'interprétation (*ta'wil*), aux réalités des relations sociales⁴⁰. Il faut noter que les références premières des juristes, des juges, des législateurs, et des gouvernements sont, en premier lieu le Coran, puis en deuxième lieu la Sunna. La notion d'*Ijma'e* (le Consensus) dans la terminologie juridique fait allusion à « l'accord des juristes appartenant à une même époque sur la validité d'un précepte juridique »⁴¹. *Ijma'e* correspond donc au consensus établi autour d'une seule interprétation. L'interdiction de l'adoption (*al tabanni*), l'attribution de la filiation et les effets qui en résultent, relèvent de ce type de consensus⁴². *Al qiyas* (l'analogie) désigne dans la terminologie juridique musulmane le procédé permettant de juger un cas juridique non résolu par les textes sacrés en le comparant avec un cas similaire pour lequel une prescription existe déjà⁴³. *Al-istihsan* (l'estimation) signifie la non-application en cas de nécessité d'un précepte servant davantage l'intérêt général. La règle de substitution peut être une coutume, une analogie implicite ou toute autre norme juridique dans ce genre⁴⁴. *Al-maslha* (le principe d'Utilité), concept construit par les malikites⁴⁵, ne s'applique que dans les domaines sur lesquels les textes sont silencieux⁴⁶.

17. - Il faut noter qu'il existe plusieurs *madahib* (courant d'interprétation) du Coran et de la Sunna. Les quatre *madahib* les plus répondues sont : *madhab maliki* fondé par Malik ibn Anas⁴⁷,

³⁷ GHAZALI Ahmed, « Femmes et héritage en droit musulman : Quel cheminement vers l'équité au Maroc ? », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 111.

³⁸ OUBROU Tareq, « La kafala et la sharia », *Les revues Jurisclasseur, Droit de la famille*, 2009, p. 11.

³⁹ LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012, p. 8.

⁴⁰ GHAZALI Ahmed, « Femmes et héritage en droit musulman : Quel cheminement vers l'équité au Maroc ? », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 111.

⁴¹ TOUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013, p. 233.

⁴² OUBROU Tareq, « La kafala et la sharia », *Les revues Jurisclasseur, Droit de la famille*, 2009, p. 11.

⁴³ TOUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013, p. 238.

⁴⁴ TOUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013, p. 243.

⁴⁵ OUBROU Tareq, « La kafala et la sharia », *Les revues Jurisclasseur, Droit de la famille*, 2009, p. 12.

⁴⁶ *loc. cit.* Il faut noter il existe d'autres sources en droit musulman.

⁴⁷ Ce *Madhab* préfère prendre comme base du droit, en plus du Coran, l'opinion personnel (*Ra'y*) et le raisonnement analogique (*Qiyas*). Ce *madhab* est principalement implanté dans les pays du Maghreb, en Afrique

madhab hanifi fondé par Abu Hanifa⁴⁸, *madhab chafii* fondé par Al-chafi'i, et *madhab hanbali* fondé par Ahmed ibn Hanbal. Le raisonnement de ces jurisconsultes (*fouqaha*) est basé principalement sur le Coran et la Sunna en tant que sources originelles de la *chari'a*, ainsi que sur des sources dérivées.

18. - L'enfant et l'Islam. La famille est vue par le Coran comme le milieu de prédilection pour permettre à l'enfant de se développer correctement, mais aussi pour offrir une aide financière et familiale aux personnes âgées et aux membres vulnérables⁴⁹. Elle est fondée sur la solidarité et l'entraide entre ses membres. L'islam ne commande pas une forme d'organisation familiale en particulier (élargie ou nucléaire)⁵⁰. La famille traditionnelle et historique dans le monde arabo-musulman est généralement élargie (*Ayla*). A l'intérieur de l'institution de la famille élargie existe une hiérarchie entre les membres de la famille et chaque personne joue un rôle au sein de la famille.

19. - L'enfant fait l'objet de beaucoup de soins et d'attentions⁵¹ pendant la période médiévale et ottomane. Il possède un statut spécifique, bien avant que le concept ait été reconnu en droit international et dans les sociétés européennes, c'est-à-dire avant le 20^{ème} siècle⁵². A l'époque médiévale plusieurs ouvrages arabes sont consacrés à l'enfant. Ils témoignent d'une conscience très développée et d'une connaissance approfondie de l'enfant. Ces ouvrages abordent la pédiatrie, la psychologie enfantine, l'éducation de l'enfant et ses droits⁵³.

20. - Le premier document date du 10^{ème} siècle et est dédié à la pédiatrie. Il aborde la question de l'hygiène du nouveau-né, les maladies enfantines et leur traitement. Il traite également le

subsaharienne et dans certains pays du golfe. Voir AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010.

⁴⁸ L'école hanafite se rattache aux enseignements des écoles juridiques anciennes de Koufa et de Bassora en Irak. La jurisprudence religieuse hanafite a fourni le système légal officiel des empires abbasside, seldjoukide et ottoman. Elle considère le Coran et les *Hadiths* comme les sources principales du droit, mais elle accepte le *Ra'y*, c'est-à-dire l'opinion personnelle lorsque l'élucidation d'un cas déterminé ne peut être trouvée dans les sources. L'école hanafite a une place prépondérante en Asie centrale, en Inde musulmane et au Pakistan ainsi qu'en Turquie. Voir AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010.

⁴⁹ TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 19.

⁵⁰ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, et al., *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 38.

⁵¹ HITZEL Frédéric, *L'empire Ottoman XVème –XIIIème siècles*, Les Belles lettres, 2001, p. 254.

⁵² TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 19.

⁵³ *loc. cit.*

développement de la personnalité de l'enfant. Pendant cette période et notamment au 11^{ème} siècle, l'éducation des enfants avait une grande importance. C'est pour cette raison que l'enfance était une période plus longue dans le monde musulman comme l'explique Al-Ghazali : « l'enfant est « prêté » à ses parents pour qu'ils en prennent soin et l'élèvent de manière à en faire une bonne personne »⁵⁴. Au 14^{ème} siècle, les savants musulmans reconnaissaient que l'enfant a des besoins particuliers et qu'il doit être encouragé afin qu'il développe ses talents naturels, et que le traitement subi à un jeune âge a une influence directe sur sa personnalité future⁵⁵. Au 15^{ème} siècle Ibn Khaldoun s'intéresse à la question des châtiments et de leurs effets sur l'enfant. Il préconise que l'usage de la violence soit limité le plus possible car elle engendre des effets néfastes, physiques et psychologiques, sur l'enfant⁵⁶.

3 - Droit de la famille algérien

21. - L'influence de la colonisation française. L'Islam a été un aspect important de la construction de l'identité algérienne à la suite de la conquête de l'Algérie par la France. L'avènement de la colonisation française ne porta aucune atteinte au statut personnel des algériens, car la France a promis dès son arrivée en 1830 de respecter la religion des algériens. Les citoyens algériens étaient régis par le droit musulman et le droit coutumier⁵⁷. Cependant, les citoyens français étaient régis par les autorités françaises en Algérie. Le droit de la famille a été sciemment écarté des réformes imposées par le colonisateur, ce dernier le considérant à juste titre comme un sujet très sensible. Durant cette période, la famille a joué un rôle de refuge pour les algériens, menacés dans leur identité par l'infiltration de la culture occidentale. Il faut noter que c'est seulement vers la fin de la colonisation, plus précisément en 1959, que le législateur colonial tente une timide incursion dans les affaires familiales⁵⁸. L'ordonnance du 4 février 1959 nommée « la loi Sidi Cara » signée par le Premier ministre Michel Debré et Nefissa Sidi Cara⁵⁹, « relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local », tout

⁵⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 23.

⁵⁶ *loc. cit.*

⁵⁷ OUSLIMANI Nawal, « Les vicissitudes du droit de la famille algérien », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009.

⁵⁸ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit algérien de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, p. 101.

⁵⁹ Nefissa Sidi Cara est la première femme de confession musulmane nommée au poste de secrétaire d'État français.

en maintenant la logique du droit musulman, apporte des modifications en matière de mariage et de divorce⁶⁰.

22. - La période postérieure à l'indépendance de l'Algérie. Après l'indépendance, en 1962, l'ordonnance nommée « Loi Sidi Cara » fut appliquée jusqu'en 1984, date de la promulgation du premier code de la famille surnommé par les féministes algériennes « le code de l'infamie ». Jusqu'à à 1984, les dirigeants algériens n'ont pas vraiment osé légiférer sur la famille, contrairement à leurs voisins tunisiens et marocains. Le Maroc a promulgué son premier code de la famille appelé *Moudawana* de la famille marocaine en 1957, en s'appuyant sur le droit musulman, plus précisément sur les principes du droit malékite, alors qu'en Tunisie, sous l'impulsion de Bourguiba, le législateur tunisien innove en s'appuyant sur les avis des juristes du *fiqh*⁶¹.

23. - En Algérie, plusieurs tentatives de légiférer un code de la famille ont échoué : en 1964, 1966, 1973, et 1981 ; ce n'est qu'en 1984 qu'un code de la famille sera promulgué⁶². Selon Ouslimani « cette inertie était le fait du président Boumediene qui, ne pouvant s'attaquer à la frange arabo-islamiste, plus communément appelée à l'époque « les frères musulmans », a donc trouvé la parade en arguant de projet de lois beaucoup plus urgents à déposer à l'Assemblée nationale »⁶³. Elle ajoute qu'après le décès du président Boumediene en 1979, « un autre chef d'État fut élu et il osa le 9 juin 1984 apposer sa signature à la loi 84-11 portant code de la famille »⁶⁴. Selon elle, ce code promulgué « en 1984, après un semblant de débat à l'Assemblée nationale [...] ravalait la femme au rang de sous-individu accablé de devoirs sans commune mesure avec la place qu'elle méritait d'avoir au sein du foyer »⁶⁵.

24. - La codification tardive du code de la famille algérien comparativement à d'autres domaines (civil, commercial, etc.) est due au fait qu'il revête un caractère proprement religieux. Le droit de la famille et des successions est empreint de droit musulman⁶⁶. De nombreux versets coraniques et *hadiths* ont un rapport direct avec le droit de la famille et des successions.

⁶⁰ LALAMI Ferial, *Les algériennes contre le code de la famille*, Science Po. Les Presses, 2012, p. 34.

⁶¹ *Ibid.*

⁶² *Ibid.*, p. 40.

⁶³ OUSLIMANI Nawal, « Les vicissitudes du droit de la famille algérien », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, p. 91.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 88.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 91.

⁶⁶ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit algérien de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, p. 102.

25. - Après plus de vingt ans de règne du code de 1984, un nouveau code de la famille algérien a été promulgué en 2005. Il est le fruit des revendications des féministes. Afin que ce code réponde aux attentes de la population algérienne, le législateur en le rédigeant s'est référé à l'*Ijtihad* et s'est assuré que ses articles s'inscrivent dans le cadre du droit musulman. De ce fait, le droit de la famille est l'une des rares composantes de notre droit positif qui trouve sa source directement et quasi exclusivement du droit musulman.

26. - Ancrage religieux du droit de la famille. Toute modification du droit familial dans le monde arabo-musulman, notamment en Algérie, doit prendre en considération cet ancrage religieux. En droit de la famille algérien, la référence à la *Chari'a* découle de deux textes : l'article 1 alinéa 1 du code civil qui énonce qu'« en l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume », et l'article 222 du code de la famille algérien qui énonce qu'« en l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la *chari'a* ». De même, en droit de la famille marocain, le préambule de la nouvelle *moudawana* marocaine précise « qu'il est nécessaire de s'inspirer des desseins de l'islam tolérant qui honore l'homme et prône la justice et l'égalité et la cohabitation harmonieuse et de s'appuyer sur l'homogénéité du rite malékite ainsi que sur l'*ijtihad* qui fait de l'islam une religion adaptée à tous les lieux et toutes les époques en vue d'élaborer un code moderne de la famille, en parfaite adéquation avec l'esprit de notre religion tolérante ». Ainsi, l'article 400 de la *moudawana* de la famille marocaine ajoute que « pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du rite malikite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (*Ijtihad*), aux fins de donner leurs expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune que prône l'islam ».

27. - Les magistrats algériens et marocains se réfèrent directement aux préceptes du droit musulman. Ils fondent leur interprétation des textes sur des règles religieuses, ce qui est remarquable et sans équivalent parmi les méthodes employées par les juristes occidentaux. Ce positionnement des juges ancre encore davantage le droit de la famille dans la religion. Toutefois, certains magistrats sont plus progressistes, même si cela reste rare dans le domaine des affaires familiales.

28. - Dans l'élaboration de ce travail, nous nous sommes référés à une documentation dans les deux langues, l'arabe et le français. Pour restituer les idées dans leur contexte, nous avons souvent utilisé la terminologie arabe entre parenthèse ou directement dans le texte.

29. - Notre sujet est donc du plus haut intérêt car il aborde la question de la place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien, dans une législation qui s'appuie principalement sur le droit musulman et plus précisément sur les opinions des docteurs musulmans (*fouqaha*). Pour cette raison nous nous sommes référés principalement au droit musulman.

30. - Cette étude se caractérise par son aspect objectif et descriptif. Nous nous sommes efforcés de traiter de manière relativement neutre ce sujet très sensible, particulièrement quand nous abordons des questions difficiles dans le droit algérien telles que le phénomène de l'enfant né hors mariage. Les dernières réformes marquent certainement un grand pas en avant, mais elles n'ont pas brisé le silence gardé sur des contradictions, des discriminations, des inégalités, voir des injustices à l'égard du plus fragile, l'enfant. Le manque de documentation traitant des questions tabous dans la société algérienne (l'enfant né hors mariage, la mère célibataire, etc.), précisément à cause de leur caractère tabou, et particulièrement dans la législation algérienne et dans les législations du monde arabo-musulman, ainsi que l'accès réduit à la jurisprudence algérienne, les bases de données juridiques sur internet étant inexistantes en droit algérien, ont dû être dépassés pour mener à bien notre étude.

31. - Droit comparé. Pour éclairer l'étude du droit algérien fondé sur le droit musulman il est essentiel de le comparer avec les droits des autres pays musulmans proches de l'Algérie, en particulier le droit marocain et le droit tunisien. En effet, l'évolution du droit de la famille dans ces deux derniers pays est différente de celle constatée en Algérie, et de manière globale plus progressiste, alors qu'à l'origine les sources de ces droits sont les mêmes. Par ailleurs, il est intéressant de comparer le droit algérien avec le droit français puisque l'histoire de la France et de l'Algérie est pour partie commune. Nous avons pu constater que la colonisation de l'Algérie par la France a exercé une influence indiscutable sur le droit algérien, même si celle-ci a en réalité été très limitée en matière personnelle et donc en droit de la famille. On constate des similitudes entre le droit algérien et des règles anciennes de droit français.

32. - Depuis le début du 20^{ème} siècle, la cellule familiale a connu de grandes mutations dans les pays occidentaux. Devant la rapidité des progrès technologiques, la mondialisation des échanges et des moyens de communication, la recherche de nouvelles relations entre l'individu et la société, la remise en question des cultures et des valeurs, la vie en société se complexifie⁶⁷. La famille prend alors des formes différentes. Les évolutions de la famille contemporaine ont apporté aussi

⁶⁷ AUFIERE Pierre et BABU Annie, *Guide de la médiation familiale étape par étape*, Erès, 2017, p. 19.

un éclairage nouveau sur la question de l'autorité dans la famille, et un éclairage nouveau sur la place de l'enfant au sein de sa famille. La démocratie familiale avance à petits pas depuis la fin de la seconde guerre mondiale. L'autorité du mari, chef de famille, s'est peu à peu effacée devant l'autonomie de la femme, et la situation des enfants a connu des avancées significatives.

33. - Plusieurs pays occidentaux ont progressivement institué une égalité entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. Dans ces pays, l'enfant naturel a le droit d'être rattaché à sa famille d'origine. Guessous explique dans son ouvrage intitulé *Mariage et concubinage dans les pays arabes* que « les pays européens ont accepté l'évolution des mœurs au sein de leurs populations qui tend vers la libération des relations intimes en dehors du cadre du mariage et vers de nouvelles formes de conjugalité. Au besoin, les États ont légiféré pour donner un cadre légal à ces formes parallèles ou alternatives au mariage, notamment pour protéger les droits des enfants à naître et pour reconnaître certains droits aux partenaires »⁶⁸.

34. - Cette tendance et ces évolutions se voient clairement en France, où d'importants changements sont intervenus à l'intérieur de la famille française⁶⁹. Le schéma traditionnel de la famille française est constamment revisité par l'évolution des mœurs et de la société⁷⁰.

35. - Le code napoléonien a établi un modèle familial qui a ensuite évolué petit à petit au fil des réformes ultérieures. Désormais, le mariage n'est plus la pierre angulaire de formation de la famille⁷¹. Le droit de la famille s'articule autour de l'égalité et de la liberté⁷². De grandes modifications ont été apportées en faveur de l'égalité des hommes et des femmes au sein de la famille, et les époux sont maintenant égaux en matière de mariage. Au fil du temps, la notion de

⁶⁸ GUESSOUS Chakib, *Mariage et concubinage dans les pays arabes*, l'Esprit du Temps, 2018, p. 29.

⁶⁹ Quelques grandes lois qui ont modifié le droit de la famille français :

- Loi du 14 décembre 1964 : grande réforme du statut des mineurs
- Loi du 13 juillet 1965 : grande réforme des régimes matrimoniaux
- Loi du 11 juillet 1966 : réforme de l'adoption
- Loi du 3 janvier 1968 : réforme des incapables majeurs
- Loi du 3 janvier 1972 : réforme de la filiation
- Loi du 5 juillet 1974 : abaissement l'âge de la majorité à 18 ans
- Loi du 15 novembre 1999 : concubinage/aménage le PACS
- Loi du 3 décembre 2001 : réforme des successions, plus de droits au conjoint survivant
- Loi du 4 mars 2002 : réforme du droit du nom
- Loi du 23 juin 2006 : sur succession et libéralités, complète la loi de 2001
- Loi du 17 mai 2013 : mariage entre personnes de même sexe.

⁷⁰ KOUMDADJI Abla, « Islam et parenté » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2017, p. 307-326.

⁷¹ DE SINGLY François, *Sociologie de la famille contemporaine*, 6^{ème} édition, Armand Colin, 2017, p. 18.

⁷² EGEA Vincent, *Droit de la famille*, Lexis Nexis, 2020, p. 17.

vie familiale⁷³ s'est détachée de la vie de couple, les parents ont des droits égaux sur leurs enfants. Autrement dit, les couples ont obtenu un accès égal à l'enfant quels que soient leurs choix de vie (mariage, Pacs, concubinage). L'organisation et le fonctionnement du couple en devient plus souple. Le concubinage n'a plus de conséquence néfaste sur la situation de l'enfant⁷⁴. Les parents peuvent aménager l'exercice de l'autorité parentale librement. L'enfant, qu'il soit adopté, né dans le mariage, ou né en dehors des liens du mariage, dispose de droits identiques.

36. - Si aujourd'hui, en France, la famille s'est diversifiée et est caractérisée par une certaine pluralité qui met en concurrence plusieurs modèles de famille⁷⁵, ce n'est pas le cas dans d'autres sociétés telles que la société arabo-musulmane, et particulièrement la société algérienne. L'évolution politique et sociale très différente de ces deux pays, mais également le caractère laïc du droit de l'un et religieux de l'autre doit inciter à ne pas pousser la comparaison trop loin. Le juriste français doit s'efforcer de lire et expliquer le droit algérien en tenant compte de ses origines, son fondement et du contexte sociétal dans lequel il est mis en œuvre.

4 - Plan de notre étude

37. - Dans cette étude portant sur la place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien, nous consacrons la première partie au rattachement de l'enfant à sa famille. Cette première partie mettra en exergue la discrimination entre l'enfant né dans le mariage et l'enfant né hors mariage telle qu'elle apparaît à travers le droit de la famille algérien et l'interprétation du droit musulman, le rattachement de l'enfant dépendant principalement de l'établissement de la filiation paternelle dans le cadre du mariage. La deuxième partie de notre étude traitera du droit de l'enfant dans sa famille, en abordant les conséquences de l'établissement de la filiation à l'égard du père et de la mère. Elle révélera la différence de traitement entre les enfants nés dans le mariage et les enfants nés hors mariage dans les droits personnels et les droits patrimoniaux.

⁷³ La notion de vie familiale est promue par l'art. 8 de la Conv. EDH ainsi que par la jurisprudence de la Cour européenne.

⁷⁴ La famille hors mariage, en France, était ignorée. Elle n'avait pas de statut juridique, ce type d'union ne conférait aucun droit au couple non marié, ni sur le plan juridique, ni sur le plan social, pas plus que sur le plan fiscal et successoral. L'enfant né de cette relation subissait l'opprobre de la société qui stigmatisait la fille-mère et son enfant qui était considéré comme un enfant du péché. Jusqu'au début des années 1970, les enfants nés hors le cadre du mariage étaient très minoritaires. Les enfants nés hors mariage reconnus par leurs parents avaient en général les mêmes droits que les enfants légitimes, mais ils demeuraient dans une situation plus fragile : l'autorité parentale n'était pas exercée de plein droit par les deux parents même si ceux-ci avaient reconnu l'enfant, et souvent l'ordre de reconnaissance était déterminant pour l'exercice de l'autorité parentale et pour le choix du nom de la famille.

⁷⁵ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 10.

Première partie :

Le droit de l'enfant à une famille

38. - Les fondements : les textes internationaux. La famille, selon le préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant, est « l'unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants »⁷⁶. Le préambule reconnaît « 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 »⁷⁷.

39. - La charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant emprunte la même direction. En effet, elle reconnaît dans son préambule que la famille est la structure fondamentale pour l'enfant⁷⁸.

40. - A la lecture de ces deux textes, la famille apparaît comme un élément fondamental de la société, un facteur d'équilibre et de paix. Elle est également un élément essentiel pour que l'enfant puisse harmonieusement se développer. Comme explique ainsi Carmen Lavallée : « De tous les membres de la famille, l'enfant est sans aucun doute le plus vulnérable. En effet, il est dépendant de sa famille, qui doit lui prodiguer les soins dont il a besoin. La prise en charge matérielle et éducative de l'enfant relève en premier lieu de sa famille. L'enfant a non seulement

⁷⁶ De SCHUTTER Olivier, TUKENS Françoise et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 196.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ Le préambule de la Charte Africaine des Droits et de Bien-être de l'enfant réplique : « reconnaissant que l'enfant occupe une place unique et privilégiée dans la société africaine et que, pour assurer l'épanouissement intégral et harmonieux de sa personnalité, l'enfant devrait grandir dans un milieu familial, dans une atmosphère de bonheur, d'amour et de compréhension ».

le droit d'être juridiquement rattaché à sa famille, il a aussi le droit d'y être maintenu, sauf s'il est nécessaire de l'en retirer pour assurer sa protection »⁷⁹.

41. - Cette cellule mère évoque un cercle humain privilégié dans lequel les personnes se construisent, premier lieu d'apprentissage de la vie en société pour l'enfant⁸⁰. C'est le lieu de sécurisation où se réfugient ses membres, particulièrement les moins jeunes, pour faire face aux adversités et aux incertitudes de la vie. C'est aussi un lieu de solidarité et de transmission de valeurs⁸¹.

42. - Cet avantage de pouvoir bénéficier d'une famille, de vivre avec ses parents sous le même toit, de grandir dans son milieu familial, est un droit fondamental. La plupart des textes internationaux et régionaux, à l'instar de la Convention internationale des droits de l'enfant et de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, accordent leur préférence à la famille fondée sur les liens du sang, la famille d'origine, qui est le lieu privilégié d'un développement sain de l'enfant.⁸²

43. - Mais ce droit fondamental ne résiste pas à la réalité amère. La réalité nous rappelle que de nombreux enfants vivent sans famille, privés d'un environnement stable, d'un climat chaleureux, plein d'amour. Ces enfants ne connaissent pas la vie familiale.

44. - Dans une telle situation la Convention internationale des droits de l'enfant et la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant prévoient que les États parties ont non seulement le devoir d'intervenir pour protéger l'enfant, mais ils doivent également veiller à ce qu'une famille de substitution prenne la relève de la famille d'origine, lorsque celle-ci est inconnue ou n'est plus en capacité d'assurer ses obligations.

45. - Droit algérien. Le droit algérien, en conformité avec ce principe, prévoit que l'enfant doit grandir dans son milieu familial, au sein de sa famille d'origine, mais ce principe est soumis à certaines conditions. Autrement dit, le droit algérien, notamment le code de la famille algérien, met en place des conditions d'insertion de l'enfant dans sa famille biologique. Pour l'enfant privé de famille, le droit algérien prévoit une famille d'accueil qui le prendra en charge. Cela veut dire que ce n'est que par défaut que l'enfant pourra être élevé dans une famille dite de substitution.

⁷⁹ L'AVALLÉE Carmen, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Wilson et Lafleur, 2005, p. 257.

⁸⁰ DEBOVE Frédéric, SALOMON Renaud, JANVILLE Thomas, *Droit de la famille*, Vuibert, 2011, p. 2.

⁸¹ *loc. cit.*

⁸² *loc. cit.*

Dans un premier temps, la présente étude vise à analyser les conditions d'insertion de l'enfant dans sa famille biologique (Titre 1). Dans un deuxième temps, notre étude se portera sur l'enfant élevé dans une famille de substitution (Titre 2).

Titre 1^{er} :

Les conditions d'insertion de l'enfant dans sa famille biologique

46. - Rattachement de l'enfant. L'enfant est « le fils ou la fille de quelqu'un »⁸³. Selon Cornu « l'enfant est le descendant au premier degré, fils ou fille, sans considération d'âge »⁸⁴. Cette assertion met en évidence que l'enfant est un être humain relié à une autre personne par un lien de filiation⁸⁵. De ce fait, il s'inscrit dans une famille qui regroupe « l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien du sang, qui descendent d'un auteur commun »⁸⁶. Le rattachement de l'enfant à ses parents biologiques peut être distinct dans le cadre du mariage comme en dehors du mariage. En droit français, l'enfant a le droit d'être rattaché à ses parents biologiques via le mariage ou une union libre. En 2005, le législateur français a abandonné la différenciation entre l'enfant né dans le mariage et l'enfant né hors mariage⁸⁷ et prescrit un établissement de la filiation commun à tous les enfants⁸⁸. De ce fait, le droit français ne distingue plus l'enfant légitime de l'enfant naturel.

47. - Position différente en droit algérien. La situation est différente en droit algérien, le rattachement de l'enfant à ses géniteurs est enfermé dans le cadre du mariage. Car le mariage est l'institution qui peut légitimer la relation entre un homme et une femme. En dehors de cette institution, tout rapport charnel est strictement interdit et est considéré comme un péché. L'enfant conçu dans le mariage est considéré comme un enfant légitime. Cela veut dire que l'enfant né de parents mariés est rattaché à sa famille biologique. Les unions libres ou hors mariage ne produisent aucun effet légal, et particulièrement sur les enfants auxquels elles peuvent donner naissance. Autrement dit, l'épanouissement de l'enfant au sein de sa famille

⁸³ HILGER Geoffroy, *L'enfant victime de sa famille*, thèse de doctorat, droit privé, Université Lille 2, 2014, p. 22.

⁸⁴ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, Presses Universitaires de France, 2016, p. 400.

⁸⁵ HILGER Geoffroy, *L'enfant victime de sa famille*, thèse de doctorat, droit privé, Université Lille 2, 2014, p. 22.

⁸⁶ *loc. cit.*

⁸⁷ Ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation.

⁸⁸ DEKEUWER-DEFOSSER Françoise, *Les droits de l'enfant*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 40.

d'origine en droit algérien dépend de la situation juridique de ses géniteurs, de l'existence ou de l'absence de mariage entre eux. Nous aborderons en premier lieu l'enfant né de parents mariés (Chapitre 1), et en deuxième lieu l'enfant né de parents non mariés (Chapitre 2).

Chapitre 1 :

L'enfant né de parents mariés

48. - Etablissement de la filiation par les parents mariés de l'enfant. Le rattachement de l'enfant à son père et sa mère, en droit algérien, exige de prouver l'existence du mariage, le fait que l'enfant est né d'une femme mariée, et le fait qu'il est né de relations sexuelles qui ont eu lieu entre cette femme et son mari. La filiation de l'enfant né de deux personnes mariées est établie de plein droit, non seulement à l'égard de la mère, mais aussi à l'égard du père. Cependant, il y a une différence entre l'établissement de la filiation paternelle (Section 1) et celui de la filiation maternelle pour l'enfant né dans le mariage (Section 2).

Section 1 : Etablissement de la filiation paternelle

49. - Article 41 du code de la famille algérien. En vertu de l'article 41 du Code de la famille algérien, « l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal ». Cela veut dire que le principal effet du mariage est de conférer à l'enfant la qualité de légitime et de l'incorporer à la famille de son père dont l'enfant né hors mariage est exclu. Le père est présenté à travers l'article 41 du code de la famille algérien comme le maître du lien de filiation⁸⁹, car le législateur algérien définit la filiation comme étant une filiation paternelle légitime en dehors de laquelle rien ne saurait exister pour assurer un père à un enfant (paragraphe 1). Le législateur algérien prévoit des moyens d'établissement de la filiation paternelle légitime (Paragraphe 2).

§ 1 : La primauté de la filiation paternelle et légitime

50. - Domination de la filiation paternelle. Il est utile de faire remarquer que l'organisation générale de la famille au Maghreb, à l'instar de la famille algérienne, notamment au niveau des

⁸⁹ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 115.

systèmes et des structures de parenté, privilégie les liens agnatiques⁹⁰. La filiation est, en règle générale et sauf exception, patrilinéaire, la transmission passe par le père, l'individu appartient au groupe de son père et acquiert le statut de l'enfant légitime uniquement à l'égard du père⁹¹.

51. - Le mariage, source de rattachement de l'enfant à sa famille d'origine. Il faut noter qu'à l'époque préislamique, le régime du patriarcat était en vigueur dans le monde arabe⁹². A la veille de l'Hégire⁹³, le mode de mariage pratiqué est le mariage par achat⁹⁴. La femme se trouve placée sous la dépendance physique exclusive d'un seul homme, le monopole des relations sexuelles donne à la paternité son maximum de certitude. C'est ainsi que s'est maintenue et développée la famille patriarcale⁹⁵. Même les sociétés méditerranéennes ultérieures, qu'elles soient musulmanes, juives ou chrétiennes, étaient des sociétés patrilinéaires⁹⁶. En effet, le mariage, dans toutes ces sociétés, était considéré comme la seule source légitime de rattachement de l'enfant à sa famille d'origine. De ce fait, il est rattaché à la lignée paternelle. Cette règle est primordiale dans la société algérienne. Les milieux juridiques et culturel voient le mariage comme la source exclusive de la légitimité de l'enfant, et considèrent en conséquence que l'établissement de la filiation doit être fondé exclusivement sur le mariage (A). Cela veut dire que l'établissement de la filiation légitime exige l'existence d'un mariage légal qui répond à des conditions de fond et de forme. Le législateur algérien envisage également les cas particuliers des enfants nés dans le mariage polygamique, des enfants nés via la procréation médicalement assistée, et des enfants nés d'un mariage mixte (B).

A. Etablissement de la filiation paternelle fondé exclusivement sur le mariage

52. - Principe de légitimité en droit musulman. Le droit musulman consacre le mariage comme une relation entre un homme et une femme, dans lequel les relations sexuelles s'établissent dans

⁹⁰ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « Quelques aspects des rapports juridiques entre parents et enfants en droit algérien de la famille », in *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*, Bruylant, 1992, p. 186.

⁹¹ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 47.

⁹² SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 2.

⁹³ En 662, le Prophète Mohammed fuit de la Mecque.

⁹⁴ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 268.

⁹⁵ SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 3.

⁹⁶ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, et al., *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 23.

un cadre juridique, ayant comme objectif la procréation⁹⁷. Le but essentiel du mariage est de procréer et d'élever des enfants, comme le souligne AL-Ghazali (1058-1111), juriste, théologien et mystique : « Premier avantage du mariage : la postérité. C'est là le fondement du mariage et c'est à cet effet qu'il a été institué »⁹⁸. De ce fait, le droit musulman envisage le mariage comme la seule forme reconnue pour l'établissement des liens familiaux. Cette exclusivité du mariage a un impact sur la filiation qui ne peut être que légitime. Cela veut dire que le droit musulman lie étroitement le mariage et la filiation comme explique Abla Koumdadji dans son article « Islam et parenté » : « la famille musulmane ne peut s'édifier que dans le mariage et seuls les enfants qui en sont issus sont considérés comme légitimes »⁹⁹. En conséquence, le sang n'est pas le seul moyen d'établir la filiation, il faut être aussi légitime¹⁰⁰. De surcroît, la reconnaissance de paternité est étroitement liée au mariage, elle établit une filiation paternelle considérée comme légitime.

53. - Code de la famille algérien. La conception de la famille qui se dégage du code de la famille algérien est identique à celle du droit musulman. Ses textes déclinent fidèlement les principaux préceptes du droit musulman qui encadrent la filiation, plus précisément la filiation paternelle. Pour que l'enfant soit juridiquement rattaché à son père, il doit obéir à deux principes : le principe de légitimité et le principe du sang. Concernant le principe de légitimité, le droit de la famille algérien considère que le mariage est le seul mode de conjugalité et il n'est de filiation que légitime conformément à l'article 2 du code de la famille algérien qui énonce : « la famille est la cellule de base de la société, elle se compose de personnes unies par le mariage et par les liens de parenté » ;

⁹⁷ Des versets coraniques montrent clairement que Dieu a créé des hommes et des femmes comme partenaires les uns pour les autres de sorte qu'ils puissent se compléter, procréer et vivre dans la paix et la quiétude. Les versets suivants disposent que « Et parmi ses signes, il a créé de vous, pour vous, des épouses pour que vous viviez en tranquillité avec elles et il a mis entre vous de l'affection et de la bonté. Il y a en cela des preuves pour des gens qui réfléchissent » Sourate *Al Rom*, verset 21, Ainsi Sourate la Consultation, verset 11 « Créateur des cieux et de la terre, il vous a donné des épouses (issues) de vous-mêmes et des bestiaux par couple, par ce moyen il vous multiplie. Il n'y a rien qui ressemble, et c'est lui l'Audient, le clairvoyant », « Dieu vous a fait à partir de vous-mêmes des épouses, et de vos épouses il vous a donné des enfants et des petits-enfants. Il vous a attribué des bonnes choses. Croient-ils donc aux faux et nient-ils le bienfait de Dieu ? » Sourate les Abeilles, verset 72. La Sunna vient compléter le Coran dans cet aspect. Le Prophète Mohammed signale à plusieurs reprises l'importance donnée à cette institution : « Mariez-vous et engendrez une nouvelle progéniture afin que votre nombre augmente », « Oh, vous les jeunes ! Que ceux d'entre vous qui ont la capacité de se marier, alors qu'ils le fassent. Car le mariage aide à baisser les regards et à préserver la chasteté », « Si tu es satisfait du caractère pieux et la droiture d'un soupirent, maries-toi avec lui ». Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

⁹⁸ GAFSIA Nawel, *L'invention coloniale du mariage musulman : le cas tunisien*, Lextenso, p. 49.

⁹⁹ KOUMDADJI Abla, « Islam et parenté » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2017, p. 307-326.

¹⁰⁰ FORTIER Corinne, « Filiation versus inceste en Islam. Parenté de lait, adoption, PMA, et reconnaissance de paternité, de la nécessaire conjonction du sociale et du biologique », sur base de données de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales [en ligne].

ainsi l'article 4 du même code affirme que « le mariage est un contrat consensuel passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Il a, entre autres buts, de fonder une famille basée sur l'affection, la mansuétude et l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille »¹⁰¹. De ce fait, le mariage est le seul moyen juridiquement reconnu de faire une descendance pour agrandir la famille. Le principe de la légitimité régit la famille algérienne, aussi bien dans sa dimension horizontale, c'est-à-dire, la relation du couple, que dans sa dimension verticale, le lien parent enfant¹⁰². S'agissant du principe du sang, l'article 41 précédemment cité précise que « l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal, de la possibilité des rapports conjugaux ». Cela veut dire que le lien de parenté est fondé sur un lien biologique entre l'enfant et son père mais dans le cadre du mariage. Car comme Emilie Barraud explique « la filiation ne peut être réduite à sa seule composante biologique »¹⁰³. Autrement dit, le mariage est un révélateur du lien biologique. L'enfant engendré dans une union matrimoniale est reconnu comme le fruit issu de la procréation sexuelle de cette relation. De ce fait, la filiation paternelle légitime naît de la procréation de l'enfant par ses parents mariés. Le législateur algérien affirme l'idée que le mariage et la filiation sont par excellence les deux actes fondateurs de la famille algérienne. En effet, la filiation légitime est un des effets du mariage.

54. - Cour suprême algérienne. La Cour suprême algérienne va dans le même sens notamment dans un arrêt du 12 mai 1992¹⁰⁴. Les faits relatés en l'espèce révèlent qu'il y avait fiançailles et promesse de mariage entre deux personnes. Les fiancés vivaient dans l'intimité avec l'assentiment de leurs familles respectives. Un enfant est né. Sa filiation a été contestée par le fiancé, et la fiancée a rejeté l'idée que sa relation avec ce dernier soit qualifiée de fornication. Dans cette affaire, les magistrats de la Cour suprême affirment : « selon l'article 40 du code de la famille algérien, la filiation n'est établie que par le mariage valide, la reconnaissance de la paternité, la

¹⁰¹ Il est intéressant de noter que cet article s'applique autant au mariage civil, c'est-à-dire celui conclu devant un notaire ou un officier d'état civil, qu'au mariage traditionnel conclu devant témoins. Et selon Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, 2008 : « ces deux formes de mariage bénéficient de la même reconnaissance, et produisent les mêmes effets sur le plan juridique ».

¹⁰² ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014.

¹⁰³ BARRAUD Emilie, « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Actualités du droit musulman : genre, filiation et bioéthique*, *Revue internationale interdisciplinaire*, 2010, p. 257.

¹⁰⁴ Cour suprême, 12.05.1992, dossier n°82550 cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 195.

preuve, la consommation d'un mariage apparent ou vicié, et tout mariage annulé après consommation conformément aux articles 32, 33, et 34 du code de la famille, qu'en l'espèce, la situation des parties ne rentre dans aucune de ces hypothèses »¹⁰⁵. On déduit de cette décision que les juges ont appliqué les dispositions du code de la famille et le droit musulman à la lettre dans le but de protéger l'institution du mariage et de préserver la morale et les bonnes mœurs, en négligeant l'intérêt supérieur de l'enfant. Les juges ont considéré la relation intime qu'entretenaient les fiancés comme mettant en cause l'organisation de la famille qui constitue la cellule de base de la société. L'enfant est né des fiançailles, les magistrats l'ont considéré comme un enfant illégitime.

55. - Droit comparé. Contrairement à son homologue algérien, le nouveau code de la famille marocain, dans son article 156¹⁰⁶, introduit une innovation fondamentale en permettant de donner une filiation paternelle à l'enfant né de la grossesse pendant les fiançailles, le fiancé étant présumé être le père de l'enfant sous certaines conditions¹⁰⁷. Le législateur marocain cherche à accorder une filiation légitime à l'enfant qui aurait pu être naturel¹⁰⁸. Il a choisi de résoudre le problème de la filiation de l'enfant né pendant les fiançailles et de faire primer son intérêt sur les règles qui conditionnent le mariage¹⁰⁹. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 18 mai 2006 : la cour suprême marocaine a déclaré que la filiation légitime de l'enfant né des fiancés ne peut être établie que si les fiançailles sont connues des deux familles et après aveux des fiancés¹¹⁰.

Le droit algérien reste quant à lui figé sur l'idée que la filiation légitime de l'enfant dépend uniquement de l'existence du mariage. Il a retenu du droit musulman que le mariage est la seule

¹⁰⁵ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 195.

¹⁰⁶ L'art. 156 du MFM, stipule : « Si les fiançailles ont eu lieu et qu'il y a eu consentement mutuel, mais que des circonstances impérieuses ont empêché de dresser l'acte de mariage et que des signes de grossesse apparaissent chez la fiancée, cette grossesse est imputée au fiancé pour rapports sexuels par erreur, si les conditions suivantes sont réunies :

a) les fiançailles ont été connues des deux familles et approuvées durant les fiançailles.

b) il s'avère que la fiancée est tombée enceinte durant les fiançailles.

c) les deux fiancés ont reconnu que la grossesse est de leur fait.

Ces conditions sont établies par décision judiciaire non susceptible de recours.

Si le fiancé nie que la grossesse est de son fait, il peut être fait recours à tous moyens légaux de preuve pour établir la filiation paternelle. ».

¹⁰⁷ DIVERS et al., « Le nouveau code de la famille marocain, rapport établi par des magistrats français à l'issue d'un voyage d'étude (du 19 au 29 juin 2007) sur l'application de cette législation », sur *jafbase*.

¹⁰⁸ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 117.

¹⁰⁹ *Ibid.*, 118.

¹¹⁰ *loc. cit.*

voie admise pour constituer une famille légitime, c'est le mariage et lui seul qui confère à la famille sa légitimité¹¹¹. Ainsi, l'enfant légitime, dès sa naissance, est indivisiblement rattaché par le mariage à ses deux auteurs.

56. - En effet, la famille algérienne est strictement fondée sur les liens de procréation et la légitimité résultant du mariage. C'est par la filiation consanguine et légitime que se perpétuent les rapports sociaux, et que les individus peuvent confirmer leur appartenance à la collectivité, c'est-à-dire à la communauté des croyants ou *Ummah*¹¹².

B. Etablissement de la filiation paternelle légitime dans des cas particuliers

1) Filiation dans le mariage polygamique

57. - Une Pratique très ancienne. Selon Djilali Tchouar : « la polygamie était pratiquement adoptée par l'ensemble des sociétés de l'antiquité. C'est une institution qui remonte à la civilisation de l'élevage et de l'agriculture. Plus tard la polygamie était devenue l'apanage des riches et des notables aisés, et le nombre d'épouses traduisait l'importance de leur patrimoine et de leur condition sociale, révélait ainsi un signe de grandeur et de considération personnelle. En outre, elle était un moyen de créer des liens d'alliance entre plusieurs chefs de tribus »¹¹³. Zainab Ridwan explique aussi que « la polygamie était pratiquée par nombre de peuples bien avant l'avènement de l'Islam : les Hébreux, les Arabes de la période préislamique, les peuples Saqalit et Salafit, qui appartiennent à ce qu'on appelle aujourd'hui la Russie, la Lituanie, la Lettonie, l'Estonie, la Pologne, la Tchécoslovaquie et la Yougoslavie. Elle était également pratiquée chez certains peuples germaniques et saxons qui appartiennent à ce qu'on appelle aujourd'hui l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse, la Belgique, la Hollande, le Danemark, la Suède, la Norvège et l'Angleterre »¹¹⁴. La plus grande majorité de ces peuples a pratiqué la polygamie dans l'objectif d'avoir une descendance. Dans ces sociétés, la filiation est primordiale. La transmission d'un nom c'est la transmission d'une histoire et d'un état juridique¹¹⁵.

¹¹¹ LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012, p. 63.

¹¹² BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 50.

¹¹³ TCHOUAR Djilali, *Réflexions épineuses du code de la famille*, Office des publications universitaires, 2004, p. 84-86.

¹¹⁴ RIDWAN Zainab, *Le statut de la femme entre tradition et modernité*, Albouraq, 2006, p. 108-109.

¹¹⁵ PAPI Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb, Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie*, l'Harmattan, 2009, p. 113.

Il faut noter que l'islam est loin d'être le créateur de la polygamie. La polygamie est une pratique coutumière. Elle existait avant l'avènement de l'islam, M. Souriau souligne que « la polygamie n'est pas coranique mais historique »¹¹⁶. L'islam ne fait que la limiter, même s'il ne l'a pas annulée totalement comme explique Abderrahmane Koudjil : « il est certain que l'islam n'a pas inventé la polygamie. Tout ce qu'il a fait, c'est d'y mettre des restrictions. Il lui a prescrit des limites maximales. Il a posé des conditions pour la pratique de la polygamie, qui existait chez la plupart des peuples qui ont embrassé l'islam »¹¹⁷.

Il faut noter également que le Coran a limité le nombre d'épouses pour l'homme musulman à quatre en lui recommandant de ne prendre qu'une seule femme s'il craint de ne pouvoir assurer l'égalité matérielle et sentimentale entre ses femmes¹¹⁸, ce qui peut être interprété comme un désaveu de la polygamie¹¹⁹. Les féministes islamiques comme Aïcha El Hajjami et Asma Lamrabet considèrent que le verset coranique qui parle de la polygamie est lié aux circonstances de l'époque de l'Arabie du 7ème siècle. Mais les juristes musulmans l'ont pérennisé jusqu'à nos jours, alors que ce n'est, ni une recommandation, ni une imposition divine¹²⁰. Ce verset coranique énonce sa nette désapprobation par un passage qui montre explicitement qu'il est impossible d'être juste et équitable dans le cadre d'un mariage polygame : « Vous ne parviendrez jamais à traiter toutes vos épouses sur le même pied d'égalité, et ce quel que soit le soin que vous y apportiez ! »¹²¹. On peut dire que ce dernier verset recommande formellement de limiter la polygamie afin d'instaurer progressivement un modèle monogame.

58. - Pratique de la polygamie dans les pays non musulmans. Actuellement, la polygamie est pratiquée dans quelques pays non musulmans, comme certains pays asiatiques (l'Inde, le Japon et la Chine) et en Afrique. Dans certaines régions africaines, notamment au Burkina Faso ou au Togo, la polygamie constitue un phénomène important où elle n'est d'ailleurs pas limitée à quatre épouses¹²². De nombreuses études ont dénombré des proportions de femmes vivant en union

¹¹⁶ TCHOUAR Djilali, *Réflexions épineuses du code de la famille*, Office des publications universitaires, 2004, p. 87.

¹¹⁷ KOUDJIL Abderrahmane, « Polygamie au Maghreb, controverses autour d'un droit en mouvement » [en ligne], *Confluences Méditerranée*, 2002, p.77-88.

¹¹⁸ « Si vous craignez de ne pas être équitables en matière d'orphelins (...) alors épousez ce qui vous plaira d'entre les femmes, par deux, ou trois, ou quatre. Mais si vous craignez de n'être pas justes, alors seulement une, ou contentez-vous de votre droite propriété, plus sûr moyen d'échapper à la partialité ». Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

¹¹⁹ PAPI Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb, Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie*, l'Harmattan, 2009, p. 67.

¹²⁰ BOUATTA Fériel, *Islam-féminisme, des femmes relisent les textes religieux*, Koukou, 2017, p. 90.

¹²¹ LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 63.

¹²² *Ibid.*, p. 61.

polygame variant entre 30% et 55%. Dans la communauté catholique du Tchad, le taux de polygamie est même plus élevé que dans la communauté musulmane¹²³ du même pays.

59. - Pratique de la polygamie dans les pays musulmans. La polygamie est une institution reconnue dans la majorité des pays musulmans, à l'exception de la Tunisie qui punit de tels mariages d'un an de prison et/ou d'une amende conformément aux articles 14 alinéas 3 et 18 du code pénal¹²⁴. Il faut noter que, bien que la polygamie soit admise dans la majorité des pays musulmans, sa pratique est rare¹²⁵ pour des raisons économiques et culturelles¹²⁶

60. - Autorisation du mariage polygamique en droit algérien. En Algérie, le mariage polygamique est autorisé. L'époux a la possibilité de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la Chari'a, c'est-à-dire avec quatre épouses au maximum, conformément à la lecture littéraliste que le législateur algérien fait du verset coranique : « Si vous craignez de ne pas être équitables en matière d'orphelins (...) alors épousez ce qui vous plaira d'entre les femmes, par deux, ou trois, ou quatre. Mais si vous craignez de n'être pas justes, alors seulement une, ou contentez-vous de votre droite propriété, plus sûr moyen d'échapper à la partialité »¹²⁷.

61. - Conditions. Certes le code de la famille algérien de 2005 n'a pas abrogé la polygamie, mais il est venu réformer les conditions de l'union polygamique en apportant plus de précisions sur les procédures à suivre par rapport au précédent code de 1984. Le législateur algérien a essayé dans le nouveau code d'introduire des procédures rigoureuses en matière de mariage polygamique. Dans le Code de la Famille Algérien de 1984, les dispositions concernant la polygamie se résumaient dans un seul article, ce qui laissait un énorme pouvoir d'appréciation au juge et avait nécessité des circulaires d'application. Trois articles leur sont désormais consacrés¹²⁸ dans le code de la famille algérien de 2005. L'article 8 du code de la famille permet à l'homme de conclure mariage avec plus d'une épouse, en conditionnant sa pratique au respect de

¹²³ *loc. cit.*

¹²⁴ ALDEEB ABU-SHLIEH Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 96.

¹²⁵ Les statistiques, disponibles depuis la seconde moitié du XIXe siècle, montrent en effet une baisse constante du taux de polygames par rapport à la population masculine en âge de se marier. Si en 1886, il était de 15 %, il passe en 1911 à 6,4 % et en 1948 à 3 %. En 1986, il est de 1,5 % et en l'an 2000, il est de 1,4 %.

¹²⁶ KOUDJIL Abderrahmane, « Polygamie au Maghreb, controverses autour d'un droit en mouvement » [en ligne], *Confluences Méditerranée*, 2002, p.77-88.

¹²⁷ Sourate 4, verset 3. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

¹²⁸ PAPI Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb, Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie*, l'Harmattan, 2009, p. 214.

certaines conditions. Le mari désirant contracter un second mariage devra informer sa précédente épouse et sa future épouse, et présenter une demande d'autorisation de mariage au président du tribunal du lieu du domicile conjugal. Le président du tribunal peut autoriser le nouveau mariage s'il constate le consentement de l'épouse initiale et de la future épouse, et que l'époux a apporté la preuve d'un motif justifié et son aptitude à offrir l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale¹²⁹. En cas de mariage, la coépouse jouit d'un statut juridique, et par conséquent de tous les droits que l'union matrimoniale lui reconnaît¹³⁰.

62. - Le sort des enfants conçus dans le cadre du mariage polygamique. Les enfants issus du mariage polygamique sont rattachés à leur géniteur commun, et le nom du père s'étend à tous ses enfants¹³¹. C'est-à-dire que les enfants issus de la seconde épouse, ou d'une troisième épouse, ou même de la quatrième épouse, sont des enfants légitimes. Car en effet, la famille algérienne repose sur le lien du sang qui correspond à un lien de parenté direct entre un homme et un enfant.

2) La filiation par procréation médicalement assistée

63. - Stérilité. Donner la vie est un phénomène extrêmement important dans toutes les cultures et toutes les civilisations. Pour le croyant, c'est participer par la procréation au grand miracle divin de la création¹³². Malheureusement, le couple, dans son désir d'avoir un enfant, est, quelques fois, confronté à un problème d'infécondité, ce qui constitue une source de préoccupation pour le couple et qui peut parfois provoquer une crise en son sein. L'infécondité peut même parfois provoquer une séparation ou un divorce. Ceci a pour effet de pousser les couples au recours à la médecine moderne, c'est-à-dire à la procréation assistée.

64. - Progrès scientifiques. Depuis une trentaine d'années, la médecine de la reproduction s'est intéressée au phénomène de la stérilité qui se définit comme l'incapacité à procréer¹³³. Selon l'Organisation mondiale de la sante, l'incapacité fonctionnelle se mesure au bout de deux ans de rapports sexuels réguliers sans contraception, non suivis de grossesse. Les principales causes de stérilité chez la femme sont la stérilité tubaire et la stérilisation volontaire. Chez l'homme, la

¹²⁹ Art. 8 du CFA - ordonnance n° 05-02 du 18 Moharram 1426, correspondant au 27 février 2005, modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille JOADP du 27 février 2005.

¹³⁰ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 244.

¹³¹ Art. 28 du CCA stipule que : « Toute personne doit avoir un nom et un ou plusieurs prénoms. Le nom d'un homme s'étend à ses enfants ».

¹³² BAFINAMENE KISOLOKELE Charles, *La stérilité du couple : approche théologique et pastorale en milieu ecclésial négro-africain*, mémoire de maîtrise en théologie, Faculté de théologie évangélique de Bangui, 1999, p. 6.

¹³³ DIVERS et al., *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2014, p. 2434.

stérilité est due, souvent, à une azoospermie¹³⁴. La médecine de la reproduction a mis en œuvre différentes méthodes et techniques de procréation médicalement assistée (PMA) pour tenter de pallier la stérilité, telles que l'insémination artificielle, la fécondation in vitro, l'injection intracytoplasmique de sperme, et le transfert d'ooplasm¹³⁵.

Point de vue du droit musulman contemporain. Les nouveaux modes de procréation qui se sont développés en Occident ont été adoptés par de nombreux pays musulmans. Pour mettre en œuvre ces nouvelles techniques procréatives, les pays musulmans s'appuient sur les principales sources du droit musulman pour déterminer la licéité des techniques médicales, leurs conditions et limites de réalisations¹³⁶. En terre d'Islam, tout ce qui touche de près à la procréation et en conséquence à la filiation, domaine profondément imprégné par la morale et la religion depuis des siècles, doit d'abord être approuvé par la doctrine¹³⁷.

A cette fin, les membres du Conseil de l'Académie du droit de la Ligue Islamique Mondiale se sont réunis à la Mecque en 1985 en vue d'un effort intellectuel collectif visant à étudier la réponse du droit musulman à cette forme de procréation détachée de l'acte sexuel¹³⁸, pour définir parmi les différentes méthodes celles qui pourraient être rendues licites.

La réflexion des savants et des juristes musulmans concernant l'application de ces nouvelles techniques est fondée sur deux notions : *al haja* (le besoin) et *al maslaha* (l'intérêt)¹³⁹. Ils se sont accordés sur le fait que « le besoin (*al haja*) d'enfant chez une femme mariée qui ne peut procréer est considéré comme une visée légitime »¹⁴⁰.

Cependant, cette approche souple doit respecter les impératifs du droit musulman de la filiation qui est gouverné par trois principes fondamentaux : le patriarcat, la légitimité et le sang¹⁴¹.

¹³⁴ ZERRADI Mouna, *Les enjeux éthiques potentiels de la procréation médicalement assistés dans les pays musulmans, cas du Maroc*, Université Hassan II de Casablanca, 2009, p. 10.

¹³⁵ DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « Médicalisation de l'infertilité : quelle est la situation mondiale du nord au sud ? » in *Santé reproductive du Nord au Sud. De la connaissance à l'action. Actes de la Chaire Quetelet 2004*, Presses Universitaires de Louvain, 2009, p. 277-292.

¹³⁶ DABBOU-BEN AYED Sophie, « Le rôle de la religion dans l'élaboration de la loi 2001 sur l'Assistance Médicale à la Procréation » [en ligne], *Revue juridique de l'Ouest*, 2010, n° spécial 2010-2. Droit, éthique et religion, quelles normes pour l'assistance médicale à la procréation ? Etude franco-tunisienne, p. 69-88.

¹³⁷ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 38-39.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 39.

¹³⁹ HOUOT Sandra, « Des usages éthiques du droit islamique : une réponse aux enjeux posés par la reproduction médicalement assistée », *Revue droit et culture*, 2010, p. 332.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 334.

¹⁴¹ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 40.

Aussi, toute forme de procréation ayant recours à un tiers est apparentée à l'adultère (*zina*). Tout enfant qui en naitrait serait alors considéré comme illégitime, ce qui explique que le don d'ovocyte, le don d'embryon ou encore le recours à une mère porteuse soient interdits¹⁴².

65. - L'adoption des techniques de Procréation Médicalement Assistée dans les pays musulmans. En raison de l'aval doctrinal, les techniques de Procréation Médicalement Assistée se sont bien introduites dans la majorité des pays musulmans. Certains pays comme l'Algérie et la Tunisie ont légiféré en matière de procréation médicalement assistée. En revanche, certains pays comme le Sénégal et le Liban n'ont pas osé se doter des normes clarifiant la question.

66. - Au Sénégal. En l'absence d'une législation nationale, les médecins sénégalais se font leurs propres censeurs : la gestation pour autrui et la participation du tiers donneur ne semblent pas admises. De ce fait, l'insémination artificielle et la fécondation *in vitro* sont pratiquées depuis 1989 à Dakar au sein des couples hétérogènes maritalement unis¹⁴³.

Cette absence de législation a provoqué une polémique entre, d'une part les conservateurs, hostiles à ces techniques jugées trop menaçantes pour leur valeur socioculturelle et leur système de parenté (ils considèrent ces techniques comme des dérives hors nature), et d'autre part les partisans de la procréation médicalement assistée qui y voit une opportunité atténuant la douleur de la stérilité¹⁴⁴.

67. - Au Liban. Plus de seize centres spécialisés en matière de Procréation Médicalement Assistée au Liban fonctionnent avec leur propre règlement intérieur. Ces derniers dépendent de chaque centre, en fonction des consciences de chaque équipe médicale, sans qu'aucun règlement professionnel ne fasse consensus. L'objectif premier est souvent de gagner le maximum d'argent (chaque couple paie entre 2000 et 5000 dollars à chaque essai)¹⁴⁵.

Le droit libanais n'est pas encore intervenu, mais une commission nationale de bioéthique est sur le point de voir le jour¹⁴⁶. Le code de déontologie médicale exige cependant le mariage du couple et son consentement éclairé : « l'insémination artificielle ainsi que la fécondation *in vitro* ne sont

¹⁴² FORTIER Corinne, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 33.

¹⁴³ DIENG Pierre Léon André, *La procréation médicalement assistée*, mémoire de DEA, droit de la Santé, 2005

¹⁴⁴ DIENG Pierre Léon André, *La procréation médicalement assistée*, mémoire de DEA, droit de la Santé, 2005

¹⁴⁵ ABOU-MRAD Fadi, *Lois de bioéthique et aspects culturels, difficultés du modèle libanais*, Dalloz, 2011

¹⁴⁶ MOUKARZEL HECHAIME Alexa, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 156.

autorisées qu'entre conjoints ayant donné leur consentement par écrit »¹⁴⁷. Le professeur Fadi Abou-Mrad, coordinateur de la commission universitaire d'éthique médicale et de bioéthique, signale que le vide législatif dans ce domaine ouvre la voie à plusieurs dérives. Ceci requiert la création d'une loi claire qui freine ces dérives et l'égoïsme, et empêche la poursuite de gains matériels¹⁴⁸. Les religieux libanais ont également investi le terrain. Une partie des juristes musulmans sunnites admettrait la fécondation in vitro avec le sperme du mari et l'ovocyte de son épouse, dans le cas où la vie de la mère n'est pas mise en danger¹⁴⁹. Ainsi, leur position consiste à autoriser toute aide médicale à la procréation qui est réalisée dans le cadre intraconjugale, tandis que toute procréation médicale réalisée à l'aide d'un donneur est interdite.

De surcroît, ces différentes techniques de fécondation ne seraient reconnues que pour les femmes mariées, non divorcées et dont le mari est encore en vie. Ainsi, une veuve ne peut pas utiliser le sperme de son mari décédé qui aurait été conservé, l'enfant conçu après la dissolution du mariage, intervenue suite au décès, ne pouvant être attribué au mari¹⁵⁰.

68. - En Algérie. La Procréation Médicalement Assistée est pratiquée publiquement en Algérie depuis les années 90, grâce à un ambitieux programme de prise en charge globale de l'infertilité et de la fécondation in vitro (FIV) qui a été lancé par le professeur Laliem et le docteur Ftouki. Le premier bébé conçu par cette technique est né en 1991 à l'Hôpital Parnet à Alger¹⁵¹.

69. - Règlementation de la Procréation Médicalement Assistée. La Procréation Médicalement Assistée était régie par les règles générales contenues notamment dans la loi relative à la protection et à la promotion de la santé et par le code de déontologie médicale. Il faut ajouter aussi l'avis du Haut Conseil Islamique Algérien qui dispose d'un siège au niveau du Conseil National de l'Éthique des Sciences de la Santé (CNESS)¹⁵².

¹⁴⁷ ABOU-MRAD Fadi, *Lois de bioéthique et aspects culturels, difficultés du modèle libanais*, Dalloz, 2011

¹⁴⁸ ABOU-MRAD Fadi, *Lois de bioéthique et aspects culturels, difficultés du modèle libanais*, Dalloz, 2011

¹⁴⁹ MOUKARZEL HECHAIME Alexa, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 156.

¹⁵⁰ *loc. cit.*

¹⁵¹ BOUCIF DEBAB Zoulikha, *Ethique de la recherche et des essais cliniques, cas de la procréation médicalement assistée (PMA)*, mémoire en biologie, option bioéthique, 2014, p. 104.

¹⁵² Le Conseil National de l'Éthique des Sciences de la Santé a été créé par la loi n°90-17 modifiant et complétant la loi n°85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé (LPPS) publié dans le JO n°35 du 15 août 1990. Il a été installé à Alger par le ministre de la santé et de la population en date du 13 octobre 1996, par décret exécutif n° 96-122 « Art. 1 et 2 » dans le Journal Officiel n° 22 du 18 Dhou El Kaada 1416 correspondant au du 6 avril 1996 au ministère de la Santé, de la Population et de la Réforme hospitalière. Le CNESS est composé de 20 membres qui représentent différents ministères (la défense, la justice, la santé,

70. - Haut Conseil Islamique. Le rôle du Haut Conseil Islamique Algérien est de régir les aspects de la question ignorés du droit positif mais qui interpellent la conscience du croyant dans la mesure où le droit du mariage est encore perçu par beaucoup comme intimement lié au sacré¹⁵³.

71. - Encadrement de la Procréation Médicalement Assistée dans le cadre du mariage. La Procréation Médicalement Assistée a pris son véritable essor en Algérie. Elle s'est développée rapidement grâce à la multiplication des centres spécialisés en médecine de la reproduction qui sont actuellement au nombre de 18, répartis entre cliniques privés et étatiques. La position du législateur algérien à l'égard de la Procréation Médicalement Assistée exprimée dans le nouveau code de la famille dans son article 45 bis consiste à autoriser toute technique médicale à la procréation réalisée dans un cadre matrimonial. Le couple non marié ne peut pas recourir à cette technique, tout comme la femme célibataire¹⁵⁴. Seul le recours aux spermatozoïdes de l'époux et à l'ovule de l'épouse est autorisé, sans recourir à un tiers donneur. En effet, le législateur autorise trois techniques de Procréation Médicalement Assistée : l'insémination artificielle avec sperme du conjoint (IAC) qui consiste à introduire dans l'utérus d'une femme des spermatozoïdes sélectionnés de son conjoint, la fécondation in vitro (FIV) qui n'est pas prohibée à partir du moment où les gamètes réunies dans une même éprouvette sont celles issues des époux eux-mêmes, et l'Intra Cytoplasmique Sperme Injection.

72. - Filiation. Le législateur a inscrit l'application de la Procréation Médicalement Assistée dans le cadre du mariage, et a encadré la pratique de la Procréation Médicalement Assistée en imposant l'utilisation des seuls gamètes du couple marié dans le but de protéger le système familial et ainsi de protéger l'enfant à naître. L'enfant issu de la technique de la procréation assistée des gamètes de ses parents hors la relation charnelle est considéré comme leur enfant légitime, et est affilié à son père exactement comme l'enfant conçu par des rapports sexuels. Le législateur algérien ne trouve aucun inconvénient à dissocier la procréation de la sexualité du moment que l'utilisation des techniques de procréation assistée n'affaiblit pas le système du mariage et de parenté, et ainsi n'aboutit pas au mélange des filiations *Ikhtilat al-ansab*.

l'enseignement supérieur et le travail). Les professionnels de la santé sont représentés par 12 membres, le Haut Conseil Islamique dispose d'un siège, de même que le Conseil de l'Ordre des Médecins.

¹⁵³ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 120.

¹⁵⁴ Avant l'intervention législative, la loi relative à la protection et à la promotion de la santé et le code de déontologie impose comme condition le mariage légal pour pouvoir recourir à la PMA.

73. - Prohibition de la procréation par un don du sperme. Le législateur algérien, comme les juristes musulmans sunnites contemporains, interdisent la procréation par don du sperme car ils considèrent que l'intrusion d'un tiers dans le processus de la conception de l'enfant a une répercussion sur le système symbolique de la parenté et de la filiation¹⁵⁵. C'est Corinne Fortier qui note que « dans le cas des procréations par don de sperme, le fait que l'enfant ne soit pas issu du sperme du mari de la mère mais d'un autre homme crée un mélange des filiations »¹⁵⁶.

Le mélange des filiations mène à la problématique suivante : quelle est la place du tiers intervenant dans le processus ? Les juristes musulmans ne veulent pas être confrontés à ce type de questionnement, car l'intervention de la tierce personne dans la conception de l'enfant brouille le système de parenté. La conception de la parenté en terre d'Islam, et notamment en Algérie, repose sur la combinaison du biologique et du social, et en conséquence une paternité fondée uniquement sur le biologique sans le social est inconcevable¹⁵⁷. Les juristes musulmans, comme le législateur algérien, n'admettent donc pas que le donneur de sperme puisse être considéré comme le père de l'enfant dans la mesure où il n'est pas le conjoint de la mère. Si le social seul, indépendamment du biologique, ne peut créer la filiation, le biologique seul, indépendamment du social, ne peut également créer la filiation, les deux sont nécessaires¹⁵⁸.

74. - L'interdiction du recours aux mères porteuses. Le législateur algérien n'a pas uniquement interdit le recours au don du sperme, il a également prohibé le recours à une mère porteuse. Cette interdiction est expresse dans l'article 45 bis du code de la famille algérien qui dispose qu'« il ne peut être recouru à l'insémination artificielle par le procédé de la mère porteuse ». La même interdiction est posée par la loi tunisienne du 7 août 2001 qui prévoit dans son article 15 que « l'embryon conçu dans le cadre de la médecine de reproduction, ne peut être placé, à quelque titre que ce soit, dans l'utérus d'une autre femme ». Cependant, dans d'autres pays musulmans, le recours à la mère porteuse est autorisé dans le cadre de la polygamie. Dans son étude menée sur les rapports entre la bioéthique et la morale musulmane M. Fakher Ben Hamida estime que « la gestation pour autrui pourrait être permise dans la seule hypothèse où les génitrices sont unies

¹⁵⁵ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 44.

¹⁵⁶ FORTIER Corinne, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 33.

¹⁵⁷ FORTIER Corinne, « Filiation versus inceste en Islam. Parenté de lait, adoption, PMA, et reconnaissance de paternité, de la nécessaire conjonction du sociale et du biologique », sur base de données de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales [en ligne].

¹⁵⁸ *Ibid.*

maritalement à un même époux »¹⁵⁹. La légalisation de la technique des mères porteuses dans le cadre du mariage polygamique ne porte pas atteinte à la vérité de la filiation paternelle. Autrement dit, il n'y a pas de problème à l'égard de la filiation paternelle de l'enfant qui revient au mari commun des deux femmes¹⁶⁰. De ce fait, l'enfant conçu de ce genre de pratique est affilié à son père.

75. - L'autorisation du don d'ovocyte dans le cadre de la polygamie. Les juristes musulmans sunnites interdisent le don d'ovocyte y compris le don d'ovocyte entre deux coépouses. Toutefois, le Conseil de l'académie de droit musulman l'a autorisé en 1984 entre deux coépouse. Corinne Fortier souligne à cet égard que « le Conseil de l'Académie de droit musulman de la ligue Islamique Mondiale réuni à la Mecque en 1985 a autorisé le don d'ovocyte dans le cadre de la polygamie, dans la mesure où il n'y a pas d'adultère (*zina*) puisque les deux femmes sont unies légalement au même homme, et qu'il n'y a pas de problème à l'égard à la filiation paternelle de l'enfant qui revient au mari commun des deux femmes »¹⁶¹.

En revanche, on s'interroge sur la question de la maternité, est ce que la mère est l'épouse qui a donné son ovocyte ou l'épouse qui a porté et accouché l'enfant ?

Pour répondre à cette question, les juristes musulmans se sont appuyés sur quelques versets coraniques : « Leurs mères sont seulement celles qui les ont enfantés » et « sa mère l'a porté dans la peine, elle l'a mis au jour dans la peine »¹⁶². Ils considèrent que l'épouse qui a porté et qui a accouché est la mère de l'enfant en excluant l'épouse qui a donné son ovocyte. Dans le sens, l'épouse désireuse avoir un enfant est la mère de l'enfant. En revanche, l'épouse qui a fourni ses ovocytes n'est pas considérée comme la mère de l'enfant.

76. - Opinion des juristes musulmans chiites. Les juristes musulmans écartent la Procréation Médicalement Assistée avec tiers donneur, car elle aurait des conséquences très proches de celle de l'adultère¹⁶³. Cependant, le don d'ovocyte est autorisé chez les chiites car ils ont trouvé le

¹⁵⁹ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 45.

¹⁶⁰ KHATER Kheira, *L'utérus louable entre la loi et le droit musulman*

¹⁶¹ FORTIER Corinne, « Filiation versus inceste en Islam. Parenté de lait, adoption, PMA, et reconnaissance de paternité, de la nécessaire conjonction du sociale et du biologique », sur base de données de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales [en ligne].

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ FASSATOUI Omar, « « Halalité » en biomédecine : approches sunnites et chiites ou/ Nouveaux espaces du halal : approches sunnites et chiites en biomédecine » [en ligne], in *Les sens du Halal, Première partie. Le halal comme espace normatif*, CNRS Éditions, 2015

moyen de contourner l'adultère. Ainsi, en Iran, le don d'ovocyte est permis uniquement entre coépouse. De ce fait, afin de contourner l'adultère, le chiisme admet en plus du mariage classique, le mariage nommé *zawajal mutaa* (mariage de jouissance ou d'agrément ou temporaire)¹⁶⁴. A travers ce mariage, le couple infertile peut avoir un enfant. Le mari du couple infertile conclut un mariage de jouissance *mutaa* avec la donneuse d'ovocyte, le mariage durera le temps du prélèvement et le transfert de l'embryon après la fécondation à l'épouse officielle¹⁶⁵. A cet égard, Dariush Atighetchi explique que « ce type de mariage est utilisé dans le cadre du don d'ovocyte en Iran puisqu'il constitue un moyen de rendre licite l'union sexuelle qui résulte du contact du sperme d'un homme avec l'ovocyte d'une femme autre que son épouse. La donneuse doit être célibataire, et le mariage « temporaire » dure le temps du processus médical de procréation, soit jusqu'au transfert de l'embryon, issu de la fécondation de l'ovocyte de la donneuse et du sperme du mari, dans l'utérus de l'épouse officielle »¹⁶⁶. En revanche, les chiites libanais autorisent le don d'ovocyte hors le cadre du mariage polygamique, dans la mesure où il n'y a pas de relation charnelle, donc pas d'adultère, dans la mise des gamètes¹⁶⁷.

3) Le mariage mixte et l'établissement de la filiation

77. - Le mariage mixte. Avant tout propos, il convient de noter que le terme « mariage mixte »¹⁶⁸ est employé pour désigner un mariage entre des personnes d'ethnies différentes, et/ou de nationalités différentes¹⁶⁹, et/ou de religions différentes. Pendant des siècles le mariage mixte a posé problème car aucune communauté ne souhaitait donner ses femmes aux étrangers, ceci

¹⁶⁴ *Zawaj al mutaa* est un mariage contracté pour une durée déterminée convenue entre les époux. Il est soumis comme le mariage classique aux conditions de témoins et de dot. Sans que ce mariage soit rendu public par une cérémonie. En Iran est connu sous le nom de *sigheh*.

¹⁶⁵ FASSATOUI Omar, « « Halalité » en biomédecine : approches sunnites et chiites ou/ Nouveaux espaces du halal : approches sunnites et chiites en biomédecine » [en ligne], in *Les sens du Halal, Première partie. Le halal comme espace normatif*, CNRS Éditions, 2015

¹⁶⁶ FORTIER Corinne, « Filiation versus inceste en Islam. Parenté de lait, adoption, PMA, et reconnaissance de paternité, de la nécessaire conjonction du sociale et du biologique », sur base de données de l'École des Hautes Etudes en Sciences Sociales [en ligne].

¹⁶⁷ *loc. cit.*

¹⁶⁸ En fonction du contexte social ou historique on les appelle aussi couples interculturels, couples internationaux, couples interethniques, couples interraciaux. Il est à souligner que le droit algérien n'a pas défini le mariage mixte. En revanche, la notion de mariage mixte est mentionnée dans le droit français. Selon Jean-Christophe Bieselaar « la notion de mariage mixte retenue par l'état civil est fondée sur la mixité nationale au moment du mariage : est considérée comme mariage mixte toute union entre un étranger et un Français, quelle(s) que soi(en)t leur(s) origine(s) », BIESELAAR Jean-Christophe, *Vivre le couple interculturel*, Farel, 2014, p. 7-8.

¹⁶⁹ BIESELAAR Jean-Christophe, *Vivre le couple interculturel*, Farel, 2014, p. 7.

afin de ne pas risquer de mettre leur avenir en péril¹⁷⁰. Autrement dit, chaque communauté était convaincue de son identité unique et elle évitait toute menace par toutes les influences étrangères¹⁷¹. De ce fait, la plupart du temps le mariage était arrangé au sein de la même communauté, car le mariage au sein de la même communauté reste une valeur sûre pour la stabilité des couples et le maintien des traditions¹⁷². Le mariage mixte apparaît ainsi comme le contraire du mariage arrangé parce qu'il témoigne d'une émancipation du couple, d'une affirmation de caractère personnel et de l'éminence du choix amoureux¹⁷³. Aujourd'hui, les migrations et l'ouverture des sociétés arabo-musulmanes ont contribué à multiplier les mariages mixtes, tout comme la fuite des cerveaux¹⁷⁴ qui a largement participé au renforcement du pluralisme culturel un peu partout dans l'hémisphère nord¹⁷⁵. Dans les pays occidentaux, les mariages interreligieux ont été banalisés dans un contexte sécularisé où le mariage civil ne s'embarrasse pas d'interdits religieux. Mais leur validité n'est pas toujours admise dans les pays musulmans.

78. - Mariage mixte et religions monothéistes. Le mariage mixte pose question au regard de toutes les religions monothéistes. Cette forme de mariage fait généralement l'objet de doute et de méfiance quels qu'en soient les protagonistes. Le judaïsme s'oppose au mariage mixte, selon le livre de Deutéronome 7.3-4, Second 21 « Tu ne contracteras pas de mariage avec ces peuples, tu ne donneras pas tes filles en mariage à leurs fils et tu ne prendras pas tes filles en mariage à leurs fils et tu ne prendras pas leurs filles comme femmes pour tes fils. En effet, ils détourneraient tes fils de moi et ils serviraient d'autres dieux. Alors la colère de l'Éternel s'enflammerait contre vous et il te détruirait bien vite »¹⁷⁶. Cela veut dire que les juifs ne peuvent épouser des non-juifs. Le catholicisme et le protestantisme n'acceptent pas facilement les mariages mixtes¹⁷⁷. De même,

¹⁷⁰ AMOKRAN LEGUTOWSKA Grazyna, *Le mariage islamo-chrétien en France : une approche anthropologique*, thèse de doctorat, sociologie, Université de Grenoble, 2012, p. 36.

¹⁷¹ *loc. cit.*

¹⁷² PRUVOST Lucie, « Le mariage interreligieux au regard de l'Islam » [en ligne], *Hommes et migrations*, 1993, p. 30-33.

¹⁷³ GALLISSOT René, « Mais qu'il y a-t-il d'extraordinaire dans les mariages qui sont dits mixtes ? », *Revue marocaine d'études internationales*, 2003, p. 59.

¹⁷⁴ La fuite des cerveaux désigne de façon populaire les flux migratoires de scientifiques, de chercheurs ou plus généralement de personnes à haut niveau de qualification qui s'installent à l'étranger pour trouver de meilleures conditions de vie, d'études, de travail ou de rémunérations. Consulter DIVERS et al., « Fuite des cerveaux », sur *Wikipedia*.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ BIESELAAR Jean-Christophe, *Vivre le couple interculturel*, Farel, 2014, p. 98-99.

¹⁷⁷ PRUVOST Lucie, « Le mariage interreligieux au regard de l'Islam » [en ligne], *Hommes et migrations*, 1993, p. 30-33.

les pays de religion musulmane acceptent mal le mariage des musulmans avec des non musulmans. Ils craignent que le conjoint non musulman n'introduise dans la famille un esprit et des façons de vivre en contradiction avec les valeurs musulmanes¹⁷⁸. De plus cette inquiétude concerne particulièrement le mariage d'une musulmane avec un non musulman. C'est une question de l'ordre du tabou, très rarement débattue au sein des sociétés musulmanes contemporaines. Effectivement, un consensus quasi général existe dans ces sociétés depuis des siècles qui interdit le mariage d'une musulmane avec un non musulman quelle que soit la religion de ce dernier, alors qu'est autorisé le mariage d'un musulman avec une femme non musulmane qui appartient nécessairement à l'une des religions monothéistes, c'est-à-dire qu'elle fait partie des Gens du livre, *Ahl al-Kitab* (chrétienne ou juive).

79. - La prohibition absolue du mariage d'une femme algérienne musulmane avec un non musulman. L'Algérie n'a pas transgressé à cette règle ; nonobstant un long processus imposé par un vide juridique dû à l'absence de code de la famille, l'Algérie a adopté un ensemble de textes qui interdisent à la femme algérienne de confession musulmane d'épouser un non musulman. Si le 23 avril 1963 une circulaire a autorisé les autorités habilitées à célébrer les mariages entre un homme algérien musulman et une femme non musulmane¹⁷⁹, en revanche, la conclusion du mariage entre une femme algérienne musulmane et un homme non musulman est restée interdite. La transgression à cet empêchement est nulle, de nullité absolue, conformément aux termes de l'article 13 du projet de loi algérien de code de la famille de 1973 à ceux de l'article 27 du projet de loi de 1981¹⁸⁰.

80. - La prohibition provisoire du mariage d'une femme algérienne musulmane avec un non musulman. Le code de la famille algérien promulgué en 1984 n'a pas dérogé à la règle du droit musulman. Aux termes de son article 31 qui disposait que « la musulmane ne peut épouser un non musulman. Le mariage des algériens et algériennes avec des étrangers des deux sexes obéit à des dispositions réglementaires », il a expressément prohibé à la femme algérienne de confession musulmane d'épouser un non-musulman. Le code de la famille algérien de 2005 a modifié l'article 31. Cet article n'entache plus de nullité absolue la transgression de l'interdiction

¹⁷⁸ BIESELAAR Jean-Christophe, *Vivre le couple interculturel*, Farel, 2014, p. 83.

¹⁷⁹ LTAIEF Wassila, « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : « Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir » » [en ligne], *Revue internationale des sciences sociales*, 2005, 2005/2 (n° 184), p. 363-383.

¹⁸⁰ *Ibid.*

du mariage d'une femme algérienne musulmane avec non musulman. Le nouveau code de la famille de 2005 dans son article 30 alinéa 6 considère que le mariage d'une femme musulmane avec un homme non musulman est prohibé temporairement¹⁸¹. Le mariage de la femme algérienne avec un non musulman, pour qu'il ne soit pas entaché d'irrégularité, requiert que le non musulman embrasse l'islam conformément aux dispositions de l'article 31 qui énonce que « le mariage des algériens et des algériennes avec des étrangers des deux sexes obéit à des dispositions réglementaires »¹⁸². Il en est de même en droit marocain qui interdit temporairement le mariage entre une musulmane et un non-musulman dans l'article 39 alinéa 4 de la moudawana de la famille¹⁸³. Cette interdiction est affirmée par La Cour suprême marocaine dans une espèce qu'elle a jugée le 24 mai 2005. Elle a confirmé un arrêt rendu le 31 mai 2005 par la Cour d'appel de Tanger qui a prononcé la nullité du mariage en raison d'une différence de religion et ce conformément aux dispositions de l'article 39 de la moudawana¹⁸⁴. Cette interdiction contredit le principe d'égalité, et de ce fait contredit les valeurs consacrées, aujourd'hui, comme universelles. Autrement dit, cette interdiction est une atteinte à l'esprit de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui énonce dans son article 16 alinéa 1 qu'« à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Cette interdiction est également une atteinte au Pacte relatif aux droits civils et politiques, auquel l'Algérie adhère, et à la Convention du 10 septembre 1962 sur le

¹⁸¹ Art. 31 du CFA modifié et complété par l'Art. 10 de l'ordonnance n°05-02.

¹⁸² Conditions pour la délivrance d'une autorisation de mariage mixte :

- Le ressortissant étranger doit être en situation régulière en Algérie (détenteur d'une carte de résident étranger ou d'un visa d'entrée en cours de validité pour les ressortissants des pays soumis au visa d'entrée en Algérie, d'un passeport en cours de validité pour les ressortissants étrangers exemptés de visa d'entrée en Algérie) ;
- Le ressortissant étranger doit prouver sa capacité de mariage à travers un certificat de capacité au mariage issu des représentations diplomatiques concernant les pays délivrant ce document ou un certificat officiel équivalent pour les pays qui ne le délivrent pas ;
- Le respect de la législation et de la réglementation en vigueur dans ce domaine, notamment le dernier paragraphe de l'article 30 de la loi N° 11-84 du 09 Juin 1984 portant le code de la famille, modifiée et complétée, qui interdit le mariage d'une Algérienne musulmane avec un non musulman ;
- Les deux parties ou l'une d'elles ne peut pas contourner la loi ou les procédures réglementant le mariage mixte pour des raisons autres que le mariage ;
- Préserver la cohérence sociale, la sécurité nationale et l'ordre public. Source : DIVERS et al., « Mariage mixte », sur *site du Ministère de l'intérieur, des collectivités locales et de l'aménagement du territoire algérien*.

¹⁸³ L'Art. 39 Al. 4 énonce que « sont prohibés, au titre des empêchements temporaires : [...] 4) le mariage d'une musulmane avec un non-musulman et le mariage d'un musulman avec une non-musulmane, sauf si elle appartient aux gens du Livre ».

¹⁸⁴ Cour suprême, arrêt n° 319, rendu en date du 24 mai 2006, dossier n° 461/2/1/2005, cité par LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012, p. 69.

consentement au mariage, selon laquelle homme et femme ont le même droit de choisir leur conjoint sans discrimination liée à la croyance ou à la race¹⁸⁵.

81. - Le regard du théologien sur la question du mariage de la musulmane avec un non musulman. Asma Lamrabet s'est questionnée dans son ouvrage *Islam et femmes*¹⁸⁶ sur les raisons pour lesquelles le mariage d'un musulman avec une femme d'*Ahl al-Kitab* serait valide et acceptable par tous, alors que celui d'une musulmane avec un juif ou un chrétien serait, lui, impossible, à moins que ce dernier ne se convertisse à l'islam, comme cela est usuellement admis. Beaucoup pensent que cette interdiction est imposée par le Coran et la Sunna. Pour Asma Lamrabet, le Coran semble contredire cette interdiction formelle. En effet, un verset coranique¹⁸⁷ dispose qu'il est autorisé aux hommes musulmans et aux femmes musulmanes de contracter un mariage avec des croyants (*mu'minin*). Ces derniers croient en effet en un Dieu transcendant, symbole d'un monothéisme épuré de toutes les divinités matérielles et de tous les associationnismes archaïques, ce qui permet à l'homme ou à la femme musulmane d'éviter de s'engager dans une relation de mariage avec les polythéistes (*muchrikin*)¹⁸⁸.

Les juristes musulmans classiques ont interprété différemment ce verset coranique, en se contentant de détailler la première partie sur l'union des musulmans avec des femmes chrétiennes ou juives. La majorité des juristes musulmans a accordé à l'homme musulman la possibilité de contracter un mariage avec une femme qui appartient aux gens du livre en s'appuyant sur un autre verset coranique¹⁸⁹. En revanche, la deuxième partie du verset, qui concerne la femme musulmane, n'a pas retenu l'attention des juristes musulmans classiques, ni même des juristes musulmans contemporains. Sachant bien que la deuxième partie du verset donne une liberté entière à la femme de contracter mariage avec un homme des gens de livre

¹⁸⁵ LTAIEF Wassila, « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : « Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir » » [en ligne], *Revue internationale des sciences sociales*, 2005, 2005/2 (n° 184), p. 363-383.

¹⁸⁶ LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 143.

¹⁸⁷ Sourate la Vache, verset 221 stipule : « N'épousez pas les femmes polythéistes (*al-muchrikat*) à moins qu'elles ne deviennent croyantes (*hatayu'mina*). Une esclave croyante (*mu'mina*) est préférable à une polythéiste, même si celle-ci a l'avantage de vous plaire. N'épousez pas les hommes polythéistes (*al-muchrikin*) à moins qu'ils ne deviennent croyants (*hatayu'minu*). Un esclave croyant (*mu'min*) est préférable à un polythéiste, même si ce dernier a l'avantage de vous plaire, car ceux-ci vous conviennent à l'enfer alors que Dieu, par sa grâce, vous invite au paradis et au pardon. Dieu décrit avec clarté ses versets aux êtres humains afin de les amener à réfléchir ».

¹⁸⁸ LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 143.

¹⁸⁹ Sourate la Table verset 5 : « Pour ce qui est du mariage, il vous est permis de vous marier aussi bien avec d'honnêtes musulmanes qu'avec d'honnêtes femmes appartenant à ceux qui ont reçu les écritures avant vous, à condition de leur verser dot, de vivre avec elles en union régulière, loin de toute luxure et de tout concubinage. ». Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

« *d'ahl al kitab* »¹⁹⁰. Malheureusement, la plupart des juristes musulmans considère le mariage de la femme musulmane avec un non musulman comme prohibé. Ils ne justifient pas cette interdiction, mais se bornent à nier le sens général égalitaire du verset.

82. - Les effets du mariage d'une algérienne avec un non musulman sur la filiation de l'enfant.

L'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né d'un père algérien musulman avec une femme non musulmane ne se pose pas car l'enfant est affilié à son père. En revanche, la question de l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né d'un père non musulman et d'une mère algérienne musulmane se pose alors : l'enfant conçu du mariage d'une algérienne musulmane avec un non-musulman est-il assimilé par le droit algérien à un enfant né d'un père inconnu, et doit-il porter le nom de sa mère et être rattaché seulement à sa mère ? Aux termes de l'article 34 du code de la famille algérien, « tout mariage contracté avec l'une des femmes prohibées est déclaré nul avant et après sa consommation. Toutefois, la filiation qui en découle est confirmée, et la femme est astreinte à une retraite légale¹⁹¹ ». Cela signifie que le législateur ne prive pas l'enfant de sa filiation paternelle. L'enfant né d'un mariage d'une algérienne avec un non musulman est affilié à son père.

§ 2 : Les modes d'établissement de la filiation paternelle

83. - Le mariage en tant que cadre légal de toute relation qui doit unir l'homme et la femme demeure le moyen d'établir la filiation paternelle de l'enfant par excellence (A). Le droit algérien envisage aussi d'autres moyens d'établissement de la filiation paternelle légitime inspirés des systèmes des pays occidentaux (B).

A. La présomption de paternité issue du mariage

84. - L'établissement de la filiation paternelle par le fait du mariage légal. La filiation peut être établie à l'égard du père dans le mariage par le jeu de la présomption qui attribue au père la filiation des enfants nés dans le mariage. La filiation légitime suppose de façon rigoureuse que

¹⁹⁰ LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 143.

¹⁹¹ Selon Garram « Fait obligation pour la femme divorcée après la consommation du mariage ou devenue veuve, ou dont le mari est déclaré disparu, d'observer un délai appelé retraite légale *idda* tel qu'il est déterminé ci-après :

-Femme non enceinte divorcée : trois mois accomplis.

-veuve : quatre mois et dix jours.

-Femme enceinte : *idda* prend fin à l'accouchement.

-Femme de disparu : quatre mois et dix jours à compter du prononcé du jugement constatant la disparition ».

Source : GARRAM Ibtissem, *Terminologie juridique dans la législation algérienne*, 1992, p. 150.

l'enfant a été conçu pendant le mariage de ses père et mère¹⁹². En effet, il ressort de l'article 40 du code de la famille algérien que : « la filiation est établie par le mariage valide... ». De même l'article 41 du code de la famille algérien pose que « 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 ».

85. - L'enfant appartient au lit conjugal. Le législateur algérien note que le mariage ne suffit pas à établir la filiation paternelle de l'enfant, encore faut-il la consommation du mariage. Autrement dit, le rattachement de l'enfant à son père exige aussi qu'il y ait possibilité de « rapports conjugaux » au moment de la conception de l'enfant. La règle est « *Al-walad li-l-firas* », littéralement, « l'enfant appartient au lit ». Cet adage traditionnel exprime que l'enfant d'une femme mariée est présumé être l'enfant légitime du mari de cette dernière, s'il est né dans les limites des durées minimales et maximales de la grossesse¹⁹³. Le législateur s'appuie sur les thèses des docteurs non hanafites : l'enfant d'une femme mariée n'est le fils légitime du mari, que si la condition relative à la date de naissance est remplie. Celle-ci doit se situer au moins six mois après le mariage. Il faut également que la cohabitation ait été effectivement possible entre les époux¹⁹⁴. En revanche, la position d'Abu-Hanifa, père de l'école Hanafite, est différente : il affirme que la conclusion du mariage suffit à elle seule à affilier l'enfant à son père. D'après lui, qu'importe qu'il y ait eu ou non des rapports charnels entre les époux, comme dans le cas où des époux se trouvent dans des régions différentes, par exemple le mari n'ayant jamais quitté l'Orient et la femme le Maghreb¹⁹⁵. Il est évident que le législateur algérien n'a pas pris le chemin de la doctrine Hanafite. La jurisprudence algérienne va dans le même sens que les thèses Malikite, Hanbalite et Chaféite. Ainsi, le mari peut contester sa paternité s'il prouve n'avoir pas eu de rapports sexuels avec son épouse, et ce indépendamment de la durée séparant le mariage de la naissance de l'enfant. Cependant, sa contestation sera rejetée si le juge constate que le mari a pu entretenir des rapports avec son épouse. Dans une espèce, la cour suprême algérienne a déduit la possibilité de ces relations d'une simple visite rendue par le mari à sa femme qui avait quitté le domicile conjugal et s'était réinstallée chez les siens. Il est évident que la décision du juge repose, en l'espèce,

¹⁹² BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 67.

¹⁹³ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 26.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 31.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 30.

davantage sur des présomptions que des certitudes¹⁹⁶. Mais on rappellera que la présomption est retenue par le droit algérien parmi les moyens de preuve¹⁹⁷.

86. - Le délai minimal de la grossesse. Le rattachement de l'enfant à son père exige qu'il soit né dans les délais minimal et maximal de grossesse fixés par l'article 42 du Code de la Famille Algérien : « le minimum de la durée de grossesse est de six mois et le maximum de dix mois » comme en droit français¹⁹⁸. Le législateur algérien précise que la filiation paternelle légitime issue du mariage est établie si l'enfant est né au plus tôt six mois après la conclusion du mariage et lorsqu'il y a possibilité de « rapports conjugaux » au moment de la conception. La fixation du délai minimal de grossesse à six mois résulte de l'accord de toutes les écoles sunnites et chiites¹⁹⁹. Cette unanimité résulte d'une interprétation combinée de deux versets du Coran qui conduit nécessairement à la fixation d'un tel délai. L'un de ces versets permet de déterminer le temps écoulé entre le moment de la conception et celui du sevrage : « depuis le moment où (la mère) a conçu (son enfant) jusqu'à l'époque de son sevrage trente mois se sont écoulés ». Le second verset précise la durée de l'allaitement : « sa mère l'a porté extrêmement faible et il a été sevré au bout de deux ans »²⁰⁰, soit vingt-quatre mois. La différence entre les deux durées correspond bien aux six mois de délai minimal de grossesse. A ce propos, le tribunal de Bir Mourad Raïs dans son jugement du 25 décembre 1989, a prononcé la validation du mariage religieux célébré le 16 novembre 1988 et rejeté la demande d'établissement de la filiation de l'enfant né le 5 juin 1989. L'époux a contesté la paternité de l'enfant au motif qu'il a découvert que son épouse était enceinte de deux mois le 29 octobre 1988 suivant certificat de grossesse en possession de l'épouse, donc que l'enfant avait été conçu avant le mariage. La cour d'Alger dans son arrêt du 7 avril 1991 confirme le jugement. L'épouse forme un pourvoi en cassation contre l'arrêt du 7 avril 1991. La cour suprême dans son arrêt du 23 novembre 1993 a cassé l'arrêt du 7 avril 1991. Elle a considéré qu'il y avait eu violation

¹⁹⁶ Cet arrêt a été cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 200.

¹⁹⁷ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008

¹⁹⁸ L'Art. 311 du C. civ. énonce : « la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance ».

¹⁹⁹ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 34.

²⁰⁰ PRUVOST Lucie, L'établissement de la filiation en droit tunisien, thèse de doctorat, droit privé, Université Panthéon-Assas, 1977, p. 48.

de l'article 41 du code de la famille algérien : l'enfant étant né dans les délais légaux. Il appartenait à l'époux de désavouer l'enfant suivant la procédure légale²⁰¹.

87. - Le délai maximal de la grossesse. Concernant les durées maximales de la grossesse, le législateur algérien se réfère expressément dans son article 42 du code la famille algérien aux théories scientifiques selon lesquelles le délai maximal normal de la grossesse est de dix mois. Ce délai peut cependant être allongé pour des raisons médicales, mais le législateur ne liste pas les exceptions, il laisse un pouvoir assez large d'appréciation au juge²⁰².

88. - L'enfant né après la dissolution du lien matrimonial mais dont la conception a eu lieu dans le mariage. L'article 43 du code la famille algérien énonce que « l'enfant est affilié à son père s'il naît dans les dix mois suivant la date de la séparation ou du décès ». Le libellé de cet article soulève une problématique de cohérence avec un autre article du code la famille algérien. En effet, la traduction en français mentionne que l'enfant est rattaché à son père s'il est né dans les dix mois suivant la date de la séparation. Les rédacteurs n'ont donc pas employé le terme divorce, mais celui de séparation. La version en arabe reprend la même formulation, elle ne parle pas du *talaq* (divorce) mais plutôt d'*infissal* (séparation). En revanche, l'article 60 du même code indique que « la durée maximale de la grossesse est de dix mois à compter du jour du divorce ou du décès du mari ». Les rédacteurs ont ici employé le mot divorce (*talaq*), autrement dit, cet article mentionne le divorce et ne mentionne pas la séparation²⁰³. Le législateur a-t-il entendu par cette séparation, la séparation de corps ou le divorce ? Autrement dit, la période des dix mois après la séparation qui permet de rattacher juridiquement l'enfant à son père débute-t-elle du jour de la séparation de fait ou le jour de la prononciation de la décision de divorce ? A cette question, la cour suprême a apporté des réponses divergentes voire même contradictoires. A titre d'exemple, dans l'arrêt du 15 juin 1999, la cour suprême a affirmé que « considérant que la séparation visée par l'article 43 du code de la famille signifie le divorce et non la séparation de corps. Attendu que le lien conjugal existe toujours entre les époux, jusqu'à ce que le divorce soit prononcé entre eux ». Dans ce cas d'espèce, des jumeaux sont nés dix-neuf mois après que le mari se soit séparé de son épouse, sans qu'une procédure de divorce n'ait été diligentée. Le mari conteste la paternité de ces enfants. Il

²⁰¹ Cet arrêt a été cité par Malika Bouziane, BOUZIANE Malika, « Les règles de filiation en droit algérien et leur réception par l'ordre juridique européen », in *le code de la famille en migration : quelle évaluation après 10 ans de pratiques judiciaires, actes du colloque internationale organisé les 28-29 novembre 2014*, p. 265.

²⁰² HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 203.

²⁰³ *Ibid.*, p. 202.

s'est pour cela appuyé sur l'article 43 du code de la famille, et s'est prévalu du fait que la séparation avec sa femme datait de plus de dix mois avant la naissance des jumeaux, ainsi que de l'inexistence de rapports sexuels pendant ce laps de temps. Les juges ont opposé une fin de non-recevoir à ces arguments et ont interprété l'article 43 du code de la famille par rapport aux dispositions de l'article 60 du même code selon lesquelles « la durée maximale de la grossesse est de dix mois à compter du jour du divorce ou du décès du mari ». Ainsi, l'enfant né pendant la séparation des parents est assimilé à celui né pendant leur vie commune²⁰⁴ à condition que la naissance ait lieu au plus tard dix mois après la date du divorce. Dans une autre espèce qu'elle a jugée, la cour suprême affirme que : « l'enfant est légitime dès lors qu'il est né dix mois à compter du jour où sa mère a quitté le domicile conjugal ». Dans cette affaire, les juges de la cour suprême ont pris en considération l'intervalle entre le jour où l'épouse a quitté réellement le domicile conjugal et le jour de la naissance de l'enfant²⁰⁵. Une autre décision de la cour suprême révèle que le mari conteste la filiation de l'enfant au motif que la femme a quitté le domicile conjugal le 19 juin 1996, alors que celle-ci prétend l'avoir quitté au mois d'août de la même année. Pour trancher, les magistrats du droit tiennent compte du jour où le divorce est prononcé, c'est-à-dire en l'espèce le 5 octobre 1996, l'accouchement ayant eu lieu le 10 mai 1997, c'est-à-dire sept mois après la rupture du lien conjugal. Les magistrats rappellent, en l'espèce, que la filiation est établie conformément à la chari'a et à la loi²⁰⁶. Les magistrats ont ici appliqué à la lettre l'article 60 du code de la famille algérien. Autrement dit, pour certains juges le délai de dix mois débute du jour où l'épouse a réellement quitté le domicile conjugal, selon l'article 43 du code de la famille algérien. Pour d'autres magistrats, le délai de dix mois débute le jour où le divorce a été prononcé, selon l'article 60 du code de la famille algérien. Ces derniers écartent la séparation de fait. Ils fondent leur hypothèse sur le fait que les époux peuvent reprendre leur vie conjugale entre la séparation et le divorce, et que de ce fait la conception de l'enfant reste possible durant cette période. En

²⁰⁴ Cour suprême, 15.06.1999, dossier 222674, source : SAYCI Djamel, *La jurisprudence algérienne en matière de statut personne, les décisions de la Cour suprême*, ClicEditions, 2013, p. 923-926.

²⁰⁵ Cour suprême, 20.04.1999, dossier 221186. Cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 204.

²⁰⁶ Cour suprême, 18.07.2000, dossier 240425. Cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 204.

conséquence l'enfant sera rattaché à son père. Les juges, en s'appuyant sur cette hypothèse, protège l'enfant né après la rupture du lien conjugal²⁰⁷.

89. - Le rattachement de l'enfant dont la mère se remarie dans les dix mois. Concernant l'enfant dont la mère se remarie suite à son divorce, comme il a été indiqué plus haut, la durée minimale de la grossesse est de six mois. En conséquence, dans le cas d'un enfant qui naît moins de six mois après la conclusion du second mariage et dans les dix mois suivant le divorce avec le premier mari, le juge doit présumer que l'enfant est rattaché juridiquement au premier époux de la femme²⁰⁸. Néanmoins, si la femme se remarie après l'expiration de la retraite légale *idda*, c'est-à-dire après trois mois à compter de la date de déclaration du divorce conformément à l'article 58 du code de la famille algérien²⁰⁹, l'enfant qui naît plus de six mois après la consommation de ce deuxième mariage et dans les dix mois suivant le divorce avec le premier époux est affilié au second mari²¹⁰. Les légistes musulmans classiques prennent en considération la déclaration de la femme seulement si elle n'est pas démentie par les faits²¹¹. La cour suprême a ainsi pu, dans un arrêt de 19 mai 1998, trancher à propos d'une femme qui s'est remariée pendant sa retraite légale, alors qu'elle était enceinte, et qui a accouché quatre mois après son second mariage. Les magistrats du droit ont déclaré en espèce que « les juges du fond ont violé les règles de la chari'a et la loi en rattachant l'enfant au second mariage ». Les magistrats de la Cour suprême soulignent que l'enfant est affilié au premier mariage, d'autant que « le second mariage est juridiquement nul car il a été conclu pendant l'*idda* »²¹². Depuis peu, le législateur algérien a mis en place un nouveau moyen pour faciliter le rattachement de l'enfant à son vrai père en s'appuyant sur l'expertise médicale, en vertu de l'article 40 alinéa 2 qui dispose que « le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation ».

²⁰⁷ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 206.

²⁰⁸ *loc. cit.*

²⁰⁹ L'Art. 58 du CFA énonce : « La femme non enceinte divorcée après la consommation du mariage est tenue d'observer une retraite légale dont la durée est de trois mois périodes de pureté menstruelles. La retraite légale de la divorcée ayant désespéré de sa menstruel est de trois mois à compter de la date de déclaration du divorce ».

²¹⁰ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 39.

²¹¹ *loc. cit.*

²¹² Cour suprême, 19.05.1998, dossier 222674. Cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 207.

90. - L'enfant né après la dissolution du lien matrimonial mais dont la conception a eu lieu dans le mariage. Concernant le rattachement de l'enfant né après le décès du mari de sa mère, sa situation ne diffère pas de la situation de l'enfant né dans les dix mois après la séparation de ses parents ou de la situation de l'enfant dont la mère se remarie suite à son divorce, conformément aux articles 43²¹³ et 60 du code de la famille algérien²¹⁴. Les mêmes règles exposées ci-dessus seront appliquées à l'enfant né après le décès du mari de sa mère. La seule particularité est que la veuve n'a le droit de se prévaloir de l'expiration de sa retraite de continence²¹⁵ qu'après quatre mois et dix jours à compter de la mort de son mari conformément à l'article 59 du code de la famille algérien²¹⁶, contrairement à la femme divorcée pour qui la retraite légale est fixée à trois mois.

B. Les nouveaux modes d'établissement de la filiation paternelle légitime

91. - Comme il a été précédemment souligné, le droit de la filiation est minutieusement réglementé en droit algérien. Le législateur algérien a donc adopté d'autres modes d'établissement de la filiation paternelle. D'une part, des modes d'établissement de la filiation posés par le droit musulman classique²¹⁷, et d'autre part des modes d'établissement de la filiation moderne, inspirés des systèmes des pays occidentaux, comme les actes d'état civil (1), et pour d'autres inspirés par le progrès scientifique (2).

1) Les actes d'état civil

92. - Le droit musulman classique ne connaissait pas l'acte d'état civil comme moyen d'établissement de la filiation. Les pays musulmans contemporains se sont inspirés pour sa mise en place des systèmes des pays occidentaux. L'influence occidentale et les impératifs de modernité en ont fait une nécessité qui a posé la question de sa valeur dans le droit de la filiation²¹⁸.

²¹³ L'Art. 43 du CFA énonce : « L'enfant est affilié à son père s'il naît dans les dix mois suivant la date de la séparation ou du décès ».

²¹⁴ L'Art. 60 du CFA énonce : « La retraite légale de la femme enceinte dure jusqu'à sa délivrance. La durée maximale de la grossesse est de dix mois à compter du jour du divorce ou du décès du mari ».

²¹⁵ Retraite de continence signifie retraite légale, délai de viduité *Idda*.

²¹⁶ L'Art. 59 du CFA énonce : « L'épouse dont le mari décède est tenue d'observer une retraite légale dont la durée est de quatre mois et dix jours. Il en va de même pour l'épouse dont le mari est déclaré disparu, à compter de la date du prononcé du jugement constatant la disparition ».

²¹⁷ Nous traiterons les moyens d'établissement de la filiation inspirés du droit musulman dans la Partie 1 / Titre 1 / Chapitre 1 / Section 1 / Paragraphe 2.

²¹⁸ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 95.

93. - L'acte de mariage. Avant la colonisation française, la loi islamique en Algérie autorisait les relations sexuelles entre un homme et une femme uniquement dans le cadre du mariage, car ce dernier était considéré comme un moyen d'échapper au péché de fornication (*zina*)²¹⁹. Pour que le mariage soit valide, la loi islamique en Algérie fixait les conditions suivantes à respecter : le consentement des deux époux²²⁰, la capacité au mariage de chacun, le paiement de la dot, la présence « d'el wali » (tuteur), la récitation de la Fatiha, la présence de deux témoins, ainsi que l'exemption des empêchements légaux au mariage. Mais la validité du mariage ne reposait pas sur un acte écrit, qui n'est que recommandé par le fiqh musulman²²¹. L'absence à cette époque d'enregistrement des mariages sur des registres d'état civil qui n'existaient pas rendait incertain la preuve de l'existence du mariage. Cette lacune constituait un obstacle pour la femme dans l'hypothèse où le mari décédait, ou dans le cas d'une répudiation. En effet, l'établissement de cette preuve est un préalable pour réclamer ses droits²²², et particulièrement pour établir la filiation de son enfant à l'égard de son père, car l'acte de mariage constitue la preuve que l'enfant est issu du lit conjugal.

94. - Pendant l'occupation française. Les exigences de la colonisation ont entraîné l'établissement et la gestion d'un véritable état civil, dicté à la fois par des considérations politiques et administratives²²³. Le droit colonial a alors essayé d'encadrer la formation des mariages par l'existence d'une preuve écrite. Dès la loi du 23 mars 1882, les déclarations de naissance, de décès, de mariage et de divorce deviennent obligatoires. Une circulaire du Procureur général de la Cour d'Alger et un arrêt du 31 mars 1916 de la chambre de révision musulmane de la cour d'appel d'Alger exigent également qu'un acte soit dressé pour constater le mariage ou sa dissolution²²⁴. Mais cette législation n'a pas mis en place de sanction en cas de non-application²²⁵.

²¹⁹ SAMBRON Diane, « L'évolution du statut juridique de la femme musulmane à l'époque coloniale » [en ligne], *Histoire de la justice*, 2005, p. 123-142. Le *zina* sera développé dans le chapitre suivant.

²²⁰ Le consentement des deux époux est une condition qui existe dans le rite hanafite. En revanche, le rite malikite qui est majoritaire en Algérie ne considère pas le consentement des deux époux parmi les conditions de validité du mariage. Ce rite autorise donc le mariage *el jabri* (forcé).

²²¹ SAMBRON Diane, « L'évolution du statut juridique de la femme musulmane à l'époque coloniale » [en ligne], *Histoire de la justice*, 2005, p. 123-142.

²²² *Ibid.*

²²³ HADDAD Younsi Nadia, « L'état civil en Algérie », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 2007, p. 83-108.

²²⁴ SAMBRON Diane, « L'évolution du statut juridique de la femme musulmane à l'époque coloniale » [en ligne], *Histoire de la justice*, 2005, p. 123-142.

²²⁵ *Ibid.*

95. - Après l'indépendance. L'Algérie s'est largement inspirée de ce que le colonisateur avait mis en place²²⁶. Le législateur algérien a codifié la conclusion de l'acte et la preuve de mariage dans la section trois du livre premier du code de la famille algérien. Cette section inclut les articles 18 à 22. L'acte de mariage peut être conclu devant un notaire ou un officier d'état civil²²⁷. Le mariage est prouvé par la délivrance d'un extrait de registre de l'état civil. A défaut d'inscription, il est rendu valide par jugement²²⁸. Ces dispositions sont dépourvues sanction. En effet, le législateur algérien n'a prévu, ni de délai d'enregistrement du mariage, ni de peine dans le cas où le mariage n'est pas enregistré par les intéressés. De ce fait, il ne considère pas la déclaration du mariage comme une condition obligatoire, ce qui entraîne des conséquences néfastes sur l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de son père. Une étude réalisée pour la première fois en 2007 par le Centre national d'études et d'analyses pour la population et le développement (CENEAP) auprès de 873 mères célibataires dévoile que 240 étaient des épouses mariées sous la Fatiha et dont le mariage n'avait pas été enregistré à l'état civil, et que 344 enfants étaient nés de ces unions²²⁹.

96. - L'acte de naissance. C'est un document officiel qui atteste de l'existence de l'enfant et qui est établi par les services de l'état civil. L'enregistrement de la naissance de l'enfant établit l'identité de l'enfant, et c'est en règle générale une condition indispensable à la délivrance d'un acte de naissance. Ce dernier est le premier acte de l'état civil auquel la personne est soumise²³⁰. Il retranscrit ses principaux éléments d'identité, auxquels sont ajoutés la date et l'heure de la naissance, ainsi que le sexe²³¹.

97. - Adéquation avec la Convention internationale des droits de l'enfant. Le droit de l'enfant d'être enregistré dès sa naissance a été consacré par l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant. L'Algérie fait partie des pays dans lesquels le droit de l'enfant d'être enregistré est respecté. Le Comité des droits de l'enfant juge positives les réformes juridiques entreprises afin d'harmoniser la législation avec les dispositions de la Convention, en particulier

²²⁶ HADDAD Younsi Nadia, « L'état civil en Algérie », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 2007, p. 83-108.

²²⁷ Art. 18 du CFA.

²²⁸ Art. 22 du CFA.

²²⁹ LAMIDI Soulef, « Algérie : une étude lève le voile sur la situation des mères célibataires » [en ligne], *L'Emilie magazine socio-culturelles*, 2007, p. 22.

²³⁰ GRIS Christophe, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, thèse de doctorat, droit, Université Bordeaux 4, 2013, p. 31.

²³¹ *loc. cit.*

en ce qui concerne la nationalité et l'état civil²³². Il constate que les naissances sont pratiquement toutes enregistrées²³³. En effet, le législateur algérien a rendu l'enregistrement de l'enfant à l'état civil obligatoire : en vertu de l'article 61 du code de l'état civil²³⁴, la déclaration de la naissance de l'enfant doit être enregistrée dans les cinq jours de l'accouchement à l'officier d'état civil du lieu d'accouchement, sous peine des sanctions prévues à l'article 442²³⁵. L'enregistrement de la naissance de l'enfant constitue un droit de l'enfant qui résulte de l'obligation qui est faite à toute personne ayant eu connaissance de la naissance de cet enfant d'y procéder²³⁶. A cette fin, le législateur algérien dans l'article 62 du code de l'état civil impose au tiers l'obligation de déclarer la naissance de l'enfant. Il a listé les personnes qui peuvent déclarer la naissance de l'enfant : « les docteurs en médecine, les sages-femmes ou autres personnes qui ont assisté à l'accouchement, et lorsque la mère aura accouché hors de son domicile par la personne chez qui elle a accouché ». Toutefois, ces personnes ne sont visées qu'en l'absence du père de l'enfant qui est prioritairement concerné par l'obligation de déclarer la naissance, puisque l'article 62 réplique que « la naissance de l'enfant est déclarée par le père ou la mère²³⁷, ou à défaut... » comme en droit français. L'article 56 du code civil français énonce que « la naissance de l'enfant est déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement, et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée ».

98. - L'enregistrement de l'enfant. L'enregistrement de l'enfant permet à l'enfant d'appartenir à une société humaine. Dès la naissance, les parents ont le devoir de déclarer le nouveau-né auprès des autorités compétentes. En enregistrant la naissance de l'enfant, l'État reconnaît officiellement son existence. Grâce à son enregistrement sur les registres de l'état civil, l'enfant pourra établir sa filiation à l'égard de ses parents. Il acquiert aussi, dès son enregistrement, une

²³² CRC/C/SR.1714 et 1715, 8 juin 2012 (Algérie).

²³³ *Ibid.*

²³⁴ Ordonnance n°70-20 du 19 février 1970 relative à l'état civil algérien.

²³⁵ L'Art. 442 du CPA stipule que : « sont punis d'un emprisonnement de dix jours au moins à deux mois au plus et d'une amende de 8000 DA à 16000 DA : ceux qui, ayant assisté à la naissance d'un enfant n'en font pas la déclaration, prescrite par la loi dans les délais fixés ».

²³⁶ GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe, MAUMONT Bertrand, *et al.*, « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *Revue Droit de la famille*, 2009, p. 34.

²³⁷ Il est intéressant de noter que l'état de santé de la mère après l'accouchement ne lui permet pas d'aller déclarer la naissance de son enfant, et de ce fait le père est prioritairement concerné par la déclaration de la naissance de l'enfant.

nationalité qui est l'affirmation de son appartenance à une nation²³⁸. L'acte de naissance exprime une volonté personnelle d'établir la filiation, c'est pourquoi il peut jouer un rôle privilégié en tant que preuve de la reconnaissance de paternité²³⁹. La mention du nom du père marque l'appartenance à la lignée paternelle.

2) Le nouveau moyen issu du progrès scientifique : la filiation par la vérité génétique

99. - Refus de la preuve scientifique. Selon la jurisprudence, sous le règne de l'ancien code de la famille algérien de 1984, seuls les moyens issus du droit musulman permettaient d'établir la filiation légitime²⁴⁰. Ainsi, la cour suprême conteste, dans une espèce qu'elle a jugée le 15 juin 1999, le recours à l'expertise médicale ordonnée par le tribunal et confirmée par la cour d'Oran. Elle affirme en l'espèce : « l'analyse sanguine ordonnée par les juges, n'est pas visée par les articles 40 et suivants du code de la famille qui prévoient les moyens de preuve de filiation, s'appliquant à toutes les situations ». La cour suprême ajoute : « les juges du fond ont outrepassé leurs attributions en s'arrogeant le pouvoir de légiférer, ce qui expose leur décision à la cassation »²⁴¹. De manière équivalente, avant la nouvelle réforme de la moudawana marocaine de 2004, les tribunaux ont rejeté catégoriquement le recours à la preuve scientifique dans l'affaire Bellakhdim et Ijourk. Dans cette espèce, la cour suprême marocaine a rendu un arrêt le 30 décembre 2004 retenant l'établissement de la filiation légitime d'une fille née dans l'année qui suit le divorce de ses parents. Les juges se sont fondés sur la présomption de paternité issue du mariage et ils ont considéré que le seul moyen ouvert pour le père afin de contester sa paternité était le recours au serment d'anathème selon les procédures du droit musulman²⁴², excluant ainsi l'ensemble des moyens issus du progrès scientifique.

²³⁸ COULIBALY Tiémoko, *L'enregistrement de la naissance un droit fondamental de l'enfant*, sur maliweb.net [en ligne].

²³⁹ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 95.

²⁴⁰ Les moyens classiques provenant du droit musulman d'établir la filiation paternelle sont : L'aveu de paternité, la preuve par témoins.

²⁴¹ Cour suprême, 15.06.1999, dossier n° 222674, Cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 207.

²⁴² Cour suprême marocaine, arrêt du 30.12.2004, dossier n°2003 :1.2.556, cité par Asmaa Mazouz, MAZOUZ Asmaa, *La réception du code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français, le mariage et ses effets*, thèse de doctorat, droit international, Université de Strasbourg, 2014, p. 173-174.

100. - Acceptation. Le nouveau code de la famille algérien intègre un nouveau moyen d'établissement de la filiation. L'article 40 alinéas 2 du code la famille algérien énonce que « Le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation ». Il est désormais possible, conformément à cet article, d'établir la filiation par le biais de l'expertise médicale. Le législateur n'a pas précisé quelles sont les techniques d'analyses autorisées. Cela laisse donc supposer qu'il permet l'utilisation de toutes les techniques d'analyses actuelles et futures, qui vont de l'analyse classique du sang qui permet l'établissement de la preuve négative de paternité, au test de l'ADN qui permet de déterminer l'empreinte génétique et à dessein d'établir ainsi avec une certitude quasi absolue la preuve positive de la paternité biologique²⁴³.

Par nouvelle réforme du code de la famille algérien de 2005, le législateur algérien a ouvert une nouvelle brèche pour rendre la preuve de la filiation plus facile et surtout moins douteuse.

Section 2 : L'établissement de la filiation maternelle

101. - Au regard de ce qui précède, le législateur algérien, comme tous les législateurs maghrébins (tunisien et marocain), et comme le droit musulman, s'est préoccupé principalement de l'établissement de la filiation paternelle, d'où la prééminence de cette dernière sur la filiation maternelle²⁴⁴.

102. - Les modalités d'établissement de la filiation maternelle sont d'une moindre importance quantitative que celles relatives à l'établissement de la filiation paternelle. De Bellefonds pense que : « la filiation maternelle ne soulève pas le même genre de difficultés que la filiation paternelle, d'une part parce que, quelles que soient les conditions de sa naissance, l'enfant a toujours, vis-à-vis de sa mère, les mêmes droits, et d'autre part, parce que la preuve de la filiation maternelle n'est habituellement envisagée par les *fuqaha*²⁴⁵ que dans une seule hypothèse, celle où la mère, en conflit avec le père, entend établir les circonstances dans lesquelles s'est produit l'accouchement ou veut prouver l'identité de l'enfant dont elle a accouchée »²⁴⁶. La mère apparaît

²⁴³ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 97-137.

²⁴⁴ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 115.

²⁴⁵ Les *fuqaha* correspondent aux juristes.

²⁴⁶ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 22-23.

ainsi comme une figure certaine, elle est celle qui a porté et mis au monde l'enfant²⁴⁷. Indubitablement, pendant longtemps, le droit musulman classique et le droit positif algérien se sont finalement peu préoccupés de la maternité. La maternité n'était pas totalement absente, seulement, l'accent était davantage porté sur la paternité, qui demeurait « un fait obscur »²⁴⁸. Contrairement à la maternité qui relève de l'évidence et de l'ordre de l'intime, de la vie privée²⁴⁹. Elle est le résultat de l'accouchement (Paragraphe 1), un fait qui peut être établi par des moyens de preuve ordinaires²⁵⁰ (Paragraphe 2).

§ 1 : L'accouchement comme fondement de la filiation maternelle

103. - Conception. Yvonne Knibiehler souligne que « La maternité a été longtemps comme un fait naturel, hors du temps, universel : vocation immuable de l'éternel féminin »²⁵¹. La maternité répond à une définition simple : est mère de l'enfant, la femme qui en accouche. Depuis la nuit des temps, l'accouchement est un évènement universel, qui demeure inchangé, et la maternité se manifeste comme un fait certain en raison de son caractère biologique visible (A). Mais, si la grossesse et l'accouchement sont des faits biologiques universels, ils sont façonnés par la culture et les sociétés dans lesquelles les femmes vivent²⁵². En ce sens, la maternité apparaît d'une moins grande importance par rapport à la paternité dans certaines sociétés y compris dans les pays musulmans (B).

A. L'évidence de la maternité par l'accouchement

104. - Une filiation maternelle facile à prouver. Il est intéressant de souligner que les écritures sur la question de la maternité et l'établissement de la filiation maternelle sont rares dans le monde arabo-musulman. L'argument avancé par Yves Linant De Bellefonds, comme évoqué précédemment, est que la preuve de la maternité ne suscite pas le même genre de difficulté que la preuve de la paternité. La mère ne pouvait être biologiquement que celle qui accouche de

²⁴⁷ TEREL Julie, *Les figures de la maternité*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux, 2016, p. 20.

²⁴⁸ *loc. cit.*

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 30.

²⁵¹ Knibiehler Yvonne, « Chapitre premier. Les fondements culturels », dans KNIBIEHLER Yvonne, *Histoire des mères et de la maternité en Occident*, Presses Universitaires de France, 2002, p. 5-27.

²⁵² GAGNON Raymonde, *La grossesse et l'accouchement de la biotechnologie l'expérience des femmes au Québec*, thèse de doctorat, sciences humaines appliquées, Université de Montréal, 2017, p. 2.

l'enfant²⁵³. C'est ce qu'exprime l'adage posé par « *Mater semper certa est* » qui signifie que l'identité de la mère est toujours certaine et connue. Car la mère est celle qui porte l'enfant et qui en accouche. Comme souligne Cadoret, la maternité « s'appuie sur l'évidence du corps enceint de la femme qui cumule dans un même corps une maternité génétique et une maternité gestationnelle »²⁵⁴. Cela veut dire que la maternité se manifestait comme évidente en raison de son aspect biologique visible²⁵⁵, ce que le développement récent de la GPA vient questionner.

105. - L'accouchement. L'accouchement joue un rôle prépondérant dans l'établissement de la filiation maternelle, car il désigne la mère biologique de l'enfant, comme l'explique un auteur en ces termes : « la règle selon laquelle la mère est toujours certaine se fonde donc sur la réalité incontestable de l'accouchement »²⁵⁶. Alors que la paternité est, quant à elle, difficile à prouver. Pour cette raison, le droit a créé la présomption de paternité qui repose sur le fait que « l'enfant conçu dans le mariage est réputé l'être des œuvres du mari »²⁵⁷. De surcroît, l'accouchement a aussi un rôle important dans l'établissement de la filiation paternelle car le lien de la filiation paternelle s'établit entre le père et l'enfant si l'épouse est bien la mère de l'enfant, c'est-à-dire l'épouse qui a porté et qui a accouché de l'enfant. De ce fait, l'accouchement est également un élément de preuve utilisé dans l'établissement de la filiation paternelle.

B. L'infériorité de la filiation maternelle

106. - Discriminations sexuelles en matière d'attribution la filiation. Depuis des siècles, le droit de la filiation dans les pays musulmans est caractérisé par la domination d'une conception patrilinéaire de la famille²⁵⁸. Comme l'expliquent Knibielher et Sagaret dans leur ouvrage *Les mots des mères du XVIIème siècle à nos jours*, « les hommes acceptent mal que les femmes mettent au monde les enfants des deux sexes, pour se reproduire en tant que mâles ils n'aiment pas dépendre des femelles. Ils se sont donc toujours efforcés de gouverner la fécondité féminine, ils ont conçu le mariage comme un lieu par excellence de la domination masculine : l'épouse devait être

²⁵³ CORNU Gérard, *Droit civil. La famille*, 7^{ème} édition, Montchrestien, 2001, p. 354.

²⁵⁴ CADORET Anne, « Maternité et parenté plurielle » [en ligne], in *Adopción Internacional y Nacional: Familia, educación y pertenencia: perspectivas interdisciplinarias y comparativas*.

²⁵⁵ TEREL Julie, *Les figures de la maternité*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux, 2016, p. 23.

²⁵⁶ BOUCHAT Anne-Sophie, *Mater semper certa est : passé, présent, et avenir d'un adage, est-il encore cohérent de fonder la filiation maternelle sur l'accouchement ?*, mémoire de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2017, p. 3.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 4.

²⁵⁸ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 115.

soumise à l'époux, la mère dépendant étroitement du père et étant dévouée au service de la famille »²⁵⁹.

A l'époque préislamique, le régime patriarcal était similaire à celui qu'ont connu les romains. Quelques auteurs rapportent que l'Arabie préislamique a connu avant le système du patriarcat un autre système familial où la parenté n'existait que par les femmes²⁶⁰. Pendant cette période, la maternité jouait un rôle prépondérant dans l'établissement de la filiation de l'enfant car elle était considérée comme une figure certaine²⁶¹. En effet, la grossesse et l'accouchement ont été amenés à jouer un rôle déterminant dans la construction du lien de filiation maternelle. La paternité souffre d'un manque d'évidence physiologique que la maternité ne connaît pas, l'accouchement étant visible, contrairement à la conception²⁶². Il faudra que des siècles s'écoulent pour que le régime patriarcal prenne le monopole et pour que l'enfant soit rattaché à son père en s'appuyant sur la présomption de paternité qui repose sur les rapports sexuels dans le cadre du mariage ou du concubinat avec la femme esclave²⁶³.

107. - L'avis des partisans de la filiation non unilinéaire non pris en compte. La question de l'égalité entre homme et femme en matière de la filiation était au cœur du débat entre les penseurs musulmans sunnites. Cette question a divisé les penseurs musulmans. Selon les partisans de la filiation non unilinéaire, la reproduction découle de la rencontre entre la semence féminine et la semence masculine. Cette conception était inspirée de la doctrine d'Hippocrate et de Galien²⁶⁴. Malheureusement cette doctrine n'a pas eu un grand succès auprès de la plupart des savants musulmans qui penchaient plutôt vers la conception patrilinéaire de la filiation. La conception coranique de reproduction sexuée serait en contradiction avec celle qui a été adoptée par les savants musulmans²⁶⁵, car le Coran défend une doctrine cognatique de la conception. Le Coran considère que l'homme et la femme contribuent tous les deux à la conception de l'enfant. C'est ce qu'il affirme dans la sourate *Al baqara* (La Vache) : « Vos femmes sont pour vous comme

²⁵⁹ BERTHIAUD Emmanuelle, « Yvonne Knibiehler, Martine Sagaert, Les Mots des mères du xviiième siècle à nos jours | Patricia Ménissier, Être mère, xviii-xxiè siècle » [En ligne], *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2017.

²⁶⁰ SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 2.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 2 ; 3.

²⁶² COUDOING Nadège, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Toulon, 2007, p. 79.

²⁶³ SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 3.

²⁶⁴ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, et al., *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 57.

²⁶⁵ *loc. cit.*

un champ de culture ou de labour (*Harth*), allez donc à vos champs comme vous l'entendez (*faatouharthoukoum ana chiitoum*) »²⁶⁶. Ce verset coranique était interprété différemment par les juristes musulmans classiques. Ils pensaient que le coran défend le patriarcat, car il voit dans l'homme le seul géniteur actif, et laisse à la femme un rôle passif similaire à celui de la terre *harth* dans laquelle l'agriculteur dépose la semence²⁶⁷. De ce fait, le rôle de la femme dans la reproduction est subordonné et l'homme prévaut en matière de filiation. En réalité ce verset n'a pas été révélé pour considérer la femme comme un objet entre les mains de l'homme, ni pour défendre le patriarcat. Il a été révélé, d'une part, pour corriger certaines coutumes de l'époque dont celles relevant de la tradition juive qui étaient très rigides en ce qui concerne les rapports charnels²⁶⁸, et d'autre part, pour montrer que l'homme et la femme dans la conception sont égaux.

Selon Asma Lamrabet, ce verset coranique a été mal interprété car les termes « *hartu-l-lakum* » ont le plus souvent été traduits comme étant un « champ de labour » et compris comme étant une permission aux hommes d'utiliser les femmes comme bon leur semble. »²⁶⁹. Elle ajoute que « ce genre d'interprétation est très dévalorisant pour les femmes et reproduit, de ce fait, une image réellement indécente de l'acte sexuel »²⁷⁰. Elle explique que ce verset avait pour finalité de libérer les relations sexuelles au sein du couple et il ne s'agit en aucun cas de considérer les femmes comme « un champ à labour » dans le sens littéral du terme²⁷¹. La bonne interprétation du terme « *Harth* » selon le savant et imam Sayid Fadlaallah est que la femme est « source de la vie », ce sont les femmes qui « donnent la vie », elles sont le « lieu de la vie ». Sayid Fadlaallah explique

²⁶⁶ Coran, Sourate La Vache (*Al baqara*), verset 223. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

²⁶⁷ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, *et al.*, *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 57.

²⁶⁸ Selon Asma Lamrabet, « un récit rapporté par Ibn Kathir, certains musulmans de la Mecque (*al Muhajirine*), en immigrant à Médine ont épousé des médinoises et ils ont commenté le fait que ces dernières refusaient certains comportements sexuels notamment celui du positionnement de l'homme par le postérieur du Corps de la femme. Les femmes Ansar avaient adopté une ancienne coutume juive qui préconisait que « si l'homme se positionne derrière sa femme, l'enfant de cette union naitra atteint de strabisme ». De ce fait le verset fut alors révélé afin que les rapports sexuels soient libres et que la position de l'acte n'ait aucune conséquence néfaste ni pour les partenaires, encore moins pour les enfants. Cependant, il est important de rappeler ici qu'en islam, c'est le « coït anal » qui est interdit par de nombreux hadith qui conseillent aux musulmans d'éviter les rapports sexuels par voie anale » afin d'éviter les maladies.

²⁶⁹ LAMRABET Asma, « Vos femmes, ...Un champ de labour » sur *asma-lamrabet.com*.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

que « le Coran a voulu donner une image des femmes correspondant à celle de la terre, de la fertilité, de la richesse, en d'autres mots, de la vie »²⁷².

Finalement, ce verset coranique avait pour objectif de libérer les esprits et les corps des coutumes et des frustrations culturelles²⁷³, et de montrer que l'homme et la femme ont le droit de s'épanouir sexuellement de façon réciproque, ainsi que de contribuer tous les deux à la reproduction. De ce fait, la conception coranique de l'embryogenèse semble mieux correspondre à la vision indifférenciée de la fécondation, et il conviendrait d'attribuer à l'enfant une double filiation patrilinéaire et matrilinéaire de façon similaire.

108. - Filiation unilinéaire en droit algérien. Le législateur algérien a adopté la conception des savants musulmans classiques qui défendaient la conception patrilinéaire de la filiation. La conception patrilinéaire de la filiation est privilégiée dans la législation algérienne au détriment de la filiation maternelle. Le législateur n'organise que les règles relatives à la filiation paternelle comme il a déjà été expliqué. La filiation maternelle apparaît uniquement dans un seul article dans le code de la famille algérien, l'article 44 relatif à la reconnaissance de la filiation, qui dispose que « la reconnaissance de filiation, celles de paternité ou de maternité, même prononcées durant la maladie précédant la mort, établissant la filiation d'une personne d'ascendants inconnus pour peu que la raison ou la coutume l'admettent »²⁷⁴. Cela laisse dire que la filiation maternelle est simplement méconnue en droit algérien. Malika Boulenouar Azzemou souligne que « la filiation maternelle ne joue qu'un rôle subalterne »²⁷⁵. Elle ajoute que « l'enfant né dans le mariage est principalement rattaché au père et accessoirement à la mère »²⁷⁶. Un auteur souligne à cet égard que « le Coran voulait l'égalité entre l'homme et la femme, mais le patriarcat arabe en a décidé autrement et les femmes musulmanes sont effectivement opprimées »²⁷⁷. Sachant bien que le législateur algérien pouvait éviter de s'approprier la conception patrilinéaire de la filiation et instaurer une égalité entre les sexes en mettant en place une filiation bilatérale.

²⁷² *Ibid.* Pour plus d'explication regarder le Site officiel du Dr Sayid Hussein Fadaallah : DIVERS et al., *Arabic Bayynat* [en ligne].

²⁷³ LAMRABET Asma, « Vos femmes, ...Un champ de labour » sur *asma-lamrabet.com*.

²⁷⁴ Art. 44 du CFA.

²⁷⁵ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le rapport mère/enfant dans les codes de la nationalité et de la famille », *Les Cahiers du LADREN*, 2008, p. 171-184.

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, et al., *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 23.

§ 2 : Les preuves de la filiation maternelle

109. - En raison de la grande importance de la filiation par mariage, et parce qu'une telle filiation est généralement la situation normale ou prédominante, les lois facilitent la preuve de la filiation vis-à-vis de la mère mariée²⁷⁸, comme vis-à-vis de la mère non mariée sous réserve que cette dernière ne demande pas l'anonymat et qu'elle soit prête à assumer l'enfant qui vient de naître. De ce fait, afin d'établir la filiation de l'enfant né dans le mariage à l'égard de la mère, il suffit de la prouver à travers le témoignage (A) ou via l'acte de naissance de l'enfant (B).

A. Le témoignage comme moyen de preuve de la maternité

110. - **Droit de la famille algérien.** Au terme de l'article 40 du Code de la famille algérien, le rattachement de l'enfant à sa famille d'origine peut être établi par *bayyina*²⁷⁹. Le terme *Bayyina* signifie la preuve par témoins. Le témoignage est un procédé qui permet de déclarer un état de fait²⁸⁰, de rapporter ce qui a été entendu et vu par les témoins. Il faut souligner que l'article 40 est extrêmement bref : le législateur algérien a énuméré le témoignage comme moyen d'établissement de la filiation sans préciser la forme et le contenu que doit revêtir ce témoignage, et sans définir le nombre et le sexe des témoins. Face à ce vide juridique, il y a lieu de se référer aux prescriptions du droit musulman conformément à l'article 222 du code de la famille algérien précédemment évoqué.

111. - **Droit musulman.** Ce que le droit musulman nous explique sur ce moyen est que la *bayyina* intervient dans le cadre d'une action en justice visant à prouver la maternité ou la filiation paternelle. L'accouchement est considéré par les juristes musulmans classiques comme un fait « dont la connaissance échappe aux hommes »²⁸¹. Il peut donc être apporté par une ou plusieurs femmes, selon l'opinion de chaque doctrine, car ce sont les seules autorisées à constater l'accouchement et les premiers vagissements du nouveau-né qui prouvent qu'il est né viable²⁸². Selon la doctrine hanafite et la doctrine hanbalite, le témoignage de la sage-femme qui a assisté à

²⁷⁸ SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 30.

²⁷⁹ L'Art. 40 du CFA énonce : « la filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve « bayyina », le mariage apparent ou vicié et tout mariage annulé après consommation, conformément aux articles 32, 33, et 34 de la présente loi ».

²⁸⁰ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 137.

²⁸¹ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 198.

²⁸² LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 73.

l'accouchement suffit largement pour établir la filiation de l'enfant né d'une femme mariée²⁸³. Selon la doctrine malékite, le témoignage de la sage-femme n'est pas suffisant. Cette doctrine exige que deux femmes au moins attestent la naissance et l'identité de l'enfant en se basant sur le principe que le témoignage unique ne fait pas preuve²⁸⁴. Pour les Chaféites, la preuve de la naissance et l'identité de l'enfant ne pouvaient être apportées que par quatre femmes²⁸⁵. Cette doctrine s'appuie sur la combinaison de deux principes du droit de la preuve : le premier principe est qu'il faut avoir au moins deux témoins, et le deuxième principe est que, dans les circonstances où les femmes ne peuvent être substituées aux hommes, il faut deux femmes pour remplacer un homme²⁸⁶.

B. L'acte de naissance comme preuve et mode d'établissement de la filiation maternelle

112. - Acte de naissance. Comme il a été souligné précédemment, toute naissance doit être déclarée à l'officier de l'état civil qui rédigera immédiatement l'acte de naissance²⁸⁷. En vertu de l'article 63 du code de l'état civil algérien, « l'acte de naissance énonce le jour, l'heure et le lieu de naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui sont donnés, les noms, âge, profession et domicile des père et mère et, s'il y a lieu, ceux du déclarant ». Cet article, relatif à la rédaction de l'acte de naissance de l'enfant, envisage que l'acte doit exposer le jour, l'heure, le sexe, et lieu de la naissance de l'enfant. De surcroit, l'acte de naissance de l'enfant établit la filiation à l'égard de la mère. Il faut souligner que législateur algérien n'a pas abordé la question de la volonté de la mère mariée dans l'établissement de la filiation : aucun texte de loi n'expose la volonté de la mère mariée d'établir la filiation maternelle. Le législateur algérien semble considérer que du moment où la femme est mariée et l'enfant conçu dans le mariage, alors la filiation se constitue d'une manière automatique. Il faut noter également que l'acte de naissance de l'enfant est une preuve suffisante de la réalité de la filiation. L'acte de naissance repose sur une attestation médicale et a fortiori sur l'accouchement pour déterminer qui est la mère.

²⁸³ *loc. cit.*

²⁸⁴ *loc. cit.*

²⁸⁵ *loc. cit.*

²⁸⁶ *loc. cit.*

²⁸⁷ Art. 62 du CECA.

Conclusion de chapitre

113. - A la lumière de ce qui précède, la conception de la famille qui se dégage du droit algérien est identique à la conception du droit musulman. A l'image du droit musulman, la famille traditionnelle dans les pays arabo-musulmans, y compris en Algérie, est le socle de la société patriarcale. C'est au sein de cette institution que se tissent, se nouent et s'éprouvent les relations de l'homme et de la femme²⁸⁸. La famille a pour fondement le mariage entre l'homme et la femme. L'Algérie adhère à cette vision monolithique, ignore le concubinage, le mariage de personnes de même sexe, etc. De ce fait, l'établissement de la filiation légitime de l'enfant dépend de l'existence d'un mariage entre le père et la mère. Pour que l'enfant soit juridiquement rattaché à son père, il doit obéir à deux principes : le principe de légitimité et le principe du sang.

114. - Le législateur algérien, comme les législateurs du monde arabo-musulman, s'est intéressé principalement à la filiation paternelle, d'où la prééminence de cette dernière sur la filiation maternelle. Pour les juristes musulmans, la filiation maternelle peut être prouvée facilement contrairement à la filiation paternelle. D'autre part, la famille est patriarcale, et c'est également pour cette raison que les juristes donnent une grande importance à l'établissement de la filiation paternelle et aux divers modes d'établissement de celle-ci.

115. - De ce fait, l'établissement de la filiation paternelle joue un rôle prépondérant dans le rattachement de l'enfant au sein de sa famille.

²⁸⁸ OUALAIZ Hanane, *L'évolution du statut personnel de la femme au Maroc, entre la loi de Dieu et les droits de l'homme*, thèse de doctorat, droit public, Université Montpellier 1, 2014, p. 28.

Chapitre 2 :

L'enfant né de parents qui ne sont pas mariés ensemble

116. - Liberté des relations sexuelles dans les pays Occidentaux. Bien que le mariage possède un caractère stabilisateur et conservateur, et bien qu'il soit un phénomène universel, sa popularité a baissé dans les pays occidentaux au cours de la fin du vingtième siècle, pour favoriser ainsi l'émergence de nouveaux styles de vie qui ne font plus du mariage la finalité de la vie du couple²⁸⁹. Dans ces pays, la liberté des relations sexuelles hors mariage est reconnue comme un droit relevant de la vie privée, car l'acte sexuel est de l'ordre de la vie privée²⁹⁰. Tel n'est pas le cas dans les pays arabo-musulmans comme l'Algérie.

117. - Une liberté sexuelle limitée. Dans un pays de culture berbère, arabe et musulmane, l'acte sexuel en dehors du mariage est toujours condamné socialement, mais avant tout religieusement. Le droit musulman considère que le mariage est le seul moyen qui permet de rendre licite les rapports sexuels pour les hommes et les femmes. En dehors de cette institution, tout rapport charnel est strictement prohibé et est considéré comme un péché.

118. - Interdiction religieuse. Selon la chari'a, la sexualité constitue un besoin naturel pour l'être humain et le fait de ne pas la pratiquer est une déviation de la nature humaine²⁹¹. Le coran a considéré que les besoins sexuels d'un homme et d'une femme sont égaux. La sourate 49 en témoigne : « Ô hommes ! Nous vous avons créés d'un mâle et d'une femelle, et Nous vous avons répartis en peuples et en tribus, pour que vous fassiez connaissance entre vous. En vérité, le plus méritant d'être vous auprès de Dieu est le plus pieux. Dieu est Omniscient et bien Informé »²⁹². Le droit musulman n'interdit pas la sexualité mais l'encadre par l'institution du mariage qui la

²⁸⁹ ROUISSI Mourad, *L'union libre chez les jeunes tunisiens*, thèse de doctorat, sociologie, Université de Laval, 2010, p. 79.

²⁹⁰ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 49.

²⁹¹ KHILLO Imad, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam, le cas des pays arabes*, Presses universitaires d'Aix –Marseille, 2009, p. 326.

²⁹² Le Coran, Sourate Les Appartements *Al-Hujurat* (49), verset (13). Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

légalise. En revanche, tout rapport sexuel hors mariage est criminalisé et considéré comme *zina*. Le terme *zina* en langue arabe désigne la fornication, tout rapport sexuel illicite entre un homme et une femme non mariés, le caractère illicite venant du fait qu'ils ont lieu hors mariage. Le même terme *zina* désigne également l'adultère, terme qui signifie que l'un ou l'autre des époux d'un mariage a une relation sexuelle extraconjugale²⁹³. La sanction encourue pour la *zina* est la même pour l'homme et pour la femme : cent coups de fouet pour les célibataires et la mort par lapidation pour les personnes mariées, bien que peu de source historique évoque la sanction encourue pour la *zina*.

119. - Sanction pénale. L'adultère a été puni par tous les peuples depuis l'Antiquité et prohibé par les différents enseignements religieux car il porte atteinte à la sainteté du mariage, brise la famille et corrompt les mœurs²⁹⁴. En Arabie ancienne (*Asr el Jahiliya*), les exécutions et les châtiments corporels étaient couramment admis dans tout le pays pour punir certains crimes. De fait, l'islam n'a pas introduit la lapidation, qui signifie littéralement tuer à coups de pierres. Cette forme d'exécution date de l'époque préchrétienne, comme en témoignent les textes sacrés du judaïsme (la Torah et le Talmud), qui autorisent la lapidation de la femme adultère et de son partenaire²⁹⁵. Le droit musulman a établi le principe de la justice dans l'anathème *Al li'an*. Ce moyen permet au mari de répudier sa femme et de faire tomber la présomption de paternité, et ainsi de rejeter la paternité de l'enfant auquel sa femme vient de donner ou va donner le jour²⁹⁶.

120. - Interdiction juridique. A l'image du droit musulman, les législateurs des pays musulmans ont interdit les rapports sexuels hors les liens du mariage. La plus grande partie des législations dans le monde musulman n'aborde pas la question de la fornication, mais traite la question de l'adultère. L'adultère se trouve dans la plupart des codes du statut personnel des pays musulmans, ainsi que dans les codes pénaux de ceux-ci en tant que crime répressible. A l'instar du droit musulman, le droit algérien considère l'adultère comme un délit. L'article 339 du code pénal prévoit qu'« Est punie d'un emprisonnement d'un à deux ans toute femme mariée convaincue d'adultère. Quiconque consomme l'adultère avec une femme la sachant mariée est puni de la même peine. Est puni d'un emprisonnement d'un à deux ans, tout homme marié convaincu

²⁹³ DIVERS et al., « Zina », sur *Encyclopédie de l'Islam*.

²⁹⁴ TARHINI Rola, *Le sort de la femme auteur ou victime en droit pénal comparé*, LGDJ, 2012, p. 427.

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ *Li'an* ou serment d'anathème est décrit dans l'encyclopédie de l'Islam comme suit : « le serment d'anathème donne à l'époux la possibilité de porter contre l'épouse, sans preuve juridique, une accusation d'adultère [...], et de repousser d'autre part la paternité d'un enfant né de son épouse ». Source : DIVERS et al., « Li'an », sur *Encyclopédie de l'Islam*.

d'adultère ; la femme coauteur est punie de la même peine, sans préjudice des dispositions de l'alinéa précédent. La poursuite n'est exercée que sur plainte du conjoint offensé. Le pardon de ce dernier met fin aux poursuites ». Le législateur algérien n'aborde pas les rapports charnels entre une femme et un homme non mariés (fornication). Il ne punit que les personnes ayant commis l'adultère si l'un des conjoints porte plainte sans la retirer, contrairement à son homologue marocain qui a consacré un article à la fornication. En effet, l'article 490 du code pénal marocain punit de l'emprisonnement d'un mois à un an toutes personnes de sexe différent qui, n'étant pas unies par les liens du mariage, ont entre elles des relations sexuelles²⁹⁷. Au regard de la loi, il s'agit d'« attentats aux mœurs »²⁹⁸. Concernant l'adultère, l'article 491 du code pénal punit de l'emprisonnement d'un à deux ans toute personne mariée convaincue d'adultère. La poursuite n'est exercée que sur plainte du conjoint offensé.

121. - Les législations des pays musulmans sont unanimement d'accord sur le fait que *zina* ne produit aucun des effets que le droit musulman accorde aux unions légitimes, que ce soit sur le plan matrimonial, successoral, ou sur la filiation²⁹⁹. De ce fait, les relations charnelles entre un homme et une femme non liés par le lien du mariage posent la question du rattachement de l'enfant à ses parents.

122. - Dans la plupart des pays musulmans comme l'Algérie, certes le législateur ne punit pas pénalement l'homme et la femme célibataires qui ont commis la fornication, mais l'enfant fruit de cette relation est puni toute sa vie car il ne peut être affilié à sa mère que si cette dernière choisit de le garder près d'elle malgré la stigmatisation sociale et l'exclusion familiale que cette décision peut entraîner (Section 1). Il ne peut pas jouir de la filiation paternelle, il ne pourra pas être rattaché à son père, même si ce dernier avoue qu'il est le père de l'enfant. Cela veut dire qu'il ne peut pas établir sa filiation paternelle (Section 2).

²⁹⁷ L'association marocaine des droits de l'homme (AMDH) avait appelé à l'abrogation de cet article. Malheureusement, la proposition de cette association avait été vivement critiquée par les islamistes notamment au sein du Parti de la justice et du développement (PJD) pour qui les rapports sexuels en dehors du mariage sont « un acte de débauche ». Quatre ans plus tard, en 2016, le Conseil économique, social, et environnemental (CESE) avait recommandé l'abrogation des dispositions des articles 490 et 491 du code pénal qui, en criminalisant les relations sexuelles consenties en dehors du mariage, font obstacle au droit des femmes de porter plainte pour viol. Source : ZERROUR Leila, « Le concubinage entre interdit et réalité », sur *Aujourd'hui le Maroc*, publié le 25 décembre 2016.

²⁹⁸ TINOUCHE-STUCKI Myriam, *Dire la maternité célibataire étude menée entre Casablanca et Rabat, Maroc*, mémoire de licence, ethnologie, 2004, p. 26.

²⁹⁹ LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012, p. 72.

Section 1 : Etablissement de la filiation maternelle

123. - La question de l'établissement de la filiation maternelle doit être étudiée au regard de l'état matrimonial des parents biologiques de l'enfant. Nous aborderons tout d'abord la question de l'établissement de la filiation maternelle de l'enfant adultérin (Paragraphe 1), qui est généralement privé d'une filiation paternelle, mais qui, quelques fois, peut être rattaché au mari de la mère. Ensuite, nous aborderons la question de l'établissement de la filiation de l'enfant conçu dans la fornication (Paragraphe 2).

§ 1 : L'enfant adultérin et l'établissement de la filiation maternelle

124. - Les conséquences de l'adultère sont importantes au niveau matrimonial (A) comme au plan du rattachement de l'enfant à son père (B).

A. Les conséquences de l'adultère de la mère sur le plan matrimonial

125. - Le mariage donne naissance à des devoirs réciproques entre époux³⁰⁰. En raison de leur mariage, les époux se doivent mutuellement fidélité³⁰¹. La fidélité impose à chaque époux de ne pas avoir de rapports sexuels avec une autre personne que son conjoint³⁰². D'après le Doyen Carbonnier « il y a dans le mariage une promesse. S'il n'est pas au pouvoir du droit de contraindre les époux à l'accomplir, il lui appartient cependant de leur interdire de s'en écarter »³⁰³. La forme la plus évidente de sa violation est, bien évidemment, l'adultère³⁰⁴. Dès lors, toute violation de cette promesse de fidélité pourrait être sanctionnée de diverses manières. En premier lieu, comme précédemment évoqué, l'adultère peut constituer un délit pénal si la poursuite est exercée par plainte du conjoint offensé. En deuxième lieu, l'adultère peut constituer une cause de dissolution du mariage. Il est intéressant de noter que dans les pays occidentaux, à titre d'exemple la France, l'adultère ne constitue plus un délit pénal³⁰⁵. Ceci est probablement lié à la libération des mœurs. L'infidélité est considérée comme une cause facultative de divorce, et peut être sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts à l'époux victime³⁰⁶. Le droit musulman a mis en

³⁰⁰ DEBOVE Frédéric, SALOMON Renaud, JANVILLE Thomas, *Droit de la famille*, Vuibert, 2011, p. 152.

³⁰¹ CORNU Gérard, *Droit civil. La famille*, 7^{ème} édition, Montchrestien, 2001, p. 57.

³⁰² BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Lextenso, 2009, p. 320.

³⁰³ CARBONNIER Jean, *Droit civil, Tome 1 : introduction, les personnes, la famille, le couple*, Presses Universitaires de France, 2004

³⁰⁴ ARIBI Katia, *Le contrat de mariage dans la législation algérienne, marocaine et française, étude comparative*, mémoire de master, droit privé et public, 2010, p. 65.

³⁰⁵ DEBOVE Frédéric, SALOMON Renaud, JANVILLE Thomas, *Droit de la famille*, Vuibert, 2011, p. 155.

³⁰⁶ BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Lextenso, 2009, p. 320.

place un système pour prouver l'adultère, en s'appuyant sur le serment d'anathème, en arabe nommé *li'an*.

126. - Procédure de serment d'anathème. *Li'an* est une procédure inspirée des textes coraniques qui a pour but d'établir l'adultère de l'un des conjoints. Son origine remonte à l'histoire de Hilal Ibn-Oumiya accusant sa femme d'adultère, histoire qui a donné lieu au verset selon lequel : « Chacun de ceux qui accusent d'adultère leurs épouses, sans pouvoir produire de témoins, et n'ont d'autres témoignages que le leur, devra attester par Dieu, à quatre reprises, qu'il dit la vérité. Et, en cas de dénégation de l'accusée, appeler à la cinquième reprise la malédiction de Dieu sur lui s'il ment »³⁰⁷. Donc, le serment d'anathème consiste beaucoup plus en l'accusation de la femme par son mari³⁰⁸. Ce n'est que lorsque l'épouse remet en cause les accusations de son mari que le mari est appelé, à la demande de sa femme, à prêter cinq fois serments en attestant que son épouse est fornicatrice³⁰⁹, en présence du juge et éventuellement de personnes connues pour leur honorabilité. Après le serment du mari, la femme est appelée à prêter serment pour nier et contredire les faits que le mari lui a reprochés. L'épouse jure cinq fois qu'elle n'a pas commis l'adultère. Dans le cas où la femme s'abstient de contredire le mari, son silence s'interprète comme un aveu de culpabilité³¹⁰. Le serment d'anathème produira alors la rupture du lien conjugal³¹¹.

B. Les conséquences de l'adultère de la mère sur le plan du rattachement de l'enfant à son père

1) Le désaveu de paternité par *Li'an*

127. - *Li'an*, comme nous l'avons vu précédemment, est une procédure inspirée des textes coraniques qui a pour but d'établir l'adultère de l'un des conjoints. Cet établissement engendre la dissolution du mariage. Le mari a la possibilité d'y joindre un désaveu de paternité quand la femme

³⁰⁷ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 211.

³⁰⁸ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 124.

³⁰⁹ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 26.

³¹⁰ *loc. cit.*

³¹¹ Concernant ce point, il y a une divergence entre les rites. D'après les doctrines malikites, chaféite et hanbalite, la répudiation est irrévocable et l'épouse adultérine est interdite à son époux éternellement. A l'inverse, le rite hanafite considère que lorsque le mari a recouru à la procédure de *li'an*, il a le droit de se rétracter. Le mariage demeure alors dissous, mais les anciens conjoints peuvent reprendre leur union à condition de se remarier. Si le mari ne se rétracte pas, la femme lui est à jamais interdite.

est enceinte ou qu'elle vient de mettre au monde un enfant³¹². Il faut noter que le désaveu de paternité n'est pas un effet systématique du serment d'anathème. L'époux a le droit d'accuser sa femme d'adultère (*Li'an*) sans rejeter sa paternité. Par ailleurs, dans le cas où le mari joint un désaveu de paternité, le serment d'anathème produit le désaveu de paternité qu'après que le juge en présence duquel s'est déroulée la procédure des échanges de serments ait déclaré la séparation des époux et le rattachement de l'enfant à sa mère uniquement. Il est intéressant de noter que l'action en désaveu n'est pas exerçable par la mère, elle ne peut se prévaloir de sa propre infidélité et contester la paternité de l'enfant³¹³.

128. - Compétence de tribunal. Le désaveu de paternité est abordé d'une manière laconique et lacunaire par le code de la famille algérien. Le législateur algérien ne définit pas le désaveu de paternité, ne détermine pas ses conditions, et ne prévoit pas une procédure spécifique. Néanmoins, les juges se réfèrent à la chari'a conformément à l'article 222 du code la famille algérien. La jurisprudence permet d'encadrer la procédure du serment d'anathème prévue par le droit musulman qui ne peut se dérouler que devant un tribunal et non dans une mosquée. Dans une espèce datée du 28 octobre 1997³¹⁴, la Haute Cour casse une décision qui avait admis les effets du serment d'anathème, à savoir la séparation des époux et le désaveu de paternité, alors que celui-ci s'était déroulé dans une mosquée et non devant un tribunal.

129. - Délai. De plus, le juge enserme l'action en désaveu de paternité dans des délais restrictifs. Le délai ne doit pas dépasser les huit jours après la naissance de l'enfant ou après avoir eu connaissance de la grossesse de la femme. Les juges se sont ici référés à la doctrine musulmane. Le désaveu de paternité, d'après les doctrines malikite, hanbalite, et chafiite, exige que l'enfant soit désavoué dès le moment où le mari a eu connaissance de la grossesse de son épouse. Contrairement à ces trois écoles, l'école hanafite considère que l'enfant doit être désavoué qu'après l'accouchement³¹⁵. La cour suprême rappelle dans un arrêt daté du 16 novembre 1999³¹⁶

³¹² LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton &CO, 1973, p. 42.

³¹³ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 208.

³¹⁴ Cour suprême, 28.10.1997, al-Ijtihâd al-qadâ'i, numéro spécial, 2001, cité par MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 120.

³¹⁵ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton &CO, 1973, p. 45.

³¹⁶ Cour suprême, 16.11.1999, dossier n°230418, cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 213.

que « la doctrine musulmane a prévu la procédure du *li'an*, dont le délai est fixé par la loi conformément aux règles de la chari'a ». Ce principe est confirmé de façon constante, et les magistrats soulignent à chaque occasion que le désaveu n'est admis que s'il intervient dans un délai de huit jours³¹⁷. Dans certaines circonstances exceptionnelles que le juge apprécie souverainement, le désaveu peut intervenir un peu plus tard.

130. - Refus. Le désaveu de paternité n'est pas accepté lorsque le père a pris en charge les frais d'accouchement ou s'est occupé de l'enfant depuis sa naissance. Ces comportements font présumer une reconnaissance implicite que l'enfant est son enfant. Dans une espèce datée du 18 janvier 1994³¹⁸, la cour suprême fait abstraction des allégations du défendeur au pourvoi qui aurait découvert, à son retour de France, que sa femme était enceinte. Selon les magistrats de la Cour suprême : « à supposer véridiques les déclarations du mari que son épouse n'est pas enceinte de ses œuvres, il devait recourir immédiatement au *li'an*, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, puisqu'il a repris la vie conjugale pendant une certaine période avant d'entreprendre la procédure du désaveu ». La cour suprême précise que « le *li'an* est le seul moyen de désaveu dès lors que l'épouse est encore sous l'autorité maritale », et elle accepte le pourvoi en cassation de la femme contre l'arrêt de la cour de Jijel qui a refusé le rattachement de l'enfant à son père.

Le désaveu de paternité est réservé uniquement au père, et nulle autre personne n'a le droit de contester la légitimité d'une filiation découlant d'un mariage légal, et notamment lorsque c'est le père en personne qui a déclaré la naissance aux services de l'état civil³¹⁹.

2) Les conséquences du désaveu de paternité

131. - L'enfant que la loi elle-même déclare illégitime, car né avant les six mois qui ont couru depuis le mariage, ou car né après le délai maximal de la grossesse en cas de rupture du mariage avant la naissance, ne sera rattaché au mari de sa mère que si celui-ci le veut bien. Dans le cas où ce dernier ne souhaite pas le rattachement, afin de rejeter sa paternité il lui suffira de déclarer qu'il n'est pas le père³²⁰.

³¹⁷ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 213.

³¹⁸ Cour suprême, 18.01.1994, dossier n° 96537, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 211

³¹⁹ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 120.

³²⁰ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton &CO, 1973, p. 43.

132. - Ceci n'est pas possible pour l'enfant couvert par la présomption de paternité car né dans le mariage ou après dissolution du mariage dans les délais fixés par le droit musulman et le droit algérien. Ce dernier peut être désavoué par son père par un désaveu de paternité associé à *Li'ian*, et dans ce cas il sera officiellement rattaché à sa mère et à toute la famille de cette dernière, cela de l'avis de tous les juristes musulmans, qu'ils soient sunnites ou chiites. A l'égard de celui qui l'a désavoué, il n'a plus aucun droit, ni droit d'entretien, ni vocation successorale. De ce fait, l'enfant désavoué aura le statut d'enfant illégitime³²¹.

133. - Quant au « *walad al-zina* » (fils de la fornication), si les sunnites adoptent à son égard la même solution, en revanche, les chiites lui refusent tout lien légal de filiation, même avec sa mère. Ce que nous exposerons dans le paragraphe suivant.

§ 2 : L'établissement de la filiation maternelle de l'enfant conçu dans la « fornication »

134. - **Famille monoparentale.** La maternité célibataire constitue de fait une famille monoparentale. Autrement dit, la mère non mariée, lorsqu'elle a gardé son enfant, forme une famille monoparentale particulière, caractérisée par une double absence : celle du mariage et celle du père. La maternité célibataire résulte d'un processus comprenant la sexualité puis la filiation, toutes deux situées hors mariage³²². Ce type de famille, non conforme à la famille définie par les normes juridiques et religieuses, constitue une alternative motivant une attitude d'exclusion³²³: elle ne bénéficie d'aucune assistance spécifique, elle fait l'objet d'une forte condamnation sociale, le système de croyances et de valeurs en vigueur la stigmatise. La mère célibataire est considérée comme la principale perturbatrice de l'ordre familial et moral³²⁴ car elle a accédé au statut de mère directement, sans passer par le mariage.

135. - **Discrimination.** Logiquement, l'homme et la femme qui ont eu des rapports sexuels hors mariage devraient être sanctionnés de la même façon, ceci par analogie avec l'égalité de châtement présente dans un verset coranique qui énonce : « La fornicatrice et le fornicateur,

³²¹ *Ibid.*

³²² TINOUCH-STUCKI Myriam, *Dire la maternité célibataire étude menée entre Casablanca et Rabat, Maroc*, mémoire de licence, ethnologie, 2004, p. 19.

³²³ *Ibid.*, p. 107.

³²⁴ DIVERS et al., « Pour une meilleure insertion sociale et professionnelle des mères célibataires au Maghreb », sur *Santé sud*, 2016.

fouettez-les chacun de cent coups de fouet ... »³²⁵. Alors que les pratiques hétérosexuelles en dehors du mariage dans la société algérienne sont encouragées et valorisées chez les hommes célibataires, elles sont entourées de non-dit lorsqu'elles concernent le sexe opposé³²⁶. A ce titre, la condamnation sociale et judiciaire des géniteurs reste rare. Il y a donc une inégalité forte de traitement entre l'homme et la femme. La mère célibataire ne bénéficie pas de droits égaux avec le père de son enfant. Il est important de souligner que, si les conséquences juridiques de la maternité hors mariage sont certes un aspect important dans notre étude (A), ce n'est pas dans le domaine juridique que les conséquences de cette situation se font sentir le plus fortement. En effet, la mère célibataire peut également les éprouver dans divers autres aspects de sa vie, précisément dans ses relations avec la société dans l'entourage où elle vit (B).

A. La condition juridique de la mère célibataire et de son enfant

136. - Le regard du droit musulman classique. En droit musulman classique, la reconnaissance de maternité quand la mère n'est pas mariée est un sujet casuistique. En effet, la femme non mariée reconnaît qu'elle a transgressé un interdit en enfantant en dehors du mariage, et ce type d'acte est puni de la peine de flagellation³²⁷. Cependant, la majorité des juristes musulmans classiques envisagent l'hypothèse de la reconnaissance d'un enfant par une mère célibataire en argumentant que la reconnaissance paternelle d'un enfant né hors mariage est interdite, car l'établissement de la filiation paternelle hors mariage risque de mettre en cause la stabilité des relations familiales définie sur la base des règles et du comportement qui renvoient au mariage ; ainsi l'établissement de la filiation paternelle hors mariage créerait un bouleversement au sein de la société patriarcale³²⁸. De ce fait, la reconnaissance maternelle est nécessaire et doit donc être possible dans l'intérêt de l'enfant. Les juristes malikites se distinguent en n'acceptant ni la reconnaissance paternelle, ni la reconnaissance maternelle d'un enfant né hors l'union matrimoniale³²⁹. Cette règle des juristes malikites paraît sans doute très rigoureuse et très sévère à l'égard de l'enfant qui ne peut jamais voir sa filiation établie vis-à-vis de sa mère ni de son père. Pour les juristes non malikites, la reconnaissance de maternité est soumise aux mêmes conditions

³²⁵ Le Coran, sourate 24, verset 2. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

³²⁶ LE BRIS Anne, « La maternité interdite : être mère sans être épouse en Tunisie », sur *erudit.org*, 2010.

³²⁷ BLANC François-Paul et LOURDE Albert, « Les conditions juridiques de l'accès au statut de la concubine – mère en droit musulman malékite » [en ligne], *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, 1983.

³²⁸ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 47.

³²⁹ *Ibid.*, p. 55.

de validité que la reconnaissance de paternité, c'est-à-dire que l'enfant ne doit pas déjà avoir une filiation maternelle reconnue, que la différence d'âge rende vraisemblable une telle maternité, et enfin, que l'enfant, s'il a atteint l'âge de raison, y consente expressément³³⁰.

137. - Inexistence de l'enfant né hors mariage en droit musulman. Le droit musulman ne consacre pas une place à l'enfant né hors les liens du mariage au sein de sa famille paternelle³³¹ car, comme explique Youssouf Ali Robleh, « le système, dans sa conception originelle, faisait en sorte que cette catégorie d'enfant ne puisse exister en instaurant une tradition empêchant sa manifestation, telle que le mariage précoce des filles, la facilité de divorce avec la facilité du remariage, le raccourcissement du veuvage, et même la polygamie. Ainsi ces correctifs sur le plan social et certains montages juridiques assez extravagants telle la théorie de l'enfant endormi, contribuaient ensemble à réduire la profondeur du stigmate qui frappe l'enfant dont la filiation n'est pas couverte par le mariage³³² ». Aujourd'hui, avec l'évolution de la société et les progrès scientifiques, les législateurs ont remis en cause certaines méthodes et ont supprimé les techniques anciennes en gardant uniquement l'interdiction d'établir la filiation de l'enfant à l'égard de son père, et sans mettre en place une méthode moderne qui se substitue aux anciennes techniques.

138. - La position du droit algérien. Le code de la santé publique de 1976 était en avance sur les mentalités dans la société algérienne. Il prévoyait quelques dispositions qui protègent la mère célibataire et sa prise en charge par les structures de l'Etat. Il a introduit aussi un système juridique organisant l'abandon de l'enfant³³³. Il va encore plus loin en prévoyant une action en recherche de paternité³³⁴. Ce qui marque un véritable progrès sur le plan juridique. Malheureusement, aujourd'hui, le législateur algérien ne permet pas d'entamer une recherche de paternité. Tabet-Derraz et Kaddous notent, à cet égard, que « les quelques actions judiciaires intentées par des

³³⁰ *loc. cit.*

³³¹ Pour les fouqaha, l'enfant issu d'un concubinage légal, c'est-à-dire, d'une relation entre le maître et son esclave, peut établir sa filiation paternelle. L'établissement de la filiation paternelle confère à l'enfant né d'un concubinage légal exactement les mêmes droits que ceux issus du mariage. Source : BLANC François-Paul et LOURDE Albert, « Les conditions juridiques de l'accès au statut de la concubine – mère en droit musulman malékite » [en ligne], *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, 1983.

³³² ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 48.

³³³ L'ordonnance de 1976 portant sur le code de la santé publique consacre quatre sections à l'enfance privée de famille. La première section traite la question de la protection des mères célibataires et leur prise en charge. La deuxième section aborde l'assistance publique à l'enfance. La troisième section évoque la prévention d'abandon, et la dernière section traite l'admission des enfants au service de l'Assistance publique à l'enfance.

³³⁴ Art. 243 Al. 4 de l'Anc. Code de la santé publique de 1976.

mères célibataires dans ce cadre ont été rejetées »³³⁵. Dans le même sens, le professeur Issad Mohand remarque qu'« en l'état actuel du droit, une jurisprudence obstinée refuse toujours d'accueillir les actions d'état qui se situent hors mariage »³³⁶.

139. - Abrogation du code de la santé publique de 1976. La loi sur la promotion de la santé du 16 février 1985 a abrogé les dispositions audacieuses du code de la santé publique de 1976³³⁷, pour des considérations politiques incompréhensibles³³⁸. Malgré son abrogation en 1985, le code de la santé publique de 1976 reste la seule source d'inspiration pour prendre en charge la mère célibataire et son enfant. Ses rédacteurs ont été dans une démarche de construction d'une société moderne qui prendrait en considération toutes les catégories de la société, même les plus vulnérables, et accepterait la réalité de la société algérienne. Ils basaient ainsi leurs travaux sur le constat que la société algérienne n'est pas construite uniquement sur le modèle familial traditionnel et n'est pas constituée uniquement d'enfants légitimes, contrairement à ce qu'énonce la loi n°85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé. Le code de la santé publique de 1976 considérait qu'il existe aussi dans la société algérienne le cas de la mère non mariée, avec son enfant, qui constitue une famille monoparentale caractérisée par une double absence, celle du mariage et celle du père. L'abrogation du code de santé publique de 1976 et la promulgation la loi n°85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé n'aborde pas le cas de la mère célibataire et évoque l'enfant abandonné dans un seul article³³⁹, qui lui-même renvoie à un texte réglementaire précisant les modalités d'assistance³⁴⁰. La promulgation la loi n°85-79 du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé consacre uniquement la notion de la famille légitime, ce qui met en lumière une discrimination claire et profonde à l'encontre de la mère célibataire et de son enfant. Cette loi marque un net recul dans le traitement de la question de la mère célibataire et l'enfant abandonné. De ce fait, elle marque une rupture avec la réalité de la société algérienne. De même,

³³⁵ TABET-DERRAZ Ahlem et HAMADI KADDOU Farida, « Abandon d'enfant et droit au nom » [en ligne], *Les cahiers du LADREN*, 2008, p. 201.

³³⁶ *loc. cit.*

³³⁷ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 58.

³³⁸ OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, p. 44.

³³⁹ L'Art. 73 du Code de la protection et de la promotion de la santé de 1985 énonce que « les modalités d'assistance médico-sociale, visant la prévention efficace des abandons d'enfants, sont fixées par voie réglementaire ».

³⁴⁰ TABET-DERRAZ Ahlem et HAMADI KADDOU Farida, « Abandon d'enfant et droit au nom » [en ligne], *Les cahiers du LADREN*, 2008, p. 201.

la loi n°18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé aborde la question de l'enfance abandonnée dans un seul article³⁴¹.

140. - Inexistence de l'enfant né hors mariage et de la mère célibataire dans le code de la famille algérien. Le terme « mère célibataire » n'existe pas dans le code de la famille algérien³⁴². Ce dernier ne reconnaît pas explicitement l'existence des enfants nés hors mariage. Le code de la famille algérien ne fait pas référence à cette catégorie d'enfants, car ce code est consacré uniquement à la famille établie par le mariage. Le lien biologique qui unit un enfant à ses géniteurs, l'homme et la femme qui l'ont conçu, ne conduit pas toujours à un lien juridique de filiation en droit de la famille algérien. Ceci nous amène à faire la distinction entre l'enfant légitime, qui est rattaché juridiquement à ses parents biologiques lorsque ceux-ci sont unis par les liens du mariage, et l'enfant illégitime né de parents non mariés entre eux³⁴³.

141. - Le silence du législateur algérien. Le code de La famille algérien est muet sur la question de la recherche de maternité. Il aborde la filiation maternelle de façon indirecte dans l'article 44. Vu que le code de la famille algérien n'a pas traité la question de la recherche de paternité et maternité, il faut recourir à l'article 222 du code de la famille qui énonce : « en l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la *chari'a* ». Selon le droit musulman, l'enfant peut établir sa filiation vis-à-vis de sa mère si cette dernière donne son assentiment à la reconnaissance, car le droit musulman autorise la mère à imposer sa maternité mais il n'admet pas la réciprocité au profit de l'enfant, car la reconnaissance de maternité est volontaire, elle n'est pas forcée³⁴⁴.

142. - Liberté de la mère d'établir la filiation maternelle. La femme non mariée a la liberté d'établir ou non un lien de filiation avec l'enfant au moment de la naissance. Autrement dit, lors de l'accouchement, la mère peut demander que le secret de son admission et son identité soient protégés. Comme elle peut également demander que son nom ne soit pas mentionné dans l'acte

³⁴¹ L'Art. 93 de Loi n°18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé dispose que « l'État assure les conditions particulières de surveillance et de prise en charge en matière de santé des enfants placés dans les établissements, notamment ceux relevant du ministère chargé de la solidarité nationale. Les enfants cités à l'alinéa ci-dessus, doivent bénéficier de toutes les mesures sanitaires et socio-éducatives favorables à leur insertion dans la famille et dans la société ».

³⁴² Ni dans le code de la famille de 1984, ni dans le code de la famille de 2005.

³⁴³ Il est intéressant de noter que la distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel clairement établie dans le droit des pays occidentaux ne se retrouve pas d'une manière claire dans la plupart des législations des pays musulmans.

³⁴⁴ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 197-198.

de naissance de l'enfant³⁴⁵. Le nom du père de l'enfant ne peut être mentionné car le droit algérien ne donne pas le droit au père d'établir le lien avec son enfant car il est conçu et né hors le cadre du mariage. De ce fait, l'enfant naît sans filiation légale, ni à l'égard de sa mère, ni à l'égard de son père. Il est considéré comme un enfant né « sous x »³⁴⁶.

143. - Direction de l'action sociale. L'enfant sera confié aux institutions de la direction de l'action sociale (DAS) où l'enfant aura été abandonné. Les enfants de 0 à 6 ans sont placés dans des pouponnières³⁴⁷. L'enfant est alors considéré comme un pupille de l'État. La Direction de l'Assistance Sociale (DAS) devra le déclarer à l'officier de l'état civil conformément à la loi. Ce dernier lui attribue des prénoms, dont le dernier lui sert de nom patronymique conformément à l'article 64 du code civil de l'état algérien. La Direction de l'Assistance Sociale se chargera de lui trouver une famille subsidiaire qui prendra bénévolement en charge son entretien, son éducation, et sa protection, au même titre que le ferait des parents d'origine pour leur enfant conformément à l'article 256 du code de la santé qui dispose que « le service de l'assistance publique doit s'employer à rechercher, avant toute autre possibilité, une famille dans laquelle l'enfant pourra avoir les mêmes conditions d'existence qu'un enfant au sein de sa famille ». A défaut de famille d'accueil, l'enfant de 6 ans à 19 ans sera placé dans les foyers pour enfants assistés soit temporairement soit définitivement³⁴⁸, conformément au décret n° 80-83 de mai 1980 portant création, organisation du foyer pour enfants assistés.

144. - Origine de l'accouchement « sous x ». Le droit d'accoucher dans l'anonymat tire son origine du système français. Pendant la période de la colonisation française, l'Algérie était soumise à la législation française. Au 19^{ème} siècle, l'organisation caritative de Saint Vincent De Paul spécialisée dans le recueil d'enfants abandonnés est arrivée en Algérie. Elle a mis en place un système qui facilite aux mères l'abandon de leurs enfants. Les mères qui ne désiraient pas garder leurs enfants déposaient leurs bébés sur le seuil de l'église et s'enfuyaient après avoir activé la cloche pour signaler la présence de l'enfant³⁴⁹. Dès le début du 20^{ème} siècle, un dispositif socio

³⁴⁵ Conformément à l'article 245 de l'ancien code de la santé publique de l'ordonnance n°76-79 du 23 octobre 1976. Encore aujourd'hui, malgré l'abrogation de ce code, la mère a le droit de demander le secret de son accouchement. Ainsi, aucune pièce d'identité n'est exigée et aucune enquête réalisée.

³⁴⁶ L'ancien code de la santé publique de l'ordonnance n° 76-79 du 23 octobre 1976 assurait à l'enfant abandonné le secret de l'admission, de la grossesse et de la naissance en milieu hospitalier.

³⁴⁷ OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, p. 45.

³⁴⁸ *loc. cit.*

³⁴⁹ CHIOUKH Rabiha, *Les enfants abandonnés entre prise en charge et marginalisation sociale, le cas de la pouponnière de Boukhalef Tizi-Ouzou*, mémoire d'anthropologie, 2012, p. 28.

administratif est mis en place par la loi du 27 juin 1904 portant sur les services des enfants assistés, qui organisait l'abandon ainsi que ses conséquences juridiques. Cette loi avait pour objectif de faciliter l'admission des enfants assistés, de les déclarer comme étant des « pupilles de la Nation », l'État devenant alors responsable des enfants abandonnés³⁵⁰. A un moment donné durant la colonisation française, l'abandon d'enfant en Algérie devient un phénomène préoccupant. Les autorités françaises décident alors d'aménager des maisons maternelles et des foyers d'accueil des pupilles, ainsi que d'organiser, comme en France depuis 1941, l'accouchement confidentiel, plus usuellement nommé accouchement « sous X »³⁵¹. Les femmes algériennes ont depuis cette date la possibilité d'accoucher sous la protection du secret dans les hôpitaux.

145. - Après l'indépendance. Au lendemain de l'indépendance, le droit algérien emprunte les techniques juridiques françaises³⁵². L'accouchement dans l'anonymat est inspiré de la législation coloniale via la loi du 31 décembre 1962 qui reconduisait la législation antérieure³⁵³. Cette loi a été substituée par la loi n° 73-79 du 23 septembre 1976 en intégrant la totalité de la loi française, la loi du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance³⁵⁴. Ce texte organisait l'accouchement anonyme et la prise en charge gratuite de la femme enceinte pendant le mois qui précède et le mois qui suit l'accouchement dans tout établissement hospitalier public susceptible de lui donner les soins que comporte son état³⁵⁵.

146. - La loi de 1991. Il est intéressant de noter que la loi de 1991 a fait suite à une fatwa donnée par Cheikh Hamani sur conseils de Saïd Aït Messaoudene. Cette loi donne à la mère biologique la possibilité de récupérer son enfant abandonné de la pouponnière. La loi de 1991 lui accorde un délai de trois mois avant que l'abandon définitif ne soit prononcé³⁵⁶. Dr Preure a considéré que « la mère biologique n'était pas en mesure au moment de son accouchement de se prononcer sur une question aussi essentielle dans sa vie, qu'elle était fragilisée physiquement et socialement,

³⁵⁰ *Ibid.*

³⁵¹ Il est intéressant de noter que l'accouchement anonyme ne fait son entrée dans le code civil français qu'en 1993. Le législateur français a fait de l'accouchement anonyme une règle de droit civil qui établit le droit pour la femme de demander le secret de son admission et de son identité lors de l'accouchement. Notons également qu'aujourd'hui en France il y a de grands débats sur la question de lever l'anonymat et permettre à l'enfant d'accéder à ses origines. Actuellement en Algérie, la société n'est pas arrivée à ce stade de débat.

³⁵² BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 79.

³⁵³ OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, p. 44.

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ PREURE Mourad, « Kafala, Les enfants sont nés pour être heureux », *Liberté Algérie*, 07 avril 2011.

qu'il fallait lui donner le temps pour se prononcer »³⁵⁷. Il ajoute que « le délai de trois mois, pendant lequel son enfant pouvait rester en pouponnière, était considéré comme relativement suffisant pour elle pour se prononcer ». L'enfant ne doit pas rester indéfiniment en attente d'une décision que sa mère biologique tarde à prendre³⁵⁸, car l'enfant a le droit de vivre au sein d'une famille *kafila* qui le prendra en charge et lui offrira un cadre naturel pour son développement et son épanouissement ; C'est ce que souligne le Dr. Preure lorsqu'il rappelle qu'il est important que « les parents *kafils* puissent accueillir cet enfant suffisamment tôt dans leur famille pour faciliter son intégration et lui donner l'amour et les soins qu'il en attend naturellement »³⁵⁹.

147. - Droit comparé. En droit français, la mère biologique ne dispose que de deux mois pour reprendre son enfant. L'article 224-6 du Code de l'action sociale et des familles dispose que « dans un délai de deux mois suivant la date à laquelle il a été déclaré pupille de l'État à titre provisoire [au moment où il est recueilli par le service de l'Aide sociale à l'enfance], l'enfant peut être repris immédiatement et sans aucune formalité par celui de ses père ou mère qui l'avait confié au service ». Ce délai est considéré comme court par certains auteurs³⁶⁰. D'un côté, ce délai ne donne pas à la mère la possibilité de réfléchir suffisamment pour se prononcer. D'un autre côté, il facilite l'intégration de l'enfant au sein de la famille adoptive³⁶¹. La Cour européenne des droits de l'homme estime dans l'affaire *Kearns contre France* que, « si le délai de deux mois peut sembler bref, il paraît néanmoins suffisant pour que la mère biologique ait le temps de réfléchir et de remettre en cause le choix d'abandonner l'enfant. Tout en reconnaissant la détresse psychologique que Madame Kearns a dû éprouver, la Cour observe que cette dernière était alors âgée de 36 ans, qu'elle était accompagnée par sa mère et qu'elle a été longuement reçue à deux reprises après l'accouchement par les services sociaux. Dans ces conditions, la Cour estime que le délai prévu par la législation française vise à atteindre un équilibre et une proportionnalité suffisants entre les intérêts en cause »³⁶².

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, p. 46.

³⁵⁹ PREURE Mourad, « Kafala, Les enfants sont nés pour être heureux », *Liberté Algérie*, 07 avril 2011.

³⁶⁰ OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, p. 47.

³⁶¹ *loc. cit.*

³⁶² Cours européenne des droits de l'homme, *Kearns c/ France*, 10.01.2008.

B. La situation sociale de la mère non mariée et de son enfant

148. - Attitude de la société envers la mère célibataire et son enfant. Le réflexe premier de la société algérienne face à l'enfant né hors mariage consiste à sanctionner les parents, particulièrement la mère et sa famille, et à priver l'enfant d'un certain nombre d'avantage. Pour décrire l'enfant né hors mariage, la société a recours à des mots aussi forts que « batard », « *walad el harem* » qui se traduit littéralement par « enfant du péché », etc. Lorsque la réprobation existe, elle affecte non seulement la situation sociale de l'enfant né hors mariage, mais aussi celle de la mère, créant ainsi pour elle des obstacles à la réalisation d'une vie normale dans la communauté où elle vit³⁶³.

149. - Rapport de l'Organisation des Nations Unies sur la situation de la mère célibataire en Algérie. Rashida Majoo, rapporteuse spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences en Algérie, rapporte que : « la stigmatisation et l'hostilité ouvertes envers les mères célibataires demeurent particulièrement tenaces. Subissant l'ostracisme et le rejet de leur famille et de leur communauté, nombre de ces femmes quittent le domicile familial ou sont jetées à la rue, où elles sont à la merci de l'exploitation et d'encore plus de violence »³⁶⁴. Dans le même rapport, elle ajoute que : « certains responsables ont minimisé l'ampleur du phénomène, mais les organisations de la société civile ont cité des chiffres élevés de femmes célibataires enceintes ou ayant de jeunes enfants qui vivent dans les rues des plus grandes villes algériennes. N'ayant ni la possibilité de retourner chez elles et dans leurs communauté, ni les moyens de se payer un logement privé, ni un accès préférentiel aux logements publics subventionnés en raison de leur statut de célibataire, ces femmes sont fortement tributaires du soutien des organisations non gouvernementales et des services sociaux publics pour pourvoir à leurs besoins les plus fondamentaux »³⁶⁵.

150. - Etude du Centre national d'études et d'analyse pour la population et le développement sur la situation des mères célibataire. Selon une étude réalisée par le Centre national d'études et d'analyser pour la population et le développement (CENEAP), 74% des mères célibataires n'ont aucune ressource financière stable, alors que 47% exercent la prostitution. Par ailleurs, 21% des femmes interrogées sont devenues mères célibataires à la suite d'un viol. Près de la moitié déclare

³⁶³ SAARIO Vieno Voitto, *La condition de la mère célibataire en droit et dans la pratique, rapport du Secrétaire général des Nations Unies*, Nations Unies, 1971, p. 63.

³⁶⁴ MANJOO Rashida, « La violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences », in Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport du Conseil des Droits de l'Homme*, 2011, p. 9.

³⁶⁵ *Ibid.*

avoir été victime de harcèlement sexuel. L'âge des mères célibataires oscillerait entre 16 et 45 ans, le quart serait âgé de 21 à 25 ans. Finalement, 13,6% des mères célibataires sont elles-mêmes nées d'une relation hors mariage et n'ont aucune information sur le père. Le mariage religieux (mariage par la Fatiha) non inscrit à l'état civil est un autre des facteurs explicatifs du phénomène. Dès 873 femmes interrogées, 240 étaient des « épouses » mariées sous la Fatiha et 344 de leurs enfants étaient nés de ces unions irrégulières³⁶⁶.

151. - Nombreuses sont les femmes qui, une fois enceintes, recourent à l'avortement clandestin, dans des conditions peu sûres, ou abandonnent leur nouveau-né pour qu'il soit recueilli dans le cadre d'une *kafala*. Selon des renseignements récents recueillis lors d'entretiens au centre national de Recherche en Anthropologie sociale et Culturelle, les mères célibataires des zones urbaines d'Alger et d'Oran en particulier souffrent moins de la stigmatisation, en raison d'une évolution plus progressiste des attitudes sociales concernant certaines questions, dont les rapports sexuels hors mariage³⁶⁷. Dans les zones rurales, les femmes qui tombent enceinte hors le cadre du mariage sont exposées à la violence, et même tuées au nom de l'honneur de la famille³⁶⁸. Notons que dans les zones rurales, l'honneur des femmes est régenté par un code de conduite draconien.

152. - **Violence et crime d'honneur.** Le crime d'honneur signifie le meurtre d'une femme par un ou des membres de sa famille, généralement masculin, pour une relation illicite, réelle ou supposée, sous prétexte de défendre ou sauver l'honneur de la famille. La médiatisation des affaires de crime d'honneur a permis une prise de conscience internationale via les mises en garde émises par les instances des droits de l'Homme³⁶⁹. La commission des droits de l'homme, dans sa résolution 2000/45 sur l'élimination de la violence contre les femmes, a défini le terme « violence à l'égard des femmes » comme « tout acte de violence sexuelle causant ou pouvant causer préjudice aux femmes ou des souffrances physiques, sexuelles ou psychologiques, ainsi que les crimes commis au nom de l'honneur et les crimes passionnels »³⁷⁰. La rapporteuse Anne Cryer,

³⁶⁶ LAMIDI Soulef, « Algérie : une étude lève le voile sur la situation des mères célibataires » [en ligne], *L'Emilie magazine socio-culturelles*, 2007.

³⁶⁷ MANJOO Rashida, « La violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences », in Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport du Conseil des Droits de l'Homme*, 2011, p. 30.

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ BARA ABU ANZEH Mohamed, *Crime d'honneur en droit pénal jordanien*, thèse de doctorat, droit privé, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2015, p. 30.

³⁷⁰ KHILLO Imad, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam, le cas des pays arabes*, Presses universitaires d'Aix -Marseille, 2009, p. 336.

dans son rapport sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes devant le Conseil de l'Europe, a défini les contours du crime d'honneur. Pour elle, ce terme est « complexe et vague, mais peut être qualifié de crime d'honneur le crime qui a été justifié et atténué par son instigateur comme une conséquence de la nécessité de défendre ou de protéger l'honneur de la famille »³⁷¹. La commission de l'Organisation des Nations Unies a prié les États de condamner la violence à l'égard des femmes, et de ne pas invoquer la coutume, la tradition ou des pratiques au nom de la religion pour se soustraire à l'obligation d'éliminer cette violence³⁷².

153. - Code d'honneur familial dans la société algérienne. Il existe dans les pays musulmans un code d'honneur familial fondé sur la volonté de la société de préserver ce qu'elle considère comme l'intégrité de la famille. Ce principe traditionnel autorise le meurtre des femmes qui auraient porté la honte sur la famille³⁷³. Ce type de meurtre est une pratique courante en Jordanie, en Turquie, au Pakistan, en Egypte, etc.

154. - Fondement. La famille algérienne, comme dans toute société patriarcale, est basée sur l'honneur, la filiation (*Al Nassab*) et l'origine (*Al-aç'el*) dont la femme est le pivot central³⁷⁴. Au sein de la famille élargie, les rôles des hommes et des femmes sont bien définis. Boutefnouchet explique dans son ouvrage *La famille algérienne, évolution et caractéristiques récentes* qu'« Hommes et femmes, dans la grande famille (*Al -ayla*), ont des relations de parenté donc d'intérêt commun, d'association vers la concrétisation d'un but commun, la cohésion familiale, le prestige familial [...], dans ces principes fondamentaux le femme a un rôle très précis à jouer, en dehors de ce que sa personnalité peut apporter de positif à l'honneur de la famille : elle doit préserver son intégrité physique d'abord, morale ensuite, ceci la gardera pure et gardera toute sa famille pure de toute souillure »³⁷⁵. Le rôle principal des femmes est de préserver leur intégrité physique, dans le sens de préserver leur virginité et ne pas tomber enceinte hors mariage. Malgré l'évolution et la transformation de la famille algérienne, tant au niveau de la structuration de la famille, qui est devenue beaucoup plus une famille conjugale, qu'au niveau de la mixité au travail

³⁷¹ Assemblée parlementaire, compte rendu des débats, session ordinaire de 2003, T II, séances 9 à 16, p. 538 ; CRYER, A., Rapport. Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes. Rapporteuse : Mme Cryer, Royaume-Uni, SOC, cité par Bara Abu Anzeh Mohammed, BARA ABU ANZEH Mohamed, *Crime d'honneur en droit pénal jordanien*, thèse de doctorat, droit privé, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2015, p. 31.

³⁷² KHILLO Imad, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam, le cas des pays arabes*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2009, p. 336.

³⁷³ *Ibid.*, p. 335.

³⁷⁴ MOUTASSEM-MIMOUNI Badra, *Naissances et abandons en Algérie*, EDIK, 2004, p. 23.

³⁷⁵ *loc. cit.*

et à l'école, de l'égalité statutaire et salariale des sexes, la question de la virginité reste omniprésente, et demeure avec la conception hors mariage un sujet tabou. Selon Addil Haouari : « en dépit des mutations sociologiques de l'après indépendance, la culture patriarcale est plus présente, plus symbolique dans les attitudes des individus dans leur référence au lignage, à l'honneur, à la pudeur et dans sa valorisation de l'espace domestique perçu comme modèle idéal de sociabilité »³⁷⁶. La femme qui franchit cette barrière sera exposée aux pires sévices. Les kabyles résumant l'honneur comme étant : « la maison, la femme et les fusils »³⁷⁷.

155. - Les conséquences de la transgression de l'ordre sexuel. L'enfant né hors mariage menace la famille dans sa stabilité, dans sa solidarité, et peut même provoquer la répudiation de la mère, la claustration des autres filles, et l'assassinat de la fille et de son partenaire au nom de l'honneur. Selon la revue *Lybia*, le tribunal de Tizi-Ouzou fait état de 1962 à 1978 de 32 femmes tuées pour des transgressions à l'ordre sexuel avérées ou soupçonnées, ou pour mauvaise conduite³⁷⁸. A l'heure actuelle, malgré l'absence de statistiques fiables, les faits divers rapportés par les médias algériens laissent soupçonner la persistance de ce phénomène. Cependant, selon un représentant de la commission Nationale Consultative de Promotion et de Protection des droits de l'Homme (CNCPPDH), une institution algérienne indépendante qui assure un rôle de surveillance en matière de respect des droits de l'Homme, les crimes d'honneur sont des phénomènes inhabituels, qui se produisent seulement dans les zones rurales³⁷⁹.

156. - Absence de dispositions propres à la protection sociale de la mère célibataire et de son enfant. Les mesures de sécurité sociale prises en faveur des mères non mariées n'ont pas fait, jusqu'ici, l'objet d'instruments ou de lois spéciales. L'Organisation Non Gouvernementale Sud Santé souligne que la situation de la mère célibataire est aggravée par les lacunes du cadre législatif et exécutif en matière de protection des droits de la femme au Maghreb. En effet, les mesures de protection en vigueur en Tunisie, au Maroc, et en Algérie sont relativement limitées, dénotant l'absence d'une réelle volonté politique pour traiter du sujet³⁸⁰.

³⁷⁶ ADDI Lahouari, *Les mutations de la société algérienne : famille et lien social dans l'Algérie contemporaine*, La découverte, 2004, p. 13.

³⁷⁷ CHIOUKH Rabiha, *Les enfants abandonnés entre prise en charge et marginalisation sociale, le cas de la pouponnière de Boukhalef Tizi-Ouzou*, mémoire d'anthropologie, 2012, p. 25.

³⁷⁸ *Ibid.*, p. 26.

³⁷⁹ DIVERS et al., « Situation des mères célibataires », sur *Ofpra*.

³⁸⁰ DIVERS et al., « Pour une meilleure insertion sociale et professionnelle des mères célibataires au Maghreb », sur *Santé sud*, 2016.

157. - Promesse non tenue. En Algérie, les pouvoirs publics ont annoncé à plusieurs reprises que des mesures d'aide sociale au profit de la mère célibataire et de son enfant seront mises en place³⁸¹. Hélas, ces mesures n'ont jamais vu le jour. La création d'un code de la protection sociale algérien dans lequel devait figurer la prise en charge de la mère célibataire avait été annoncée, mais ce texte de loi n'a pas encore été concrétisé³⁸². Même les faibles initiatives prises par les pouvoirs publics sont bafouées par les conservateurs. A titre d'exemple, le ministère de l'emploi et de la solidarité nationale a déclaré que « toute mère qui accepte (ait) de récupérer l'enfant qu'elle a (avait) abandonné dans les centres d'assistance touche (ait) la somme de 10 000 dinars par mois »³⁸³. Mais malheureusement, sous la pression des conservateurs, le ministère de l'emploi et de la solidarité nationale s'est rétracté et a déclaré que cette aide ne serait octroyée qu'aux familles d'accueil³⁸⁴. Cette absence de volonté et de décision de prendre en charge la mère célibataire et son enfant est influencée par l'esprit des conservateurs qui considèrent que l'acte de prise en charge de la mère célibataire, qui a commis un péché, et de son enfant, fruit d'une relation illicite, provoque le risque d'être puni par Dieu³⁸⁵. Ces conservateurs évoquent régulièrement le droit musulman pour freiner la protection de la mère célibataire et de son enfant, mais ils le font sans connaître le fondement réel de l'interdiction d'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage. Ils ignorent aussi la réalité profonde des mutations qui s'opèrent au sein de la société et la vulnérabilité des enfants nés hors mariage qui en découle.

158. - Prise en charge limitée. Depuis les années quatre-vingt, la société algérienne est confrontée à un nombre pléthorique d'enfants abandonnés à la naissance³⁸⁶. Leur prise en charge se résume à quelques initiatives de chefs de services de maternité, lesquels utilisent au bénéfice des enfants des « queues de budget », prises sur des crédits réservés à des services tels que le nettoyage, car ils ne bénéficient d'aucun moyen spécifique³⁸⁷. De plus, les structures institutionnelles qui accueillent les enfants privés de famille ne jouent pas leur rôle correctement,

³⁸¹ OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, p. 48.

³⁸² RAHOU Yamina, « Les mères célibataires une réalité occultée », *Naqd*, 2006, p. 54.

³⁸³ OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, p. 48.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 48.

³⁸⁶ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 80.

³⁸⁷ *Ibid.*

car elles ont des problèmes liés aux manques de moyen matériel et au personnel, ce qui provoque un impact sur la santé physique et morale des enfants³⁸⁸.

159. - Dans une étude qu'elle a menée Badra Moutassem-Mimouni constate que « la qualité du personnel constitue un facteur qui empêche une prise en charge optimale des enfants privés de famille ». Son étude montre qu'un tiers du personnel est dans une situation de précarité puisqu'il est constitué de vacataire, d'emploi jeune et de pré emploi. De plus, moins du tiers du personnel a un niveau scolaire secondaire (20,5%) et universitaire (10%), et la grande majorité se partage entre le niveau primaire ou sans aucun niveau (43%) et le niveau de l'enseignement moyen (26,5%)³⁸⁹.

En surplus, les personnels éducatifs n'ont bénéficié ni de formation spécifique, ni de formation continue, ni de recyclage, et souffrent d'un sous encadrement pédagogique chronique qui affecte la résistance des nourrices et éducateurs. S'ajoute enfin à cette liste le salaire faible versé au personnel³⁹⁰.

160. - Conséquences. Le manque de prise en charge provoque des carences affectives chez les enfants privés de famille. Les enfants sont exposés à des graves troubles psychologiques et / ou psychomoteur, et certains enfants décèdent.³⁹¹

161. - Comité international des droits de l'enfant. L'Algérie a, de ce fait, été l'objet de critiques de la part du Comité international des droits de l'enfant. Ce dernier a souligné qu'il engage constamment l'Etat algérien à allouer des ressources budgétaires adéquates à la mise en œuvre des droits des enfants conformément à l'article 4 de la Convention et, en particulier, à augmenter le budget alloué aux secteurs sociaux, notamment, mais pas exclusivement, à celui de la santé. Le Comité engage également l'Etat algérien à élaborer le budget de l'Etat dans le cadre d'une approche fondée sur les droits de l'enfant, en mettant en œuvre un système de suivi de l'affectation et de l'emploi des ressources destinées aux enfants couvrant l'ensemble du budget, et assurer ainsi la visibilité des investissements consacrés à l'enfance. Le Comité engage en outre l'Etat algérien à utiliser ce système de suivi pour effectuer des études d'impact visant à déterminer comment les investissements dans tel ou tel secteur peuvent servir l'intérêt supérieur de l'enfant, en veillant à mesurer les différents effets que peuvent avoir ces investissements sur les filles et les

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ MOUTASSEM-MIMOUNI Badra, « Les enfants privés de famille en Algérie » [en ligne], *Insaniyat*, 2008.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 81.

garçons³⁹². Enfin, le Comité recommande que tous les groupes professionnels travaillant pour et avec les enfants reçoivent systématiquement une formation adaptée sur les droits de l'enfant³⁹³.

Section 2 : La filiation paternelle de l'enfant né hors mariage

162. - Comme nous l'avons précédemment souligné, en droit de la famille algérien, il n'est de filiation que légitime. Cela veut dire que l'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère ne pourrait être légitimement rattaché à son géniteur³⁹⁴, il est privé de sa filiation paternelle (paragraphe 1). Afin d'établir sa filiation à l'égard de son père, un artifice juridique est utilisé (paragraphe 2).

§ 1 : Le refus d'établissement de la paternité hors mariage

163. - Il est nécessaire de comprendre le fondement du refus d'établissement de la paternité hors mariage (A), et ce qu'il engendre comme effets néfastes pour l'enfant (B).

A. Le fondement de l'interdiction de l'établissement de la filiation hors le lien du mariage

164. - **Interrogations.** Pour une utile compréhension de l'interdiction de l'établissement de la filiation de l'enfant à l'égard de son père dans le cas où l'enfant est né hors mariage, le fondement et la source de cette interdiction doivent nécessairement être connus. Est-ce que cette interdiction a une assise coranique ? Est-elle bien fondée ?

165. - **D'autres fondement.** En effet, la prohibition de l'établissement de la filiation de l'enfant né hors mariage à l'égard de son père n'a pas un fondement coranique solide car il n'y a aucun verset coranique qui interdise à un enfant d'être rattaché à son père. Cette interdiction ne résulte pas d'une norme bien fondée. Les juristes musulmans classiques l'ont déduite d'une règle condamnant la *zina*³⁹⁵.

166. - **Prohibition non fondée.** Certes la prohibition de la *zina* a son fondement dans plusieurs versets coraniques comme nous l'avons déjà souligné plus haut, en revanche, le fondement de l'interdiction d'établir la filiation paternelle hors le lien du mariage ne découle pas des versets

³⁹² CRC/C/DZA/CO/3-4, 15 juin 2012 (Algérie).

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 143.

³⁹⁵ *Ibid.*, p. 48.

coraniques car le Coran n'évoque pas cette interdiction. D'ailleurs, le Coran dans plusieurs versets incite les croyantes et les croyants à prendre soin des enfants et à les protéger. Dans un verset coranique, les croyants sont incités à appeler les enfants du nom de leur père : « Appelez-les par le nom de leur père ; c'est plus équitable auprès de Dieu. Si vous ne connaissez pas leur père considérez-les alors comme vos frères en religion ou vos clients ». En plus, s'il y avait une interdiction d'établir la filiation naturelle à l'égard du père, cette interdiction devrait s'appliquer aussi à la mère naturelle de l'enfant. Or, il n'en est rien puisque l'enfant naturel est affilié à sa mère. Car en effet, les deux membres du couple ayant conçu l'enfant illégalement devraient être sanctionnés de la même façon, toujours par analogie avec le caractère égalitaire du verset coranique qui énonce : « La fornicatrice et le fornicateur, fouettez-les chacun de cent coups de fouet (...) »³⁹⁶. Et par conséquent, l'enfant n'aurait ni filiation maternelle, ni filiation paternelle. La prohibition de la fornication ne peut donc être un fondement solide pour la prohibition de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage³⁹⁷.

167. - Aspect social de l'interdiction d'établir la filiation paternelle. L'explication que nous pouvons donner à cette prohibition vient des interprétations des juristes musulmans classiques. Leur objectif derrière cette interdiction était de ne pas ouvrir la porte aux relations sexuelles hors le cadre du mariage. Les légistes musulmans classiques ne voulaient pas se montrer indulgents envers l'acte de *zina*. En effet, s'ils acceptaient l'établissement de la filiation de l'enfant conçu hors le cadre du mariage à l'égard de son père, cela revenait à accepter l'acte sexuel hors le cadre légal du mariage, car la conséquence des rapports charnels hors le cadre du mariage est la naissance de l'enfant. Pour les juristes musulmans classiques l'acte de *zina* qui produit la naissance de l'enfant est puni. De ce fait, la naissance de l'enfant et la prohibition de l'affilier à son géniteur (le père) est la conséquence directe du délit de *zina*³⁹⁸.

Cela laisse penser que l'enfant né hors mariage porte le fardeau du péché de ses parents comme le souligne Hassan El Basri, qui fait remarquer qu'en vertu de la sourate l'*Anaam* (Du bétail) aucune « âme ne portera le fardeau d'autrui ». De ce fait, l'enfant naturel ne devrait pas porter le fardeau de ses parents et ne devrait pas se voir interdire sa filiation paternelle pour la faute de ses parents³⁹⁹.

³⁹⁶ Le Coran, sourate 24, verset 2. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

³⁹⁷ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 50.

³⁹⁸ *loc. cit.*

³⁹⁹ *Ibid.*

168. - Critique. Actuellement, ce que nous reprochons au législateur algérien, comme à d'autres législateurs de pays musulmans, c'est qu'il ne s'est pas intéressé aux enfants nés hors les liens du mariage et qu'il n'a pas fait l'effort de comprendre le fondement et la source de cette interdiction, qui n'a pas un aspect religieux mais un aspect social. Seul cet effort de compréhension lui permettrait de légiférer sur cette question d'une manière souple et en prenant en considération l'intérêt supérieur de l'enfant, car en général l'enfant trouve son épanouissement dans sa famille d'origine, et l'interdiction de l'enfant d'être rattaché à son père produit donc des conséquences néfastes.

B. Les effets désastreux de la norme prohibant d'établir la filiation paternelle

169. - La prohibition du rattachement de l'enfant à son père produit des conséquences néfastes pour l'enfant. Il prive l'enfant de son droit naturel d'être rattaché à son père. De ce fait, l'enfant subit les conséquences d'une faute pénale qui n'a pas été commise par lui mais par ses parents biologiques. Il doit être noté que, à notre époque moderne, le législateur algérien ne punit pas le délit de fornication par lapidation car cet acte est jugé inhumain. Le code pénal algérien ne punit pas un homme et une femme célibataires consentants qui ont commis *zina* contrairement à certains pays musulmans comme l'Arabie Saoudite qui considèrent *zina* comme un crime sexuel passible de la peine de mort par lapidation. Mais, l'absence de conséquence pénale pour les géniteurs en Algérie n'a pas supprimé les conséquences civiles, l'enfant naturel étant toujours interdit d'affiliation à son père⁴⁰⁰. Pourtant, priver l'enfant de sa filiation paternelle est aussi un acte inhumain.

170. - Comité des droits de l'enfant. Pour que les dispositifs trouvent une effectivité, il faut que l'État algérien s'engage à respecter le droit de l'enfant né hors mariage de vivre au sein de sa famille d'origine, d'être reconnu par son père comme sa mère. Pour le moment, le législateur algérien est loin des principes de la Convention internationale des droits de l'enfant. Car la Convention dans son article 2 prohibe expressément les discriminations entre les enfants fondées sur « le statut juridique » des parents⁴⁰¹. Le Comité international des droits de l'enfant à propos

⁴⁰⁰ Comme le souligne Nasr-Eddine Lezzar, « Le code pénal algérien ne prohibe pas les relations sexuelles hors mariage lorsqu'elles ont lieu entre personnes adultes consentantes, célibataires et en dehors d'espaces publics... Le droit algérien autorise l'enfant à naître en dehors du mariage, mais ne lui consacre aucun droit et aucun statut. Il le condamne à rester ad vitam aeternam dans un néant juridique. ». Source : LEZZAR Nasr-Eddine, « La femme et les droits de l'homme en droit algérien », *Naqd*, 2006.

⁴⁰¹ DEKEUWER-DEFOSSER Françoise, *Les droits de l'enfant*, Presses Universitaires de France, 1991, p. 40.

de l'Algérie en 2012 a mis en avant une nouvelle fois des observations sur la discrimination de fait dont continuent à être victime les enfants nés hors mariage⁴⁰². Le Comité des droits de l'enfant engage instamment l'État Algérien à : « adopter et mettre en œuvre une stratégie globale visant toutes les formes de discrimination, notamment les multiples formes de discrimination à l'égard de tous les groupes d'enfants en situation vulnérable, et à mettre en œuvre en coordination avec de nombreux partenaires et en y associant tous les secteurs de la société afin de faciliter le changement social et culturel et la création d'un climat favorable à la réalisation de l'égalité entre les enfants »⁴⁰³. Le comité invite l'État algérien « à redoubler d'efforts pour que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant soit dûment intégré et constamment appliqué dans toutes les procédures législatives, administratives et judiciaires, ainsi que dans l'ensemble des politiques, programmes et projets présentant un intérêt et ayant des conséquences pour les enfants. A cet égard, l'État partie est encouragé à élaborer des procédures et des critères permettant de déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant dans tous les domaines et à les porter à la connaissance des organismes de protection sociale publics ou privés, des tribunaux, des autorités administratives et des organes législatifs. Tous les jugements et décisions judiciaires et administratifs devraient également être fondés sur ce principe, et indiquer les critères utilisés en l'espèce pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Etablissement de la filiation maternelle : une source de préjudice. L'enfant peut établir sa filiation uniquement à l'égard de sa mère. Or, le rattachement de l'enfant uniquement à l'égard de sa mère est une source de préjudice, car la filiation maternelle ne s'établit qu'à défaut, comme conséquence de l'interdiction du rapport juridique avec le père. En surplus, dans le système algérien la filiation maternelle de l'enfant né dans le mariage est secondaire. Dans l'acte de naissance de l'enfant légitime l'officier de l'état civil mentionne le nom du père en premier, et en second le nom de la mère. Le droit algérien donne une plus grande importance au nom du père par rapport au nom de la mère, car la filiation de l'enfant est patrilinéaire comme le souligne Emilie Barraud : « La filiation est, en règle générale et sauf exception, patrilinéaire, la transmission passe par le père, l'individu appartient au groupe de son père et acquiert le statut de l'enfant légitime uniquement à l'égard du père [...] En citant les noms de ses ascendants masculins (*al nassab*), l'homme se définit socialement, c'est autrement dit l'histoire du nom »⁴⁰⁴. Pour cette raison la

⁴⁰² CRC/C/SR.1714 et 1715, 8 juin 2012 (Algérie). Il est à noter que le rapport du Comité des droits de l'enfant de 2012 est le dernier publié, le rapport initialement prévu en 2018 n'ayant pas été publié.

⁴⁰³ CRC/C/SR.1714 et 1715, 8 juin 2012 (Algérie).

⁴⁰⁴ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 47.

prohibition d'établir la filiation paternelle et le rattachement de l'enfant à sa mère célibataire produit des conséquences néfastes à l'égard de l'enfant.

§ 2 : Les exceptions qui permettent d'établir la filiation paternelle

171. - Pour faciliter le rattachement de l'enfant à son père, des artifices juridiques issus du droit musulman classique sont mis en place par le législateur algérien. Deux catégories d'enfants illégitimes sont prises en compte par le droit musulman : l'enfant né de relations sexuelles hors mariage (*waldaz-zina*) (A), d'une part, et d'autre part, l'enfant né d'un mariage secret (B).

A. La paternité de l'enfant né d'une relation sexuelle hors mariage

172. - Il est nécessaire de souligner que le droit musulman comme la jurisprudence algérienne n'écarte pas totalement la possibilité de l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né d'une relation adultérine (1) et de l'enfant né deux personnes non mariés (2).

1) L'artifice juridique permettant d'établir la paternité d'un enfant adultérin

173. - **L'enfant endormi.** Pour masquer une grossesse illégitime, la société maghrébine s'appuie sur une croyance nommée « l'enfant endormi ». Cette croyance désigne l'état de l'enfant endormi dans le ventre de sa mère⁴⁰⁵. L'endormissement du fœtus prolonge la grossesse au-delà de la limite acceptée par la médecine moderne.

Cette croyance arabo-berbère a inspiré les juristes musulmans classiques du petit Maghreb et de la Méditerranée⁴⁰⁶. Elle constitue une fiction juridique utile pour éviter, d'une part, de priver un enfant né hors le cadre du mariage de sa filiation patrilineaire, particulièrement en cas du décès du mari ou de divorce. D'autre part, le concept de l'enfant endormi permet de ne pas accuser d'adultère une femme éloignée de son mari depuis plusieurs mois et qui met au monde un enfant. Selon les juristes musulmans classiques, la durée présumée de la grossesse peut être plus ou moins longue. Ils ont en effet différemment fixé le délai maximal de grossesse qui varie suivant les écoles entre deux ans et cinq ans, faute de pouvoir s'appuyer sur un verset coranique ou sur un hadith authentique. Selon les hanafites, la grossesse peut durer deux ans. Ils justifient leur solution en s'appuyant sur l'avis de Aïcha, la femme du Prophète. Les Hanbalites et les Chaféïtes optent

⁴⁰⁵ FORTIER Corinne, « Les ruses de la paternité en Islam Malékite, L'adultère dans la société maure de Mauritanie », in *Islam et révolutions médicales. Le labyrinthe du corps*, IRD/Karthala, 2013, p. 157-181.

⁴⁰⁶ *Ibid.*

quant à eux pour une durée maximale légale de grossesse de quatre années. Al Shafi, fondateur de l'école Chafiite, s'est appuyé sur une décision du calife Omar Ibn Al Khateb, un des compagnons du Prophète⁴⁰⁷. La doctrine hanbalite énonce son opinion d'une manière limpide : « Si une femme répudiée ou veuve, non remariée, met au monde un enfant alors que se sont écoulées quatre années depuis l'acte de répudiation ou la mort du mari, l'enfant est rattaché à ce dernier, et avec sa naissance, la retraite de continence de sa mère prend fin »⁴⁰⁸. Concernant le délai maximal de grossesse, l'opinion des Malékites n'est pas claire. Quelques récits rapportent que les Malikites admettent quatre, et même cinq ans⁴⁰⁹ de délai maximal de grossesse. D'autres auteurs font dire que le délai maximal est de trois ans, en s'appuyant sur un récit d'Al-Waqidi⁴¹⁰ : « J'ai entendu Malik Ibn Anas [fondateur de l'école Malékite] dire que la grossesse pouvait durer trois ans »⁴¹¹. L'opinion jurisprudentielle de Malik est fondée sur sa propre naissance : il affirme que sa mère le porta trois ans⁴¹². Elle est également fondée sur les récits de certaines mères ou des femmes de la génération vertueuse des anciens⁴¹³. Seuls les Chiites ont retenu un délai en apparence plus raisonnable de dix mois⁴¹⁴. En réalité, les docteurs musulmans sunnites (Malékite, Hanbalite et Chafiite) n'ont pas cru que la grossesse puisse durer plusieurs années, ils savaient que la grossesse ne durait que dix mois au grand maximum. Ils ont choisi d'allonger le plus possible le délai maximal de la grossesse pour des raisons d'humanité, afin que les enfants conçus dans des conditions irrégulières soient néanmoins dotés d'un statut légitime, et pour ne pas troubler la paix des familles et éviter d'appliquer les peines de l'adultère⁴¹⁵.

174. - Abrogation de la théorie de l'enfant en dormi. Le législateur algérien a écarté la théorie de l'enfant endormi, en rappelant que la grossesse ne pouvait aller au-delà de dix mois en s'appuyant sur la science. Le législateur a rejeté cette ruse qui a une finalité humanitaire sans chercher une solution de substitution qui permettrait d'établir la filiation paternelle. Il est

⁴⁰⁷ COLIN Joël, *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère*, Presses universitaires de Perpignan, 1998, p. 94-95.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 98.

⁴⁰⁹ ABOU ZAHRA Mohamad, *L'imam Malik, sa vie et son époque, ses opinions et son fiqh*, Al qalam, 2007, p. 17.

⁴¹⁰ Al waqidi, historien né à Médine en 130 et mourut en 747. Pour plus d'information consulter COLIN Joël, *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère*, Presses universitaires de Perpignan, 1998, p. 73.

⁴¹¹ ABOU ZAHRA Mohamad, *L'imam Malik, sa vie et son époque, ses opinions et son fiqh*, Al qalam, 2007, p. 17.

⁴¹² *loc. cit.*

⁴¹³ *Ibid.*, p. 18.

⁴¹⁴ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 200.

⁴¹⁵ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 406.

nécessaire que le législateur algérien attribue une filiation patrilinéaire à l'enfant né hors mariage sans prendre en compte les circonstances de sa naissance.

2) L'enfant né de deux personnes célibataires

175. - Union libre. M-B Tahon définissait l'union libre dans son ouvrage *La famille désinstitués* comme une « vie en couple hors des règles légales »⁴¹⁶. Cette forme de relation hors mariage est un sujet tabou dans la société algérienne. Malgré l'interdiction religieuse et juridique l'union hors mariage existe dans la société algérienne sous deux formes. La première forme correspond à la situation où la femme et l'homme cohabitent ensemble sous le même toit. Ce type de relation est proche d'une relation fondée sur le mariage, car elle vise la stabilité et ne diffère du mariage que par l'absence des conditions du fond et de forme de mariage. La deuxième forme correspond à la situation où un couple non marié ne vit pas ensemble mais a des relations charnelles hors le cadre du mariage. L'union libre, contrairement au mariage, peut être rompue à tout moment sans formalité.

176. - Effets. Les enfants issus d'une union libre sont réputés d'être des enfants illégitimes. En droit algérien les enfants nés hors le cadre du mariage ne peuvent pas être rattachés à leur père. Ils ne seront rattachés qu'à leur mère et à la famille de celle-ci. Il est absurde que le père d'un enfant né en dehors du mariage ne puisse pas le reconnaître, et qu'il ne puisse jouir de tous ses droits, sans autre formalité.

177. - Opinion des juristes musulmans classiques. Il est intéressant de savoir que la question de la filiation de l'enfant né hors mariage a suscité une convergence d'opinion entre les savants musulmans classiques. Pour Abn Hanifa, « il n'y a aucun mal à ce qu'un homme épouse une femme qui porte son enfant, c'est son enfant ». La règle selon Ibn Hanifa est que l'enfant né de la fornication est le fils de son géniteur, même en dehors du mariage. Cette opinion est partagée par Ibn Taymiyya et par son disciple Ibn El Quayyim qui rattachent l'enfant illégitime à son géniteur si ce dernier le reconnaît et épouse sa mère⁴¹⁷. Cela veut dire que l'enfant né en dehors du mariage peut être rattaché à ses parents biologiques, c'est-à-dire à son père et sa mère. D'autres penseurs musulmans, comme Mohamed Ben El Ashaa'ri et Abu Jaaffare Ethani, pensent que l'enfant né hors le cadre du mariage n'a pas le droit d'être affilié à son père, mais a le droit d'être rattaché à

⁴¹⁶ ROUISSI Mourad, *L'union libre chez les jeunes tunisiens*, thèse de doctorat, sociologie, Université de Laval, 2010, p. 73.

⁴¹⁷ OSSOUKINE Abdelhafid, « Faut-il bruler l'enfant naturel », sur *academia.edu*.

sa mère⁴¹⁸. De ce fait, il n'existe pas la légitimité par un mariage subséquent. Pourtant plusieurs versets coraniques⁴¹⁹ sont clairs sur cette question, comme le verset 15 de la sourate *Al ahzab* : « Appelez – les du nom de leurs pères ; c'est plus équitable devant Allah ».

178. - Droit algérien. A l'image de l'opinion de ces derniers, le droit positif algérien ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né hors le cadre du mariage, y compris par mariage subséquent. A cet égard, la cour suprême a ainsi pu, dans un arrêt du 17 novembre 1998, rejeter l'établissement de la filiation d'un enfant né avant la conclusion du mariage. Elle a justifié son refus ainsi : « Ne commet pas une contradiction l'arrêt qui valide le mariage et refuse d'attribuer la paternité à l'époux lorsque l'enfant est né moins de six mois après le mariage, car les rapports sexuels antérieurs au mariage ne constituent pas une consommation du mariage »⁴²⁰.

179. - Subterfuge juridique permettant d'établir la filiation. Pour contourner cette situation et permettre que l'enfant soit affilié à son père et puisse prétendre à des droits, il faut recourir à un subterfuge juridique : le géniteur ne doit pas mentionner la conception illégitime de l'enfant. Autrement dit, il suffit que le géniteur s'abstienne de déclarer qu'il s'agit d'un enfant de la fornication (*zina*) : il doit garder le silence sur les circonstances de la naissance de son enfant, il ne doit pas avouer sa relation illicite avec la mère de son enfant, et au moment de la déclaration de la naissance il ne doit pas avouer que l'enfant est issu d'une relation illégitime⁴²¹. Il déclare pour cela s'être marié religieusement antérieurement à la conception de l'enfant, ou plus de six mois avant sa naissance⁴²². L'enfant sera alors exactement dans la même situation que l'enfant légitime.

180. - La reconnaissance de la paternité (*Al iqrar*) comme moyen d'établir la filiation paternelle. Il faut souligner également que le recours à la reconnaissance de la paternité afin d'établir la filiation paternelle est possible et est parfois pratiqué. Mais les arrêts de la Cour suprême qui affirment que l'enfant né hors mariage peut être affilié à son père sont rares, ce qui rend le succès de cette procédure incertain.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ On peut citer les versets suivants : le verset 164 de sourate *Al an'am*, le verset 15 de sourate *Isr'a*, le verset 18 de sourate *Fater*, le verset 38 de sourate *Al Najim*, verset 11 de sourate *An niça*. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

⁴²⁰ Cour suprême, dossier n°210478, du 17 novembre 1998. Source : SAYCI Djamel, *La jurisprudence algérienne en matière de statut personne, les décisions de la Cour suprême*, ClicEditions, 2013, p. 1028- 1029.

⁴²¹ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 329.

⁴²² Il faut noter que le code de la famille leur donne en effet la possibilité de solliciter le juge afin de régulariser un mariage non inscrit à l'état civil, en vertu de l'article 22 du CFA qui énonce : « le mariage est prouvé par la délivrance d'un extrait du registre de l'état civil. A défaut d'inscription, il est rendu valide par jugement si, toutefois, les éléments constitutifs du mariage sont réunis conformément aux dispositions de la présente loi. Cette formalité accomplie, il est inscrit à l'état civil ».

La reconnaissance de paternité résulte de l'article 44 du code de la famille algérien qui, en s'inspirant du droit musulman, dispose que « la reconnaissance de filiation, celles de paternité ou de maternité, même prononcées durant la maladie précédant la mort, établissent la filiation d'une personne d'ascendants inconnus pour peu que la raison ou la coutume l'admettent ». Le terme reconnaissance désigne l'aveu, littéralement « *iqrar* ». Le législateur algérien définit l'aveu dans l'article 341 du code civil qui dispose que : « L'aveu est la reconnaissance d'un fait juridique faite en justice ». En matière de filiation, il y a reconnaissance de paternité ou de maternité de l'enfant lorsqu'une personne déclare qu'il est le père ou la mère d'un enfant. Les *fuqahas* la nomment reconnaissance de parenté directe⁴²³. L'enfant reconnu par son père bénéficie d'une filiation juridique comme s'il était né dans le cadre du mariage et aura les droits d'un enfant légitime. La validité de la reconnaissance de paternité est soumise à des conditions, reconnues au nombre de trois à l'unanimité des juristes musulmans classiques. Première condition, l'enfant doit être d'une filiation inconnue. La logique derrière cette condition est, d'une part, de faciliter le rattachement de l'enfant illégitime à son père biologique, à condition que ce dernier occulte les circonstances de la naissance de l'enfant. Deuxième condition, la différence d'âge entre l'enfant et le père doit relever de la logique, c'est-à-dire que la différence d'âge doit être suffisante pour rendre plausible la paternité de ce dernier. Troisième et dernière condition, le consentement de l'enfant. L'auteur de la reconnaissance doit acquiescer le consentement de l'enfant si ce dernier est en âge de discernement. Avant cet âge, son assentiment est inutile. La reconnaissance de paternité est considérée par le droit musulman comme un moyen juridique essentiel pour remédier aux problèmes des enfants sans filiation.

181. - Cour suprême. La cour suprême algérienne a eu à se prononcer dans diverses espèces sur la question de la reconnaissance de paternité. Dans un arrêt rendu le 2 novembre 1996, bien que le père ne fût pas marié à la mère, les juges de la Cour suprême ont retenu la filiation de l'enfant car il y avait reconnaissance de paternité⁴²⁴. En contradiction avec cet arrêt, une autre décision de la cour suprême a affirmé que l'enfant né hors le cadre du mariage est, et reste, un enfant naturel, même si les père et mère de ce dernier régularisent leur situation en se mariant⁴²⁵.

⁴²³ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 50.

⁴²⁴ Cour suprême, 02.11.1996, dossier n°217687, Cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 197.

⁴²⁵ Cour suprême, 19.01.1984, dossier n°34046, Cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 197.

Les décisions de la cour suprême sont donc bien contradictoires sur ce point. Cela résulte de l'imprécision des rédacteurs du code de la famille concernant les conditions de la reconnaissance de paternité. Est-elle nécessairement conditionnée par l'existence ou la preuve d'un mariage préalable ? Ou la volonté du père est-elle suffisante pour l'établissement de la filiation ? La réponse des juristes musulmans classiques est quant à elle parfaitement claire : ils n'exigent pas l'existence d'un mariage pour rattacher l'enfant à son géniteur.

Les rédacteurs du code de la famille algérien n'ont pas été précis concernant cette question. C'est la raison pour laquelle les magistrats appliquent les règles relatives à l'aveu différemment.

Le législateur algérien, comme les législateurs tunisien et marocain, n'est pas clair sur la question de la reconnaissance de paternité. Le législateur algérien a consacré un seul article sur la problématique de la reconnaissance parentale. Cet article est bref, insuffisant, lacunaire, et silencieux sur différents points. Cela ne facilite pas le travail des magistrats dans le rattachement de l'enfant à ses parents. Le législateur algérien n'est pas clair dans cet article. Pourtant, la reconnaissance de paternité est un procédé efficace pour la protection de l'enfant car elle crée le lien de filiation paternelle en dehors de tout mariage.

B. La filiation incertaine de l'enfant né d'un mariage coutumier

Les fiançailles en droit algérien ne forment pas une source de légitimité de l'enfant. En revanche, le mariage contracté en la forme traditionnelle ou « mariage coutumier », c'est-à-dire un mariage contracté par le consentement des futurs conjoints, qui remplit les conditions du mariage, au cours duquel La *fatih*a a été récitée⁴²⁶, mais qui n'est pas enregistré à l'état civil, forme une source de légitimité de l'enfant. Cette forme de mariage crée un lien entre l'enfant et le géniteur car l'enfant est considéré comme issu de rapports licites entre les époux⁴²⁷.

182. - Cour suprême. La cour suprême algérienne le confirme dans une affaire qu'elle a jugée le 18 mai 1999 en ces termes : « les juges ont fait une bonne application de la loi en validant le mariage traditionnel qui a réuni, selon les témoins ayant assisté à la séance contractuelle, les

⁴²⁶ Art. 9 bis du CFA énonce : « Le contrat de mariage doit remplir les conditions suivantes :

- la capacité au mariage,
- la dot,
- el wali,
- deux témoins,
- l'exemption des empêchements légaux au mariage ».

⁴²⁷ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 198.

conditions fixées par la *chari'a*, de même qu'ils ont considéré, à bon droit, que la filiation de l'enfant est établie car né d'une relation conjugale valide conformément à l'article 41 et suivant du code de la famille »⁴²⁸. Cette décision montre clairement que le mariage coutumier a la même valeur que le mariage conclu devant l'officier d'état civil ou le notaire.

183. - Mariage coutumier. Il est intéressant de souligner, que ce type de mariage coutumier peut prendre la forme d'un mariage secret ou clandestin dans la mesure où le mariage n'est pas suivi d'une noce qui le rende public⁴²⁹. Ce mariage coutumier est utilisé principalement par des hommes mariés qui souhaitent prendre une autre épouse secrètement, sans avoir le consentement de la première épouse. Le droit de la famille algérien exige le consentement de la première épouse. Généralement les femmes n'accordent pas à leur époux le droit à la polygamie. De ce fait, les hommes remplacent le mariage polygamique par un mariage secret.

184. - Conséquences. Toutefois, cette forme de mariage peut engendrer des conséquences néfastes à l'égard de la femme comme à l'égard de l'enfant. Autrement dit, il arrive que l'homme refuse de reconnaître les enfants issus de cette relation. Considérant que ce type de mariage n'est pas inscrit à l'état civil ou devant le notaire, la femme ne dispose pas d'aucun contrat écrit pour faire valoir la légitimité de son union⁴³⁰.

185. - Témoignage. Afin d'établir la filiation paternelle des enfants conçus d'un mariage secret, le mariage doit être prouvé. Pour cela la femme peut recourir aux moyens d'établissement de la filiation classiques inspirés du droit musulman. Elle peut s'appuyer sur le témoignage des personnes ayant assisté à ce mariage. Selon Louisa Hanifi « la preuve testimoniale, d'usage en droit musulman, était largement pratiquée à une époque où les mariages traditionnels étaient conclus sous cette forme ; elle l'est aujourd'hui encore, d'autant que cette pratique des mariages traditionnels s'est maintenue dans notre pays »⁴³¹.

186. - Cour suprême. Dans diverses décisions de la Cour suprême le témoignage est un moyen adéquat d'établissement de la filiation paternelle. Dans un arrêt en date du 17 mars 1992, la Cour

⁴²⁸ Cour suprême, 18.05.1999, dossier 222579, cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 198.

⁴²⁹ FORTIER Corinne, « Les ruses de la paternité en Islam Malékite, L'adultère dans la société maure de Mauritanie », in *Islam et révolutions médicales. Le labyrinthe du corps*, IRD/Karthala, 2013, p. 157-181.

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 198.

suprême reconnaît l'existence du mariage coutumier liant les deux parties en se fondant sur « la déclaration des témoins ayant assisté à la séance contractuelle, selon laquelle il y a eu échange de consentement entre les deux parties, présence du tuteur, et fixation de la dot »⁴³². Dans une autre affaire en date du 15 juin 1999 elle rejette le pourvoi en cassation formulé par le mari, contestant la filiation de l'enfant. En l'espèce, les juges soulignent que l'enfant est né dans les liens d'un mariage coutumier, lequel a été prouvé par des témoins ayant affirmé, sous serment, avoir assisté à la séance contractuelle, et que toutes les conditions exigées pour la conclusion du mariage étaient réunies⁴³³.

187. - Preuve scientifique et filiation paternelle hors mariage. Aujourd'hui, avec la modification du code de la famille algérien, plus précisément l'enrichissement de l'article 40 par un alinéa 2 donnant la possibilité au juge de recourir « au moyens de preuve scientifiques en matière de filiation ». Les mères célibataires tentent d'invoquer devant le juge ce mode de preuve afin d'établir la filiation paternelle. Malheureusement, de nombreuses décisions refusent d'établir la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage. Ils considèrent que ce moyen scientifique est réservé aux enfants nés dans le cadre du mariage. Mme Boulenouar Azzemou explique que « de nombreuses décisions donnent une interprétation décalée du texte (article 40 du code de la famille algérien) en décidant qu'aussi bien, la reconnaissance de paternité, la preuve de paternité, quand bien même elle serait scientifique, n'ont de valeur que si on établit au préalable le lien du mariage »⁴³⁴. Toutefois, si la plupart des décisions de la cour suprême sont rigoristes, dans une décision elle a franchi un grand pas en admettant l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant né hors mariage, dans un arrêt date du 5 mars 2006 en s'appuyant sur les moyens scientifiques⁴³⁵. Mme Boulenouar Azzemou a estimé qu'« il s'agit « d'une première » et on ne sait pas encore quel impact aura cet arrêt sur le droit de la filiation »⁴³⁶. Il est important de souligner qu'avant même que les moyens scientifiques existent en Algérie, dans quelques rares décisions

⁴³² Cour suprême, 17.03.1992, dossier 82086, cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008

⁴³³ Cour suprême, 15.06.1999, dossier 224652, cite par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008

⁴³⁴ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Preuve scientifique et filiation, quelles perspectives en droit algérien ? », *Les Cahiers du LADREN*, 2011, p. 55-71.

⁴³⁵ Cour suprême, arrêt du 05.03.2006, dossier n°355180, revue de la Cour suprême, n°1/2006, chambre de statut personnel, p. 469.

⁴³⁶ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Preuve scientifique et filiation, quelles perspectives en droit algérien ? », *Les Cahiers du LADREN*, 2011, p. 55-71.

de la Cour suprême algérienne, les magistrats ont fait preuve de réalisme et d'humanisme en protégeant l'intérêt des enfants nés hors mariage, donc en prenant des libertés par rapport aux moyens classiques de la preuve de la filiation. Dans une espèce datée du 2 novembre 1996, les juges ont retenu la filiation de l'enfant car il y avait reconnaissance de paternité et ce, bien que le père ne fût pas marié à la mère de l'enfant⁴³⁷. Dans une autre affaire datée du 13 mars 2003, la Cour suprême casse la décision de la Cour d'appel qui a refusé d'établir la filiation de l'enfant né pendant le mariage, mais conçu hors mariage. La relation qu'entretenaient les deux conjoints avant le mariage était notoire, ce qui a conduit la Cour suprême à la qualifier de « mariage apparent »⁴³⁸. Hélas, ces décisions de la Cour suprême n'ont pas eu un grand succès et n'ont pas pu briser le monopole du mariage bien qu'elles démontrent qu'il n'y a pas de principe absolu. Et pourtant, les lois inspirées du droit musulman peuvent être contournables en matière de filiation. Les juristes musulmans classiques ont précisé explicitement que l'auteur de reconnaissance n'a pas à prouver que la naissance de l'enfant qu'il reconnaît a été légitime, selon Dardir-Dasuqi : « d'après l'opinion dominante dans l'école, il n'est pas nécessaire que l'on indique que celui qui reconnaît un enfant ait été le maître ou le mari de la mère de cet enfant »⁴³⁹. L'arrêt de la Cour suprême qui date du 5 mars 2006 aura-t-il le même sort que ces arrêts évoqués précédemment ? Il faut noter que, même si le législateur algérien a laissé au juge un pouvoir assez large d'appréciation, l'application de cette disposition s'avère limitée dans la mesure où l'individu a droit au respect de son intégrité physique conformément à l'article 34 alinéa 1 de la Constitution algérienne, et peut, à ce titre, refuser le prélèvement⁴⁴⁰. La jurisprudence doit trancher sur cette question pour savoir comment sera interprété un tel refus, et tout particulièrement lorsque des présomptions et des indices en faveur d'un lien de filiation entre l'enfant et le défendeur existent⁴⁴¹.

⁴³⁷ Cour suprême, 02.11.1996, dossier n°217687, , Cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 197.

⁴³⁸ Cour suprême, 19.03.2003, dossier n°292321, cité par Louisa Hanifi, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 197.

⁴³⁹ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 52-53.

⁴⁴⁰ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 49.

⁴⁴¹ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007.

188. - Position du législateur tunisien. Le législateur tunisien se démarque nettement du législateur algérien sur la question de la filiation de l'enfant né en dehors du cadre du mariage et ses effets. Il a en effet préféré assurer à l'enfant illégitime un statut juridique⁴⁴². En promulguant la loi du 28 octobre 1998, le législateur tunisien a voulu faire une place à la filiation paternelle⁴⁴³, et ce sans exiger de preuve d'une relation licite entre le père et la mère ayant engendré l'enfant⁴⁴⁴. Cette loi accorde effectivement à l'enfant né hors mariage la possibilité d'établir sa filiation à l'égard de son père et de porter son nom patronymique.

⁴⁴² Il faut noter que, si le législateur tunisien s'est intéressé à la question de la filiation des enfants nés hors mariage, la problématique des mères célibataires reste elle partiellement ignorée.

⁴⁴³ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 180.

⁴⁴⁴ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 148.

Conclusion de chapitre

189. - Les dispositions des pays arabo-musulmans sont unanimement d'accord sur le fait que les rapports sexuels hors mariage n'engendrent aucun des effets que le droit musulman accorde aux unions, que ce soit sur le plan matrimonial, successoral, et sur la filiation.

190. - L'enfant né hors mariage et ses parents n'existent pas dans le code de la famille algérien. L'enfant conçu de parents non mariés ne pourra établir sa filiation à l'égard de sa mère que si cette dernière l'accepte, car elle a la liberté d'établir ou non un lien de filiation. De plus, la seule manière d'établir la filiation paternelle est de recourir à des subterfuges juridiques.

Conclusion du Titre 1 de la Partie 1

191. - De tout ce qui précède, il ressort que l'inégalité entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime en matière d'établissement de la filiation est flagrante en droit algérien. Le code de la famille algérien étant consacré exclusivement à la famille traditionnelle basée sur le mariage, aucun article de loi n'aborde la question de l'enfant né hors mariage et de ses parents biologiques : le vide juridique est total. Ceci explique la persistance de l'inégalité observée dans le code de la famille algérien entre enfants légitimes et enfants nés hors mariage.

192. - Le législateur algérien devrait améliorer la situation de l'enfant né hors mariage. Cela passera obligatoirement par l'acceptation du fait que dans la société algérienne il n'existe pas uniquement des enfants nés dans le mariage, mais qu'il y a également des enfants nés hors mariage, et que ces derniers ont également besoin de pouvoir établir leur filiation paternelle afin d'intégrer leur famille d'origine. Le législateur algérien devrait comprendre que l'enfant né en dehors du lien du mariage, comme l'enfant né dans le mariage, a besoin d'être rattaché à ses père et mère et de vivre au sein de sa famille d'origine, comme la Convention internationale des droits de l'enfant dans son préambule le proclame : « 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 »⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ De SCHUTTER Olivier, TUKENS Françoise et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 196.

Titre 2nd :

Le droit de l'enfant à une famille de substitution

193. - La famille subsidiaire, un droit pour l'enfant privé de famille : En Algérie, l'enfant est perçu comme l'œuvre immuable d'un couple marié et fidèle, et la question de son rattachement à sa famille d'origine se pose rarement. Sexualité, alliance et filiation sont étroitement liées. La place de l'enfant légitime au sein de sa famille d'origine est établie de plein droit. Ce n'est pas le cas de l'enfant illégitime, dont la filiation est méconnue, ce qui le place dans une situation discriminatoire qui ne lui permet pas la plupart du temps d'être rattaché à sa famille d'origine. De ce fait, il ne profite pas de son milieu d'origine et est exposé à l'abandon.

194. - Le droit algérien de la famille envisage donc la mise en place d'une protection de remplacement de l'enfant dans l'hypothèse où l'enfant serait abandonné par ses parents, et précisément par sa mère.

195. - Comme le législateur algérien reste fidèle au droit musulman en ce qui concerne les affaires familiales, il opte pour le recueil légal « *kafala* » et interdit l'adoption. La *kafala* est mise en place conformément aux droits de l'enfant. L'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant permet à l'enfant d'intégrer une famille de substitution la plus proche possible de ce qu'aurait dû être son milieu d'origine (chapitre 2). Certains pays musulmans ont opté pour l'adoption comme mesure de protection de l'enfant sans famille (chapitre 1). En effet, selon les pays, la protection de remplacement de l'enfant est différemment conçue et organisée. Les conditions d'accès à la famille de substitution diffèrent d'un pays à un autre. Le point commun entre eux est la volonté de répondre à l'intérêt de l'enfant et à son besoin d'être rattaché à une famille.

Chapitre 1 : L'adoption comme substitut à la famille d'origine

196. - Adoption. L'adoption constitue un droit pour l'enfant privé de famille en ce sens que la société ne peut pas admettre qu'un enfant privé de la protection de ses parents, ne puisse pas obtenir une protection de remplacement⁴⁴⁶. L'adoption est une forme de protection familiale et sociale, capable de donner à un enfant un cadre sécurisant, et avant tout, une filiation vivante et permanente, différente de sa filiation d'origine⁴⁴⁷. Elle doit répondre à un besoin profond, chez l'enfant, de parents complémentaires, ce qui suppose une capacité réelle de l'inscrire dans un système intergénérationnel, non défini au départ⁴⁴⁸. L'adoption change totalement la vie de l'enfant, de plusieurs familles, et elle bouleverse aussi les valeurs traditionnelles des familles et des sociétés.

197. - Il faut bien noter que, si l'adoption est intégrée dans beaucoup de sociétés depuis la nuit des temps, elle varie avec les époques et les sociétés. Elle reflète un type de culture dans une société avant d'être une façon de bâtir une famille. Elle est en effet un phénomène socioculturel avant d'être une démarche individuelle⁴⁴⁹. Elle demeure révélatrice des valeurs et des positions idéologiques d'une société vis-à-vis des questions de la parenté et de la filiation⁴⁵⁰. D'un point de vue anthropologique, Cadoret définit l'adoption comme : « un transfert d'enfant d'une unité sociale à une autre, transfert qui lui-même implique une dimension morale et politique, puisqu'il impose l'obligation de définir ce qu'est une bonne famille et ce qui est une famille déficiente, et une dimension politico-administrative, puisqu'il nécessite la mise en place de procédures assurant le transfert d'enfant »⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ GRIS Christophe, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, thèse de doctorat, droit, Université Bordeaux 4, 2013, p. 244.

⁴⁴⁷ GORE Claire, *L'adoption*, Armand Colin, 2007, p. 12.

⁴⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁵⁰ CHATEAUNEUF Doris, *Désir d'enfant procréation médicalement assistée et adoption : réflexion sur la définition des liens de parenté*, thèse de doctorat, anthropologie, Université de Montréal, 2011, p. 93.

⁴⁵¹ *loc. cit.*

198. - Cette institution humaine n'a pas un caractère universel car elle est différente d'une société à une autre. Le regard des sociétés envers l'enfant et la parenté a changé. Les lois ont progressivement pris en compte l'intérêt de l'enfant. Chaque pays développe l'adoption nationale selon sa propre idéologie et selon son propre système de protection de l'enfance⁴⁵². Aussi, toutes les sociétés n'intègrent pas l'adoption actuellement, même si à un moment donné par le passé, elle a pu être fréquente dans ces sociétés. On peut ici citer les pays musulmans : avant l'avènement de l'islam, l'adoption était très répandue, et elle créait une véritable parenté entre l'adoptant et l'adopté. Pour des raisons diverses l'adoption est aujourd'hui prohibée (section 1). Toutefois certains pays musulmans sont allés jusqu'à légaliser l'adoption plénière, d'autres ont eu recours à des procédures intermédiaires (section 2).

Section 1 : Histoire de l'adoption en islam : entre coutume et prohibition

199. - L'adoption est manifestement prohibée par l'Islam. Cette interdiction s'appuie sur des versets coraniques, mais les justifications de la prohibition de l'adoption ne sont pas explicites dans le texte coranique (paragraphe 2). Il est intéressant, avant d'aborder la question de l'interdiction de l'adoption en islam, d'avoir un regard global sur l'adoption au sein des cultures préislamiques, ainsi que sur l'opinion des autres religions monothéistes qui interdisent l'adoption (paragraphe 1).

§1 : L'adoption au cœur des trois religions monothéistes et des cultures préislamiques

200. - Avant l'avènement des trois religions monothéistes, l'adoption était très répandue (A). Avec l'arrivée des trois religions monothéistes, le regard envers l'adoption a changé. Ces trois religions ont mis fin à la pratique de l'adoption et ont mis en avant la norme d'exclusivité du modèle de la reproduction biologique. Autrement dit, elles ont considéré que la filiation de l'enfant né dans le cadre du mariage est le seul fondement de la famille (B).

⁴⁵² *Ibid.*, p. 30.

A. L'adoption au centre des cultures préislamiques

201. - Une pratique ancienne. L'adoption était pratiquée couramment avant l'avènement des religions monothéistes⁴⁵³. Pendant cette période il existait différentes formes d'adoption. Chez les Grecs existaient trois formes d'adoption : l'adoption plénière par laquelle l'adopté perdait tout droit dans sa famille d'origine et devenait l'égal du fils naturel de l'adoptant, l'adoption testament par laquelle le défunt désignait son fils adoptif dans son testament, et l'adoption posthume par laquelle l'adopté était désigné comme tel après la mort de l'adoptant⁴⁵⁴. A Rome, deux figures d'adoption étaient reconnues : l'adrogation et l'adoption⁴⁵⁵, seule la première entraînant la création d'un lien de filiation complet⁴⁵⁶.

202. - Objectif de l'adoption. L'adoption était pratiquée à des fins familiales et politiques. Elle permettait d'une part d'introduire un nouveau membre dans la famille dans le but de pallier l'absence de descendance. Elle permettait donc à un homme sans fils légitime de transmettre son nom et de pérenniser ainsi sa maison indépendamment de toute conjonction biologique⁴⁵⁷. Elle permettait alors d'assurer le culte des ancêtres et la transmission du patrimoine⁴⁵⁸. D'autre part, l'adoption permettait à une personne d'accéder à des fonctions publiques que ses origines lui auraient interdites⁴⁵⁹. L'adoption à cette époque ne visait pas à protéger l'enfant, et la famille de substitution ne prenait pas la relève de la famille d'origine. L'adoption était conçue exclusivement au service des adultes.

203. - Adoption avant l'avènement de l'Islam. Concernant l'adoption en Arabie avant l'avènement de l'Islam au 7^{ème} siècle, il existe peu de source, puisque les arabes antéislamiques étaient loin de songer à transcrire leurs us et coutumes⁴⁶⁰. Quelques moyens cependant peuvent nous servir de référence pour mieux comprendre le droit coutumier antéislamique : la poésie

⁴⁵³ BART Jean, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIX^{ème} siècle*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 297.

⁴⁵⁴ RUDE-ANTOINE Edwige, « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman*, Société de législation comparée, 2008, p. 55.

⁴⁵⁵ TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 37.

⁴⁵⁶ DEBOVE Frédéric, SALOMON Renaud, JANVILLE Thomas, *Droit de la famille*, Vuibert, 2011, p. 371.

⁴⁵⁷ MECARY Caroline, *L'adoption*, Presses Universitaires de France, 2006, p. 13.

⁴⁵⁸ DIVE Laura, *Les droits de l'enfant dans l'adoption reconnus par les textes législatifs internationaux et leur mise en œuvre en Belgique*, Larcier, 2009, p. 337.

⁴⁵⁹ loc. cit.

⁴⁶⁰ TUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013, p. 31.

antéislamique, les récits attribués aux anciens arabes, nommés « Journées des arabes », mais aussi les sources postislamiques, particulièrement le Coran qui rappelle aux croyants ou confirme certaines des pratiques de leurs ancêtres⁴⁶¹.

204. - Comme à Rome, en Arabie préislamique le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants⁴⁶². La coutume la plus répandue en Arabie préislamique était une coutume appelée coutume des Wad, c'est-à-dire la mise à mort de la fille nouvellement née. Cette pratique était justifiée par la crainte que la fille tombe un jour entre les mains de l'ennemi, et cause à sa famille la honte si elle en arrivait à vivre dans la débauche. Selon l'exégète Al-Zamakhchari⁴⁶³ : « certains pères donnaient la mort à leurs filles en les noyant ou en les jetant du haut d'une montagne »⁴⁶⁴. C'est à cette même pratique que le Coran fera allusion en répliquant : « Ceux qui tuent, sottement, dans leur ignorance, leurs enfants sont perdants »⁴⁶⁵.

205. - Il est intéressant de souligner aussi que la société dans laquelle naît l'islam est une société où l'usage de la violence n'est pas prohibé mais seulement réglementé⁴⁶⁶. C'est une société où le brigandage et les razzias sont des activités courantes⁴⁶⁷. Les groupes de parenté jouaient un rôle important dans la tribu car ils imposaient leur loi. Pour renforcer leur puissance et leur autorité, ils avaient besoin d'une descendance masculine plus que féminine. Pour cela, l'adoption était considérée comme un moyen adéquat pour accueillir le sexe masculin au sein de la famille.

206. - **La pratique courante de l'adoption.** Hommes et femmes pouvaient adopter, le cas de Khadija la femme du prophète Mohamed l'illustre⁴⁶⁸. En général, l'enfant adopté avait été soit capturé, soit fait esclave, soit trouvé. Dans certains cas, l'enfant d'une esclave pouvait être adopté

⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 31 ;32.

⁴⁶² TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 39.

⁴⁶³ L'exégète Al-Zamakhchar (1074-1143).

⁴⁶⁴ TUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013, p. 53.

⁴⁶⁵ *loc. cit.*

⁴⁶⁶ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, *et al.*, *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 47.

⁴⁶⁷ *loc. cit.*

⁴⁶⁸ En péninsule arabique, la pratique de l'adoption semblait courante, en particulier pour les enfants ou adolescents pris lors de guerres entre tribus. C'est ce qui semble s'être passé pour Zaid Ben Haritha-El Kelbye : pris lors d'une razzia, il est acheté par Hakim Ben Hazim qui l'offrit à sa tante Khadija (1^{ère} épouse du Prophète). Après leur mariage, Khadija donne Zaid à Mohamed Ben Abdallah. Devenu Prophète, Mohamed prônait la justice sociale et le respect des droits de la personne, ce qui a poussé le père et l'oncle de Zaid à venir le lui réclamer. Le Prophète demande à Zaid de choisir, Zaid le préféra.

par le maître de cette dernière⁴⁶⁹, ou un enfant pouvait parfois être adopté par un autre membre de la même tribu. Nous pouvons en déduire que la parenté élective tenait une place importante dans les stratégies de composition familiale. Elle avait pour finalité d'agrandir la tribu. L'adoption par le lait entraînait elle aussi des pactes d'alliance⁴⁷⁰.

207. - Le rattachement de l'enfant adopté à la famille adoptive. L'enfant adopté avait les mêmes droits et devoirs que l'enfant légitime. Il prenait le patronyme du père adoptif, en héritait et avait des obligations envers les parents adoptifs. Le contrat d'adoption prenait la forme d'un serment qui en déterminait les effets⁴⁷¹ : « Ma mort sera la tienne, mon salut sera le tien, j'hériterai de toi, tu hériteras de moi. Je te prêterai mon appui et tu me prêteras le tien. Je répondrai de toi comme tu répondras de moi »⁴⁷². Selon certains auteurs, l'égalité n'était cependant pas assurée puisque les adoptés étaient souvent des esclaves affranchis ou des alliés de la communauté et, à ce titre, ils ne jouissaient pas dans les faits des mêmes privilèges que les enfants biologiques⁴⁷³.

208. - Le prophète de l'islam lui-même était concerné par l'adoption, car Il avait adopté Zaid Ibn Al Haritha avant la révélation. Mais avec l'avènement de l'Islam au 7^{ème} siècle, la société arabe a commencé à changer, et sous l'influence de nouvelles règles, l'organisation de la famille a été particulièrement modifiée en profondeur.

B. Le regard des différentes religions monothéistes envers l'adoption

209. - Avènement des religions monothéistes. L'avènement des religions monothéistes marqua un tournant puisqu'elles tinrent l'adoption en défaveur⁴⁷⁴. L'analyse des trois religions monothéistes, judaïsme, christianisme et islam, montre qu'elles avaient quasiment le même regard sur l'institution de l'adoption. Ces trois religions prohibent l'adoption.

210. - Judaïsme. Le judaïsme ne reconnaît pas l'adoption et met en avant que l'adoption est une fiction qui ne pouvait pas remplacer les liens du sang si importants pour obtenir le statut de

⁴⁶⁹ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, *et al.*, *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 40.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁷¹ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 39.

⁴⁷² Bel Haj Hamouda, A la recherche d'une autre famille : la famille nourricière (cas du droit tunisien, revue tunisienne, 1996, p. 14 cité par BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 39.

⁴⁷³ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 39.

⁴⁷⁴ TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 38.

descendant de Jacob⁴⁷⁵. Afin de trouver une alternative à l'adoption, la loi juive autorisait à un homme d'avoir une concubine, et l'obligeait même à se marier avec la femme de son frère décédé afin d'avoir un héritier mâle. Il faut noter que bien que l'adoption fût interdite dans la loi juive, elle était tout de même pratiquée dans les communautés juives⁴⁷⁶.

211. - Christianisme. Le christianisme a mis en avant la filiation légitime issue du mariage comme seul fondement de la famille. La prohibition de l'adoption repose d'une part, sur le fait que le mariage est sacré, et que de ce fait, l'enfant doit être nécessairement l'œuvre de ses parents, c'est-à-dire, conçu d'une relation charnelle entre le mari et sa femme, et d'autre part sur l'objectif de conserver les biens dans les familles. Durant cette période, intégrer des enfants abandonnés au sein des familles subsidiaires n'était guère un sujet de préoccupation.

212. - Islam. Concernant l'Islam, ce dernier partage avec le judaïsme et le christianisme le même concept : l'adoption comme moyen pour choisir sa descendance est prohibée. L'Islam ne permettait pas à une personne de prendre comme son fils ou sa fille une personne qu'il n'a pas engendrée.

§2 : L'interdiction de l'adoption par la majorité des pays musulmans

213. - Interdiction de l'adoption. Comme nous l'avons déjà souligné, l'interdiction de l'adoption prend sa source dans le Coran. Elle est prohibée en vertu de deux versets coraniques « Dieu n'a pas placé à l'homme deux cœurs dans sa poitrine. Il n'a point assimilé à vos mères vos épouses (à qui vous dites en les répudiant) : "Tu es aussi illicite pour moi que le dos de ma mère". Il n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants. Ce sont des propos qui sortent de votre bouche. Mais Dieu dit la vérité et c'est lui qui met (l'homme) dans la bonne direction. Appelez-les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Dieu. 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. Dieu, cependant, est Pardonneur et Miséricordieux »⁴⁷⁷. Cette interdiction est reprise par plusieurs pays musulmans. Elle est expressément proclamée par les législations de certains pays comme l'Algérie et le Maroc, le Koweït et l'Égypte. L'article 46 du Code de la famille

⁴⁷⁵ *loc. cit.*

⁴⁷⁶ *loc. cit.*

⁴⁷⁷ Coran, Sourate 33, versets 4 et 5. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

algérien prévoit que « L'adoption (*tabanni*) est interdite par la *Chari'a* et la loi ». L'article 149 al 1 du Code de la famille marocain dispose : « L'adoption (*tabanni*) est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime ». La même interdiction est mentionnée dans l'article 167 du Code du statut personnel koweïtien, d'après lequel « La filiation ne saurait être établie par adoption, même si l'enfant ainsi adopté est de filiation inconnue ». En Égypte, l'article 4 de la Loi sur l'enfant (*qanon al-tifel*) n°12-1996, telle que modifiée par la Loi n°126-2008, énonce désormais que « La filiation de l'enfant ne peut être attribuée à quelqu'un d'autre que ses parents [biologiques]. L'adoption est prohibée. ». Dans d'autres pays, tels l'Irak, la Syrie, et la Jordanie, la prohibition est implicite⁴⁷⁸. Elle renvoie aux prescriptions du droit classique, *fiqh*⁴⁷⁹. Cette prohibition a des justificatifs bien précis qui expliquent son application avec fermeté (A). Il convient de distinguer avec soin l'adoption d'autres institutions plus ou moins proches, auxquelles le droit musulman attache certaines conséquences juridiques comme l'adoption par le lait et le *tanzil*, c'est-à-dire une adoption à dimension successorale (B).

A. Affirmation de l'interdiction de l'adoption

214. - Organisation de la famille. Avec l'avènement de l'islam, la famille a connu une nouvelle organisation. Les liens familiaux ont été codifiés et le Prophète entreprit d'alléger les prérogatives les plus rigoristes du système patriarcal⁴⁸⁰. Le Coran définit un certain nombre de notions qui seront à la base de l'organisation de la nouvelle société musulmane⁴⁸¹. Il contient des règles relatives au mariage, à la répudiation, à l'héritage, à l'abrogation du droit de vie ou de mort qu'avait le père sur ses enfants, à la puissance paternelle qui a perdu son caractère absolu qui de puissance de maître (*rububiya*) devient puissance protectrice, à la primauté de la filiation légitime sur la filiation adoptive, qui conduit à la prohibition de l'adoption. Il faut noter que cette prescription ne remet pas en cause le droit d'accueillir celui qui est dépourvu d'affiliation agnatique, mais affirme la primauté de la parenté consanguine et légitime sur les liens électifs⁴⁸².

⁴⁷⁸ Selon Al-Dabbagh Harith, la Syrie renvoie aux prescriptions de l'école hanafite par l'article 305 du Code du statut personnel (1953). Le Code civil irakien (Art. 1 à son deuxième paragraphe) prévoit qu'en l'absence de texte législatif, « le juge statuera d'après les principes de la *Chari'a* islamique se conciliant le mieux avec les dispositions du présent Code. » Source : AL-DABBAGH Harith, « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel ? » [en ligne], *Revue générale de droit*, 2017, p. 165–226.

⁴⁷⁹ AL-DABBAGH Harith, « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel ? » [en ligne], *Revue générale de droit*, 2017, p. 165–226.

⁴⁸⁰ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 42.

⁴⁸¹ TOBICH Faiza, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

⁴⁸² BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 43.

215. - Les conséquences de l'adoption limitées. Cette prohibition limite les conséquences de l'adoption : elle interdit l'identification de l'enfant adoptif à l'enfant légitime, et de ce fait elle ne permet pas à l'enfant adoptif d'avoir, au sein de la famille adoptive, la même place que l'enfant né dans le cadre du mariage, ni d'être rattaché à l'adoptant via une filiation élective fondée sur la volonté. Autrement dit, l'interdiction de la parenté adoptive témoigne de l'impossibilité de penser une filiation sociale qui ne serait pas fondée sur la biologie⁴⁸³ : selon le fiqh, la filiation est de l'ordre du sacré, elle est une œuvre de Dieu que l'homme ne saurait mimer⁴⁸⁴. Enfin, la prohibition de l'adoption interdit à l'enfant adopté de bénéficier d'une part de la fortune familiale équivalente à celle d'un enfant légitime. Par contre, elle ne forme pas une cause d'empêchement au mariage. L'interdiction de l'adoption a pour objectif de protéger l'institution familiale. Selon Emilie Barraud, « l'objectif de la réforme fut de consacrer la primauté des consanguins légitimes et d'annihiler la menace que représentait l'adoption, une institution capable de concurrencer le mariage dans la conception et la légitimation des groupes de parenté »⁴⁸⁵. A l'évidence, avec ces nouvelles réformes le mariage devient la source unique de filiation.

De ce fait, la prohibition de l'adoption permet à la filiation légitime de prendre de l'ampleur, au détriment de la filiation adoptive : le privilège est donc donné aux consanguins⁴⁸⁶.

216. - Il faut ajouter aussi que l'adoption peut porter atteinte au nom généalogique. Ce dernier a une valeur supérieure au nom patronymique⁴⁸⁷. L'immutabilité du nom dans les pays musulmans à une portée plus large qu'en droit français, elle dépasse le simple nom de la famille et s'applique à l'ensemble de la généalogie⁴⁸⁸, car les généalogies dans le monde arabo-musulman témoignent du rôle de la filiation patrilinéaire, et remontent parfois jusqu'au premier homme créé⁴⁸⁹. Cette chaîne généalogique, construite exclusivement sur les liens du sang, a pour finalité de préserver une certaine pureté dans la généalogie afin que chacun puisse connaître l'histoire de sa propre

⁴⁸³ FORTIER Corinne, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 27.

⁴⁸⁴ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 205.

⁴⁸⁵ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 42-43.

⁴⁸⁶ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 209.

⁴⁸⁷ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 43.

⁴⁸⁸ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 209.

⁴⁸⁹ FORTIER Corinne, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 26.

famille⁴⁹⁰. Le caractère fondamental de la généalogie interdit tout acte qui permettrait à l'adopté de rompre ses apparentements et de s'accorder les qualités, les titres et les noms d'ascendants étrangers⁴⁹¹, conformément au verset coranique « Appelez-les (les enfants adoptifs) par le nom de leur père, c'est plus équitable auprès de Dieu. Si vous ne connaissez pas leur père (considérez-les) alors comme vos frères en religion ou vos clients... ». Le Prophète Mohammed se soumit lui aussi à la nouvelle réglementation : son fils adoptif Zaid, reprit le nom de son père d'origine pour qu'on ne l'appelle plus Zaid ibn (fils de) Mohammed⁴⁹².

La mise en place de ces règles a permis de protéger les droits successoraux des enfants légitimes, car l'accueil de l'enfant adoptif au sein de la famille peut bouleverser l'ordre de la dévolution successorale.

217. - L'inceste compte également parmi les justificatifs de la prohibition de l'adoption. Selon les juristes musulmans de l'époque classique, si l'adoption n'était pas prohibée l'enfant adopté pourrait épouser sa sœur ou sa mère biologique sans s'en rendre compte. Dans notre ère, la plupart des sociétés arabo-musulmanes avancent cet argument pour maintenir la prohibition de l'adoption. Selon une enquête menée en Algérie par Farida Chabib Zidani, les algériens pensent que la cause principale de l'interdiction de l'adoption est le risque d'inceste⁴⁹³. De même, selon Badra Moutassem-Mimouni, « les grands obstacles jouant en défaveur de l'adoption dans l'islam sont : l'inceste, car si on change la filiation d'un enfant, en grandissant, il pourrait rencontrer sa sœur (ou sa mère) et l'épouser, [...] »⁴⁹⁴.

B. Les pratiques alternatives à l'adoption

218. - Comme nous l'avons déjà évoqué, à l'époque préislamique, l'adoption plénière était une pratique très répandue. Elle n'avait pas pour but de donner à un enfant une famille. Elle n'avait pas une vocation humanitaire visant exclusivement l'intérêt de l'enfant. Sa motivation principale était l'agrandissement de la famille.

⁴⁹⁰ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 209.

⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 210.

⁴⁹² BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 44.

⁴⁹³ CHABIB ZIDANI Farida, *L'enfant né hors mariage en Algérie*, En.A.P, 1992, p. 82.

⁴⁹⁴ MOUTASSEM-MIMOUNI Badra, *Naissances et abandons en Algérie*, EDIK, 2004, p. 86.

De surcroît, d'autres alternatives à l'adoption étaient pratiquées, comme par exemple la parenté par le lait, qui est une pratique courante jusqu'à aujourd'hui dans les sociétés musulmanes (1), et le *tanzil*, qui est également répandu dans les pays du Maghreb comme l'Algérie et le Maroc (2).

1) L'adoption par le lait

219. - Le recours à l'adoption par le lait. Concrètement, une femme qui a allaité un enfant qui n'est pas biologiquement le sien est considérée comme étant la mère de cet enfant⁴⁹⁵ : cette pratique est appelée adoption par le lait. Pendant la période préislamique, le recours à une mère nourricière était très courant, pour des raisons diverses : d'une part à cause de l'état de la mère (insuffisance de lait chez la mère, maladie, décès, etc.) ou à cause de l'état de l'enfant (refus de téter, maladie, etc.), et d'autre part pour des objectifs stratégiques et de bon voisinage, d'alliance et de création de liens collectifs comportant des enjeux aussi bien politiques qu'économiques⁴⁹⁶. Avec l'avènement de l'islam, l'adoption élective est rejetée, alors que l'adoption par le lait est maintenue. Dans la tradition musulmane comme dans le Coran, la femme qui allaite un enfant devient sa « mère dans la lactation », et les enfants de cette femme deviennent ses frères et sœurs dans la lactation⁴⁹⁷. Cela conduit à dire que l'allaitement d'un enfant par une autre femme que sa mère (une nourricière) conduit à créer un lien de parenté entre l'enfant allaité et la famille de la nourricière au même titre que le lien de sang. En effet, l'allaitement crée un lien juridique entre frères et sœurs, mais ce lien est aussi un lien social par nature et dont la société prend acte pour marquer l'inscription de l'enfant dans une ou plusieurs lignées ou dans un ou plusieurs groupes⁴⁹⁸. L'allaitement relève du sacré car plusieurs versets coraniques ainsi que plusieurs hadiths l'abordent.

220. - Adoption par le lait, une affiliation partielle. La parenté par le lait n'engendre pas un lien de filiation à part entière comme la parenté par le sang ou l'adoption plénière. L'assimilation de l'enfant allaité au sein de la famille nourricière n'est pas intégrale contrairement à un enfant adopté ou à un enfant biologique. Il existe deux arguments qui peuvent justifier cette affiliation partielle : l'immutabilité du nom, et la priorité sur les liens du sang dans la transmission successorale.

⁴⁹⁵ OSSOUKINE Abdelhafid, « L'interdiction matrimoniale induite par le co-allaitement en droit musulman » [en ligne], *revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 359-382.

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ HAMDANI Souad, « Filiation par l'allaitement » [en ligne], *La revue lacanienne*, 2010, p. 103-112.

⁴⁹⁸ OSSOUKINE Abdelhafid, « L'interdiction matrimoniale induite par le co-allaitement en droit musulman » [en ligne], *revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 359-382.

221. - Immuabilité du nom. Concernant l'immutabilité du nom, pour les juristes musulmans classiques l'enfant allaité ne peut pas porter le nom du mari de la nourricière car il porte déjà un nom, le nom de sa famille biologique. Il est rattaché à sa famille d'origine. Il a des droits et des devoirs au sein de sa famille biologique. Mais dans l'hypothèse où le père biologique de l'enfant allaité n'est pas connu, est-ce que l'enfant peut intégrer la famille nourricière totalement et porter le nom de celle-ci ? Les juristes musulmans ont été confrontés à cette question et sont restés divisés en deux camps quant à la réponse à y apporter.

Le premier groupe de juristes était partisan d'une conception absolue de l'immutabilité du nom, c'est-à-dire qu'il refusait d'attribuer le nom du mari de l'allaitante à l'enfant allaité⁴⁹⁹. Pour le justifier il s'appuyait sur un verset coranique : « Appelez-le du nom de leur père, c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas le nom de leur père, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés »⁵⁰⁰.

Le second groupe de juristes a une conception souple. Cette conception, qui se fonde sur le contexte actuel marqué par la nécessité quasi absolue d'avoir un état civil, permet à l'enfant allaité de porter le nom de son père par le lait à défaut de père biologique connu⁵⁰¹. Les partisans de la conception souple fondent leur thèse sur le même verset coranique que les partisans d'une conception absolue de l'immutabilité du nom. Selon eux ce verset parle des pères en générale sans faire de distinction⁵⁰². De ce fait, on peut déduire que l'enfant allaité peut porter le nom du mari de l'allaitante et être rattaché à sa famille.

222. - Transmission de la succession. En ce qui concerne la transmission de la succession, la parenté par le lait n'accorde pas à l'enfant allaité d'être placé au même rang que les enfants par le sang, et vice-versa. Autrement dit, dans l'hypothèse où l'enfant adopté par le lait décède, ses parents biologiques ont la priorité sur la famille de la femme allaitante. De même, l'héritage en faveur de l'adopté par le lait est subsidiaire en raison du caractère subsidiaire de cette forme de parenté⁵⁰³. Autrement dit, il peut bénéficier d'un tiers des biens de la succession dans la mesure

⁴⁹⁹ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 221.

⁵⁰⁰ Sourate 33 verset 5 « Appelez-les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Dieu. 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. Dieu, cependant, est Pardonneur et Miséricordieux ». Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

⁵⁰¹ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 221.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 222.

⁵⁰³ *loc. cit.*

où les héritiers biologiques ont reçu leur part de l'héritage. Il est privilégié par rapport aux collatéraux par le lait, et donc servi avant eux. Toutefois, la famille par le lait peut bénéficier de l'héritage de l'enfant dans les quatre situations suivantes : en cas d'absence de parent biologique survivant, lorsque ceux-ci sont frappés d'incapacité, dans le cas d'un enfant trouvé (la succession sera alors transmise en intégralité à la famille par le lait), dans le cas où l'enfant allaité est marié (sa mère allaitante occupe alors la même place que la mère par le sang). Dans la situation où l'enfant trouvé a grandi dans la famille par le lait, tous les membres de cette famille seront appelés à lui succéder, car il a été élevé grâce aux ressources de cette famille par le lait⁵⁰⁴.

223. - Les législations contemporaines et l'adoption par le lait. La parenté par le lait a été introduite dans les législations contemporaines des pays arabo-musulmans. Elle est cependant prise en compte sous son seul effet de prohibition matrimoniale⁵⁰⁵. Le code de la famille algérien dans son article 24 dispose que, « Les empêchements absolus au mariage légal sont : la parenté, l'alliance, l'allaitement ». Il ajoute dans son article 27, « l'allaitement vaut prohibition par parenté pour toutes les femmes ».

Le législateur algérien ne considère pas l'adoption par le lait comme une famille subsidiaire pour l'enfant privé de famille, il n'a retenu que les interdictions matrimoniales. Pourtant, l'adoption par le lait est un bon moyen pour donner à un enfant privé de famille une famille subsidiaire, car elle englobe des aspects qui ne dérogent pas aux principes du droit musulman. Comme souligne Mohammed Hocine Benkheir, « le lait transporte l'identité du groupe paternel vers l'enfant. À l'inverse, c'est pour cette raison, entre autres, que le droit islamique a rejeté la filiation adoptive. Alors que la parenté qui découle de l'allaitement est conforme au modèle naturel »⁵⁰⁶. Cela veut dire que l'adoption par l'allaitement pourrait être parfaitement institutionnalisée par le législateur algérien et par les autres législateurs du monde arabe. Il serait intéressant de proposer l'adoption par le lait comme un des mécanismes de protection de l'enfant privé de sa famille d'origine.

2) Le *Tanzil* ou héritage par substitution

224. - *Tanzil*, une pratique ancienne. Le *tanzil* existe depuis des siècles dans le monde musulman. Il est né de l'œuvre des juristes musulmans préoccupés de l'adaptation de la loi

⁵⁰⁴ *loc. cit.*

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 218.

⁵⁰⁶ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, *et al.*, *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 221.

coranique aux besoins sociaux des différentes époques⁵⁰⁷. Les juristes musulmans l'ont créé pour donner satisfaction aux personnes désireuses d'avoir un enfant et de manifester leur amour parental à l'égard de cet enfant bien que n'étant pas liées par le sang à lui.

225. - Intégration du *tanzil* dans les législations maghrébines. Cette pratique légale est encore en vigueur dans certaines législations dans le monde musulman. Au Maroc, le *tanzil* existe. Le législateur marocain rapporte les dispositions du *tanzil* dans le titre 2 du livre 5 du Code de la famille relatif au testament. Il y a réservé la première partie aux conditions du testament et aux modes de son exécution. Dans l'article 315⁵⁰⁸, il a défini le *tanzil* comme étant « le fait d'instituer quelqu'un héritier alors qu'il n'en a pas la qualité et de le placer au même rang qu'un héritier » et ajoute dans l'article suivant : « le *tanzil* est formé de la même manière que le testament lorsque son auteur dit : « telle personne héritera avec mon enfant ou avec mes enfants » ou bien « faites inclure telle personne parmi mes héritiers » ou bien « faites hériter telle personne de mes biens », ou bien dans le cas où le testateur a un petit-enfant descendant de son fils ou de sa fille : « faites hériter mon petit-enfant avec mes enfants ». Cela veut dire que le législateur marocain permet de léguer à un enfant recueilli légalement une partie de ses biens sans qu'il ait le statut d'héritier. Le code de la famille marocaine dans son article 149⁵⁰⁹ dispose, « l'adoption (*tabanni*) est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation paternelle légitime. L'adoption dite de gratification (*jaza*) ou testamentaire (*tanzil*), par laquelle une personne est placée au rang d'un héritier de premier degré, n'établit pas la filiation paternelle et suit les règles du testament (*wassiya*) ». Il faut comprendre par-là que le législateur marocain maintient l'interdit que fait peser le droit musulman sur l'adoption. En revanche, cet article reconnaît la solution qui place l'enfant dans une situation intermédiaire, entre l'enfant et le non-parent : l'adoption dite *tanzil* reconnaît à l'enfant adopté les droits d'un héritier de premier rang, limité au tiers⁵¹⁰. En effet, cette institution est la substitution d'un enfant non-héritier à un héritier dans son statut d'héritier⁵¹¹ sans établir un lien de filiation.

⁵⁰⁷ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 223.

⁵⁰⁸ MFM.

⁵⁰⁹ MFM

⁵¹⁰ FOLETS Marie –Claire et CARLIER Jean-Yves, *Le code marocain de la famille, incidence au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, 2005, p. 78.

⁵¹¹ MAUNI Omar, *Un nouveau droit de la famille marocaine*, Cheminements, 2005, p. 172.

226. - Tanzil en droit algérien. Le concept de *tanzil* dans le droit algérien a une autre signification. Le législateur algérien a mis en place le *tanzil* afin que les petits-enfants d'un fils prédécédé du de cujus puissent hériter sans être évincés par leurs oncles et tantes : ces derniers ne sauraient donc recueillir la part qui serait échue à leur père s'il avait été vivant, au titre de la « représentation successorale »⁵¹². Il est considéré comme « l'héritage par substitution ». Cette solution juridique permet de préserver les droits des petits enfants dans la succession du de cujus, qui ne décède qu'après son fils⁵¹³. Selon les termes de l'article 169 du Code de la famille algérien, « si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation à la succession du de cujus selon les conditions ci-après définies ». Le législateur algérien permet donc aux petits-enfants de représenter « leur auteur » dans la succession du de cujus⁵¹⁴. Une condition doit cependant être respectée : la part revenant aux petits-enfants doit être équivalente à celle qui aurait échu à leur auteur s'il était resté en vie, sans qu'elle ne dépasse le tiers de la succession⁵¹⁵. Ces petits-enfants peuvent perdre leur qualité d'héritiers s'ils ont déjà hérité de leur père ou mère une part de succession égale à celle qui échoit à leur auteur.

Section 2 : L'existence de l'adoption dans certains pays musulmans

227. - Comme il a été déjà souligné, la majorité des pays musulmans interdit l'adoption. Il faut noter que l'adoption s'exerce différemment selon les pays et, qu'à l'intérieur d'un même pays, elle peut revêtir des formes différentes. Toutefois, l'adoption est autorisée par quelques pays arabes comme la Tunisie et le Liban (Paragraphe 1), et dans quelques pays dont la population est majoritairement musulmane mais non arabes comme le Sénégal et le Mali (Paragraphe 2).

⁵¹² BORRMANS Maurice, « Le nouveau Code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Janvier-mars 1986, p. 133-139.

⁵¹³ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « Les dispositions du code algérien de la famille », sur base de données Université Aix – Marseille [en ligne].

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ Art. 170 du CFA.

§ 1 : L'adoption dans les pays arabes

228. - Il est du plus grand intérêt dans le cadre de notre étude d'analyser la réception de l'adoption dans un pays arabe à majorité musulmane comme la Tunisie (A) et dans un pays arabe multiconfessionnel comme le Liban (B).

A. L'adoption en droit tunisien

229. - **Statut personnel tunisien.** Dès l'indépendance de la Tunisie et sous l'impulsion du Président Bourguiba, le législateur tunisien promulgue le code du statut personnel en 1956. Il consacre au niveau des textes certains principes fondamentaux qui ont prévalu dans l'évolution des sociétés modernes⁵¹⁶ : l'interdiction du mariage polygamique, l'abolition de l'institution du tuteur matrimonial, le consentement de la femme à son mariage, la prohibition de la répudiation. La dissolution du mariage devient judiciaire et totalement égalitaire, les mêmes causes de dissolution du lien matrimonial étant ouvertes aux deux époux⁵¹⁷.

Le législateur tunisien continue de moderniser sa législation ensuite par des réformes successives. Plusieurs mesures ont été adoptées par le pouvoir politique en place afin d'assurer l'accueil et la protection des enfants abandonnés antérieurement à la promulgation de la loi du 4 mars 1958 qui est venue organiser, à la suite du Code de statut personnel de 1956, les moyens de prise en charge de ces enfants⁵¹⁸. Ce texte a fait l'objet d'un accueil très positif et a été largement célébré. Il n'a cependant pas échappé à quelques critiques le qualifiant de « particulièrement elliptique »⁵¹⁹.

230. - **Autorisation de l'adoption en droit tunisien.** Le choix du législateur tunisien de retenir l'adoption en tant qu'institution de subsidiarité à la famille d'origine se justifie par un contexte historique et politique novateur disposé à s'écarter des solutions purement traditionnelles du droit musulman⁵²⁰. Sa logique est de repenser l'adoption en s'appuyant sur la cohabitation du droit positif avec le droit musulman, et en privilégiant la prise en compte des nouvelles réalités

⁵¹⁶ CHERIF AMMARI Alya, « La condition juridique des femmes dans le code de la famille en Tunisie » [en ligne], *Après-demain*, 2007, p. 24-32.

⁵¹⁷ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 161.

⁵¹⁸ AMANI Lakhdar, *L'adoption internationale : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, thèse de doctorat, Université Paris 1 et Université de Tunis, 2019, p. 10.

⁵¹⁹ *loc. cit.*

⁵²⁰ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 161.

sociales. Pour l'État tunisien, le respect de la loi religieuse n'est plus une fin en soi, mais un outil de régulation qui doit répondre aux besoins du moment⁵²¹. Si l'adoption accède au statut de mode privilégié de protection de l'enfant dépourvu de famille en droit tunisien, c'est sur la base de différents justificatifs (1), et en s'appuyant sur les méthodes de l'*ijtihad* pour la considérer comme un moyen d'offrir à un enfant privé de famille une famille de substitution (2).

1) La justification du développement de l'adoption

231. - Mettre en place l'adoption comme un moyen de protéger l'enfant privé de famille et lui offrir une famille de substitution est le fruit d'un grand pragmatisme de l'État tunisien, sous la conduite de son leader Habib Bourguiba. La loi du 4 mars 1958 a pour objectif de répondre à un besoin social en Tunisie, celle des enfants sans famille d'origine, qui s'est posé avec nettement plus de force que dans les autres pays musulmans. L'apparition de cette problématique sociale, celle du phénomène des enfants sans famille, et l'existence historique de l'adoption en tant qu'ancienne coutume en Tunisie, ont favorisé l'introduction de l'adoption dans le droit positif tunisien⁵²².

232. - **Les nouvelles réalités sociales, des enfants sans famille.** Dès les premières années de l'indépendance de la Tunisie, l'État s'est retrouvé confronté au problème des enfants privés de famille qui est la conséquence de profondes mutations socio-économiques telles que la mutation de la famille tunisienne. L'urbanisation rapide a déclenché un « détricotage » des valeurs traditionnelles qui s'est traduit par un éclatement de la famille patriarcale⁵²³. De ce fait, le réseau traditionnel de la famille élargie, qui dans le passé prenait en charge les enfants sans parents ou les enfants dont les parents devaient travailler, a commencé à s'effondrer avec les migrations vers les villes⁵²⁴. L'évolution des mœurs a conduit à l'augmentation des naissances hors mariage, naissances rejetées par la société tunisienne suivant les normes du droit musulman qui restaient alors encore en vigueur. A cela s'ajoutait la précarité des conditions de vie des auteurs des abandons, pour la plupart des mères célibataires, mais aussi des parents indigents incapables de

⁵²¹ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 225.

⁵²² AMANI Lakhdar, *L'adoption internationale : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, thèse de doctorat, Université Paris 1 et Université de Tunis, 2019, p. 10.

⁵²³ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 226.

⁵²⁴ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015, p. 19.

prendre en charge l'éducation de leurs progénitures dans un environnement dominé par l'illettrisme⁵²⁵.

Face à l'existence des enfants privés de famille, le législateur tunisien a introduit à travers la loi du 4 mars 1958 des mécanismes de protection des enfants sans famille afin d'offrir à chaque enfant le mode de protection convenable à sa situation. Cette loi comporte trois dispositions.

Le premier mécanisme de protection des enfants privés de famille est la tutelle publique : selon l'article 1 de cette loi, « Est tuteur public de l'enfant trouvé ou abandonné par ses parents : 1. 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. 2. Le gouverneur, dans les autres cas ». Ainsi, le législateur tunisien reconnaît au tuteur public à l'égard du pupille, les mêmes droits et obligations que les père et mère⁵²⁶.

Le second mécanisme de protection de l'enfant est la tutelle officieuse : le législateur tunisien considère la tutelle officieuse comme un 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 besoins⁵²⁷. L'acte de tutelle officieuse est un contrat passé devant un notaire entre le tuteur officieux et les père et mère du pupille ou l'un de ces derniers si l'autre est inconnu ou décédé, ou à défaut, le tuteur public ou son représentant⁵²⁸. Le législateur tunisien met à la charge du tuteur officieux envers le pupille les mêmes droits et obligations que les père et mère conformément à l'article 4 de la loi du 4 mars 1958 qui énonce, « Le tuteur officieux a, vis-à-vis du pupille, les droits et obligations prévus par les articles 54 et suivant du code du statut personnel. Il est en outre, civilement responsable des actes du pupille, dans les mêmes conditions que les père et mère ». Il faut également noter que le pupille garde tous les droits résultant de sa filiation, particulièrement son nom et ses droits successoraux⁵²⁹. Cette tutelle prend fin à la majorité du pupille.

233. - L'adoption, une ancienne coutume en Tunisie. L'adoption était une pratique connue dans la société tunisienne avant son autorisation. Elle faisait figure d'institution de fait et non de

⁵²⁵ AMANI Lakhdar, *L'adoption internationale : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, thèse de doctorat, Université Paris 1 et Université de Tunis, 2019, p. 10.

⁵²⁶ Art. 2 de la loi du 4 mars 1958 dispose que « Le tuteur public a, vis-à-vis du pupille, les mêmes droits et obligations que les père et mère. L'État, la commune ou l'établissement public, selon les cas, sont civilement responsables des actes commis par les enfants visés à l'article premier ».

⁵²⁷ Art.3 de la loi du 4 mars 1958.

⁵²⁸ Art. 4 de la loi du 4 mars 1958.

⁵²⁹ Art. 6 de la loi du 4 mars 1958.

droit. Elle existait à travers le recours à des méthodes diverses, parmi lesquelles on peut noter les adoptions déguisées et les méthodes frauduleuses telles que la falsification des documents d'état civil afin de donner un semblant de légalité à cette filiation élective⁵³⁰.

La promulgation de la loi du 4 mars 1958 a permis de régulariser une situation de fait et de mettre fin aux méthodes illégales, ce qui a permis de reconnaître juridiquement l'institution de l'adoption comme un moyen de donner à l'enfant une famille de substitution.

Cette démarche a été unanimement saluée par la doctrine, d'autant plus qu'en consacrant une adoption assimilable à l'adoption plénière, le législateur a fait preuve de courage face « au risque qu'on lui reproche une rupture totale avec l'islam »⁵³¹.

2) La cohabitation du droit positif avec le droit musulman dans l'institution de l'adoption

234. - L'autorisation de l'adoption en droit tunisien est souvent considérée comme une innovation complète. Elle crée un véritable lien de filiation entre adoptant et adopté qui ont l'un vis-à-vis de l'autre les droits et les devoirs réciproques de parents et d'enfants légitimes⁵³². A ce titre, la consécration de l'adoption en droit tunisien a été critiquée et considérée comme une rupture entre le droit tunisien et le droit musulman⁵³³.

La Tunisie a opté pour une méthode progressive en adoptant des réformes profondes sans rejeter le droit musulman, ceci en réactivant l'*ijtihad* qui était gelée depuis des siècles par les savants de l'islam⁵³⁴.

L'adoption en droit tunisien n'est pas issue d'un droit étranger, elle est avant tout le fruit d'une interprétation des prescriptions des textes sacrés (a). Son régime juridique illustre son caractère spécifique(b).

a) L'interprétation des prescriptions des textes sacrés (*Ijtihad*)

235. - **Adéquation de l'adoption à la situation de l'enfant privé de famille.** Les rédacteurs de la loi du 4 mars 1958 justifient leur choix de mettre en place l'adoption comme moyen de

⁵³⁰ AMANI Lakhdar, *L'adoption internationale : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, thèse de doctorat, Université Paris 1 et Université de Tunis, 2019, p. 10.

⁵³¹ *loc. cit.*

⁵³² BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 50.

⁵³³ AMANI Lakhdar, *L'adoption internationale : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, thèse de doctorat, Université Paris 1 et Université de Tunis, 2019.

⁵³⁴ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 230.

substitution à la famille d'origine par l'interprétation extensive des textes du livre sacré⁵³⁵. Un verset coranique énonce : « appelez-les du nom de leur père ce sera plus juste devant Dieu, si vous ne connaissez pas leurs pères, ils sont vos frères dans la religion ». L'esprit de ce verset n'interdit pas de donner un nom à un enfant de filiation inconnue⁵³⁶. Le terme « frère » indique selon la doctrine le fait que les enfants sans filiation doivent jouir d'un statut identique à ceux dont la filiation est connue. Cela veut dire que l'enfant d'un père inconnu a droit d'avoir un père de substitution. De ce fait, l'adoption est adéquate à la situation de l'enfant privé de famille⁵³⁷.

236. - *Ijtihad*. La loi sur l'adoption, qui fait de la Tunisie une exception au regard de ses voisins, l'Algérie et le Maroc, est due à l'interprétation et l'innovation du droit. Cette activité intellectuelle nommée *Ijtihad* est une méthode qui permet de répondre à la diversité des communautés et des cultures que l'islam a rencontrées lors de son extension⁵³⁸. Le terme *Ijtihad*, qui peut être traduit par « la création de la règle de droit » ou par « le raisonnement des prescriptions des textes sacrés », est juridiquement « l'action de tendre toutes les forces de son esprit jusqu'à leur extrême limite, afin de pénétrer le sens intime de la sharia (Coran et Sunna) pour y puiser (*istinbat*) la règle applicable au cas concret à résoudre »⁵³⁹. Le *mudjtahid* est celui qui, sans perdre de vue de la règle stricte de la loi sacrée, sait au besoin la diriger dans une voie nouvelle⁵⁴⁰. Cela reflète le chemin pris par le législateur tunisien qui a légalisé l'adoption, sans perdre de vue la loi sacrée et en prenant en compte les nouvelles réalités de la société tunisienne comme la tragédie de la mère célibataire et de l'enfant abandonné.

237. - Histoire d'*Al ijtihad*. L'*ijtihad* a été initiée après la mort du Prophète Mohammad. Les quatre premiers Califes étaient de grands juristes et *mudjtahids* : lorsqu'ils interprétaient un verset coranique ou un hadith ils créaient très régulièrement, par voie d'explication ou tafsir, une règle juridique de même valeur que le texte interprété⁵⁴¹. Au fil des siècles, les savants de l'islam ont décidé spontanément de fermer les portes de l'*ijtihad*, tel un dogme⁵⁴². L'*ijtihad* a ainsi été remplacée par le *taqlid*, qui consiste à interpréter le droit au lieu de créer de nouvelles lois, et

⁵³⁵ *Ibid.*

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 230.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ OUBROU Tareq, « La kafala et la sharia », *Les revues Jurisclasseur, Droit de la famille*, 2009, p. 12.

⁵³⁹ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 126.

⁵⁴⁰ *Ibid.*

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² OUBROU Tareq, « La kafala et la sharia », *Les revues Jurisclasseur, Droit de la famille*, 2009, p. 12.

c'est ainsi que l'esprit du droit s'est trouvé perdu dans les marges⁵⁴³. Certains canonistes et théologiens continuèrent cependant à pratiquer l'*Ijtihad*⁵⁴⁴, convaincus qu'elle constitue un outil d'actualisation du droit permettant de mieux cerner les problèmes d'une société en constante évolution⁵⁴⁵. Aujourd'hui, les législateurs du monde musulman ont besoin de cette méthode, l'*ijtihad*, afin de mettre en place de nouvelles lois qui répondent aux besoins de leur société, et ne plus se contenter des interprétations anciennes.

b) La portée juridique de l'adoption tunisienne

238. - L'adoption tunisienne, une affiliation partielle. La loi du 4 mars 1958 fait de l'adoption un mode de rattachement de l'enfant à une famille. Elle attribue à l'enfant adopté les mêmes droits et devoirs que l'enfant légitime, entre autres le *nassab* ou droit de prendre le nom de l'adoptant et de devenir comme l'enfant légitime⁵⁴⁶. Ce principe de l'établissement de la filiation est similaire à l'adoption plénière française. Cependant, il existe des éléments qui différencient l'adoption tunisienne de l'adoption plénière française. Ces éléments laissent penser que l'intégration de l'enfant adoptif au sein de la famille de l'adoptant n'est pas totale comme dans l'adoption en droit français. Des règles lacunaires expliquent cette affiliation partielle⁵⁴⁷.

Tout d'abord, la dévolution successorale : le législateur tunisien n'a pas prévu, dans l'article 90 du code de statut personnel tunisien, que l'enfant adopté rentre dans le rang des héritiers naturels.⁵⁴⁸

Deuxièmement, l'empêchement au mariage, sur lequel la loi n'est pas claire : elle évoque, dans l'hypothèse où les parents biologiques de l'enfant adopté sont connus, qu'il y aura lieu à une interdiction matrimoniale. En revanche, elle n'énonce pas si l'adoption crée des empêchements au mariage entre l'enfant adopté et la famille de l'adoptant. Est-ce que le silence du législateur peut être interprété comme le fait que l'adoption n'entraîne pas d'empêchement au mariage comme dans le cadre de l'institution de la *kafala* islamique ?

De surcroît, l'adoption tunisienne est-elle révocable ou irrévocable ? Cette question a longuement occupé la doctrine et la jurisprudence tunisienne. Alors que la loi française admettait la révocation

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ *Ibid.*

⁵⁴⁵ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 230.

⁵⁴⁶ BEN ACHOUR Sana, « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence » [en ligne], *Revue l'année du Maghreb, dossier : femmes, famille et droit*, 2005-2006.

⁵⁴⁷ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 230.

⁵⁴⁸ CSPT, Art. 90

de l'adoption simple pour des motifs graves, le législateur tunisien reste muet à ce sujet⁵⁴⁹. En effet, cette question se pose généralement lorsque la famille du sang réclame le retour de l'enfant. L'absence de disposition relative à la révocabilité de l'adoption a créé une divergence d'opinion au sein de la justice tunisienne. Le jugement du Tribunal d'appel de Monastir daté du 9 janvier 1986 donne un aperçu des problèmes qui se posent à ce sujet. Dans cette espèce, les parents biologiques, qui ont convenu avec les parents adoptifs de reprendre l'enfant adopté dix ans auparavant, ont fait appel à la Cour d'appel contre la décision de première instance. Celle-ci considère le jugement d'adoption définitif, et partant irrévocable, en interprétant l'article 13 de la loi de 4 mars 1958⁵⁵⁰ littéralement⁵⁵¹. Un autre jugement, rendu par le Tribunal de première instance de Janduba le 9 mai 1988, concerne le cas d'une fillette dont les parents adoptifs divorcent, suite au mauvais traitement infligé à la mère adoptive par le père adoptif. Les parents biologiques demandent la révocation de l'adoption et la restitution de leur fille, laquelle vit d'ailleurs avec eux depuis le jugement de divorce. La mère adoptive ne s'y oppose pas, car elle s'est remariée entre temps et a eu deux enfants de son nouvel époux, et qu'elle s'était engagée par écrit à la restitution de sa fille adoptive au cas où elle aurait elle-même des enfants. Le père adoptif ayant émigré à l'étranger, laissant sa fille adoptive sans biens ni soins de sa part, le tribunal admet la requête des parents par le sang en se basant essentiellement dans sa motivation sur l'intérêt de l'enfant⁵⁵². Il considère l'adoption révocable dans la mesure où le motif de sa conclusion disparaît.

Un autre point laisse penser que l'intégration de l'enfant adoptif au sein de la famille de l'adoptant n'est pas en droit tunisien totale comme dans l'adoption en droit français : sur le plan international, la condition de communauté de religion entre l'adoptant étranger et l'enfant adopté tunisien est requise. L'adoption n'est prononcée qu'après conversion de l'adoptant à l'islam et

⁵⁴⁹ CHARIF FELLER Dina, *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien, et tunisien*, Droz, 1996, p. 177.

⁵⁵⁰ L'Art. 13 de la loi du 4 mars 1958 énonce : « L'acte d'adoption est établi par un jugement rendu par le juge Cantonal siégeant en son cabinet en présence de l'adoptant, de son conjoint, et s'il y a lieu, des père et mère de l'adopté, ou du représentant de l'autorité administrative investie de la tutelle publique de l'enfant, ou du tuteur officieux. Le juge Cantonal, après s'être assuré que les conditions requises par la loi sont remplies, et avoir constaté le consentement des parties en présence, rend le jugement d'adoption. Le jugement ainsi rendu est définitif. Un extrait de jugement d'adoption est transmis, dans les 30 jours à l'officier de l'état civil territorialement compétent, qui le transcrira en marge de l'acte de naissance de l'adopté ».

⁵⁵¹ Cette affaire est citée par Dina Charif Feller, CHARIF FELLER Dina, *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien, et tunisien*, Droz, 1996, p. 177-178.

⁵⁵² *Ibid.*

présentation des certificats l'attestant⁵⁵³. Le jugement du Tribunal Cantanol de Tunis du 26 décembre 1974 exige cette condition non prévue par le texte de loi du 4 mars 1958. En espèce, deux époux français demandaient l'adoption d'un enfant tunisien. Le tribunal, après avoir vérifié que les époux étrangers remplissent les conditions prévues par la loi, et au vu de la preuve de la conversion à l'islam de ces époux, a prononcé l'adoption⁵⁵⁴. Une autre décision, citée par Madame Jacqueline Pousson-Petit, datée du 26 juin 2000, a été rendue par le tribunal de première instance de Tunis sur cette question. Dans cette affaire, il s'agissait d'un Autrichien ayant adopté un enfant tunisien. L'adoptant s'était adressé aux juridictions tunisiennes afin d'obtenir l'exequatur de la décision autrichienne ayant prononcé l'adoption. Se basant sur l'article 10 de la loi du 4 mars 1958, le tribunal estime que « le droit tunisien ne permet pas à l'étranger d'adopter un tunisien » et que « l'adoption ne peut être prononcée dans la mesure où rien dans le dossier ne permet de constater que le demandeur s'est converti à l'islam ». Le tribunal conclut que, puisque les dispositions relatives à l'adoption concernent l'ordre public, la décision autrichienne est contraire à l'ordre public et ne peut recevoir la formule exécutoire⁵⁵⁵.

B. L'adoption en droit libanais

239. - Liban, un pays de communautés confessionnelles. Le Liban est un pays d'identité et d'appartenance arabe, membre fondateur de la ligue des pays arabes. Il est membre de l'organisation de la conférence islamique depuis 1969. Le Liban est donc un pays arabe enraciné dans le contexte arabe auquel il appartient, et c'est le sens de son engagement dans les organisations arabes et islamiques, mais ce n'est pas un pays musulman.

Le Liban a été fondé sur des bases confessionnelles⁵⁵⁶, c'est-à-dire que la société libanaise est une société pluraliste constituée de communautés différentes. Il faut noter que le Liban a toujours été caractérisé par son multi-confessionnalisme, et ce, dès l'occupation romaine autour du 4^{ème} siècle après J.C.⁵⁵⁷.

⁵⁵³ *Ibid.*

⁵⁵⁴ Cité par Jacqueline Pousson-Petit, POUSSON-PETIT Jacqueline, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, p. 38.

⁵⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁵⁶ DHAINI Dania, *Mariage et libertés : étude comparative en droit français et libanais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Paris-Saclay et Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2016, p. 15.

⁵⁵⁷ TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 90.

La population libanaise est partagée entre trois communautés confessionnelles appartenant aux trois religions monothéistes : christianisme, islam, et judaïsme. A chaque communauté sa propre tradition, ses croyances, et sa propre organisation. De ce fait, le législateur libanais a reconnu à plusieurs communautés gouvernées par leurs autorités respectives le pouvoir de légiférer et d'appliquer leurs lois et coutume en matière de statut personnel⁵⁵⁸ (1), comme le souligne Rabbat dans son ouvrage *La formation historique du Liban politique et constitutionnel* : « Le régime communautaire se caractérise par la coexistence sur le même territoire, sous le signe d'une religion ou d'une doctrine religieuse, de divers groupements ou communautés, qui se trouvent, de ce fait, gouvernés par leurs autorités respectives, régis par leurs institutions organiques, et soumis à des juridictions autonomes, formées de membres appartenant à leurs hiérarchies religieuses, auxquelles l'État a reconnu non seulement la compétence d'appliquer leurs lois et coutumes, mais aussi de dire le droit, en des matières relevant du statut personnel entendu en son acceptation la plus large, embrassant l'entier réseau de la vie familiale et spirituelle »⁵⁵⁹. Sans surprise, la question de l'adoption relève de la compétence des autorités religieuses (2).

1) Les conséquences du multi-communautarisme au niveau du statut personnel

240. - Les communautés confessionnelles. Le Liban est un État communautaire et multiconfessionnel, le droit relatif au statut personnel se conformant aux groupes sociologiques et religieux que sont les communautés (*At-Tawaiif*)⁵⁶⁰. Ces dernières se présentent comme suit : communautés chrétiennes (patriarcat maronite, patriarcat grec orthodoxe, patriarcat grec catholique melkite, patriarcat arménien grégorien, patriarcat arménien catholique, patriarcat syriaque orthodoxe, patriarcat syriaque catholique, communauté orientale assyrienne orthodoxe, patriarcat chaldéen, Eglise latine, Eglise copte orthodoxe), communautés musulmanes (communauté sunnite, communauté chiite / jaafarite, communauté alaouite, communauté ismaélite, communauté druze), communauté israélite⁵⁶¹.

⁵⁵⁸ *loc. cit.*

⁵⁵⁹ LAHOUD-TATAR Carine, « L'héritage musulman au Liban, une réglementation multiple pour une société plurielle », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 247, p. 247.

⁵⁶⁰ TOBICH Faiza, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

⁵⁶¹ DIVERS et al., « Liban », sur *Wikipedia*.

241. - Constitution de 1926. Il faut souligner que les communautés confessionnelles ont été consacrées par la constitution de 1926. L'article 9 de la constitution libanaise garantit ainsi aux populations, quel que soit le rite auquel elles appartiennent, le respect de leurs statuts personnels et de leurs intérêts religieux⁵⁶². Cela veut dire que chaque communauté a son propre régime de statut personnel qui relève des tribunaux de sa confession. De ce fait, chaque communauté a ses lois et ses juges : les tribunaux spirituels pour les chrétiens catholiques, orthodoxes, et évangéliques, les tribunaux charaïques pour les sunnites, les tribunaux jaefarites pour les chiites, les tribunaux matdhabiyya pour les druzes, et enfin les tribunaux rabbiniques pour les israélites⁵⁶³. Cela veut dire que chaque communauté à ses propres codes, et qu'aucune dérogation n'est possible, au risque de renier sa propre communauté. Il faut noter que le Liban est le seul pays arabe au Moyen-Orient qui ne possède pas un code unique unifiant ses citoyens à travers leurs différentes religions et confessions en ce qui concerne leurs statuts personnels⁵⁶⁴. Comme chaque communauté a ses propres règles et lois, le statut personnel de l'enfant est régi selon la communauté à laquelle il appartient.

2) L'admission de l'adoption en Liban selon la religion des adoptants

242. - Institution de l'adoption. La question de l'adoption au Liban relève de la compétence des autorités religieuses. Le statut personnel israélite ne reconnaît pas l'adoption. Autrement dit, l'adoption est méconnue dans le statut personnel israélite. De même, les lois musulmanes interdisent l'adoption. En revanche, les lois confessionnelles chrétiennes reconnaissent l'adoption.

Elles prévoient l'adoption comme mécanisme de protection de l'enfant privé de famille. En effet, les personnes qui appartiennent aux communautés chrétiennes sont autorisées à adopter selon trois législations officielles : catholique, orthodoxe, et anglicane.

Les trois régimes sont très similaires : l'adoption est obligatoirement prononcée par le tribunal spirituel⁵⁶⁵.

⁵⁶² TOBICH Faiza, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008.

⁵⁶³ *Ibid.*

⁵⁶⁴ TANNOS Marie-Rose, *Les mariages islamo-chrétiens au Liban : une étude empirique et théorique*, thèse de doctorat, théologie, Université d'Ottawa, 2014, p. 11.

⁵⁶⁵ TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 93.

Les couples adoptants sont sévèrement sélectionnés dans l'intérêt de l'enfant. Le tribunal spirituel impose des conditions strictes : le couple doit être croyant, pratiquant et marié religieusement. Il doit faire preuve d'une bonne moralité et de valeurs familiales sûres, fournir des attestations du prêtre de sa paroisse et de son employeur, et un extrait de casier judiciaire. Il ne doit pas avoir dépassé les 40 ans (la femme en particulier). Il doit avoir un revenu assurant un niveau social acceptable⁵⁶⁶. De plus le consentement des parents biologiques, ou, à défaut, de l'évêque, doit être recueilli, ainsi que le consentement de l'adopté pourvu de discernement. Le consentement du conjoint de l'adoptant doit également être recueilli, et la différence d'âge entre les adoptants et l'adopté doit être de minimum 15 ans⁵⁶⁷.

Il faut souligner que les adoptants chrétiens sont assez fermés à l'idée d'adopter un enfant qui n'est pas issu de leur communauté.

Concernant les conséquences engendrées par cette adoption, l'enfant adopté jouit des mêmes droits et devoirs que l'enfant légitime. Il est utile de noter que l'adoption peut être révoquée pour des motifs graves et sur décision du tribunal spirituel. Chez les catholiques, l'adoption prend fin dans le cas où l'enfant, après avoir atteint la majorité, décide de changer de religion.

Si l'adoption est admise chez les chrétiens libanais, elle est prohibée chez les musulmans libanais. Les enfants musulmans libanais privés de famille sont pris en charge par une famille d'accueil qui pourvoit à tous leurs besoins, à l'instar de ses propres enfants. Autrement dit, ils connaissent la *kafala* comme mesure de protection d'un enfant abandonné ou trouvé⁵⁶⁸.

Le couple musulman désireux d'accueillir un enfant doit prendre connaissance des conditions à remplir. Parmi ces conditions, le couple doit être de nationalité libanaise, il doit être marié légalement depuis plus de 5 ans, il doit être de religion musulmane, et il doit fournir une attestation de bonne conduite morale relative à chacun des deux conjoints⁵⁶⁹.

§2 : L'adoption dans les pays musulmans non arabe

243. - Islam dans les pays non arabes. Il est intéressant de rappeler que l'Islam est présent non seulement dans les pays arabes mais également hors du territoire du monde arabe. Il convient de

⁵⁶⁶ SAGHIEL Nizar, « Enfant illégitime ou abandonné », sur *liban.viabloga.com*, avril 1998.

⁵⁶⁷ TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, p. 93.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 95

⁵⁶⁹ SAGHIEL Nizar, « Enfant illégitime ou abandonné », sur *liban.viabloga.com*, avril 1998.

souligner aussi qu'il peut même se produire une confusion entre les arabes et les musulmans, principalement à cause de deux facteurs : l'origine arabe de l'islam et la place centrale qu'occupe la langue arabe dans cette région⁵⁷⁰. Il y a environ 422 millions d'arabes dans le Monde, dont la grande majorité est musulmane. En réalité, seulement 20% des musulmans vivent dans le monde arabe. La plus grande population musulmane du monde est en Indonésie, suivie par le Pakistan. Un cinquième des musulmans dans le Monde réside en Afrique subsaharienne⁵⁷¹, comme par exemple au Mali ou au Sénégal.

Selon le Pew Research Center, en 2010, 94,4% des habitants du Mali sont musulmans. Alors que 2,4% sont chrétiens, principalement catholiques (1,6%) et que 2,7% pratiquent une religion populaire. Le Mali est membre de l'Organisation de Coopération Islamique depuis sa fondation en 1969⁵⁷².

Au Sénégal, l'islamisation du pays date du 11^{ème} siècle, époque à laquelle les Almoravides, dynastie berbère sanhajienne qui constitue du XI^{ème} siècle au XII^{ème} une confédération de tribus puis un empire englobant le Maroc, la Mauritanie, l'Ouest de l'Algérie ainsi qu'une partie de la péninsule Ibérique et du Mali, conquièrent le nord du Sénégal. La population sénégalaise est aujourd'hui très majoritairement musulmane (environ 95%) et pratique un islam sunnite essentiellement de tradition soufie à travers quatre confréries⁵⁷³ : la Tijaniyya⁵⁷⁴, le Mouridisme⁵⁷⁵, la Qadiriyya⁵⁷⁶, et la Layéniyya⁵⁷⁷.

⁵⁷⁰ DIVERS et al., « Islam », sur *Wikipedia*.

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² DIVERS et al., « Pew Research Center », sur *Wikipedia*.

⁵⁷³ DIVERS et al., « Sénégal », sur *Wikipedia*.

⁵⁷⁴ La Tijaniyya ou Tariqa Tijaniyya est une confrérie soufie, fondée par Ahmed Tijani en 1982 dans une oasis algérienne. Cette confrérie musulmane est la plus répandue d'Afrique de l'ouest.

⁵⁷⁵ Le Mouridisme ou mouridiyya est une confrérie soufie (sunnite), la deuxième au Sénégal après la Tijaniyya où, avec la Gambie, elle est presque exclusivement implantée. Cette branche de la Qadiriyya est fondée à la fin du XIX^{ème} siècle par le cheikh Ahmadou Bamba et joue un rôle économique et politique de premier plan au Sénégal. La tradition mouride est fortement marquée par la culture africaine et plus particulièrement par la culture Wolof. Les fidèles effectuent un pèlerinage annuel dans la ville sainte de Touba au Sénégal, le Magal, qui commémore le départ en exil, en 1895, de Cheikh Ahmadou Bamba sous la pression de l'autorité coloniale française.

⁵⁷⁶ La Qadiriyya ou la confrérie de Qadir est une confrérie soufie fondée au XI^{ème} siècle par le cheikh Abd al Qadir al Jilni qui enseigne pendant de nombreuses années.

⁵⁷⁷ La Layéniyya est une voie soufie née au Sénégal au sein de la communauté Lébou du village de Yoff devenu l'une des communes d'arrondissement de Dakar. Elle a été fondée par Seydina Limamou Laye. De nombreuses sources l'assimilent à une confrérie ou à une secte, alors qu'elle ne se définit pas comme telle. Elle représente aujourd'hui environ 6% de la population sénégalaise.

L'Islam au Sénégal est connu pour sa tolérance et son ouverture à l'altérité. Le Sénégal, comme le Mali, est un pays membre de l'Organisation de la Coopération Islamique⁵⁷⁸.

Avant d'aborder la question de la mise en place de l'adoption dans ces deux pays, il est intéressant de rappeler que ces deux pays sont d'anciennes colonies de la France. Ils ont une histoire législative commune, notamment en matière de droit des personnes et de la famille, qui remonte à la période d'avant 1960, c'est-à-dire pendant la colonisation française.

Avant l'indépendance de ces deux pays, le statut des personnes et de la famille étaient régis par les dispositions du code civil français de 1804. La colonisation avait mis en place une politique d'assimilation de comportement, de mœurs et de culture, dans l'objectif d'éliminer toutes les survivances de cultures autres que la sienne. De ce fait, cette politique était portée par plusieurs textes dont une loi du 24 avril 1833⁵⁷⁹. Au départ, ces textes ont été édictés pour le Sénégal puis étendus aux autres colonies françaises. Mais cette politique a échoué du fait de la résistance des coutumes locales. Le système de destruction établi par la loi de 1833 n'a pas survécu⁵⁸⁰. Le législateur colonial a été alors contraint de reconnaître les coutumes par le décret du 20 mai 1857. Ce décret reconnaît aux musulmans et aux indigènes le droit de réclamer l'application de leurs coutumes dans les questions relatives à l'état civil, au mariage, aux successions, aux donations, et aux testaments⁵⁸¹. Comme souligne N'Diaye, « en matière de statut personnel, les colonisateurs français ont autorisé une pluralité de statuts permettant à chacun d'être soumis aux systèmes normatifs de son choix »⁵⁸².

Au Sénégal, les conflits en matière familiale étaient régis par la coutume ou par la religion, particulièrement par le droit musulman. En ce qui concerne le Mali, la situation n'était pas différente de celle du Sénégal. Pendant la période coloniale, il n'y existait pas à proprement parler de code régissant la famille. Sa gestion relevait des coutumes des parties, et parfois, de leur religion (l'Islam pour la majorité). Pendant la période de la colonisation, il n'y avait pas de code de la famille proprement dit au Mali et au Sénégal. C'est le droit coutumier ou religieux qui faisait office de droit de la famille⁵⁸³.

⁵⁷⁸ DIVERS et al., « Sénégal », sur *Wikipedia*.

⁵⁷⁹ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015

⁵⁸⁰ *Ibid.*

⁵⁸¹ *Ibid.*

⁵⁸² KONE Ousmane, *La controverse autour du code des personnes et de la famille au Mali : enjeux et stratégies des acteurs*, thèse de doctorat, sociologie, Université de Montréal, 2015, p. 11.

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 14.

Toutefois, l'accession de ces deux pays à l'indépendance a marqué un autre tournant : ils ont choisi de rompre avec le droit traditionnel. Les législateurs maliens et sénégalais ont ainsi opté pour la conception occidentale de la famille. Autrement dit, ils ont décidé de moderniser leurs droits en s'inspirant des modèles européens, plus précisément du droit français, comme le dit Mbambi : « L'histoire de la codification en Afrique est indissociable de celle de la colonisation. Celle-ci –du moins politique- a pris fin il y a une quarantaine d'années, le temps pour les États africains d'adopter leurs propres lois (...). Sans conteste, le code civil des français a influencé et influence encore les droits africains »⁵⁸⁴. Bien que la majorité de la population sénégalaise et de la population malienne soit musulmane, les législateurs maliens et sénégalais ont préféré calquer le droit des personnes et de la famille sur le droit des pays occidentaux. Ils ont apporté, selon les propos de N'Diaye, un « grand changement » dans ce domaine, notamment en introduisant des dispositions plus favorables à l'adoption⁵⁸⁵.

L'adoption est en effet organisée par les deux législateurs maliens et sénégalais. Elle s'inspire alors généralement de la conception occidentale de l'institution⁵⁸⁶.

Il existe deux formes d'adoption au Mali et au Sénégal, toutes deux calquées sur les modèles français de l'adoption (A), mais l'acceptation de l'adoption légale n'a pas été simple tant au Mali qu'au Sénégal (B).

A. Le cadre juridique de l'adoption au Mali et au Sénégal

244. - Avant d'examiner le cadre juridique de l'adoption au Mali et au Sénégal en exposant la typologie législative de l'adoption mise en place par les deux États (2), il convient d'abord d'évoquer les causes du développement de l'adoption dans ces deux pays, sachant bien que l'adoption était inconnue du droit traditionnel africain car les phénomènes de recueil et le fait de confier un enfant étaient difficilement assimilables à l'adoption (1)⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ *Loc. cit.*

⁵⁸⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁵⁸⁶ SOW SIDIBE Amsatou, « L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 129-154.

⁵⁸⁷ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015, p. 20.

1) Les motivations du développement de l'adoption

245. - Motifs. Comme la Tunisie qui a mis en place l'institution de l'adoption afin de résoudre des situations sociales douloureuses en procurant des parents à des enfants abandonnés et des enfants à des couples stériles, le développement de l'adoption au Sénégal et au Mali est largement justifié par plusieurs réalités, parmi lesquelles l'abandon d'enfants causé principalement par la pauvreté ou par certaines réalités sociales comme les enfants non désirés. L'abandon est généralement accompagné d'un fort taux de natalité⁵⁸⁸.

A cela s'ajoute les nombreux cas de trafic d'enfants que le monde a connu ces dernières années. Le Mali est l'un des pays victimes du trafic d'enfants et de la traite transfrontalière. A la fin des années 1990 et au début des années 2000, plusieurs milliers d'enfants maliens ont été vendus et exploités dans les plantations de coton, de café, et de cacao au nord de la Côte d'Ivoire⁵⁸⁹.

2) La typologie de l'adoption

246. - Il existe au Mali et au Sénégal deux formes d'adoption : l'adoption légale généralement héritée du système français et soumise à des conditions strictes (a), et l'adoption de fait qui est étrangère au droit (b).

a) L'adoption légale

247. - Types d'adoption au Sénégal. Au Sénégal et au Mali, l'adoption est organisée par le législateur. Le législateur sénégalais prévoit deux types d'adoptions : l'adoption plénière et l'adoption limitée. L'adoption plénière inspirée de l'ancien droit français⁵⁹⁰, conduit à une intégration totale de l'enfant adopté au sein de la famille adoptive en faisant disparaître toute trace de son appartenance à sa famille d'origine, conformément à l'article 241 du code de la famille sénégalais qui énonce que « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine, l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang ». Cela veut dire que l'adoption plénière donne à l'enfant adopté la même place que l'enfant légitime au sein de sa famille, car il est assimilé à l'enfant légitime. Il jouit des mêmes droits et devoirs que ce dernier. En conséquence, l'adoption plénière place l'enfant adopté au sein de la lignée généalogique de

⁵⁸⁸ *loc. cit.*

⁵⁸⁹ DIVERS et al., « Droits de l'enfant au Mali », sur *Wikipedia*.

⁵⁹⁰ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015, p. 20.

l'adoptant et lui permet d'être identifié en tant que fils ou fille de l'adoptant, ce dernier étant identifié en tant que père ou mère de l'enfant adopté.

À côté de cette adoption plénière, il existe une adoption simple, également nommée adoption limitée. Cette dernière, n'est rien d'autre que l'adoption simple prévue en droit français⁵⁹¹, car elle instaure un nouveau lien de famille à effets beaucoup plus restreints que ceux de l'adoption plénière. En effet, elle ne rompt pas les liens de l'adopté avec sa famille d'origine. Elle maintient des liens de filiation entre l'enfant et sa famille biologique⁵⁹². Ce type d'adoption peut être annulée ou rétractée pour motifs graves, contrairement à l'adoption plénière qui ne peut être annulée ou rétractée⁵⁹³ conformément à l'article 243 du code de la famille sénégalais qui dispose que « l'adoption plénière est irrévocable ».

248. - Adoption légale au Mali. En ce qui concerne l'adoption légale au Mali, le législateur malien prévoit deux types d'adoptions : l'adoption-protection et l'adoption filiation⁵⁹⁴. Cependant, la loi malienne est plus originale que la loi sénégalaise, pas tant en ce qui concerne l'adoption filiation qui ressemble à l'adoption plénière du droit sénégalais, car elle assimile l'enfant adoptif à l'enfant légitime, qu'en ce qui concerne l'adoption-protection. En effet, l'adoption-protection est différente de l'adoption limitée de la loi sénégalaise car le législateur malien a choisi pour la caractériser de s'inspirer des traditions maliennes : elle tend seulement à assurer à l'enfant l'entretien, l'éducation et la protection matérielle et morale, sans établir entre l'adopté et l'adoptant des liens de filiation⁵⁹⁵. L'adoption-protection ressemble à l'institution de la *kafala*, cette dernière étant un 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.

b) L'adoption de fait

249. - Autres d'adoptions au Mali. Malgré l'existence de l'adoption légale dans le droit de la famille malien et sénégalais, il existe dans la société malienne comme dans la société sénégalaise d'autres types d'adoption qui résistent au droit et qui prennent plusieurs appellations : adoption

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 22.

⁵⁹² RAMATOULAYE SANE Binetou, « Les spécificités de l'adoption au Sénégal », sur *senepius.com*, publié le 22 avril 2013.

⁵⁹³ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits malien et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015.

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ *Ibid.*, p. 22.

de fait, adoption coutumière, adoption traditionnelle. Ce sont des formes d'adoptions locales non règlementées par la loi⁵⁹⁶. Ces formes d'adoption constituent une sorte de parenté sociale et affective.

250. - Enfant et famille élargie. Ici il faut préciser que dans les sociétés africaines, l'enfant n'est pas l'enfant de l'individu ou du couple, mais celui du lignage, de la famille élargie ou encore de la grande famille⁵⁹⁷. Du fait de l'appartenance de l'enfant à la grande famille, cette dernière peut à tout moment le prendre en charge lorsque, pour une raison ou une autre, ses père et mère viennent à disparaître⁵⁹⁸. L'éducation de ces enfants est alors assurée par les aînés du lignage et notamment par les frères et sœurs pris au sens le plus large, incluant donc les cousins et cousines jusqu'à des degrés assez éloignés⁵⁹⁹. Cela veut dire que l'enfant a toujours une personne pour le prendre en charge.

251. - L'Adoption de fait, une adoption humanitaire. De surcroît, l'adoption de fait peut obéir à d'autres préoccupations. Elle peut être par exemple un acte de charité : l'enfant est confié à des personnes autres que ses géniteurs dans l'objectif d'assurer son éducation. Autrement dit, envoyer ses enfants chez d'autres membres de la famille, ou chez de simples amis, est une ancienne habitude africaine⁶⁰⁰. Cette pratique a pour objectif de créer ou de renforcer des rapports d'entraide et de liens de parenté. En effet, c'est un mode d'organisation sociale et familiale conçu sur le principe d'une redistribution des charges sur l'ensemble du réseau familial⁶⁰¹. Il faut souligner aussi que l'adoption de fait telle que pratiquée dans la tradition sénégalaise et malienne n'a donc pas pour préoccupation première l'établissement d'un lien de filiation, mais la prise en charge de l'enfant et sa protection. A ce propos, le juge Keba Mbaye affirme qu'« elle (l'adoption) n'existait pas dans la société africaine, tout au moins ne lui donnait-on pas la signification qu'elle a dans le droit européen. Ce que l'Afrique ancienne a connu, c'est le système de l'enfant recueilli ou confié, sans qu'un lien de filiation, même fictif, soit établi entre lui

⁵⁹⁶ *Ibid.*, p. 28.

⁵⁹⁷ DELAUNAY Valérie, « Abandon et prise en charge des enfants en Afrique : une problématique centrale pour la protection de l'enfant » [en ligne], *Mondes en développement*, 2009, p. 33-46.

⁵⁹⁸ SOW SIDIBE Amsatou, « L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 129-154.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 142.

⁶⁰⁰ *loc. cit.*

⁶⁰¹ DELAUNAY Valérie, « Abandon et prise en charge des enfants en Afrique : une problématique centrale pour la protection de l'enfant » [en ligne], *Mondes en développement*, 2009, p. 33-46.

et son adoptant »⁶⁰². La société malienne et la société sénégalaise sont organisées de sorte que les enfants abandonnés sont relativement rares.

A cela s'ajoute que certaines ethnies fortement islamisées confient certains de ses enfants à un marabout chargé de lui prodiguer l'instruction. Cet éloignement est considéré comme une mesure éducative importante car l'enfant apprend alors à s'insérer dans des milieux différents⁶⁰³.

252. - Différence entre l'adoption de fait et l'adoption légale. L'adoption de fait est plus répandue que l'adoption légale : la pratique de l'adoption légale n'est pas fréquente au Sénégal et au Mali car elle ne correspond pas aux mœurs. En effet, ses conditions et surtout sa procédure sont ignorées de la majorité de la population sénégalaise et malienne peu habituée aux techniques juridiques importées de l'occident⁶⁰⁴.

253. - Négligence des adoptions de fait par les législateurs maliens et sénégalais. Les législateurs maliens et sénégalais ont négligé les adoptions traditionnelles en choisissant de mettre en place des formes d'adoption qui correspondent très peu à la réalité sociologique du Mali et du Sénégal⁶⁰⁵. Les législateurs maliens et sénégalais voulaient avant tout moderniser leur droit de la famille quitte à ne pas prendre en considération la réalité socioculturelle de leurs pays. Toutefois, ils auraient pu institutionnaliser l'adoption de fait comme forme possible pour donner aux enfants privés de famille une famille de substitution et les protéger ainsi contre toutes formes de maltraitances⁶⁰⁶.

B. Le climat de la réforme de l'adoption dans les deux pays

254. - Il faut bien admettre que l'élaboration et l'adoption d'un code de la famille au Mali et au Sénégal s'est déroulée dans un climat de tensions marqué par l'opposition de certains groupes sociaux ou d'une partie de la population au texte, ou à certaines de ses dispositions⁶⁰⁷. L'acceptation de l'adoption n'a pas été simple, tant au Sénégal (1) qu'au Mali (2).

⁶⁰² COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015.

⁶⁰³ SOW SIDIBE Amsatou, « L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 129-154.

⁶⁰⁴ *Ibid.*, p. 141.

⁶⁰⁵ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ KONE Ousmane, *La controverse autour du code des personnes et de la famille au Mali : enjeux et stratégies des acteurs*, thèse de doctorat, sociologie, Université de Montréal, 2015, p. 8.

1) Au Sénégal

255. - Code de la famille sénégalais. Le Sénégal a réformé plusieurs fois son code de la famille. Accédant à l'indépendance en 1960, le Sénégal se définit comme laïc, et cela dans les fondements mêmes de sa constitution⁶⁰⁸. Cet État s'est muni d'un code de la famille en 1972, douze ans après son indépendance. Cette longue période s'explique par la nécessité de réflexion autour de la rédaction d'un code dont l'enjeu est fondamental en ce qu'il se propose d'organiser les rapports entre les différents membres de la société au sein de la cellule familiale⁶⁰⁹. Afin de redéfinir en profondeur la norme familiale et mettre fin au système de pluralisme juridique⁶¹⁰ que le régime juridique colonial avait mis en place, l'Etat sénégalais a impliqué différentes instances : la commission de codification du droit des personnes et des obligations, le comité des options, le conseil national de l'Union Progressiste Sénégalaise, et l'Assemblée nationale⁶¹¹.

A travers le Code de la famille de 1972, le législateur sénégalais a voulu montrer que sa démarche s'inscrivait dans un mouvement plus global de modernisation des sociétés⁶¹².

256. - Mise en place de l'adoption. La question de l'adoption illustre bien cette réalité. Elle est réformée dans la loi n°72-61 du 12 juin 1972 portant code de la famille en ses articles 223 à 253. Ici, il faut préciser que la question de l'adoption a beaucoup divisé les membres du Comité des options pour le code de la famille avant que son principe ne soit finalement retenu⁶¹³. Certains membres du Comité estimaient qu'imiter la nature en créant une filiation artificielle entre l'adoptant et l'adopté est un acte grave. L'un d'entre eux déclarait que l'enfant adopté, lorsqu'il n'y a aucun lien de parenté entre l'adoptant et lui, n'est pas son enfant. Il ne peut hériter. Il peut, au plus, recevoir des dons et legs dans la limite de la quotité disponible⁶¹⁴. De surcroît, les

⁶⁰⁸ BROSSIER Marie, *Les débats sur la réforme du code de la famille au Sénégal : de la redéfinition de la laïcité comme enjeu de processus de démocratisation*, mémoire de DEA, études africaines, option science politique, 2003-2004, p. 32.

⁶⁰⁹ *loc. cit.*

⁶¹⁰ Selon J. Carbonnier, le pluralisme juridique se définit comme la situation dans laquelle « au même moment, dans le même espace social, coexistent officiellement ou en pratique, plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendant de lui, éventuellement ses rivaux ». Source : CARBONNIER Jean, *Droit civil, Tome 1 : introduction, les personnes, la famille, le couple*, Presses Universitaires de France, 2004

⁶¹¹ N'DIAYE Marième, « Rapports sociaux de sexe et production du droit de la famille au Sénégal et au Maroc » [en ligne], *Cahiers du Genre*, 2014, p. 95-113.

⁶¹² *Ibid.*

⁶¹³ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015, p. 23.

⁶¹⁴ SOW SIDIBE Amsatou, « L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 129-154.

conservateurs ont tenu un discours généraliste sur l'Islam comme socle de l'identité sénégalaise. Cela ressort très clairement de la lettre envoyée par le Conseil islamique aux députés, dans laquelle il affirmait son rejet catégorique de « toute mesure, même officielle, qui ne respecterait pas les principes sacrés de la religion »⁶¹⁵. D'autres membres du Comité des Options étaient favorables à l'adoption moderne. Parmi les arguments, était avancé le fait qu'il y ait des enfants abandonnés vivant dans des conditions intolérables alors qu'il y a des européens ou des « personnes occidentalisées », voir des sénégalais qui s'intéressent à l'adoption⁶¹⁶. L'action des Sœurs Franciscaines, à Dakar, qui recueillent des enfants abandonnés, a également été citée. Il a été en outre soutenu que l'adoption permettait de donner une famille à certains enfants, et qu'il convenait de ne pas la rejeter, quitte à l'aménager et à la simplifier⁶¹⁷. Le rapporteur de la Commission « Paternité et filiation » proposait de prévoir l'adoption en laissant à la conscience de chacun l'appréciation de son opportunité⁶¹⁸.

De ce fait, malgré l'opposition des conservateurs, le législateur sénégalais a pu mettre en avant la question de l'adoption, estimant que cette réforme était importante pour assurer la prise en charge des enfants privés de famille.

2) Au Mali

257. - Droit de la famille malien. La situation est assez semblable pour le Mali qui s'est engagé dans la voie de la réforme juste au lendemain de son indépendance. C'est en 1962, soit deux ans seulement après son accession à l'indépendance, qu'il adopta son premier code régissant la famille, connu sous le nom de Code du mariage et de la tutelle (CMT)⁶¹⁹. La réforme du droit de la famille au Mali n'avait pas opté pour le pluralisme normatif⁶²⁰ comme son homologue sénégalais. En effet, ce code de 1962 était jugé « progressiste », voir « révolutionnaire », par plusieurs observateurs maliens et étrangers à l'époque, notamment au regard de son caractère « novateur », et surtout par le fait qu'il a osé s'attaquer et mettre fin (ne serait-ce que formellement) au mariage forcé, au mariage précoce, etc.⁶²¹. Le législateur a même mis en place l'institution de

⁶¹⁵ N'DIAYE Marième, « Rapports sociaux de sexe et production du droit de la famille au Sénégal et au Maroc » [en ligne], *Cahiers du Genre*, 2014, p. 95-113.

⁶¹⁶ SOW SIDIBE Amsatou, « L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 129-154.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 134.

⁶¹⁸ *loc. cit.*

⁶¹⁹ LEKEBE OMOUALI Daphtone, « Les réformes du droit de la famille dans les États d'Afrique noire francophone : tendances maliennes » [en ligne], *Annales Africaines*, décembre 2018.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ *Ibid.*

l'adoption comme mesure de protection des enfants privés de famille. La question de l'adoption était régie par le Code de la parenté du 31 juillet 1973. Avant la mise en place du Code de la famille de 2011, les dispositions relatives aux personnes et à la famille se trouvaient dispersées dans plusieurs textes, principalement dans le Code du mariage et la tutelle et dans le Code de la parenté.

Il faut également noter que l'État malien s'est de nouveau engagé dans la voie de la réforme du droit de la famille autour des années 90⁶²². Suite à la pression des organisations de femmes, il a lancé en 1996 le processus d'élaboration du Code des personnes et de la famille. Cette initiative s'inscrivait dans le vaste programme de réforme de la justice malienne à travers le PRODEJ (Programme décennal de développement de la justice)⁶²³. Cependant, la deuxième réforme se faisait attendre, quand, en 2006, elle a bénéficié d'un coup d'accélérateur dans le cadre du « Programme de développement économique et social » du Président Amadou Toumani Touré⁶²⁴. Le projet de loi a été revisité en peu de temps par la commission instituée à cet effet, ce qui permit de voter le nouveau Code des personnes et de la famille le 3 août 2009. Toutefois, le Code a aussitôt été rejeté par les principales organisations islamiques du pays (AMUPI, Haut Conseil Islamique, LIMAMA, UNAFEM, UJMMA) et a suscité de vives tensions à travers le pays⁶²⁵. Il a même été reçu avec de vives protestations de la part de la communauté musulmane, assorties de manifestations de rue⁶²⁶ qui s'exprimaient « contre la promulgation d'une loi jugée scélérate et satanique »⁶²⁷. De ce fait, la promulgation de cette version n'a pu aboutir. Le Président Amadou Toumani Touré a décidé de renvoyer le texte en deuxième lecture. Cette décision a été prise par le Président « au nom de la paix, de la quiétude sociale » et de « l'unité nationale »⁶²⁸. Le code en

⁶²² DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux et Université d'Abomey-Calavi, 2017, p. 39.

⁶²³ KONE Ousmane, *La controverse autour du code des personnes et de la famille au Mali : enjeux et stratégies des acteurs*, thèse de doctorat, sociologie, Université de Montréal, 2015, p. 3.

⁶²⁴ DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux et Université d'Abomey-Calavi, 2017, p. 39.

⁶²⁵ KONE Ousmane, *La controverse autour du code des personnes et de la famille au Mali : enjeux et stratégies des acteurs*, thèse de doctorat, sociologie, Université de Montréal, 2015, p. 3.

⁶²⁶ DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux et Université d'Abomey-Calavi, 2017, p. 39.

⁶²⁷ DIVERS et al., « Mali : le nouveau Code de la famille accueilli par des violences », sur *genre en Action*.

⁶²⁸ *Ibid.*

est ressorti diminué des dispositions les plus significatives pour les droits de la femme. Il fut voté le 2 décembre 2011⁶²⁹.

En revanche, les dispositions concernant l'adoption n'ont pas été modifiées, nonobstant la question de l'adoption filiation qui a fait l'objet de controverses nourries avant que son principe ne soit maintenu avec les restrictions nécessaires et de fortes recommandations en vue de mieux protéger l'enfant contre les trafics en tous genres qui ont cours aussi bien au plan international que national⁶³⁰.

En effet, lors de l'examen en seconde lecture par l'assemblée nationale du projet de code des personnes et de la famille du Mali, la question a fortement divisé les parties. Le Haut Conseil Islamique du Mali (HCIM) s'est opposé à l'adoption, plus précisément à l'adoption filiation. Sa position était formelle et catégorique : « c'est un droit fondamental, selon l'islam et nos valeurs traditionnelles, de garder sa filiation d'origine. L'adoption protection, souligne le HCIM, suffit largement pour protéger, aider et secourir un enfant. Aussi, pour le HCIM, la parenté ne saurait-elle résulter de l'adoption »⁶³¹. Les autres confessions religieuses et les associations de défense des droits de l'homme ont insisté sur la nécessité de garder l'adoption filiation dans la législation pour assurer la prise en charge et la protection des enfants abandonnés et des enfants dont les parents sont inconnus⁶³².

258. - L'interdiction de l'adoption en droit algérien. Le législateur algérien a pris un autre chemin, il a préféré interdire l'adoption. L'article 46 du code de la famille algérien énonce clairement que « l'adoption (*Tabanni*) est interdite par la chari'a et la loi ». Au regard de ce texte, cette interdiction découle du droit musulman, plus précisément d'une interprétation restrictive des versets coraniques 4 et 5 de la sourate 33⁶³³. Contrairement au droit tunisien qui n'a pas repris

⁶²⁹ DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux et Université d'Abomey-Calavi, 2017, p. 40.

⁶³⁰ COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits maliens et sénégalais*, thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015, p. 20.

⁶³¹ *loc. cit.*

⁶³² *loc. cit.*

⁶³³ « Dieu n'a pas placé à l'homme deux cœurs dans sa poitrine. Il n'a point assimilé à vos mères vos épouses [à qui vous dites en les répudiant] : « Tu es [aussi illicite] pour moi que le dos de ma mère ». Il n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants. Ce sont des propos [qui sortent] de votre bouche. Mais Dieu dit la vérité et c'est lui qui met [l'homme] dans la bonne direction (4). Appelez -les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Dieu. 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

le principe de l'interdit de l'adoption et a conservé l'institution dans son arsenal juridique, le législateur algérien a préféré s'exprimer d'une manière non équivoque sur la prohibition de l'adoption⁶³⁴. Afin de répondre à un problème de société tout en restant fidèle aux sources et en demeurant dans la conformité au droit musulman, le législateur algérien a mis en place l'institution de la *kafala* comme substitutif au modèle de l'adoption ; la *kafala* constitue ainsi un moyen de donner à l'enfant abandonné une famille de substitution qui prend la relève de la famille d'origine.

font délibéré. Dieu, cependant, est Pardonneur et Miséricordieux (5)», Sourate Les coalisés, Versets 4 et 5. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

⁶³⁴ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Recueil légal (kafala) et droit(s) », *Droit de la famille-Revue mensuelle lexisnexisjurisclasseur*, janvier 2009, p. 17.

Conclusion de chapitre

259. - L'adoption, qui existe depuis la nuit des temps, est considérée à partir de la première moitié du 20^{ème} siècle comme un mécanisme de protection de l'enfant. Mais elle n'a pas un caractère universel. Chaque pays développe son système de protection de l'enfance selon sa propre idéologie. Cela se vérifie clairement en ce qui concerne le système de l'adoption dans les pays musulmans. La majorité des pays musulmans, sunnites comme chiites, prohibe l'adoption. Les pays musulmans qui ont autorisé l'adoption l'exercent différemment d'un pays à l'autre, mais également à l'intérieur même de certains pays où des formes différentes d'adoption se pratiquent simultanément.

Chapitre 2 : La *Kafala*

260. - Définition. Selon M-C Le Boursicot, la *kafala* est « une mesure d'accueil légal d'un enfant mineur dit makfoul, qui n'altère pas sa filiation biologique ou procréatique, par une famille, par une organisation ou un établissement, la personne recueillant l'enfant prenant l'engagement, révocable à tout moment et sans motif, de prendre en charge bénévolement son entretien, son éducation et sa protection ». Suivant cette définition, « prendre en charge bénévolement l'entretien d'un enfant, son éducation et sa protection »⁶³⁵, la *kafala* est un acte à une dimension humanitaire (section 1). La réception de la *kafala* a cependant nécessité des ajustements tant au plan national qu'international (section 2).

Section 1 : Un acte à dimension humanitaire

261. - En vertu de l'article 116 du Code de la famille algérien « le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils ; il est établi par acte légal ». Le libellé de cet article conduit à envisager l'institution de la *kafala* comme une mesure purement humanitaire et volontaire destinée à prodiguer aux enfants en difficulté, et principalement aux enfants abandonnés, une prise en charge semblable à celle que les parents par le sang offrent à leurs enfants légitimes. Cependant, cette présentation laisse penser que la situation juridique de l'enfant makfoul est égale à celle de l'enfant légitime au sein de la famille du kafil. Certes, l'enfant makfoul bénéficie de la même protection que l'enfant légitime. En revanche, la filiation et la succession marquent le point de rupture. Le but avéré de l'institution de la *kafala* est de donner une famille à l'enfant sans famille, et de le protéger ainsi contre le drame de l'abandon et le mauvais regard de la société qui le qualifie d'enfant bâtard ou d'enfant du péché. Il faut noter que le législateur algérien, afin de rester fidèle à l'esprit du principe de l'interdiction de l'adoption recommandé vivement par le droit musulman, a instauré l'institution de la *kafala* qui a des aspects

⁶³⁵ LE BOURSICOT Marie-Christine, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010.

spécifiques qui la différencie de l'institution de l'adoption (paragraphe 1). La *kafala* se préoccupe principalement de l'intérêt de l'enfant makfoul (paragraphe 2).

§ 1 : Les caractéristiques de la *kafala*

262. - Etablissement de l'institution de la *kafala*. L'adoption étant interdite par la législation algérienne, le législateur a été confronté à l'absence d'un cadre de protection pour les enfants privés de famille. En effet, il ne pouvait pas ignorer certaines réalités ayant trait à l'existence de couples stériles désirant un enfant et, plus encore, nier le fait violent de l'enfance abandonnée⁶³⁶. Il fallait créer une institution qui se substitue à l'adoption, afin de répondre aux besoins de la société et particulièrement des enfants privés de famille. De ce fait, le législateur algérien a pris l'initiative d'établir l'institution de la *kafala*⁶³⁷. Les effets de la *kafala* et de l'adoption paraissent semblables au niveau factuel, l'enfant adopté et l'enfant makfoul étaient tous les deux traités comme de « véritables enfants »⁶³⁸. La *kafala* et l'adoption procurent à l'enfant une famille dans laquelle il pourra avoir les mêmes conditions d'existence qu'un enfant vivant au sein de sa famille d'origine.

263. - Au niveau juridique. Le kafil et l'adoptant exercent l'autorité parentale avec tous les effets qui en résultent. Cependant, le point de rupture entre les deux institutions est que l'autorité parentale qui résulte de l'adoption est basée sur le lien de filiation fictif entre l'enfant adopté et l'adoptant, tandis que ce lien n'existe pas entre l'enfant makfoul et le kafil. Il convient en effet de rappeler que le Code de la famille algérien n'admet que la filiation découlant du mariage⁶³⁹. Il n'y a que l'enfant légitime qui peut prétendre à la filiation. De ce fait, l'institution de la *kafala* ne peut pas procurer à l'enfant makfoul un lien de filiation, ni lui donner accès à l'héritage. En revanche, la *kafala* peut procurer une protection à divers d'enfants. Autrement dit, la *kafala* est une institution à usages multiples (A). Bien que sa base, son fondement, reste l'interdiction de l'attribution de filiation⁶⁴⁰, elle se propose comme une institution de parentalité particulière (B).

⁶³⁶ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014.

⁶³⁷ M. Boulenouar Azzemou, Recueil légal (Kafala) et adoption dans le code de la famille algérien, Les Cahiers du LADREN, N°1, 2008.

⁶³⁸ AL-DABBAGH Harith, « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel ? » [en ligne], *Revue générale de droit*, 2017, p. 165–226.

⁶³⁹ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Recueil légal (kafala) et droit(s) », *Droit de la famille-Revue mensuelle lexisnexisjurisclasseur*, janvier 2009, p. 17.

⁶⁴⁰ OUBROU Tareq, « La kafala et la sharia », *Les revues Jurisclasseur, Droit de la famille*, 2009, p. 13.

A. La *kafala*, une institution à usages multiples

264. - La *kafala* est une institution qui a pour finalité de protéger les enfants qu'ils soient d'une filiation connue ou inconnue. Autrement dit, elle remplit une fonction de protection de l'enfance abandonnée (1), elle s'emploie également en faveur des enfants qui ne sont pas en situation d'abandon (2).

1) Une protection pour les enfants abandonnés

265. - **Objectif.** Comme il a été indiqué ci-dessus⁶⁴¹, l'enfant né hors le cadre du mariage est très mal vu par la société algérienne. Il est l'objet d'une réprobation sociale en raison de la nature de cette naissance⁶⁴². Cette réprobation affecte non seulement la situation sociale de l'enfant né hors mariage, mais aussi celle de la mère, créant ainsi pour elle un obstacle à la réalisation d'une vie normale dans la communauté où elle vit⁶⁴³. C'est ainsi qu'une des réactions relativement fréquentes de la mère célibataire est d'avoir recours à l'abandon de son enfant. De plus, l'enfant né hors mariage est le grand oublié des réformes récentes, notamment dans la loi relative à la protection de l'enfant⁶⁴⁴. Les règles concernant les enfants nés hors mariage n'ont pas évolué et sont restées fidèles au fiqh. L'adoption n'a pas été retenue par le législateur comme un moyen de donner à un enfant abandonné une famille de substitution, car il craint qu'elle perturbe le modèle familial basé sur le mariage. En effet, l'interdiction de l'adoption n'est pas un simple principe édicté, mais un fondement incontournable de la famille⁶⁴⁵. De ce fait, afin de répondre à la problématique des enfants abandonnés, le législateur a introduit la *kafala*.

2) Une protection pour les enfants non abandonnés

266. - **Une norme culturelle.** L'institution de la *kafala* ne concerne pas uniquement les enfants abandonnés, sans filiation. Le code de la famille algérien dans son article 119 prévoit sa double fonction : l'enfant *makfoul* peut être de filiation connue ou inconnue. En Algérie, la prise en charge des enfants par la famille élargie correspond à une norme culturelle antérieure à la colonisation française : la pratique de transfert d'enfant par ses parents à un membre de la famille par tradition coutumière. Accueillir un enfant illustre un devoir de solidarité entre deux ou plusieurs groupes.

⁶⁴¹ Evoqué dans le chapitre 2 du titre 1, l'enfant né de parents qui ne sont pas mariés ensemble.

⁶⁴² SAARIO Vieno Voitto, *La condition de la mère célibataire en droit et dans la pratique, rapport du Secrétaire général des Nations Unies*, Nations Unies, 1971, p. 63.

⁶⁴³ *Ibid.*

⁶⁴⁴ Loi n°15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant (JO n°39 du 19.07.2015).

⁶⁴⁵ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 203.

L'enfant qui, par exemple, perd ses parents, sera recueilli par les autres membres de la famille dans le cadre d'une entraide spontanée où la volonté du recueillant semble être absente, elle n'a même pas le temps de se manifester, car la société algérienne n'admet pas de laisser un enfant sans soutien. Autre exemple, le cas des familles nombreuses qui donnent un de leurs enfants à une famille proche, soit pour se délester des charges financières inhérentes à cet enfant, soit pour rendre service à la famille récipiendaire, le plus souvent sans enfant⁶⁴⁶. Il est à noter que la coutume tient une place prépondérante en matière de statut personnel⁶⁴⁷. Ce système traditionnel de prise en charge est un concept social reconnu par la loi.

267. - Solidarité intrafamiliale. Cette pratique traditionnelle de transfert d'un enfant d'une famille à une autre, qui traduit une solidarité intrafamiliale, avait un caractère oral. Autrement dit, l'enfant autrefois était confié oralement sans écrit⁶⁴⁸. Mais depuis l'institution de la *kafala* en droit de la famille algérien, cette coutume est officialisée par l'acte de *kafala* qui, avant l'exigence d'une décision judiciaire par la loi, était établi devant un notaire⁶⁴⁹.

Il est intéressant de noter que la *kafala* intrafamiliale ne modifiait en rien la filiation établie dès la naissance ; elle donnait tout simplement lieu à la création d'un nouveau rapport affectif⁶⁵⁰. L'apparition de la parenté sociale n'avait pas pour objectif de modifier la parenté légale.

B. La *kafala*, une institution de parentalité spécifique

268. - Parenté par le sang et par adoption. La parenté renvoie de manière classique à une communauté de sang. Elle trace le cercle familial en unissant ceux qui descendent les uns des autres et ceux qui descendent du même auteur⁶⁵¹. La filiation adoptive ne correspond pas à une descendance biologique, elle découle d'un jugement. En effet, la parenté par adoption se fonde sur une fiction. Certes l'adoptant n'est pas le père biologique de l'enfant, mais le droit affirme que l'adoptant est le parent de l'enfant adoptif. En effet, les liens de parenté par le sang et par adoption engendrent les mêmes effets. Autrement dit, les liens de parenté par le sang et par adoption permettent de rattacher l'enfant à sa famille, de le nommer par référence à cette famille,

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 242.

⁶⁴⁷ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 82.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 82 ; 83.

⁶⁵⁰ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 242.

⁶⁵¹ NEIRINCK Claire, « De la parenté à la parentalité » [en ligne], in *De la parenté à la parentalité*, Érès, 2001, p. 15-28.

de le situer en son sein. La parenté assure ainsi l'inscription généalogique du sujet. D'elle découlent des droits et des devoirs. Les père et mère sont tenus d'une obligation d'entretien et exercent l'autorité parentale. L'enfant prend le nom de son père et en hérite⁶⁵².

269. - Fonctionnement de l'institution de la *kafala*. L'institution de la *kafala* fonctionne de manière totalement différente. Elle ne crée pas une relation de parenté juridique comme l'institution de l'adoption, elle ne crée donc pas de filiation entre le kafil et le makfoul. De ce fait, la *kafala* n'inscrit pas l'enfant makfoul dans la généalogie du kafil⁶⁵³. En revanche, elle engendre une parentalité, en anglais *parenthood*, *parenting* chez les anglo-saxons, terme qui peut être défini comme la fonction parentale. Il s'agit d'assurer le soin, le développement et l'éducation de l'enfant⁶⁵⁴. Il faut noter que si la parenté inscrit l'individu dans une lignée généalogique, la parentalité n'est pas exclusive⁶⁵⁵. Elle peut être exercée par d'autres personnes que les parents biologiques de l'enfant ou les parents adoptifs. C'est le cas de l'institution de la *kafala*.

270. - Regard de la législation algérienne. Le législateur algérien donne une importance à la création volontaire de lien de parentalité entre le kafil et l'enfant makfoul. Ce lien implique une vie commune permettant l'instauration de liens affectifs forts entre eux. De surcroît, le lien entre le kafil et l'enfant makfoul n'est pas uniquement d'ordre affectif, il engendre des conséquences juridiques. La parenté par *kafala* présente une double caractéristique. D'un côté, une assise bienveillante et volontaire de faire œuvre charitable, d'un autre côté, un aspect réglementaire, puisque la volonté de faire œuvre charitable une fois née dans les conditions prévues par la loi sera soumise à une réglementation.

§ 2 : La consécration de la *kafala* au nom de l'intérêt de l'enfant

271. - Intérêt de l'enfant. Il ne fait aucun doute que l'intérêt de l'enfant recueilli (makfoul) est au centre des préoccupations⁶⁵⁶ du législateur algérien. Son intérêt réside avant tout à ce que lui soit procurée une protection de remplacement qui s'inscrive dans la continuité de la prise en

⁶⁵² *Ibid.*

⁶⁵³ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014.

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ PERRIN Ségolène, *Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant, étude de droit comparé européen*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Strasbourg, 2009, p. 29.

⁶⁵⁶ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Recueil légal (kafala) et droit(s) », *Droit de la famille-Revue mensuelle lexisnexisjurisclasseur*, janvier 2009, p. 18.

charge dont il faisait l'objet dans sa famille d'origine⁶⁵⁷. Le législateur algérien a posé des conditions d'établissement de la *kafala* destinées à protéger l'enfant makfoul (A). Il s'est également assuré que les effets de la *kafala* visent principalement à la protection de l'enfant makfoul (B).

A. Les conditions favorables au développement de l'enfant makfoul

1) Les conditions liées à la situation de l'enfant makfoul

272. - Enfant de filiation connue et filiation inconnue. Comme il a été déjà souligné, les enfants concernés par la *kafala* peuvent être de filiation connue ou de filiation inconnue⁶⁵⁸. Dans le cas où la filiation de l'enfant est connue, le postulant à la *kafala* doit obtenir le consentement des parents géniteurs et constituer un dossier qui sera soumis à l'instance chargée de rédiger l'acte. En revanche, si la filiation est inconnue, le postulant à la *kafala* doit s'adresser aux services de l'assistance qui recueille notamment des orphelins, des enfants délaissés, des enfants trouvés, des enfants de parents inconnus, des enfants abandonnés par leurs parents, des enfants adultérins ou des enfants dont les parents ont été déchus de l'autorité parentale et confiés à des organismes chargés de la protection de l'enfance⁶⁵⁹.

273. - Droit de l'enfant à exprimer son opinion. Parmi les droits que la convention internationale des droits de l'enfant consacre expressément à l'enfant, le droit d'exprimer son opinion, en vertu de l'article 12 qui énonce : « 1. Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale »⁶⁶⁰. De nombreuses législations se mettent en adéquation avec la Convention internationale des droits de l'enfant en consacrant le droit de

⁶⁵⁷ GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe, MAUMONT Bertrand, *et al.*, « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *Revue Droit de la famille*, 2009.

⁶⁵⁸ Art. 119 du CFA.

⁶⁵⁹ BETTAHAR Yamina, « La construction sociale de la parentalité : l'exemple de l'Algérie » [en ligne], *L'Année du Maghreb*, 2007, p. 155-167.

⁶⁶⁰ De SCHUTTER Olivier, TUKENS Françoise et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 200.

l'enfant à exprimer son opinion⁶⁶¹. La législation algérienne est en adéquation avec l'article 12 de la convention internationale des droits de l'enfant. Benosman explique que « Ce droit parmi les droits les plus révolutionnaires n'a été expressément reconnu en Algérie qu'avec l'apparition du code de procédures civiles et administratives du 25 février 2008. Et contrairement au principe de l'intérêt de l'enfant auquel le législateur fait plusieurs fois allusion, celui du droit de l'enfant à exprimer son opinion n'a été consacré que depuis peu en matière familiale et notamment en matière de divorce ; pourtant dans le domaine particulier de la *kafala*, le législateur l'a évoqué dès l'apparition du code de la famille de 1984. »⁶⁶².

Le Code de la famille algérien, dans son article 117, accorde à l'enfant le droit de consentir à son propre recueil lorsqu'il est en âge de discernement⁶⁶³. Cet âge est fixé à 13 ans d'après l'article 42 alinéa 2 du Code civil algérien⁶⁶⁴. L'article 117 du code de la famille algérien mentionne également que « l'enfant [considéré] a un père et une mère ». Pour les juristes, cet article est ambigu car il laisse penser que le législateur algérien donne le droit d'exprimer son opinion uniquement à l'enfant de filiation connue, « l'enfant légitime », et qu'il prive l'enfant de filiation inconnue du droit à exprimer son opinion dans le domaine de la *kafala*. Logiquement, comme souligne Malika Boulenouar Azzemou, « le statut de l'enfant, qu'il soit de filiation connue ou de filiation inconnue, ne doit avoir aucune incidence sur la faculté d'exprimer son opinion en la matière »⁶⁶⁵. Cela laisse penser que la législation algérienne est en contradiction avec les dispositions de la Convention, car en effet cela crée une certaine différence de traitement entre l'enfant né de parents connus et l'enfant né de parents inconnus, ce qui n'est pas conforme au principe de non-discrimination⁶⁶⁶.

⁶⁶¹ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit de l'enfant à exprimer son opinion dans l'institution de kafala », *Les Cahiers du LADREN*, 2011, p. 51-59.

⁶⁶² BENOSMAN Nasrine Ines, « L'impact de la convention internationale des droits de l'enfant sur le droit algérien », *Revue méditerranéenne de droit et d'économie*, 2017, p. 13.

⁶⁶³ L'Art. 117 du CFA dispose « 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 ».

⁶⁶⁴ L'Art. 42 Al. 2 du CCA dispose : « est réputé dépourvu de discernement l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de treize ans ».

⁶⁶⁵ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit de l'enfant à exprimer son opinion dans l'institution de kafala », *Les Cahiers du LADREN*, 2011, p. 54.

⁶⁶⁶ L'Art. 2 de la CIDE dispose : « 1. Les États parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation.

2. Les États parties prennent toutes les mesures appropriées pour que l'enfant soit effectivement protégé contre toutes formes de discrimination ou de sanction motivées par la situation juridique, les activités, les opinions déclarées ou les convictions de ses parents, de ses représentants légaux ou des membres de sa famille ».

Dans le cas où l'enfant n'a pas atteint l'âge du discernement, il ne peut être remis que sur autorisation du juge compte tenu de l'intérêt de l'enfant⁶⁶⁷.

2) Les conditions relatives à la personne du kafil

274. - La primauté de l'intérêt de l'enfant est sans aucun doute la considération primordiale dans l'attribution de la *kafala* : ceux qui désirent accueillir un enfant doivent présenter toutes les garanties nécessaires à son épanouissement futur⁶⁶⁸. Plusieurs éléments sont pris en considération dans l'attribution du recueil légal. Selon l'article 118 du Code de la famille algérien, « le titulaire du droit de recueil légal doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli et capable de le protéger ». En premier lieu, la religion des candidats à la *kafala* doit être l'Islam. On peut déduire que la *kafala* algérienne s'adresse exclusivement aux musulmans et exclut les non musulmans.

275. - Kafil, d'une religion musulmane. Dans l'approche du droit musulman, l'enfant doit avoir la religion de ses parents lorsqu'ils sont connus. Pour l'enfant abandonné, c'est la religion majoritairement pratiquée dans le pays où il est trouvé qui s'appliquera⁶⁶⁹. Sur ce point, le législateur algérien est en conformité avec les principes du droit musulman. La constitution algérienne dans son article 2 exprime clairement que « l'islam est la religion de l'État ». Dans ce cas, il en résulte que la religion majoritairement pratiquée en Algérie est la religion musulmane.

276. - Minorité algérienne non musulmane. L'exclusivité des candidats musulmans à la *kafala* conduit à poser la question de la minorité algérienne non musulmane demandeuse de recueil légal. A cet égard, la Constitution algérienne expose que la liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables. Aussi l'Algérie fait partie des États signataires de la Déclaration universelle des droits de l'homme. Cette dernière proclame la liberté religieuse et l'égalité de tous devant la loi⁶⁷⁰. Cela conduit à dire que l'exigence de la religion musulmane donne lieu à une discrimination fondée sur la religion à l'égard du demandeur de la *kafala*.

277. - Capacité d'entretenir l'enfant. En second lieu, la capacité à entretenir l'enfant : l'article 118 exige que les futurs *kafils* doivent être sensés et intègres. Ce dernier terme a un sens

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁶⁹ *Ibid.*

⁶⁷⁰ L'Art. 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme stipule « toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ».

particulier dans la langue arabe, il signifie que la personne est raisonnable⁶⁷¹ (*Akil*). Ces principes indiquent que le kafil est apte à entretenir l'enfant et à lui donner une bonne éducation. De surcroît, les futurs *kafils* ne doivent pas avoir été condamnés pour des infractions à la morale commises contre des enfants.

278. - Capacité de protéger l'enfant makfoul. En dernier lieu, figure comme condition à la *kafala* la capacité de protéger l'enfant makfoul : les demandeurs de la *kafala* doivent être capables de protéger l'enfant makfoul. Cette protection englobe plusieurs paramètres ; à titre d'exemple, les *kafils* doivent disposer des ressources suffisantes pour élever l'enfant.

279. - Critique. Il peut être reproché à cet article 118 du Code de la famille une imprécision au niveau de certaines conditions relatives à la personne du demandeur de recueil légal. À titre d'exemple, l'âge du kafil : la loi n'indique pas de différence d'âge minimale, ni de différence d'âge maximale entre le kafil et l'enfant makfoul. Cependant, la pratique limite l'âge de la femme à 55 ans et l'âge de l'homme à 60 ans⁶⁷². En plus, l'article 118 ne précise pas si le candidat à la *kafala* doit être en couple marié, célibataire ou veuf. Aussi il ne mentionne pas si le kafil doit être du sexe masculin ou féminin.

Cette imprécision a mené quelques régions en Algérie à poser comme condition que le recueil légal se fasse par un couple marié. Pour ces régions, cette condition est conforme au but même de l'institution.

280. - Procédure. La demande de la *kafala* est adressée au greffe du tribunal de première instance de la section des affaires familiales. Il s'agit d'une requête, rédigée sur papier libre, dans laquelle est exposée la demande de *kafala*⁶⁷³. La requête doit être rédigée en langue arabe. Le futur kafil doit motiver clairement sa demande. La requête doit également mentionner que le requérant remplit toutes les conditions requises par la loi⁶⁷⁴. Le requérant doit fournir avec la requête un dossier administratif. Le juge a l'obligation de s'assurer que toutes les exigences sont

⁶⁷¹ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 93.

⁶⁷² OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013.

⁶⁷³ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

remplies pour accorder la *kafala* conformément à l'article 483 du Code de procédure civile et administrative⁶⁷⁵.

B. Des effets principalement en faveur de l'enfant makfoul

281. - La *kafala* rapproche la situation de l'enfant makfoul de celle de l'enfant adopté en ce que celui-ci cohabite avec la famille *kafila*. Malgré l'absence de lien de filiation entre la kafil et le makfoul, la *kafala* met à la charge du kafil une série d'obligations et entraîne également des conséquences relevant du droit pénal et du droit social⁶⁷⁶. L'ensemble de ces obligations est règlementé par les articles 121, 122, et 123 du Code de la famille⁶⁷⁷. Les effets qu'elles engendrent sont de deux ordres : des effets extrapatrimoniaux (1) et des effets patrimoniaux (2).

1) Les effets extrapatrimoniaux

282. - **Rôle du kafil.** Le recueil légal (*kafala*) est défini par le législateur algérien comme l'engagement de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Le législateur veut assimiler le kafil à un père et le makfoul à son enfant en voulant rapprocher les obligations liées à la paternité à la *kafala*⁶⁷⁸. Il confère au kafil qui a pris l'engagement de venir en aide à l'enfant la tutelle légale de l'enfant recueilli⁶⁷⁹, conformément à la règle exposée dans l'article 121 du Code de la famille : « le recueil légal confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime ». En effet, la loi prévoit l'obligation d'entretien de l'enfant makfoul qui pèse sur le kafil. Elle consiste en l'obligation alimentaire, d'habillement, de soins médicaux, de logement, d'éducation, et de loisir⁶⁸⁰. Le kafil doit entretenir l'enfant makfoul dans

⁶⁷⁵ L'Art. 483 du CPCAA stipule : « Le juge statue sur la demande aux fins de la kafala par ordonnance gracieuse ».

⁶⁷⁶ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 251.

⁶⁷⁷ L'Art. 120 du CFA stipule : « le recueil légal confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime ».

L'Art. 121 du CFA énonce : « l'attributaire du droit de recueil légal assure l'administration des biens de l'enfant recueilli résultant d'une succession, d'un legs ou d'une donation, au mieux de l'intérêt de celui-ci ».

L'Art. 122 du CFA dispose que « 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 ».

⁶⁷⁸ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014.

⁶⁷⁹ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 307.

⁶⁸⁰ Art. 78 du CFA.

la limite de ses ressources. Ce devoir du kafil dure jusqu'à la majorité⁶⁸¹ de l'enfant makfoul pour le garçon, et jusqu'au mariage pour la fille *makfoula*. Si le principe d'obligation d'entretien cesse à la majorité de l'enfant makfoul pour le garçon, toutefois, en raison des liens affectifs tissés pendant la *kafala*, la doctrine estime qu'elle dure au-delà de la majorité, et cette fois-ci de façon réciproque⁶⁸². De surcroît, la *kafala* ouvre droit pour le kafil aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime⁶⁸³. De plus, une allocation mensuelle est versée à l'attributaire du droit de la *kafala* pour faire face aux exigences et charges de la vie quotidienne⁶⁸⁴. Mais malheureusement, la somme versée est symbolique et n'est pas suffisante pour couvrir les frais engagés par la famille *kafila*, considérant la cherté de la vie actuellement en Algérie à cause de la crise économique que traverse le pays. Par ailleurs, il faut noter qu'en droit musulman il est interdit aux parents de discriminer les enfants dans leur entretien. De ce fait, comme l'enfant makfoul est assimilé à un enfant légitime, le kafil ne doit pas lui consacrer une attention moindre par rapport à celle accordée à ses enfants légitimes⁶⁸⁵.

2) Les effets patrimoniaux

283. - En matière patrimoniale. Comme il a été indiqué auparavant, le kafil se voit conférer la tutelle légale de l'enfant makfoul, et à ce titre a droit d'administrer les biens de l'enfant makfoul dans l'intérêt de ce dernier, dans la mesure où l'enfant possède des biens personnels qui nécessitent une gestion⁶⁸⁶. Il est interdit au kafil de dessaisir l'enfant makfoul de ses biens. L'article 122 du Code de la famille exige que le kafil assure la gestion des biens de l'enfant makfoul résultant d'une succession, d'un legs, ou d'une donation, au mieux de l'intérêt de l'enfant makfoul.

284. - Rôle du juge. Le kafil a le pouvoir d'accomplir les actes de la gestion courante. En revanche, pour les actes considérés comme graves, qui affectent le patrimoine de l'enfant makfoul, il doit solliciter le juge ; ces actes sont les suivants : vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction, vente des biens meubles d'importance particulière, engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation, location des biens immobiliers

⁶⁸¹ 19 ans conformément à Art. 40 du CCA.

⁶⁸² ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 253.

⁶⁸³ Art. 121 du CFA.

⁶⁸⁴ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 313.

⁶⁸⁵ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 253.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

du mineur pour une période supérieure à trois années ou dépassant la majorité de l'enfant makfoul d'une année⁶⁸⁷.

En outre, afin que les actes du kafil soient envisagés et justifiés par la nécessité et l'intérêt de l'enfant, le juge exerce un droit de contrôle⁶⁸⁸. Suivant l'article 89 du Code de la famille « 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 ». Cela veut dire que, si le juge considère que les actes envisagés sont préjudiciables aux intérêts de l'enfant makfoul, il exerce sa fonction de protecteur vis-à-vis de l'enfant makfoul. En cas de conflit entre kafil et makfoul, un administrateur ad-hoc est désigné par le juge⁶⁸⁹, d'office ou à la demande d'une personne y ayant intérêt. L'administration du tuteur (kafil) cesse, selon l'article 91 du Code de la famille, à la majorité de l'enfant, au décès du kafil, ou en cas de déchéance de la *kafala*.

285. - Obligation de surveillance. En outre le kafil est tenu d'une obligation de surveillance à l'égard de l'enfant makfoul. L'article 134 du Code civil 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 ». Il s'agit là de la responsabilité qui pèse sur le surveillant (kafil). Car le kafil est censé être chargé de la surveillance de l'enfant *makfoul*, et en cas de dommage causé par cet enfant, le kafil sera considéré comme n'ayant pas rempli sa mission et sera donc présumé fautif⁶⁹⁰. La présomption de faute disparaît lorsque le kafil prouve qu'il a satisfait à son devoir de surveillance ou qu'il prouve que le dommage se serait produit même s'il avait été vigilant et attentif envers l'enfant makfoul⁶⁹¹.

⁶⁸⁷ Art. 88 du CFA.

⁶⁸⁸ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 113.

⁶⁸⁹ Art. 90 du CFA.

⁶⁹⁰ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 314.

⁶⁹¹ *Ibid.*

Section 2 : Les améliorations législatives récentes à l'institution de la *kafala*

286. - Lacunes préjudiciables. Selon les associations algériennes qui militent pour une sécurisation du lien de *kafala*, le recueil légal présente plusieurs lacunes préjudiciables à l'enfant makfoul et au kafil. Elle se caractérise par l'exclusion de certains droits immanents à l'enfant makfoul et au kafil. Cette situation les place dans des conditions inférieures par rapport à l'enfant légitime et à ses parents. Car la prise en charge de l'enfant makfoul est temporaire, elle peut prendre fin à tout moment. Généralement, elle ne dure que le temps de la minorité de l'enfant. De surcroît, l'enfant, de filiation connue ou inconnue, n'a pas le droit d'être affilié à la famille *kafila*. La *kafala* n'instaure aucun droit à l'égard du kafil. Elle se veut une solution d'urgence pour les enfants en détresse, tandis que les *koufala* construisent une relation de parentalité qu'ils conçoivent aussi durable et permanente que le sang⁶⁹². De ce fait, les lacunes de la *kafala* découragent les familles algériennes, qu'elles vivent en Algérie comme à l'étranger, à accueillir un enfant sans famille⁶⁹³. Ces familles considèrent l'institution de la *kafala* comme une entrave pour l'intégration de l'enfant au sein de la famille *kafila*. Afin de répondre à leur besoin, le législateur a mis en place quelques améliorations législatives pour l'enfant makfoul afin qu'il s'intègre mieux au sein de la famille *kafila* (paragraphe 1). Cependant, ces réformes qui ont répondu aux attentes des associations, restent insuffisantes (paragraphe 2).

§ 1 : Le développement de la *kafala*

287. - Kafala intra-familiale. Comme déjà été évoqué précédemment, la coutume en Algérie autorise la circulation de l'enfant entre les membres de la famille biologique. Dans cette coutume, le kafil, via une *kafala* intrafamiliale a l'autorité parentale sur l'enfant makfoul, il prend en charge son éducation et son entretien. L'enfant pris en charge par sa famille élargie via une *kafala* intrafamiliale n'a pas besoin d'être intégré juridiquement complètement au sein de la famille *kafila*, car il 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

⁶⁹² ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 257.

⁶⁹³ *Ibid.*

héritiers, il peut léguer le tiers de sa fortune à l'enfant makfoul, conformément aux dispositions du legs testamentaire⁶⁹⁴.

288. - Kafala en faveur d'enfant abandonné. En revanche, les enfants abandonnés ont besoin d'être rattachés à la famille *kafila* et d'avoir une identité familiale. Or, la finalité de la *kafala* se limite à une prise en charge d'ordre alimentaire assortie d'une interdiction d'influer sur l'identité de l'enfant, et notamment sur son nom⁶⁹⁵. Selon le Code de l'état civil algérien, l'enfant abandonné a droit à une suite des prénoms dont le dernier faisait office de nom. Le fait que l'enfant makfoul n'ait pas la possibilité de porter le nom du kafil l'exposait à la stigmatisation au sein de la société algérienne. De ce fait, des nouvelles réformes étaient nécessaires afin de créer la stabilité et la sécurité dont l'institution de la *kafala* avait besoin pour renforcer l'intégration de l'enfant makfoul dans la famille *kafila* (A). Cependant, les modifications accomplies par le législateur algérien restent timides et insuffisantes (B).

A. Des dispositions qui renforcent le rattachement de l'enfant makfoul au sein de la famille *kafila*

289. - Comme il a déjà été souligné, l'interprétation restrictive des textes sacrés et la promulgation en 1984 du Code de la famille algérien ont empêché les familles concernées par le recueil légal d'enfants de transmettre leur patronyme à l'enfant recueilli⁶⁹⁶. Le législateur algérien énonçait dans l'article 120 du Code de la famille de 1984, que l'enfant makfoul gardait sa filiation d'origine s'il était de parents connus ; dans le cas contraire, il lui était fait application de l'article 64 du Code de l'état civil, lequel exprimait que les enfants nés de parents inconnus avaient droit à une suite de prénoms dont le dernier leur servait de nom patronymique. Le nom étant un acte majeur d'intégration familiale et sociale, le fait de son absence était lourd de signification et hautement stigmatisant⁶⁹⁷.

290. - Nécessité de réformer le régime juridique de la *kafala*. Afin d'atténuer la rigueur de cette réglementation, il fallait donc réformer le régime juridique de l'institution de la *kafala* afin de renforcer le rattachement de l'enfant makfoul au sein de la famille *kafila*, et ainsi protéger ce

⁶⁹⁴ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 129.

⁶⁹⁵ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 258.

⁶⁹⁶ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 110.

⁶⁹⁷ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 89.

dernier contre les stigmatisations et le regard méprisant de la société. Sous la pression des associations et des familles postulantes à la *kafala*, un décret a été promulgué le 13 janvier 1992. Ce décret crée un changement radical dans la vie de l'enfant makfoul car il lui permet d'obtenir le nom du kafil. L'enfant makfoul n'est certes pas intégré dans l'arbre généalogique du kafil puisqu'il n'est pas rattaché à l'ascendance ou à la descendance du kafil, cependant, il existe à partir de ce décret un rapport de rattachement particulier entre le kafil et l'enfant makfoul.

291. - Concordance du nom du makfoul. Désormais, le kafil peut demander la concordance du nom du makfoul avec le sien et peut faire procéder au changement de nom de l'enfant⁶⁹⁸. Il adresse une demande au ministère de la justice qui la transmet après étude au président du tribunal de grande instance. La modification du nom est effectuée par voie d'ordonnance du président du tribunal de grande instance, sur réquisition du ministère public trente jours après l'introduction de la demande. L'officier d'état civil, après réception de l'ordonnance du président du tribunal, procède aux modifications nécessaires dans le registre d'état civil. Lorsque l'enfant trouvé ou abandonné avait déjà un nom fictif, ce dernier est effacé au profit de celui de la famille *kafila*. Il est mentionné en marge de l'acte de naissance que ces modifications sont effectuées sur le fondement de l'ordonnance.

292. - Impact positif de la concordance de nom. La concordance de nom a été accueillie avec satisfaction par l'opinion publique qui a estimé qu'elle ne faisait que réparer une partie des injustices dont sont victimes les enfants abandonnés⁶⁹⁹. En effet, depuis la réforme relative au changement de nom, la *kafala* a cru en popularité. Selon Émilie Barraud, alors que 3350 changements de nom ont été autorisés par le ministère de la justice en 1992, ce chiffre est passé à 3512 en 1993. Cependant, selon la revue Salem de l'Association Algérienne Enfance et Familles d'Accueil Bénévoles (l'AAEFAB), à partir de 1994 l'Algérie est confrontée à une longue période de terrorisme qui s'accompagne d'une crise économique sans précédent, conditions qui ont fortement ralenti l'augmentation du nombre d'enfants pris en charge par *kafala*. Cette période de ralentissement est largement mise en évidence dans les statistiques faites sur cette époque : en 1995, le nombre de placement culminait à 2400, en 1996 il était de 1800, puis cette

⁶⁹⁸ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 110.

⁶⁹⁹ LE BOURSICOT Marie-Christine, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 288.

chute s'est poursuivie en 1997 avec 1636 placements⁷⁰⁰. Après la décennie noire, la *kafala* a cru à nouveau de plus en plus en popularité. Selon les statistiques du ministère de la solidarité nationale de 2007, 15000 enfants nés hors mariage ont été recensés durant les années 2002-2007, dont 9000 auraient été pris en charge dans le cadre d'une *kafala* (parmi lesquels 1056 par la communauté nationale à l'étranger, et 1977 élevés par leurs mères célibataires)⁷⁰¹.

Il faut noter que ce décret doit beaucoup au rôle important joué par l'Association Algérienne Enfance et Familles d'Accueil Bénévoles. Elle a opéré une évolution en Algérie, en introduisant une approche moderne de l'institution de la *kafala* traditionnelle. De nombreuses démarches et un travail de communication intense, dans lequel Téli Tidafi, grand humaniste, a joué un rôle moteur, ont abouti à l'émission, en 1991, par le Conseil Supérieur Islamique, d'une « fatwa » qui a permis de faire voter une loi consacrant le droit de l'enfant à porter le nom du kafil lorsqu'un juge prend une décision de « *kafala* »⁷⁰².

B. Des réformes insuffisantes

293. - Malgré les réformes positives menées par le législateur algérien pour protéger l'enfant abandonné par le biais de la *kafala*, le recueil légal présente encore plusieurs lacunes dénoncées comme préjudiciables à l'enfant⁷⁰³. Il est avéré que c'est une institution juridique insuffisante, tant pour l'enfant makfoul (1) que pour le kafil (2).

1) Des insuffisances envers l'enfant makfoul

294. - **Rattachement partiel à la famille *kafila*.** L'enjeu principal pour l'enfant makfoul consiste à lui trouver un cadre réglementaire harmonieux qui le protège et lui permette de s'intégrer dans une famille subsidiaire à sa famille d'origine. Malheureusement, l'enfant pris en charge dans le cadre de l'institution de la *kafala* se trouve dans une situation intermédiaire instable. Son insertion au sein de la famille *kafila* n'est pas totale et est fragile dans le sens où la *kafala* peut être remise en cause à tout moment pour diverses raisons. Cette fragilité et cette incertitude ont des effets néfastes sur la vie de l'enfant makfoul au sein de la famille *kafila*. Pour l'enfant makfoul, avoir une famille de substitution signifie avoir un milieu familial stable où il peut grandir sereinement. La

⁷⁰⁰ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 21.

⁷⁰¹ LE BOURSICOT Marie-Christine, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, p. 288.

⁷⁰² BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013.

⁷⁰³ PRUVOST Lucie, « Kafala et droit à une généalogie ou de la protection du droit de tout enfant à avoir une famille », *Revue des droits de l'enfant et de la femme (CIDDEF)*, 2008, p. 13.

kafala est une institution de bienfaisance, mais elle est fragilisée par la problématique de sa révocabilité et par la possible survenance du décès ou du divorce du kafil.

a- Révocabilité

295. - La révocabilité de la *kafala*. Le législateur algérien prévoit la révocabilité de la *kafala* à tout moment et de ce fait le lien unissant le kafil et l'enfant makfoul cesse. La révocabilité de la *kafala* peut être activée à la demande des parents biologiques pour obtenir la réintégration de l'enfant makfoul à sa famille d'origine, ceci lorsque l'enfant est de filiation connue. Une action en revendication est alors exercée par l'un des parents de l'enfant recueilli ; il appartient alors au tribunal saisi d'apprécier la cessation du recueil légal en prenant en considération le choix de l'enfant s'il a atteint l'âge de discernement⁷⁰⁴.

296. - Volonté de l'enfant. En vertu de l'article 124 du Code de la famille, l'enfant makfoul en âge de discernement peut décider de son retour ou non au sein de sa famille d'origine. Cette disposition est conforme à l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui énonce : « les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son jeune âge et à son degré de maturité »⁷⁰⁵. La Cour suprême a d'ailleurs eu l'occasion de s'exprimer sur cette question en exigeant la stricte application de l'article 124 précité⁷⁰⁶. Il faut noter que le consentement de l'enfant pourvu de discernement est nécessaire, mais pas suffisant, car, en cas d'opposition avec celui des autres parties, il appartient à la juridiction de trancher dans l'intérêt de l'enfant⁷⁰⁷. Pour l'enfant makfoul non discernant, le juge prend la décision au mieux dans l'intérêt de l'enfant, conformément à l'article 3 alinéa 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁷⁰⁸.

⁷⁰⁴ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 114.

⁷⁰⁵ De SCHUTTER Olivier, TUKENS Françoise et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 200.

⁷⁰⁶ Cour suprême, 21 mai 1991, dossier n° 70801. Cité par Saadi Nacira, SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 114.

⁷⁰⁷ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 266.

⁷⁰⁸ L'Art. 3 de la CIDE énonce que : « 1. 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.

2. Les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents, de ses tuteurs ou des autres personnes légalement responsables de lui, et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées.

La révocabilité de la *kafala* crée des inquiétudes chez le kafil, car le retour définitif de l'enfant makfoul au sein de sa famille d'origine après un attachement de la famille *kafila* est vécu comme un drame pour lui. Ainsi, pour cette raison, beaucoup de candidats à la *kafala* renoncent à prendre en charge des enfants.

297. - Abandon. Conformément à l'article 125 du Code de la famille, le kafil peut renoncer à son droit parental envers l'enfant makfoul. Autrement dit, il peut l'abandonner à tout moment. Dans ce cas, l'action de l'abandon doit être introduite devant la juridiction qui a attribué la *kafala* après une notification au ministère public.

298. - Conséquences néfastes. Ce type de révocabilité entraîne des risques, particulièrement si l'enfant recueilli était à l'origine un enfant abandonné⁷⁰⁹. La seule issue pour ce dernier est alors le retour vers son institution de placement publique. Ce retour engendre chez l'enfant un nouveau traumatisme. Selon Saadi Nacira, « humainement tragique, déstructurante pour la construction et l'équilibre de l'enfant, une telle disposition doit être amendée et limitée dans son application en raison des conséquences ravageuses pour celui-ci »⁷¹⁰. Et comme le souligne aussi Lahlou-Khiar 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. 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 »⁷¹¹. Elle ajoute « Là encore, le juge est investi d'une mission hautement importante pour le devenir 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

3. Les États parties veillent à ce que le fonctionnement des institutions, services et établissements qui ont la charge des enfants et assurent la protection soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la sécurité et de la santé et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel ainsi que l'existence d'un contrôle approprié ».

⁷⁰⁹ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Recueil légal (kafala) et droit(s) », *Droit de la famille-Revue mensuelle lexisnexisjurisclasseur*, janvier 2009, p.20.

⁷¹⁰ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 115.

⁷¹¹ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 135.

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 »⁷¹².

Cette révocabilité prive l'institution de la *kafala* de son véritable rôle qui est en principe de porter l'enfant makfoul à l'âge d'adulte. Cette précarité est souvent dénoncée par les associations qui militent pour une sécurisation du lien de *kafala*. Elles réclament de nouvelles réformes qui prennent en considération l'intérêt de l'enfant makfoul, ce qui mènerait à supprimer la règle de révocabilité de la *kafala* qui engendre l'abandon de l'enfant recueilli. Saadi Nacira considère que le législateur algérien serait bien inspiré de poser le principe de l'irrévocabilité de la *kafala* au moins jusqu'à la majorité de l'enfant recueilli. Il pourrait aménager quelques causes susceptibles d'entraîner des cas de révocabilité pour motifs graves où l'enfant serait exposé à une situation mettant en péril sa santé ou sa sécurité⁷¹³.

b- Décès ou divorce

299. - L'effet néfaste pour l'enfant makfoul du décès ou du divorce du kafil. L'article 125 du Code de la famille, très critiqué par les associations et les juristes, énonce 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 ». Cette disposition met fin à la *kafala* si le kafil décède. En revanche, elle n'évoque pas la question du divorce de kafil. Cette question demeure en suspens dans le Code de la famille algérien. Le décès du kafil engendre des conséquences, particulièrement en ce qui concerne la tutelle et la garde de l'enfant. Comme il a été évoqué précédemment, le droit de recueillir l'enfant makfoul est transféré aux héritiers du kafil s'ils s'engagent à l'assurer. Dans le cas où l'enfant makfoul est recueilli par un kafil appartenant à un couple marié, le décès du conjoint kafil exclut 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

⁷¹² *loc. cit.*

⁷¹³ SAADI Nacira, « L'institution de la *kafala* en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 115.

parentale⁷¹⁴. Par contre, le conjoint étant héritier du kafil, il a droit de prendre en charge l'enfant makfoul s'il manifeste son consentement à s'engager à assurer la *kafala*.

300. - Transfert de la *kafala* aux héritiers du kafil. La *kafala* peut être transférée aux autres héritiers s'ils manifestent leur volonté d'accepter de l'assurer. Le transfert de la *kafala* aux héritiers se fait sur décision de la juridiction compétente qui aura tenu compte de tous les éléments qui lui sont mis à disposition et en prenant en compte l'intérêt de l'enfant. Dans l'hypothèse où les héritiers refusent de prendre en charge l'enfant makfoul, ce dernier retournera à l'institution de l'assistance sociale car le décès du kafil entraîne la fin de la *kafala* et de ce fait l'abandon de l'enfant makfoul⁷¹⁵.

301. - Recommandation. Un amendement est vivement recommandé dans l'intérêt de l'enfant, qui permettrait en cas de décès du kafil que l'enfant makfoul soit pris en charge systématiquement par le conjoint du kafil en plein droit. Autrement dit, il faut appliquer les dispositions de la tutelle et de la garde d'un enfant légitime sur l'enfant makfoul, car c'est plus juste à l'égard de ce dernier et à l'égard du conjoint de kafil, et aussi afin d'assurer une protection à l'enfant abandonné conformément à l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

302. - Divorce des parents kafil. Enfin, il faut s'interroger sur le sort de l'enfant makfoul en cas de divorce du couple kafil. Aucune disposition dans le code de la famille algérien ne précise le sort de l'enfant makfoul dans le cas où le couple kafil se sépare, contrairement à la législation marocaine qui octroie au juge sur cette question une latitude de choix pour prendre la meilleure décision dans l'intérêt de l'enfant. L'article 26 de la loi marocaine du 13 juin 2002 dispose : « si les liens de mariage viennent à se rompre entre les époux assurant la *kafala*, le juge de tutelle ordonne, à la demande du mari ou de la femme, du ministère public ou d'office, soit de maintenir la *kafala* en la confiant à l'une des deux parties, soit de prendre les mesures qu'il estime adéquates ».

303. - Différence de traitement entre les parents kafil et les parents par le sang. En droit algérien, après le divorce du couple kafil, l'exercice de la garde et la tutelle de l'enfant makfoul sont confiés au kafil, car l'acte du recueil légal est établi à son nom. De ce fait, le conjoint du kafil

⁷¹⁴ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 157.

⁷¹⁵ *Ibid.*

(père ou mère) est privé de ce droit car juridiquement ignoré par la loi. Il en va de même pour le droit de visite, le conjoint du kafil est privé du droit de visite⁷¹⁶. Cela crée une différence de traitement entre les parents *kafils* et les parents par le sang, et justifie un amendement qui donnerait aux parents *kafils* les mêmes droits que les parents biologiques en cas de séparation du couple, dans le sens où le législateur algérien devrait harmoniser le droit de garde, de visite et la tutelle du makfoul avec ceux de l'enfant légitime.

304. - Décisions de justice. Il y a eu des décisions de justice contradictoires sur cette question. Par un jugement du tribunal de Birmourad Rais rendu le 18 juin 2003, le juge a confié la garde de l'enfant makfoul à l'épouse du kafil, bien que la *kafala* fût établie au nom du mari kafil, considérant que la garde de l'enfant makfoul doit revenir de plein droit, à la personne qui a assumé le rôle de la mère⁷¹⁷. Dans un autre jugement rendu le 15 mai 2007, le tribunal de Chéraga⁷¹⁸ a rejeté la demande d'une mère *kafila* d'obtenir le droit de garde sur son enfant makfoul, une pension alimentaire et l'octroi d'un logement pour y exercer la garde. Le juge a motivé son refus en affirmant : « attendu que la demanderesse a demandé la garde de la fille prise en *kafala* et la condamnation du mari à verser une pension alimentaire et à 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 concernent que les enfants légitimes ». En appel, les juges de la cour d'appel de Blida ont approuvé le 03 décembre 2007, la décision du tribunal de Chéraga aux motifs que « les dispositions organisant la *kafala* sont différentes des dispositions concernant la garde »⁷¹⁹. De ce fait, les juges de la cour d'appel de Blida ont rejeté la demande de garde par la mère *kafila*. Ces décisions ont été hautement critiquées par l'AAEFAB qui considère que cette situation forme une discrimination entre parents *kafils* et parents biologiques. Elle propose que le juge ou le notaire prononçant la « *kafala* » veillent à porter sur l'acte de la *kafala* les noms et

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 161.

⁷¹⁷ Tribunal de Birmourad Rais (Alger), jugement du 18/06/2003, section statut personnel, affaire n°03-1640 cité par Houhou Yamina, HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 161.

⁷¹⁸ Jugement n° 1288/07 rendu le 15/05/2007 Tribunal de Chéraga (Alger), Section des affaires familiales, cité dans HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, dans ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, dans PRUVOST Lucie, « Kafala et droit à une généalogie ou de la protection du droit de tout enfant à avoir une famille », *Revue des droits de l'enfant et de la femme (CIDDEF)*, 2008.

⁷¹⁹ Cour d'appel de Blida, décision du 03/12/2007, cité dans PRUVOST Lucie, « Kafala et droit à une généalogie ou de la protection du droit de tout enfant à avoir une famille », *Revue des droits de l'enfant et de la femme (CIDDEF)*, 2008.

prénoms des époux au profit desquels est prononcée la *kafala* pour mettre le père et la mère du makfoul sur un pied d'égalité⁷²⁰.

2) Des insuffisances envers le kafil

305. - Dévolution filiale. Comme il a été évoqué auparavant, le kafil prend en charge l'entretien, l'éducation, et la protection de l'enfant makfoul et assure pleinement ses responsabilités comme le ferait un parent par le sang pour son fils. L'enfant makfoul devrait donc avoir des devoirs à l'égard du kafil comme l'enfant légitime. Le législateur algérien dans le code de la famille algérien n'a pas mentionné ce devoir, car il considère que la *kafala* s'achève avec la majorité de l'enfant makfoul⁷²¹. Cependant, les familles algériennes sont majoritairement de culture musulmane ; elles considèrent que le respect et l'honneur envers les parents (père et mère) sont primordiaux. Ce devoir envers les parents nommé en droit musulman *biroualwalidaun* (dévotion filiale) concerne les parents biologiques pour les efforts qu'ils ont consentis pour élever et protéger l'enfant⁷²². Selon le Coran, les enfants doivent faire preuve de gratitude envers leurs parents. Cette reconnaissance doit bénéficier aux parents biologiques comme aux parents kafil. L'enfant makfoul doit exprimer sa gratitude envers ses parents *kafila* en les en traitant respectueusement. De ce fait, l'enfant makfoul a un devoir moral.

306. - Entretien du kafil par le makfoul. Ainsi, l'enfant makfoul devrait subvenir aux besoins du kafil en cas de nécessité. L'article 77 du Code de la famille algérien prévoit : « l'entretien des ascendants incombe aux descendants et vice-versa, selon les possibilités, les besoins et le degré de parenté dans l'ordre successoral ». Cet article vise l'obligation alimentaire entre les personnes ayant les liens de sang. Le législateur algérien, dans aucun texte du code de la famille, n'évoque le devoir du makfoul à l'égard du kafil. Pourtant le kafil, en vertu de l'article 116, a l'obligation d'entretenir l'enfant ; il est donc absurde, irrationnel et même injuste que le kafil soit privé du droit réciproque lorsque l'enfant makfoul devient adulte, alors qu'il pourrait avoir besoin d'aide si l'indigence survenait⁷²³. C'est pourquoi il est important que le législateur algérien prévoie une

⁷²⁰ RACHIDIOU Mustapha, « La kafala se développe en dépit des insuffisances juridiques – chemin ardu de l'adoption », *El Watan*, 08 juin 2006.

⁷²¹ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014.

⁷²² ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014.

⁷²³ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 183.

disposition légale garantissant l'obligation d'assurer la subsistance du kafil par l'enfant makfoul par analogie à l'article 77 du Code de la famille algérien.

Il faut noter que l'enfant makfoul, comme l'enfant légitime, doit aider matériellement ses parents (le parent kafil et le parent biologique) dans la nécessité. Cette aide apportera une reconnaissance à ces personnes qui ont choisi d'être parents, et en même temps renforcera la protection et la promotion de la condition des personnes âgées en Algérie⁷²⁴.

§ 2 : La *kafala* sur le plan international

307. - Au niveau internationale. L'institution de la *kafala* a pris une dimension internationale, car de nombreuses personnes qui vivent à l'étranger font des démarches afin de prendre en charge des enfants de filiation connue ou inconnue dans des pays où la *kafala* est reconnue comme une famille subsidiaire à la famille d'origine.

308. - Statiques. Les lois algériennes permettent aux immigrés algériens d'accueillir un enfant de nationalité algérienne de filiation connue ou inconnue au sein de leur famille. Dans les années 1990 en Algérie, la *kafala* connaît un franc succès auprès des couples mariés et des femmes célibataires, tant localement que parmi les populations immigrées⁷²⁵. De 2001 à 2005 ont été actées 9080 *kafalas*, soit 8182 *kafalas* nationales et 898 *kafalas* internationales, dont la majorité de ces dernières était française et italienne. Sur le nombre total des *kafalas* effectuées en Algérie, le pourcentage des requérants vivants à l'étranger est en hausse continue : de 4,2% en 2001 il est passé à 17,1% en 2005⁷²⁶.

309. - Les *kafils* immigrés. Les *kafils* issus de l'immigration algérienne peuvent être nés à l'étranger, comme c'est le cas des *kafils* nés en France de parents algériens. D'autres ont immigré, en bas âge avec leur famille, ou à un âge plus tardif pour des raisons professionnelles (études, travail) ou familiales (mariage), puis ils ont acquis la nationalité étrangère par le lien du sang, le lien du sol, ou le lien du mariage⁷²⁷. Il faut noter que la plupart des *kafils* sont des couples mixtes ou des binationaux, plus particulièrement des franco-algériens. Choisir de prendre en charge un enfant via l'institution de la *kafala* dans leur pays d'origine présente pour les candidats à la *kafala*

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ BARRAUD Emilie, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin » [en ligne], *L'année du Maghreb*, 2008.

⁷²⁶ *Ibid.*

⁷²⁷ *Ibid.*

divers avantages (A), bien qu'ils soient confrontés au long processus de l'insertion de l'enfant makfoul dans le pays étranger et au conflit de lois entre l'Algérie et leurs pays de résidence⁷²⁸. Vu la présence importante de citoyens d'origine algérienne en France, le législateur français s'est penché à plusieurs reprises sur le mécanisme de l'institution de la *kafala* et sur sa réception sur son territoire (B).

A. La sollicitation de la *kafala* par des ressortissants algériens

1) L'évidence d'un recueil légal dans son pays d'origine

310. - Les motifs de leur choix. Les immigrés algériens choisissent de prendre en charge un enfant via l'institution de la *kafala* dans leur pays d'origine pour des raisons diverses.

311. - Réseau local. Premièrement, leur maîtrise de la langue locale facilite les échanges avec les fonctionnaires administratifs ; leur culture algérienne leur permet de comprendre facilement les fonctionnements des administrations locales, et les manières d'être et de faire qui doivent être respectées. De plus, ils retrouvent en Algérie les membres de leur famille élargie et leurs connaissances qui les hébergent, qui les aident d'une façon concrète et efficace à travers leurs réseaux, qui les soutiennent moralement, ce qui leur permet de gagner du temps et de l'argent dans leur démarche. En effet, la présence de la famille élargie et des amis en Algérie offre un confort tant matériel qu'affectif pour les futurs *kafils* souvent fragilisés par le processus, les événements et surtout par leurs émotions. Car recueillir un enfant sans famille est une pratique à haute teneur émotionnelle⁷²⁹.

312. - Commune appartenance. Deuxièmement, certains *kafils* recueillent un enfant de leur pays d'origine pour une ressemblance physique, et également parce qu'ils sont reliés par la même terre, c'est-à-dire qu'ils partagent une commune appartenance nationale et de ce fait ils partagent la même culture. Comme explique Émilie Barraud, « la commune appartenance nationale avec l'enfant selon eux (les *kafils*) est une « chance » pour lui que de n'être « pas totalement déraciné », bien que sa vie soit vouée à se construire en France. Tout français qui adopte en forme plénière un enfant à l'international, notamment dans des pays éloignés comme la Chine, procède à un déracinement. Cette rupture est d'autant plus nette que les adoptants n'ont souvent qu'une connaissance infime ou nulle des origines culturelles de l'adopté (de la langue parlée, des façons d'être, de faire et de penser). L'enfant adopté, d'où qu'il vienne, devient un français à part entière

⁷²⁸ *Ibid.*

⁷²⁹ *Ibid.*

et ne peut se prévaloir d'une double appartenance culturelle, à moins qu'il ne s'éveille à son pays de naissance vers l'âge d'adulte. La différence avec les adoptants au Maghreb est là. Ces derniers préparent d'ores et déjà l'enfant à un double positionnement identitaire. Même s'ils décident un jour de transformer la *kafala* en adoption plénière, dans les faits il n'y aura pas rupture mais continuité avec le versant culturel des origines »⁷³⁰.

313. - Religion. Troisièmement, certains *kafils* choisissent de recourir à l'institution de la *kafala* pour des motifs religieux : ils préfèrent respecter le droit musulman. Comme l'Algérie est considérée comme un pays musulman conformément à l'article 2 de la Constitution algérienne qui dispose que : « l'Islam est religion d'État », l'adoption y est prohibée et y est substituée par la *kafala* qui respecte le droit musulman.

2) L'émigration de l'enfant makfoul et l'enjeu d'une continuité identitaire

314. - Convention internationale des droits de l'enfant. La Convention internationale des droits de l'enfant dans son article 20 précise que la protection de remplacement de l'enfant doit s'inscrire dans la continuité de la prise en charge dont il faisait l'objet dans sa famille d'origine. Il convient en effet de respecter l'enfant et d'adapter la protection de remplacement aux éléments qui composent son identité : culture, religion, ethnie⁷³¹. Cet article vise expressément la *kafala* comme mode protection de substitution.

315. - Adéquation de la législation algérienne à la convention internationale des droits de l'enfant. Le droit algérien est en conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant, car l'institution de la *kafala* a pour objectif la transmission et la continuité identitaire culturelle et religieuse. Afin de garantir une continuité d'identité, le droit algérien exige que les demandeurs de la *kafala* soient de nationalité algérienne, qu'ils vivent en Algérie ou à l'étranger ; les individus issus de l'immigration algérienne peuvent donc accueillir un enfant algérien à condition qu'ils soient de nationalité algérienne. Le droit algérien exige également que le titulaire de la *kafala* soit musulman conformément à l'article 118 du Code de la famille algérien.

316. - Importance de l'identité religieuse. Le droit algérien accorde une grande importance à l'identité religieuse, et plus particulièrement à la religion musulmane. Son objectif est de faire coïncider l'identité religieuse musulmane de l'enfant makfoul et de ses parents *kafils*. Comme explique Émilie Barraud dans son ouvrage *L'adoption entre France et Maghreb*, « l'enfant

⁷³⁰ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 183.

⁷³¹ GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe, MAUMONT Bertrand, *et al.*, « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *Revue Droit de la famille*, 2009, p. 36.

abandonné est avant tout algérien, donc musulman. Il porte des prénoms auxquels sera joint, sous l'effet d'une concordance, un patronyme, celui du kafil. Ce nom, signe puissant d'identification, doit impérativement être arabo-musulman. Là encore, quoique les moyens diffèrent, cette identité ne relie plus l'enfant à sa famille d'origine. Il est avant tout l'enfant d'une nation, d'un territoire, d'une culture (...) c'est ce que confirme une assistante sociale du consulat d'Algérie de Marseille : « l'essentiel, c'est de transmettre nos valeurs ». Tout est mis en œuvre pour que le makfoul, futur émigré, ne soit pas dépossédé des marqueurs identitaires culturels qui lui ont été assignés »⁷³².

En effet, le kafil ne s'engage pas uniquement à entretenir et prendre en charge l'enfant makfoul, mais aussi à l'éduquer dans la foi musulmane. Cette institution n'a donc pas seulement pour but de protéger l'enfant mais également de garantir le respect de ses origines, son identité personnelle, sa nationalité⁷³³.

B. Réception de l'institution de la *kafala* dans le système juridique français

317. - Comme il a été évoqué précédemment, certains *kafils* qui vivent à l'étranger préfèrent recourir à l'institution de la *kafala* car ils veulent respecter le principe d'interdiction de l'adoption édicté par le droit musulman. D'autres *kafils*, après obtention de la *kafala*, demandent que celle-ci soit reconnue en tant qu'adoption, car ils considèrent que l'adoption correspond le mieux à la situation concrète de l'enfant makfoul et qu'il est dans son intérêt de bénéficier d'une filiation adoptive lui assurant la sécurité de liens familiaux pérennes⁷³⁴.

318. - La *kafala* qui s'internationalise n'est pas reconnue comme substitut de l'adoption par l'ordre juridique étranger, notamment en France. De ce fait, les requérants se trouvent devant des juridictions qui ont tant bien que mal essayé d'établir une équivalence entre l'adoption et la *kafala*⁷³⁵.

319. - **Avant la loi du 6 février 2001.** L'article 21-12 du Code civil français permettait aux recueillis et éduqués sur le territoire français d'obtenir d'office la nationalité française. Les parents *kafils* pouvaient alors introduire une requête auprès du tribunal de grande instance pour adopter l'enfant makfoul. Les tribunaux et la Cour de cassation avaient adopté une position souple qui

⁷³² BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013, p. 214.

⁷³³ MARCHAL ESCALONA Nuria, « Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l'ordre juridique espagnol » [en ligne], *Revue critique de droit international privé*, 2015, p. 89-113.

⁷³⁴ BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Non-Lieu, 2013.

⁷³⁵ *Ibid.*

cherchait à protéger l'intérêt de l'enfant⁷³⁶, et il était ainsi assez facile d'adopter un enfant makfoul algérien ou marocain en France. Cette jurisprudence s'est heurtée aux partisans de la conception diplomatique et publiciste de la question qui affirmaient que les adoptions prononcées étaient « boiteuses »⁷³⁷. Certains auteurs comme M. Simon-Depitre critique cette jurisprudence en expliquant que : « La solution qui consiste à ignorer la loi étrangère comporte des dangers. L'adoption ne sera évidemment pas reconnue dans le pays de l'enfant. On a tenté de minimiser ce risque, de dire qu'il suffirait que les adoptants ne se rendent pas avec l'enfant adoptif dans le pays de celui-ci. (...) Imaginons alors le schéma suivant : un ménage algérien accepte l'adoption par un français d'un de ses nombreux enfants. Au bout de quelques années, (...) la famille (...) réclame l'enfant. L'adoptant refuse. Le tribunal algérien prononce la nullité de l'adoption. Son jugement sera-t-il reconnu en France ? Non, sans doute, puisqu'il est contraire à un jugement français. Il pourra y avoir alors des réclamations par la voie diplomatique susceptibles de créer au gouvernement français des difficultés »⁷³⁸.

320. - Circulaire du ministère de la justice du 16 février 1999. La circulaire du ministère de la justice du 16 février 1999 a estimé que les jugements et les arrêts qui permettaient la reconnaissance de la *kafala* comme adoption étaient trop souples. Elle n'a pas hésité à qualifier la jurisprudence « d'erratique »⁷³⁹. Les jugements et les arrêts n'ont fait « qu'appliquer les principes de l'arrêt du 10 mai 1995 prononçant l'adoption et analysant au cas par cas le consentement, afin de déterminer s'il était donné pour une adoption simple ou plénière ». Cette circulaire a donc préconisé la limitation du prononcé de l'adoption plénière aux enfants nés dans les seuls pays connaissant cette institution et ayant ratifié la Convention de la Haye du 29 mai 1993⁷⁴⁰.

321. - Après la loi du 6 février 2001. Une loi dite Mattei va modifier le Code civil Français en insérant un nouveau chapitre intitulé « Du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées à l'étranger ». Elle pose d'une façon péremptoire de nouveaux principes au terme de l'article 370-3, alinéa 1 du Code civil : « Les conditions de

⁷³⁶ LAFFINEUR Simon, *La kafala de droit marocain, les nouveaux aspects juridiques de l'adoption*, Larcier, 2009, p. 321.

⁷³⁷ LE BOURSICOT Marie-Christine, « Les enfants recueillis en Kafala par des ressortissants français » [en ligne], *Journal du droit des jeunes*, 2006, p. 46-49.

⁷³⁸ LAFFINEUR Simon, *La kafala de droit marocain, les nouveaux aspects juridiques de l'adoption*, Larcier, 2009, p. 321.

⁷³⁹ LE BOURSICOT Marie-Christine, « Les enfants recueillis en Kafala par des ressortissants français » [en ligne], *Journal du droit des jeunes*, 2006, p. 46-49.

⁷⁴⁰ *Id.*, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010.

l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoption 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 loi nationale de l'un ou l'autre époux la prohibe ». Et selon son alinéa 2 : « 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 ».

L'objectif de cette loi est de réunifier la jurisprudence et, en même temps, d'opter pour une solution qui permette d'éviter le conflit de lois⁷⁴¹. Elle marque une rupture dans le droit de l'adoption internationale en France, puisque depuis son entrée en vigueur, en principe, des enfants sont interdits d'adoption en raison de l'endroit où ils sont nés⁷⁴². Le législateur français, à travers la loi de 2001, est venu poser la règle de l'interdiction de l'adoption des mineurs, dont la loi personnelle interdit cette institution, et qui sont, pour la plupart d'entre eux, originaires de pays dont le statut personnel est régi par le droit musulman⁷⁴³.

322. - Cela n'a pas été chose aisée pour les juridictions d'appliquer à la lettre cette loi. En effet, certains juges ont interprété l'article 373 du Code civil français pour considérer que la *kafala* plénière ne peut pas être prononcée pour un enfant né d'un pays qui interdit l'adoption. D'autres ont considéré en revanche que la *kafala* peut être assimilée en quelque sorte à une adoption simple : la Cour d'appel de Reims⁷⁴⁴ et la Cour d'appel de Toulouse⁷⁴⁵ ont statué en ce sens en prononçant respectivement l'adoption simple d'un enfant né au Maroc le 6 février 2003 et d'un autre né en Algérie le 28 juin 2002. D'autres juridictions encore ont prononcé une adoption plénière pour un enfant né dans un pays qui prohibe l'adoption. Le tribunal de grande instance de Nanterre a prononcé en ce sens un jugement d'adoption plénière en date du 28 septembre 2004 pour un enfant né en Algérie⁷⁴⁶. D'autres juridictions encore, comme la Cour d'appel d'Amiens (le 19 novembre 2003) ou encore la cour d'appel de Versailles (le 27 novembre 2003), ont par contre appliqué la loi de 2001 en refusant de prononcé une adoption simple ou plénière à partir d'une

⁷⁴¹ LAFFINEUR Simon, *La kafala de droit marocain, les nouveaux aspects juridiques de l'adoption*, Larcier, 2009, p. 323.

⁷⁴² LE BOURSICOT Marie-Christine, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010.

⁷⁴³ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 125.

⁷⁴⁴ 2 décembre 2004.

⁷⁴⁵ 15 février 2005.

⁷⁴⁶ SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 125.

*kafala*⁷⁴⁷. La cours de cassation française va dans le même sens en refusant systématiquement que la *kafala* soit transformée en adoption. Elle affirme que 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 droit de l'enfant, préserve son intérêt supérieur⁷⁴⁸. Par cet arrêt, certes la cours de cassation applique à la lettre l'article 370-3 du Code civil français, mais elle prend également en considération l'article 20 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant qui considère que l'institution de la *kafala*, comme l'institution de l'adoption, est un mécanisme de protection de l'enfant qui lui permet d'être intégré dans une famille subsidiaire à sa famille d'origine qui le prend en charge, l'entretien, l'éduque et le protège⁷⁴⁹.

323. - Une loi discriminatoire. Les associations qui luttent pour l'intégration à part entière de l'enfant makfoul au sein de la famille *kafila* comme l'APAERK (Association de Parents Adoptifs d'Enfants recueillis par *kafala*), MASF (Mouvement pour l'adoption sans frontières), et PARANEAM (Parents adoptifs d'enfants nés en Algérie et au Maroc) considèrent que la loi du 6 février 2001 est discriminatoire et injuste à l'égard des enfants makfouls et de leurs parents *kafils*⁷⁵⁰. Parmi les arguments avancés figure le non-respect de la Convention internationale des droits de l'enfant, et notamment le non-respect de son principe premier, l'intérêt supérieur de l'enfant : selon ces associations, le fait d'interdire d'adopter un enfant makfoul va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Elles considèrent que *kafala* et adoption doivent se retrouver sur un pied d'égalité. En plus, ces associations considèrent que le statut d'intégration offert à l'enfant makfoul en France est faible et insuffisant parce qu'il ne correspond pas pleinement à la *kafala*⁷⁵¹. La délégation d'autorité parentale ou la tutelle ne sont pas des moyens adéquats pour intégrer l'enfant makfoul au sein de la famille *kafila*. Pour les associations, l'enfant privé de famille a besoin

⁷⁴⁷ LAFFINEUR Simon, *La kafala de droit marocain, les nouveaux aspects juridiques de l'adoption*, Larcier, 2009, p. 323.

⁷⁴⁸ BONFILS Philippe et GOUTTENNOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2021, p. 1234.

⁷⁴⁹ *loc. cit.*

⁷⁵⁰ LAFFINEUR Simon, *La kafala de droit marocain, les nouveaux aspects juridiques de l'adoption*, Larcier, 2009, p. 323.

⁷⁵¹ *loc. cit.*

d'une vraie famille et c'est à travers l'adoption que l'enfant peut avoir une place à part entière au sein de la famille adoptive⁷⁵².

324. - Le contournement de l'interdiction de l'adoption. Afin de contourner cette interdiction, les parents *kafils* qui veulent transformer la *kafala* en adoption plénière recourent au droit de la nationalité. L'article 12-12 du Code civil français offre en effet depuis la loi du 26 novembre 2003 une possibilité de contourner l'interdiction de l'adoption par l'effet de l'acquisition de la nationalité française⁷⁵³. Ainsi, l'enfant recueilli en France depuis au moins cinq ans et élevé par une personne de nationalité française, peut demander la nationalité française et obtenir sa naturalisation. Il faut noter que cet article a été modifié par la loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, qui réduit le délai de cinq ans à trois ans : « l'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance [...] ». Cela veut dire que l'enfant recueilli par un français tout comme celui confié au service de l'aide sociale à l'enfance pourra acquérir la nationalité française après un délai de trois ans. Une fois la nationalité française acquise, l'enfant n'est plus soumis à la loi de son pays d'origine qui interdit l'adoption, mais est soumis à la loi française, et de ce fait peut être adopté. La cours de cassation française affirme en effet que l'interdiction d'être adopté frappant au départ les enfants recueillis en *kafala* peut-être levée lorsqu'ils acquièrent la nationalité française conformément à l'article 3 du Code civil français⁷⁵⁴.

⁷⁵² ASSOCIATION DES PARENTS ADOPTIFS D'ENFANTS RECUEILLIS PAR KAFALA, « La kafala et ses effets en France », *El Watan*, 5 octobre 2008, et aussi Rapport du colloque international sur l'enfant privé de famille et kafala à Rabat, 20 janvier 2006, cité par Laffineur Simon, LAFFINEUR Simon, *La kafala de droit marocain, les nouveaux aspects juridiques de l'adoption*, Larcier, 2009, p. 324-325.

⁷⁵³ ASSOCIATION DES PARENTS ADOPTIFS D'ENFANTS RECUEILLIS PAR KAFALA, « Quels sont les effets de la kafala sur le droit de la nationalité ? », extrait de presse, 7 juillet 2016.

⁷⁵⁴ BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2021, p. 1234.

Conclusion de chapitre

325. - L'adoption est prohibée en droit algérien car elle implique la création d'un lien de filiation. Pour lui substituer, le législateur algérien a mis en place une institution nommée *kafala*. Cette dernière a pour objectif de prendre en charge l'enfant abandonné et de le protéger.

326. - La mise en place de l'institution de la *kafala* par le législateur algérien montre clairement qu'il reconnaît, au moins partiellement, l'existence de l'enfance abandonnée, une catégorie sociale jusqu'alors invisible et frappée d'un violent ostracisme⁷⁵⁵. A travers cette institution, l'enfant abandonné à la naissance a la possibilité d'avoir une place, d'une part au sein de la société algérienne, et d'autre part au sein d'une famille suppléante à sa famille d'origine. De plus, l'institution de la *kafala* ne protège pas uniquement l'enfant abandonné, elle peut également prendre la forme d'un recueil intrafamilial.

327. - Certes la *kafala* protège l'enfant privé de famille, mais son inconvénient principal est qu'elle est une institution provisoire : au moment où l'enfant devient majeur la *kafala* s'achève. Elle est de plus révoquée à tout moment. Le caractère provisoire de la protection qu'apporte la *kafala* ne permet pas de créer une vraie stabilité pour l'enfant *makfoul*. Pour cette raison, nous préconisons que le législateur algérien améliore cette institution pour offrir à l'enfant *makfoul* plus de stabilité et de protection au sein de la famille *kafila*.

⁷⁵⁵ BARRAUD Emilie, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin » [en ligne], *L'année du Maghreb*, 2008.

Conclusion du Titre 2 de la Partie 1

328. - À la suite de ce qui a été exposé, la réalité nous rappelle que de nombreux enfants sont abandonnés, c'est-à-dire vivent sans famille et sont privés d'un environnement stable, dans la société algérienne mais aussi dans d'autres sociétés, y compris dans des sociétés musulmanes. La Convention internationale des droits de l'enfant prévoit que les États parties ont non seulement le devoir d'intervenir pour protéger l'enfant, mais qu'ils doivent également veiller à ce qu'une famille suppléante prenne la relève de la famille d'origine lorsque celle-ci est inconnue ou n'est plus en mesure d'assurer ses obligations.

329. - Chaque pays adopte le mécanisme de protection de l'enfance privée de famille qui lui convient. Dans le monde musulman, certains pays utilisent l'adoption comme moyen pour offrir à l'enfant une famille, et ce bien que l'adoption soit prohibée en islam. D'autres pays musulmans, dont l'Algérie, ont interdit l'adoption, et ont recours à l'institution de la *kafala* pour protéger l'enfant et lui offrir une famille subsidiaire à sa famille d'origine.

330. - L'adoption offre à l'enfant privé de famille une famille similaire à sa famille d'origine, c'est-à-dire qu'il est affilié à la famille adoptive et a des droits identiques à ceux de l'enfant légitime. En revanche, l'enfant *makfoul* n'est affilié que partiellement à la famille *kafila*. Il peut porter le nom de la famille *kafila*, mais sans filiation. De plus, la *kafala* est révocable et l'enfant *makfoul* ne peut hériter du *kafil* que le tiers, contrairement à l'enfant adopté qui peut hériter des parents adoptifs comme l'enfant légitime.

Conclusion de la Partie 1

331. - En étudiant le droit de l'enfant à une famille, nous avons constaté qu'il n'existe en droit de la famille algérien qu'une filiation, la filiation légitime. L'enfant né hors mariage n'est pas reconnu. Toutefois, pour atténuer la rigueur de ce principe, les légistes ont développé des subterfuges juridiques afin d'élargir les possibilités de rattachement de l'enfant.

332. - La prise de conscience de l'existence du phénomène des enfants abandonnés a amené le législateur algérien à mettre en place un mécanisme de protection de l'enfant privé de famille. Il n'est malheureusement pas allé jusqu'à le rattacher à sa famille d'origine, il lui refuse toujours le bénéfice d'une filiation paternelle, ce qui a des effets sur les abandons d'enfants et la stigmatisation de ces derniers.

333. - L'adoption, institution de protection de l'enfant privé de famille, est interdite par le Coran. L'adoption permet à l'enfant adopté de rompre avec sa famille d'origine et établit un lien de filiation complet entre l'adopté et l'adoptant. La majorité des pays musulmans interdit l'adoption. Les pays musulmans, et particulièrement les pays du Maghreb (l'Algérie et le Maroc), ont créé l'institution de la *kafala* comme substitutif à l'adoption afin d'assurer à l'enfant abandonné une famille suppléante à sa famille d'origine qui prenne en charge son entretien, son éducation et sa protection. L'enfant, cependant, n'aura que le nom du kafil et ne sera pas affilié à ce dernier. Il n'aura pas les mêmes droits que l'enfant légitime.

Deuxième partie :

Le droit de l'enfant dans sa famille

334. - Les effets de l'établissement de la filiation. Il est clair que dans le cadre actuel du droit de la famille algérien, la filiation légitime permet à l'enfant né dans le mariage de bénéficier d'un statut supérieur par rapport à l'enfant né hors le cadre du mariage. Seul l'enfant légitime profite d'une condition supérieure et fait l'objet d'un intérêt de plus en plus accru⁷⁵⁶ dans le droit de la famille algérien. De cette priorité accordée à l'enfant né dans le cadre légal du mariage entre le père et la mère découle un ensemble de droits d'ordre personnel et d'ordre patrimonial qui sont réservés à l'enfant légitime. De ce fait, il dispose d'une plénitude de droit vis-à-vis de ses parents. En revanche, l'enfant illégitime est pratiquement oublié par le droit de la famille algérien, sa filiation illégitime n'engendre pas les mêmes effets que ceux engendrés par la filiation légitime. Ceci crée une inégalité de traitement entre l'enfant né dans le cadre du mariage et l'enfant né hors le cadre du lien de mariage.

Cette inégalité est bien visible dans le code de la famille algérien. D'une part, le législateur algérien n'a prévu aucun article qui aborde la filiation de l'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère et ses effets. D'autre part, le législateur algérien ne prévoit aucune disposition qui permette à l'enfant illégitime de réclamer ses droits à ses géniteurs, particulièrement à son père. Ceci engendre une différence de traitement qui se manifeste au niveau de l'ensemble des droits d'ordre personnel (Titre 1) et d'ordre patrimonial (Titre 2).

⁷⁵⁶ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 150.

Titre 1^{er} :

Une différence de traitement dans les droits personnels

335. - L'inégalité des droits entre les enfants légitimes et illégitimes dans les droits personnels. L'inégalité de droits entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime au sein de sa famille algérienne est, hélas, une réalité persistante dans le droit de la famille algérien.

L'enfant légitime entre dignement dans la famille de ses père et mère : sa filiation légitime est établie de plein droit et il porte le nom de son père en vertu du rapport juridique qui l'unit à ce dernier. Ses parents exercent la tutelle légale (*wilaya*) et la garde sur lui aussi bien lorsqu'il vit dans sa famille unie que lorsque le lien familial est brisé suite à une rupture de la relation conjugale⁷⁵⁷.

Ce n'est pas le cas de l'enfant né en dehors du lien légal entre le père et la mère. En effet, ce dernier ne peut intégrer que la famille de sa mère, et uniquement si la mère accepte de le reconnaître. De plus, il ne peut bénéficier des droits d'ordre personnel, c'est-à-dire de la tutelle légale et de la garde, qu'à l'égard de sa mère.

De ce fait, l'enfant né de parents mariés jouit de tous ses droits, alors que l'enfant issu de parents non mariés ou issu d'un adultère en est quasiment dépouillé. Ce dernier bénéficie en effet de droits personnels restreints et très inférieurs à ceux de l'enfant légitime car il ne peut jouir de ses droits que vis-à-vis de sa mère. Somme toute, la filiation illégitime n'engendre aucun effet analogue à celui de la filiation légitime⁷⁵⁸. En conséquence, s'il existe une inégalité de traitement entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime en matière de tutelle légale (Chapitre 1), il existe aussi une inégalité de traitement pour ce qui concerne la garde (Chapitre 2).

⁷⁵⁷ *loc. cit.*

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 143.

Chapitre 1 :

La tutelle légale, « *Wilaya* »

336. - La tutelle légale, un moyen de protection de l'enfant. La tutelle de l'enfant mineur en droit de la famille algérien diffère du régime de la tutelle en droit français⁷⁵⁹. En droit français, la tutelle est avant tout un régime d'exception qui s'applique notamment lorsque l'enfant est privé de ses parents, comme l'explique Catherine Puigelier dans son *Dictionnaire juridique* en la définissant comme un « Régime de protection institué en faveur d'un enfant mineur dont les parents sont décédés ou d'un enfant mineur dont les parents sont privés de l'exercice de l'autorité parentale ou ne l'ont volontairement pas reconnu »⁷⁶⁰. En droit algérien, la tutelle légale de l'enfant mineur est une tutelle de protection. Ibtissem Garram définit la tutelle comme « la soumission de l'enfant mineur jusqu'à sa majorité à l'autorité du père afin que celui-ci le protège dans sa sécurité, sa santé et sa moralité »⁷⁶¹. Amine-Khaled Hartani quant à lui la définit comme un « [...] régime de protection par représentation de certains mineurs [...] »⁷⁶².

Cette protection est assurée pour l'enfant légitime par ses parents, principalement par son père. L'exercice de cette protection est effectivement une prérogative essentiellement paternelle. La mère y étant assignée à un rôle inférieur à celui du père, elle n'a le droit d'accéder à la tutelle légale qu'en tant que subsidiaire au père (Section 1).

L'enfant né hors mariage ne jouit pas de la même protection que l'enfant légitime, car il est exclu de la tutelle légale à l'égard de son père. L'exercice de la tutelle légale est en effet dans ce cas octroyé exclusivement à sa mère (Section 2).

⁷⁵⁹ *Ibid.*, p. 152.

⁷⁶⁰ PUIGELIER Catherine, *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 1001.

⁷⁶¹ GARRAM Ibtissem, Terminologie juridique dans la législation algérienne, en langue arabe, titre original « Al mostalahat Al Kanounia fi Al tachrie Al jazairi », 1992, p. 264.

⁷⁶² HARTANI Amine-Khaled, *Français juridique, introduction au droit, thèmes fondamentaux du droit algérien, lexique*, Performances Editions, 2016, p. 29.

Section 1 : La tutelle légale de l'enfant mineur né de parents mariés

337. - L'article 87 du code de la famille algérien. En vertu de l'article 87 du code de la famille algérien, « le père est tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit. La mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci. En cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants a été confiée ». Il ressort de cet article que la tutelle légale est en premier lieu attribuée au père (Paragraphe 1). Ce n'est qu'à défaut du père que le législateur algérien accorde à la mère le droit et le devoir de prendre la relève, d'où son caractère de remplaçante, de suppléante (Paragraphe 2).

§ 1 : L'attribution de la tutelle légale aux parents mariés

338. - La prééminence du père dans l'exercice de la tutelle légale. Le droit musulman attribue l'exercice de la tutelle légale en premier lieu au père (A). En droit algérien, la tutelle légale est une institution qui tient son origine du droit musulman. Indépendamment de l'évolution et des réformes que le droit de la famille algérien a connues, le législateur algérien demeure fidèle au droit musulman en matière de tutelle légale du mineur. En effet, il accorde au père le privilège d'exercer la tutelle légale à l'égard de l'enfant légitime mineur via la tutelle légale (B).

A. L'attribution de la tutelle légale en droit musulman

339. - La période préislamique. Dans la période qui précède la révélation coranique, la pratique de la puissance paternelle était illimitée, le père était maître et seigneur, et il avait le droit de vie et de mort sur ses enfants⁷⁶³. Ces derniers lui devaient soumission. Parmi les aspects les plus frappants de cette supériorité du père, on relève l'infanticide. Certains pères enterraient vives les nouveau-nés, particulièrement les filles, car elles étaient sources de déshonneur pour la famille, mais aussi un fardeau, une non-valeur dans une société en guerre permanente⁷⁶⁴. Pareillement, en droit romain, la famille était structurée autour du personnage central du père⁷⁶⁵. L'autorité est entre les mains de l'homme, le *pater familias*. La *patria potestas* est en effet accordée exclusivement à l'homme. La mère ne partageait pas cette puissance paternelle avec le père, car

⁷⁶³ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 419.

⁷⁶⁴ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, *L'évolution des rapports entre époux en droit de la famille algérien*, Dahlab, 1998, p. 5.

⁷⁶⁵ LECA Antoine, *Petite histoire du droit de la famille*, LexisNexis, 2019, p. 26.

la puissance paternelle est refusée à la mère⁷⁶⁶. L'autorité reconnue au chef dans la famille entraînait de lourdes conséquences comme l'abandon, la vente d'enfants, ou leur correction⁷⁶⁷. Il faut souligner que pendant *Asr Al Jahiliya* comme à Rome, il existait une inégalité entre le père et la mère concernant l'attribution de l'autorité paternelle vis-à-vis de leurs enfants.

340. - L'avènement de l'Islam. Avec l'avènement de l'islam, la condition de l'enfant s'est améliorée. Le Prophète Mohamed a retiré le droit de vie et de mort au père, il a énergiquement réagi contre la défaveur dont la naissance des filles était entourée⁷⁶⁸. La puissance paternelle a pris une nouvelle forme, favorisant, au détriment de la puissance de maître qui a longtemps régné à l'époque préislamique, la tendance à la protection de l'enfant et de ses intérêts⁷⁶⁹. Le Prophète Mohamed a remplacé la puissance paternelle par la *wilaya* (la tutelle légale). Le terme *wilaya*, provient de la racine *wly*, et est le pluriel du terme *waliyy*, qui est l'un des noms de Dieu : *al-Waliyy*, celui qui renforce, protège et soutient. Plus communément, le mot *waliyy* désigne celui qui gère, celui qui a l'aptitude à représenter une personne mineure – le tuteur–, celui qui a la capacité d'administrer ou de gouverner et à qui l'on peut confier, entre autres, les affaires de l'Etat⁷⁷⁰. La tutelle légale en droit musulman répond à une nécessité de protéger l'enfant en bas d'âge. C'est pourquoi la puissance paternelle s'est vue substituée par la tutelle légale ; la condition de l'enfant s'est vue ainsi améliorée par ce mécanisme de protection.

341. - L'opinion des fouqaha. Les fouqaha confient la tutelle de l'enfant légitime principalement au père. La tutelle légale du père sur son enfant mineur est limitée par la notion d'intérêt de l'enfant. Elle est définie ainsi comme l'ensemble des droits et des pouvoirs que la loi accorde au père. Pour cette raison les juristes musulmans classiques exigent que le tuteur soit majeur, sain d'esprit, de confession musulmane lorsque l'enfant est musulman, et qu'il soit de bonne moralité⁷⁷¹.

Les juristes musulmans refusent à la mère d'exercer la tutelle légale. Ceci constitue une inégalité entre le père et la mère, le père ayant seul vocation à exercer la tutelle légale sur son enfant. Les juristes musulmans préfèrent conserver la prédominance de l'homme dans la gouvernance de

⁷⁶⁶ TEREL Julie, *Les figures de la maternité*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux, 2016, p. 137.

⁷⁶⁷ BART Jean, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIXème siècle*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 59.

⁷⁶⁸ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 420.

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 421.

⁷⁷⁰ LAMRABET Asma, *Femmes et hommes dans le Coran : quelle égalité ?*, La Croisée des chemins, 2012, p. 113.

⁷⁷¹ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 154.

l'enfant. A défaut du père, elle est attribuée aux aïeux paternels ou au juge, ce qui montre clairement que les fouqaha donnent à la tutelle légale un caractère patriarcal.

En principe, la tutelle légale est un pouvoir de protection, établi au nom de l'intérêt de l'enfant. De ce fait, la mère devrait exercer automatiquement la tutelle légale, conjointement avec le père, ou seule dès que survient le décès du père ou en cas d'empêchement. Car la mère est la plus habile à protéger son enfant dans sa sécurité, sa santé, son plein épanouissement et sa moralité.

342. - L'opinion des théologiens. Les théologiens de notre ère considèrent que cette conception de la tutelle ne découle pas directement du Coran. Ils considèrent que le Coran encourage la participation égalitaire des hommes et des femmes au sein de la famille, comme le souligne Asma Lamrabet⁷⁷² : « ce qui doit primer au sein d'une union conjugale c'est cette *wilaya* ou alliance mutuelle, faite de soutien et de réciprocité égalitaire ». Afin de démontrer que la tutelle légale doit être exercée par le père et la mère sur un pied d'égalité, les savants musulmans contemporains se sont appuyés sur le verset coranique suivant : « Les croyants et les croyantes sont alliés (*awliya*) les uns des autres. Ils incitent au bien commun (*al-ma'ruf*) et déconseillent les mauvaises actions (*al-munkar*), accomplissent la prière, s'acquittent de l'aumône légale, et obéissent à Dieu et à son prophète »⁷⁷³.

B. L'exercice de la tutelle légale au père marié en droit de la famille algérien

343. - Le droit français et l'autorité parentale. La notion d'autorité parentale n'existe pas en tant que telle en droit musulman⁷⁷⁴, ni même en droit de la famille algérien.

Il convient de noter qu'en droit français, l'autorité parentale englobe l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux parents sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur non émancipé afin d'accomplir leurs devoirs de protection, d'éducation et d'entretien et d'assurer le développement de l'enfant dans le respect dû à sa personne⁷⁷⁵. Autrement dit, le législateur français s'est engagé à mettre sur un pied d'égalité le père et la mère dans l'exercice de l'autorité parentale conjointe pendant le mariage. La loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, par son article 6, a remplacé le système de la « puissance paternelle » par « l'autorité

⁷⁷² LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 48.

⁷⁷³ Coran 71, 9. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

⁷⁷⁴ CHARIF FELLER Dina, *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien, et tunisien*, Droz, 1996, p. 45.

⁷⁷⁵ HUBERT-DIAS Gwenaëlle, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, étude de droit européen comparé*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014, p. 15.

parentale »⁷⁷⁶. Cette loi a été suivie par d'autres lois, notamment par la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale qui a rendu possible l'exercice en commun de l'autorité parentale aux couples divorcés et aux couples non mariés, puis par la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales. Enfin, le législateur français a consacré à travers la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale la notion de coparentalité, et a égalisé les filiations en supprimant toutes distinctions entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. De plus, afin de garantir l'effectivité de la relation entre l'enfant et chacun de ses parents, le législateur français a consacré des mécanismes tels que la résidence alternée, et il a favorisé l'aménagement conventionnel de l'autorité parentale⁷⁷⁷.

344. - Les pays musulmans. Dans les pays musulmans comme l'Algérie, la tutelle légale appartient au père. Ce dernier joue un rôle prépondérant car il est considéré comme le chef de la famille. La conception classique de la tutelle résulte du modèle de la famille musulmane où le père est le chef⁷⁷⁸. Dans ces pays, comme nous l'avons déjà mentionné, le père a la préférence sur la mère pour ce qui est de l'exercice de la tutelle légale. La position privilégiée du père se traduit de diverses manières. Ainsi, toute décision importante concernant l'enfant doit être prise par le père en tant que tuteur de son enfant mineur⁷⁷⁹.

345. - Droit marocain et tunisien. Dans les codes marocain et tunisien dans leur première rédaction, le père était également appelé à exercer la tutelle légale sur l'enfant légitime d'une manière exclusive. De ce fait, ces codes ne réservaient aucune place à la mère dans l'exercice de la tutelle. A défaut de père en capacité, la tutelle était exercée par le tuteur testamentaire, et ce n'était que lorsque ce dernier n'avait pas été désigné du vivant du père que le juge devenait tuteur du mineur⁷⁸⁰. La mère n'avait pas le droit d'être la tutrice de son enfant légitime. Les législateurs

⁷⁷⁶ EGEA Vincent, *Droit de la famille*, Lexis Nexis, 2020, p. 611.

⁷⁷⁷ *loc. cit.*

⁷⁷⁸ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 153.

⁷⁷⁹ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 97-137.

⁷⁸⁰ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 155.

marocains comme tunisiens s'étaient référés au droit musulman. Ils avaient suivi à la lettre les préceptes des juristes musulmans classiques, particulièrement les règles de la doctrine malikite⁷⁸¹.

Il a fallu attendre des réformes récentes, notamment la réforme du 18 février 1981 en Tunisie, pour que la mère devienne automatiquement tutrice légale de ses enfants en cas de décès ou d'incapacité du père⁷⁸², conformément à l'article 155 du Code du Statut Personnel Tunisien : « la tutelle est exercée de droit sur l'enfant mineur par le père, puis par la mère, puis par le tuteur testamentaire ». De même, par la réforme introduite en 1993 modifiant la moudawana de la famille marocaine, la mère peut jouir de la tutelle légale sur son enfant légitime mineur, mais seulement en tant que suppléante du père⁷⁸³, conformément à l'article 213 qui énonce : « La représentation légale est assurée par : le père majeur, la mère majeure, à défaut du père ou par suite de la perte de la capacité de ce dernier, ... ».

346. - Droit algérien. Le législateur algérien a quant à lui pris un autre chemin. Dans la première codification du code de la famille de 1984, il a réservé à la mère l'exercice de la tutelle en cas de décès du père conformément à l'article 87 du code de la famille algérien qui énonçait : « le père est tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit ». Suivant ces dispositions, le père, de son vivant, restait le seul détenteur de la tutelle légale. Toute décision importante concernant l'enfant devait donc être prise par le père en tant que tuteur de ses enfants mineurs. Autrement dit, la tutelle légale ne s'exerçait pas conjointement par les deux parents mais seulement par le père. Ce dernier était appelé en premier lieu afin d'exercer la tutelle légale vis-à-vis de l'enfant légitime mineur. La tutelle était une prérogative exclusive du père pendant le mariage.

Comme il peut être remarqué, le législateur algérien ne reconnaissait pas à la mère une vocation égale à celle du mari dans l'exercice de la *wilaya* sur l'enfant légitime. Dès lors, la mère pouvait accéder à la tutelle légale uniquement en tant que subsidiaire au père. En effet, ce n'est qu'« en cas d'abandon de famille par le père ou en cas de disparition de celui-ci que le juge peut, avant le

⁷⁸¹ Il est intéressant de souligner que la doctrine hanafite ne partage pas l'opinion de la doctrine Malikite. La doctrine Hanafite permet en effet à la mère d'exercer la tutelle légale, mais uniquement sur la personne de l'enfant.

⁷⁸² BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 184.

⁷⁸³ BUSKENS Léon, « Le droit de la famille au Maroc » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 117.

prononcé du jugement, autoriser la mère sur simple requête, à signer tout document administratif à caractère scolaire ou social ayant trait à la situation de l'enfant sur le territoire national »⁷⁸⁴. A ce titre, Nahas explique que, « même lorsque le père n'est pas en mesure d'exercer la tutelle, les pouvoirs de la mère sont limités à la gestion de la scolarisation ou aux questions à caractère social de l'enfant et dans la mesure où il y a urgence et que tout se passe sur le territoire algérien »⁷⁸⁵.

§ 2 : L'accès de la mère mariée à la tutelle légale

347. - L'innovation en matière de tutelle légale. Depuis la promulgation de l'ordonnance du 27 février 2005, les dispositions du code de la famille algérien de 1984 n'ont plus cours⁷⁸⁶. Le nouveau code de la famille de 2005 prévoit dans son article 87 l'ouverture de la tutelle légale de l'enfant à la mère après la mort du père, et dans d'autres cas comme la déchéance de la tutelle légale si le père se trouve hors d'état de manifester sa volonté, ou en cas de divorce. Le législateur a conservé une partie des principes de la tutelle légale du droit musulman. L'exercice de la tutelle légale appartient principalement au père de plein droit. Toutefois, le droit de la famille algérien confie à la mère la tutelle de l'enfant en tant que suppléante. Ces nouvelles dispositions représentent une avancée par rapport au code de la famille algérien de 1984. Toutefois, l'égalité n'est pas encore parfaite puisque la mère ne peut exercer son pouvoir qu'à défaut du père, c'est-à-dire en tant que subsidiaire au père (A). Ce dispositif est source de multiples difficultés pratiques. Les femmes algériennes sont préoccupées par les limites de la tutelle légale car elles ne jouissent pas de toutes les prérogatives accordées au père : la coparentalité est limitée (B).

A. Le rôle subsidiaire de la mère dans l'exercice de la tutelle légale

348. - L'exclusion de la mère de l'exercice de la tutelle légale pendant le mariage. La tutelle légale en droit algérien ne s'exerce pas de manière conjointe par les deux parents pendant le mariage. La nouvelle réforme respecte toujours le droit musulman en matière de représentation légale de l'enfant. L'exercice de la tutelle légale appartient principalement au père de plein droit. Toutefois, le droit de la famille algérien confie à la mère la tutelle de l'enfant en tant que suppléante.

⁷⁸⁴ Art. 63 de l'Anc. CFA.

⁷⁸⁵ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 97-137.

⁷⁸⁶ *Ibid.*

349. - La mère : une tutrice d'exception autorisée à suppléer le père en cas d'urgence.

L'ordonnance du 27 février 2005 a théoriquement élargi les pouvoirs de la mère. L'article 87 énonce que, si le droit de la tutelle légale de l'enfant peut revenir à la mère de plein droit, pendant le mariage elle n'intervient qu'exceptionnellement en tant que suppléante au père : « La mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci ». En vertu de l'article 63 de l'ancien code de la famille de 1984 « en cas d'abandon de famille par le père ou en cas de disparition de celui-ci, le juge peut, avant le prononcé du jugement, autoriser la mère sur simple requête, à signer tout document administratif à caractère scolaire ou social ayant trait à la situation de l'enfant sur le territoire national ». Cela veut dire, sous l'empire de l'ancien code de la famille algérien de 1984, dans son article 63, que la mère pouvait intervenir uniquement lorsque le père abandonnait sa famille⁷⁸⁷ ou qu'il disparaissait. Ainsi elle devait solliciter le juge afin d'obtenir une autorisation pour signer tout document administratif à caractère scolaire ou social ayant trait à la situation de l'enfant sur le territoire national⁷⁸⁸.

350. - L'abrogation des anciennes dispositions. Avec la nouvelle réforme, ces dispositions ont été abrogées. Le nouvel article 87 est d'une formulation plus générale car, d'une part, il ne limite pas les domaines d'intervention de la mère, contrairement aux anciens articles 63 et 87, et d'autre part, le nouvel article 87 ne précise pas si la mère doit recourir au juge afin d'exercer la tutelle légale sur son enfant dans le cas où le père abandonne ses enfants ou dans le cas de sa disparition. Nahas estime que l'article 87 est, « d'une formulation plus générale, mais il n'exclut pas la nécessité pour la mère de s'appuyer sur une décision judiciaire notamment en cas d'absence du père pour agir dans le cadre de ce que lui permet la loi. Or un tel jugement ne peut être prononcé qu'après un délai légal relativement long, aussi est-elle obligée de saisir le juge des référés pour être autorisée à suppléer son mari absent dès l'instant où il y a urgence »⁷⁸⁹. Il ajoute aussi que, « la mère n'est pas obligée de recourir à cette même procédure de référé lorsque le père est

⁷⁸⁷ Il est à noter que l'abandon de famille est un délit sanctionné pénalement conformément à l'Art. 330 du CPA. Mais l'action n'est engagée que s'il y a plainte de l'époux abandonné et lorsque « l'abandon sans motif grave a duré plus de deux mois au cours desquels le contrevenant s'est soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral ou d'ordre matériel résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale ».

⁷⁸⁸ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 230.

⁷⁸⁹ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 97-137.

simplement empêché et qu'il y a urgence à agir, notamment pour les actes usuels de la vie courante ou pour des soins d'une importance vitale pour l'enfant »⁷⁹⁰.

351. - Le transfert de la tutelle légale à la mère après le divorce. Le nouvel article 87 dans son alinéa 3 prévoit qu'« en cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants a été confiée », contrairement à l'ancien code de la famille de 1984 qui accordait uniquement à la mère divorcée la garde de son enfant⁷⁹¹ et la tutelle légale uniquement au père⁷⁹². Ce partage créait des difficultés dans l'exercice de la garde par la mère dans la vie courante de l'enfant. Il est à noter que ces dispositions étaient inspirées du droit musulman. En effet, la majorité des jurisconsultes musulmans ne confond pas la garde avec la tutelle. De ce fait, ils conçoivent la tutelle comme une prérogative exclusive du père, mais en revanche attribuent la garde à la mère.

Désormais, avec la nouvelle disposition de 2005, la mère gardienne peut exercer la tutelle légale sur son enfant mineur suite à son divorce. Cette disposition met fin aux problèmes que rencontrait la femme divorcée dans l'exercice de la garde, notamment pour accomplir certains actes administratifs nécessaires à la vie de l'enfant⁷⁹³. La jurisprudence de la Cour suprême favorise l'application de l'article 87 alinéa 3. Elle rappelle clairement dans une affaire jugée le 14 janvier 2009 : « L'octroi du droit de garde à la mère après le divorce sans lui confier la tutelle est contraire à la loi »⁷⁹⁴. Cette décision rappelle que la situation de la mère mariée ou divorcée s'est améliorée d'une manière considérable. Cette amélioration s'est produite sous l'influence des associations féministes qui se sont opposées à la suprématie du chef de famille. Toutefois, l'égalité n'est pas encore parfaite puisque la mère ne peut exercer son pouvoir qu'à défaut du père, particulièrement après le divorce.

⁷⁹⁰ *Ibid.*

⁷⁹¹ L'Art. 64 de l'Anc. CFA dispose que : « le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle, puis aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant. En prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite ».

⁷⁹² L'Art. 87 de l'Anc. CFA dispose que : « le père est tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit ».

⁷⁹³ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 223.

⁷⁹⁴ Cour suprême, 14.01.2009, dossier n°476515, chambre du statut personnel, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008.

352. - Droit comparé. Si les législateurs marocain, tunisien et algérien ont réglé la question de la tutelle légale de la mère mariée à l'égard de son enfant légitime en accordant à la mère d'exercer la tutelle légale en tant que subsidiaire au père, le contenu et la profondeur de la réforme de cette institution que chaque législation a connue ne sont certainement pas les mêmes⁷⁹⁵. Une certaine divergence est apparue concernant les pouvoirs de la mère mariée à l'égard de son enfant légitime. En effet, le législateur algérien permet à la mère de l'enfant à qui l'on a attribué la *hadana*, d'exercer la tutelle de ses enfants conformément à l'article 87 du code de la famille algérien. Pareillement, la mère mariée gardienne tunisienne jouit de quelques prérogatives vis-à-vis de son enfant légitime conformément à l'article 67 alinéas 4 du code du statut personnel tunisien qui pose que, « au cas où la garde de l'enfant est confiée à la mère, cette dernière jouit des prérogatives de la tutelle en ce qui concerne les voyages de l'enfant, ses études et la gestion de ses comptes financiers ». Il en va autrement en droit de la famille marocain. En effet, la mère gardienne n'est pas appelée à exercer la tutelle légale en cas de divorce, car l'article 236 énonce que, « le père est de droit le tuteur légal de ses enfants, tant qu'il n'a pas été déchu de cette tutelle par un jugement. En cas d'empêchement du père, il appartient à la mère de veiller sur les intérêts urgents de ses enfants ».

L'égalité des droits en matière de tutelle légale n'est pas une chose acquise, et semble constituer la principale entrave aux droits de la mère au sein de la famille.

353. - Le mariage de l'enfant mineur. En vertu des articles 9 et 10 du Code de la famille algérien, le mariage doit être conclu par l'échange du consentement des deux époux. Le consentement découle de la demande de l'une des deux parties et l'acceptation de l'autre exprimée sous toutes formes écrites ou gestuelles signifiant le mariage dans le langage ou l'usage. Avant la promulgation du nouveau code de la famille de 2005, la capacité de mariage est réputée valide à vingt et un (21) ans pour l'homme et à dix-huit (18) ans révolus pour la femme⁷⁹⁶. Aujourd'hui, l'âge de la majorité matrimoniale est fixé à dix-neuf (19) ans révolus pour les filles comme pour les garçons⁷⁹⁷. Toutefois, au-dessous de l'âge de la majorité légale, pour pouvoir contracter le mariage, le consentement du représentant légal de l'enfant⁷⁹⁸ est nécessaire, et le

⁷⁹⁵ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 157.

⁷⁹⁶ Art. 7 de l'Anc. CFA.

⁷⁹⁷ Art. 7 du CFA.

⁷⁹⁸ Art. 11 Al. 2 du CFA.

juge doit accorder une dispense d'âge⁷⁹⁹, c'est-à-dire que le juge doit délivrer une autorisation spéciale permettant de contracter le mariage avant la majorité.

354. - Le consentement du père au mariage de l'enfant mineur. En théorie, chaque personne titulaire de *wilaya* sur l'enfant mineur est apte à consentir à son mariage. De ce fait, lorsque le père est wali de l'enfant mineur, il peut consentir à son mariage. Et lorsque c'est la mère qui exerce la *wilaya*, elle peut consentir au mariage de son enfant mineur. En réalité le droit de la famille algérien est loin de cette théorie, car l'article 11 alinéa 2 du Code de la famille algérien est ambiguë : « le mariage du mineur est contracté par le biais de son « wali » qui est le père puis l'un des proches parents ». Suivant cette disposition, la question du consentement du père au mariage de son enfant mineur ne se pose pas, car le législateur algérien appelle en premier lieu le père pour consentir au mariage de son enfant mineur⁸⁰⁰.

355. - Le silence de la loi sur le consentement de la mère au mariage de l'enfant mineur. En revanche, la question du pouvoir de la mère au consentement au mariage de l'enfant mineur n'est pas évoquée expressément dans l'article 11 du code la famille algérien. Le législateur algérien a utilisé le terme « proches parents ». Cela laisse s'interroger : est-ce que le législateur algérien permet à la mère de manifester son consentement dans le mariage de son enfant mineur, ou vise-t-il à travers le terme « proches parents » les parents agnats, comme l'exige la doctrine Hanafite, qui stipule que le tuteur doit-être un parent mâle par les mâles ?⁸⁰¹Ce silence sur le droit de la mère de consentir au mariage de son enfant mineur apparait aussi dans la moudawana de la famille marocaine. En effet, dans un sens similaire, l'article 21 alinéa 1 de la moudawana marocaine dispose que, « le mariage du mineur est subordonné à l'approbation de son représentant légal ». Dans ce cas, L'article 11 alinéa 2 du code de la famille algérien, comme l'article 21 alinéa 1 de la moudawana de la famille marocaine, peuvent être interprétés comme affirmant que le droit de consentir au mariage de l'enfant mineur est principalement accordé au père et à son défaut à la mère.

⁷⁹⁹ Art. 7 Al. 2 du CFA.

⁸⁰⁰ Il est essentiel de souligner que le CFA permet au père d'être le représentant légale de l'enfant mineur pour conclure son mariage, mais qu'il interdit au wali, qu'il soit le père ou autre, de contraindre au mariage la personne mineure placée sous sa tutelle, de même qu'il lui interdit de la marier sans son consentement, car la personne mineure est la seule détentrice de son consentement.

⁸⁰¹ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 158.

356. - Le regard différent de la loi tunisienne. Contrairement aux droits de la famille algérien et marocain, le droit de la famille tunisien est plus clair car selon l'article 6 alinéa 1 du statut personnel de la famille tunisien, « le mariage du mineur est subordonné au consentement de son tuteur et de sa mère ». Cela veut dire que la mère est appelée à consentir en même temps que le tuteur au mariage de son enfant mineur⁸⁰². Par ailleurs, lorsque la mère est tutrice légale, l'article 8⁸⁰³ du code de statut personnel tunisien exige un consentement masculin pour autoriser le mariage d'un enfant mineur. Le consentement de la mère est toujours en concours avec le consentement, soit du tuteur lorsqu'elle n'exerce pas la tutelle légale, soit d'un proche agnat de l'enfant lorsque la mère est tutrice légale de l'enfant⁸⁰⁴. Le législateur tunisien a retenu la position des imams Malek, Chafi, et Ibn Hanbal en exigeant la présence d'un wali masculin. De ce fait, il reste fidèle à une règle qui est l'un des vestiges des traditions patriarcales et à laquelle il est difficile de trouver une justification⁸⁰⁵.

B. Une coparentalité limitée

357. - Coparentalité et code de la famille algérien. L'alinéa 3 de l'article 36 du Code de la famille algérien de 2005 énonce que les époux doivent « contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur soin et éducation ». De ce fait, cet article place la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux et fait de la concertation en matière de décisions relatives aux enfants une obligation commune des deux époux. En revanche, l'article 87 déjà cité énonce que « le père est tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit. La mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci. En cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants a été confiée ». Les dispositions de cet article sont donc en contradiction avec l'article 36 du même code. Il faut alors s'interroger : comment est-il possible, conformément à la disposition qui confie à la mère et au père la coparentalité, de confier l'enfant sous la

⁸⁰² CHERIF AMMARI Alya, « La condition juridique des femmes dans le code de la famille en Tunisie » [en ligne], *Après-demain*, 2007, p. 24-32.

⁸⁰³ L'Art. 8 du CSPT dispose : « consent au mariage du mineur le plus proche parent agnat. Il doit être saint d'esprit, de sexe masculin, majeur. Le père ou son mandataire consent au mariage de son enfant mineur, qu'il soit de sexe masculine ou féminin. S'il n'y a point de tuteur, le consentement est donné par le juge ».

⁸⁰⁴ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 158.

⁸⁰⁵ *loc. cit.*

responsabilité conjointe des deux époux et, dans le même temps, de nier à la mère une prérogative rattachée à l'exercice de la tutelle légale de son enfant, dans un contexte où le législateur algérien a abrogé l'article 39 du code de la famille algérien de 1984⁸⁰⁶ qui imposait l'obéissance de l'épouse à son mari ? Une relecture du code de la famille de 2005 s'impose afin d'harmoniser les articles 87 et 36. Il est aussi urgent de supprimer toute discrimination à l'égard de la mère dans l'article 87 et que la *wilaya* acquiert les mêmes caractéristiques que l'autorité parentale, sachant bien que la tutelle légale est un pouvoir protecteur, établi dans l'intérêt de l'enfant, et à l'exercice duquel pourra participer la mère conjointement au père. Comme le suggère Nahas Mohamed Mahieddin, « Il semble qu'il y ait là une absence de logique et il aurait été opportun de mettre en place une autorité parentale partagée en précisant les modalités de son exercice dans l'intérêt de l'enfant »⁸⁰⁷.

358. - La nécessité de nouvelles réformes adaptées à la situation réelle de la femme. La société algérienne a évolué, la situation de la femme d'une manière générale a changé, son accès au travail rémunéré et sa participation au développement économique, lui ont permis d'être autonome financièrement⁸⁰⁸. De ce fait, l'organisation classique de la famille a pris une nouvelle forme et surtout a perturbé le schéma du couple. En conséquence, les pouvoirs du père au sein de la famille deviennent moins étendus. Actuellement, les mères algériennes sont au premier rang pour soutenir leurs enfants, tant dans les tâches du quotidien que pour les décisions et les démarches importantes concernant sa vie⁸⁰⁹. En effet, les mères algériennes assurent la protection de leurs enfants et veillent sur leur santé depuis la conception jusqu'à l'âge de leurs majorités, leur assure l'enseignement et la formation qui leur permettent d'accéder à la vie active et de devenir des membres utiles de la société et créer, pour eux, autant que possible, les conditions adéquates pour poursuivre leurs études selon leurs aptitudes intellectuelles et physiques. En résumé, la mère algérienne a toutes les qualités pour protéger son enfant, elle est mieux placée que les aïeux paternels pour le soutenir. De ce fait, il n'est plus justifié de lui refuser l'exercice conjoint de la tutelle légale avec le père. Le législateur algérien sur cette question est

⁸⁰⁶ L'Art. 39 Al. 1 de l'Anc. CFA énonce : « l'épouse est tenue de : obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille ».

⁸⁰⁷ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 97-137.

⁸⁰⁸ OUALAIZ Hanane, *L'évolution du statut personnel de la femme au Maroc, entre la loi de Dieu et les droits de l'homme*, thèse de doctorat, droit public, Université Montpellier 1, 2014, p. 235.

⁸⁰⁹ Il est à noter tout au long de l'histoire, les femmes algériennes ont su se créer une sorte de sous-pouvoir au sein de la famille face à la prédominance masculine.

incohérent. Il devrait revoir ses dispositions afin de supprimer toute discrimination envers la femme et admettre à la mère un droit équivalent à celui du père dans l'exercice de la *wilaya*.

359. - Le regard du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Les dispositions discriminatoires relatives aux droits parentaux sur leurs enfants dans le code de la famille algérien ont fait l'objet de vives critiques de la part du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Ce dernier, dans la conclusion de ses observations finales, dans les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Algérie daté du 2012, a relevé le fait que le code de la famille algérien contient toujours beaucoup de dispositions discriminatoires⁸¹⁰. Celles-ci nient aux femmes algériennes leurs droits de base, notamment celui de partager la tutelle légale de l'enfant avec le père à d'égalité. Ainsi, le Comité recommande vivement au gouvernement algérien de continuer ses efforts d'abrogation des lois inégalitaires pour rendre ses législations plus compatibles avec les dispositions de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Le Comité recommande aussi aux organisations gouvernementales, non-gouvernementales, aux intellectuels, et aux médias d'encourager des attitudes éclairées et l'émancipation de la femme par la publicité et des campagnes de prise de conscience publiques. Le Comité incite également le gouvernement algérien à considérer les amendements proposés par le Comité pour modifier certaines des dispositions du code de la famille afin d'harmoniser ses dispositions avec les textes internationaux relatifs aux droits de la femme qu'il a ratifiés, et avec le principe d'égalité qui est exposée dans la constitution algérienne. En somme, le Comité recommande que l'État prenne des mesures pour assurer que des modèles religieux et culturels n'interdisent pas le développement de la position de la femme dans la société algérienne.

360. - Le regard du Comité des droits de l'enfant. De même, le Comité des droits de l'enfant reste préoccupé par le fait que la loi algérienne ne reconnaît pas les mêmes responsabilités aux père et mère, en ce sens que seul le père exerce la tutelle légale. Il recommande instamment à l'État algérien de veiller à ce que les mère et père aient une responsabilité commune au regard de la loi pour ce qui est d'élever leurs enfants conformément au paragraphe 1 de l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant souligne le caractère limité de la possibilité donnée à la mère de devenir tutrice légale, sa contribution se limitant au remplacement du père comme tuteur légal dans des situations d'urgence, par exemple

⁸¹⁰ KHILLO Imad, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam, le cas des pays arabes*, Presses universitaires d'Aix –Marseille, 2009, p. 319.

lorsque le mari est absent ou incapable d'exercer sa fonction de tuteur, ou au transfert de la tutelle uniquement dans le cas du décès du mari ou d'un divorce. Le Comité recommande à l'État algérien de réexaminer et de modifier les dispositions discriminatoires du Code de la famille et, en particulier, de faire en sorte que les pères et mères puissent exercer leurs droits de tutelle et de garde sur leurs enfants mineurs dans les mêmes conditions et dans tous les domaines, conformément au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant, à laquelle l'Algérie est partie, et à l'article 16 de la Convention⁸¹¹.

Section 2 : La tutelle légale de l'enfant né de parents non mariés

361. - Filiation. Le mode principal d'attribution de la tutelle légale en droit algérien est déterminé d'après la filiation de l'individu. Comme nous l'avons vu ci-dessus, la filiation en droit de la famille algérien ne coïncide pas avec le lien biologique. L'enfant né de parents non mariés entre eux, est illégitime, et dans ce cas, il n'y a aucun lien juridique entre le père biologique et son enfant. De ce fait, la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation légitime vis-à-vis du père. En revanche, l'enfant dont la mère est non mariée, donc conçu et né en dehors des liens du mariage, a un lien de filiation avec sa mère, en raison du lien naturel unissant l'enfant à sa mère.

En conséquence, l'accès du père à la tutelle légale de l'enfant illégitime est impossible (Paragraphe 1). En revanche, il paraît évident que l'exercice par la mère non mariée de la tutelle légale de l'enfant illégitime suppose nécessairement que la filiation de l'enfant ait été établie à son égard. Autrement dit, dès que la filiation maternelle de l'enfant est établie, la mère bénéficie de la tutelle légale (Paragraphe 2).

§ 1 : La tutelle légale, inaccessible pour le père non marié

362. - Un droit inégal des père et mère pour exercer la tutelle légale. Pour le législateur algérien, l'enfant né en dehors des liens du mariage est considéré comme une anomalie, un facteur de désordre au sein de la société algérienne, qui vient contrarier la paix des familles.

De ce fait, l'enfant illégitime vient au monde à l'ombre de la famille légitime. Le législateur algérien a mis en place toute une palette de moyens afin que l'enfant né en dehors du cadre du mariage

⁸¹¹ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Algérie, observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/DZA/Q/4 (Algérie).

n'accède pas à ses droits à l'égard de son père. Il a notamment refusé de confier la tutelle légale de l'enfant illégitime mineur au père biologique (A). Cette disposition est loin d'être compatible avec les principes du Coran et du droit international, et elle ne respecte notamment pas la Convention internationale des droits de l'enfant (B).

A. Impossibilité pour le père d'exercer la tutelle légale

363. - Exclusion. Par sa position, le droit de la famille algérien demeure fidèle à la conception des fouqaha sur la question de l'attribution de la tutelle légale de l'enfant illégitime mineur à son père, déclinée en tant que droit et devoir paternel en dehors du mariage⁸¹². Il exclut catégoriquement l'enfant né en dehors d'un lien légal entre le père et la mère de tous les droits à l'égard de son père.

De ce fait, le père de l'enfant né hors mariage n'investit pas dans la protection de son enfant illégitime, n'assure pas son éducation et son entretien, et ne sauvegarde pas sa santé physique et morale. Autrement dit, le père de l'enfant illégitime n'exerce pas son pouvoir tant sur la personne de l'enfant, que sur les biens de ce dernier. La règle qui prive l'enfant né en dehors des liens du mariage du bénéfice de la protection de son père paraît très sévère, parce qu'elle libère le père de ses responsabilités vis-à-vis de son enfant et nuit à l'intérêt de l'enfant.

Pour que le père puisse exercer la tutelle légale de l'enfant né en dehors des liens du mariage de plein droit, il n'a d'autres choix que de garder le silence sur les circonstances de la naissance de son enfant : il ne doit pas avouer sa relation illicite avec la mère de son enfant, et au moment de la déclaration de la naissance il ne doit pas avouer que l'enfant est issu d'une relation illégitime⁸¹³.

364. - Droit comparé. Contrairement au code de la famille algérien, la moudawana de la famille marocaine et le code de statut personnel tunisien ont traité expressément la question de la filiation de l'enfant né hors mariage et ses effets. Le législateur marocain a réglementé la question de la filiation de l'enfant illégitime et ses effets dans la moudawana de la famille marocaine, en lui réservant le premier chapitre du livre trois consacré à la naissance et ses effets. Ce chapitre incluant les articles 142 à 149 est intitulé « De la filiation parentale ». Il aborde la question de la filiation des enfants légitimes et ses effets, mais également la filiation des enfants illégitimes et ses effets. Les dispositions de ce chapitre expriment clairement que dans la société marocaine

⁸¹² Il est nécessaire de rappeler que le droit de la famille algérien est muet concernant la question de l'exercice par le père de la tutelle légale de l'enfant illégitime mineur. De ce fait, on s'appuie sur l'Art. 222 du CFA pour statuer si le père de l'enfant né hors mariage a le droit d'exercer la tutelle légale vis-à-vis de son enfant ou pas.

⁸¹³ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 329.

existent des enfants légitimes nés dans le cadre du mariage et des enfants illégitimes nés en dehors d'un lien légal entre le père et la mère.

Ceci posé, le code dispose que l'enfant né en dehors du mariage ne peut pas établir sa filiation à l'égard de son père et ne bénéficie pas des droits vis-à-vis de son père. L'article 148 de la moudawana de la famille marocaine souligne en effet clairement que, « la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père ». Cela veut dire que le droit de la famille marocain n'a pas mis à égalité l'enfant légitime et l'enfant illégitime, et n'attribue pas au père la tutelle légale de son enfant illégitime. En fait, le législateur marocain a pris le même chemin que les juristes musulmans, il a appliqué à la lettre les préceptes des fouqaha.

Si le législateur algérien et le législateur marocain libèrent le père de toutes responsabilités à l'égard de l'enfant né hors mariage, le législateur tunisien, comme vu précédemment, se démarque nettement d'eux sur la question de la filiation de l'enfant né en dehors du cadre du mariage et ses effets. Il a en effet préféré assurer à l'enfant illégitime un statut juridique⁸¹⁴. En promulguant la loi du 28 octobre 1998, le législateur tunisien a voulu faire une place à la filiation paternelle⁸¹⁵, et ce sans exiger de preuve d'une relation licite entre le père et la mère ayant engendré l'enfant⁸¹⁶. Cette loi accorde effectivement à l'enfant né hors mariage la possibilité d'établir sa filiation à l'égard de son père et de porter son nom patronymique. Elle va même au-delà de cette reconnaissance en permettant à l'enfant illégitime de bénéficier de la tutelle légale vis-à-vis de son père, ainsi que de tous les droits découlant de la filiation paternelle⁸¹⁷.

Cependant, les juges tunisiens sont divisés sur l'interprétation à donner à la loi du 28 octobre 1998. La majorité des décisions de la Cour suprême s'est contentée d'attribuer un nom patronymique à l'enfant né hors mariage, sans établir sa filiation. C'est ce qui ressort d'une décision rendue le 11 mai 2001 qui statue que « la loi du 28 octobre 1998 permet d'attribuer le nom patronymique du père à l'enfant dont la filiation est prouvée par aveu, témoignage ou test d'empreintes génétiques. Cette question n'intéresse point l'établissement de la filiation ou la

⁸¹⁴ Il faut noter que, si le législateur tunisien s'est intéressé à la question de la filiation des enfants nés hors mariage, la problématique des mères célibataires reste elle partiellement ignorée.

⁸¹⁵ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 180.

⁸¹⁶ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 148.

⁸¹⁷ LE BRIS Anne, « La maternité interdite : être mère sans être épouse en Tunisie », sur *erudit.org*, 2010.

preuve de la paternité »⁸¹⁸. Cela veut dire que le père n'exercera pas la tutelle légale de son enfant mineur. D'autres décisions ont pris toute la mesure de la loi et ont ainsi établi la filiation paternelle naturelle de l'enfant né hors mariage⁸¹⁹. De ce fait, ces juges attribuent au père la tutelle légale de son enfant illégitime mineur.

Malgré la divergence des décisions de la Cour suprême tunisienne sur la loi du 28 octobre 1998, la législation tunisienne reste la première dans les pays du Maghreb à afficher un intérêt à l'égard de l'enfant né hors mariage en lui attribuant une filiation paternelle, contrairement aux législations marocaine et algérienne qui ont choisi de montrer peu d'intérêt à l'enfant illégitime.

B. Le regard de la Convention internationale des droits de l'enfant

365. - Intérêt de l'enfant. La question de l'intérêt de l'enfant né hors mariage à être élevé par ses parents, plus précisément à être élevé par son père biologique et à maintenir des relations personnelles avec ce dernier, est rarement posée dans le droit algérien.

À l'heure actuelle, comme précédemment évoqué, le législateur algérien ne consacre aucune disposition à la filiation paternelle de l'enfant né en dehors du lien du mariage entre le père et la mère. Cela veut dire que l'intérêt de l'enfant à être élevé par son géniteur (le père) et à maintenir des relations avec lui n'est pas consacré en droit algérien. Cette décision a pour conséquence d'éloigner l'enfant de son milieu naturel, de lui interdire de vivre sous le même toit que son père.

366. - Le droit algérien loin de l'esprit de la Convention internationale des droits de l'enfant. Le législateur algérien va ainsi également à l'encontre non seulement de l'article 7-1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant qui énonce que « 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 d'être élevé par eux », mais aussi de son article 8 qui consacre le droit de l'enfant de préserver son identité dans laquelle sont expressément incluses les relations familiales⁸²⁰.

Enfin, la législation algérienne ne respecte pas non plus l'article 9-1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant selon lequel « les États parties veillent à ce que l'enfant ne

⁸¹⁸ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 181.

⁸¹⁹ TPI Tunis, 10 mai 1999, n°31968 et TPI Tunis, 22 novembre 1999, n°31846, cité dans BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 181.

⁸²⁰ GOUTTENoire Adeline, « Les droits de l'enfant » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, p. 565-580.

soit pas séparé de ses parents contre leur gré », comme elle est en contradiction avec son article 18-1 qui proclame que « la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. » Ces articles indiquent que la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer sa protection et son développement incombe en premier lieu aux père et mère, et que ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, dans la législation algérienne, la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer sa protection et son développement incombe en premier lieu au père si l'enfant est né dans le cadre du mariage. En revanche, l'enfant né en dehors du lien de mariage ne bénéficie pas de la tutelle légale à l'égard du père : le père biologique n'élève pas son enfant illégitime, n'assure pas sa protection, et ne veille pas à son développement physique et moral.

Le droit algérien est loin de l'esprit des articles 7-1, 8, 9-1 et 18-1 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant et va à l'encontre de l'article 3 de la CIDE, car la Convention Internationale des Droits de l'Enfant proclame la supériorité de l'intérêt de l'enfant sur toute autre décision⁸²¹.

Hélas, le législateur algérien a jusqu'à présent préféré préserver l'unité au sein du mariage et de la famille légitime au détriment de l'intérêt de l'enfant né hors mariage. Le moment est venu pour que le législateur algérien modifie sa posture vis-à-vis de l'enfant né hors mariage. Il devrait réformer l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant illégitime en prenant en compte l'intérêt supérieur de l'enfant, et accorder un statut identique aux enfants légitimes et illégitimes, sans prendre en considération le contexte de la naissance de l'enfant. Ceci est la voie à suivre pour offrir à l'enfant né hors mariage la possibilité de s'épanouir au sein de sa famille biologique : en lui accordant le droit d'établir sa filiation à l'égard de son géniteur, ce dernier aura la possibilité de jouir de toutes les prérogatives accordées au père légitime y compris la tutelle légale.

367. - Le comité des droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant n'a jamais abordé la question de l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage et ses effets. En revanche, le comité s'inquiète de ce que le principe général de l'intérêt supérieur de l'enfant n'ait pas été incorporé dans toutes les lois concernant les enfants, et ne soit pas par conséquent systématiquement appliqué dans toutes les procédures administratives et juridiques, ni dans l'ensemble des politiques et programmes concernant les enfants. Le Comité invite instamment l'Etat partie (l'Algérie) à redoubler d'efforts pour que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant

⁸²¹ *Ibid.*

soit dument intégré dans la législation algérienne et constamment appliqué dans toutes les procédures administratives et juridique, ainsi que dans l'ensemble des politiques et programmes présentant un intérêt et ayant des conséquences pour les enfants.

§ 2 : La tutelle légale, un privilège maternel pour l'enfant illégitime

368. - L'attribution de la tutelle légale à la mère non mariée. L'impossibilité faite au père d'exercer la tutelle légale de l'enfant illégitime donne l'exclusivité à la mère célibataire dans l'exercice de la *wilaya* sur son enfant mineur (A). Cela signifie que la mère non mariée assure le rôle de wali (tutrice légale) de son enfant mineur illégitime comme l'assure le père marié vis-à-vis de son enfant légitime. En cas de décès de la mère célibataire, ou dans le cas où elle serait dans l'incapacité d'exercer la tutelle légale sur son enfant, la *wilaya* revient à la famille de la mère, sauf si cette dernière refuse de prendre en charge l'enfant, qui sera alors placé sous la tutelle administrative (B).

A. Exclusivité donnée à la mère d'exercer la tutelle légale

369. - Le statut de la mère célibataire analogue au statut du père de l'enfant légitime. Comme il a été montré, le droit algérien ne reconnaît pas au père d'exercer la tutelle légale de son enfant né hors mariage. Dès lors, le droit algérien attribue à la mère d'exercer la tutelle légale en plein droit. La primauté de la mère est fondée sur la grossesse et l'accouchement.

Elle a un statut analogue à celui du père d'un enfant né dans le mariage⁸²², car elle jouit de toutes les prérogatives accordées au père de l'enfant légitime : elle assure la protection et la sécurité de son enfant né hors mariage, prend soin de sa santé physique et morale, assure son éducation et permet son développement. Ainsi toute décision importante concernant l'enfant doit donc être approuvée par la mère en tant que tutrice de son enfant mineur.

370. - Le rôle de la mère en tant que tutrice légale. Il incombe à la mère célibataire de gérer les biens de son enfant mineur aux mieux de l'intérêt de celui-ci. Elle doit les faire fructifier, les aménager et même les augmenter en accomplissant seule et librement tous actes nécessaires ou utiles⁸²³. Elle dispose des pouvoirs de gestion et d'administration du patrimoine, mais elle doit solliciter l'autorisation du tribunal pour les actes de disposition et ceux grevant les biens du

⁸²² SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 94.

⁸²³ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 218.

mineur : vente d'immeuble ou de biens mobiliers de valeur, hypothèque, transaction, engagement de capitaux par prêt, emprunt, ou action en participation location pour une période supérieure à trois ans⁸²⁴.

En cas de conflit entre les intérêts de la mère tutrice légale et ceux de son enfant né hors mariage, un administrateur ad hoc est désigné d'office ou à la demande d'une personne y ayant intérêt, par le juge⁸²⁵.

Enfin, cette tutelle cesse à la majorité du mineur ou par le décès de la tutrice, son incapacité ou son interdiction⁸²⁶.

B. Décès ou incapacité de la mère non mariée à exercer la tutelle légale

371. - Comparaison. En droit de la famille algérien, le décès de l'un des parents implique automatiquement le transfert de l'exercice la tutelle légale de l'enfant légitime mineur à l'autre parent. Autrement dit, si les deux parents vivent ensemble sous le même toit et que le père décède, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit⁸²⁷.

Dans l'hypothèse où les parents sont divorcés et que la mère décède, l'exercice de la tutelle revient au père⁸²⁸, mais le juge aux affaires familiales conserve un pouvoir d'appréciation et peut décider, en prenant en considération l'intérêt de l'enfant, de confier l'enfant à la famille de la mère ou à la famille du père.

La situation est semblable lorsque l'un des parents est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre raison : la transmission de l'exercice de la tutelle légale s'opère de plein droit.

En revanche, au décès de la mère non mariée ou lorsqu'elle est hors d'état de manifester sa volonté en raison de son incapacité, de son absence ou de toute autre raison, l'exercice de la tutelle légale n'est pas transféré au père biologique de l'enfant né hors mariage mais à la famille de la mère : les droits du père de l'enfant né hors mariage sont méconnus. Dans ce cas la famille de la mère peut suppléer cette dernière. Le juge peut choisir un tuteur⁸²⁹ de la famille de la mère.

⁸²⁴ Art. 88 du CFA.

⁸²⁵ Art. 90 du CFA.

⁸²⁶ Art. 91 du CFA.

⁸²⁷ Art. 87 du CFA.

⁸²⁸ Art. 87 Al. 1 et Art. 64 du CFA.

⁸²⁹ Art. 92 du CFA.

Ce dernier doit être musulman, sensé, pubère, capable, intègre et bon administrateur. S'il ne remplit pas les conditions susvisées, le juge peut procéder à sa révocation⁸³⁰.

372. - Le sort de l'enfant né hors mariage après le décès ou l'incapacité de la mère. En cas de décès ou d'incapacité de la mère de l'enfant né hors mariage, l'exercice de la tutelle est en principe dévolu à la famille de la mère, si cette dernière s'engage à l'assurer. Dans le cas contraire, l'enfant est confié par décision de justice au service de l'aide sociale à l'enfance et placé sous tutelle administrative. De ce fait, l'enfant devient ainsi pupille de l'État⁸³¹.

373. - Droit marocain. Le législateur marocain a quant à lui légiféré sur cette question de la prise en charge des enfants en difficultés : l'article 1 de la loi n°15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés⁸³² énonce : « 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 ».

⁸³⁰ Art. 93 du CFA.

⁸³¹ HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014, p. 78.

⁸³² Dahir n°1-02-172 du 1er rabii II 1423 (13 juin 2002) portant promulgation de la loi n°15-05 relative à la prise en charge des enfants abandonnés.

Conclusion de chapitre

374. - Comme il a été démontré dans ce chapitre, en droit algérien de la famille la tutelle légale de l'enfant légitime est une prérogative essentiellement paternelle. La mère ne peut accéder à la tutelle légale qu'en tant que subsidiaire au père. La mère est donc assignée à un rôle inférieur à celui du père dans l'exercice de la tutelle légale de l'enfant légitime.

375. - La situation est opposée en ce qui concerne l'accès à la tutelle légale de l'enfant né hors mariage. En effet, le père de l'enfant né hors mariage ne peut accéder à la tutelle légale de son enfant. La mère peut accéder à la tutelle légale de son enfant né hors mariage à condition de l'avoir reconnu. En conséquence, l'enfant né hors mariage jouit de droits inférieurs à ceux de l'enfant légitime en ce qui concerne la tutelle légale en droit de la famille algérien.

Chapitre 2 :

La garde de l'enfant « *Hadana* »

376. - Définition. La garde de l'enfant mineur « *Hadana* » est considérée en droit musulman comme une protection « domestique » ou familiale de l'enfant⁸³³. La *Hadana* désigne l'action de couvrir, de porter, de prendre dans ses bras, d'élever, d'éduquer, de soigner, et de protéger son enfant mineur incapable de pourvoir lui-même aux besoins élémentaires nécessités par son jeune âge⁸³⁴.

377. - Définition de la *hadana* par les législations maghrébines. L'article 62 alinéa 1 énonce : « le droit de garde (*Hadana*) consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père, ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale ». La Cour de Tlemcen, chambre civile, a précisé que « la garde consiste essentiellement à élever l'enfant et à pourvoir à ses besoins »⁸³⁵.

Il en de même de la moudawana de la famille marocaine qui dispose dans son article 163 alinéa 1 que « la garde de l'enfant consiste à préserver celui-ci de ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'éduquer et à veiller à ses intérêts ».

Le code de statut personnel tunisien quant à lui dispose dans son article 54 que « la garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure ». Dans un arrêt qu'elle a rendu le 5 juin 1958, la Cour d'appel de Tunis explique l'article 54 du Code du Statut Personnel Tunisien en précisant que la *hadana* est le devoir du titulaire de la garde qui consiste à s'occuper des besoins de l'enfant relatif à sa demeure et à son éducation⁸³⁶. Ali Bécheur interprète l'article 54 du Code du Statut Personnel Tunisien en donnant la définition suivante à la *hadana* : « la garde consiste

⁸³³ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton &CO, 1973, p. 156.

⁸³⁴ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 423.

⁸³⁵ Cour de Tlemcen, Ch. Civ. 16.03.1967, cité par BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 91.

⁸³⁶ CHARIF FELLER Dina, *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien, et tunisien*, Droz, 1996, p. 50.

donc essentiellement à garder, au sens matériel, entretenir, éduquer, et instruire l'enfant, en un mot à le conduire de l'inconscience de l'enfance au sens de responsabilité de l'âge adulte »⁸³⁷.

En droit algérien de la famille, la *hadana* de l'enfant légitime né d'une mère et d'un père mariés entre eux est confiée aux deux parents (le père et la mère) durant le mariage. En cas de désunion pour cause de décès ou de divorce, elle est assurée principalement par la mère. Autrement dit, la garde est une prérogative essentiellement maternelle, le père ayant le droit d'accéder à la garde uniquement en tant que subsidiaire à la mère (Section 1). La garde de l'enfant né hors mariage est assurée par la mère non mariée. La *hadana* de l'enfant illégitime est dévolue exclusivement à la mère, le père de l'enfant né hors mariage est exclu de la dévolution de la *hadana* (Section 2).

Section 1 : La *hadana* de l'enfant né de parents mariés

378. - La question de la *hadana*. Quand les parents sont mariés et vivent ensemble, la garde de l'enfant mineur légitime ne pose pas de difficulté, car elle est partagée de fait entre le père et la mère⁸³⁸. La *hadana* débute dès la naissance de l'enfant et dure tout au long du processus de socialisation⁸³⁹.

Il est intéressant de souligner que le législateur algérien a été influencé par le principe d'égalité. Ce principe a orienté son choix de faire de la contribution à l'entretien de l'enfant légitime une obligation pour les deux époux. Le principe d'égalité entre les deux époux est renforcé dans le nouveau code de la famille algérien de 2005 par la suppression du devoir d'obéissance⁸⁴⁰, et son remplacement par l'obligation de contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur saine éducation, ainsi qu'à l'obligation d'une concertation mutuelle dans la gestion des affaires familiales⁸⁴¹. Le nouveau code de la famille algérien impose à l'épouse et à l'époux la concertation mutuelle dans la gestion des affaires familiales⁸⁴².

⁸³⁷ *loc. cit.*

⁸³⁸ AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 275.

⁸³⁹ BETTAHAR Yamina, « La construction sociale de la parentalité : l'exemple de l'Algérie » [en ligne], *L'Année du Maghreb*, 2007, p. 155-167.

⁸⁴⁰ L'Art. 39 de la loi n°84-11 du 09 juin 1984 portant code de la famille abrogé par l'ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 disposait : « l'épouse est tenue de : 1- Obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille, etc. ».

⁸⁴¹ Art. 36 Al. 3 et 4 du CFA.

⁸⁴² Art. 36 Al. 4 du CFA.

Ce n'est qu'à la dissolution du lien matrimonial que la question de la garde se pose. Selon le droit musulman comme selon le droit positif algérien, la *hadana* est accordée en premier lieu à la mère (Paragraphe 1). Le droit positif algérien diverge cependant du droit musulman concernant l'attribution de la garde au père. En effet, le législateur algérien attribue au père la garde de l'enfant en seconde position après la dissolution du lien du mariage (Paragraphe 2).

§ 1 : *Hadana*, un privilège maternel pour l'enfant légitime

379. - La priorité accordée à la mère dans l'attribution de la *hadana* est limitée par l'intérêt de l'enfant (A). La *hadana* trouve son terme à un âge légal différent pour les filles et pour les garçons, mais la mère a la possibilité de mettre un terme à la *hadana* avant l'atteinte de cet âge légal (B). La mère peut également être déchue de la *hadana* avant cet âge légal (C). Sous réserve du respect de certaines conditions, elle peut cependant demander le rétablissement de la *hadana* (D).

A. La priorité accordée à la mère limitée par l'intérêt de l'enfant

1) La priorité accordée à la mère

380. - **L'opinion des savants musulmans.** Le code de la famille algérien respecte toujours la tradition musulmane en matière de garde de l'enfant (*hadana*). En effet, le droit de la famille algérien reste fidèle au principe du droit musulman selon lequel la mère est la plus apte à protéger son enfant et donc à jouir du privilège exclusif de la garde⁸⁴³.

La majorité de la doctrine sunnite, malékite, hanbalite, et chaféite, considère la *hadana* comme un droit de la mère⁸⁴⁴. Les juristes musulmans classiques fondent leur conception sur un hadith du prophète⁸⁴⁵ : « une femme dit : ô Envoyé d'Allah, mon ventre abrite cet enfant, mon sein l'a nourri, mes bras l'ont protégé, et voici que son père m'a répudiée et veut l'arracher de mes bras ! Le Prophète lui dit : La garde de cet enfant te revient, aussi longtemps que tu ne te remarieras pas ». La même idée est reprise par Abu-Bakr dans la réponse qu'il a adressée à Omar lorsque ce dernier l'a interrogé après avoir répudié sa femme Djamilia : « l'odeur de la mère, son toucher et son sein sont meilleurs pour l'enfant que le rayon de miel qui l'attend chez toi, laisse-le donc chez

⁸⁴³ MAZOUZ Asmaa, *La réception du code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français, le mariage et ses effets*, thèse de doctorat, droit international, Université de Strasbourg, 2014, p. 189.

⁸⁴⁴ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

⁸⁴⁵ Abdallah Ibn-Omar, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 218.

elle jusqu'à ce qu'il grandisse »⁸⁴⁶. Il en résulte que le droit musulman fait primer la mère sur le père car « la mère est plus douce et plus tendre envers son enfant que ne peut l'être le père, elle supporte pour lui des charges pénibles que le père ne saurait assumer »⁸⁴⁷.

381. - La cour suprême algérienne. De nombreux arrêts de la Cour suprême algérienne ont soutenu cette préférence à la mère. En effet, la Cour suprême algérienne a déclaré dans une affaire jugée le 19 décembre 1988⁸⁴⁸ que, « Conformément à la *Chari'a*, la garde de l'enfant est attribuée à la mère eu égard à ses qualités naturelles, ces qualités la distinguent du père, notamment l'affection et la douceur qu'elle manifeste à l'égard des enfants ». Une autre décision de la Cour suprême datée du 15 juin 1999⁸⁴⁹ réaffirme la nécessité d'attribuer la garde de l'enfant à la mère : « la mère est la personne la mieux indiquée pour exercer la garde 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. Ses qualités expliquent que la *Chari'a* lui ait réservé la première place dans l'ordre de dévolution de la *hadana* ». Cet arrêt a été confirmé dans une autre espèce datée du 14 juillet 2006⁸⁵⁰ : « la loi confie la garde de l'enfant à la mère, tant qu'il n'y a pas d'empêchement, car elle a la patience, le temps, la douceur, la tendresse, plus que toute autre personne de la famille ».

Les juges de la Cour suprême algérienne considèrent que la garde de l'enfant est un droit de la mère car elle est plus douce et plus tendre vis-à-vis de son enfant que ne peut l'être une autre personne. Elle est dotée d'un grand amour et d'un instinct de protection inhérent à sa nature même⁸⁵¹. De ce fait, elle conserve le privilège de la garde de l'enfant par rapport au père. Les juges de la Cour suprême affirment dans une affaire datée du 26 septembre 1988 que « la *hadana* est un droit qui est conféré à la mère par la *Chari'a* et le code de la famille ». Dans cette affaire, les juges de la Cour suprême rejettent le pourvoi en cassation du père qui reproche aux juges de la

⁸⁴⁶ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 218.

⁸⁴⁷ BAKHITI Al Arbi, *L'organisation de la famille en Islam et l'ancien droit*, Kenouz Al Hikma, 2013, p. 272.

⁸⁴⁸ Cour suprême, 19.12.1988, dossier n° 51894, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 219.

⁸⁴⁹ Cour suprême, 15.06.1999, dossier n° 224734, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 219-220.

⁸⁵⁰ Cour suprême, 14.07.2006, dossier n° 540, Cité par Ben Cheikh Ath Malwiya Lahssane, BEN CHEIKH ATH MALWIYA Lahssane, *Guide du droit de la famille*, Dar Homah, 2015, p. 213.

⁸⁵¹ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

Cour d'appel d'avoir attribué la garde des enfants à la mère alors qu'ils vivent avec lui sous le même toit depuis deux ans. Les arguments du père qui a mis l'accent sur le risque que les enfants soient perturbés dans leurs études si la garde lui est retirée pour être confiée à la mère qui vit dans des conditions matérielles peu épanouissantes et même préjudiciables aux enfants n'ont pas été retenus : ces assertions du père ont été considérées par les juges de la Cour suprême comme mal fondées. De ce fait, ils accordent à la mère la garde des enfants, tant que l'intérêt des enfants n'est pas menacé⁸⁵².

382. - Position des juges marocains et tunisiens. Ce privilège accordé à la mère a rallié la majorité des magistrats des pays musulmans.

Dans une affaire qu'il a jugée le 26 septembre 2005 le Tribunal de Marrakech a rejeté la demande du père de déchéance du droit de garde de l'enfant à la mère : « Face aux témoignages divergents sur les mauvaises fréquentations de la mère et ses sorties pendant la nuit, en l'absence d'autres preuves, le juge, à la lumière de la jurisprudence de la Cour suprême en matière de témoignage, décide d'écarter les témoignages défavorables à la défense et rejette, en conséquence, la demande de déchéance de la garde de l'enfant, formulée par le père à l'égard de son ex-épouse »⁸⁵³.

Le code de statut personnel tunisien marque à cet égard des particularités par rapport au droit algérien et au droit marocain. Après s'être référé au fiqh malékite en 1956 pour l'ordre de la dévolution de la *hadana*⁸⁵⁴, la loi du 3 juin 1966 s'est écartée radicalement de la conception traditionnelle de la dévolution de la garde de l'enfant en renonçant à l'établissement d'une liste de dévolution de la garde suivant une hiérarchie⁸⁵⁵. L'article 67 du Code du Statut Personnel Tunisien énonce que « en cas de dissolution du mariage par décès, la garde est confiée au survivant des père et mère. Si le mariage est dissout du vivant des époux, la garde est confiée soit à l'un d'eux, soit à une tierce personne. Le juge en décide en prenant en considération l'intérêt de l'enfant ». Cela veut dire que le législateur tunisien a écarté le privilège accordé à la mère par rapport au père et prend en considération l'intérêt de l'enfant. Ce qui permet au juge de confier

⁸⁵² Cour suprême, 26.09.1988, dossier n° 50519, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 221.

⁸⁵³ Tribunal de Marrakech, 26.09.2005, n°2858, dossier n° 463/8/5, justice de la famille, n° 3 décembre 2006, cité par Agahi-Alaoui Bahieh, AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 275.

⁸⁵⁴ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 425.

⁸⁵⁵ *loc. cit.*

l'enfant à son père ou à sa mère, ou encore à un tiers dès lors que son intérêt l'exige⁸⁵⁶. Un jugement du Tribunal de Tunis a déclaré que « le droit de garde n'était ni un droit du titulaire de la garde, ni un droit divin, mais un droit propre de l'enfant, que seul l'intérêt de l'enfant devait guider les juges dans l'attribution de la garde »⁸⁵⁷. Il apparaît clairement que le code de statut personnel tunisien et les magistrats tunisiens, d'une part prennent en considération l'intérêt de l'enfant, et d'autre part veulent mettre sur un pied d'égalité le père et la mère en matière de garde. Cela veut dire qu'il n'y a plus de préférence entre le père et la mère. Cette règle fait partie d'un long processus entamé par le législateur tunisien depuis la promulgation du code de statut personnel dans le but de moderniser le droit et de l'adapter aux aspirations nouvelles de la société tunisienne.

2) La prééminence de l'intérêt de l'enfant sur le privilège maternel

383. - La *hadana*, une protection de l'intérêt de l'enfant. Le code de la famille algérien et les juges algériens reconnaissent le droit de garde en priorité à la mère, mais apportent des limites non négligeables à l'exercice de ce droit par elle. Ces limites sont dictées par l'intérêt de l'enfant. Le code de la famille algérien souligne la nécessité de la protection de l'intérêt de l'enfant⁸⁵⁸. Cet intérêt doit seul être pris en considération car la *hadana* est avant tout une fonction de protection de l'enfant⁸⁵⁹. Les juges doivent prendre en considération l'intérêt de l'enfant avant tout. Dans un arrêt daté du 18 décembre 1933, la Cour d'appel d'Alger a affirmé le principe qu'« en matière de la garde, l'intérêt de l'enfant doit l'emporter sur toutes autres considérations et que les juges ont la faculté de subordonner l'application de la règle aux circonstances du fait »⁸⁶⁰.

384. - La bonne santé, une condition d'attribution de la *hadana* à la mère. L'article 62 alinéa 2 du code de la famille algérien dispose que « Le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la

⁸⁵⁶ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

⁸⁵⁷ Jugement de Tribunal de Tunis 1958, cité par Ben Cheikh Hocine Dennouni Hadjira, BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

⁸⁵⁸ Art. 64 du CFA.

⁸⁵⁹ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 92.

⁸⁶⁰ Arrêt de la Cour d'Appel d'Alger, 18.12.1933, cité par BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 92.

charge ». Cette condition d'aptitude est prescrite au nom de l'intérêt de l'enfant. Elle revêt un double aspect : l'un physique, et l'autre psychologique⁸⁶¹.

Ainsi, concernant l'état de santé de la mère, au-delà de l'amour, de la douceur et de la tendresse, la garde de l'enfant consiste en l'entretien, la scolarisation, et l'éducation de l'enfant, ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale. Cette lourde tâche exige que la mère tutrice de la *hadana* soit en bonne santé physique. Une décision de la Cour suprême datée du 9 juillet 1984⁸⁶² a statué que l'incapacité physique de la mère est considérée comme une cause de la déchéance de la *hadana*.

385. - Position des juges tunisiens. A ce propos, le code de statut personnel tunisien, dans son article 58, dispose que « le titulaire du droit de garde doit être majeur, sain d'esprit, honnête, capable de pourvoir aux besoins de l'enfant, indemne de toute maladie contagieuse ». La Cour de cassation tunisienne, dans une espèce datée du 19 février 1962, a statué ainsi à l'égard d'un pourvoi tendant à la déchéance du droit de garde de la mère au motif qu'elle est atteinte d'une maladie contagieuse : « Attendu, décide la Cour, que les juges du fond sans avoir ordonné l'expertise médicale demandée et sans avoir motivé leur refus, ont décidé qu'il était de l'intérêt de l'enfant d'attribuer la garde au père pour plusieurs raisons dont la plus importante est que la mère a été soignée de la tuberculose à l'hôpital... de novembre à décembre 1958. Mais attendu qu'en statuant ainsi et sans rechercher si la défenderesse était encore malade au jour de la décision... n'ont pas suffisamment motivé leur arrêt... Pour ces motifs : casse et renvoie »⁸⁶³. Ceci laisse entendre que, si les magistrats avaient ordonné une expertise médicale afin de confirmer la maladie contagieuse de la mère, et que si l'expertise avait confirmé cette maladie, la mère aurait été déchue de la *hadana*. Dans une autre affaire datée du 19 février 1962 la Cour de cassation tunisienne met l'accent sur la gravité de la maladie en déclarant, « encourt la cassation la décision privant la mère du droit de garde de son enfant parce que malade, sans s'assurer de la gravité de la maladie ni qu'elle subsiste au jour du jugement »⁸⁶⁴.

⁸⁶¹ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

⁸⁶² Cour suprême, 09.07.1984, dossier n° 33921, Cité par Ben Cheikh Ath Malwiya Lahssane, BEN CHEIKH ATH MALWIYA Lahssane, *Guide du droit de la famille*, Dar Homah, 2015, p. 203.

⁸⁶³ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

⁸⁶⁴ Cour de cassation, 19.02.1962, arrêt n° 1479, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 225.

386. - Position des juges algériens. Dans le souci de préserver et de protéger l'enfant, les juges algériens prennent en considération également la santé mentale de la mère. Ils exigent qu'elle soit saine d'esprit afin qu'elle puisse assumer la garde de l'enfant. Par une décision datée du 21 mars 2000⁸⁶⁵, la Cour suprême algérienne accepte le pourvoi en cassation formulé par la femme qui reprochait aux magistrats de la Cour d'appel d'avoir écarté les deux certificats médicaux qu'elle a présentés, dont le premier attestait qu'elle était saine d'esprit, alors que le second établissait qu'elle a suivi un traitement pour des troubles psychiques et qu'elle est actuellement dans un état normal. En l'espèce, le pourvoi reprochait également aux magistrats de la Cour d'appel de n'avoir pas ordonné une expertise médicale dès l'instant où le mari a rapporté un certificat médical attestant que la femme n'était pas en possession de ses facultés mentales. Les magistrats ont d'ailleurs indiqué que « les juges de la Cour d'appel auraient dû demander à la femme de se présenter à un centre médical spécialisé pour dissiper une telle contradiction ». Ils ajoutent dans cette affaire que « la garde des enfants doit s'effectuer de façon permanente, selon l'intérêt de l'enfant conformément aux articles 64, 66, 69 du code de la famille. Qu'en l'espèce, les juges de la Cour d'appel devaient désigner une assistance sociale qui se déplacera au domicile des père et mère pour s'assurer du climat qui y règne, du comportement de la femme, et recueillir l'avis des proches sur la santé mentale de celle-ci ». Les magistrats de la Cour suprême soulignent dans la même affaire « qu'en privant la mère de l'exercice du droit de garde, les magistrats de la Cour d'appel ont rendu une décision non fondée, ils se sont appuyés uniquement sur des certificats médicaux contradictoires et dénués de clarté, sans s'assurer réellement où se situe l'intérêt de l'enfant ». En conséquence, la garde des quatre enfants que les magistrats de la Cour d'appel avait accordée au père, lui a été retirée pour être confiée à la mère. Il ressort de ces arrêts que l'attribution de la garde de l'enfant à la mère n'est pas un droit absolu. Elle peut prendre fin si la mère n'est pas apte physiquement ou psychologiquement. Les juges prennent en considération l'intérêt de l'enfant.

⁸⁶⁵ Cour suprême, 21.03.2000, arrêt n° 235034, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 223-224.

B. La cessation de la *hadana* de la mère

1) Age légal de la cessation de la *hadana*

387. - En droit algérien de la famille, la garde de l'enfant revient à sa mère jusqu'à un âge qui varie suivant qu'il s'agit d'une fille ou d'un garçon.

388. - **Garçon.** En vertu de l'article 65 alinéa 1 du code de la famille algérien, « la garde de l'enfant de sexe masculin cesse à dix ans révolus et celle de l'enfant de sexe féminin à l'âge de capacité de mariage ». S'agissant du garçon, cette période peut être prolongée jusqu'à seize ans, si la mère *hadana* ne s'est pas remariée conformément à l'alinéa 2 de l'article 65 qui énonce que « le juge prolonge cette période jusqu'à seize ans révolus pour l'enfant de sexe masculin placé sous la garde de sa mère si celle-ci ne s'est pas remariée ». Cela veut dire que le transfert de la *hadana* de l'enfant de sexe masculin de la mère au père ne peut se faire qu'à partir de dix ou seize ans. Le droit de garde de l'enfant légitime reste assez fragile pour la mère mariée puisque la garde de l'enfant de sexe masculin cesse dès l'âge de dix ans ou seize ans et son ex-conjoint peut lui réclamer l'enfant sauf si elle parvient à établir que le père est inapte à assumer les obligations légales liées à la garde.

389. - **Critique.** Cette situation est injuste pour la mère et pour son enfant de sexe masculin : la mère, après avoir pris soin de son enfant et s'être occupée de son éducation jusqu'à ses 10 ou 16 ans, se retrouve brutalement séparée de son fils et cantonnée à un simple droit de visite fixé par le juge des affaires familiales. On peut également s'interroger sur l'impact de cette cessation brutale de la *hadana* sur le développement de l'enfant garçons et sur la mère : modification de l'environnement, des habitudes, du rythme de vie, etc. La compatibilité de cette cessation brutale de la *hadana* avec l'intérêt supérieur de l'enfant est questionnable. La mise en place d'une disposition qui prenne en considération l'intérêt supérieur de l'enfant est à envisager par le législateur algérien.

390. - **Le comité des droits de l'enfant.** Le comité des droits de l'enfant demande instamment à l'Etat algérien de réviser sa législation relative à la garde de l'enfant afin d'assurer que toutes les décisions prises reposent sur l'intérêt supérieur de l'enfant conformément aux articles 3 et 12 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant⁸⁶⁶.

391. - **Fille.** En revanche, en ce qui concerne l'enfant de sexe féminin, il est difficile d'envisager pour lui un transfert de *hadana* car selon les dispositions du code de la famille algérien la garde

⁸⁶⁶ CRC/C/SR.1714 et 1715, 8 juin 2012 (Algérie)

de la fille cesse seulement dès la capacité de mariage, c'est-à-dire à 19 ans révolus conformément à l'article 7 du code de la famille algérien⁸⁶⁷. Toujours en ce qui concerne l'enfant de sexe féminin, il est intéressant de souligner que certains juges ont confondu la cessation de la *hadana* à l'âge de la capacité du mariage avec la cessation de la garde à la consommation du mariage. Dans une espèce qu'elle a jugée le 13 mars 1989 la Cour suprême algérienne souligne que la *hadana* prend fin à la « consommation du mariage »⁸⁶⁸. Dans cette affaire les juges se réfèrent à l'opinion de Khalil, selon lequel la garde de la fille s'exerce jusqu'à la consommation du mariage⁸⁶⁹. Cependant, dans une autre espèce qu'elle a jugée le 04 janvier 2006⁸⁷⁰, la Cour suprême déclare que « la garde de la fille cesse de plein droit à l'âge de capacité de mariage, sans recours au juge pour la déchéance ». Il peut être remarqué que les magistrats ne sont pas unanimes sur la question de la cessation de la garde de la fille, et ce bien que l'article 65 alinéa 1 du code de la famille algérien, qui identifie clairement « l'enfant de sexe féminin à l'âge de capacité de mariage », c'est-à-dire 19 ans révolus conformément à l'article 7 du code de la famille algérien, soit clair sur cette question.

392. - Fondement. Cette différence entre le garçon et la fille concernant la cessation de la *hadana* repose sur l'opinion des *fouqaha*. Ces derniers expliquent que la fille a besoin de beaucoup plus de soins maternels que le garçon. Ce dernier, souligne El-Tahraoui, à l'âge de 10 ans révolus, « est parvenu à l'époque de la vie où il est bon pour lui d'être élevé par des hommes et de commencer à prendre des mœurs et des habitudes viriles »⁸⁷¹.

Il est important de souligner que la cessation de la garde du garçon à l'âge de dix ans n'est pas automatique, car les magistrats algériens prennent en considération l'intérêt de l'enfant. Dans certaines situations l'enfant peut trouver des difficultés pour s'adapter à son nouvel univers, par exemple si le père a refait sa vie avec une nouvelle épouse et que cette dernière accepte mal la présence de cet enfant. Cette situation peut en effet engendrer des conséquences néfastes à

⁸⁶⁷ L'Art. 7 Al. 1 du CFA dispose que : « la capacité de mariage est réputée valide à 19 ans révolus pour l'homme et la femme ».

⁸⁶⁸ Cour suprême, 13.03.1989, dossier n° 52221, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 234.

⁸⁶⁹ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 234.

⁸⁷⁰ Cour suprême, 04.01.2006, dossier n°347914, cité dans ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013, p. 31.

⁸⁷¹ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 234.

l'égard de l'enfant et peut même mettre son avenir en danger. Pour cette raison, le juge peut fonder sa décision sur le rapport d'enquête sociale, tout examen médical, toute consultation psychologique ou psychiatrique, la visite des lieux, l'audition de témoins, et même l'audition de l'enfant mineur, à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas, conformément à l'article 454 du code de l'état civil⁸⁷².

2) La renonciation de la mère au droit de garde de l'enfant

393. - Possibilité donnée à la mère de renoncer à la hadana. Il est également important de souligner que la mère *hadina* peut renoncer à son droit de garde au profit du père en vertu de l'article 66 alinéa 2 : « celui-ci cesse également par renonciation tant que celle-ci ne compromet pas l'intérêt de l'enfant ». La *moudawana* de la famille marocaine ne prévoit pas une telle règle, le législateur marocain est resté silencieux sur ce point. On notera en revanche que le Code du statut personnel tunisien dans son article 64 permet, comme en droit algérien, à la mère *hadina* de renoncer à son droit de garde⁸⁷³. Cependant, le législateur tunisien n'évoque pas dans cet article l'intérêt de l'enfant, contrairement au législateur algérien qui conditionne la recevabilité de la renonciation à la condition que cette dernière « ne compromette pas l'intérêt de l'enfant ». À travers cette formule le législateur algérien confère indirectement un pouvoir d'appréciation au juge qui doit décider au cas par cas si la renonciation de la mère à son droit de garde cause un préjudice à son enfant.

Cette règle octroie au juge algérien un rôle important dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. Le juge algérien ne prononce pas automatiquement la déchéance de droit de garde de la mère *hadina* suite à sa demande de renonciation à la *hadana*. Il prend en considération en premier lieu l'intérêt de l'enfant. En effet, c'est l'intérêt de l'enfant qui mène le juge à accepter ou à refuser la demande de renonciation de la mère *hadina* à la garde de l'enfant.

394. - Jurisprudence. Plusieurs arrêts de la Cour suprême algérienne affirment ce principe. La Cour suprême affirme dans une affaire datée du 21 mai 1998 que « la renonciation de la mère à

⁸⁷² L'Art. 454 du CECA énonce que : « le juge peut, soit d'office, soit à la requête de l'un des parents ou du ministère public :

- Entendre les père et mère ainsi que toute autre personne dont l'audition lui paraît utile,
- Entendre le mineur, à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas,
- Ordonner toute mesure d'enquête sociale, tout examen médical, toute consultation psychologique ou psychiatrique ».

⁸⁷³ L'Art. 64 du CSPT énonce : « la personne à qui la garde est confiée peut y renoncer. Dans ce cas, le juge désigne un nouveau titulaire de la garde ».

la garde ne peut être prise en considération si elle nuit à l'intérêt de l'enfant »⁸⁷⁴. Dans une autre affaire datée du 03 juillet 1989, la Cour suprême considère que la renonciation de la mère à la garde de sa fille qui a une maladie chronique est préjudiciable à l'intérêt de cette dernière. Les juges de la Cour suprême soulignent que « la présence de la mère aux côtés de sa fille est indispensable d'autant que l'état de santé de cette dernière nécessite des soins permanents, une telle charge ne peut être assumée par le père appelé à s'absenter pour vaquer à ses activités professionnelles »⁸⁷⁵. Également, dans une autre espèce datée du 19 décembre 1988, la Cour suprême rejette la renonciation de la mère la *hadana* en expliquant que le père s'est remarié et que sa « seconde épouse ne pourrait être plus affectueuse envers les enfants que leur propre mère »⁸⁷⁶. Ces arrêts de la Cour suprême algérienne montrent clairement que le droit de l'enfant a priorité sur le droit de la mère : lorsque l'intérêt de l'enfant est manifeste la mère ne peut déroger à son devoir à l'égard de son enfant.

Il faut souligner que dans le cas où le juge accepte la renonciation de la mère à la garde de l'enfant, la renonciation à la garde de l'enfant n'est pas toujours définitive : la mère peut rétracter sa renonciation et réclamer à nouveau la *hadana* de son enfant. A ce moment-là, le juge appréciera souverainement les raisons ayant déterminé la renonciation, pour décider du caractère définitif ou temporaire de celle-ci.

C. La déchéance de la *hadana* de l'enfant

1) La déchéance de la mère de la *hadana*

395. - La déchéance du droit de garde. En droit algérien de la famille, la *hadana* peut être transférée au père ou à une autre personne si la mère décède. Lorsque l'intérêt de l'enfant est en péril, la mère peut être déchue de son droit de garde. La demande en déchéance du droit de garde

⁸⁷⁴ Cour suprême, 21.04.1998, dossier n°189234, cité par les auteurs suivants : Djamel Sayci, SAYCI Djamel, *La jurisprudence algérienne en matière de statut personne, les décisions de la Cour suprême*, ClicEditions, 2013, p. 479, par Lahssen Ben Cheikh Ath Malwiya, BEN CHEIKH ATH MALWIYA Lahssane, *Guide du droit de la famille*, Dar Homah, 2015, p. 226, et par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 236.

⁸⁷⁵ Cour suprême, 03.07.1989, dossier n° 54353, cité par par les auteurs suivants : Djamel Sayci, SAYCI Djamel, *La jurisprudence algérienne en matière de statut personne, les décisions de la Cour suprême*, ClicEditions, 2013, p. 243, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 238., et par Lahssen Ben Cheikh Ath Malwiya, BEN CHEIKH ATH MALWIYA Lahssane, *Guide du droit de la famille*, Dar Homah, 2015, p. 226.

⁸⁷⁶ Cour suprême, 19.12.1988, dossier n°51894, cité par Lahssen Ben Cheikh Ath Malwiya, BEN CHEIKH ATH MALWIYA Lahssane, *Guide du droit de la famille*, Dar Homah, 2015, p. 224-225, HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 238.

doit être présentée à l'encontre de la *hadina* au tribunal ; dans cette demande, le demandeur doit exposer les motifs qui justifient la déchéance du droit attribué à la mère. Toutefois, le juge tiendra compte de l'intérêt de l'enfant dans sa décision en mettant fin à la *hadana*.

Il doit être noté que le père, afin d'être titulaire de la *hadana*, doit engager rapidement l'action en déchéance suite au remariage de la mère *hadina* : la loi fixe le délai à un an⁸⁷⁷. La Cour suprême rappelle ce délai dans une espèce datée du 20 juin 2000 : « le père n'a pas réclamé la garde de l'enfant dans le délai d'un an à compter du remariage conformément à l'article 68 du code de la famille ». Il est donc considéré comme ayant renoncé à son droit⁸⁷⁸.

396. - La moralité de la mère *hadina*. La déchéance du droit de garde peut être ainsi envisagée à l'égard de la mère en cas de mauvaise conduite et de comportement immoral de la mère. La mère chargée de la *hadana* doit faire preuve d'une conduite irréprochable. Dans une décision la Cour suprême affirme : « contrairement à ce qui est soutenu, il résulte du jugement attaqué que la dame X a, sans autre explication ou justification, reconnu avoir commis l'acte d'adultère... Qu'en l'état de cet aveu, les juges du fond ont souverainement estimé qu'elle n'était plus digne d'assurer la garde des enfants »⁸⁷⁹. La Cour suprême affirme dans une autre espèce datée du 30 septembre 1997⁸⁸⁰ qu'« il est admis légalement et en jurisprudence, que l'adultère est parmi les causes de déchéance du droit de garde de l'enfant ». La déchéance du droit de garde peut également être envisagée si la mère a une maladie grave. Dans une affaire qu'elle a jugée le 09 juillet 1984, la Cour suprême décide de retirer la garde de l'enfant à la mère atteinte de cécité⁸⁸¹.

397. - Le remariage de la mère *hadina*. Le père a la possibilité de récupérer la garde de l'enfant dans le cas où la mère se remarie avec un étranger à la famille, conformément à l'article 66 du code de la famille qui énonce : « le titulaire du droit de garde se mariant avec une personne non

⁸⁷⁷ L'Art. 68 du CFA énonce : « l'ayant droit qui tarde plus d'une année à le réclamer, sans excuse valable, est déchu du droit de garde ».

⁸⁷⁸ Cour suprême, 20.06.2000, dossier n°246416, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 248.

⁸⁷⁹ Cour suprême 15.05.1968, cité par Ben Cheikh Hocine Dennouni Hadjira, BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986, et cité également par BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 93.

⁸⁸⁰ Cour suprême, 30.09.1997, dossier n°171684, cité par Djamel Sayci, SAYCI Djamel, *La jurisprudence algérienne en matière de statut personne, les décisions de la Cour suprême*, ClicEditions, 2013, p. 1025.

⁸⁸¹ Cour suprême, 09.07.1984, dossier n° 33921, cité par Djamel Sayci, SAYCI Djamel, *La jurisprudence algérienne en matière de statut personne, les décisions de la Cour suprême*, ClicEditions, 2013, et par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 224.

liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé est déchu de son droit de garde ». Cela veut dire que le remariage de la mère *hadina* est considéré comme un motif de déchéance de la garde de l'enfant. Cette disposition est inspirée du droit musulman : les juristes musulmans classiques considèrent que le remariage de la *hadina* avec un homme qui n'est pas parent de l'enfant au degré où le mariage est prohibé peut porter atteinte au droit de l'enfant d'être élevé dans un entourage qui prodigue l'affection⁸⁸². Autrement dit, le remariage de la *hadina* l'empêche de consacrer le temps nécessaire pour prendre soin de son enfant car son remariage lui impose de nouvelles charges ; de surcroît, elle n'a pas le droit de garder son propre enfant avec elle sans l'autorisation de son nouveau mari⁸⁸³. L'article 66 du code de la famille algérien est clair sur cette question, il ne nécessite pas une interprétation de la part des juges qui appliquent fidèlement cette disposition. En effet, dans une affaire datée du 18 mai 2005, la Cour suprême affirme clairement que le remariage de la mère *hadina* est considéré comme une cause de la déchéance de la garde⁸⁸⁴. Dans une autre décision, la Cour suprême rejette le pourvoi en cassation formulé par la mère qui conteste la décision de déchéance prononcée par les juges de la Cour d'appel parce qu'elle s'est remariée. Les magistrats de la Cour suprême affirment en l'espèce : « les prétentions de la mère que les enfants seraient mieux avec elle d'autant qu'ils sont en bas âge ne sont pas fondées légalement, il ne s'agit que d'un point de vue personnel de la mère et non d'une règle légale ou jurisprudentielle »⁸⁸⁵.

Il est intéressant de noter que la règle du remariage en tant que motif de déchéance de la *hadana* ne concerne que le titulaire de la garde de sexe féminin (la mère)⁸⁸⁶. Cette exigence légale n'est pas prévue pour le sexe masculin (le père), ni par les juristes musulmans classiques, ni par le législateur algérien. Les juristes musulmans classiques et le législateur algérien considèrent que l'homme a besoin d'avoir une femme, de préférence une épouse, afin de l'aider à exercer la *hadana*. Cette norme paraît absurde, car les juristes musulmans et le législateur algérien privent la mère de la possibilité de se remarier avec un homme qui n'est pas parent de l'enfant au motif

⁸⁸² LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 167.

⁸⁸³ AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 280.

⁸⁸⁴ Cour suprême, 18.05.2005, dossier n° 331058, cité dans ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013, p. 31.

⁸⁸⁵ Cour suprême, 18.07.2000, dossier n°241293, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 245.

⁸⁸⁶ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 168.

que la mère en puissance d'épouse ne peut se consacrer entièrement aux soins qu'exige la garde d'un petit enfant, ainsi qu'au motif que le mari de la mère qui n'est pas un parent proche de l'enfant ne peut offrir de l'affection à ce dernier⁸⁸⁷. Cette règle ne s'applique pas en cas de remariage du père. Pourtant le remariage du père peut nuire à l'enfant. L'enfant pourra avoir du mal à s'adapter dans son nouvel environnement, notamment parce que la nouvelle épouse du père peut manifester un ressentiment à l'égard de l'enfant. Dans une telle situation, l'enfant souffrira d'un environnement qui manque de chaleur humaine, ce qui peut engendrer parfois des conséquences malheureuses, voir dramatiques, sur son développement⁸⁸⁸. De plus, cette règle porte atteinte au principe de liberté individuelle, parce qu'elle prive la mère de la possibilité d'organiser sa vie comme elle le veut, sous peine d'être déchue du droit de garder son enfant. De surcroît, ce principe marque une discrimination flagrante fondée sur le sexe⁸⁸⁹. De ce fait, cette situation appelle une réforme afin de favoriser l'égalité des sexes et de mettre en avant l'intérêt de l'enfant.

398. - Le comité des droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant est préoccupé par le fait que la femme qui se remarie après un divorce soit déchue du droit de garde de son enfant. Le Comité demande instamment à l'Etat algérien de réviser cette disposition afin d'assurer que toutes les décisions prises reposent sur l'intérêt supérieur de l'enfant conformément aux articles 3 et 12 de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, et que l'enfant ne puisse plus être retiré à la garde de sa mère si celle-ci se remarie⁸⁹⁰.

399. - L'éloignement de l'enfant. D'autres motifs peuvent également conduire à la déchéance de la *hadana* de l'enfant à l'égard de la mère. Le père a notamment la possibilité d'être titulaire de la garde de l'enfant dans le cas où la mère change la résidence, c'est-à-dire dans le cas où la résidence de la mère et de l'enfant gardé s'éloigne du domicile du père. L'éloignement de la mère *hadana* et de son enfant empêche le père d'exercer son droit de visite. Ce droit de visite est une conséquence liée à la *hadana*. Il a pour objectif de maintenir les liens affectifs entre l'enfant et

⁸⁸⁷ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton &CO, 1973, p. 167.

⁸⁸⁸ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 235.

⁸⁸⁹ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 245.

⁸⁹⁰ CRC/C/SR.1714 et 1715, 8 juin 2012 (Algérie)

son père non-gardien, et de permettre à ce dernier de participer à l'éducation de son enfant⁸⁹¹. Le législateur algérien, comme les législateurs marocain et tunisien, considère le changement de résidence de la *hadina* comme une cause de déchéance du droit de garde. Les droits algérien, tunisien, et marocain s'inspirent pour cette règle du droit musulman, ils restent fidèles à l'esprit du fiqh, le législateur tunisien se contentant de reformuler le droit musulman⁸⁹².

L'article 61 du code du statut personnel tunisien énonce que « si celui qui a la garde de l'enfant change de résidence et s'installe à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs envers son pupille, il est déchu de son droit ». Selon cette disposition l'éloignement qui compromet le droit du père de l'enfant laisse la place à une appréciation *in concreto* du magistrat⁸⁹³.

L'ancienne moudawana de la famille marocaine dans son article 107 envisageait la même règle que le code du statut personnel tunisien : la *hadina* était déchu automatiquement de son droit de garde dans le cas où son changement de résidence d'une ville à l'autre mettait le père de l'enfant dans l'impossibilité de surveiller les conditions de vie de ce dernier et d'assurer ses obligations envers lui⁸⁹⁴.

La moudawana de la famille marocaine de 2004 a apporté quelques modifications. Elle distingue selon le changement de résidence se fait à l'intérieur ou vers l'extérieur du territoire marocain. Le déménagement de la mère gardienne de l'enfant à l'intérieur du Maroc n'entraîne pas la déchéance du droit de garde, conformément à l'article 178 de la moudawana de la famille marocaine qui dispose que « la déchéance de la garde n'intervient pas en cas de déménagement de la dévolutive ou du tuteur légal d'un endroit à l'autre à l'intérieur du Maroc, sauf en cas de motif avéré pour le Tribunal, en prenant en compte l'intérêt de l'enfant, les circonstances particulières du père ou du tuteur légal, et la distance qui sépare l'enfant de son tuteur légal ». Le législateur marocain ajoute que le changement de résidence hors le territoire marocain de la mère *hadina* sans l'accord du père engendre le retrait du droit de garde. L'article 179 alinéa 1 de la moudawana de la famille marocaine énonce que « le tribunal peut à la demande du ministère public ou du représentant légal de l'enfant soumis à la garde prévoir dans la décision accordant la

⁸⁹¹ Il faut souligner que le CFA évoque brièvement le droit de visite dans son Art. 64. Cet Art. énonce qu'« [...] en prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite. ». De ce fait, les conditions du droit de visite sont fixées par le juge des affaires familiales.

⁸⁹² MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 172.

⁸⁹³ *loc. cit.*

⁸⁹⁴ *loc. cit.*

garde, ou par une décision ultérieure, l'interdiction que l'enfant soit emmené en voyage à l'extérieur du Maroc sans l'accord de son représentant légal ».

Le législateur algérien, à la différence du législateur marocain, envisage dans le code de la famille algérien uniquement l'éloignement en pays étranger. En effet, l'article 69 du code de la famille algérien dispose que « si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt de l'enfant ». Dans une espèce datée du 19 janvier 1993, la Cour suprême algérienne⁸⁹⁵ confirme ce principe : « la distance séparant l'Algérie de la France ne permet pas au père d'exercer son droit de visite, de surveiller et de s'occuper de l'éducation des enfants ». Louisa Hanifi considère que « cette décision est un rappel de la règle selon laquelle le droit de garde attribué à la gardienne et le droit de visite accordé au père doivent s'exercer conjointement ». Elle ajoute que « La crainte que la mère n'éloigne définitivement les enfants de leur père a conduit la Cour suprême à retenir, en l'espèce, la déchéance de celle-ci »⁸⁹⁶.

En droit algérien de la famille la déchéance de la garde n'est pas systématique, en vertu de l'article 69 du code de la famille algérien qui énonce que « le juge peut maintenir le droit de garde compte tenu de l'intérêt de l'enfant ». Dans une affaire qu'elle a jugée le 12 mars 2008, la Cour suprême affirme que « la garde de l'enfant peut être dévolue à la mère qui est établie hors du territoire de la république algérienne si cela est dans l'intérêt de l'enfant »⁸⁹⁷.

Comme vu précédemment, l'article 69 du code de la famille algérien mentionne seulement l'éloignement hors le territoire algérien, il n'évoque pas l'éloignement dans le territoire algérien. Cela laisse penser que le législateur algérien ne considère pas que le changement de la résidence de la mère *hadina* dans le territoire algérien soit un motif de déchéance de droit de garde. Le législateur considère en effet que la société algérienne a évolué, et que l'arrivée des moyens de communication et de transport modernes permet au père d'exercer son droit de visite indépendamment des localisations respectives des résidences sur le territoire algérien. De sur

⁸⁹⁵ Cour suprême, 19.01.1993, dossier n°89189, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 250.

⁸⁹⁶ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 250.

⁸⁹⁷ Cour suprême, 12.03.2008, dossier n° 426431, cité dans ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013, p. 30.

croit, il laisse la porte ouverte à l'appréciation des juges qui prennent leur décision en fonction des circonstances propres à chaque cas.

2) La déchéance de la branche maternelle de la *hadana*

400. - La déchéance de la branche maternelle de la *hadana*. Il doit être noté de plus que le législateur algérien expose de la même manière la grand-mère maternelle gardienne de l'enfant et la tante maternelle *hadina* à la déchéance de la garde si elles vivent sous le même toit que la mère qui s'est remariée avec un homme qui n'est pas parent de l'enfant au degré où le mariage est prohibé. L'article 70 du code de la famille algérien énonce clairement que : « la grand-mère maternelle ou la tante maternelle est déchue de son droit de garde si elle vient à cohabiter avec la mère de l'enfant gardé remariée à un homme non lié à celui-ci par une parenté de degré prohibé ». Cette disposition vise uniquement la branche maternelle (la grand-mère maternelle et la tante maternelle), la branche paternelle (la grand-mère paternelle, la tante paternelle) n'est pas évoquée. Il peut être constaté que cette mesure pénalise les proches de la mère appelées à recueillir la garde de l'enfant, et porte atteinte à l'intérêt de l'enfant en le privant de l'affection et des soins de la branche maternelle. L'article 70 du code de la famille algérien précise que cette déchéance s'applique « si elles viennent cohabiter avec la mère de l'enfant gardé remariée à un homme non lié à celui-ci par une parenté de degré prohibé » : cette déchéance concerne donc la cohabitation continue de la mère remariée avec la grand-mère maternelle *hadina* ou la tante maternelle *hadina*. En revanche, la mère a le droit de rendre visite à la grand-mère maternelle *hadina* ou la tante maternelle *hadina* pendant les vacances, ou le weekend, ou à d'autres périodes, sans que cela ne puisse provoquer la déchéance de la grand-mère maternelle ou de la tante maternelle de la garde de l'enfant, et ce conformément à l'article 64 du code de la famille algérien⁸⁹⁸.

401. - La jurisprudence algérienne applique à la lettre les articles 66 et 70 du code la famille algérien. La Cour suprême affirme dans une affaire datée du 20 juin 1988⁸⁹⁹ que « la mère est déchue légalement de la garde lorsqu'elle se remarie avec un étranger, la garde est transférée en

⁸⁹⁸ L'Art. 64 du CFA dispose que : « en prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite ».

⁸⁹⁹ Cour suprême, 20.06.1988, arrêt n° 50011, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 246.

ce cas à la grand-mère, à condition que celle-ci ne soit pas remariée à son tour, qu'elle ne cohabite pas avec sa fille, et qu'elle soit apte à assurer la garde ».

D. Rétablissement de la garde

402. - La possibilité donnée à la mère de demander le rétablissement de la garde. La déchéance de droit de garde de la mère n'est pas définitive : le droit de garde peut être rétabli dès que la cause de la déchéance de droit de garde de l'enfant vient à disparaître. Le code de la famille algérien affirme dans son article 71 que « le droit de garde est rétabli dès que la cause involontaire qui en a motivé la déchéance disparaît ». Cela veut dire que la mère déchue de son droit de garde peut réclamer à nouveau la *hadana* de son enfant dans le cas où elle divorce de son second mari. Cependant, l'article 71 exige, afin que le droit de garde puisse être rétabli, que la cause de la déchéance de la garde soit involontaire.

403. - Le droit marocain. L'ancienne moudawana de la famille marocaine dans son article 170 posait une règle similaire à la règle algérienne⁹⁰⁰. La réforme de la moudawana de la famille marocaine de 2004 affirme dans son article 170 alinéa 1 que « la dévolutive de la garde recouvre son droit lorsque l'empêchement qui lui interdisait de l'exercer est levé ». Désormais, le droit de garde peut être rétabli dès que la cause, volontaire ou non, qui a motivé son retrait est levée. L'article 170 alinéa 2 ajoute que « le tribunal peut reconsidérer la dévolution de la garde dans l'intérêt de l'enfant ». Cela veut dire que le législateur marocain laisse une appréciation large aux juges selon chaque cas d'espèce, tant que le juge se prononce en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Le code de statut personnel tunisien ne prévoit pas telle règle, il est resté silencieux sur ce point⁹⁰¹.

§ 2 : La dévolution limitée de la *hadana* au père à défaut de mère

A. La dévolution de la *hadana* dans le code de la famille algérien de 1984

404. - La *hadana*, une prérogative féminine. Les fouqaha ont confié la garde de l'enfant mineur légitime en premier lieu à la mère, elle est la première bénéficiaire, et sur ce point, l'accord est total entre eux⁹⁰². En cas de décès de la mère ou de déchéance de son droit de garde, les hanafites et les malikites s'accordent à reconnaître la priorité des femmes de la famille à succéder à la

⁹⁰⁰ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 174.

⁹⁰¹ *loc. cit.*

⁹⁰² LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 159.

mère⁹⁰³. Cependant, des clivages existent entre les hanafites et malikites quant à la hiérarchie des dévolutaires. En principe, à défaut de la mère, la garde est dévolue suivant un ordre déterminé : les ascendantes de la mère, les ascendantes du père, et sur ce point les deux doctrines s'accordent. C'est dans la suite de la hiérarchie des dévolutaires que les deux doctrines divergent ensuite : les hanafites confient alors la garde aux sœurs de l'enfant (germaines, utérines, et consanguines), alors que les malikites accordent la *hadana* aux tantes de l'enfant (germaines ou utérines). Celles-ci sont en effet privilégiées en droit malikite et occupent la place qui revient aux sœurs en droit hanafite⁹⁰⁴.

405. - L'affirmation du code de la famille de 1984. L'ancien code de la famille algérien de 1984 est relativement plus proche du droit musulman. Il retient l'ordre suivant : la mère, puis la grand-mère maternelle, puis la tante maternelle, puis le père, puis la grand-mère paternelle, puis les personnes parentes au degré le plus proche, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant⁹⁰⁵.

406. - L'affirmation de la cour suprême. Les magistrats algériens semblent eux également suivre le droit musulman. La Cour d'appel d'Alger a décidé, dans un arrêt daté du 18 décembre 1933, que la garde de l'enfant doit être de préférence attribuée à la mère, et à défaut aux plus proches parentes de la ligne maternelle, et que, lorsque la mère est considérée incapable d'exercer la *hadana* et qu'il n'y a dans la ligne maternelle d'autres parentes aptes à recueillir l'enfant, alors l'enfant peut à bon droit être confié au père. La Cour a par ailleurs affirmé la règle selon laquelle l'intérêt de l'enfant doit l'emporter sur toutes autres considérations⁹⁰⁶. Dans une autre espèce datée du 30 décembre 1964, la Cour suprême a cassé un arrêt qui avait « accordé la *hadana* de deux enfants à une parente éloignée de l'ascendante paternelle, faisant ainsi échec aux droits et prérogatives que leur grand-mère maternelle, dont les sentiments de dévouement et d'affection sont naturellement plus forts, soit préférée à la branche paternelle »⁹⁰⁷. Dans une autre affaire datée du 16 novembre 1999, la Cour suprême souligne que « l'article 64 du code de

⁹⁰³ BAKHITI Al Arbi, *L'organisation de la famille en Islam et l'ancien droit*, Kenouz Al Hikma, 2013, p. 272.

⁹⁰⁴ BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

⁹⁰⁵ Art. 64 Anc. CFA.

⁹⁰⁶ C. A. Alger, 18.12.1933, cité par Ben Cheikh Hocine Dennouni Hadjira, BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

⁹⁰⁷ C. Supr. Ch. Droit. privé, 30.12.1964, cité par Ben Cheikh Hocine Dennouni Hadjira, BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986.

la famille s'est inspiré de la *Chari'a* en ce qui concerne l'ordre de dévolution, il place la mère au premier rang pour la garde des enfants, puis les parents de la ligne maternelle dont la grand-mère, car ils sont plus affectueux à l'égard de l'enfant que les parents de la ligne paternelle »⁹⁰⁸. Elle se réfère en l'espèce, à l'opinion des écoles hanafite et malékite⁹⁰⁹. La jurisprudence place la branche maternelle au premier rang dans l'ordre dévolution de la *hadana*. Elle est en l'espèce rigoureusement conforme aux dispositions du code de la famille de 1984 et au droit musulman⁹¹⁰. Il en résulte que la garde est principalement une prérogative féminine. Il est à noter que le père est classé au quatrième rang après la mère, la grand-mère, et la tante maternelle. Les juges de la Cour suprême ont maintenu cette préférence en affirmant dans un arrêt daté du 30 septembre 1997 que « l'article 64 du code de la famille s'est inspiré de la *Chari'a* en ce qui concerne l'ordre de dévolution, il place la tante maternelle au troisième rang pour la garde des enfants, puis le père, en faisant primer l'intérêt de l'enfant sur toutes autres considérations. La Cour d'appel a violé les règles de la *Chari'a* et du droit positif en attribuant la garde des deux enfants au père. Elle s'est appuyée sur le fait que le père est enseignant et peut mieux assurer l'entretien et subvenir au besoin des deux enfants que la tante maternelle ». Cela veut dire que la Cour suprême algérienne fait primer la tante maternelle sur le père.

Au regard de ce qui précède, il semble que les dispositions du code de la famille algérien de 1984 et l'application que la Cour suprême n'admettaient pas que l'exercice de la *hadana* revienne au père de plein droit en cas de décès de la mère ou en cas de déchéance de la mère du droit de garde de l'enfant.

B. La dévolution de la *hadana* dans le code de la famille algérien de 2005

407. - L'article 64 du code de la famille algérien. En vertu de l'article 64 du code de la famille algérien de 2005, « le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis au père, puis à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle, puis aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant ». Cette nouvelle disposition pose un nouvel ordre de dévolution de la garde de l'enfant. L'ordre de dévolution traditionnel de la *hadana* qui favorisait la ligne maternelle a été

⁹⁰⁸ Cour suprême, 16.11.1999, arrêt n° 230402, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 220.

⁹⁰⁹ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 161.

⁹¹⁰ KOUIDRI Mostapha, « La garde de l'enfant après la réforme du code de la famille », *Revue algérienne des Sciences Juridiques et Politiques*, 2010, p. 47.

remis en cause : la garde revient désormais au père et après la mère. En plaçant le père en deuxième position dans l'ordre de dévolution, soit juste après la mère, le législateur algérien a modifié en faveur du père la loi sur la *hadana* tout en sauvegardant le privilège de la mère. Le législateur algérien a essayé d'instaurer une certaine égalité entre le père et la mère dans cette matière. Autrement dit, le législateur algérien rétablit l'équilibre entre les parents en reléguant le père en deuxième position. Ceci est considéré une avancée significative de la part du législateur algérien.

408. - Modification de la liste des dévolutions de la *hadana* en droit marocain. Le législateur marocain a également modifié la liste des dévolutaires de la garde qui était préalablement principalement féminine⁹¹¹. Dans le premier code de statut personnel marocain de 1957, le législateur marocain ne mentionnait pas le père dans la liste de la dévolution de la *hadana*⁹¹². C'est avec la modification de la moudawana de la famille marocaine en 1993 que le père a pu apparaître dans l'ordre de dévolution de la garde de l'enfant, en deuxième position, juste après la mère⁹¹³. Le législateur s'est éloigné de l'ordre de dévolution établi par les fouqaha, particulièrement de celui établi par les fouqaha de rite malékite.

La moudawana marocaine de 2004 dans son article 171 a modifié complètement l'ordre de dévolution de la garde de l'enfant en disposant que « la garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père, et puis à la grand-mère maternelle de l'enfant ».

A travers ces nouvelles réformes, les législateurs algérien et marocain établissent un certain équilibre entre le père et la mère en plaçant le père en seconde rang immédiatement après la mère. Cela veut dire qu'ils veulent consolider davantage le modèle familial conjugal dans lequel les parents forment le noyau dur⁹¹⁴.

Section 2 : L'exercice du droit de la *hadana* de l'enfant né de parents non mariés

409. - Différence de traitement. L'établissement de la filiation maternelle permet à la mère non mariée de bénéficier de la garde. En revanche, le père biologique de l'enfant né hors mariage

⁹¹¹ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 425.

⁹¹² LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton &CO, 1973, p. 161.

⁹¹³ Art. 99 de l'Anc. MFM

⁹¹⁴ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 164.

n'a pas le droit d'exercer ce droit de garde. De ce fait, l'exercice de la *hadana* de l'enfant né hors mariage est un privilège maternel pour l'enfant illégitime (Paragraphe 1). L'attribution de la *hadana* de l'enfant né hors mariage au père est impossible (Paragraphe 2).

§ 1 : La *Hadana*, un monopole maternel pour l'enfant né hors mariage

410. - Vide juridique. Le droit algérien n'a pas traité la question de la *hadana* de l'enfant né hors mariage, ni dans l'ancien ni dans le nouveau code de la famille algérien.

L'enfant né hors mariage doit tout de même être protégé par sa mère non mariée ou par une autre personne, et par analogie à l'article 64 du code de la famille algérien, le droit de garde est dévolu d'abord à la mère.

411. - L'unanimité des juristes musulmans classiques sur l'attribution de la *hadana* à la mère non mariée. Il doit être noté que les docteurs musulmans sont unanimes sur le principe selon lequel l'exercice de la *hadana* de l'enfant né hors mariage est un droit de la mère non mariée⁹¹⁵(A). Cela signifie que la mère *hadina* non mariée a le même droit que la mère *hadina* mariée vis-à-vis de son enfant. La question se pose alors de savoir si la mère *hadina* non mariée peut être déchue de son droit de garde comme la mère *hadina* mariée lorsque les conditions de l'attribution de la garde ne sont plus remplies (B).

A. L'attribution de la *hadana* de l'enfant illégitime, un droit de la mère non mariée

412. - Le rôle de la mère *hadina*. La mère *hadina* non mariée doit entretenir son enfant né hors mariage. Elle veille à satisfaire ses besoins dès sa naissance par son allaitement, le nourrir, l'habille⁹¹⁶, et préserve son intérêt moral et physique. Elle doit lui inculquer les valeurs nécessaires à son éducation et à sa formation afin de lui assurer des conditions de vie sociale aussi favorables que possible et le préparer pleinement pour être apte à s'intégrer dans la société.

Afin que la mère *hadina* non mariée puisse assurer cette charge, le code de la santé de 1976 accordait à la mère une allocation mensuelle pour maintenir un environnement favorable à l'épanouissement de l'enfant, ainsi qu'une allocation mensuelle tout au long de la scolarisation de son enfant illégitime⁹¹⁷.

Malheureusement, ce code de 1976 qui protégeait la mère célibataire et son enfant a été abrogé par la loi du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé, dans lequel la

⁹¹⁵ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 216.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 215.

⁹¹⁷ *Ibid.*, p. 216.

problématique de la mère célibataire et de son enfant illégitime n'est pas évoquée. La création d'un code de la protection sociale dans lequel devait figurer la prise en charge de la mère non mariée et de l'enfant né hors mariage avait été annoncée, mais ce texte de loi n'a pas encore vu le jour⁹¹⁸.

413. - La question de la cessation de la *hadana* de la mère non mariée. Si le droit de garde de l'enfant légitime reste assez fragile pour la mère mariée car la *hadana* de l'enfant de sexe masculin cesse dès l'âge de 10 ans, la mère *hadana* non mariée n'est pas exposée à telle situation.

En effet, la garde de l'enfant né hors mariage ne peut être retirée à la mère pour être transférée au père. La garde de l'enfant né hors mariage de sexe masculin ne cesse pas à l'âge de dix ans ou seize ans car la *hadana* ne pourrait être transférée au père. En conséquence, elle cesse à l'âge de majorité fixé à 19 ans révolus⁹¹⁹. Pour l'enfant de sexe féminin, la *hadana* cesse à l'âge de capacité de mariage, c'est-à-dire à l'âge de 19 ans révolus⁹²⁰.

B. La déchéance de la mère non mariée du droit de garde

414. - La possibilité de déchéance de la mère non mariée du droit de garde. Le droit de la mère célibataire à exercer la *hadana* n'est pas un droit définitif. La mère célibataire peut être déchue de son droit de garde si elle ne remplit pas les conditions d'attribution de la garde.

Cela peut même renverser l'ordre de dévolution de la garde de l'enfant né hors mariage dès lors que son intérêt le justifie. Cet ordre diffère de celui fixé pour la *hadana* de l'enfant né dans le mariage : ni le père, ni la branche paternelle ne peuvent être des dévolutaires. La dévolution de la garde bénéficie principalement à la branche maternelle, c'est-à-dire que la garde est confiée en premier lieu à la mère, puis à la grand-mère maternelle, puis à la tante maternelle, et à défaut de ces dévolutaires, le juge doit décider en fonction de l'intérêt exclusif de l'enfant. La garde est organisée exclusivement en fonction de l'intérêt de l'enfant.

415. - Le droit de garde et l'intérêt de l'enfant. L'ordre d'attribution du droit de garde pourrait être modifié lorsqu'il est établi que l'intégrité physique ou morale de l'enfant est mise en danger par manque de soin ou en raison de la déchéance morale de la mère. Cela peut-être la cas par exemple si cette dernière se rend coupable de négligence ou de dépravation : alcoolisme, prostitution, maltraitance de l'enfant y compris le fait de forcer un enfant à se livrer à des activités

⁹¹⁸ RAHOU Yamina, « Les mères célibataires une réalité occultée », *Naqd*, 2006, p. 54.

⁹¹⁹ L'Art. 40 Al. 2 du CCA énonce que : « la majorité est fixée à 19 ans révolus ».

⁹²⁰ Art. 7 du CFA.

immorales telles que la mendicité, la prostitution, la contrebande, etc. Dans ce cas, la justice prend toutes décisions appropriées en vue de protéger l'enfant, à la demande de parents proches de la branche maternelle de l'enfant ou du ministère public.

416. - L'impact du mariage de la mère non mariée sur le droit de garde de l'enfant. En règle générale, le mariage de la mère *hadina* est une cause de la perte du droit de garde. Mais la situation de l'enfant né hors mariage nécessite que l'enfant soit entouré de garanties suffisantes pour qu'il ne subisse pas les préjudices de cette situation exceptionnelle⁹²¹. En conséquence, la mère célibataire qui se marie peut conserver son droit de garde.

Le droit musulman considère que le mariage de la mère gardienne n'est pas une cause de la déchéance de garde de son enfant né hors mariage⁹²². Le droit musulman ne retient pas la déchéance de la mère lorsqu'elle se marie. Cette mesure n'est prononcée que si la mère porte atteinte à l'intérêt de l'enfant.

417. - La renonciation de la mère non mariée au droit de garde de l'enfant. La déchéance du droit de garde pourrait être prononcée par le tribunal dans le cas où la mère renonce à son droit de garde. Il faut noter que, la plupart du temps, ce qui conduit la mère non mariée à renoncer à son droit de garde sont les circonstances familiales, sociales, et financières. Par exemple, ses parents refusent de la recueillir avec son enfant, ce qui conduit la mère à sacrifier son enfant. Ce choix presque inhumain qui s'impose dans de telles circonstances à une mère désespérée n'est en réalité que la conséquence d'un système qui ignore et rejette la mère célibataire et son enfant né hors mariage. Le code social comme le code juridique continuent de nier l'existence de la mère célibataire et de son enfant, ce qui engendre des conséquences néfastes à l'égard de la mère et met en péril l'intérêt de l'enfant.

418. - Déménagement de la mère *hadina*. Il est à souligner que, contrairement à la mère de l'enfant légitime qui est contrainte dans ses déménagements sous peine que son changement de résidence ne provoque la cessation de la garde comme vu précédemment, le changement de résidence de la mère célibataire *hadina*, à l'intérieur du territoire algérien comme à l'étranger, ne cause pas une déchéance de la garde car le père n'a aucun droit de regard et de contrôle sur l'éducation de l'enfant né hors mariage.

⁹²¹ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 215.

⁹²² *loc. cit.*

§ 2 : La *hadana*, un accès impossible pour le père biologique de l'enfant né hors mariage

419. - Inaccessibilité du père à la *hadana* de l'enfant. Le législateur algérien continue à déresponsabiliser le père biologique de l'enfant né hors mariage alors que seule la mère célibataire doit endosser la responsabilité de l'enfant.

L'ancien code de la famille algérien de 1984 comme l'amendement récent du code de la famille algérien de 2005 continuent d'ignorer l'existence du géniteur de l'enfant illégitime et le prive de son droit de garde, même quand celui-ci désire reconnaître son enfant et prendre soin de lui.

De ce fait, le législateur algérien met le père de l'enfant illégitime dans l'impossibilité d'exercer la *hadana* suite à la déchéance de la mère du droit de garde (A). Il est nécessaire que le législateur algérien mette en place des solutions juridiques afin de rattacher l'enfant illégitime à son géniteur sans prendre en considération les circonstances de sa naissance, ceci afin qu'il bénéficie des mêmes droits que l'enfant légitime y compris de la *hadana* par son père (B).

A. L'impossibilité faite au père d'exercer la *hadana* de l'enfant illégitime

420. - L'inexistence du père dans la vie de l'enfant illégitime. Comme il a été montré précédemment, le droit de la famille algérien ne reconnaît pas au père biologique de l'enfant illégitime le droit d'établir la filiation paternelle en dehors du cadre du mariage. Autrement dit, il n'a pas le droit de reconnaître son enfant en dehors du lien du mariage. Il en découle que le père biologique n'a aucune existence juridique dans la vie de son enfant né hors le cadre du mariage. De ce fait, le père biologique ne peut pas jouir de son droit d'exercer la *hadana*. Il n'a pas le droit de surveiller, d'éduquer, et d'instruire son enfant né hors mariage. En plus, il n'a pas le devoir de pourvoir à sa vie ou encore le devoir de sauvegarder son intégrité physique et morale. Enfin, il ne dispose pas d'un droit de visite.

421. - L'impossibilité de la branche paternelle d'exercer la *hadana* de l'enfant illégitime. L'absence d'existence juridique du père biologique dans la vie de son enfant né hors mariage entraîne également l'impossibilité pour la branche paternelle d'être dans la liste des dévolutaires du droit de garde. Autrement dit, la grand-mère paternelle comme la tante paternelle n'ont pas le droit d'être titulaires du droit de garde.

422. - Dans quelle mesure le père peut accéder à l'exercice du droit de garde ? L'unique possibilité pour que le père puisse accéder à l'exercice du droit de garde, comme il a été

précédemment expliqué, est qu'il s'abstienne de déclarer les circonstances de la naissance de son enfant : il doit déclarer s'être marié avec la mère de son enfant religieusement antérieurement à la conception de l'enfant, ou plus de six mois avant sa naissance. A cette condition, le père biologique de l'enfant né hors mariage aura le droit d'exercer la garde pendant le mariage avec la mère de l'enfant né en dehors du mariage ou après la dissolution du lien du mariage en cas de décès de la mère ou dans le cas où la mère est déchu de son droit de garde, par exemple en cas de remariage avec une personne non liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé⁹²³, ou si elle décide d'élire domicile dans un pays étranger⁹²⁴, ou si elle renonce à son droit de garde ou est déclarée inapte physiquement ou moralement.

423. - Le regard du droit tunisien. Il en va autrement en droit tunisien. Comme nous l'avons déjà précisé, le législateur tunisien ne s'est pas préoccupé de la preuve d'une relation licite entre le père et la mère ayant engendré l'enfant⁹²⁵. A travers la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, le père biologique de l'enfant né hors mariage a plus de chance en droit tunisien d'être titulaire du droit de garde que le père biologique en droit algérien.

En effet, si la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage est établie, le père peut bénéficier de tous les droits découlant de la garde conformément à l'article 3 bis de la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue qui énonce : « l'enfant dont la paternité est établie, a droit à la pension alimentaire et au droit de regard dont la tutelle et la garde, et ce, jusqu'à l'âge de la majorité et au-delà de la majorité dans les cas déterminés par la loi ».

Il est possible de penser que le législateur tunisien a voulu mettre le père biologique et la mère célibataire sur un pied d'égalité dans l'attribution du droit de garde, car, comme nous l'avons vu antérieurement, le législateur tunisien ne fait plus de la *hadana* un privilège maternel : il organise la *hadana* en fonction de l'intérêt de l'enfant⁹²⁶.

⁹²³ Art. 66 du CFA.

⁹²⁴ Art. 69 du CFA.

⁹²⁵ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 148.

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 165.

Pour rappel, la réforme du 3 juin 1966 du droit de la famille tunisien supprime la liste des dévolutaires de la garde en cas de dissolution du mariage par décès ou divorce⁹²⁷. L'article 67 du code de statut personnel tunisien confie la *hadana* après la dissolution par le divorce à l'un des parents ou à une tierce personne dans l'intérêt de l'enfant. Si le mariage est dissout par décès, la garde est confiée au parent survivant⁹²⁸.

Par analogie avec ce texte le juge peut attribuer la *hadana* de l'enfant né hors mariage à l'un de ses parents ou éventuellement à une tierce personne, en prenant en considération l'intérêt de l'enfant.

Le droit de la famille tunisien fait partie des moyens mis en œuvre pour moderniser la famille tunisienne. Le législateur tunisien souhaite à travers de la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue protéger l'intérêt de l'enfant en l'affiliant à son père biologique quel que soit son statut. Ainsi, l'enfant tunisien né hors mariage bénéficie d'un statut juridique qui lui permet de jouir de tous les droits vis-à-vis de son père, y compris d'être gardé par son père, contrairement à l'enfant algérien né hors mariage qui, parce que le législateur algérien prend acte qu'un enfant puisse naître en dehors du mariage mais ne lui consacre aucun droit et aucun statut, est condamné à rester pour toujours dans un néant juridique⁹²⁹.

B. Nécessité d'une législation pour améliorer la situation de l'enfant

424. - La mise en place des normes rattachant l'enfant au père biologique. L'absence d'un statut juridique prive l'enfant algérien né hors mariage de tous ses droits et met son père dans l'impossibilité d'exercer ses droits et ses devoirs y compris son droit de garde. Il est impératif que le législateur algérien s'engage à résoudre la problématique de l'enfant né hors mariage en prenant en compte l'intérêt de l'enfant. Le législateur doit mettre en place des solutions juridiques permettant de rattacher l'enfant à son géniteur sans prendre en considération les circonstances de sa naissance afin qu'il bénéficie des mêmes droits que l'enfant légitime.

425. - La nécessité d'une conformité du droit algérien à la Convention internationale des droits de l'enfant. De surcroît, si l'Algérie a ratifié la Convention internationale des droits de

⁹²⁷ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 184.

⁹²⁸ *loc. cit.*

⁹²⁹ LEZZAR Nasr-Eddine, « La femme et les droits de l'homme en droit algérien », Naqd, 2006, p. 238.

l'enfant, sa législation doit s'inscrire en conformité avec les principes de cette Convention. Or, selon l'article 18 de la Convention internationale des droits de l'enfant, les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'en assurer son développement, sans distinction selon le statut matrimonial des parents.

Malheureusement, pour le moment l'Algérie ne s'est pas engagée à unifier les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale, en particulier au sein de la famille de l'enfant né hors mariage. Il est donc devenu nécessaire d'effectuer une réforme afin de mettre le droit algérien en conformité avec ses engagements internationaux. Le père biologique partagerait ainsi l'exercice de la *hadana* avec la mère célibataire de l'enfant conçu en dehors du mariage. La coparentalité devrait être intrinsèquement indépendante de l'existence d'une vie commune entre les père et mère.

Le législateur algérien peut prendre comme exemple la législation tunisienne ou la législation des pays occidentaux qui sont compatibles avec les principes de la Convention internationale des droits de l'enfant. Ces derniers ont en effet adopté dans leurs législations un principe qui fait perdre à la distinction entre enfant né dans le mariage et enfant nés hors mariage son importance. Aujourd'hui, la plupart des législations occidentales ne se préoccupent plus du statut du couple parental, elles pensent principalement à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans l'intérêt de l'enfant, il peut être suggéré au législateur algérien de construire un nouveau type de lien entre l'enfant né hors mariage et son père biologique, lien qui serait intermédiaire entre l'absence actuelle de lien et l'établissement d'une filiation qui, si elle intervenait brutalement et sans étape intermédiaire, bouleverserait d'une manière trop importante le fondement du droit de la famille algérien. Le législateur permettrait ainsi, dans l'intérêt de l'enfant, de reconnaître des droits parentaux au père biologique sans établir de filiation paternelle.

Conclusion de chapitre

426. - Comme il a été démontré, suite à la réforme du Code de la famille algérien de 1984, depuis 2005 et la promulgation du nouveau Code de la famille algérien, le droit de garde de l'enfant légitime est dévolu en premier lieu à la mère et en deuxième lieu au père. La *hadana* cesse lorsque l'enfant atteint l'âge limite fixé par la loi, ou si la mère renonce préalablement à son droit de garde. Le privilège accordé à la mère d'exercer en priorité la *hadana* n'est cependant pas absolu. En effet, le Code de la famille de 2005 fait primer l'intérêt de l'enfant sur le droit de la mère à la garde : la mère peut ainsi être déchue de son droit de garde avant le terme de la *hadana* en cas de remariage, de défaut de moralité ou si un éloignement de l'enfant est requis.

427. - En ce qui concerne la garde de l'enfant né hors mariage, le Code de la famille algérien de 2005 n'a pas apporté d'amélioration par rapport à celui de 1984 : la *hadana* de l'enfant né hors mariage n'est traitée dans aucun de ces deux codes. En conséquence, seule la mère biologique de l'enfant né hors mariage peut exercer la garde sur son enfant : le père biologique de l'enfant ne jouit d'aucun droit de garde ; l'instruction, la surveillance et l'éducation de son enfant lui sont inaccessibles. En conséquence, la *hadana* de l'enfant né hors mariage ne peut être retirée à la mère pour être transférée au père, et contrairement au cas de l'enfant légitime, la garde de l'enfant de sexe masculin né hors mariage ne peut cesser avant que ce dernier n'atteigne sa majorité fixée à 19 ans.

Conclusion du Titre 1 de la Partie 2

428. - Il a été montré dans ce qui précède que le mode principal d'attribution des droits personnels de l'enfant en droit algérien de la famille est la filiation.

429. - L'enfant né hors mariage étant privé de filiation paternelle, il jouit de droits personnels inférieurs à ceux dont jouit l'enfant légitime : l'enfant légitime et l'enfant né hors mariage sont inégaux en ce qui concerne les droits personnels dont ils jouissent, tant pour la tutelle légale que pour la garde.

430. - De même, le père et la mère ne jouissent pas des mêmes droits personnels suivant que leur enfant ait été conçu dans ou hors le mariage. Si en ce qui concerne la garde, la mère jouit de droits supérieurs à ceux dont jouit le père, que l'enfant ait été conçu dans ou hors le mariage, en ce qui concerne la tutelle légale, la mère jouit de droits supérieurs à ceux du père si l'enfant a été conçu hors le mariage, et inférieurs à ceux du père si l'enfant a été conçu dans le mariage.

Titre 2nd :

Les droits patrimoniaux

431. - L'inégalité des droits entre les enfants légitimes et illégitimes dans les droits patrimoniaux. Etant donné que l'enfant légitime, de par sa filiation est lié immédiatement à ses père et mère, il est dans l'ordre normal des choses qu'il bénéficie d'une obligation d'entretien à l'égard de ses parents mariés. L'enfant né en dehors d'un lien légal entre ses père et mère ne peut quant à lui bénéficier de ce droit qu'à l'égard de sa mère. Il ne peut être pris en charge que par sa mère si cette dernière le reconnaît, le père biologique de l'enfant illégitime étant exclu de ce devoir (Chapitre 1).

De surcroît, la différence des liens de filiation entre enfant légitime et illégitime engendre que l'enfant légitime jouit des droits successoraux vis-à-vis de ses père et mère, alors que le droit successoral de l'enfant né hors mariage est restreint. En d'autres termes, aucun droit de succession n'est accordé à l'enfant né hors mariage à l'égard de son père, mais il peut bénéficier de droit successoral vis-à-vis de sa mère (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'obligation d'entretien, *Nafaqa*

432. - Non-conformité du droit algérien avec la Convention internationale des droits de l'enfant. Au début du XVII^{ème} siècle, Loysel énonce « qui fait l'enfant doit le nourrir ». L'alinéa 2 de l'article 27 de la Convention internationale des droits de l'enfant reflète cette règle. Il énonce que : « c'est aux parents ou aux autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant ». Le droit de la famille algérien n'est pas en conformité avec ce principe. Le code de la famille algérien n'organise cette obligation que dans le cadre du mariage, c'est-à-dire, que l'enfant légitime a le droit d'être entretenu par ses parents mariés (Section 1). Quant à l'enfant né en dehors du lien légal entre le père et la mère, il ne peut bénéficier de ce droit qu'à l'égard de sa mère, il ne peut être pris en charge que par sa mère si cette dernière le reconnaît. En revanche, le père biologique de l'enfant illégitime est exclu de ce devoir (Section 2).

Section 1 : La *nafaqa* de l'enfant né de parents mariés

433. - La prééminence du père dans l'entretien de l'enfant. Par respect de l'esprit du droit musulman, le code de la famille algérien met à la charge du père l'entretien de l'enfant légitime. Aux termes des dispositions de l'article 75 du code de la famille algérien « le père est tenu de subvenir à l'entretien de son enfant à moins que celui-ci ne dispose de ressources ». L'article 76 du même code dispose qu'« en cas d'incapacité du père, l'entretien des enfants incombe à la mère lorsque celle-ci est en mesure d'y pourvoir ». Le père de l'enfant légitime est appelé en premier lieu à prendre en charge l'entretien de l'enfant (Paragraphe 1). Ce n'est qu'à défaut du père que le législateur algérien accorde à la mère de prendre la relève. Elle intervient donc subsidiairement (Paragraphe 2).

§ 1 : La *nafaqa*, un devoir paternel pour l'enfant légitime

434. - Définition. L'obligation d'entretien qui incombe au père à l'égard de son enfant légitime est appelée en arabe classique comme en dialectal algérien « *nafaqa* ». Etymologiquement, la

nafaqa exprime l'idée de « sortir » ou « faire sortir », ou encore « l'idée de dépenser sa fortune au point de se dépouiller de son patrimoine » ; le terme *nafaqa* en arabe n'est pas limité au seul sens pécunier, il peut consister en toute chose⁹³⁰.

435. - Différentes formes de *nafaqa*. En ce sens, le code de la famille algérien dans son article 78 envisage l'entretien de l'enfant légitime sous la forme pécuniaire, mais aussi sous d'autres formes : « l'entretien consiste en la nourriture, l'habillement, les soins médicaux, le logement ou son loyer et tout ce qui est réputé nécessaire au regard de l'usage de la coutume ». L'entretien de l'enfant sous ces différentes formes incombe essentiellement au père pendant le mariage (A) comme après la dissolution du mariage (B).

A. La *nafaqa* incombe principalement au père de l'enfant légitime pendant le mariage

436. - L'opinion des juristes musulmans classiques. Selon les juristes musulmans classiques, le père est tenu de subvenir aux besoins de son enfant légitime, comme Sarahsi l'explique : « étant donné que l'enfant est une partie de son père, il s'impose à ce dernier de subvenir aux besoins du premier comme de subvenir à ses propres besoins »⁹³¹. Le premier à être tenu de subvenir à l'entretien de l'enfant est bien entendu le père, s'il en a les moyens ; il doit subvenir seul à l'entretien de son enfant, sans que jamais la mère ne soit obligée d'apporter sa propre contribution⁹³².

437. - Droit algérien. Pendant le mariage, le code de la famille algérien impose à l'époux de subvenir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage⁹³³, conformément à l'article 74 alinéa 1 qui énonce : « le mari est tenu de subvenir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage... ». En ce qui concerne l'entretien de l'enfant légitime, le père est appelé en première position pour subvenir à l'entretien de son enfant en vertu du même article précédemment cité⁹³⁴. Il apparaît que la *nafaqa* est un effet direct du mariage. Elle pèse sur

⁹³⁰ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 272.

⁹³¹ BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, *et al.*, *La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013, p. 171.

⁹³² LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 99.

⁹³³ Cette règle est inspirée du droit musulman. Selon la doctrine Malikite, l'entretien de la femme n'incombe au mari qu'à compter de la consommation du mariage. A ce propos, Khalil précise que « le mari doit l'entretien lorsque le mariage a été consommé », cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008.

⁹³⁴ Art. 74 Al. 2 du CFA.

l'homme en tant qu'époux et père. L'époux est obligé de fournir les ressources nécessaires afin d'assurer l'entretien de sa femme et de ses enfants. En contrepartie, la femme est enfermée dans les rôles domestiques. De ce fait, la *nafaqa* est liée au modèle patriarcal de la famille⁹³⁵.

438. - Droit comparé. Il en est de même en droit de la famille marocain et en droit de la famille tunisien. Ce devoir n'a pas été aboli par la nouvelle moudawana de la famille marocaine de 2004, ni par le code de statut personnel tunisien : l'homme continue d'entretenir sa femme et ses enfants. Cette règle est réaffirmée par les articles 194 et 198 de la moudawana de la famille marocaine de 2004. En effet, l'article 194 de la Moudawana de la famille marocaine dispose que « l'époux doit pourvoir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage », et l'article 198 énonce que « le père doit pourvoir à l'entretien de ses enfants jusqu'à leur majorité ou jusqu'à vingt-cinq ans révolus pour ceux qui poursuivent leurs études. Dans tous les cas, la fille ne perd son droit à l'entretien que si elle dispose de ressources propres ou lorsque son entretien incombe à son mari. Le père doit continuer à assurer l'entretien de ses enfants handicapés et incapables de se procurer des ressources ». L'article 23 du code de statut personnel tunisien prévoit une règle analogue. Il affirme que « le mari, en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état, dans le cadre des composantes de la pension alimentaire ».

439. - Les nouveaux rapports entre les parents. Comme précédemment expliqué, il est intéressant de souligner que le législateur algérien a été influencé par le principe d'égalité. Ce principe a orienté son choix de faire de la contribution à l'entretien de l'enfant légitime une obligation pour les deux époux. Le principe d'égalité entre les deux époux est renforcé dans le nouveau code de la famille algérien de 2005 par la suppression du devoir d'obéissance⁹³⁶, et son remplacement par l'obligation de contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur saine éducation, ainsi qu'à l'obligation d'une concertation mutuelle dans la gestion des affaires familiales⁹³⁷. Le nouveau code de la famille algérien impose à l'épouse et à l'époux la concertation mutuelle dans la gestion des affaires

⁹³⁵ BUSKENS Léon, « Le droit de la famille au Maroc » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 117.

⁹³⁶ Art. 39 de la loi n°84-11 du 09 juin 1984 portant code de la famille abrogé par l'ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 qui disposait : « l'épouse est tenue de : 1- Obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille, etc. ».

⁹³⁷ Art. 36 Al. 3 et 4 du CFA.

familiales⁹³⁸ : cette modification est un symbole fort de la conception de ce que doivent être les relations au sein du couple⁹³⁹. De ce fait, les deux conjoints assurent conjointement la direction la famille et partagent ensemble la responsabilité des affaires familiales, y compris la responsabilité de la prise en charge matérielle de leurs enfants.

440. - Le droit de la famille algérien loin d'un système parfaitement égalitaire. Malgré cette avancée juridique, le droit algérien reste encore loin d'un système parfaitement égalitaire selon lequel chacun des conjoints participerait de manière égalitaire selon ses ressources à l'entretien des enfants. Le législateur algérien n'a pas abrogé les dispositions qui donnent le monopole à l'homme d'entretenir son épouse et ses enfants. En d'autres termes, bien que le père ait perdu la qualité de « chef de la famille », il a toujours l'obligation de subvenir à l'entretien de son épouse et de ses enfants. La même remarque peut être faite pour le législateur marocain : par son article 51 al. 3 selon lequel « la prise en charge, par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants », la moudawana de la famille marocaine impose à l'épouse de prendre en charge avec son conjoint la responsabilité de la gestion du foyer familial et des enfants, mais elle n'a pas modifié les articles qui imposent à l'homme d'entretenir sa femme et ses enfants⁹⁴⁰. Mariam Monjid estime qu'« il s'agit d'un principe traditionnel du droit musulman, le législateur ne peut que le maintenir vu le statut social et économique de la femme marocaine. L'accès à l'indépendance financière est parfois illusoire pour certaines femmes et le mariage reste encore pour elles une voie de sauvetage efficace⁹⁴¹.

441. - Les conséquences. Ces dispositions créent une situation qui n'est pas équitable, car elles rendent possibles quelques abus : il y a des épouses qui contribuent activement à la gestion des affaires familiales et subviennent aux besoins des enfants comme leurs époux, et quelques fois plus que leurs conjoints. Elles sont considérées, comme explique Bahieh Agahi-Alaoui, « la roue de secours de la famille et appelées à contribuer accessoirement aux charges familiales [...] en cas de crise financière du mari »⁹⁴². Quant aux maris, cette situation est injuste pour eux car certaines épouses exercent une profession rémunérée mais n'ont pas sur le plan légal l'obligation de contribuer aux charges de la famille et des enfants. Le mari ne peut pas recourir à la justice afin

⁹³⁸ Art. 36 Al. 4 du CFA.

⁹³⁹ AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 224.

⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 225.

⁹⁴¹ MONJID Mariam, « Les apports de la réforme du droit marocain de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, 2009, p. 53.

⁹⁴² AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 233.

d'obliger son épouse à participer par ses revenus à l'entretien de leurs enfants et aux charges de famille pour deux raisons : d'une part, il n'y a aucun article de loi qui permet à l'époux de recourir à la justice afin que son épouse participe aux charges de la famille, et d'autres parts le poids de la tradition et de la coutume empêche l'époux d'entamer une procédure de justice afin obliger son épouse à contribuer à la gestion des affaires familiales et subvenir aux besoins des enfants.

Cette situation nécessite une modification globale des articles 74, 75, et 76 du code de la famille algérien afin que soit mise en place une loi qui reflète la situation réelle de la société et de la famille algérienne, complémentaire de l'article 36 du code de la famille algérien qui s'engage dans un esprit égalitaire.

B. La *nafaqa* de l'enfant légitime maintenue à la charge du père après le divorce

442. - L'entretien de l'enfant, une obligation due au père après le divorce. Baudry-Lacantinerie expliquait que « le divorce dissout le mariage, c'est là son effet principal. Il donne aux époux un état civil nouveau. Il produit aussi, par voie de conséquence, certains effets accessoires, puisque bien que rompant le lien qui unissait les époux l'un à l'autre, le divorce ne rompt pas le lien qui les unit à leurs enfants. Les époux divorcés conservent donc par rapport à leurs enfants leurs titres de père et mère légitimes, et aussi en principe les droits et les obligations attachés à ces titres »⁹⁴³. Selon un auteur algérien cela signifie que, tant durant le mariage qu'après sa dissolution, le père est tenu de subvenir aux besoins de ses enfants, sauf si ces derniers ont des ressources propres⁹⁴⁴.

443. - L'impossibilité de la mère de renoncer à la *nafaqa* de l'enfant par son père. L'entretien de l'enfant est un droit de l'enfant à l'égard de son père auquel la mère ne peut renoncer. Elle peut renoncer à ses propres droits, non aux droits de l'enfant. Une décision de la Cour suprême datée du 11 avril 2007 a d'ailleurs affirmé que « le désistement de la mère de tous ses droits découlant du jugement de divorce n'englobe pas les droits des enfants gardés de bénéficier d'un logement décent ou à défaut de son loyer »⁹⁴⁵.

⁹⁴³ GIUGLARI Aude, *La puissance paternelle de la mère sur les enfants légitimes dans le code civil (1804-1970)*, thèse de doctorat, droit, Université Côte d'Azur, 2018, p. 402.

⁹⁴⁴ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007.

⁹⁴⁵ Cour suprême, 11.04.2007, dossier n° 384529, cité dans ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013, p. 33.

444. - L'impossibilité du père de se libérer de l'obligation d'entretien de l'enfant. De surcroît, le père ne peut se libérer de son obligation d'entretenir l'enfant en justifiant que les conditions de vie de la mère, et notamment les conditions de vie matérielles, sont confortables. Selon l'article 76 du code de la famille algérien, le père peut être défait de cette obligation en cas d'incapacité, c'est-à-dire lorsqu'il est dans l'impossibilité d'assurer cette charge, par exemple à cause d'une maladie qui l'empêche de travailler, ou s'il a perdu son travail, etc. Il faut souligner que le père doit donner au juge la preuve de son incapacité afin de se décharger de cette obligation à l'égard de son enfant. Dans une affaire qu'elle a jugée le 16 mars 1999, la Cour suprême rejette les attestations délivrées par les services de la commune qui faisaient état que le père se déclarait démuné matériellement, de tels documents ne constituant pas une preuve suffisante⁹⁴⁶. Dans le cas où le père rapporte au juge une preuve tangible de son incapacité, et que le juge l'accepte, la *nafaqa* de l'enfant pèsera sur la mère.

445. - La cessation de la *nafaqa*. A un moment donné, la *nafaqa* de l'enfant prend bien évidemment fin. L'article 75 alinéa 3 du Code de la famille algérien énonce clairement que : « Pour les enfants mâles, l'entretien est dû jusqu'à leur majorité, pour les filles jusqu'à la consommation du mariage ». Il s'avère que cette disposition est incohérente avec le principe d'égalité entre les garçons et les filles retenu par l'article 40 du code civil algérien qui dispose que « toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils ». D'après l'article 40, la fille à sa majorité pourrait subvenir à ses besoins comme le garçon à sa majorité. De ce fait, alinéa 3 de l'article 75 devrait être abrogé et remplacé par la stipulation que « l'entretien de l'enfant (fille ou garçon) est dû jusqu'à sa majorité ». Il faut souligner que cette règle est largement inspirée du droit musulman. Selon les juristes musulmans classiques, l'obligation d'entretien des filles continue jusqu'à leur mariage, et pour ce qui est des garçons, jusqu'à ce qu'ils soient en âge de travailler et de gagner leur vie⁹⁴⁷.

Cette règle reflète la réalité sociale présidant à l'époque des *fouqaha*, mais elle ne reflète plus celle présidant à la nôtre. Le législateur algérien devrait prendre en considération l'évolution importante dans les dernières décennies de la société algérienne, et comprendre que les filles aujourd'hui font des études, qu'elles sont actives professionnellement et en capacités de

⁹⁴⁶ Cour suprême, 16.03.1999, dossier n° 216886, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 270.

⁹⁴⁷ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 99.

percevoir leurs gains et salaires. De ce fait, elles sont en mesure de subvenir seules à leurs propres besoins et à ceux de leurs enfants.

Encore une fois, la législation algérienne s'éloigne des principes de l'égalité entre les filles et les garçons, comme il a déjà été constaté sur dans le cadre de la *hadana*.

446. - Droit marocain. Sur ce point, à l'inverse du législateur algérien, le législateur marocain est en conformité avec l'évolution de la société marocaine. La *moudawana* de la famille marocaine énonce en effet que le père doit subvenir aux besoins de ses enfants (fille et garçon) jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la majorité légale selon son article 198 al 1 qui dispose que « le père doit pourvoir à l'entretien de ses enfants jusqu'à leur majorité ou jusqu'à vingt-cinq ans révolus pour ceux qui poursuivent leurs études ». Il précise également que cette obligation d'entretien cesse à partir du moment où la fille est en mesure de subvenir seul à ses propres besoins ou que son entretien incombe à son époux selon l'article 198 al 2 de la *moudawana* de la famille marocaine qui énonce que « dans tous les cas, la fille ne perd son droit à l'entretien que si elle dispose de ressources propres ou lorsque son entretien incombe à son mari ».

447. - La prolongation de la *nafaqa* selon les juristes musulmans classiques. De surcroit, les juristes musulmans classiques admettent que les enfants pubères peuvent être pris en charge par leur père dans des cas exceptionnels : lorsque le fils pubère est atteint d'une infirmité mentale ou physique qui le rend inapte à se livrer à une activité lucrative, lorsque la fille pubère n'est pas encore mariée ou lorsque, après avoir été mariée, elle a été répudiée par son époux et est retombée de ce fait à la charge de son père. De surcroit, de nombreux juristes musulmans classiques incluent dans la *nafaqa* les frais d'études des enfants même pubères⁹⁴⁸.

448. - La prolongation de la *nafaqa* selon le code de la famille algérien. Le code de la famille algérien a une approche similaire en ce qui concerne la prolongation de la *nafaqa*. L'article 75 du code de la famille algérien énonce dans ce sens que « le père 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 ». Le législateur algérien ne limite pas dans le temps les obligations qu'il met à la charge du père. Il renforce les droits de l'enfant à bénéficier de la *nafaqa* parce qu'il est dans le besoin, et tant que l'enfant n'est pas à même de subvenir à ses propres besoins, l'obligation du père demeure.

⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 99-100.

449. - Le juge des référés. Par ailleurs, afin de garantir au mieux les droits de l'épouse et des enfants tant pendant l'instance en divorce qu'après le prononcé de la dissolution du mariage, un mécanisme est mis en place par la loi⁹⁴⁹. Le juge peut statuer en référé par ordonnance sur requête sur toutes les mesures provisoires, notamment celles relatives à la *nafaqa*⁹⁵⁰.

450. - L'évaluation des charges. Pour l'évaluation des charges inhérentes aux besoins précités pour la *nafaqa* des enfants, le juge algérien des affaires familiales se fonde sur le nombre d'enfant et sur les revenus du père, au contraire du juge marocain qui est tenu par référence à une moyenne des revenus de la personne astreinte à la pension alimentaire et de la situation de celle qui y a droit, du coût de vie, et des usages et coutumes dans le milieu social de la personne ayant droit à la pension alimentaire⁹⁵¹.

451. - Les allocations familiales. En ce qui concerne l'inclusion des allocations familiales dans la *nafaqa* en Algérie, il y a certaines divergences dans les décisions des magistrats algériens. Certains magistrats dans leurs décisions considèrent les allocations familiales comme faisant partie de la *nafaqa*⁹⁵². En revanche, dans une affaire qu'elle a jugée le 13 juillet 1993, la Cour suprême reproche aux juges du fond une mauvaise application de la *Chari'a* et de l'article 75 du Code de la famille lorsqu'ils ont statué pour l'intégration des allocations familiales dans la *nafaqa* ; la Cour suprême explique en effet que : « ces allocations ne peuvent être versées aux enfants sous forme d'aide, alors que la *nafaqa* est une obligation pour le père »⁹⁵³.

452. - La garantie d'un logement. Par ailleurs, après le prononcé du divorce, le père doit garantir un logement décent pour l'enfant objet de la garde, conformément à l'article 72 du Code de la famille algérien qui dispose qu'« en cas de divorce, il incombe au père d'assurer, pour l'exercice de la garde, à la bénéficiaire du droit de garde, un logement décent ou à défaut son

⁹⁴⁹ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 97-137.

⁹⁵⁰ L'Art. 57 bis du CFA dispose que « le juge peut statuer en référé par ordonnance sur toutes les mesures provisoires, notamment celles relatives à la pension alimentaire, au droit de garde, au droit de visite, au logement ».

⁹⁵¹ BEN HOUNET Yazid et RUPERT Nouri, « L'application du droit de la famille au Maroc : Du « genre » et de la parentalité » [en ligne], *L'Année du Maghreb*, 2018.

⁹⁵² Cour suprême, 22.12.1992, dossier 88464 et cour suprême, 16.11.1999, dossier 231543, cités par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 272.

⁹⁵³ Cour suprême, 13.07.1993, dossier 90277, cités par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 273.

loyer ». En plus, conformément au même article, l'ex-épouse ayant la garde des enfants « est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement ». Cette disposition met fin à la procédure prévue par les alinéas 2 et 3 de l'ancien article 52 du code de la famille algérien⁹⁵⁴.

L'article 52 de l'ancien code de la famille de 1984 n'accordait pas aux enfants le droit au logement ; le logement n'était pas un droit acquis pour les enfants, pas plus qu'il ne constituait une obligation mise de plein droit à la charge du père. Ce dernier ne devait que se substituer aux parents de la mère, le père n'intervenait qu'en seconde position après que la femme ait prouvé, soit qu'elle n'a pas de parents, soit que ces derniers refusent de la loger avec ses enfants : le père suppléait à la carence des grands-parents maternels de l'enfant. Le père n'apparaissait pas comme le débiteur principal de l'obligation d'assurer le logement. Il convient de souligner que la crise du logement que connaît l'Algérie, conjuguée aux facilités accordées au père par l'article 52 du code de la famille algérien, a jeté dans la rue un grand nombre de femmes divorcées avec leurs enfants.

Depuis la promulgation du Code de la famille algérien de 1984, les femmes ne cessaient de réclamer la révision de cet article, en vain : leurs revendications se heurtaient à un mur de silence. Aujourd'hui, cet article a finalement été remis en cause, l'ordonnance du 27 février 2005 a érigé un statut spécial au logement familial qui sera affecté à la famille malgré la crise⁹⁵⁵.

Désormais, l'attribution du domicile conjugal fait l'objet de l'article 72 nouveau qui impose au mari d'assurer un logement décent à la bénéficiaire de la garde des enfants, ou à défaut de payer le loyer⁹⁵⁶. Les changements apportés par l'ordonnance du 27 février 2005 sur cette question sont certainement positifs⁹⁵⁷, car le législateur algérien a pris en considération l'intérêt de l'enfant.

453. - Inexécution de l'obligation d'entretien à l'égard de l'enfant légitime. L'obligation d'entretien est l'une des obligations juridiques que la loi sanctionne tout particulièrement⁹⁵⁸ car

⁹⁵⁴ L'Art. 52 Al. 2 et 3 de l'Anc. CFA énonce : « Si le droit de garde lui est dévolu et qu'elle n'a pas de tuteur qui accepte de l'accueillir, il lui est assuré, ainsi qu'à ses enfants, le droit au logement selon les possibilités du mari. Est exclu de la décision, le domicile conjugal s'il est unique ».

⁹⁵⁵ SAIDI Kamel, « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2006, p. 119-152.

⁹⁵⁶ *Ibid.*

⁹⁵⁷ MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2007, p. 97-137.

⁹⁵⁸ SAARIO Vieno Voitto, *La condition de la mère célibataire en droit et dans la pratique, rapport du Secrétaire général des Nations Unies*, Nations Unies, 1971, p. 46.

elle a un caractère urgent et ne peut supporter de retard dans le paiement⁹⁵⁹. La mère de l'enfant légitime peut saisir le juge afin que le père verse cette pension. Pour ce faire, la mère doit fournir au juge la preuve que le père n'a pas respecté son obligation d'entretien de l'enfant. En l'absence de preuve, le juge peut recourir à la procédure du serment conformément au droit musulman. Une décision de la Cour suprême datée du 9 janvier 1984 affirme : « en l'absence de preuve que le père s'est acquitté de son obligation envers ses enfants, la Cour devait, conformément aux règles de la *Chari'a* exiger qu'il prête serment »⁹⁶⁰. Quand la preuve est dans les mains du juge, ce dernier rendra une décision obligeant le père à payer sa dette.

Il faut noter que dans certains cas, l'inexécution de l'obligation d'entretien peut donner lieu à des sanctions pénales, qui peuvent consister en une peine privative de liberté dont la durée ne dépasse pas trois ans. Cette privation de liberté peut-être appliquée en vertu de l'article 331 du Code pénal algérien qui dispose qu'«est punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 500 à 5000DA, toute personne qui, au mépris d'une décision de justice rendue contre elle ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement l'ayant condamnée à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses ascendants, à ses descendants, est volontairement demeurée plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides déterminés par le juge ni acquitter le montant intégral de la pension. Le défaut de paiement est présumé volontaire, sauf preuve contraire. L'insolvabilité qui résulte de l'inconduite habituelle, de la paresse ou de l'ivrognerie, n'est en aucun cas un motif d'excuse valable pour le débiteur ». Cependant, le père peut éviter l'incarcération dans la mesure où il règle la totalité de la dette au cours des audiences. De la sorte, la condamnation que prononcera le juge à la dernière audience, sera une condamnation de principe, sauf si le père fait défaut sans motif valable. En ce cas, le juge prononcera la peine d'emprisonnement, elle sera ferme, et accompagnée d'un mandat d'arrêt⁹⁶¹.

§ 2 : L'entretien de l'enfant, une obligation de la mère à défaut du père

454. - Suppléants au père dans l'entretien de l'enfant. Comme il a été déjà évoqué précédemment, l'entretien de l'enfant incombe principalement au père. L'épouse, par contre, ne

⁹⁵⁹ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 283.

⁹⁶⁰ Cour suprême, 09.01.1984, dossier n° 32158, cité par HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 283.

⁹⁶¹ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 284.

peut être forcée de soutenir financièrement son époux. Si le père est dans l'incapacité de subvenir aux besoins de son enfant alors que la mère est en mesure de le faire, il lui revient d'assurer la *nafaqa* (A). Dans le cas où la mère n'est pas en mesure d'assurer l'entretien de son enfant. Cette obligation peut être assumée par la famille élargie ou par l'État (B).

A. L'obligation subsidiaire de la mère mariée d'assurer la *nafaqa* de l'enfant

455. - L'opinion des savants musulmans. En droit musulman, la *nafaqa* de l'enfant légitime n'incombe pas à la mère comme au père. La mère ne doit y participer ni au même titre que le père, ni dans la même mesure⁹⁶². Selon Khalil « C'est le père qui doit assurer l'éducation et l'entretien des enfants »⁹⁶³, et dans le cas où le père est sans ressources, c'est au *bait al-mal* (trésor public) qu'il faut s'adresser⁹⁶⁴. De ce fait, la mère a un rôle effacé dans la prise en charge de son enfant légitime pour les malékites.

Mais d'après les juristes hanafites, la mère joue un rôle de suppléante : c'est le père seul qui a l'obligation d'entretenir ses enfants sans ressources, mais dans le cas où il est pauvre ou atteint d'une infirmité qui le met dans l'impossibilité de s'acquitter de ses obligations, c'est à la mère avant tout autre parent, qu'il appartient de pourvoir à l'entretien de ses enfants sans ressources.

456. - Droit de la famille algérien. L'article 76 du Code de la famille algérien reflète clairement la doctrine hanafite, car il dispose qu'« en cas d'incapacité du père, l'entretien des enfants incombe à la mère lorsque celle-ci est en mesure d'y pourvoir ». Il faut entendre par là que si le père est dans l'incapacité d'assurer cette obligation, l'entretien des enfants légitimes peut être assuré par la mère si cette dernière en a les moyens. C'est ce que la Cour suprême a affirmé aussi dans une affaire qu'elle a jugé le 9 mai 2007 : « l'entretien des enfants qui incombe à la mère ne se transmet pas au grand-père tant qu'elle est en mesure d'y pourvoir »⁹⁶⁵.

Il convient de souligner que, malgré les nouvelles réformes du Code de la famille algérien, l'obligation d'entretien reste liée au modèle patriarcal de la famille. Ce devoir n'a pas été aboli par les réformes du code de la famille algérien de 2005. Le rôle de la mère mariée à l'égard de son enfant légitime reste amoindri comme l'explique Agahi-Alaoui : « elle est considérée comme la

⁹⁶² MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 432.

⁹⁶³ *loc. cit.*

⁹⁶⁴ *loc. cit.*

⁹⁶⁵ Cour suprême 09. 05.2007, dossier n°390381, cité dans ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013, p. 35.

roue de secours de la famille et appelée à contribuer accessoirement aux charges familiales seulement en cas de crise financière du mari »⁹⁶⁶.

Il est évident que cet article ne reflète pas la réalité actuelle en Algérie. La réalité sociologique est fort différente, car la mère joue un rôle prépondérant dans la prise en charge de l'enfant et dans son éducation. Elle accomplit seule la plupart des actes de la vie courante. Aujourd'hui, la femme algérienne conquiert des domaines réservés depuis des siècles aux hommes, et dans divers cas elle se hausse à égalité avec lui.

Le rôle subsidiaire de la mère mariée en droit algérien s'apparente au rôle de la mère mariée à l'égard de son enfant légitime dans l'ancien droit français : la femme mariée n'était obligée de pouvoir aux besoins alimentaires que de manière subsidiaire, l'obligation incombait en premier lieu au mari. La différence entre le droit algérien et le droit français est que ce dernier a évolué progressivement en accordant à la femme mariée les mêmes droits que son mari à prendre en charge l'enfant légitime. En 1970 le législateur français a consacré l'égalité de l'homme et de la femme. Il est intervenu pour atténuer les différences fondées sur le sexe dans la filiation. De ce fait, le mari a cessé d'être considéré comme le chef de famille⁹⁶⁷. L'obligation alimentaire de la mère mariée envers ses enfants demeure aujourd'hui en droit français égale à celle de son mari, contrairement au droit algérien qui reconnaît difficilement la pleine capacité de la mère mariée à entretenir son enfant légitime.

457. - Comité des droits de l'enfant. Le Comité des droits de l'enfant est préoccupé par le fait que la loi algérienne ne reconnaît pas les mêmes responsabilités au père et à la mère, la mère étant exonérée de l'obligation d'entretien. Le Comité des droits de l'enfant recommande à l'Etat algérien de réexaminer et de modifier les dispositions discriminatoires contenues dans le Code de la Famille Algérien⁹⁶⁸.

B. Autres suppléants

458. - Le rôle du tiers. Comme il a été déjà évoqué, la charge d'entretien de l'enfant légitime revient en premier lieu au père et en deuxième position à la mère. Lorsque les parents ne peuvent pas assumer l'obligation d'entretien, certains membres de la famille peuvent, à titre subsidiaire, assurer l'entretien de l'enfant (1). Dans le cas où les parents ne peuvent pas assumer l'entretien

⁹⁶⁶ AGAHI-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 233.

⁹⁶⁷ TEREL Julie, *Les figures de la maternité*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux, 2016, p. 50.

⁹⁶⁸ CRC/C/SR.1714 et 1715, 8 juin 2012 (Algérie)

de l'enfant, et où aucun membre de la famille ne peut se substituer à eux, les parents font appel à l'aide de l'Etat (2).

1) Obligation d'entretien incombant à d'autres membres de la famille

459. - L'article 77 du code de la famille algérien. En vertu de l'article 77 du Code de la famille algérien : « l'entretien des ascendants incombe aux descendants et vice-versa, selon les possibilités, les besoins et le degré de parenté dans l'ordre successoral ». Quand les père et mère sont dans l'incapacité de subvenir aux besoins de leurs enfants, à cause par exemple d'un manque de ressource, ou d'une maladie grave, ou lorsqu'ils sont décédés, la *nafaqa* des enfants incombe à leurs grands-parents paternels et maternels puis, en l'absence de grands-parents, ou si ces derniers sont sans ressources, l'obligation d'entretien de l'enfant sera à la charge d'autres aïeuls appelés à la succession.

Cette disposition est inspirée de la doctrine hanbalite. Cette dernière associe étroitement la *nafaqa* à la vocation successorale, association qu'elle résume dans cette règle : « si l'enfant n'a pas de père, on impose son entretien à ses héritiers en proportion de leurs droits héréditaires »⁹⁶⁹.

Il faut noter que le législateur algérien, dans cette question, s'est éloigné de l'enseignement de l'école malékite. Car, en effet, la doctrine malékite limite la *nafaqa* aux rapports de père à fils et filles⁹⁷⁰. De ce fait, suivant la doctrine malékite, il ne pourrait être question pour les enfants de s'adresser en l'occurrence aux grands-parents.

La Cour suprême exprime implicitement, dans un arrêt déjà cité⁹⁷¹, que ce n'est qu'en cas d'incapacité matérielle de la mère à subvenir aux besoins de ses enfants que la *nafaqa* peut alors éventuellement être transférée aux grands parents : « l'entretien des enfants qui incombe à la mère ne se transmet pas au grand-père tant qu'elle est en mesure d'y pourvoir ».

2) Le rôle de l'État

460. - Le droit algérien en conformité avec l'article 27 de la Convention internationale des droits de l'enfant. Comme précédemment souligné, la Convention internationale des droits de l'enfant consacre son article 27 à l'obligation d'entretien. Ce dernier prévoit que ce droit fait peser des obligations sur l'État. Les États parties de la Convention internationale des droits de l'enfant

⁹⁶⁹ LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton & CO, 1973, p. 104.

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ Cour suprême 09. 05.2007, dossier n°390381, cité dans ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013, p. 35.

ont l'obligation d'adopter les mesures appropriées pour aider les parents à satisfaire ce droit de l'enfant. Cette aide peut revêtir la forme d'une assistance matérielle et de programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement, le logement, et la santé⁹⁷².

Le droit algérien est en parfaite conformité avec l'article 27 de la Convention internationale des droits de l'enfant. L'article 5 alinéa 3 de la loi relative à la protection de l'enfant énonce que « l'État fournit l'aide matérielle nécessaire pour garantir à l'enfant le droit à la protection et à la sauvegarde ». Ce même article prévoit dans son alinéa 4 que « les collectivités locales peuvent contribuer à l'aide à l'enfance conformément à la législation en vigueur ».

461. - Ministère de la Solidarité Nationale et de la Famille. Le Ministère de la Solidarité Nationale et de la Famille a mis en place plusieurs programmes afin que l'enfant bénéficie d'un niveau de vie suffisant, et de lui assurer un minimum pour vivre dans des conditions décentes, mais également de lui permettre un bon développement physique, mental, spirituel, moral et social. Il a mis en place un fond destiné à financer la pension alimentaire, afin de protéger les droits de l'enfant en cas de divorce de ses parents, notamment si la mère divorcée est en difficulté sociale, ceci afin de garantir à l'enfant une vie décente et digne. Ce fond de financement de la pension alimentaire créé par une loi du 4 janvier 2015 prévoit en cas de carence du père ou de l'ex-époux qu'une pension alimentaire soit allouée aux enfants ou à la femme divorcée en raison du refus du père de payer, de son incapacité à le faire ou de la méconnaissance de son lieu de résidence, constatée par procès-verbal d'huissier de justice⁹⁷³.

⁹⁷² GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe, MAUMONT Bertrand, *et al.*, « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *Revue Droit de la famille*, novembre 2009, p. 45.

⁹⁷³ L'Art. 2 de la loi n° 15-01 du 13 Rabie El Aouel 1436 correspondant au 4 janvier 2015 portant création d'un fonds de la pension alimentaire prévoit les dispositions suivantes :« Il est entendu au sens de la présente loi par les termes suivants :

Pension alimentaire : la pension alimentaire fixée par jugement conformément aux dispositions du code de la famille, au profit d'un ou plusieurs enfants sur lesquels s'exerce le droit de garde, après le divorce de leurs parents,

Elle comprend également la pension alimentaire octroyée, à titre provisoire, au profit d'un ou plusieurs enfants, lorsqu'une action en divorce a été introduite ainsi que la pension alimentaire octroyée à la femme divorcée

Redevances financières : le montant versé par le fonds de la pension alimentaire au créancier de cette dernière, qui est égal au montant de la pension alimentaire telle que définie ci-dessus,

Bénéficiaire ou créancier de la pension alimentaire : l'enfant ou les enfants sur lesquels s'exerce le droit de garde, représentés par la femme exerçant le droit de garde, au sens du code de la famille. Il comprend également la femme divorcée à qui une pension alimentaire été octroyée par jugement

Débiteur de la pension alimentaire : le père de l'enfant ou des enfants sur lesquels s'exerce le droit de garde ou l'ex-époux

L'article 3 de la même loi énonce que « les redevances financières sont versées au bénéficiaire, en cas de non-exécution totale ou partielle de l'ordonnance ou du jugement fixant la pension alimentaire, en raison du refus du débiteur de payer, de son incapacité de le faire ou de la méconnaissance de son lieu de résidence. La non-exécution est établie par un procès-verbal dressé par un huissier de justice ».

De surcroît, le décret exécutif n°96-353 du 19 octobre 1996, complétant le décret n°94-336 du 24 octobre 1994, relatif à l'octroi d'une compensation de réseau social (AFS-IAIG) organise l'allocation forfaitaire de solidarité (AFS). Cette dernière est une aide directe destinée aux catégories de population inaptées au travail, qui ne sont pas en mesure de bénéficier des opportunités génératrices de revenus, induites par la relance de la croissance économique et par les dispositifs de promotion de l'emploi⁹⁷⁴. Les catégories éligibles sont : les chefs de familles sans revenu, la femme chef de famille sans revenu quel que soit son âge, les familles ayant à charge une ou plusieurs personnes handicapées âgées de moins de 18 ans ne disposant d'aucune ressource et en possession d'une carte d'handicapé, etc.⁹⁷⁵

Section 2 : La *nafaqa* de l'enfant né hors mariage

462. - La différence de traitement entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime en matière de *nafaqa*. La situation de l'enfant né hors mariage est remarquablement différente de celle de l'enfant né dans le mariage. Car si la *nafaqa* incombe principalement au père à l'égard de l'enfant né dans le mariage, le rôle du père de l'enfant né hors mariage dans l'entretien de son enfant est inexistant (paragraphe 1). De ce fait, la *nafaqa* de l'enfant né hors mariage incombe exclusivement à la mère (paragraphe 2).

§ 1 : L'absence du père

463. - Exclusion du père dans l'entretien de l'enfant illégitime. Alors que le code de la famille algérien envisage expressément la question de la *nafaqa* pour l'enfant né dans le mariage, aucune

La déchéance du bénéfice des redevances financières : la déchéance du droit de garde ou sa cessation conformément aux dispositions du code de la famille ou la justification du paiement de la pension alimentaire par son débiteur.

Services compétents : services de la *wilaya*, chargés de l'action sociale, relevant du ministère chargé de la solidarité nationale

Juge compétent : le magistrat président de la section des affaires familiales territorialement compétent ».

⁹⁷⁴ DIVERS et al., Site du Ministère de la solidarité nationale et de la Famille algérien [en ligne].

⁹⁷⁵ *Ibid.*

disposition ne fait référence à cette obligation concernant l'enfant né en dehors du mariage. L'attitude du législateur algérien face à l'enfant né hors mariage est hostile. Issu d'une union illégitime, l'enfant est privé de son droit d'être pris en charge par son père (A). En la matière, le législateur tunisien, à la différence du législateur algérien, rompt avec les principes du droit musulman classique : l'enfant né hors mariage jouit depuis l'entrée en application de la loi du 28 octobre 1998 d'un statut qu'il ne connaissait pas avant cette loi. Cette loi permet d'établir la filiation paternelle en dehors de toute relation conjugale. De ce fait, cette filiation produit les mêmes effets que la filiation légitime et le père a l'obligation en droit tunisien d'entretenir son enfant illégitime (B).

A. Exclusion de l'enfant né hors mariage du bénéfice de la *nafaqa* à l'égard de son père en droit algérien

464. - Jurisprudence. En droit algérien, l'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère ne bénéficie pas du droit de la *nafaqa*. Dans une affaire qu'elle a jugée le 7 février 1987, la Cour suprême algérienne confirme en ces termes : « l'entretien n'est dû qu'à l'égard des enfants issus d'un mariage valide, qu'en espèce, il ne s'agit pas d'un enfant légitime ». Elle accepte, en l'espèce, le pourvoi en cassation du demandeur qui reproche à l'arrêt de la Cour d'Oran d'avoir violé les règles du droit musulman en mettant à sa charge l'obligation de verser une pension alimentaire à l'enfant, alors que la filiation de ce dernier n'était pas établie, ni même le mariage du père avec la mère de l'enfant⁹⁷⁶. Cette décision rappelle ce qui a été souligné précédemment, à savoir qu'en droit algérien l'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère ne bénéficie d'aucun des droits reconnus à l'enfant légitime issu d'un mariage régulier entre le père et la mère, notamment le droit à ce que son entretien soit assuré par son père pendant le mariage de ses parents ou après leur divorce.

Il faut noter qu'en droit de la famille marocain, l'enfant né hors mariage est également exclu du bénéfice de la *nafaqa* à l'égard du père. L'obligation d'entretien de l'enfant ne fait pas naître la responsabilité d'entretenir l'enfant né en dehors du cadre du mariage par son père biologique.

Toutefois, l'exclusion faite au père de prendre en charge son enfant né hors mariage expose l'enfant à des difficultés, et risque de mettre en péril l'intérêt de l'enfant. Comme le souligne M. Al Khamlichi, « le père commet le délit de la fornication et la loi punit l'enfant en le privant de tous

⁹⁷⁶ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, p. 271.

ses droits »⁹⁷⁷. De ce fait, libérer le père de ses responsabilités et de tout devoir à l'égard de son enfant né hors mariage peut être source de véritables problèmes sociaux et humains⁹⁷⁸. En d'autres termes, l'enfant né hors mariage peut être exposé à la délinquance, à la prostitution, ou à la criminalité.

465. - Les cas exceptionnels permettant au père de prendre en charge l'enfant illégitime. Le père de l'enfant né hors mariage peut prendre en charge son enfant, quand la filiation paternelle est établie à l'égard de l'enfant, en s'appuyant sur les subterfuges juridiques qui ont été précédemment évoqués. À ce moment, la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage produit les mêmes effets que la filiation légitime. L'enfant né hors mariage bénéficie alors de la prise en charge alimentaire à l'égard de son père.

A l'avenir, il est nécessaire que le législateur algérien veille à réparer le tort longtemps fait aux enfants illégitimes en normalisant l'établissement de leur filiation, car cette dernière est le support juridique des droits revenant à l'enfant illégitime. Autrement dit, le législateur algérien doit adopter des réformes qui facilitent le rattachement de l'enfant né hors du mariage à son géniteur afin qu'il bénéficie de son droit d'entretien par son père biologique.

Dans cet objectif, le législateur algérien pourrait envisager de s'inspirer de la législation française qui prévoit la possibilité pour l'enfant né hors mariage et resté sans filiation paternelle de demander le paiement de subsides à l'homme qui a eu des relations sexuelles avec sa mère durant sa période de conception. Ceci s'apparente à une action en responsabilité envers un homme qui a pris le risque d'avoir des relations charnelles pendant cette période de conception et qui suite à cette action à fin de subsides est tenu de participer à la charge de l'enfant dont il pourrait être le père.

B. La *nafaqa* de l'enfant né hors mariage en droit tunisien

466. - Le droit de l'enfant illégitime à la *nafaqa*. Si la législation algérienne libère le père biologique de l'enfant né hors le cadre du mariage de sa responsabilité de subvenir aux besoins de son enfant, il en va autrement dans la législation tunisienne. Le législateur tunisien a accordé une place à la filiation paternelle naturelle. Il a préféré affilier l'enfant né hors mariage à son père biologique, quel que soit son statut. En conséquence, la *nafaqa* de l'enfant né hors mariage est

⁹⁷⁷ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 145.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 144.

clairement prévue par la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue⁹⁷⁹. L'établissement de la filiation paternelle naturelle permet, aux termes de l'article 3 bis alinéa 3 de cette loi, à l'enfant d'avoir droit à la pension alimentaire⁹⁸⁰. De ce fait, le père biologique est astreint à fournir la nourriture, l'habillement, les soins médicaux, et tout ce qui est considéré comme nécessaire à l'existence selon l'usage⁹⁸¹.

467. - L'entretien de l'enfant illégitime, une obligation due par le père biologique. Le père biologique doit subvenir aux besoins de son enfant né hors mariage jusqu'à ce que ce dernier ait atteint l'âge de majorité ou, au-delà de cette majorité, jusqu'à la fin de ses études, à condition qu'il ne dépasse pas l'âge de 25 ans. La fille continue à avoir droit aux aliments tant qu'elle ne dispose pas de ressources ou qu'elle n'est pas à la charge d'un mari⁹⁸².

Le législateur tunisien a mis en place plusieurs mécanismes permettent de garantir le droit de l'enfant à la pension alimentaire⁹⁸³. C'est ainsi que l'article 3 bis alinéa 4 affirme que « la responsabilité du père et de la mère demeure engagée à l'égard de l'enfant et des tiers, durant toute la période légale, pour tout ce qui concerne les règles de la responsabilité, et ce, conformément à la loi ». Ainsi, l'article 53 bis du code de statut personnel tunisien, qui stipule que « quiconque, condamné à payer la pension alimentaire (...) [qui] sera volontairement demeuré un mois sans s'acquitter de ce qui a été prononcé à son encontre, est puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100 à 1000 dinars », institue une sanction pénale à l'encontre du débiteur qui ne s'acquitte pas de sa dette après y avoir été condamné.

⁹⁷⁹ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 186.

⁹⁸⁰ L'Art. 3 bis Al. 3 de la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue dispose que « l'enfant dont la paternité est établie, a droit à la pension alimentaire et au droit de regard dont la tutelle et la garde, et ce, jusqu'à l'âge de la majorité et au-delà de la majorité dans les cas déterminés par la loi ».

⁹⁸¹ Art. 53 du CSPT.

⁹⁸² Art. 3 bis Al. 3 et Art. 46 du CSPT.

⁹⁸³ BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruylant, 2012, p. 186.

§ 2 : La *nafaqa* de l'enfant né hors mariage : un devoir exclusif à l'égard de la mère

468. - La mère de l'enfant né hors mariage joue un rôle important dans l'entretien de son enfant lorsqu'elle décide de le garder (A). Le statut de la mère non mariée est alors analogue à celui du père d'un enfant né dans le mariage et diffère fondamentalement du rôle de la mère mariée, cette dernière n'ayant qu'un rôle subsidiaire comme il a été souligné précédemment (B).

A. L'obligation d'entretien pesant prioritairement sur la mère de l'enfant né hors mariage

469. - **Vide juridique.** Le législateur algérien n'aborde pas la question de la *nafaqa* de l'enfant né hors mariage dans le code de la famille algérien. En conséquence, il faut s'appuyer sur le fiqh pour définir les règles encadrant la garde, l'entretien, et la surveillance de l'enfant par la mère tutrice non mariée. Selon les juristes musulmans classiques, l'obligation d'entretien de l'enfant né hors mariage est un devoir à priori exclusif de la mère.

Cette exclusivité faite à la mère non mariée d'entretenir son enfant né hors mariage est due à la situation du père biologique, qui, dans la législation algérienne, n'a pas les mêmes obligations que le père d'un enfant né dans le mariage. En conséquence, le statut de la mère d'un enfant né hors mariage, notamment au regard de la *nafaqa*, est analogue à celui du père d'un enfant né dans le mariage.

L'obligation de la *nafaqa* de la mère à l'égard de son enfant né hors mariage est conditionnée par l'établissement du lien de filiation maternelle. Une fois que l'enfant né hors mariage a été reconnu par sa mère, la filiation maternelle de l'enfant est établie. Elle entraîne vis-à-vis de la mère les mêmes effets que la filiation légitime à l'égard du père, c'est-à-dire que la mère célibataire dispose du devoir d'entretenir son enfant. Elle doit se charger de la nourriture, du logement, de l'habillement, des soins médicaux, et de tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable⁹⁸⁴.

470. - **La cessation de la *nafaqa*.** L'obligation d'entretien de son enfant né hors mariage faite à la mère célibataire s'étend depuis la naissance et va jusqu'à l'âge de la majorité fixé à dix-neuf ans révolus pour le garçon. Si le garçon poursuit des études, cet entretien se prolonge jusqu'à la fin de sa vie étudiante, même s'il dépasse l'âge de majorité. L'obligation d'entretenir son enfant cesse

⁹⁸⁴ Art. 78 du CFA.

dès qu'il devient en mesure de subvenir à ses besoins. Pour la fille, l'obligation faite à la mère d'entretenir son enfant cesse à la consommation du mariage de la fille. La mère de l'enfant né hors mariage demeure de plus soumise à l'obligation d'entretenir son enfant au-delà de ces délais si ce dernier est physiquement ou mentalement handicapé⁹⁸⁵.

471. - Exception. En cas d'incapacité de la mère célibataire à cause de son décès, ou dans le cas où elle n'est pas en mesure financièrement de subvenir aux besoins de son enfant, l'entretien de l'enfant né hors mariage incombe à la famille de sa mère lorsque celle-ci accepte de le prendre en charge, et à condition qu'elle soit en mesure d'y pourvoir. En revanche, l'entretien de l'enfant né hors mariage n'incombera jamais à la famille de son père biologique car l'enfant né hors mariage est affilié à la famille de sa mère et non à la famille de son père⁹⁸⁶.

B. Inégalité entre la mère mariée et la mère non mariée

472. - Etude comparative. En droit de la famille algérien, les mères mariées et non mariées n'ont pas la même place dans la prise en charge de leurs enfants. L'impossibilité d'établissement de la filiation paternelle fait que la mère de l'enfant né hors mariage est la principale personne en charge de l'entretien de son enfant né hors mariage, alors que la mère de l'enfant né dans le mariage ne l'est qu'à titre subsidiaire. Cette dernière joue le rôle de remplaçante du père dans le cas où le père est décédé, absent, ou incapable d'assumer ses enfants financièrement. En d'autres termes, les effets en ce qui concerne l'entretien de la filiation maternelle de l'enfant né hors mariage sont plus complets que ceux de la filiation maternelle de l'enfant légitime. Alors que l'obligation de la mère mariée à prendre en charge son enfant légitime est restreint et limité, le même droit ne souffre point de limitation pour la mère non mariée, l'obligation d'entretien pesant exclusivement sur cette dernière dans ce cas.

La conception patriarcale de la famille accorde à la filiation maternelle légitime un statut inférieur par rapport à la filiation paternelle légitime. Les mères sont traitées différemment des pères vis-à-vis de leurs enfants en raison du statut supérieur du père dans le système patriarcal. L'inégalité des sexes est prégnante indépendamment de la situation conjugale de la femme. Autrement dit, la filiation maternelle légitime produit des effets atténués par rapport à la filiation paternelle légitime en raison du primat de l'homme dans le système patriarcal. Lorsque la mère n'est pas

⁹⁸⁵ Par analogie à Art. 75 du CFA.

⁹⁸⁶ Art. 77 du CFA.

mariée, elle ne rencontre pas de telle difficulté, mais en contrepartie, elle est placée dans une situation difficile car elle doit assurer seule la prise en charge de son enfant.

Conclusion de chapitre

473. - Comme il a été vu dans ce qui précède, l'attribution de l'obligation d'entretien de l'enfant, *nafaqa*, est dépendante de la filiation de l'enfant. La filiation de l'enfant né hors mariage à son père biologique n'étant pas prévue par le Code de la famille algérien, l'attribution de la *nafaqa* diffère notablement suivant que l'enfant est né hors ou dans le mariage.

474. - La *nafaqa* de l'enfant né dans le mariage revient principalement au père de celui-ci, tant pendant le mariage qu'après un éventuel divorce. L'obligation d'entretien de l'enfant légitime ne revient à la mère qu'à défaut du père.

475. - La situation est inverse en ce qui concerne l'enfant né hors mariage. La *nafaqa* de l'enfant né hors mariage incombe exclusivement à la mère de celui-ci et le rôle du père dans l'entretien de son enfant est juridiquement inexistant.

Chapitre 2 : Le droit successoral

476. - Définition. La succession est le mode de dévolution des biens d'une personne décédée naturellement ou présumée⁹⁸⁷ à une autre personne vivante ou conçue au moment de l'ouverture de la succession⁹⁸⁸ sous réserve que cette dernière soit unie au *de cuius* par un lien qui confère la qualité de successible⁹⁸⁹. La jurisprudence de la Cour suprême algérienne a souligné dans une affaire datée du 17 mai 2006 que « la succession s'ouvre par la mort naturelle réelle ou présumée, cette dernière dument établie par jugement. Les héritiers qui ont qualité d'ester en justice prennent la place du de cuius de plein droit »⁹⁹⁰.

Il n'y a donc que les personnes vivantes qui peuvent recevoir la succession de la personne décédée⁹⁹¹, si elles ne sont pas exclues de la succession pour une raison légale⁹⁹².

477. - L'inégalité des droits entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime en matière successorale. En règle générale, ce sont les enfants qui sont appelés en premier à la succession du défunt⁹⁹³, car le droit à la succession est l'un des effets de la filiation. En d'autres termes, la transmission de la succession est fondamentalement dépendante du lien de filiation comme l'explique Vieno : « l'établissement de la filiation est d'une importance capitale en matière de la

⁹⁸⁷ Art. 127 du CFA.

⁹⁸⁸ Art. 134 du CFA.

⁹⁸⁹ Art. 128 Al. 3 du CFA.

⁹⁹⁰ Cour suprême, 17.01.2006, dossier n° 348247, cité dans ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013, p. 49.

⁹⁹¹ Art. 128 Al. 2 du CFA.

⁹⁹² L'Art. 135 du CFA qui énonce « est exclu de la vocation héréditaire celui qui :

1/ Se rend coupable ou complice d'homicide volontaire sur la personne du de cuius

2/ Se rend coupable d'une accusation capitale par faux témoignage entraînant la condamnation à mort et l'exécution du de cuius

3/ Se rend coupable de non-dénonciation aux autorités compétentes du meurtre du de cuius ou de sa préméditation ».

⁹⁹³ Il est intéressant de souligner qu'en droit musulman, le partage successoral entre les héritiers ne se réalise qu'après la liquidation du passif de la succession. Le droit de la famille algérien confirme cette règle dans l'article 180 du code de la famille algérien, l'opération successorale en droit de la famille algérien est en premier lieu une liquidation et l'héritier ne peut succéder au défunt qu'après l'exécution de cette opération. L'article 180 du code de la famille algérien précise que sont prélevés de la succession les frais de funérailles et d'inhumation, le paiement des dettes prouvées du défunt et l'attribution de legs valablement établis par testament (*wasiya*).

succession, plus encore qu'à l'égard de tout autre droit. C'est le lien de parenté qui donne qualité pour hériter par effet de la loi et pour prendre part à la succession du défunt »⁹⁹⁴.

De ce fait, le droit de la famille algérien retient le droit à la succession comme l'un des droits de l'enfant légitime. Le code de la famille algérien aborde uniquement la question de la succession de l'enfant né dans le cadre du mariage (Section 1). Le droit de la succession à l'égard de son père de l'enfant né hors mariage n'apparaît pas dans le code de la famille algérien, car l'enfant né en dehors d'un lien légal entre le père et la mère n'est pas appelé à la succession de son père. Il peut cependant accéder à la succession principalement à l'égard de sa mère et de la famille de cette dernière (Section 2).

Section 1 : Le droit de succession de l'enfant né de parents mariés

478. - Le droit de succession, un des effets de la filiation. Parmi les effets de la filiation, figurent le droit de la succession. En droit de la famille algérien, la filiation légitime crée une vocation successorale entre les parents mariés et leurs enfants. Les enfants héritent de leur père et mère parce qu'ils sont parents au premier degré par rapport au *de cuius et* réciproquement. En d'autres termes, l'enfant légitime a le droit à la succession de ses père et mère (Paragraphe 1), et ses derniers ont le droit à la succession de leurs enfants (Paragraphe 2).

§ 1 : De la succession de l'enfant légitime à l'égard des père et mère

479. - Le droit successoral, une question épineuse. Il est important de souligner que le droit de la succession, en droit de la famille algérien, tient son origine du droit musulman ; plus précisément, il prend sa source dans le Coran. Le Coran a posé les règles depuis quatorze siècles en matière de succession⁹⁹⁵. Plusieurs versets coraniques sont consacrés aux successions. De ce fait, les fouqaha ont repris littéralement les préceptes du Coran dans ce domaine. Tous les traités du fiqh posent quasiment les mêmes dispositions. Les divergences constatées entre les fouqaha dans la question de la succession ne sont que minimales⁹⁹⁶.

⁹⁹⁴ SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968, p. 115.

⁹⁹⁵ OUALAIZ Hanane, *L'évolution du statut personnel de la femme au Maroc, entre la loi de Dieu et les droits de l'homme*, thèse de doctorat, droit public, Université Montpellier 1, 2014, p. 413.

⁹⁹⁶ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 145.

Le législateur algérien n'a pas osé jusqu'à aujourd'hui réformer ce domaine parce que la succession est l'un des rares domaines où le Coran a bien défini les règles. De ce fait, le droit musulman constitue le fondement du droit successoral dans la législation algérienne (A).

Aujourd'hui, le droit de la succession pose cependant plusieurs questions. L'enfant né dans le mariage a le droit à la succession de ses parents car sa filiation légitime crée une vocation successorale entre ses parents et leurs enfants. Mais ce droit à la succession est marqué par une inégalité de répartition de la part de l'héritage entre les filles et les garçons. Autrement dit, le droit de la famille algérien maintient une inégalité en matière d'héritage entre les filles et les garçons (B).

A. Le droit musulman en tant que fondement du droit successoral dans le droit de la famille algérien

480. - Avant l'arrivée de l'Islam. Avant l'avènement de l'islam, le système social tribal et patriarcal ne permettait ni à la femme ni à l'enfant de bénéficier du droit de la succession. La femme et l'enfant souffraient de l'impossibilité qui leur était faite d'hériter, et pire encore, de leur inclusion dans l'héritage au même titre que les biens⁹⁹⁷. Comme le souligne Behi, « les femmes et les enfants en bas âge n'avaient pas droit à l'héritage. On héritait de la veuve au même titre que des biens et les mineurs étaient placés d'office sous la tutelle de la famille paternelle »⁹⁹⁸. La succession du défunt revenait en premier aux hommes adultes⁹⁹⁹ de la famille paternelle ; les enfants adoptifs et les enfants engagés par le serment du sang avaient le droit d'hériter s'ils appartenaient à cette famille paternelle¹⁰⁰⁰.

481. - L'avènement de l'islam. Avec l'arrivée de l'islam, le Coran a modifié profondément les principes de la succession en établissant un certain équilibre et une certaine justice à l'égard des plus vulnérables¹⁰⁰¹. Il a octroyé le droit à l'héritage aux femmes et aux enfants alors qu'ils en

⁹⁹⁷ RAFIKI Mohamed Abdelouahab, « L'Islam : une révolution pour instaurer l'égalité entre l'homme et la femme », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 61.

⁹⁹⁸ BEHI Jelila, *Sans contrainte, L'islam au féminin*, Nirvana, 2003, p. 330.

⁹⁹⁹ OUALAIZ Hanane, *L'évolution du statut personnel de la femme au Maroc, entre la loi de Dieu et les droits de l'homme*, thèse de doctorat, droit public, Université Montpellier 1, 2014, p. 414.

¹⁰⁰⁰ BEHI Jelila, *Sans contrainte, L'islam au féminin*, Nirvana, 2003, p. 330.

¹⁰⁰¹ MONJID Mariam, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 256.

avaient toujours été privés à travers l'histoire¹⁰⁰². De ce fait, la femme et l'enfant sortent de la sphère d'objet d'héritage pour regagner leur droit à la succession¹⁰⁰³.

Plusieurs versets coraniques montrent clairement cette innovation en matière de la succession comme l'explique K. Messaoudi : « le message de ces versets coraniques était progressif et graduel. Le Coran commence d'abord par interdire aux musulmans de se transmettre les femmes en héritage : « Vous qui croyez, il n'est pas pour vous licite d'hériter des femmes contre leur gré ou de leur soulever des difficultés pour leur ravir ce que vous leur avez donné »¹⁰⁰⁴. Ensuite, il va effectuer une réelle rupture avec les anciennes coutumes en étendant le droit à l'héritage jusqu'à accordé exclusivement aux hommes, aux femmes et même aux enfants : « Aux hommes une quotité de ce qu'auront laissé leurs père, mère et proches. Aux femmes une quotité de ce qu'auront laissé leurs père, mère et proches, c'est quotité d'obligation »¹⁰⁰⁵.

B. Le maintien d'inégalités en matière d'héritage entre les filles et les garçons

482. - Des règles rigoureuses. L'organisation mise en place par le Coran est certes novatrice par rapport aux anciennes coutumes, mais le résultat de ces avancés en matière successorale, aujourd'hui, est qualifié de rigoristes car les juristes consultes musulmans, pour mettre en œuvre ces avancés, se sont appuyés principalement sur un verset coranique qui dispose que revient «au garçon une part égale à celle de deux filles ». De ce fait, ce rigorisme a entravé la réforme des dispositions relatives à la succession comme le souligne N. Yassari : «de nos jours, le droit successoral islamique est au contraire souvent accusé de désavantager les femmes, puisqu'elles peuvent certes hériter mais, très souvent, uniquement de la moitié de la part attribuée à leurs frères ou leurs maris »¹⁰⁰⁶.

En conséquence, parmi les questions qui font débat dans les pays musulmans, y compris en Algérie, figure l'inégalité successorale entre les enfants (entre la fille et le garçon) du défunt. En

¹⁰⁰² MESSAOUDI Karima, « Une moitié en héritage » [en ligne], *La Pensée*, 2015, p. 41-46.

¹⁰⁰³ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 256.

¹⁰⁰⁴ Coran, sourate 4, verset 19. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

¹⁰⁰⁵ Coran, sourate 4, verset 7. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

¹⁰⁰⁶ STEGMANN Ricarda et SCHNEUWLY Purdie, *A propos de l'héritage, usages et enjeux pour les musulman.e.s de Suisse*, 2019.

d'autres termes, le garçon est privilégié dans la succession des parents (père ou mère) défunts par rapport à la fille. La part du garçon équivaut au double de celle de la fille.

483. - La fille hérite la moitié du garçon : fondement du principe. La règle « la fille hérite la moitié du garçon » doit être interprétée en regard de son contexte initial de prescription. Cette règle successorale est liée à un système patriarcal et tribal¹⁰⁰⁷. C'est au mâle d'assumer l'entretien matériel, à la différence de la femme qui n'y est pas obligée¹⁰⁰⁸. Elle reste donc libre de disposer de son argent et de ses biens comme bon lui semblent¹⁰⁰⁹. De ce fait, le garçon mérite le double de ce qui revient à la fille. Asma Lamrabet explique dans son ouvrage *Islam et femmes les questions qui fâchent* que¹⁰¹⁰, « cette répartition inégalitaire s'explique par la responsabilité financière qui incombait aux frères en prenant en charge leurs sœurs respectives » ; elle ajoute que « ce verset doit être lu à la lumière du principe de la *qiwama*. C'est la *qiwama*, en tant que prise en charge économique de la famille par les hommes, qui, aux yeux des savants traditionalistes, explique la double part d'héritage des frères et constitue, de ce fait, la pierre angulaire de l'argumentaire religieux sur cette question ».

Actuellement, dans nos sociétés modernes, la situation a changé, la règle « la fille hérite la moitié du garçon » est devenue inégalitaire et injuste suite à la quasi-disparition de la famille élargie où la femme était prise en charge par les grands-parents, les oncles, les frères, etc.¹⁰¹¹. Aujourd'hui, les femmes participent à la gestion financière du foyer qu'elles soient épouses, mères, ou filles¹⁰¹². Elles sont actrices économiques au sein de leur famille comme au sein de la société.

484. - L'égalité de la fille et du garçon dans la succession dans le Coran. Il faut savoir que le droit successoral en islam est loin de se réduire à la seule règle « la fille hérite la moitié du garçon ». En réalité, le Coran met en œuvre l'égalité des parts attribuées aux hommes et aux femmes dans

¹⁰⁰⁷ OUBROU Tareq, « Ijtihad et égalité entre les hommes et les femmes dans l'islam », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 41.

¹⁰⁰⁸ KELLAM Youssef, « L'héritage des femmes : entre le texte fondateur, l'interprétation et la réalité », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 19.

¹⁰⁰⁹ LAMRABET Asma, « L'exigence de justice entre les hommes et les femmes en islam », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 54.

¹⁰¹⁰ *Id.*, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 127.

¹⁰¹¹ YAFOUT Mérieme et BENCHEKROUN Siham, « L'impossible débat sur l'inégalité dans l'héritage, L'héritage des femmes », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 20.

¹⁰¹² KHALIL Jamal, « Héritage et attitudes au Maroc : Accepter l'injustice, reconduire l'inégalité, entrer en conflit, chercher l'égalité », in *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 190.

l'héritage laissé par leurs parents ou proches respectifs¹⁰¹³. En effet, deux versets consacrent formellement le principe d'égalité : « Aux hommes revient une part dans l'héritage de ce qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches, et aux femmes une part de ce qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches, que ce soit peu ou beaucoup : une part fixée (*nasibanmafrudan*) »¹⁰¹⁴. « Ne convoitez pas ce que Dieu a attribué aux uns d'entre vous plus qu'aux autres, aux hommes la part qu'ils ont acquise, et aux femmes la part qu'elles ont acquise »¹⁰¹⁵.

485. - L'opinion du législateur algérien. Malgré l'existence de ces versets coraniques qui témoignent d'une nécessaire égalité entre les femmes (filles) et les hommes (garçons) dans le droit de la succession, le législateur algérien n'a pas osé, jusqu'à aujourd'hui, innover en matière de succession. Il a préféré l'application littérale du verset « au garçon une part égale celle de deux filles ». Aujourd'hui, cette règle est devenue un facteur de discrimination entre les garçons et les filles, comme l'explique A. Lamrabet : « il faudrait donc reconnaître qu'aujourd'hui, l'application littérale du verset concernant la fratrie devient elle-même facteur d'injustice profonde et va à l'encontre des objectifs du Coran qui prône avant tout la protection des femmes et des minorités vulnérables »¹⁰¹⁶.

486. - Nécessité d'une nouvelle interprétation des versets coraniques. Le Coran a aboli les coutumes discriminatoires, notamment celles qui présidaient antérieurement en matière de succession entre les filles et les garçons. Pour ce faire, il a pris en considération l'environnement social de l'époque de la révélation, en établissant des valeurs d'équité et de justice qui doivent toujours primer, quel que soit le contexte social¹⁰¹⁷.

De l'avis d'Asma Lamrabet, il faut explorer aujourd'hui toutes les possibilités offertes par le Coran afin de trouver des solutions à la lumière de ses finalités de justice, d'équité, et d'égalité. Considérant que les femmes (filles) jouent un rôle prépondérant au sein de la famille, qu'elles contribuent aux responsabilités financières au même titre que leurs mari et frères, leur part de l'héritage doit être revue, comme l'explique aussi A. Lamrabet : « donner une part égale aux frères et sœurs, qui tous deux contribuent de façon égale à la prise en charge de leurs familles, c'est être

¹⁰¹³ LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 125.

¹⁰¹⁴ Coran, sourate 4, verset 7. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

¹⁰¹⁵ Coran, sourate 4, verset 32. Source : HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Dar al-Coran al-karim, 2008.

¹⁰¹⁶ LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017, p. 129.

¹⁰¹⁷ *loc. cit.*

dans le cœur de ces finalités premières de l'éthique coranique. Au contraire, refuser de voir cela, c'est renforcer l'injustice »¹⁰¹⁸.

487. - La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. D'un point de vue strictement juridique et sans même se référer au droit musulman, il y a lieu de relever qu'une telle discrimination fondée sur le sexe est contraire aux principes constitutionnels. L'article 32 de la constitution algérienne assure que « les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale ». L'inégalité successorale est également contraire aux conventions internationales ratifiées par l'Algérie et notamment celle relative à l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)¹⁰¹⁹.

Toutefois cette ratification de la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes par l'Algérie en 1996 s'est faite avec des réserves à l'égard de plusieurs articles ; comme la majorité des pays musulmans qui l'ont ratifiée, l'Algérie a émis des réserves portant essentiellement sur le statut des femmes dans la famille.

En ce qui concerne l'égalité successorale, l'article 16 alinéa 1 de la convention fait l'objet d'une réserve de la part de l'État algérien car, comme le souligne M. Sahli, commissaire africaine aux

¹⁰¹⁸ *loc. cit.*

¹⁰¹⁹ L'Art. 16 Al. 1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes prévoit que « les États parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

- a) Le même droit de contracter mariage
- b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement
- c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution
- d) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants, dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale
- e) Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits
- f) Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale, dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale
- g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne les choix du nom de familles, d'une profession, et d'une occupation
- h) Les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux »).

droits de l'homme et des peuples « cela fait trembler certains conservateurs qui considèrent que c'est un socle intouchable »¹⁰²⁰.

488. - Le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, dans ses observations finales relatives à l'Algérie, souligne à ce sujet qu'il est préoccupé par le fait que, bien que la constitution algérienne garantit l'égalité devant la loi sans discrimination, notamment fondée sur le sexe, la législation algérienne ne comporte pas de dispositions définissant et interdisant la discrimination à l'égard des femmes, contrairement à l'obligation faite par l'article premier de la Convention, ni de dispositions sur l'égalité des droits des femmes, dans l'optique d'une conformité à l'article 2 a)¹⁰²¹ de la Convention, raison pour laquelle le principe constitutionnel d'égalité ne peut pas être pleinement appliqué¹⁰²².

Le comité réaffirme également qu'il reste préoccupé du maintien par l'État Algérien de sa réserve à l'article 16 de la Convention. Il réaffirme que cette réserve est incompatible avec l'objet et le but de la Convention et également contraire au paragraphe 2 de l'article 28 de la Convention¹⁰²³. Le Comité note avec préoccupation que les dispositions discriminatoires du Code de la famille continuent d'être appliquées, témoignant ainsi du statut juridique inférieur des femmes dans plusieurs domaines, notamment les droits successoraux, les enfants de sexe masculin ayant le droit d'hériter de deux parts de l'héritage¹⁰²⁴. De ce fait, le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes considère qu'il faut encourager l'application efficace d'une législation complète sur l'égalité entre les sexes.

¹⁰²⁰ AMEYAR Hafida, « Discrimination à l'égard des femmes, Algérie, vers la levée de la réserve sur l'article 16 ? » [en ligne], *Liberté Algérie*.

¹⁰²¹ L'Art. 2 a) de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes dispose qu'« inscrire dans leur Constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés l'application effective dudit principe ».

¹⁰²² Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Algérie, 23 mars 2012, CEDAW/C/DZA/CO/3-4

¹⁰²³ L'Art. 28 Al. 2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes énonce qu'« aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée ».

¹⁰²⁴ Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques de l'Algérie, 23 mars 2012, CEDAW/C/DZA/CO/3-4.

§ 2 : Des droits des père et mère à la succession de l'enfant légitime

489. - Accès à la succession de l'enfant légitime. Etant donné que l'enfant légitime, de par sa filiation établie dans le cadre du mariage, est lié directement à ses père et mère et par ricochet à son grand-père et sa grand-mère, il est dans l'ordre normal des choses que ces parents bénéficient de la succession de leur enfant légitime (A). Il en est de même pour les grands-parents qui peuvent bénéficier de la succession de leurs petits-enfants (B).

A. Les droits des parents dans la succession de leur enfant légitime

490. - Principe de réciprocité. En vertu du principe de réciprocité du droit de la succession, les père et mère ont droit de bénéficier de la succession de leur enfant défunt conformément au verset coranique IV, 11 : « Si le défunt a laissé un fils, un sixième de l'héritage reviendra à ses père et mère. S'il n'a pas d'enfant et que ses parents héritent de lui : le tiers reviendra à sa mère. S'il a des frères : le sixième reviendra à sa mère, après que ses legs ou ses dettes auront été acquittés ». Il résulte de ce verset coranique que les père et mère ont droit à la succession de leur enfant défunt (fille ou garçon) dans les cas suivants :

Si le défunt a laissé un enfant, le père a droit à un sixième et la mère a un sixième ; s'il n'a laissé ni enfant ni frère, la mère a droit à un tiers ; elle a le même droit s'il n'a pas laissé d'enfant mais seulement un frère ; elle a droit au sixième si le défunt a laissé des frères¹⁰²⁵.

Le droit de la famille algérien ne s'est pas démarqué du droit musulman, les père et mère sont considérés comme des héritiers réservataires *ashab fard*. Leur part est fixée par la loi de manière variable selon qu'il y a présence ou non de descendants ou de frères et sœurs. Autrement dit, la mère a droit au tiers de la succession, à défaut de descendance des deux sexes, ou des frères germains, consanguins et utérins même exclus¹⁰²⁶. Ainsi, elle peut recevoir le sixième lorsque le *de cuius* laisse une descendance à vocation héréditaire ou plusieurs frères et sœurs ayant vocation héréditaire ou non¹⁰²⁷. Le père a droit au sixième des biens si le *de cuius* laisse une descendance directe ou par son fils, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin¹⁰²⁸.

491. - Droit comparé. La majorité des législations musulmanes consacrent la même règle ; il en va de même en droits marocain et tunisien, le précepte du droit musulman est toujours d'application dans ces deux pays. En vertu de l'article 346 alinéa 2 de la moudawana de la famille

¹⁰²⁵ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 495.

¹⁰²⁶ Art. 148 Al. 2 du CFA.

¹⁰²⁷ Art. 149 Al. 3 du CFA.

¹⁰²⁸ Art. 149 Al. 2 du CFA.

marocaine, la mère a droit à une part de *fardh* égale au tiers de la succession à condition que le de cujus ne laisse pas de descendants ayant vocation successorale, ni deux ou plus de frères et sœurs, même s'ils font objet d'éviction (*Hajb*). Ainsi, l'article 347 de la même moudawana énonce que « les bénéficiaires du sixième de la succession sont :

1/ le père, en présence d'enfant ou d'enfant de fils du de cujus qu'il soit de sexe masculin ou féminin,

2/ la mère, à condition qu'elle soit en présence d'enfant ou d'enfant de fils ou de deux ou plusieurs frères et/ ou sœurs prenant effectivement part à la succession ou étant l'objet d'éviction (*Hajb*), etc. ».

Le droit tunisien prévoit une règle analogue dans ses articles 97 et 98 du code du statut personnel tunisien. Il s'ensuit que la mère peut bénéficier du tiers à condition qu'il n'y ait pas de descendants du défunt pouvant avoir vocation à la succession ni deux frères ou plus¹⁰²⁹. L'article 98 dispose que la mère peut recevoir le sixième de la succession à la condition de l'existence avec elle d'enfants du défunt ou de petits-fils du côté du fils ou de deux frères ou plus venant effectivement à la succession ou couverts par d'autres héritiers. Concernant le père, il peut bénéficier du sixième à condition que le défunt ait laissé des enfants ou des petits-enfants du côté du fils, qu'ils soient de sexe masculin ou féminin.

B. Les droits des grands-parents à l'égard des petits-enfants

492. - Le Coran et les droits des grands-parents dans la succession des petits-enfants. Il est intéressant de souligner que le Coran n'a pas traité tous les cas de figure relatifs à l'héritage et que certaines situations non prévues par le texte coranique ont été résolues par l'interprétation des juristes musulmans¹⁰³⁰. La question du droit des grands-parents l'illustre. En effet, le verset précité n'évoque pas le droit des grands-parents dans la succession de leur petit-enfant défunt. De ce fait, les *fouqaha*, par analogie, ont étendu le droit à la succession des petits-enfants aux grands-parents. Ils trouvent son fondement dans une décision prise par Abu Bekr, consacrée par l'*Ijma*, selon laquelle « le grand-père, c'est le père »¹⁰³¹. Cela veut dire que l'aïeul est assimilé au père, et qu'en conséquence, l'ascendant paternel mâle est héritier à *fard* (héritier réservataire) quand le père était lui-même héritier à *fard* ; il a donc les droits du père¹⁰³².

¹⁰²⁹ Art. 97 du CSPT.

¹⁰³⁰ ZAHROUNI Emma, ZOUARI Salma et EL ELJ Moez, *Egalité dans l'héritage et autonomie économique des femmes*, ONU Femmes, 2014, p. 35.

¹⁰³¹ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 495.

¹⁰³² *loc. cit.*

493. - L'opinion des juristes musulmans classiques. Tous les fouqaha partagent quasiment la même conception. La question de savoir si le grand père a tous les droits du père a cependant divisé les jurisconsultes musulmans. Les Hanafites appliquent à la lettre la décision d'Abu Berk : le grand père a tous les droits du père. De ce fait, il exclut les frères. En revanche, selon les malékites, l'aïeul paternel mâle n'est pas traité comme le père à tous les points de vue : tandis que le père exclut les frères, l'aïeul paternel ne les écarte pas¹⁰³³.

De la même manière, les jurisconsultes musulmans assimilent à la mère la grand-mère maternelle. Pour ce faire ils se sont appuyés sur une décision du Prophète Mohamed et sur une décision d'Abu Berk. Puis ils ont assimilé la grand-mère paternelle à la mère en vertu d'une décision d'Omar : « tu as droit à 1/6, aurait dit à la grand-mère paternelle le deuxième calife, si tu es seule, s'il y a avec toi la grand-mère maternelle, le sixième doit être partagé entre vous deux »¹⁰³⁴.

Il faut noter que l'assimilation de la grand-mère maternelle et de la grand-mère paternelle à la mère n'a pas un caractère absolu car la mère a sa part de la succession qui est variable selon qu'il y a présence de descendance ou pas : quelque fois la mère a droit au tiers de la succession, et quelque fois elle n'a droit qu'au sixième de la succession. L'aïeule ou la bisaïeule n'a jamais qu'un fard du sixième, et si, au lieu d'une aïeule, il y en a plusieurs, la part de succession qui leur est réservée reste invariablement fixée à 1/6¹⁰³⁵.

494. - La reprise des interprétations des fouqaha par la législations algérienne. Les interprétations des fouqaha sont reprises dans les législations des pays musulmans, y compris dans la législation algérienne. L'article 149 du code de la famille algérien dispose que « Les héritiers réservataires ayant droit au sixième de la succession sont au nombre de sept : 1/ Le père, lorsque le de cujus laisse une descendance directe ou par son fils, qu'elle soit de sexe masculin ou féminin ; 2/ La mère, lorsque le de cujus laisse une descendance à vocation héréditaire ou plusieurs frères et sœurs ayant vocation héréditaire ou non ; 3/ L'ascendant paternel à défaut de père, lorsque le de cujus laisse une descendance directe ou pas de fils ; 4/ L'ascendante paternelle ou maternelle si elle est seule. En cas de concurrence entre les deux ascendantes au même degré du de cujus et lorsque l'ascendante maternelle est au degré le plus éloigné, celles-ci se partagent le sixième à parts égales. Si l'ascendante maternelle est au degré le plus rapproché du de cujus, elle bénéficie du sixième à l'exclusion de l'autre ; ... ».

¹⁰³³ *loc. cit.*

¹⁰³⁴ *Ibid.*, p. 496.

¹⁰³⁵ *loc. cit.*

Section 2 : Le droit de succession de l'enfant né de parents non mariés

495. - Droit de l'enfant illégitime à la succession. Alors que l'enfant né dans le mariage hérite de son père et de ses proches parents paternels, ainsi que de sa mère et de ses proches parents maternels, la situation de l'enfant né hors mariage en revanche est différente si l'on s'en tient aux termes de l'adage « bâtard ne succède pas ». L'enfant né en dehors du lien de mariage ne peut pas recueillir de biens à l'égard de son père. Autrement dit, l'accès à la succession pour l'enfant né hors mariage est impossible à l'égard de son père et de ses proches parents paternels (Paragraphe 1). En revanche, l'enfant né hors mariage reconnu par sa mère peut recueillir des biens provenant de sa mère et des parents de sa mère (Paragraphe 2).

§ 1 : L'impossibilité faite à l'enfant illégitime d'accéder à la succession de son père

496. - L'impossibilité faite à l'enfant né hors mariage d'accéder à la succession de son père. Au vu de ce qui précède, en droit de la famille algérien, l'établissement du lien de filiation paternelle est indispensable pour que l'enfant puisse hériter de son père. L'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère ne bénéficie d'aucun droit reconnu à l'enfant légitime. De ce fait, aucun droit successoral n'est accordé à l'enfant né hors mariage à l'égard de son père. L'enfant né hors mariage ne peut donc pas succéder à son père, ni même hériter des parents de son auteur jusqu'au dernier degré. Autrement dit, l'enfant né hors mariage est exclu de la succession de son père biologique défunt (A). Bien que le législateur tunisien ait mis en place la loi du 28 octobre 1998 qui donne la possibilité à l'enfant né hors mariage de porter le nom patronymique de son père et de bénéficier d'une pension alimentaire et de tous les droits découlant de la garde et de la tutelle, il n'a pas été jusqu'à mettre sur le même pied d'égalité l'enfant légitime et l'enfant né hors mariage dans le droit de la succession : le législateur tunisien n'a pas énuméré le droit de la succession au titre des droits de l'enfant illégitime (B).

A. Exclusion de l'enfant illégitime de la succession du père biologique en droit Algérien

497. - Article 138 du code de la famille algérien. En vertu de l'article 138 du code de la famille algérien, « sont exclues de la vocation héréditaire, les personnes frappées d'anathème et les apostats ». Au regard de ce texte, le législateur algérien a mentionné uniquement l'exclusion de l'enfant adultérin de la vocation successorale. Autrement dit, ce texte ne vise expressément que

l'enfant conçu d'une relation adultérine. En revanche, il ne mentionne pas l'enfant né de parents non mariés : le législateur algérien reste muet sur le droit de la succession de l'enfant né hors le lien du mariage.

498. - L'exclusion de l'enfant né hors mariage de la succession de son père par analogie à l'enfant adultérin. Cependant, l'enfant né de parents non mariés est dans la pratique exclu de la vocation héréditaire par voie d'analogie : l'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère est dans la pratique assimilée à l'enfant adultérin, et en conséquence est dépourvu de tout droit à l'égard de son géniteur. De ce fait, l'enfant adultérin et l'enfant né en dehors du cadre d'un lien légal entre le père et la mère ne peuvent succéder aux membres du lignage paternel. En conséquence, le père de l'enfant illégitime n'héritera pas non plus de ce dernier. L'homme est frappé de l'incapacité de faire des héritiers d'autres personnes que sa propre descendance légitime.

499. - Droit tunisien. La même conception prévaut dans le droit de la famille tunisien. Le législateur tunisien n'exclut pas expressément l'enfant né hors mariage de la succession. Il a évoqué expressément l'exclusion de l'enfant né d'une relation adultérine de la vocation héréditaire dans son article 152 du code de statut personnel tunisien : « l'enfant adultérin n'héritera que de sa mère et des parents de celle-ci. La mère et ses parents auront, seuls, vocation héréditaire dans la succession dudit enfant ».

L'article 152 du code de statut personnel tunisien est plus clair et plus précis que l'article 138 du code de la famille algérien. Ce dernier est en effet bref et lacunaire car il ne précise pas si l'enfant adultérin est privé de la vocation héréditaire à l'égard de son père et de sa mère ou seulement à l'égard de son père. Afin d'avoir une réponse claire à cette question, il faut s'appuyer sur l'article 222 du code de la famille tunisien qui dispose qu'« en cas d'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la chari'a ». Selon le droit musulman, l'enfant adultérin n'héritera que de sa mère et des parents de celle-ci.

500. - Droit marocain. En droit marocain, la filiation illégitime ne fait pas non plus naître de vocation successorale entre le père et l'enfant né hors mariage, ni en cas de désaveu de paternité, ceci en vertu de l'article 148 de la moudawana qui dispose que « la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père ». C'est la conséquence logique de la position du droit marocain quant à la filiation illégitime. Celle-ci ne produit à l'égard du père aucun des effets de la filiation. En revanche, envers la mère, le droit marocain reconnaît à l'enfant illégitime les mêmes droits qu'à l'enfant légitime.

Le cas de l'enfant né de fiançailles est un cas particulier du droit marocain : il hérite exactement de la même manière que l'enfant né dans le mariage. Dans le cas où les fiançailles ont eu lieu et qu'il y a eu consentement mutuel, mais que des circonstances impérieuses ont empêché de dresser l'acte de mariage et que des signes de grossesse apparaissent chez la fiancée, cette grossesse est imputée au fiancé pour rapports sexuels par erreur, si les conditions suivantes sont réunies : les fiançailles ont été connues des deux familles et approuvées, il s'avère que la fiancée est tombée enceinte durant les fiançailles, et les deux fiancés ont reconnu que la grossesse est de leur fait¹⁰³⁶. Cette nouvelle règle de la moudawana marocaine permet d'établir la filiation paternelle de l'enfant né de fiançailles. En conséquence, une fois la filiation paternelle établie, l'enfant jouit au titre d'enfant légitime de droits de succession à l'égard de son père et des membres de la famille de son père.

B. Exclusion de l'enfant né hors mariage du droit de la succession malgré l'établissement de la filiation paternelle en droit tunisien

501. - Les améliorations considérables de la loi tunisienne. Il est bien vrai que la situation de l'enfant tunisien né hors mariage est en voie d'être améliorée avec la promulgation de la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue. Avec cette loi, comme précédemment abordé, l'enfant né hors mariage légalement reconnu a droit à l'intégration au sein de la famille de son père au même titre que l'enfant légitime. De ce fait, il porte le nom patronymique de son père et bénéficie également d'une pension alimentaire et de tous les droits découlant de la garde et de la tutelle.

Il faut reconnaître que les rédacteurs de cette loi étaient soucieux de la situation de l'enfant né hors mariage. Mais bien que soucieux de l'égalité entre l'enfant légitime et l'enfant né hors mariage, le législateur tunisien n'a pas complètement atteint son objectif puisque même avec la loi 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue, seul l'enfant légitime hérite de son père et de sa famille paternelle. Autrement dit, l'établissement du lien de filiation paternelle ne suffit pas pour que l'enfant né hors mariage puisse hériter de son père ou de sa famille paternelle. L'enfant né hors mariage ne peut donc prétendre à la succession vis-à-vis de son père.

En effet, la loi tunisienne n'a pas mentionné le droit à la succession au titre des droits de l'enfant illégitime. Le législateur tunisien est resté silencieux sur cette question. Ce silence permet en

¹⁰³⁶ Art. 156 de la MFM.

revanche de considérer que le législateur a entendu tacitement priver l'enfant de l'héritage¹⁰³⁷, en se référant à l'article 152 du code de statut personnel précédemment évoqué.

502. - L'ambiguïté de la loi tunisienne. La position du législateur tunisien est ambiguë car, d'une part il ouvre la possibilité à l'enfant né hors mariage d'être rattaché à son père et de bénéficier des effets de la filiation paternelle, mais d'autre part il l'exclut de la succession qui pourtant fait partie des effets de l'établissement de la filiation paternelle. Il semble illogique d'exclure l'enfant né hors mariage de son droit de succession dès lors que sa filiation est établie. On peut affirmer que le but principal du législateur tunisien n'est pas tant de faire de l'enfant né hors mariage un héritier de son père, mais de lui offrir une vie familiale et lui assurer d'être intégré dans la société et de ce fait de le protéger du préjudice.

§ 2 : De la succession de l'enfant né hors mariage à l'égard de la mère

503. - La question de la succession de l'enfant né hors mariage à l'égard de sa mère a engendré une divergence d'opinion au sein des légistes musulmans classiques. Ils se sont divisés tant sur le droit de l'enfant né hors mariage dans la succession de sa mère (A), que sur le droit de cette dernière dans la succession de son enfant né hors mariage (B).

A. Les droits de l'enfant né hors mariage à l'égard de sa mère

504. - Divergence d'opinion des juristes musulmans classiques. Le fiqh malékite et le fiqh chaféite n'admettent pas que l'enfant né hors mariage puisse hériter de sa mère et des aïeux maternels. Ces deux doctrines n'acceptent pas de traiter les parents par la femme (*mawali*) comme des parents par le mâle puisqu'ils ne remplissent pas les fonctions caractéristiques des agnats¹⁰³⁸. Certains docteurs chiites partagent la même opinion que les malikites et les chaféites sur ce point. Selon Durant, les chiites considèrent que « l'enfant de la fornication n'est susceptible d'aucune filiation légale et que son héritage doit être remis au gouvernement »¹⁰³⁹.

La majorité des docteurs, notamment les docteurs hanafites et hanbalites, admet que l'enfant né hors mariage a le droit dans la succession de sa mère s'il est affilié à cette dernière, lorsqu'une reconnaissance de paternité n'intervient pas ou lorsque l'enfant a été désavoué. Ce courant place l'enfant né de relations illicites dans la même situation qu'un enfant issu du mariage vis-à-vis de

¹⁰³⁷ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 149.

¹⁰³⁸ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 57.

¹⁰³⁹ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 221.

sa mère. Autrement dit, il peut venir à la succession de sa mère et de la famille de cette dernière, car la maternité produit toujours les mêmes effets, même lorsque la mère n'est pas engagée dans les liens du mariage.

505. - L'opinion des législations des pays arabes. Ce courant a influencé la majorité des législations des pays arabes, comme la législation égyptienne qui a privilégié l'intégration de l'enfant né hors mariage au sein de sa famille maternelle¹⁰⁴⁰. Dans la législation tunisienne, une vocation successorale réciproque s'établit entre l'enfant né hors mariage qui est affilié à sa mère d'une part, et sa mère et les parents de celle-ci d'autre part. Il en va de même en droit de la famille marocaine¹⁰⁴¹.

Le droit algérien a pris le même chemin que ses voisins, il a opté pour que l'enfant né hors mariage ait droit à la succession uniquement à l'égard de sa mère et de la famille de cette dernière. De surcroît, l'enfant né hors mariage peut, au décès de sa mère, si cette dernière a été mariée, non seulement hériter d'elle, mais encore venir en concours avec ses nouveaux frères légitimes et diminuer les parts *fardh* (ceux de l'héritier réservataire) reconnues à la mère¹⁰⁴².

L'enfant né hors mariage est considéré comme l'enfant légitime vis-à-vis de la mère et de ses parents. La parenté entre l'enfant né hors mariage et la famille de sa mère est une parenté utérine. De ce fait, il est appelé à la succession des parents de sa mère, en vertu de l'alinéa 1 de l'article 168 qui dispose : « les cognats de première catégorie viennent à la succession dans l'ordre suivant : les enfants des filles du *de cuius* et les enfants des filles du fils à quel que degré qu'ils soient ».

B. Des droits de la mère et autres ascendants à l'égard de l'enfant né hors mariage

506. - Le silence du droit algérien. Le code de la famille algérien est silencieux sur les droits de la mère non mariée dans la succession de son enfant prédécédé. Il est hors de doute que les relations sont entières avec la mère elle-même, ainsi que leur vocation héréditaire réciproque¹⁰⁴³.

507. - Le droit tunisien. Le législateur tunisien exprime clairement que la mère non mariée et ses parents auront le droit dans la vocation héréditaire dans la succession dudit enfant illégitime¹⁰⁴⁴, en vertu du principe de réciprocité du droit de la succession de l'enfant illégitime :

¹⁰⁴⁰ ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014, p. 57.

¹⁰⁴¹ Art. 146 de la MFM 2004.

¹⁰⁴² BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 221.

¹⁰⁴³ *loc. cit.*

¹⁰⁴⁴ Art. 152 du CSPT.

tout comme les droits qu'il a vis-à-vis de sa mère et de ses grands-parents maternels, ces derniers ont également vis-à-vis de lui ou réciproquement, les mêmes droits et peuvent venir à sa succession comme s'il s'agissait d'un enfant légitime. De plus, à part sa mère et ses grands-parents maternels, ses frères et sœurs, qu'ils soient légitimes ou illégitime à l'égard de sa mère, peuvent également prétendre à des droits dans sa succession¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴⁵ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 222.

Conclusion de chapitre

508. - De ce qui précède, il ressort que le droit musulman constitue le fondement du droit successoral en droit de la famille algérien. Le droit musulman ne considérant pas la possibilité de l'établissement d'une filiation de l'enfant né hors mariage vis-à-vis de son père, et la filiation légitime étant l'unique filiation susceptible de créer une vocation successorale entre parent et enfant en droit musulman, l'enfant né hors mariage et l'enfant légitime ne sont pas égaux en droits successoraux en droit de la famille algérien.

509. - En ce qui concerne les droits successoraux de l'enfant conçu dans le mariage, les préceptes du droit musulman s'appliquent en droit algérien de la famille : la fille conçue dans le mariage hérite de la moitié de la part dont son frère également conçu dans le mariage hérite.

510. - En droit algérien de la famille, la succession de l'enfant né hors mariage à l'égard de son père biologique est impossible par défaut de filiation légitime. Il doit être noté que, si le législateur tunisien a accédé à l'établissement d'une filiation entre le père biologique et son enfant né hors mariage, il a maintenu l'exclusion de ce dernier de la succession de son père.

511. - La question de la succession de l'enfant né hors mariage à l'égard de sa mère a engendré une divergence d'opinion entre les légistes musulmans classiques. Le législateur algérien a sur ce point légiféré comme ses voisins maghrébins : il a opté pour que l'enfant né hors mariage ait droit à la succession à l'égard de sa mère et de la famille de cette dernière.

Conclusion du Titre 2 de la Partie 2

512. - Il a été démontré précédemment que l'enfant en droit de la famille algérien est susceptible de jouir de deux types de droits patrimoniaux : l'obligation d'entretien ou *nafaqa* et le droit successoral. L'attribution de ces deux types de droits patrimoniaux à l'enfant en droit algérien de la famille dépend de l'établissement de la filiation de l'enfant. L'enfant légitime et l'enfant né hors mariage n'étant pas égaux en ce qui concerne l'établissement de leur filiation en droit algérien de la famille, ils ne sont pas égaux en ce qui concerne l'accès à leurs droits patrimoniaux.

513. - En effet, il a été établi que la *nafaqa* de l'enfant né dans le mariage revient principalement au père de celui-ci, la mère n'intervenant qu'à défaut du père, et qu'à l'inverse, la *nafaqa* de l'enfant né hors mariage incombe exclusivement à la mère de celui-ci, le père n'y jouant aucun rôle.

514. - Concernant les droits successoraux, il a été démontré que les préceptes du droit musulman s'appliquent à l'enfant conçu dans le mariage en droit algérien de la famille : la fille hérite de la moitié de la part dont son frère hérite et la succession de l'enfant né hors mariage à l'égard de son père biologique est impossible par défaut de filiation légitime. Si les juristes musulmans ne s'accordent pas sur la question de la succession de l'enfant né hors mariage à l'égard de sa mère, le législateur algérien a sur ce point opté pour que l'enfant né hors mariage ait droit à la succession à l'égard de sa mère et de la famille de cette dernière.

Conclusion de la Partie 2

515. - Il ressort de ce qui précède que les effets qui découlent de la filiation légitime sont au nombre de deux en droit algérien de la famille : les effets personnels que sont la tutelle légale et la garde, et les effets patrimoniaux que sont l'obligation d'entretien et la vocation successorale.

516. - En droit algérien de la famille l'enfant légitime et l'enfant né hors mariage ne sont pas égaux en ce qui concerne leurs droits à la filiation. En conséquence, l'enfant légitime et l'enfant né hors mariage ne sont pas égaux en ce qui concerne leur droits personnels et leurs droits patrimoniaux.

517. - En effet, en droit algérien de la famille l'enfant légitime peut bénéficier de tous ces droits, alors que l'enfant né hors mariage ne peut que partiellement en bénéficier et à la condition que sa mère le reconnaisse. De plus, le père biologique de l'enfant né hors mariage est exclu de toute responsabilité vis-à-vis de son enfant et il ne possède aucun droit vis-à-vis de ce dernier.

518. - La condition inférieure dans laquelle se trouve l'enfant né hors mariage par rapport à l'enfant légitime en ce qui concerne ses droits personnels et patrimoniaux le met dans une situation vulnérable. Le législateur algérien devrait remédier à cette situation en faisant progressivement évoluer le droit de la famille algérien afin de mieux intégrer l'enfant né hors mariage dans sa famille et lui permettre de bénéficier de droits personnels et patrimoniaux équivalents à ceux dont bénéficie l'enfant légitime.

Conclusion générale

519. - Au terme de la présente étude relative à la place de l'enfant au sein de sa famille en droit algérien, il est apparu que l'institution familiale en Algérie comme dans d'autres pays arabo-musulmans reste encore en rapports étroits avec la religion et la morale¹⁰⁴⁶. La législation algérienne en matière familiale a du mal à détacher son droit positif de toute référence religieuse¹⁰⁴⁷. Le droit musulman constitue toujours pour le législateur et les juges algériens la source principale de droit de la famille, ce qui est contraire à la loi, notamment à l'article premier alinéa 2 du code civil et à l'article 222 du code de la famille algérien qui prévoient l'application du droit musulman seulement en absence de disposition légale, c'est-à-dire comme source suppléante¹⁰⁴⁸. D'où l'embarras et la difficulté pour un juriste à traiter les questions en relation avec les affaires familiales, et particulièrement les droits de l'enfant au sein de sa famille. Pour y remédier, il semble nécessaire que le législateur algérien cerne mieux la réalité du droit algérien et les failles du système juridique à partir de situations concrètes. En effet, la réalité de la société algérienne est en complet décalage avec certaines règles du droit de la famille algérien.

520. - Les opinions (*fiqh*) des savants musulmans classiques (*fouqaha*) sont utilisées principalement comme appui par les juges dans leurs décisions. Or, il a été soutenu que la *chari'a* est la référence au Coran et à la sunna, ce qui exclut le *fiqh* qui n'est que l'œuvre de jurisconsultes (*fouqaha*) à qui la communauté musulmane a confié la charge d'interpréter et de préciser certaines règles coraniques. D'après certains auteurs de droit musulman, le *fiqh* ne supplée pas au Coran et à la Sunna, il les complète¹⁰⁴⁹. Ce problème doit être dépassé, car les solutions retenues par les jurisconsultes musulmans ont été façonnées à partir du mode de vie et des données de l'époque à laquelle elles ont été créées ; si elles ont sans conteste constitué de véritables avancées lors de leur création, certaines d'entre elles ne sont maintenant plus d'usage

¹⁰⁴⁶ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 256.

¹⁰⁴⁷ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, Presses universitaires de Perpignan, 2008, p. 336.

¹⁰⁴⁸ *loc. cit.*

¹⁰⁴⁹ MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 169.

et ne devraient plus pouvoir être invoquées par les magistrats algériens¹⁰⁵⁰. L'*Ijtihad* doit être réactivé car il est l'outil qui permettra l'adaptation et l'actualisation du droit de la famille à la réalité sociale. Sa dimension proprement religieuse rend légitime l'intervention législative dans ce domaine sensible¹⁰⁵¹. Il permet une relecture moderne des textes scripturaires.

521. - Il faut noter que le droit de la famille algérien demeure encore au stade de la tentative d'une construction d'un équilibre entre droits et obligations. Certes, la matière est des plus sensibles, ce qui explique la prudence avec laquelle le législateur a engagé la « réforme » du 27 février 2005 évoquée au cours de cette étude. Le droit algérien comporte néanmoins des aspects novateurs en matière familiale. Bien que l'ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi du 9 juin 1984 portant code de la famille n'ait pas opéré la rupture souhaitée par les partisans de l'abrogation pure et simple du code de la famille de 1984¹⁰⁵², elle a cependant tenté de faire évoluer la condition juridique de la femme ainsi que celle de l'enfant.

522. - Les principaux apports du nouveau code de la famille algérien concernent les rapports entre l'homme et la femme. Les innovations les plus marquantes concernent l'égalité entre l'homme et la femme dans la direction de la famille, l'égalité entre l'homme et la femme dans la capacité matrimoniale, et la confirmation que le mariage monogamique est la règle et la polygamie l'exception.

523. - A l'inverse, les dispositions applicables aux relations parents-enfants n'ont pas véritablement évolué, alors qu'une marge d'évolution en ce domaine existe. Ces dispositions ont partiellement été revues par le législateur algérien dans l'objectif d'apporter une protection à l'enfant. La tutelle légale de l'enfant a connu une petite révolution. Désormais, la mère accède à la tutelle légale de son enfant. La tutelle exercée par la mère conserve cependant un caractère subsidiaire. Les rapports entre le père et l'enfant ont également bénéficié de quelques changements. Le législateur n'a ainsi pas hésité à modifier l'ordre de dévolution de la garde de l'enfant consacré par le droit musulman. Le père peut maintenant exercer la garde après la mère : le père est désormais prioritaire par rapport à la ligne maternelle. Un tel changement intervient

¹⁰⁵⁰ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, Presses universitaires de Perpignan, 2008, p. 336.

¹⁰⁵¹ MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 331.

¹⁰⁵² BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit algérien de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, 2009, p. 101.

aujourd'hui par réaction au sentiment d'injustice exprimé par les pères qui se voyaient sacrifiés jusqu'à l'épuisement de la ligne maternelle¹⁰⁵³. Ces modifications sont la preuve que le législateur peut faire évoluer les règles du droit musulman lorsqu'il le souhaite. Les règles relatives au statut de l'enfant, et notamment celles concernant la filiation et la *kafala*, demeurent cependant sans changement¹⁰⁵⁴.

524. - La question de l'enfant né hors mariage reste l'un des plus grands tabous de la société algérienne. Le législateur algérien reste muet sur cette question ; pourtant, le nombre d'enfants nés hors mariage ne cesse d'augmenter en Algérie. Les mères célibataires existent et le nombre d'enfants illégitimes étant en accroissement, la question de l'enfant né hors mariage est au centre de tous les débats, surtout en ces temps de mutations politiques, économiques, et culturelles de la société. Or le législateur algérien n'a pas osé jusqu'à nos jours légiférer sur cette question : un vide juridique relatif au statut de l'enfant né hors mariage marque toujours le code de la famille algérien. Une *fetwa*¹⁰⁵⁵ émise en 1971 tendait à élargir le champ de légitimation de la filiation en autorisant le rattachement de l'enfant né hors mariage à son père. Malheureusement, le législateur algérien, dans la codification du code de la famille de 1984, n'a pas pris en considération cette *fetwa*¹⁰⁵⁶, car il considère que l'établissement de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage est une remise en question de la religion musulmane¹⁰⁵⁷. De part cette interprétation de la religion musulmane et ce positionnement du législateur algérien, il n'y a guère d'évolution possible du statut de l'enfant né hors mariage, et en conséquence le droit de la famille algérien reste loin de l'esprit des textes internationaux concernant l'égalité entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime. Il est également très loin des principes des droits occidentaux sur cette question, au point que la cour de cassation refuse d'appliquer la loi algérienne en tant que loi personnelle de l'enfant lorsqu'il s'agit de l'établissement de la filiation de ce dernier à l'égard de son père qui n'est pas marié avec sa mère.

525. - Le mariage en droit musulman joue un rôle prépondérant dans l'institution de la famille et sans doute peut-on affirmer qu'il est excessif. Jean-Christophe Robert explique que « la morale

¹⁰⁵³ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, Presses universitaires de Perpignan, 2008, p. 335.

¹⁰⁵⁴ BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit algérien de la famille », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, p. 110.

¹⁰⁵⁵ *Fetwa* signifie une décision en matière religieuse prise par le conseil musulman algérien.

¹⁰⁵⁶ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 8.

¹⁰⁵⁷ *loc. cit.*

islamique est peu différente de celle des autres monothéismes. Le lien charnel ne se conçoit qu'entre un homme et une femme, au sein d'une union légale qui transcende le coït, un mariage valablement formé et consommé (*nikah*) »¹⁰⁵⁸.

526. - L'application des règles du droit musulman en matière familiale a conduit à ce qu'aucune relation ne soit admise en dehors des liens du mariage car illicite par excellence¹⁰⁵⁹. La famille hors mariage n'existe pas dans ces pays, car les relations hors mariage heurtent le code d'honneur patriarcal, de même que l'éducation traditionnelle et la morale islamique¹⁰⁶⁰. L'enfant conçu d'une union hors mariage est encore considéré aujourd'hui comme le fruit du péché. Par conséquent, le droit de la famille algérien considère principalement le cas de l'enfant né dans le mariage (l'enfant légitime). Le droit algérien ignore l'enfant né hors mariage à tel point qu'il ne lui reconnaît même pas une filiation dont les effets pourraient être moins importants que celle de l'enfant légitime, comme ce fut le cas en droit français jusqu'à 2005. Il ne lui reconnaît aucune filiation paternelle du tout et tire toutes les conséquences de cette absence de filiation paternelle en ignorant la paternité de l'homme concerné. Ce dernier ne bénéficie d'aucun droit envers l'enfant et inversement, celui-ci ne peut rien demander à son père biologique, qui n'a aucun devoir envers lui.

527. - Cette nécessaire adaptation à l'époque est un problème socio-humain universel qui, au siècle où nous vivons, tend à prendre une dimension plus grande. La vie familiale est notamment confrontée aux influences du monde et aux règles internationales qu'imposent les temps modernes. Les droits de l'homme sont devenus la base de toute société moderne et constituent des normes supranationales, et il est nécessaire d'engager des réformes qui respectent ces principes¹⁰⁶¹. En refusant de faire évoluer son droit et en laissant certains sujets de droit, parmi les plus vulnérables puisque ce sont des enfants, dans une situation inférieure et discriminatoire, l'Algérie se maintient dans une situation de défaut de respect de ses engagements internationaux.

¹⁰⁵⁸ ROBERT Jean-Christophe, « Les infractions sexuelles au Maghreb et le droit pénal », in *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, p. 13.

¹⁰⁵⁹ BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002, p. 5.

¹⁰⁶⁰ *loc. cit.*

¹⁰⁶¹ HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, Presses universitaires de Perpignan, 2008, p. 340.

528. - Une harmonisation de toute la législation est nécessaire pour permettre aux pouvoirs publics d'imposer une vision cohérente, en conformité avec les engagements pris sur la scène internationale.

529. - Sans prétention, mais avec optimisme et pragmatisme, les évolutions sont pourtant possibles en droit de la famille algérien. Le législateur s'est engagé dans ce sens à travers la réforme du 27 février 2005 en supprimant partiellement l'inégalité entre le père et la mère dans l'attribution de la tutelle légale et de la *hadana*. Reste à souhaiter que la réalisation d'un tel équilibre juridique puisse s'étendre à la question de l'enfant né hors mariage. Peut-être qu'il faut envisager, sur la question particulièrement sensible de la filiation, de contourner la difficulté en trouvant une solution de compromis, qui n'irait pas jusqu'à établir la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage, mais qui conférerait dans un premier temps à celui-ci certains droits à l'égard de son père, comme un droit aux subsides. Dans le même esprit, ils pourraient être envisagés des droits pour les pères naturels qui ne relèveraient pas de la filiation mais de l'existence d'un lien biologique (droit de visite, droit d'information, etc.), ou d'utiliser le même système que le législateur tunisien a adopté afin de protéger l'enfant né hors mariage dans la loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue. Encore faudrait-il cependant que ces pères soient en demande de liens avec leurs enfants biologiques.

Bibliographie

A. Ouvrages généraux (manuels, traités, dictionnaires et encyclopédies etc.)

ABOU ZAHRA Mohamad, *L'imam Malik, sa vie et son époque, ses opinions et son fiqh*, Al qalam, 2007, 392 p.

AUFIERE Pierre et BABU Annie, *Guide de la médiation familiale étape par étape*, Erès, 2017.

BATTEUR Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, Lextenso, 2009.

BEHI Jelila, *Sans contrainte, L'islam au féminin*, Nirvana, 2003.

BEN CHEIKH ATH MALWIYA Lahssane, *Guide du droit de la famille*, en langue arabe, titre original « Al Mourchid fi kanoun Al ousra », Dar Homah, 2015.

BENKHEIRA Mohammed Hocine, GILADI Avner, MAYEUR-JAOUEN Catherine, *et al., La famille en Islam d'après des sources arabes*, Les Indes savantes, 2013.

BENOUIS Farida, *L'art islamique en méditerranée « Algérie », une architecture de lumière, les arts de l'Islam en Algérie*, Museum with no frontiers, 2017.

BIESELAAR Jean-Christophe, *Vivre le couple interculturel*, Farel, 2014, 168 p.

BOUATTA Fériel, *Islamoféminisme, des femmes relisent les textes religieux*, Koukou, 2017.

CARBONNIER Jean, *Droit civil, Tome 1 : introduction, les personnes, la famille, le couple*, Presses Universitaires de France, 2004.

CORNU Gérard, *Droit civil. La famille*, 7^{ème} édition, Montchrestien, 2001.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition, Presses Universitaires de France, 2016.

DEBOVE Frédéric, SALOMON Renaud, JANVILLE Thomas, *Droit de la famille*, Vuibert, 2011.

DEKEUWER-DEFOSSER Françoise, *Les droits de l'enfant*, Presses Universitaires de France, 1991.

De SCHUTTER Olivier, TUKENS Françoise et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *Code de droit international des droits de l'homme*, Bruylant, 2005.

DE SINGLY François, *Sociologie de la famille contemporaine*, 6^{ème} édition, Armand Colin, 2017.

DIVERS et al., *Dictionnaire Le Petit Robert*, 2014.

EGEA Vincent, *Droit de la famille*, 3^{ème} édition, Lexis Nexis, 2020.

ETAT ALGERIEN, *Code de la famille algérien et Code de l'État civil, texte intégral des codes mis à jour au 27 février 2005, annotations et jurisprudence*, Berti, 2013.

FENOUILLET Dominique, *Droit de la famille*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2019.

GARRAM Ibtissem, *Terminologie juridique dans la législation algérienne*, en langue arabe, titre original « Al mostalahat Al Kanounia fi Al tachrie Al jazairi », 1992.

GORE Claire, *L'adoption*, Armand Colin, 2007.

BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, 2^{ème} édition, Dalloz, 2014.

BONFILS Philippe et GOUTTENOIRE Adeline, *Droit des mineurs*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2021.

HARKAT A (trad.), *Essais de traduction du Coran*, Beyrouth, Dar al-Coran al-karim, 2008.

HARTANI Amine-Khaled, *Français juridique, introduction au droit, thèmes fondamentaux du droit algérien, lexicque*, Alger, Performances Editions, 2016.

HITZEL Frédéric, *L'empire Ottoman XV^{ème} –XIII^{ème} siècles*, Les Belles lettres, 2001.

LALAMI Feriel, *Les algériennes contre le code de la famille*, Science Po. Les Presses, 2012.

LECA Antoine, *Petite histoire du droit de la famille*, LexisNexis, 2019.

MAUNI Omar, *Un nouveau droit de la famille marocaine*, Cheminements, 2005, 255 p.

MECARY Caroline, *L'adoption*, Presses Universitaires de France, 2006.

MILLIOT Louis et BLANC François-Paul, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001.

MORAND Marcel, *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Ancienne maison Bastide-Jourdan, 1921.

PUIGELIER Catherine, *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Larcier, 2015.

STORA Benjamin, *Histoire de l'Algérie coloniale (1830-1954)*, Hibr, 2012.

TOUALBI-THAALIBI Issam, *Introduction historique au droit musulman, De la révélation coranique à la formalisation juridique*, Albouraq, 2013, 352 p.

B. Ouvrages spécialisés (monographie, thèse, mémoire, etc.)

ABOU-MRAD Fadi, *Lois de bioéthique et aspects culturels, difficultés du modèle libanais*, Dalloz, 2011.

ADDI Lahouari, *Les mutations de la société algérienne : famille et lien social dans l'Algérie contemporaine*, La découverte, 2004, 224 p.

AGAH-ALAOUI Bahieh, *L'autorité maritale en droit iranien et marocain*, L'Harmattan, 2010, 462 p.

AMANI Lakhdar, *L'adoption internationale : étude comparative entre le droit français et le droit tunisien*, BONSTANJI Sami (dir.), thèse de doctorat, Université Paris 1 et Université de Tunis, 2019.

AMOKRAN LEGUTOWSKA Grazyna, *Le mariage islamo-chrétien en France : une approche anthropologique*, DUFOULON Serge (dir.), thèse de doctorat, sociologie, Université de Grenoble, 2012.

ARIBI Katia, *Le contrat de mariage dans la législation algérienne, marocaine et française, étude comparative*, BAISET Didier (dir.) mémoire de master, droit privé et public, 2010.

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, 590 p.

BAFINAMENE KISOLOKELE Charles, *La stérilité du couple : approche théologique et pastorale en milieu ecclésial négro-africain*, mémoire de maîtrise en théologie, Faculté de théologie évangélique de Bangui, 1999.

BAKHITI Al Arbi, *L'organisation de la famille en Islam et l'ancien droit*, en langue arabe, titre original « Nidame Al ousra fi Al islam et Al charaa'iwa Al nodoum Al kanounia Al kadima », 1^{ère} édition, Kenouz Al Hikma, 2013.

BARA ABU ANZEH Mohamed, *Crime d'honneur en droit pénal jordanien*, DARSONVILLE Audrey (dir.) thèse de doctorat, droit privé, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2015.

BARRAUD Emilie, *L'adoption entre France et Maghreb de terre et de sang*, Paris, Non-Lieu, 2013, 305 p.

BART Jean, *Histoire du droit privé, de la chute de l'Empire romain au XIX^{ème} siècle*, Paris, Montchrestien, 2009, 534 p.

BELARBI Houari, *L'enfant né hors mariage et le droit algérien*, ANRT, 2002.

BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, *L'évolution des rapports entre époux en droit de la famille algérien*, Dahlab, 1998.

BOUCHAT Anne-Sophie, *Mater semper certa est : passé, présent, et avenir d'un adage, est-il encore cohérent de fonder la filiation maternelle sur l'accouchement ?*, mémoire de master en droit, Université Catholique de Louvain, 2017.

BOUCIF DEBAB Zoulikha, *Ethique de la recherche et des essais cliniques, cas de la procréation médicalement assistée (PMA)*, mémoire en biologie, option bioéthique, 2014.

BROSSIER Marie, *Les débats sur la réforme du code de la famille au Sénégal : de la redéfinition de la laïcité comme enjeu de processus de démocratisation*, mémoire de DEA, études africaines, option science politique, 2003-2004.

CHABIB ZIDANI Farida, *L'enfant né hors mariage en Algérie*, En.A.P, 1992.

CHARIF FELLER Dina, *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien, et tunisien*, Droz, 1996.

CHATEAUNEUF Doris, *Désir d'enfant procréation médicalement assistée et adoption : réflexion sur la définition des liens de parenté*, OUELLETTE Françoise-Romaine (dir.), thèse de doctorat, anthropologie, Université de Montréal, 2011.

CHIOUKH Rabiha, *Les enfants abandonnés entre prise en charge et marginalisation sociale, le cas de la pouponnière de Boukhalef Tizi-Ouzou*, mémoire d'anthropologie, 2012.

COLIN Joël, *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère*, Presses universitaires de Perpignan, 1998.

COUDOING Nadège, *Les distinctions dans le droit de la filiation*, PAILLET Elisabeth (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Toulon, 2007.

COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits malien et sénégalais*, FARGE Michel et KANTE Alassane (dir.), thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Grenoble Alpes et Université Cheikh Anta Diop (Dakar), 2015.

DABO Aissata, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone*, LAMARCHE Marie et GBAGUIDI Ahonagnon Noël (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux et Université d'Abomey-Calavi, 2017.

DHAINI Dania, *Mariage et libertés : étude comparative en droit français et libanais*, BERNARD-XEMARD Clara et IBRAHIM Ali (dir.), thèse de doctorat, sciences juridiques, Université Paris-Saclay et Université Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2016.

DIENG Pierre Léon André, *La procréation médicalement assistée*, mémoire de DEA, droit de la Santé, 2005.

DIVE Laura, *Les droits de l'enfant dans l'adoption reconnus par les textes législatifs internationaux et leur mise en œuvre en Belgique*, Larcier, 2009.

EL QOTNI Hanane, *Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman*, FULCHIRON Hugues, thèse de doctorat, Droit privé, Université Lyon 3 Jean Moulin, 2013.

FOBLETS Marie –Claire et CARLIER Jean-Yves, *Le code marocain de la famille, incidence au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, 2005.

GAFSIA Nawel, *L'invention coloniale du mariage musulman : le cas tunisien*, Lextenso, 2008, 278 p.

GAGNON Raymonde, *La grossesse et l'accouchement de la biotechnologie l'expérience des femmes au Québec*, FORTIN Sylvie (dir.), thèse de doctorat, sciences humaines appliquées, Université de Montréal, 2017.

GIUGLARIS Aude, *La puissance paternelle de la mère sur les enfants légitimes dans le code civil (1804-1970)*, BOTTIN Michel (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Côte d'Azur, 2018.

GRIS Christophe, *Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant*, GOUTTENOIRE Adeline (dir.), thèse de doctorat, droit, Université Bordeaux 4, 2013.

GUESSOUS Chakib, *Mariage et concubinage dans les pays arabes*, l'Esprit du Temps, 2018.

HILGER Geoffroy, *L'enfant victime de sa famille*, LABBEE Xavier et ARCHER Frédéric (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université Lille 2, 2014.

HOUHOU Yamina, *La kafala en droit algérien et ses effets en droit français*, LEMOULAND Jean-Jacques (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Pau, 2014.

HUBERT-DIAS Gwenaëlle, *L'intérêt supérieur de l'enfant dans l'exercice de l'autorité parentale, étude de droit européen comparé*, BRUNETTI-PONS Clotilde et GRANET-LAMBRECHTS Frédérique (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014.

KHATER Kheira, *L'utérus louable entre la loi et le droit musulman*, en langue arabe, titre original « Istiejar Al arhambayna al kanoun et Al chari'a al islamiya ».

KHILLO Imad, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'islam, le cas des pays arabes*, Presses universitaires d'Aix –Marseille, 2009.

KNIBIEHLER Yvonne, *Histoire des mères et de la maternité en Occident*, Presses Universitaires de France, 2002, 128 p.

KONE Ousmane, *La controverse autour du code des personnes et de la famille au Mali : enjeux et stratégies des acteurs*, CALVES Anne (dir.), thèse de doctorat, sociologie, Université de Montréal, 2015.

LAFFINEUR Simon, *La kafala de droit marocain, les nouveaux aspects juridiques de l'adoption*, Larcier, 2009.

LAMADDEB Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, FORTIER Vincente et ELHILA Abdelaziz (dir.), thèse de doctorat, droit privé et sciences criminelles, Université Montpellier 1, 2012.

LAMRABET Asma, *Femmes et hommes dans le Coran : quelle égalité ?*, La Croisée des chemins, 2012.

LAMRABET Asma, *Islam et femmes, les questions qui fâchent*, En toutes lettres, 2017.

LAVALLEE Carmen, *La protection internationale des droits de l'enfant entre idéalisme et pragmatisme*, Bruylant, 2015.

LAVALLEE Carmen, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Wilson et Lafleur, 2005.

LINANT DE BELLEFONDS Yves, *traité de droit musulman comparé*, Mouton &CO, 1973.

MAZOUZ Asmaa, *La réception du code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français, le mariage et ses effets*, NORD Nicolas (dir.), thèse de doctorat, droit international, Université de Strasbourg, 2014.

MEUNIER Guillemette, *L'application de la Convention des Nations Unies Relative aux Droits de l'enfant dans le droit interne des États parties*, l'Harmattan, 2002.

MONJID Mariam, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013.

MOUTASSEM-MIMOUNI Badra, *Naissances et abandons en Algérie*, EDIK, 2004, 232 p.

OUALAIZ Hanane, *L'évolution du statut personnel de la femme au Maroc, entre la loi de Dieu et les droits de l'homme*, SURREL Hélène (dir.), thèse de doctorat, droit public, Université Montpellier 1, 2014.

PAPI Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb, Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie*, l'Harmattan, 2009.

PERRIN Ségolène, *Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant, étude de droit comparé européen*, GRANET-LAMBRECHTS Frédérique (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Strasbourg, 2009.

POUSSON-PETIT Jacqueline, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, 524 p..

PRUVOST Lucie, *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, MALAURIE Philippe (dir.) thèse de doctorat, droit privé, Université Panthéon-Assas, 1977.

RIDWAN Zainab, *Le statut de la femme entre tradition et modernité*, Albouraq, 2006.

ROBLEH Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, FARGE Michel (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Grenoble, 2014.

ROUISSI Mourad, *L'union libre chez les jeunes tunisiens*, GAGNE Gilles (dir.), thèse de doctorat, sociologie, Université de Laval, 2010.

SAYCI Djamel, *La jurisprudence algérienne en matière de statut personne, les décisions de la Cour suprême*, en langue arabe, titre original « Al Ijtihad al jazaeri fi madate Al Ahwal Al chakhsiya, kararar Al mahkama Al oulya », ClicEditions, 2013.

STEGMANN Ricarda et SCHNEUWLY Purdie, *A propos de l'héritage, usages et enjeux pour les musulman.e.s de Suisse*, 2019, 27 p., disponible en ligne

https://www.unifr.ch/szig/fr/assets/public/uploads/Recherche/A5_CSIS_Papers1_F_Web.pdf.

TANNOUS Marie-Rose, *Les mariages islamo-chrétiens au Liban : une étude empirique et théorique*, DEMASURE Karlijn (dir.) thèse de doctorat, théologie, Université d'Ottawa, 2014.

TARHINI Rola, *Le sort de la femme auteur ou victime en droit pénal comparé*, LGDJ, 2012, 640 p.

TCHOUAR Djilali, *Réflexions épineuses du code de la famille*, Office des publications universitaires, 2004.

TEREL Julie, *Les figures de la maternité*, GOUTTENOIRE Adeline (dir.), thèse de doctorat, droit privé, Université de Bordeaux, 2016.

TINOUCHE-STUCKI Myriam, *Dire la maternité célibataire étude menée entre Casablanca et Rabat, Maroc*, mémoire de licence, ethnologie, 2004.

TOBICH Faiza, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, 354 p., disponible en ligne <https://books.openedition.org/puam/1002>.

TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible ?*, ROY Alain (dir.), mémoire de maîtrise, droit, Université de Montréal, 2011, 210 p.

SAARIO Vieno Voitto, *Etude des mesures discriminatoires contre les personnes nées hors mariage*, Nations Unies, 1968.

SAARIO Vieno Voitto, *La condition de la mère célibataire en droit et dans la pratique, rapport du Secrétaire général des Nations Unies*, Nations Unies, 1971.

VOISIN Virginie, *L'adoption en droit français et anglais comparés*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille- PUAM, 2004.

ZERRADI Mouna, *Les enjeux éthiques potentiels de la procréation médicalement assistés dans les pays musulmans, cas du Maroc*, Université Hassan II de Casablanca, 2009.

C. Articles et contributions

AL-DABBAGH Harith, « La réception de la kafala dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel ? » [en ligne], *Revue générale de droit*, 2017, 47 (1), p. 165–226. <https://doi.org/10.7202/1040499ar>.

AMEYAR Hafida, « Discrimination à l'égard des femmes, Algérie, vers la levée de la réserve sur l'article 16 ? » [en ligne], *Liberté Algérie*. <https://www.liberte-algerie.com/actualite/algerie-vers-la-levée-de-la-reserve-sur-l'article-16-260425/print/1>.

ASSOCIATION DES PARENTS ADOPTIFS D'ENFANTS RECUEILLIS PAR KAFALA, « La kafala et ses effets en France », *El Watan*, 5 octobre 2008.

ASSOCIATION DES PARENTS ADOPTIFS D'ENFANTS RECUEILLIS PAR KAFALA, « Quels sont les effets de la kafala sur le droit de la nationalité ? », extrait de presse, 7 juillet 2016.

BARRAUD Emilie, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin » [en ligne], *L'année du Maghreb*, 2008, IV. <https://doi.org/10.4000/anneemaghreb.476>.

BARRAUD Emilie, « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Actualités du droit musulman : genre, filiation et bioéthique*, *Revue internationale interdisciplinaire*, 2010.

BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « La garde : un attribut de la maternité en droit algérien » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Juillet-septembre 1986, Vol. 38 N°3. DOI : <https://doi.org/10.3406/ridc.1986.2485> www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_3_2485.

BEN CHEIKH HOCINE DENNOUNI Hadjira, « Les dispositions du code algérien de la famille », sur base de données Université Aix – Marseille [en ligne]. http://aan.msh.univ-aix.fr/Pdf/AAN-1984-23_15.pdf.

BEN ACHOUR Sana, « Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence » [en ligne], *Revue l'année du Maghreb, dossier : femmes, famille et droit*, 2005-2006. <https://doi.org/10.4000/anneemaghreb.89>.

BEN ACHOUR Souhayma, BENJEMIA Monia, BELLAMINE Meriem, « Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition » in BERNARD-MAUGIRON Nathalie et DUPRET Baudouin, *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 468 p.

BEN HOUNET Yazid et RUPERT Nouri, « L'application du droit de la famille au Maroc : Du « genre » et de la parentalité » [en ligne], *L'Année du Maghreb*, 2018, 18 | 2018, mis en ligne le 18 juin 2018, [consulté le 10 juillet 2020]. URL : <http://journals.openedition.org/anneemaghreb/3751> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/anneemaghreb.3751>.

BENOSMAN Nasrine Ines, « L'impact de la convention internationale des droits de l'enfant sur le droit algérien », en langue arabe, titre original « Al majala Al motawassitiyalikanounwa al Iktisad », *Revue méditerranéenne de droit et d'économie*, 2017, volume 2, n° 1, p. 8-18.

BERTHIAUD Emmanuelle, « Yvonne Knibiehler, Martine Sagaert, Les Mots des mères du xviième siècle à nos jours | Patricia Ménissier, Être mère, xviii-xxe siècle » [En ligne], *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2017, 45 | 2017, mis en ligne le 29 septembre 2017. URL : <http://journals.openedition.org/clio/13634> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/clio.13634>.

BETTAHAR Yamina, « La construction sociale de la parentalité : l'exemple de l'Algérie » [en ligne], *L'Année du Maghreb*, 2007, II | 2005-2006, mis en ligne le 08 juillet 2010. URL : <http://journals.openedition.org/anneemaghreb/97> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/anneemaghreb.97>.

BLANC François-Paul et LOURDE Albert, « Les conditions juridiques de l'accès au statut de la concubine – mère en droit musulman malékite » [en ligne], *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, 1983, n°36, pp.163-175. DOI : <https://doi.org/10.3406/remmm.1983.2004>.

BORRMANS Maurice, « Le nouveau Code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, Janvier-mars 1986, Vol. 38 N°1, p. 133-139. www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1986_num_38_1_2364.

BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Actes de la Journée d'étude sur le nom de l'enfant né hors mariage », *Les Cahiers du LADREN*, 2013.

BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit algérien de la famille », in POUSSON-PETIT Jacqueline, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, 524 p.

BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le droit de l'enfant à exprimer son opinion dans l'institution de kafala », *Les Cahiers du LADREN*, 2011, volume 2, n° 1, p. 51-59.

BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Le rapport mère/enfant dans les codes de la nationalité et de la famille », *Les Cahiers du LADREN*, 2008, volume 1, n° 1, p. 171-184.

BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Preuve scientifique et filiation, quelles perspectives en droit algérien ? », *Les Cahiers du LADREN*, 2011, volume 3, n°1, p. 55-71.

BOULENOUAR AZZEMOU Malika, « Recueil légal (kafala) et droit(s) », *Droit de la famille-Revue mensuelle lexisnexisjurisclasseur*, janvier 2009.

BOUZIANE Malika, « Les règles de filiation en droit algérien et leur réception par l'ordre juridique européen », in *le code de la famille en migration : quelle évaluation après 10 ans de pratiques judiciaires, actes du colloque internationale organisé les 28-29 novembre 2014*.

BUSKENS Léon, « Le droit de la famille au Maroc » in BERNARD-MAUGIRON Nathalie et DUPRET Baudouin, *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 468 p.

CADORET Anne, « Maternité et parenté plurielle » [en ligne], in *Adopción Internacional y Nacional: Familia, educación y pertenencia: perspectivas interdisciplinarias y comparativas*. <http://claradoc.gpa.free.fr/doc/358.pdf>.

CAMPS Gabriel, « Comment la Berbérie est devenue le Maghreb Arabe » [en ligne], *Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée*, 1983, n°35, p. 7-24. DOI : <https://doi.org/10.3406/remmm.1983.1979>.

CHERIF AMMARI Alya, « La condition juridique des femmes dans le code de la famille en Tunisie » [en ligne], *Après-demain*, 2007, 2007/1 (N ° 1, NF), p. 24-32. DOI : 10.3917/apdem.001.0024. URL : <https://www.cairn.info/revue-apres-demain-2007-1-page-24.htm>.

COMITE POUR L'ELIMINATION DE LA DISCRIMINATION A L'EGARD DES FEMMES, *Troisième et quatrième rapports périodiques de l'Algérie, observations finales du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, CEDAW/C/DZA/Q/4*

COULIBALY Tiémoko, *L'enregistrement de la naissance un droit fondamental de l'enfant*, sur maliweb.net [en ligne], publié le 26 mai 2015. <https://www.maliweb.net/societe/lenregistrement-de-la-naissance-un-droit-fondamental-de-lenfant-981822.html>.

DABBOU-BEN AYED Sophie, « Le rôle de la religion dans l'élaboration de la loi 2001 sur l'Assistance Médicale à la Procréation » [en ligne], *Revue juridique de l'Ouest*, 2010, n° spécial 2010-2. Droit, éthique et religion, quelles normes pour l'assistance médicale à la procréation ? Etude franco-tunisienne, p. 69-88. DOI : <https://doi.org/10.3406/juro.2010.4169>. www.Persee.fr/doc/juro_0990-1027_2010_hos_23_2_4169.

DE LA ROCHEBROCHARD Elise, « Médicalisation de l'infertilité : quelle est la situation mondiale du nord au sud ? » in GOURBIN Catherine, *Santé reproductive du Nord au Sud. De la connaissance à l'action. Actes de la Chaire Quetelet 2004*, Louvain-la-Neuve (Belgique), Presses Universitaires de Louvain, 2009, p. 277-292.

DELAUNAY Valérie, « Abandon et prise en charge des enfants en Afrique : une problématique centrale pour la protection de l'enfant » [en ligne], *Mondes en développement*, 2009, 2009/2 , n° 146, p. 33-46. DOI : 10.3917/med.146.0033. URL : <https://www.cairn-int.info/revue-mondes-en-developpement-2009-2-page-33.htm>.

DIVERS et al., « Le nouveau code de la famille marocain, rapport établi par des magistrats français à l'issue d'un voyage d'étude (du 19 au 29 juin 2007) sur l'application de cette législation », sur *jafbase*. <http://jafbase.fr/docMaghreb/EtudeDroitMarocain.pdf>.

FASSATOUI Omar, « « Halalité » en biomédecine : approches sunnites et chiites ou/ Nouveaux espaces du halal : approches sunnites et chiites en biomédecine » [en ligne], in BERGEAUD-BLACKER Florence, *Les sens du Halal, Première partie. Le halal comme espace normatif*, Paris, CNRS Éditions, 2015. <http://books.openedition.org/editionscnrs/24552>, DOI : <https://doi.org/10.4000/books.editionscnrs.24552>.

FORTIER Corinne, « Filiation versus inceste en Islam. Parenté de lait, adoption, PMA, et reconnaissance de paternité, de la nécessaire conjonction du sociale et du biologique », sur base de données de l'Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales [en ligne]. <http://las.ehess.fr/docannexe/file/1929/filiationislam.pdf>.

FORTIER Corinne, « Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, 59 | 2010-1, mis en ligne le 02 juillet 2010, p. 15-40. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1923>.

FORTIER Corinne, « Les ruses de la paternité en Islam Malékite, L'adultère dans la société maure de Mauritanie », in MOULIN Anne-Marie (éd.), *Islam et révolutions médicales. Le labyrinthe du corps*, Marseille/Paris, IRD/Karthala, 2013, p. 157-181. disponible en ligne https://www.academia.edu/19744152/Les_ruses_de_la_paternit%C3%A9_en_islam_mal%C3%A9kite_et_L_adult%C3%A8re_dans_la_soci%C3%A9t%C3%A9_maure_de_Mauritanie_in_Anne_Marie_Moulin_%C3%A9d_Islam_et_r%C3%A9volutions_m%C3%A9dicales_Le_labyrinthe_du_corps_Marseille_Paris_IRD_Karthala_2013_157_181.

GALLISSOT René, « Mais qu'il y a-t-il d'extraordinaire dans les mariages qui sont dits mixtes ? », *Revue marocaine d'études internationales*, 2003.

GHAZALI Ahmed, « Femmes et héritage en droit musulman : Quel cheminement vers l'équité au Maroc ? », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 111.

GOUTTENOIRE Adeline, GRIS Christophe, MAUMONT Bertrand, *et al.*, « La convention internationale des droits de l'enfant vingt ans après, commentaire article par article », *Revue Droit de la famille*, novembre 2009, n°4.

GOUTTENOIRE Adeline, « Les droits de l'enfant » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, Volume 66, n°2, pp. 565-580. DOI : <https://doi.org/10.3406/ridc.2014.20398> www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2014_num_66_2_20398.

HADDAD Younsi Nadia, « L'état civil en Algérie », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, 2007, n°812065, Faculté de Droit d'Alger, p. 83-108.

HAMDANI Souad, « Filiation par l'allaitement » [en ligne], *La revue lacanienne*, 2010, 2010/3 (n° 8), p. 103-112. DOI : 10.3917/Irl.103.0103. URL : <https://www.cairn.info/revue-la-revue-lacanianne-2010-3-page-103.htm>.

HANIFI Louisa, « La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, ses causes et ses effets à travers la jurisprudence algérienne », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2008, Presses universitaires de Perpignan, 2008, 358 p.

HOUOT Sandra, « Des usages éthiques du droit islamique : une réponse aux enjeux posés par la reproduction médicalement assistée », *Revue droit et culture*, 2010.

KELLAM Youssef, « L'héritage des femmes : entre le texte fondateur, l'interprétation et la réalité », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 19.

KHALIL Jamal, « Héritage et attitudes au Maroc : Accepter l'injustice, reconduire l'inégalité, entrer en conflit, chercher l'égalité », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 190.

KOLA Etienne, « Idéologie des droits de l'enfant et réalité en Afrique subsaharienne, quels paradigmes mobilisateurs ? » [en ligne], *Éthique en éducation et en formation*, 2017, (3), p. 69–83. <https://doi.org/10.7202/1042937ar>.

KOUDJIL Abderrahmane, « Polygamie au Maghreb, controverses autour d'un droit en mouvement » [en ligne], *Confluences Méditerranée*, 2002, 2002/2 (n°41), p.77-88. DOI : 10.3917/come.041.0077.URL : <https://www.cairn.info/revue-confluences-mediterranee-2002-2-page-77.htm>.

KOUIDRI Mostapha, « La garde de l'enfant après la réforme du code de la famille », *Revue algérienne des Sciences Juridiques et Politiques*, 2010, Volume 47, n°1, p. 47-75.

KOUMDADJI Abla, « Islam et parenté » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2017, volume 69, n°2, p. 307-326. DOI : <https://doi.org/10.3406/ridc.2017.20830>, www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2017_num_69_2_20830.

LAHOUD-TATAR Carine, « L'héritage musulman au Liban, une réglementation multiple pour une société plurielle », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 247.

LAMIDI Soulef, « Algérie : une étude lève le voile sur la situation des mères célibataires » [en ligne], *L'Emilie magazine socio-culturelles*, 2007. <http://dx.doi.org/10.5169/seals-283112>.

LAMRABET Asma, « L'exigence de justice entre les hommes et les femmes en islam », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 54.

LAMRABET Asma, « Vos femmes, ...Un champ de labour » sur [asma-lamrabet.com](http://www.asma-lamrabet.com), <http://www.asma-lamrabet.com/articles/vos-femmes-un-champ-de-labour/>.

LE BOURSICOT Marie-Christine, « La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, 59 | 2010-1, mis en ligne le 06 juillet 2010, consulté le 20 novembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/2138>.

LE BOURSICOT Marie-Christine, « Les enfants recueillis en Kafala par des ressortissants français » [en ligne], *Journal du droit des jeunes*, 2006, 2006/10 (n° 260), p. 46-49. DOI : 10.3917/jdj.260.0046. URL : <https://www.cairn.info/revue-journal-du-droit-des-jeunes-2006-10-page-46.htm>.

LE BRIS Anne, « La maternité interdite : être mère sans être épouse en Tunisie », sur *erudit.org*, publié le 15 février 2010. <https://www.erudit.org/fr/revues/rf/2009-v22-n2-rf3635/039209ar/>.

LEKEBE OMOUALI Daphtone, « Les réformes du droit de la famille dans les États d'Afrique noire francophone : tendances maliennes » [en ligne], *Annales Africaines*, décembre 2018. http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/LEKEBE_OMOUALI_LES_REFORMES_ET_LA_FAMILLE.pdf et <http://credila.ucad.sn/index.php/joomla-fr/annales?showall=&start=6>.

LEZZAR Nasr-Eddine, « La femme et les droits de l'homme en droit algérien », *Naqd*, 2006, 2006/1-2 (N° 22-23), p. 41-46.

LTAIEF Wassila, « Conventions internationales, mariage mixte et droit successoral en Afrique du Nord : Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir » [en ligne], *Revue internationale des sciences sociales*, 2005, 2005/2 (n° 184), p. 363-383. DOI : 10.3917/riss.184.0363. URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-des-sciences-sociales-2005-2-page-363.htm>.

MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984 », *Revue l'année du Maghreb*, 2005-2006, II | 2005-2006 : Dossier : Femmes, famille et droit, p. 97-137.

MAHIEDDIN Nahas Mohamed, « Quelques aspects des rapports juridiques entre parents et enfants en droit algérien de la famille », in CARLIER Jean-Yves et VERWILGHEN Michel, *Le statut personnel des musulmans, droit comparé et droit international privé*, Bruylant, 1992.

MANJOO Rashida, « La violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences », in Assemblée générale des Nations Unies, *Rapport du Conseil des Droits de l'Homme*, 2011.

MARCHAL ESCALONA Nuria, « Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol » [en ligne], *Revue critique de droit international privé*, 2015, 2015/1 (n°1), p. 89-113.

MESSAOUDI Karima, « Une moitié en héritage » [en ligne], *La Pensée*, 2015, 2015/3 (n° 383), p. 41-46. DOI : 10.3917/lp.383.0041. URL : <https://www.cairn.info/revue-la-pensee-2015-3-page-41.htm>.

MONJID Mariam, « Les apports de la réforme du droit marocain de la famille », in POUSSON-PETIT Jacqueline, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, 524 p.

MOUKARZEL HECHAIME Alexa, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban » [en ligne], *Droit et cultures*, 2010, 59 | 2010-1, p. 121-164, mis en ligne le 06 juillet 2010. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1992>.

MOUTASSEM-MIMOUNI Badra, « Les enfants privés de famille en Algérie » [en ligne], *Insaniyat*, 2008, 41 | 2008, mis en ligne le 12 juin 2012. URL : <http://journals.openedition.org/insaniyat/2398> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/insaniyat.2398>.

N'DIAYE Marième, « Rapports sociaux de sexe et production du droit de la famille au Sénégal et au Maroc » [en ligne], *Cahiers du Genre*, 2014, 2014/2 (n° 57), p. 95-113. DOI : 10.3917/cdge.057.0095. URL : <https://www.cairn.info/revue-cahiers-du-genre-2014-2-page-95.htm>.

NEIRINCK Claire, « De la parenté à la parentalité » [en ligne], in BRUEL Alain, *De la parenté à la parentalité*, Toulouse, Érès, 2001, p. 15-28. DOI : 10.3917/eres.neiri.2003.01.0015. URL : <https://www.cairn.info/de-la-parente-a-la-parentalite--9782865869503-page-15.htm>.

OSSOUKINE Abdelhafid, « Faut-il bruler l'enfant naturel », sur *academia.edu*. <https://www.academia.edu/9863518/Faut-il-br%C3%BBler-lenfant-naturel?auto=download>.

OSSOUKINE Abdelhafid, « Le droit de l'enfant naturel d'accéder à ses origines », *Les cahiers du LADREN*, 2013, 2013 | n°4.

OSSOUKINE Abdelhafid, « L'interdiction matrimoniale induite par le co-allaitement en droit musulman » [en ligne], *revue internationale de droit comparé*, 2000, 2000/61-2(1), p. 359-382. https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2009_num_61_21_19862#ridc_0035-3337_2009_num_61_21_T5_0361_0000.

OUBROU Tareq, « Ijtihad et égalité entre les hommes et les femmes dans l'islam », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 41.

OUBROU Tareq, « La kafala et la sharia », *Les revues Jurisclasseur, Droit de la famille*, 2009, n°1, LexisNexis.

OUSLIMANI Nawal, « Les vicissitudes du droit de la famille algérien », in POUSSON-PETIT Jacqueline, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, 524 p.

PREURE Mourad, « Kafala, Les enfants sont nés pour être heureux », *Liberté Algérie*, 07 avril 2011.

PRUVOST Lucie, « Le mariage interreligieux au regard de l'Islam » [en ligne], *Hommes et migrations*, 1993, n°1167, p. 30-33. http://www.persee.fr/doc/homig_1142-852X_1993_hum_1167_1_2056.

PRUVOST Lucie, « Kafala et droit à une généalogie ou de la protection du droit de tout enfant à avoir une famille », *Revue des droits de l'enfant et de la femme (CIDDEF)*, 2008, n° 17, p.13-15.

RACHIDIOU Mustapha, « La kafala se développe en dépit des insuffisances juridiques – chemin ardu de l'adoption », *El Watan*, 08 juin 2006.

RAFIKI Mohamed Abdelouahab, « L'Islam : une révolution pour instaurer l'égalité entre l'homme et la femme », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 61.

RAHOU Yamina, « Les mères célibataires une réalité occultée », *Naqd*, 2006, 2006/1-2 (N° 22-23), p. 47-60.

RAMATOULAYE SANE Binetou, « Les spécificités de l'adoption au Sénégal », sur *senepius.com*, publié le 22 avril 2013. <https://www.senepius.com/article/les-sp%C3%A9cificit%C3%A9s-de-ladoption-aus%C3%A9n%C3%A9gal>.

ROBERT Jean-Christophe, « Les infractions sexuelles au Maghreb et le droit pénal », in POUSSON-PETIT Jacqueline, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, l'Harmattan, 2009, 524 p.

RUDE-ANTOINE Edwige, « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », in KHAIAT Lucette et MARCHAL Cécile, *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, 432 p.

SAADI Nacira, « L'institution de la kafala en Algérie et sa réception par le système juridique français » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2014, volume 66, n°1. <https://doi.org/10.3406/ridc.2014.20344>, https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2014_num_66_1_20344.

SAGHIEL Nizar, « Enfant illégitime ou abandonné », sur *liban.viabloga.com*, avril 1998. <http://liban.viabloga.com/news/enfant-illegitime-ou-abandonne>.

SAI Fatima-Zohra, « Le statut de l'enfant dans la convention relative aux droits de l'enfant de 1989 », *Les Cahiers du LADREN*, 2008, n° 1, p. 157-170.

SAIDI Kamel, « La réforme du droit algérien de la famille : pérennité et rénovation » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 2006, volume 58, n°1, p. 119-152. DOI <https://doi.org/10.3406/ridc.2006.19414> www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2006_num_58_1_19414.

SAMBRON Diane, « L'évolution du statut juridique de la femme musulmane à l'époque coloniale » [en ligne], *Histoire de la justice*, 2005, 2005/1 (n° 16), p. 123-142. DOI : 10.3917/rhj.016.0123. URL : <https://www.cairn.info/revue-histoire-de-la-justice-2005-1-page-123.htm>.

SOW SIDIBE Amsatou, « L'adoption au Sénégal et en Afrique francophone » [en ligne], *Revue internationale de droit comparé*, 1993, volume 45, n°1, p. 129-154. DOI : <https://doi.org/10.3406/ridc.1993.4623> www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1993_num_45_1_4623.

TABET-DERRAZ Ahlem et HAMADI KADDOU Farida, « Abandon d'enfant et droit au nom » [en ligne], *Les cahiers du LADREN*, 2008, volume 1, n°1, p. 199-206. <https://www.asjp.cerist.dz/en/article/90902>.

YAFOUT Mérieme et BENCHEKROUN Siham, « L'impossible débat sur l'inégalité dans l'héritage, L'héritage des femmes », in BENCHEKROUN Siham, *L'héritage des femmes, réflexion pluridisciplinaire sur l'héritage au Maroc*, Empreintes, 2016, p. 20.

ZAHROUNI Emma, ZOUARI Salma et EL ELJ Moez, *Egalité dans l'héritage et autonomie économique des femmes*, ONU Femmes, 2014, 131 p. disponible en ligne <https://www.unu-tn.org/uploads/documents/14323068260.pdf>.

ZERROUR Leila, « Le concubinage entre interdit et réalité », sur *Aujourd'hui le Maroc*, publié le 25 décembre 2016. <https://aujourd'hui.ma/societe/le-concubinage-entre-interdit-et-realite>.

D. Sites et pages de sites internet

DIVERS et al., *Arabic Bayynat* [en ligne]. [arabic.bayynat.org.lb /books/ quran/Bakara70.htm](http://arabic.bayynat.org.lb/books/quran/Bakara70.htm).

DIVERS et al., « Droits de l'enfant au Mali », sur *Wikipedia*.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Droits_de_l%27enfant_au_Mali#Le_trafic_d'enfants_et_la_traite_transfrontali%C3%A8re.

DIVERS et al., « Enquête sur les besoins de la mère célibataire en Tunisie », sur *Santé sud*, publié en mai 2016.

<http://www.santesud.org/sinformer/actions/Etude%20besoins%20MC%20Tunisie%202016.pdf>.

DIVERS et al., « Fuite des cerveaux », sur *Wikipedia*.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Fuite_des_cerveaux.

DIVERS et al., « Islam », sur *Wikipedia*.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Islam#D%C3%A9mographie_et_g%C3%A9ographie.

DIVERS et al., « Islam en Algérie », sur *Wikipedia*.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Islam_en_Alg%C3%A9rie.

DIVERS et al., « Li'an », sur *Encyclopédie de l'Islam*,

<http://referenceworks.brillonline.com/browse/encyclopedie-de-l-islam/alphaRange/Lh%20-%20Ln/L>.

DIVERS et al., « Liban », sur *Wikipedia*. <https://fr.wikipedia.org/wiki/Liban#Religions>.

DIVERS et al., « Mali : le nouveau Code de la famille accueilli par des violences », sur *genre en Action*.

<https://www.genreenaction.net/Mali-le-nouveau-Code-de-la-famille-accueilli-par.html>.

DIVERS et al., « Mariage mixte », sur *site du Ministère de l'intérieur, des collectivités locales et de l'aménagement du territoire algérien*, <https://www.interieur.gov.dz/index.php/fr/%C3%A9trangers-en-alg%C3%A9rie/mariage-mixte.html>.

DIVERS et al., « Pew Research Center », sur *Wikipedia*.

https://fr.wikipedia.org/wiki/Pew_Research_Center.

DIVERS et al., « Pour une meilleure insertion sociale et professionnelle des mères célibataires au Maghreb », sur *Santé sud*, publié en mai 2016.

<http://www.santesud.org/sinformer/actions/Etude%20besoins%20MC%20Tunisie%202016.pdf>.

DIVERS et al., « Sénégal », sur *Wikipedia*.

https://fr.wikipedia.org/wiki/S%C3%A9n%C3%A9gal#Religions_et_croyances.

DIVERS et al., Site du Ministère de la solidarité nationale et de la Famille algérien [en ligne],

https://www.msnfcm.gov.dz/fr/?p=allocation_forfait_solid.

DIVERS et al., « Situation des mères célibataires », sur *Ofpra*.

https://www.ofpra.gouv.fr/sites/default/files/atoms/files/1604_dza_merescelibataires_0.pdf.

DIVERS et al., « Zina », sur *Encyclopédie de l'Islam*,

<https://referenceworks.brillonline.com/browse/encyclopedie-de-l-islam/alphaRange/Zh%20-%20Zn/Z>.

E. Législation

1) Internationale

Charte Africaine des Droits et de Bien-être de l'enfant

Convention du 10 septembre 1962 sur le consentement au mariage

Convention de la Haye du 29 mai 1993

Convention de New-York du 26 janvier 1990 relative aux droit de l'enfant

Convention européenne des droits de l'homme

Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924

Déclaration des droits de l'homme

Déclaration universelle des droits de l'enfant de 1959

CRC/C/SR.1714 et 1715, 8 juin 2012 (Algérie)

CEDAW/C/DZA/Q/4 (Algérie)

2) Nationale

a. France

Code civil

Code de l'action sociale

Code civil de 1804

Loi du 27 juin 1904 portant sur les services des enfants assistés

Loi du 14 décembre 1964 : grande réforme du statut des mineurs

Loi du 13 juillet 1965 : grande réforme des régimes matrimoniaux

Loi du 11 juillet 1966 : réforme de l'adoption

Loi du 3 janvier 1968 : réforme des incapables majeurs

Loi n°70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale

Loi du 3 janvier 1972 : réforme de la filiation

Loi du 5 juillet 1974 : abaissement l'âge de la majorité à 18 ans

Loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale

Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil, relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales

Loi du 15 novembre 1999 : concubinage/aménage le PACS

Loi du 6 février 2001

Loi du 3 décembre 2001 : réforme des successions, plus de droits au conjoint survivant

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale

Loi du 26 novembre 2003

Loi du 23 juin 2006 : sur succession et libéralités, complète la loi de 2001

Loi du 17 mai 2013 : mariage entre personnes de même sexe

Loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant

Ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation

b. Algérie

Code civil

Code de la famille de 1984

Code de la famille de 2005

Code de la nationalité

Code de la protection et de la promotion de la santé de 1985

Code de la santé publique de 1976

Code de procédure civile et administrative

Code d'état civil

Code pénal

Décret n° 80-83 de mai 1980 portant création, organisation du foyer pour enfants assistés

Décret du 13 janvier 1992

Décret n°94-336 du 24 octobre 1994

Décret exécutif n° 96-122 du 6 avril 1996

Décret exécutif n°96-353 du 19 octobre 1996

Loi du 23 mars 1882 (Col.)

Loi du 2 septembre 1941 sur la protection de la naissance (Col.)

Loi du 4 mars 1958 (Col.)

Loi du 31 décembre 1962

Ordonnance n°76-79 du 23 octobre 1976 portant sur le code de la santé publique

Loi N° 84-11 du 09 Juin 1984 portant le code de la famille

Loi n°85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé

Loi n°90-17 modifiant et complétant la loi n°85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé (LPPS)

Loi n° 15-01 du 4 janvier 2015 portant création d'un fonds de la pension alimentaire

Loi n°15-05 relative à la prise en charge des enfants abandonnés

Loi n°15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant

Loi n°18-11 du 2 juillet 2018 relative à la santé

Loi relative à la protection de l'enfant

Ordonnance du 4 février 1959 nommée « loi Sidi Cara

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

c. Autres

Egypte, Loi sur l'enfant n°12-1996

Egypte, Loi n°126-2008

Mali, Code de la famille

Mali, Code du mariage et de la tutelle

Mali, Code de la parenté

Maroc, Code de la famille marocain, aussi appelé Moudawana de la famille marocaine

Maroc, Loi marocaine du 13 juin 2002

Maroc, Loi n°15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés

Koweït, Code du statut personnel

Sénégal, Code de la famille

Sénégal, Loi du 24 avril 1833 (Col.)

Sénégal, Décret du 20 mai 1857 (Col.)

Sénégal, Loi n°72-61 du 12 juin 1972

Tunisie, Code du statut personnel

Tunisie, Code pénal

Tunisie, Loi du 4 mars 1958

Tunisie, Loi du 3 juin 1966

Tunisie, Loi du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue

Tunisie, Loi du 7 août 2001

F. Jurisprudence

1) International

Cours européenne des droits de l'homme, Kearns c/ France, 10.01.2008

2) Nationale

a. Algérie

Cour suprême 15.05.1968

Cour suprême, 09.01.1984, dossier n° 32158

Cour suprême, 19.01.1984, dossier n°34046

Cour suprême, 09.07.1984, dossier n° 33921

Cour suprême, 20.06.1988, arrêt n° 50011

Cour suprême, 26.09.1988, dossier n° 50519

Cour suprême, 19.12.1988, dossier n°51894

Cour suprême, 13.03.1989, dossier n° 52221

Cour suprême, 03.07.1989, dossier n° 54353

Cour suprême, 21.05.1991, dossier n° 70801

Cour suprême, 17.03.1992, dossier 82086

Cour suprême, 12.05.1992, dossier n°82550

Cour suprême, 22.12.1992, dossier 88464

Cour suprême, 19.01.1993, dossier n°89189

Cour suprême, 13.07.1993, dossier 90277

Cour suprême, 02.11.1996, dossier n°217687

Cour suprême, 30.09.1997, dossier n°171684

Cour suprême, 28.10.1997

Cour suprême, 21.04.1998, dossier n°189234

Cour suprême, 19.05.1998, dossier 222674

Cour suprême, 17.11.1998, dossier n°210478

Cour suprême, 19.12.1988, dossier n° 51894

Cour suprême, 16.03.1999, dossier n° 216886

Cour suprême, 20.04.1999, dossier 221186
Cour suprême, 18.05.1999, dossier 222579
Cour suprême, 15.06.1999, dossier n° 222674
Cour suprême, 15.06.1999, dossier n° 224734
Cour suprême, 15.06.1999, dossier 224652
Cour suprême, 16.11.1999, dossier n°230418
Cour suprême, 16.11.1999, dossier 231543
Cour suprême, 16.11.1999, arrêt n° 230402
Cour suprême, 21.03.2000, arrêt n° 235034
Cour suprême, 20.06.2000, dossier n°246416
Cour suprême, 18.07.2000, dossier 240425
Cour suprême, 18.07.2000, dossier n°241293
Cour suprême, 19.03.2003, dossier n°292321
Cour suprême, 18.05.2005, dossier n° 331058
Cour suprême, 04.01.2006, dossier n°347914
Cour suprême, 17.01.2006, dossier n° 348247
Cour suprême, 05.03.2006, dossier n°355180
Cour suprême, 14.07.2006, dossier n° 540
Cour suprême, 11.04.2007, dossier n° 384529
Cour suprême 09. 05.2007, dossier n°390381
Cour suprême, 12.03.2008, dossier n° 426431
Cour suprême, 14.01.2009, dossier n°476515

b. Maroc

Cour suprême marocaine, arrêt du 30.12.2004, dossier n°2003 :1.2.556
Cour suprême, arrêt n° 319, rendu en date du 24 mai 2006, dossier n° 461/2/1/2005

Table des matières

Sigles et abréviations	11
Index des principaux termes arabes	13
Introduction.....	17
Première partie : Le droit de l'enfant à une famille	33
Titre 1 ^{er} : Les conditions d'insertion de l'enfant dans sa famille biologique	37
Chapitre 1 : L'enfant né de parents mariés	39
Section 1 : Etablissement de la filiation paternelle	39
§ 1 : La primauté de la filiation paternelle et légitime	39
A. Etablissement de la filiation paternelle fondé exclusivement sur le mariage ..	40
B. Etablissement de la filiation paternelle légitime dans des cas particuliers	44
1) Filiation dans le mariage polygamique	44
2) La filiation par procréation médicalement assistée.....	47
3) Le mariage mixte et l'établissement de la filiation.....	54
§ 2 : Les modes d'établissement de la filiation paternelle	59
A. La présomption de paternité issue du mariage	59
B. Les nouveaux modes d'établissement de la filiation paternelle légitime.....	65
1) Les actes d'état civil	65
2) Le nouveau moyen issu du progrès scientifique : la filiation par la vérité génétique.....	69
Section 2 : L'établissement de la filiation maternelle	70
§ 1 : L'accouchement comme fondement de la filiation maternelle	71
A. L'évidence de la maternité par l'accouchement.....	71
B. L'infériorité de la filiation maternelle	72
§ 2 : Les preuves de la filiation maternelle.....	76
A. Le témoignage comme moyen de preuve de la maternité.....	76

B. L'acte de naissance comme preuve et mode d'établissement de la filiation maternelle	77
Conclusion de chapitre	79
Chapitre 2 : L'enfant né de parents qui ne sont pas mariés ensemble	81
Section 1 : Etablissement de la filiation maternelle	84
§ 1 : L'enfant adultérin et l'établissement de la filiation maternelle	84
A. Les conséquences de l'adultère de la mère sur le plan matrimonial	84
B. Les conséquences de l'adultère de la mère sur le plan du rattachement de l'enfant à son père.....	85
1) Le désaveu de paternité par <i>Li'an</i>	85
2) Les conséquences du désaveu de paternité	87
§ 2 : L'établissement de la filiation maternelle de l'enfant conçu dans la « fornication »	88
A. La condition juridique de la mère célibataire et de son enfant	89
B. La situation sociale de la mère non mariée et de son enfant	96
Section 2 : La filiation paternelle de l'enfant né hors mariage.....	102
§ 1 : Le refus d'établissement de la paternité hors mariage	102
A. Le fondement de l'interdiction de l'établissement de la filiation hors le lien du mariage	102
B. Les effets désastreux de la norme prohibant d'établir la filiation paternelle	104
§ 2 : Les exceptions qui permettent d'établir la filiation paternelle	106
A. La paternité de l'enfant né d'une relation sexuelle hors mariage.....	106
1) L'artifice juridique permettant d'établir la paternité d'un enfant adultérin	106
2) L'enfant né de deux personnes célibataires	108
B. La filiation incertaine de l'enfant né d'un mariage coutumier	111
Conclusion de chapitre	117
Conclusion du Titre 1 de la Partie 1	119
Titre 2 nd : Le droit de l'enfant à une famille de substitution.....	121
Chapitre 1 : L'adoption comme substitut à la famille d'origine.....	123
Section 1 : Histoire de l'adoption en islam : entre coutume et prohibition.....	124
§1 : L'adoption au cœur des trois religions monothéistes et des cultures préislamiques	124
A. L'adoption au centre des cultures préislamiques	125
B. Le regard des différentes religions monothéistes envers l'adoption	127
§2 : L'interdiction de l'adoption par la majorité des pays musulmans	128
A. Affirmation de l'interdiction de l'adoption	129

B.	Les pratiques alternatives à l'adoption	131
1)	L'adoption par le lait	132
2)	Le <i>Tanzil</i> ou héritage par substitution	134
Section 2 :	L'existence de l'adoption dans certains pays musulmans	136
§ 1 :	L'adoption dans les pays arabes	137
A.	L'adoption en droit tunisien	137
1)	La justification du développement de l'adoption	138
2)	La cohabitation du droit positif avec le droit musulman dans l'institution de l'adoption	140
B.	L'adoption en droit libanais	144
1)	Les conséquences du multi-communautarisme au niveau du statut personnel.....	145
2)	L'admission de l'adoption en Liban selon la religion des adoptants	146
§2 :	L'adoption dans les pays musulmans non arabe	147
A.	Le cadre juridique de l'adoption au Mali et au Sénégal.....	150
1)	Les motivations du développement de l'adoption	151
2)	La typologie de l'adoption	151
B.	Le climat de la réforme de l'adoption dans les deux pays.....	154
1)	Au Sénégal.....	155
2)	Au Mali	156
Conclusion de chapitre	161
Chapitre 2 :	La <i>Kafala</i>	163
Section 1 :	Un acte à dimension humanitaire.....	163
§ 1 :	Les caractéristiques de la <i>kafala</i>	164
A.	La <i>kafala</i> , une institution à usages multiples.....	165
1)	Une protection pour les enfants abandonnés	165
2)	Une protection pour les enfants non abandonnés	165
B.	La <i>kafala</i> , une institution de parentalité spécifique	166
§ 2 :	La consécration de la <i>kafala</i> au nom de l'intérêt de l'enfant.....	167
A.	Les conditions favorables au développement de l'enfant makfoul.....	168
1)	Les conditions liées à la situation de l'enfant makfoul.....	168
2)	Les conditions relatives à la personne du kafil	170
B.	Des effets principalement en faveur de l'enfant makfoul	172
1)	Les effets extrapatrimoniaux	172
2)	Les effets patrimoniaux.....	173
Section 2 :	Les améliorations législatives récentes à l'institution de la <i>kafala</i>	175

§ 1 : Le développement de la <i>kafala</i>	175
A. Des dispositions qui renforcent le rattachement de l'enfant makfoul au sein de la famille <i>kafila</i>	176
B. Des réformes insuffisantes.....	178
1) Des insuffisances envers l'enfant makfoul	178
2) Des insuffisances envers le kafil.....	184
§ 2 : La <i>kafala</i> sur le plan international	185
A. La sollicitation de la <i>kafala</i> par des ressortissants algériens	186
1) L'évidence d'un recueil légal dans son pays d'origine	186
2) L'émigration de l'enfant makfoul et l'enjeu d'une continuité identitaire ..	187
B. Réception de l'institution de la <i>kafala</i> dans le système juridique français	188
Conclusion de chapitre	193
Conclusion du Titre 2 de la Partie 1	195
Conclusion de la Partie 1	197
Deuxième partie : Le droit de l'enfant dans sa famille	199
Titre 1 ^{er} : Une différence de traitement dans les droits personnels.....	201
Chapitre 1 : La tutelle légale, « <i>Wilaya</i> »	203
Section 1 : La tutelle légale de l'enfant mineur né de parents mariés	204
§ 1 : L'attribution de la tutelle légale aux parents mariés.....	204
A. L'attribution de la tutelle légale en droit musulman	204
B. L'exercice de la tutelle légale au père marié en droit de la famille algérien ..	206
§ 2 : L'accès de la mère mariée à la tutelle légale	209
A. Le rôle subsidiaire de la mère dans l'exercice de la tutelle légale.....	209
B. Une coparentalité limitée	214
Section 2 : La tutelle légale de l'enfant né de parents non mariés	217
§ 1 : La tutelle légale, inaccessible pour le père non marié	217
A. Impossibilité pour le père d'exercer la tutelle légale	218
B. Le regard de la Convention internationale des droits de l'enfant	220
§ 2 : La tutelle légale, un privilège maternel pour l'enfant illégitime	222
A. Exclusivité donnée à la mère d'exercer la tutelle légale.....	222
B. Décès ou incapacité de la mère non mariée à exercer la tutelle légale	223
Conclusion de chapitre	225
Chapitre 2 : La garde de l'enfant « <i>Hadana</i> »	227
Section 1 : La <i>hadana</i> de l'enfant né de parents mariés	228
§ 1 : <i>Hadana</i> , un privilège maternel pour l'enfant légitime	229
A. La priorité accordée à la mère limitée par l'intérêt de l'enfant.....	229

1) La priorité accordée à la mère	229
2) La prééminence de l'intérêt de l'enfant sur le privilège maternel	232
B. La cessation de la <i>hadana</i> de la mère	235
1) Age légal de la cessation de la <i>hadana</i>	235
2) La renonciation de la mère au droit de garde de l'enfant	237
C. La déchéance de la <i>hadana</i> de l'enfant	238
1) La déchéance de la mère de la <i>hadana</i>	238
2) La déchéance de la branche maternelle de la <i>hadana</i>	244
D. Rétablissement de la garde	245
§ 2 : La dévolution limitée de la <i>hadana</i> au père à défaut de mère	245
A. La dévolution de la <i>hadana</i> dans le code de la famille algérien de 1984	245
B. La dévolution de la <i>hadana</i> dans le code de la famille algérien de 2005	247
Section 2 : L'exercice du droit de la <i>hadana</i> de l'enfant né de parents non mariés	248
§ 1 : La <i>Hadana</i> , un monopole maternel pour l'enfant né hors mariage	249
A. L'attribution de la <i>hadana</i> de l'enfant illégitime, un droit de la mère non mariée	249
B. La déchéance de la mère non mariée du droit de garde	250
§ 2 : La <i>hadana</i> , un accès impossible pour le père biologique de l'enfant né hors mariage	252
A. L'impossibilité faite au père d'exercer la <i>hadana</i> de l'enfant illégitime	252
B. Nécessité d'une législation pour améliorer la situation de l'enfant	254
Conclusion de chapitre	257
Conclusion du Titre 1 de la Partie 2	259
Titre 2 nd : Les droits patrimoniaux	261
Chapitre 1 : L'obligation d'entretien, <i>Nafaqa</i>	263
Section 1 : La <i>nafaqa</i> de l'enfant né de parents mariés	263
§ 1 : La <i>nafaqa</i> , un devoir paternel pour l'enfant légitime	263
A. La <i>nafaqa</i> incombe principalement au père de l'enfant légitime pendant le mariage	264
B. La <i>nafaqa</i> de l'enfant légitime maintenue à la charge du père après le divorce	267
§ 2 : L'entretien de l'enfant, une obligation de la mère à défaut du père	272
A. L'obligation subsidiaire de la mère mariée d'assurer la <i>nafaqa</i> de l'enfant ..	273
B. Autres suppléants	274
1) Obligation d'entretien incombant à d'autres membres de la famille	275
2) Le rôle de l'État	275
Section 2 : La <i>nafaqa</i> de l'enfant né hors mariage	277

§ 1 : L'absence du père	277
A. Exclusion de l'enfant né hors mariage du bénéfice de la <i>nafaqa</i> à l'égard de son père en droit algérien	278
B. La <i>nafaqa</i> de l'enfant né hors mariage en droit tunisien.....	279
§ 2 : La <i>nafaqa</i> de l'enfant né hors mariage : un devoir exclusif à l'égard de la mère	281
A. L'obligation d'entretien pesant prioritairement sur la mère de l'enfant né hors mariage.....	281
B. Inégalité entre la mère mariée et la mère non mariée.....	282
Conclusion de chapitre	285
Chapitre 2 : Le droit successoral	287
Section 1 : Le droit de succession de l'enfant né de parents mariés	288
§ 1 : De la succession de l'enfant légitime à l'égard des père et mère	288
A. Le droit musulman en tant que fondement du droit successoral dans le droit de la famille algérien	289
B. Le maintien d'inégalités en matière d'héritage entre les filles et les garçons	290
§ 2 : Des droits des père et mère à la succession de l'enfant légitime	295
A. Les droits des parents dans la succession de leur enfant légitime	295
B. Les droits des grands-parents à l'égard des petits-enfants	296
Section 2 : Le droit de succession de l'enfant né de parents non mariés	298
§ 1 : L'impossibilité faite à l'enfant illégitime d'accéder à la succession de son père	298
A. Exclusion de l'enfant illégitime de la succession du père biologique en droit Algérien.....	298
B. Exclusion de l'enfant né hors mariage du droit de la succession malgré l'établissement de la filiation paternelle en droit tunisien	300
§ 2 : De la succession de l'enfant né hors mariage à l'égard de la mère	301
A. Les droits de l'enfant né hors mariage à l'égard de sa mère.....	301
B. Des droits de la mère et autres ascendants à l'égard de l'enfant né hors mariage.....	302
Conclusion de chapitre	305
Conclusion du Titre 2 de la Partie 2	307
Conclusion de la Partie 2.....	309
Conclusion générale	311
Bibliographie	317
A. Ouvrages généraux (manuels, traités, dictionnaires et encyclopédies etc.) ..	317
B. Ouvrages spécialisés (monographie, thèse, mémoire, etc.).....	320
C. Articles et contributions.....	327
D. Sites et pages de sites internet	338

E. Législation	340
1) Internationale	340
2) Nationale.....	340
a. France	340
b. Algérie	341
c. Autres	342
F. Jurisprudence	344
1) International	344
2) Nationale.....	344
a. Algérie.....	344
b. Maroc	345
Table des matières.....	347