

**République Algérienne Démocratique et Populaire
Université Abou Bekr Belkaid – Tlemcen
Faculté de Droit et Sciences Politiques**

**Laboratoire de Recherche
Méditerranéen des Etudes Juridiques**

**Thèse en vue de l'obtention du Diplôme
DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ**



Le statut juridique de l'enfant en droit Algérien

Présentée par :

BENOSMAN Epouse HAMMADI NASRINE INES

Sous la direction du :

Pr HAMIDOU Zakia

Membres du jury :

M^r Djilali TCHOUAR	Professeur	Université de Tlemcen	Président
M^{me} Zakia HAMIDOU	Professeur	Université de Tlemcen	Encadrant
M^r Mustapha MAOUANE	Professeur	Université de Sidi Belabbes	Examineur
M^r Feras YEKACHE	Professeur	Université d'Oran	Examineur

Année Universitaire : 2023/2024

Remerciements

Je tiens en premier lieu à remercier Madame le professeur Zakia Tchouar hamidou d'avoir acceptée d'encadrer mon travail de thèse. Je la remercie infiniment de l'intérêt qu'elle lui a accordé, des encouragements qu'elle n'a pas manqué de me prodiguer et surtout de sa disponibilité permanente à m'accorder tout le temps nécessaire pour le conduire.

Je remercie l'ensemble des membres du jury de m'avoir fait l'honneur de m'accorder de leur temps pour lire mon travail et d'avoir accepté de participer à son évaluation.

J'adresse un grand merci à tous ceux qui ont participé de près ou de loin à la finalisation de ce travail.

Dédicaces

Je dédie ce travail à mon époux et mes deux enfants, qui sont ma raison de vivre

A ma mère qui m'a toujours encouragé et soutenue

A mes beaux-parents

A ma famille

Liste des plus importantes abréviations

En français

AFDI : annuaire français de droit international

Alg : algérienne

Art : article

CADBE : charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant

CCA : code civil algérien

CEDAW ; convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes.

CIDE : convention internationale des droits de l'enfant

Ch : chambre

Cidef : centre d'information et de documentation sur les droits de l'enfant et de la femme

Ch : chambre

Civ : civil

CFA : code de la famille algérien

Cit : cité

CPA : code pénal algérien

CPCAA : code de procédure civil et administrative algérien

CTA : code de travail algérien

DASS : direction des affaires sanitaires et sociales.

DES : diplôme d'enseignement supérieur

Doss : dossier

Ed : édition

J.O.R.A : journal officiel de la république algérienne

Jud : judiciaire

N⁰ : numéro

Np : non publié

O.I.T : organisation internationale du travail

O.M.S ; organisation internationale de la santé

Op : option

OPU : office de publication universitaire (Alger)

P : page

P P : pages

PUF : publication universitaire de France (Paris)

R.A.S.J.E.P : revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques.

Rev : revue

Rev.mus : revue musulmane

RTDciv : revue trimestrielle du droit civil (Paris)

S : suite

Sp : statut personnel

T : tome

Vol : volume

En arabe

ج: جزء

د.ت.ط: دون تاريخ طبع

د.س.ط: دون سنة طبع

د.س.ن: دون سنة نشر

ص: صفحة

ط: طبعة

ع: عدد

غ أش: غرفة الأحوال الشخصية

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'enfance est une période essentielle dans la vie d'un individu, non seulement parce que c'est bien évidemment la première, mais encore et surtout parce qu'elle se révèle déterminante

De la bonne réussite, de l'éducation de l'enfant dépend, non seulement son avenir proche, mais encore celui de toute la société ou il s'insérera.

La vie des enfants est une préoccupation constante des sociétés humaines, hier comme aujourd'hui.

L'intérêt de l'enfant a de tout temps imprégné la plupart des civilisations, et des courants de pensée philosophique qui ont marqué l'histoire¹.

L'école antique grecque a été la première à s'intéresser à l'enfant à travers ses philosophes et à leur tête Socrate et Platon, dans leur conception du savoir qu'ils considèrent comme inné dans l'homme depuis sa naissance et qui se développe selon les valeurs de bien ou de mal qui lui sont inculquées².

La civilisation arabo-musulmane, a pour sa part accordé un intérêt considérable à l'enfant, et tout particulièrement les méthodes d'enseignement préconisées par Ibn Al Mouquaffaa et par Ibn Khaldoun, qui se résument dans cette phrase célèbre : «enseignez vos enfants en les laissant jouer»³.

L'école libérale, née de la révolution française, notamment Jean Jacques Rousseau qui réservait son livre « Emile » pour parler de l'enfant, l'être de demain, l'enfant créateur, l'enfant artiste⁴.

Ce qui caractérise l'époque actuelle, est que cet intérêt a dépassé le terrain strictement philosophique pour constituer une des priorités constantes de l'Etat et de la communauté internationale.

L'Islam en tant que religion et législation, veille à la protection de la famille considérée comme l'unité de base de la société humaine. Centre de la vie familiale, l'enfant est l'objet d'un intérêt tout particulier de la part de l'Islam.

¹ Hatem Kotrane, La protection juridique et sociale de l'enfant, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 205.

² Arkéo Junior, A l'école en Grèce antique, rev n°117, ed. flaton mars 2005, p.12.

³ La théorie de l'éducation chez Ibn Khaldoun, journal.openeedition.org.

⁴ Jean Jacques Rousseau et l'enfance, jrousseau.net.

La protection des enfants, nécessitant des soins précieux est, en effet la devise de l'islam, qui encourage les musulmans à les élever et à les éduquer ; le créateur Allah tout puissant a ordonné dans de nombreux chapitres du coran sacré aux musulmans de s'occuper des orphelins et de les traiter avec bonté et douceur. Le prophète a promis, que celui qui dépense son bien pour les orphelins et s'occupe de les élever, entrera au paradis à côté du prophète⁵.

L'Algérie, pays jeune, où la population juvénile représente près de sa population globale ; est consciente de la préciosité de ce potentiel, qu'elle veut préserver en levant toutes les contraintes qui peuvent entraver son épanouissement physique et moral par la mise en place d'un dispositif juridique aussi remarquable qu'impressionnant.

En ce qui concerne l'enfant, l'Algérie a ratifié la convention de New York relative aux droits de l'enfant⁶. Sa ratification de la convention de New York relative aux droits de l'enfant a été assortie de déclarations interprétatives⁷, par lesquelles l'Etat algérien a tenu compte des

⁵ Mohamed Amin AL Midanil, La famille musulmane et la charia, Actes des journées internationales d'histoire du droit, université de Strasbourg, 1996, p.29.

⁶ L'Algérie figure parmi les premiers signataires de la convention puisqu'elle l'a signée le 26 janvier 1990, le jour même où la convention a été ouverte à la signature des Etats. Elle a été ratifiée par Décret présidentiel n° 9246 du 19 décembre 1992, publié dans le J.O.R.A n° 91 du 23-12-1992. Elle est rentrée en vigueur le 16 mai 1993. (Voir annexe1).

⁷ L'Algérie n'a émis aucune réserve lors de la ratification de la convention, à l'instar de la plupart des pays islamiques, qui ont émis des réserves sur les dispositions relatives aux droits de l'enfant de choisir sa religion et l'adoption notamment des articles 14-20-21 de la convention, parce qu'ils sont considérés comme non conforme à la charia islamique. Si l'Algérie n'a pas émis des réserves, elle a par contre ratifié la convention avec déclarations interprétatives portant sur les articles suivants :

Art 13 : «1- l'enfant a droit à la liberté d'expression, ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répondre des informations et des idées de toutes espèces, sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par toute autre moyen du choix de l'enfant.

2- l'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions qui sont présentes par la loi et qui sont nécessaires :

- a- Au respect des droits ou la réputation d'autrui.
- b- A la sauvegarde de la sécurité nationale de l'ordre public, de la santé, ou de la moralité publique».

Art 14 : « - les Etats parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience, et de religion.

- Les Etats parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités ».

Art 16 : « nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son bonheur et sa réputation».

Art17 : « les Etats parties reconnaissent l'importance de la fonction remplie par les médias et veillent à ce que l'enfant ait accès à une information et à des matériels provenant de sources nationales et internationales diverses, notamment ceux qui visent à promouvoir son bien-être social, spirituel et moral ainsi que sa santé physique et mentale, à cette fin les Etats parties :

- a- Encouragent les médias à diffuser une information des matériels qui présentent une utilité sociale et culturelle pour l'enfant et répondent à l'esprit de l'art 29.
- b- Encouragent la coopération internationale en vue de produire, d'échanger et de diffuser une information et des matériels de ce type provenant de différentes sources culturelles, nationales, et internationales ;
- c- Encouragent la production et la diffusion de livres pour enfants ;

fondements essentiels de son système juridique, notamment la constitution⁸ qui fait de l'islam la religion de l'Etat (art 2 de la constitution), et le code de la famille qui impose que l'éducation de l'enfant se fasse dans la religion de son père (art 62 CFA)⁹, ainsi que l'obligation de ne pas insérer dans les publications spécialisées nationales ou étrangères des illustrations, des récits ou informations contraire à la morale islamique, aux valeurs nationales, aux droits de l'homme.

L'Algérie a ainsi adopté une attitude positive, au lieu de déclarer ne pas être liée par telle ou telle disposition de la convention en formulant des réserves, elle les accepte dans le sens de l'interprétation qu'elle leur donne. D'ailleurs, ceci ne porte pas atteinte à l'objet et au but de la convention¹⁰.

Cette convention internationale, marque un tournant dans l'histoire de la protection des droits de l'enfant. Ce n'est certes pas la première fois que la communauté internationale manifeste sa sollicitude à l'égard des enfants¹¹, mais c'est la première fois que cette préoccupation prend la forme d'un engagement contraignant. Elle est le traité des droits de l'homme qui a été le plus largement et le plus ratifié de toute l'histoire¹².

La CIDE revêt la même signification pour tous les habitants de la planète, elle énonce des normes communes tout en prenant en considération les différentes réalités culturelles, sociales, économiques et politiques des Etats pris individuellement, de sorte que chaque Etat peut chercher à mettre en œuvre selon ses propres moyens, les droits communs à tous.

Elle a choisi l'enfant en dressant un statut juridique de 41 articles regroupés en 3 catégories : la première catégorie vise les droits civils (droit à la vie, au nom, à la nationalité

-
- d- Encouragent les médias à tenir particulièrement compte des besoins linguistiques des enfants autochtones ou appartenant à un groupe minoritaire ;
 - e- Favorisent l'élaboration des principes directeurs appropriés destinés à protéger l'enfant contre l'information et les matériels qui nuisent à son bien-être, compte tenu des dispositions des arts 13 et 18 ».

⁸ Constitution du 30 décembre 2020, J.O.A, n°82.

⁹ Art. 62 du CFA dispose que : « le droit de garde (hadana) consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père....».

¹⁰ Messaoud Mentri, La convention relative aux droits de l'enfant et son application par le juge du statut personnel, Revue des Sciences Juridiques et Administratives, Faculté de droit, Université Abou Bekr BELKAID, Tlemcen, n°3, 2005, p.14.

¹¹ La première reconnaissance des droits de l'enfant est réalisée par l'organisation internationale du travail qui dans sa constitution de 1919, se fixe pour objectif la protection de l'enfance ; la déclaration de Genève sur les droits de l'enfant du 26 septembre 1924, qui est un court texte de 5 articles appelant à offrir à l'enfant une protection spéciale ; la déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, composée de 10 articles reconnaissant à l'enfant des droits de protection et d'aide à son développement et à la réalisation de son bien-être.

¹² A l'exception de la Somalie et les Etats Unis.

ou à la connaissance des origines), la deuxième catégorie touche aux libertés publiques (comme la liberté d'expression, la liberté de pensée ou la liberté de conscience) ; la dernière catégorie s'intéresse aux droits économiques et sociaux, avec le droit de jouir la meilleure santé ou de bénéficier de la sécurité sociale.

En 30 ans d'existence, la CIDE a eu un impact significatif dans les Etats parties, car des législations ont été érigées par de nombreux pays pour répondre aux exigences posées par ce traité, des mécanismes nationaux ont été mis en place pour suivre les réalités dans la mise en œuvre des droits de l'enfant¹³.

Cette convention qui a pour objet « la protection de l'enfant », ne laisse pas de place au doute ; ce texte proclame des droits supérieurs.

L'Algérie en ratifiant cette dernière, a publié dans le journal officiel n° 91 du 23 décembre 1992 le préambule de ce texte international, contenant les principes de bases de cette approche innovatrice, considérant dorénavant l'enfant comme un sujet mais pas comme un objet de droit. La publication du préambule de la CIDE au journal officiel est considérée comme un engagement prioritaire de l'Algérie à reconnaître la nouvelle vision de l'enfant « sujet de droit » proposé par la CIDE.

L'Algérie s'engage également à préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et à l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la charte des Nations Unies ; en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté et de solidarité¹⁴. Elle n'a pas manqué d'élaborer un plan d'action en septembre 1992, en faveur de la survie, de la protection et du développement de l'enfant.

Ainsi, la coopération bilatérale et multilatérale par le biais notamment de l'UNICEF s'avère un recours complémentaire pour la mise en œuvre des politiques et programmes nationaux en faveur de l'enfance.

¹³ L'Algérie est dotée de plusieurs mécanismes de protection des droits de l'enfant : l'organe national de la protection et de la promotion de l'enfance (ONPPE) institué par décret exécutif en 2016 et opérationnel depuis 2017 ; réseau Algérien pour la défense des droits de l'enfant « NADA » qui est un collectif d'association, qui se propose d'œuvrer pour le respect et la défense des droits de l'enfant, à travers des actions de protection de promotion et de plaidoyer, visant à lui assurer un épanouissement dans le cadre de la CIDE.

¹⁴Nadia Ait Zail, Les droits de l'enfant en Algérie, Rev des Droits de l'Enfant et de la Femme, avril -juin 2009, n°21, p.29.

Dans la même optique, les dirigeants africains ont adopté la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant à Addis-Abeba en juillet 1990¹⁵. Cette Charte a eu pour tâche la retranscription pertinente des droits universels garantis à l'enfant par la CIDE, en permettant ainsi d'affirmer les directions qui doivent être prises en matière de protection de l'enfant par les législations nationales, et bénéficie d'une plus forte légitimité dans l'esprit des populations.

Cette dernière, reconnaît la position unique et privilégiée que l'enfant africain occupe dans la société avec d'importantes responsabilités au sein de la famille ; la Charte introduit la notion de droits et devoirs. Un droit accordé à l'enfant dans la charte signifie un devoir correspondant.

Les Etats, membres de l'organisation de l'Unité Africaine parties à la charte, reconnaissent les droits, libertés et devoirs consacrés dans ce texte et s'engagent à prendre toutes les mesures nécessaires, conformément à leurs procédures constitutionnelles pour adopter toutes les mesures législatives.

Cet arsenal conventionnel qui doit, en principe, servir de référent tant au législateur qu'au juge interne, démontre son souci permanent et constant, sa détermination inouïe à promouvoir et à protéger les droits des enfants, tout en leurs organisant, en raison de leur vulnérabilité une protection spéciale.

Aussi, sur le plan interne, le droit algérien n'est pas resté indifférent au sort des enfants. Pratiquement toute la législation, dans les différents secteurs qu'elle régit, aménage aux enfants un statut spécifique, censé protéger sa fragilité.

L'Algérie a entrepris depuis 2004 une série de modifications de textes de lois en rapport avec l'enfant, en vue de leur adaptation aux standards internationaux. Dans certains, d'entre elles, on pourra noter des avancées, les plus souvent formelles, qui vont dans le sens voulu par la convention.

Les droits de l'enfant tel qu'énoncés dans la CIDE existent au niveau de la législation algérienne. En effet, les principes généraux qui fondent la CIDE, à savoir le droit à l'égalité et à la non-discrimination, l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit à la vie et à la survie sont à la fois garantis par la constitution, et consacrés par la législation nationale. Le droit à un nom, à une nationalité et à la préservation de l'identité, à la vie, à une famille, à la santé, à l'éducation

¹⁵ L'Algérie a ratifié cette Charte le 08/07/2003 par décret présidentiel n° 03-242 du 08/07/2003, J.O.A, n° 41. (Voir annexe2).

et à la protection sont contenus dans un corpus législatif allant du code civil¹⁶ aux codes de l'Etat civil¹⁷, de la famille¹⁸, de la nationalité¹⁹, de la santé, à la loi sur l'éducation et à la loi protégeant les enfants en danger moral et physique²⁰.

C'est à travers ce dispositif constitué des lois internes, mais aussi des conventions internationales auxquelles l'Algérie est partie, que nous allons analyser et mettre en exergue la protection reconnue à l'enfant.

Juridiquement, l'enfant dès sa conception est protégé par la loi, et dès sa naissance, il acquiert plusieurs droits, dont le premier et le droit à la filiation, ce dernier étant faible et démuné, il va être confié à la protection naturelle de ses parents. Le rattachement juridique de l'enfant à une famille et plus particulièrement à un père et une mère est essentiel pour déterminer le statut de ce dernier. La filiation produit par ailleurs un certain nombre de conséquences qui consistent la protection et l'éducation de l'enfant afin de permettre son accompagnement vers l'âge adulte, et de favoriser son épanouissement.

L'enfant pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans un milieu familial. Les rédacteurs de la convention, dès le préambule, affirment l'importance de la cellule familiale dans la vie de l'enfant, qu'ils déterminent comme : « le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ces membres et en particulier des enfants »²¹.

Dès lors, pour l'enfant, grandir avec ses parents, c'est avoir une vie familiale que l'on pourrait qualifier de normale. Mais, il arrive que ce principe soit confronté aux aléas de la vie. Lorsque la séparation des parents s'impose, et en raison des grands bouleversements qu'engendre cette dernière dans la vie de l'enfant se pose une question très préoccupante qui est la garde de l'enfant.

La CIDE, consciente que ce principe cède parfois à la réalité de la vie, a prévu la protection du droit de l'enfant en cas de séparation de ses parents dans plusieurs de ses articles,

¹⁶Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, modifiée et complétée., J.O.R.A n032 du 14/5/2022.

¹⁷Ordonnance n° 70/20 du 19 février 1970 portant code de l'état civil, modifiée et complétée, J.O.R.A n0 24 du 24/08/2014.

¹⁸ Ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n° 84-11 portant code de la famille, J.O.R.A du 27/02/2005, n°15.

¹⁹ Ordonnance n° 70-68 du 15 décembre 1970 portant code de nationalité algérienne, modifiée par l'ordonnance du 27/02/2005, J.O.R.A du 27 février 20025, n° 15.

²⁰ Nadia Ait Zai, op.cit., p.31.

en incitant les Etats parties à respecter les droits de l'enfant séparés de ses parents ou de l'un deux.

C'est sur ces deux droits primordiaux dans la vie de l'enfant, que nous allons essayer de déterminer en premier lieu son statut juridique, qui nécessite l'analyse et l'évaluation de la protection qui lui est organisée par le droit de la famille algérien, un droit inspiré de la charia islamique, et mesurer le degré d'adéquation de ce dernier à la CIDE.

Généralement les traités internationaux, aussi bien que la législation interne (avant tout le droit de la famille), attachent une grande importance à la protection de la personnalité de l'enfant. Or, l'enfant peut être propriétaire des biens divers qui lui ont été transmis par la succession ou suite à un contrat de donation, voir des ressources provenant de son travail.

Mais, compte tenu du fait que les mineurs, en raison de leur âge et leur particularité psychologique, n'ont pas une maturité suffisante pour disposer librement de leurs biens. La loi prévoit des mesures spéciales qui visent à protéger les droits patrimoniaux de l'enfant, ce patrimoine qui permet d'articuler le statut de la personne. Ceci nous permettra de mettre en évidence, dans la seconde partie de cette recherche, le statut patrimonial de l'enfant, et mesurer et évaluer ce que prévoit la loi dans ce domaine, pour pouvoir bien déterminer le statut juridique de l'enfant au sein de sa famille.

Donc, en traitant ces droits, la question essentielle soulevée est de se demander quel est l'impact de la ratification de la CIDE sur le statut juridique de l'enfant en droit interne ?

La réponse peut être fournie en partant d'un principe fondamental, consacré par l'art 3 alinéa 1 de la CIDE, à savoir que : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

Un principe qu'on retrouve dans le droit de la famille, et notamment dans les textes qui régissent les droits de l'enfant. Comme l'a si bien souligné le doyen Jean Carbonnier : « dans un droit de la famille devenu égocentrique, la notion de l'intérêt de l'enfant fait figure de formule magique »²².

²²Jean Carbonnier, Droit civil, T. 2, la famille, les incapacités, éd. Thémis, Paris, 1980, p.37.

Un tel principe, nous interpelle et commande à nous interroger : l'intérêt supérieur de l'enfant constitue-t-il une considération primordiale de la norme juridique ? C'est au prix d'une telle démarche conceptuelle que l'on peut saisir la réalité du statut juridique de l'enfant.

Dès lors plusieurs questions surgissent :

- le dispositif algérien est-il suffisamment protecteur ? se situe-t-il dans la même perspective et au même niveau que le droit conventionnel ou au contraire est-il en deçà des exigences de ce que l'on peut appeler le droit international de l'enfant ?
- Une autre question, tout aussi essentielle, mérite d'être posée et traitée ; celle de l'effectivité de la protection juridique ; il y a lieu, en effet de s'interroger sur l'existence des mécanismes de mises en œuvre et de sanction de la violation du dispositif juridique.

Et qui nous poussent à apporter des réponses en interrogeant à la fois le dispositif juridique, mais également la réalisation de celui-ci dans le vécu réel de la population infantile.

Par ailleurs, l'impact de la CIDE ne peut, de même, être évalué qu'en examinant dans quelle mesure le législateur algérien a tenu compte de la lettre et de l'esprit de cet instrument.

L'étude aura donc comme objectif de mesurer la conformité de nos textes aux normes de la tendance internationale concernant les enfants et qui sont garanties par la CIDE. Ce qui nous permettra de dire si la prise en charge juridique et judiciaire par l'actuel arsenal algérien est adéquate et suffisante, ou la nécessité d'une réforme s'impose ?

Et delà, surgit la problématique suivante : la magie des principes d'une législation universelle résiste-elle à leur mise en œuvre en droit algérien ?

Ainsi donc, notre travail sera réparti en deux parties :

Première partie : l'intérêt de l'enfant au regard de la protection de sa personne.

Deuxième partie : l'autonomie patrimoniale de l'enfant.

Comme il nous a semblé nécessaire d'entamer notre travail avec un titre préliminaire intitulé : l'enfant sujet d'intérêt, par lequel nous essayerons de définir l'enfant et sa personnalité juridique, laquelle lui permet d'acquérir les droits traités dans ce travail en premier lieu. Et essayer de cerner, en deuxième lieu, le critère sur lequel est basée notre étude qui est l'intérêt

de l'enfant, une notion qui a été incluse pour la première fois dans la nouvelle constitution algérienne²³.

²³ Art. 71 alinéa 2 de la constitution de 2020 dispose que : «les droits de l'enfant sont protégés par l'Etat et par la famille en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant».

TITRE PRÉLIMINAIRE

L'enfant sujet d'intérêt

Traiter le statut juridique de l'enfant, nécessite en premier lieu de définir ce dernier, de connaître à quel moment on peut considérer une personne enfant, et à quel moment il ne l'est plus.

Mais, pour pouvoir bénéficier des droits sur lesquels on va se baser pour définir son statut, il faut que l'enfant soit doté de la personnalité juridique, laquelle reste difficile à affirmer. En outre, être titulaire de droits reste quasi inefficace lorsque l'on n'a pas la capacité juridique d'exercer ces droits. Ainsi donc, il y a des liens étroits entre la personnalité et la capacité, l'une et l'autre permettent l'activité juridique.

L'influence normative du droit international dans l'affirmation de l'intérêt de l'enfant, est sans doute l'un des éléments les plus significatifs, qui illustre cette idée de renforcement de la protection juridique de l'enfant au cours des dernières années.

La notion d'intérêt de l'enfant, est de plus en plus présente dans le droit positif, elle occupe une place prépondérante dans la recherche et le respect de ce concept. Cette notion est aujourd'hui au centre du droit de la famille, c'est une question d'actualité que l'on retrouve au travers des textes successifs (Chapitre 1^{er}).

Ce qui nous amène, face à l'impossibilité de donner une définition de l'intérêt supérieur de l'enfant, a tenté une approche orientée vers la clarification et l'identification de ce dernier (Chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er} : Notions et personnalité juridique de l'enfant

La personnalité juridique de l'enfant est une notion abstraite, elle est reconnue à toute personne juridique¹, à partir du moment où cette personne existe, elle est dotée de la personnalité juridique, qui consiste à pouvoir avoir des droits, mais aussi à respecter des obligations.

La personnalité juridique se définit donc comme l'aptitude à acquérir et à exercer un droit ou à subir une obligation². S'il n'est pas douteux que les enfants aient cette qualité, il est beaucoup moins évident de déterminer à partir de quel moment cette personnalité leur est reconnue (**section 1^{ère}**), et à quel moment ils peuvent l'exprimer, car la personnalité

¹ En droit, on distingue deux catégories de personnes : les personnes physiques et les personnes morales.

² Gabriel Marty et Pierre Raynaud, Droit civil, les personnes, t1, Sirey, Paris, 1976, p.1.

juridique privée de son outil juridique, n'a guère de moyens de s'exprimer. Ceci est illustré par la notion d'attribution de personnalité juridique (**section 2^{ème}**).

Section 1^{ère} : Définition de l'enfant et reconnaissance de sa personnalité juridique

La notion de « l'enfant » mérite d'être définie dès l'abord (§1), afin de préciser ensuite certaines de celui-ci en droit algérien (§.2).

§. 1^{ère} : Définition de l'enfant

Qu'est-ce qu'un enfant ? Et comment définir le début et la fin de l'enfance ? En d'autres termes, il s'agit de savoir jusqu'à quand un enfant peut être placé sous tutelle ou sous autorité paternelle ; mais examinons d'abord le mot lui-même.

A- Définition étymologique et biologique de l'enfant

Pour déterminer à quel moment la personne est considérée enfant, il est nécessaire de définir d'abord le mot enfant étymologiquement, et connaître en deuxième lieu sa définition du point de vue biologique.

a- Etymologiquement

Le terme « enfant » vient du latin « infans » qui signifie celui qui ne parle pas chez les romains³, ce terme correspond à l'enfant en bas-âge⁴.

Cette notion a beaucoup évolué à travers les siècles et les cultures, pour finalement désigner l'être humain de sa naissance jusqu'à l'âge adulte. Mais cette conception de l'enfant était large, et l'âge de la majorité variait d'une culture à une autre⁵.

Dans la langue arabe les mots : طفل, صبي, صغير sont synonymes de l'enfant en français.

Le mot enfance à un double sens, tantôt il désigne la première période de la vie humaine, de la naissance à l'adolescence ; tantôt il désigne l'ensemble de ceux qui se trouvent dans cette période « les enfants ».

³ Albert Dauzat et autre, Dictionnaire étymologique et historique, éd. Larousse, Paris, 1964.

⁴ Claire Neirinck, Recueil, Dalloz, enfance, Paris, 31 août 1999, p.1.

⁵ www.humanium.org

b- Du point de vue biologique

Un enfant est une personne qui n'est pas en âge d'avoir elle-même des enfants, le développement d'un enfant est un processus plus ou moins continu qui passe par plusieurs stades :

- 0 à 6 ans, la petite enfance.

- 6 à 13 ans, l'enfance proprement dit, bien qu'on utilise fréquemment le terme préadolescent.

-13 ans et plus, la puberté, qui marque une période de transition entre l'enfant et l'adulte, déclenchant le fonctionnement du système hormonal qui provoque le pic de croissance, la maturation de l'appareil reproducteur et les transformations physiques.

Donc, en général, on appelle « enfant » la personne humaine en bas-âge⁶. Mais cette définition, si elle cerne convenablement le statut de l'enfant n'est pas cependant juridiquement adéquate, elle soulève de ce fait les interrogations suivantes : ou commence et ou finit l'enfance ? Est-ce que l'enfant conçu bénéficie des mêmes avantages que l'enfant déjà né ?

Les réponses données à ces questions ne sont pas évidemment les mêmes, elles varient en effet suivant les régimes juridiques applicables dans les différents pays.

Cependant, la période de l'enfance reste toujours indéterminée. Aussi convient-il d'approfondir la définition de l'enfant selon les conventions internationales, puis selon le droit musulman et, enfin, selon le droit algérien.

B- L'enfant au regard du droit international

Les principaux instruments relatifs aux droits de l'enfant , ratifiés par l'Algérie sont : la convention internationale des droits de l'enfant, ainsi que la charte africaine sur les droits et le bien-être de l'enfant.

a- Définition de l'enfant selon la CIDE

L'enfance est une notion relative, elle n'est nulle part définie de façon satisfaisante, chaque culture, chaque civilisation, possède en effet sa propre conception de l'enfance. La

⁶ Claire Neirink, op. cit., p.1.

détermination de l'âge de l'enfance a d'ailleurs été le premier obstacle, qui a dû être surmonté lors de la convention internationale des droits de l'enfant de 1989.

De la déclaration de Genève formulée en 1924 par la société des nations, à la déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'assemblée générale des nations unies (1948)⁷, de la déclaration universelle des droits de l'enfant, adoptée également par l'assemblée générale des nations unies (1959) aux pactes internationaux (1969) relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, et aussi droits civils et politiques, aucun de ces documents; même s'il s'intéresse au bien-être et à la protection de l'enfant, ne donne une définition de l'enfant.

C'est la raison, pour laquelle il y a eu beaucoup de discussions sur le sujet au sein du groupe de travail, mis en place par l'ONU pour l'élaboration d'une future convention sur les droits de l'enfant à partir de 1979. La discussion portait sur le projet qui avait été établi par le gouvernement polonais⁸. Dans ce projet, l'enfant a été défini comme tout être humain qui peut devenir titulaire de droits à la naissance⁹.

Mais, selon les lois de certains pays, pour avoir la personnalité juridique, la naissance ne suffit pas, il faut encore que l'enfant soit vivant et viable. Si à la naissance l'enfant présente des anomalies et s'avère non viable, il est considéré comme n'ayant jamais existé¹⁰.

Toutefois, le projet du gouvernement polonais, fixant le début de la personnalité juridique à la naissance, a probablement pour raison la légalité de l'avortement, surtout dans les pays ex-communistes, comme moyen possible pour contrôler les naissances. En revanche, les pays d'Amérique latines, l'Irlande et le Vatican étaient opposés à cette idée. Pour ces pays, l'enfant commence sa personnalité juridique, dès l'instant de la conception. En face de cette situation assez compliquée ; les Etats Unis avaient choisis une autre opinion, selon eux la personnalité juridique de l'enfant commence avec la naissance, à condition que cet enfant soit vivant et viable.

⁷ Adoptée et proclamée par l'assemblée générale des Nations- Unies dans sa résolution 217 du 10 décembre 1948.

⁸ M. Bennouna, La convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, A.F.D.I, 1989, pp.433-445.

⁹ Sharon Detrick, The United Nations, conventions on the right of the child, a guide to the «travaux préparatoires», Nijhoff publishers, 1992, p.39.

¹⁰ G. Goubeaux, Manuel droit civil, T. 1^{er}, LGDJ, Paris, 1991, p.23.

Pour résoudre ces difficultés, et trouver une solution, les représentants des pays participants au groupe de travail se sont mis d'accord pour déterminer la fin de l'enfance par la définition de l'enfant, mais pour ce qui est le début de l'enfance l'ont mis de côté.

Selon, le représentant des organisations non gouvernementales au sein du groupe de travail, Nigel Cantuelli¹¹, le premier sujet provoque un désaccord, puisque l'âge minimum n'avait pas été abordé, deux ensembles de pays s'opposaient radicalement, présentant chacun une définition différente du commencement de l'enfance à la conception, ou à la naissance ; le groupe de travail arriva finalement à un consensus, mais non sans difficultés.

C'est pourquoi, la convention des nations unies de 1989, qui considère dans son article 1^{er} que : «un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plutôt en vertu de la législation qui lui est applicable», n'en précise pas le commencement.

On remarquera, tout d'abord, que les auteurs ont essayé de répondre à la question de savoir ce qu'est un enfant, mais que la réponse de l'article 1^{er} n'est guère précise. Cette définition ne fixe pas le point de départ de l'enfance ; se pose donc la question de savoir à quel moment commence la personnalité de l'enfant à la naissance ou dès sa conception ?

Malgré les débats prolongés, et les vives controverses que la question a suscités, ils se sont donc abstenus de prendre parti sur la question de savoir quand commence l'enfance ?

En évitant toute référence précise, soit à la naissance, soit au moment de la conception, la convention entérine une solution ouverte et souple, laissant aux législations nationales le soin de spécifier le moment où commence l'enfance ou la vie¹².

Cependant, il apparaît que la plupart des articles de la convention, ne peuvent s'appliquer à l'enfant qu'après sa naissance.

Une autre controverse, a été animée au sein du groupe de travail à composition non limitée, sur la question d'une convention relative aux droits de l'enfant, concernant la fin de l'enfance¹³. En effet dans certains pays, l'âge de la majorité a été fixé plus tard que dans

¹¹ Nigel Cantuelli est le directeur des programmes pour la défense de l'enfant (DCI), une organisation internationale non gouvernementale qui est spécialisée dans les droits de l'enfance.

¹² Nadia Ait Zai, op. cit , 2005, p.71.

¹³ Shanon Detrick, op. cit, p.117.

d'autres pays, comme le Japon, qui souhaitait qu'on augmente l'âge de la majorité jusqu'à 21 ans¹⁴. Tandis que les représentants des pays musulmans, voulaient baisser cet âge jusqu'à l'âge légal du mariage qui commence à 9, 12, 13, ou 14 ans, selon les pays¹⁵.

Finalement, les rédacteurs de la convention ont adopté, selon la proposition des pays scandinaves, l'âge de 18 ans comme l'âge de la majorité.

Donc, un compromis a été trouvé, qui pose comme principe la limite maximale à 18 ans, tout en prévoyant la possibilité de ramener la fin de l'enfance à un âge inférieur lorsque la législation nationale, a prévu que la majorité est atteinte avant 18 ans.

Cela dit, la définition de l'enfant selon la convention comporte des points qui méritent examen :

- Sont concernés par cette définition, seuls ceux qui n'ont pas encore atteint l'âge de 18 ans. En effet, la fin de l'enfance et son émancipation, aux termes du texte de la convention, est fixé à l'âge de 18 ans. Autrement dit, celui dont l'âge est au-delà de 18 ans ne tombe pas sous le coup des dispositions de la convention, et par conséquent, ne peut plus bénéficier des protections et des avantages garanties par la convention.
- L'âge fixé pour la puberté par l'art 1^{er} n'est pas une limite d'âge absolu, c'est la raison pour laquelle la disposition de la convention est aussi applicable aux enfants, qui selon les dispositions de leur loi nationale atteignent l'âge de la majorité avant 18 ans.
- On peut dire que la définition, finalement retenue, correspond à un moyen terme, sans toutefois protéger efficacement certains enfants contre leur loi nationale, qui les assimilent plus tôt aux adultes.
- On remarquera aussi, que la convention ne définit pas avec précision et certitude le moment où l'enfant devient adulte ou majeur ; les participants aux travaux n'ont pu s'accorder sur les critères de base à prendre en compte pour considérer un enfant comme la capacité juridique, l'aptitude à contracter le mariage...etc.
- L'abaissement de l'âge de la fin de l'enfance, appelle dès lors deux observations :

¹⁴ idem, p.119.

¹⁵ Patricia Buirette, Réflexions sur la convention internationale des droits de l'enfant, Rev. BDI, 1990, vol. 23, pp.61-62.

* D'une part, lorsque l'abaissement est abusif, il se fait au détriment d'une protection maximale.

* D'autre part, les différences introduites entre les pays, entraînent une inégalité d'accès des enfants à une protection adoptée.

Il faut souligner aussi, que le texte de la convention internationale des droits de l'enfant, sous une dénomination unique, ainsi dans les versions de sources françaises et anglaises, mais aussi dans la traduction arabe ; un seul vocable sert à le présenter : enfant, child, طفل. Or en pratique, dans des contextes discursifs, plus directement liés au quotidien (familial, administratif, scolaire...), il existe un large éventail de dénominations du mineur, chacune comportant des traits sémantiques distinctifs, marqueurs notamment du sexe de l'enfant ou de son âge ; voici quelques exemples en français et en arabe :

Nourrisson, bébé, garçonnet/fille, adolescent/adolescente, jeune homme/ jeune fille.

مولود، فطيم، طفل، ولد/بنت، صبي/صبية، شاب/شابة، فتى/فتاة

Enfin, l'idée transmise à travers cette définition, et l'ensemble des textes de protection de l'enfant, est que l'enfant est un être humain avec des droits et une dignité. Ce qui caractérise l'enfant c'est sa jeunesse et sa vulnérabilité. En effet l'enfant est un être en pleine croissance, un adulte à en devenir, qui n'a pas les moyens de se protéger seul.

b- Définition de l'enfant selon la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant

La CADBE¹⁶ renforce et complète la CIDE, afin d'assurer une meilleure protection de l'enfant africain. Par contre, elle aussi ne nous éclaire pas sur le début de l'enfance ; en se contentant de reprendre la même définition en son art. 2^{ème} comme ceci : « aux termes de la présente charte, on entend par « enfant » tout être humain âgé de moins de 18 ans».

C- L'enfant en droit musulman

L'article 1^{er} du pacte des droits de l'enfant en Islam, définit l'enfant comme ceci : «un enfant s'entend de tout être humain n'ayant pas atteint l'âge de la majorité en vertu de la législation qui lui est applicable».

¹⁶ La charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant a été adoptée lors de la 26^{ème} conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'organisation de l'unité africaine en juillet 1990. Elle est entrée en vigueur le 29 novembre 1999.

Avant d'aborder, le sujet concernant la détermination de l'âge de l'enfant selon la charia islamique, il nous semble nécessaire de parler de la terminologie utilisée par cette dernière pour parler de ce petit être.

a- L'enfant selon la terminologie islamique

Le Coran utilise plusieurs termes pour désigner l'enfant :

Le mot ولد au pluriel أولاد est souvent utilisé indifféremment pour les deux sexes.

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: "وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ"¹⁷,

Il en est de même pour أطفال¹⁹ pluriel طفل¹⁸, le Coran n'a pas utilisé le féminin طفلة.

Le mot صغير pluriel صغار de son féminin صغيرة désigne l'enfant en bas âge.

Le mot صبي pluriel صبيان qui signifie jeune.

بنات pluriel بنات désigne la progéniture masculine, alors que بنات pluriel بنات désigne la progéniture féminine.

ذرية désigne les descendants en général²⁰.

A côté de ces mots, il existe des adjectifs qui désignent spécifiquement l'enfant, comme le fait de mentionner son état d'orphelin (اليتيم) ; le fait qu'il soit allaité (رضيع), qu'il ne soit pas pubère 21" الْحُلْمَ مِنْكُمْ"²¹ ou qu'il ait atteint l'âge de discernement ou de la majorité²² "وَأَبْتَلُوا الْيَتِيمَ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ."²² قال الله تعالى:

b- Détermination de l'âge de l'enfant en Islam

Que l'enfant n'est plus mineur à un âge déterminé, la majorité des écoles jurisprudentielles fixent cet âge à quinze ans, tant pour les garçons que pour les filles. Leur argumentation est tirée de la Sunna, selon laquelle le fils d'Omar vint un jour voir le Prophète عليه الصلاة والسلام pour être autorisé à défendre la ville de Médine contre les

¹⁷ سورة الأنعام، الآية 151.
¹⁸ ذكرت كلمة "طفل" في القرآن الكريم مرتان بصيغة المفرد وهما: " ثُمَّ يُخْرِجُكُمْ طِفْلًا " سورة غافر الآية 67، و " أَوْ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا"، سورة النور، الآية 31.
¹⁹ كلمة " أطفال" بصيغة الجمع ذكرت مرة واحدة فقط، وذلك في سورة النور الآية 59 بقوله تعالى " وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلْمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ".

²⁰ Mohamad Mokhtari, Le statut de l'enfant dans le Coran et la Sunna, actes du colloque du 14 janvier 2008, Paris, p.35.

²¹ سورة النور، الآية 58

²² سورة النساء، الآية 6.

attaques des païens mecquois ; le Prophète *عليه الصلاة والسلام* ne l'y autorisa pas en raison de son âge, qui ne dépassait pas quatorze ans. Un an après, le Prophète lui permit de combattre les ennemis mecquois. Les juristes en déduisent que, à l'âge de quinze ans la personne est censée franchir l'étape décisive qui conduit de l'enfance à l'état adulte²³.

L'école jurisprudentielle hanafite, soutient que si les signes extérieurs de la puberté ne se manifestent pas chez le mineur, on le suppose émancipé à dix-huit ans dans le cas d'un garçon, et à dix-sept ans dans le cas d'une fille. Les hanafites s'appuient sur le commentateur du Coran Ibn Abbas, interprétant le verset coranique, qui permet l'administration des biens des orphelins jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la pleine maturité ; le célèbre commentateur fixe celle- là à 18 ans.

Pour les malikites et les shaféites, l'enfant est considéré, comme émancipé par sa puberté, laquelle varie entre un minimum d'âge de 15 ans et le maximum de 18 ans²⁴.

L'âge de l'émancipation de l'enfant selon le Prophète *عليه الصلاة والسلام* est de 15 ans, l'âge à lequel l'enfant obtient son autonomie.

De cela, on peut donner la définition suivante de l'enfant en Islam : « toute personne depuis sa conception jusqu'à sa puberté, qui est déterminée par l'apparition des signes extérieurs et l'aptitude physique de l'enfant, à savoir des rapports sexuels (dans le cadre légal du mariage). Et si ces signes tardent à apparaître la personne demeure enfant jusqu'à l'âge de 15 ans »²⁵.

§. 2.- L'enfant en droit algérien

En allant, chercher la définition de l'enfant en droit algérien, nous remarquons que ce dernier à un double sens du point de vue juridique, ainsi que plusieurs âges qui diffèrent d'un domaine à un autre.

A- Vue d'ensemble

Lorsque l'on s'intéresse à la définition du mot « enfant », on fait le constat d'une polysémie juridique. Le système juridique recense plusieurs usages du mot ; l'enfant c'est

²³ حديث صحيح رواه البخاري في صحيحه، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج7، باب غزوة الخندق، ص.453.

²⁴ حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط1، 2005، ص.24.

²⁵ منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام و الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص 19.

le mot qui sert à désigner la jeune personne par l'âge issu du latin *infans*, signifiant celui qui ne parle pas encore. L'enfant, renvoie ici à une période dénommée minorité fixée jusqu'à l'âge de 18 ans révolus par le code civil algérien (art 40 alinéa 2).

Du point de vue juridique, le mot enfant possède un double sens. Dans son sens large, il désigne, une personne dont la relation familiale est caractérisée par le lien de filiation, qui le relie à une autre personne, d'une autre génération indépendamment de son âge ; de la sorte l'enfant est défini uniquement par rapport, à la place qu'il occupe au sein du groupe familial.

Dans son sens restreint, l'enfant, est défini principalement en considération de son âge, il est alors assimilé au mineur, qui est défini comme l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore 19 ans accomplis. L'enfant, est alors ce petit homme qui n'a pas encore acquis les qualités et les aptitudes nécessaires, pour assumer les devoirs et responsabilités de la vie sociale et juridique. Telle, est la conception que l'on retrouve dans la plupart des législations contemporaines.

En droit, l'enfant, est généralement désigné sous le terme de mineur. Etymologiquement, ce terme opère une référence à son stade de développement, et le présente comme ayant moins d'un certain âge. En droit civil, c'est la personne qui a moins de 19 ans.

Il a alors été affirmé, que l'enfant est partout, mais il n'existe pas, seul le mineur existe, car notre droit lui reconnaît un statut même si celui-ci est étouffant²⁶.

Ce statut, est caractérisé par le principe de l'incapacité²⁷. Cependant, le terme enfant est de plus en plus employé, spécialement en matière personnelle ; les parents veillent à sa protection et à cette fin, disposent de l'autorité parentale, ils ont en outre un pouvoir d'administration légale afin d'assurer la protection de ses biens.

La protection, recouvre donc deux domaines : le domaine patrimonial, dans lequel le terme mineur est préféré, et le domaine personnel, qui se réfère à l'enfant.

Cette distinction terminologique est importante, car le terme de mineur insiste sur son incapacité, alors qu'en matière personnelle, la personne et les facultés naturelles de

²⁶ H. Hammadi, Les droits de l'enfant, Rev. Champ Libre, le harmattan, Paris, 2007, p.161.

²⁷ «Le terme mineur permet d'insister sur l'incapacité de l'enfant », G. Raymond, Droit de l'enfance et de l'adolescence, Litec, 4^{ème} éd, Paris, 2008, p.27.

l'enfant sont prises en considération. La protection doit être en fonction de son stade de développement, d'autant plus que le terme « enfant » ne désigne pas uniquement « l'infans », c'est-à-dire celui qui ne parle pas, mais toute personne de moins de 19 ans, nourrisson, enfant ou adolescent ; ne sont cependant visés que les sujets de droit, c'est-à-dire les enfants nés vivants et viables.

Ce n'est principalement, que sous l'influence des conventions internationales que le mot « enfant » est sorti de son ghetto.

On pourrait donc, utiliser de manière égale le terme mineur ou enfant. D'ailleurs la loi relative à la protection de l'enfance, après avoir définie l'enfant dans son premier article comme ceci : « toute personne n'ayant atteint dix-huit ans révolus », ajoute à l'alinéa 2 du même article « le terme mineur à le même sens ». Or, le droit pénal préfère utiliser le terme minorité à celui d'enfant. Manifestation du flou, qui entoure l'approche juridique du mot enfant ; ainsi dans un premier sens, le mot enfant renvoie à l'état de minorité de cet être, de sa naissance à ses dix-huit ans. Une seconde acceptation du mot, renvoie à l'enfant dans sa relation avec ses géniteurs, et désigne la filiation sans aucune considération de l'âge de l'enfant, pris dans le sens de la filiation, désigne le descendant au premier degré. C'est donc ici le rapport juridique qui est visé, l'objet de la règle ou le contexte de sa formulation, permet à cette polysémie de ne pas être problématique.

En examinant, les textes algériens qui font allusions à l'enfant, nous remarquons que le législateur algérien, avant l'élaboration de la loi relative à la protection de l'enfant²⁸ ne donnait pas une définition précise de l'enfant, jusqu'à ce que l'art 1^{er} de cette dernière le définisse.

Nous remarquerons aussi, que cette définition ne précise pas le commencement de cette période qui est l'enfance, donc à quel moment débute l'enfance en droit algérien ?

Même, s'il ne s'intéresse pas au début de l'enfance, le législateur algérien semble faire commencer l'enfance à la conception, la preuve, est la protection de l'embryon par le biais du code pénal, qui interdit l'avortement, de plus le code civil qui prévoit que l'enfant conçu jouit des droits civils, à condition qu'il naisse vivant.

²⁸ Loi n° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant, J.O.R.A, n° 39, 19/05/2015.

On peut dire alors, que selon le droit algérien, le commencement de l'enfance coïncide avec le moment de la conception ; reste à déterminer la fin de l'enfance. A partir de quel moment, l'enfant est considéré comme adulte ?

En fait, en examinant les différentes lois concernant l'enfant, on retrouve une pluralité de la fin de l'enfance, car l'âge de la majorité n'est pas identique dans tous les domaines. Dans certains cas, le législateur algérien a déterminé un âge précis pour les enfants, en fonction de leur discernement et l'importance de l'action qu'ils doivent accomplir, ce qui nous pousse à parler des différents âges de l'enfant. Autant d'âges, autant de fin d'enfance.

B- L'âge de la majorité civile

L'article 40 du CCA dispose que : «toute personne majeure jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ces droits civils.

La majorité est fixée à 19 ans révolus»²⁹.

Ainsi, l'individu algérien à 18 ans n'est pas juridiquement considéré comme civilement capable et responsable, et il n'est pas possible pour ce mineur, de s'engager dans les liens d'un contrat ou d'un autre acte juridique, seules quelques rares exceptions.

C- L'âge d'embauche pour jeunes travailleurs

L'art 15 du CTA³⁰ dispose que : «l'âge minimum requis pour recrutement ne peut en aucun cas être inférieur à seize ans, sauf dans le cadre de contrat d'apprentissage établis conformément à la législation et la réglementation en vigueur».

Donc en principe, l'âge minimal pour travailler est de 16 ans. Cependant, des dérogations peuvent en être autorisées. Dès l'âge de 15 ans, un contrat d'apprentissage peut être conclu au profit de l'enfant, comme le stipule l'art 12 du même code : «nul ne peut être reçu en qualité d'apprenti s'il est âgé de moins de 15 ans et de plus de 25 ans à la date de signature du contrat».

Le travailleur mineur ne peut, donc, être recruté que sur présentation d'une autorisation établie par son tuteur légal, le travailleur mineur ne peut, de même, être

²⁹ Il est à préciser que dans presque la majorité des pays du monde, l'âge de la majorité civile est fixé à 18 ans, seuls quelques pays font exception comme la Corée du sud où cet âge-là est fixé à 19 ans, ou le Cameroun, la Côte d'Ivoire, l'Argentine et l'Égypte où cet âge est fixé à 21 ans, www.algeriefocus.com.

³⁰ Loi n° 90-11 du 21/04/1990 relative aux relations de travail, J.O.R.A, n° 17, 25 avril 1990.

employé à des travaux dangereux, insolubles, et nuisibles à sa santé ou préjudiciables à sa moralité³¹.

Des sanctions pénales sont prévues par le CTA à cet égard, l'art. 140, amendé par la L.F.C. de 2015, dispose que: «hormis le cas d'un contrat d'apprentissage établi conformément à la législation et à la réglementation en vigueur, tout recrutement d'un jeune travailleur, n'ayant pas atteint l'âge prévu par la loi, est puni d'une amende de 10.000 à 20.000 DA, en cas de récidive une peine de prison de 15 jours à deux mois peut être prononcée, sans préjudice d'une amende qui peut s'élever au double de celle prévue à l'alinéa précédent»³².

D- L'âge du service militaire

L'article 3 de la loi relative au service national³³ dispose que : «le service national est obligatoire pour tous les citoyens algériens âgés de dix-neuf ans révolus ».

Donc, tout citoyen âgé de 19 ans est obligé de participer à la défense nationale, et à répondre aux besoins de l'armée nationale populaire.

En Algérie, le service militaire est obligatoire pour les garçons seulement.

E- L'âge de la responsabilité pénale

En ce qui concerne, les affaires pénales, la majorité commence à 18 ans révolus. L'âge à retenir pour déterminer la majorité pénale est celui de l'enfant délinquant au jour de l'infraction.

Ainsi, la loi relative à la protection de l'enfant, définit l'enfant délinquant en son article 2 comme suit : « l'enfant qui commet un fait incriminé et dont l'âge ne peut être inférieur à 10ans

L'âge à retenir est celui du jour de la commission de l'infraction ».

³¹ Art. 15 du CTA.

³² Dans le cadre du respect de ces dispositions, l'inspection générale du travail a renforcé ses visites et déplacements sur site au niveau des entreprises publiques et privées à travers le pays. De ces inspections, il ressort que seules les entreprises privées ont fait l'objet de sanctions et de contraventions en matière d'infraction à la législation relative au travail des enfants. Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'art 44 de la convention, Rev. des Droits de l'Enfant et de la Femme, 2006, avril-juin, p.34.

³³ Loi n° 14-06 du 09 août 2014 relative au service national, J.O.R.A, n° 48. 10/08/2014.

Le droit algérien, distingue trois situations en fonction de l'âge du mineur, dont la responsabilité dépend directement de ces seuils³⁴.

a- Le mineur de moins de 10 ans

Selon l'art 49 du CPA³⁵ le mineur de moins de 10 ans ne peut faire de poursuites pénales.

Ainsi, l'art 56 de la loi relative à la protection de l'enfant dispose que : « l'enfant âgé de moins de 10 ans ne peut faire l'objet de poursuites pénales.

Le représentant légal est civilement responsable du dommage causé par l'enfant à un tiers».

Donc, on ne peut parler de la responsabilité pénale d'un enfant de moins de 10 ans. Cette responsabilité, ne semble pas pour autant exclure toute mise en cause du mineur, notamment par la partie civile, ce sont les parents ou les répondants (tuteur) du mineur qui supporteront la responsabilité civile du fait du mineur ; l'action est dirigée contre le mineur représenté par son répondant.

Ceci dit, l'âge retenu pour qualifier un enfant de délinquant est de 10 ans, et c'est bien conforme à l'art 40 de la CIDE qui invite les Etats partis à établir un âge minimum au-dessous, duquel les enfants sont présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale. Mais, cet âge est bien trop bas au regard de l'art 4 des règles minima de Nations Unies pour l'administration de la justice pour mineurs, qui demande de ne pas fixer l'âge de la responsabilité pénale trop bas, pour problèmes de maturité effective, psychologique et intellectuelle. Les règles de la justice pour mineur ont fixé l'âge minimum à 12 ans³⁶.

b- Le mineur de 10 à 13 ans

Aux termes, de l'alinéa 2 de l'art 49 du code CPA et l'art 57 de la loi relative à la protection de l'enfant, le mineur de 10 ans et de moins de 13 ans, ne peut faire l'objet que de mesures de protection ou de rééducation, toutefois, ajoute la disposition en matière de contravention, il n'est passible que d'une admonestation.

³⁴ Ramdane Zerguine, La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international, Rev. Internationale de Droit Pénal, vol 75, 2004, p.103.

³⁵ Loi n° 24-14 du 28 décembre 2021 modifiant et complétant l'ordonnance n°66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal, J.O.R.A, n°99, 29 décembre 2021.

³⁶ Nadia Ait Zai, Les droits de l'enfant dans la législation algérienne et dans le projet de code de la protection de l'enfant, Rev. Des Droits de l'Enfant et la Femme, 2015, n° 35, janvier-juin, p.103.

Donc, l'enfant est responsable pénalement à partir de l'âge de 10 ans, mais la responsabilité dans ce cas est atténuée, l'enfant ne peut être mis dans un établissement pénitentiaire même à titre provisoire comme le stipule l'alinéa 1^{er} de l'article 58 de la même loi.

c- Le mineur de 13 à 18 ans

Il peut faire l'objet, soit de mesures de protection ou de rééducation, soit de peines atténuées.

F- L'âge d'admission aux fonctions publiques

Parmi les conditions, pour pouvoir s'inscrire à un concours afin d'accéder à la fonction publique la condition de l'âge, qui est déterminé par l'art 78 de la loi relative au statut général de la fonction publique³⁷ comme suit : « l'âge minimum pour l'accès à un emploi de la fonction publique est fixé à 18 ans révolus ».

G- L'âge du mariage

L'article 7 du CFA fixe à 19 ans la capacité de mariage pour la jeune fille et le jeune homme en disposant que : «la capacité de mariage est réputée valide à 19 ans révolus pour l'homme et la femme. Toutefois, le juge peut accorder une dispense d'âge pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité, lorsque l'aptitude au mariage des deux parties est établie.

Le conjoint mineur acquiert la capacité d'ester en justice, quant aux droits et obligations résultant du contrat de mariage ».

L'âge fixé par cet article correspond à celui de la majorité fixée par le CCA³⁸. Cet âge peut toutefois être exceptionnellement abaissé pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité³⁹.

Donc, il appartient aux personnes souhaitant conclure un mariage avant l'âge minimum légal de demander une dispense d'âge par le biais d'une procédure devant un juge qui a la qualité du président du tribunal ou chargé des affaires familiales, seules

³⁷ Ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006, portant statut général de la fonction publique, J.O.R.A, n° 03, 17 janvier 2023.

³⁸ Art. 40 du CCV.

³⁹ بلحاج العربي، أحكام الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص.200.

habilités à délivrer cette dispense. Ainsi, une demande doit tout d'abord être formulée par le représentant légal du mineur. Le magistrat entend le mineur concerné après avoir vérifié le bien fondé des raisons invoquées. Il doit également s'assurer qu'il y a chez chacune des deux parties une réelle volonté de s'unir durablement et non seulement pour répondre à une situation d'urgence ou conjoncturelle. En s'appuyant par ailleurs sur une expertise médicale ; le magistrat saisi d'une telle demande se prononce par voie d'ordonnance qui n'est susceptible d'aucun recours⁴⁰.

Il existe aussi une disposition du code pénal qui permet à l'auteur d'un détournement ou enlèvement d'une mineure, d'échapper à toute poursuite s'il épouse la victime. L'article 326 du CPA dispose que : «quiconque, sans violence, menace ou fraude, enlève ou détourne ou tente d'enlever ou de détourner un mineur de 18 ans, est puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans, lorsqu'une mineure ainsi enlevée ou détournée a épousé son ravisseur, celui-ci ne peut être poursuivi que sur la plainte des personnes ayant qualité pour demander l'annulation du mariage et ne peut être condamné qu'après que cette annulation a été prononcée».

Cet article fixe l'âge de la mineure enlevée ou détournée qui épouserait son ravisseur à 18 ans. Et c'est le juge qui négocie avec les parents et le ravisseur un éventuel accord de mariage pour ne pas jeter l'opprobre sur la fille enlevée⁴¹.

H- L'âge de la participation à la vie politique

Pour pouvoir voter en Algérie, il faut avoir l'âge de 18 ans, comme le stipule l'art 3 de la loi relative au régime électoral⁴² : «est électeur tout algérien et algérienne âgés de six-huit ans révolus au jour du scrutin, jouissant de leurs droits civiques et politiques et n'étant dans aucun cas atteint d'incapacités prévues par la législation en vigueur».

La loi électorale fixe, ainsi, le droit de vote à 18 ans, un an avant la majorité civile légale.

De toutes ces définitions, on constate que la fin de l'enfance en droit algérien varie d'un domaine à un autre. Et aussitôt une première difficulté surgit, c'est que la définition

⁴⁰ Nahas M.Mahieddin, L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 04 mai 2005 au code algérien de la famille du 09 juin 1984, www.openedition.org.

⁴¹ Nadia Ait Zai, Mariage des mineurs pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité, Rev. Des Droits de l'Enfant et de la Femme, 2016, n° 37, janvier-mars, p. 37.

⁴² Loi organique n°16-10 du 25 août 2016 relative au régime électoral, J.O.R.A. n°50, du 28 août 2016.

donnée par la convention n'est pas en tout point compatible avec l'esprit de la loi algérienne, c'est la première différence avec les dispositions de la convention des droits de l'enfant dont l'art 1 fait cesser l'enfance à l'âge de 18 ans.

Cette disposition prévoit et réserve, néanmoins, le cas d'une majorité inférieure lorsqu'elle est prévue par la loi personnelle de l'enfant⁴³. Mais elle n'envisage pas le cas contraire, celui d'un âge de majorité supérieur, comme tel est le cas en droit algérien⁴⁴.

La question qui se pose c'est de savoir quelle majorité faut-il privilégier pour faire bénéficier l'enfant des droits fixés dans la convention de 1989 ?

Avant l'entrée en vigueur de la loi de protection de l'enfant qui reprend la même définition de l'enfant prévue par la convention, la réponse la plus favorable était celle de la convention ; d'autant que celle-ci préséance sur la loi interne.

En ce moment, et avec cette loi spécifiée à la protection de l'enfance, on peut considérer que l'âge qu'il faut privilégier c'est le sien.

En effet, il est préférable pour le législateur algérien d'unifier cet âge et surtout abaisser l'âge de la majorité civile à 18 ans, conformément à la convention et à la loi de la protection de l'enfance. Plus tôt on fait cesser cet âge, plus tôt la personne pourra se défendre elle-même directement, sans intermédiaire, sans faire intervenir le tuteur qui agit à sa place. Car ce dernier peut refuser d'entamer, pour des considérations étrangères à l'intérêt de l'enfant, les procédures de mise en œuvre de droits qui lui sont reconnus⁴⁵.

L'enfance fragmentée en palier par les différents âges établis par la législation ne laisse aucune place à l'expression de l'enfant. Celui-ci est considéré comme un objet alors que la convention le considère comme un sujet de droit, un citoyen⁴⁶.

Section 2^{ème} : L'attribution de la personnalité juridique

Le droit détermine les règles par lesquelles il attribue la personnalité juridique, et celles par lesquelles il la retire. Aujourd'hui, la personnalité juridique ne se perd qu'avec la vie. En revanche, au début de la vie il n'en va pas de même car la personnalité juridique ne

⁴³ En droit algérien, la loi nationale de l'individu représente sa loi personnelle : article 10 du code civil.

⁴⁴ Akroun Yakout, La protection de l'enfant, Rev. Des Droits de l'Enfant et de la Femme, 2009, n0 23, octobre-décembre, p.05.

⁴⁵ Akroun Yakout, op. cit., p.6.

⁴⁶ Nadia Ait Zai, Les droits de l'enfant.... op. cit, p.88.

commence pas avec la vie mais avec la naissance (§.1^{ère}). Pourtant, certaines considérations juridiques amènent à remettre en cause, ou tout du moins discuter la théorie de l'enfant avant même la naissance (§. 2^{ème}).

§. 1^{ère} Commencement et fin de la personnalité juridique

Une fois attribuée à l'enfant, la personnalité juridique lui confère un ensemble d'attributs qui permettent de l'identifier et de le caractériser. Les questions qui se posent c'est de savoir à quel moment cette personnalité commence ? Et à quel moment elle prend fin ? Quelles sont les circonstances de la perte de cette qualité de sujet de droit pour un être humain ?

A- Le début de la personnalité juridique

Tout individu devient sujet de droit et accède à la personnalité juridique dès qu'il naît vivant et viable. Quelles sont, donc, les conditions d'acquisition de cette dernière ?

a- La condition de la naissance d'un enfant vivant et viable

Le code civil algérien dispose en son article 25 que : «la personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant et finit par la mort.

L'enfant conçu jouit des droits déterminés par la loi à condition qu'il naisse vivant».

Aux termes de ce texte, la naissance est la condition d'aptitude à la vie juridique, la viabilité revêt son importance ; c'est-à-dire physiologiquement l'enfant doit être capable de survivre.

Mais, puisque la condition est d'abord de naître vivant, il est nécessaire de définir la naissance vivante.

b- Définition de la naissance vivante

La viabilité était à l'origine un critère traditionnel défini comme : «l'aptitude naturelle à vivre»⁴⁷. Aujourd'hui, elle est devenue un critère technique avec le développement des progrès médicaux⁴⁸.

⁴⁷ www.larousse.fr

⁴⁸ Ph ; Sauvage, la viabilité de l'enfant nouveau-né, RID civ, 1976, p.725.

L'OMS donne la définition suivante : «on entend par naissance vivante l'expulsion ou l'extraction complète du produit de la conception hors du corps de la mère, quelle qu'ait été la durée de la gestation, lorsque après cette séparation celui-ci respire ou donne tout autre signe de vie. Tel que le battement du cœur, pulsation du cordon ombilical, ou mouvement des muscles volontaires. Que le cordon ait été coupé ou non, le produit d'une telle délivrance doit être considéré comme vivant»⁴⁹.

Et en 1977, l'OMS définit la viabilité comme ceci : « un enfant est viable s'il est né après vingt-deux semaines d'aménorrhée, ou s'il atteint le poids de cinq cents grammes»⁵⁰.

De par cette définition, l'OMS propose deux critères de viabilité : 22 semaines d'aménorrhée chez la mère et un poids de 500 g à l'exclusion de tout autre critère comme par exemple les malformations.

Ainsi donc, il apparaît que la viabilité est entendue seulement en terme de durée de gestation et non pas forcément en terme d'aptitude à vivre. C'est pourquoi elle peut aujourd'hui être remise en cause notamment au regard des nouvelles données scientifiques et des avancées de la médecine permettant de faire survivre les grands prématurés. Le doyen Cornu choisit d'ailleurs de définir l'adjectif «viable» comme être «physiologiquement apte à vivre, à survivre, se dit de l'enfant né vivant et doté des organes essentiels à la vie»⁵¹.

En effet, la viabilité est la capacité physiologique de survie, un enfant est considéré viable s'il naît vivant, s'il est né non viable, les quelques instants de vie ne lui auront pas suffi. Dès lors que l'enfant né vivant, il est présumé viable, même si il meurt rapidement. Cette viabilité s'attache au premier signe de vie même si l'enfant décède dans les minutes qui suivent. C'est une présomption simple, et c'est celui qui la conteste doit en apporter la preuve ; on a recours à des expertises médicales en fonction de la durée de gestation, ce sont des données biologiques et médicales qui vont être apportées. S'il n'était pas viable, il n'aurait acquis aucune personnalité juridique.

La naissance en vie, elle est constatée grâce à la respiration postnatale de l'enfant, selon l'alinéa 2 de l'art 134 du CFA qui dispose que : «est réputé né vivant tout enfant qui vagit ou donne un signe apparent de vie».

⁴⁹ www.books.openedition.org.

⁵⁰ idem.

⁵¹ Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, 12 éd., puf, 2018, p.904.

L'importance donnée par la loi à la naissance explique que cette dernière soit régie par des dispositions spéciales.

B- Dispositions relatives aux naissances

Une déclaration de naissance doit être effectuée auprès des services de l'état civil de la mairie du lieu où elle est intervenue dans les cinq jours qui suivent l'accouchement, comme le stipule l'art 61 de la loi relative à l'état civil ⁵² : «les déclarations de naissance sont faites dans les cinq jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu, sous peines de sanctions prévues à l'art 442/3 du code pénal»⁵³.

Lorsqu'une naissance n'a pas été déclarée dans les délais, l'officier de l'état civil ne peut la relater sur ses registres qu'en vertu d'une ordonnance rendue par le président du tribunal de l'arrondissement dans lequel est né l'enfant, et mention sommaire est faite en marge de la date de naissance, le président du tribunal compétent étant celui du domicile du requérant.

Pour les wilayas du sud, le délai mentionné à l'alinéa premier ci-dessus est fixé à vingt jours de l'accouchement.

Toutefois ce délai peut être prorogé dans certaines circonscriptions administratives et consulaires par décret qui fixe la mesure et les conditions de cette prorogation.

Le jour de l'accouchement n'est pas compté dans les délais fixés par les alinéas précédents, lorsque le dernier jour desdits délais est un jour férié, ce délai est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable qui suit le jour férié».

Cette déclaration se fait, selon l'art 62 de la même loi, par le père ou la mère, ou par défaut par les médecins, sages-femmes ou toute autre personne ayant assisté à l'accouchement.

⁵² Loi n° 14-08 du 13 chaoual 1435 correspondant au 09 aout 2014 modifiant et complétant l'ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970 relative à l'état civil, J.O.R.A, n° 49,20 aout 2014.

⁵³ Selon l'art 442/3 ils sont punis d'un emprisonnement de 10 jours à 2 mois au plus et d'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 : ceux qui, ayant trouvé un enfant-né ne le remettent pas à l'officier de l'état civil ainsi que la loi le prescrit, sauf s'ils ont consenti à se charger de l'enfant et ont fait une déclaration à cet égard devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé ; ceux qui portent à un hospice ou un établissement charitable un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis, qui leur a été confié afin qu'ils en prennent soin ou pour toute cause, sauf s'ils ne sont pas tenus ou ne sont pas obligés de pouvoir gratuitement à la nourriture et à l'entretien de l'enfant et si personne n'y a pourvu.

§. 2^{ème} : La perte de la personnalité juridique

La personnalité juridique se perd en principe par la mort de la personne, qu'en est-il pour l'enfant mort-né ?

A- L'enfant mort-né

Pour devenir sujet de droit, il faut être né vivant et viable. L'enfant mort-né n'a jamais été et ne sera jamais un sujet de droit. De même l'enfant non viable, c'est-à-dire celui qui ne dispose pas des aptitudes suffisantes pour survivre à sa naissance en raison d'une malformation ou parce qu'il est né trop tôt, ne sera lui non plus jamais un sujet de droit ; le droit a préféré ne pas tenir compte d'une vie aussi brève qui n'était pas faite pour durer.

Il est permis d'établir un semblant d'acte civil d'enfant mort-né ou non viable, on parle d'un acte d'enfant sans vie qui peut être établi par un acte d'accouchement établi par un médecin. L'enfant possède un état civil, un prénom, il pourra figurer sur le livret de famille, et pourra bénéficier d'une sépulture. C'est pour des raisons purement compassionnelles, il n'a aucune conséquence juridique, il est symbolique. L'enfant mort-né n'est pas considéré comme ayant la personnalité juridique, son existence est ainsi reconnue.

Sa déclaration à l'état civil est soumise aux conditions suivantes :

- Pour les enfants nés mort après une gestation de moins de 24 semaines, aucun acte n'est délivré ; il s'agit alors d'un fœtus.
- Pour les enfants nés vivants et décédés avant la déclaration de leur naissance à l'état civil, un acte de naissance doit en effet être dressé par l'officier d'état civil au vu d'un certificat médical attestant que l'enfant est «né vivant et viable».

Le certificat d'enfant né vivant et viable devrait être établi pour tout enfant né vivant à partir de 24 semaines d'aménorrhée ou pesant au moins 500g à la naissance, même si l'enfant n'a vécu que quelques minutes, même s'il souffre de malformations ou pathologie incompatible avec la vie. La viabilité n'étant entendue qu'en termes de durée de gestation et non d'aptitude à vivre⁵⁴.

⁵⁴ www.chuoran.dz.

B- La perte de la personnalité juridique par la mort

Aux termes de l'article 25 du CCA, c'est la mort qui met fin à la qualité de sujet de droit des personnes physiques. Le moment de la mort est donc fondamental, car il marque le passage du sujet au cadavre, qui est une chose hors commerce selon l'art 622 du même code en rapport avec la classification des choses et des biens. Pour que le sujet cesse d'être un sujet, que ses biens soient transmis à ses héritiers, il faut encore pouvoir établir avec certitude la mort du sujet. Or dans certains cas, on ne sait pas si une personne est morte ou vivante.

a- L'hypothèse de la mort certaine

La mort est certaine lorsque l'arrêt complet irréversible des fonctions vitales a été constaté. Il n'existe pas de définition légale de la mort dans le code civil ou pénal, une personne est déclarée morte quand le médecin estime qu'elle est morte. La mort étant un évènement personnel et familial ou religieux est aussi un fait juridique soumis à une réglementation.

L'acte de décès est adressé par l'officier d'état civil de la commune du lieu du décès au vu du certificat de décès délivré par le médecin qui a constaté la mort, en attestant qu'elle est constante et précisant l'origine naturelle. Dans ce cas-là, le permis d'inhumer est délivré par l'officier d'état civil comme le stipule l'art 78 du code d'état civil.

Les déclarations de décès doivent être faites, dans un délai de vingt-quatre heures ; ce délai est porté à vingt jours pour les wilayas du sud conformément à l'art 79 alinéa 2 du code de l'état civil.

En cas de signes laissant penser à une mort violente ou d'une mort d'origine indéterminée, l'inhumation n'aura lieu qu'après procès-verbal d'un officier de police judiciaire assisté d'un docteur en médecine conformément à l'art 82 de l'état civil.

Le parquet doit être tenu informé de toutes les morts violentes ou suspectes conformément à l'art 62 du CPPA, en cas de découverte d'un cadavre, qu'il s'agisse ou non d'une mort violente, mais si la cause est inconnue ou suspecte, le procureur de la république se fait assister de personnes capables d'apprécier la nature des circonstances du décès. Il peut aussi requérir information pour chercher la cause de la mort.

Dans ce contexte, l'autorité judiciaire doit requérir les médecins légistes à l'effet d'accomplir des actes médicaux-légaux⁵⁵.

Le code pénal algérien de par son art 441 alinéa 2, punit toute personne ne respectant pas les dispositions législatives et règlementaires relatives aux inhumations. Il dispose que «ceux qui, sans l'autorisation préalable de l'officier public dans le cas où elle est prescrite font inhumer un individu décédé ; ceux qui contreviennent, de quelque manière que ce soit, aux dispositions législatives et règlementaires relatives aux inhumations précitées».

b- L'hypothèse de doute sur la mort

Il arrive qu'il y est une incertitude sur la vie ou la mort d'une personne. La famille est sans nouvelles, personne n'a vu le sujet depuis plusieurs années. Le code de la famille algérien organise deux régimes pour le cas d'incertitude sur l'existence de la personne : la procédure de la disparition et la procédure de l'absence au chapitre 4 du livre deuxième sous le titre de la représentation légale.

La disparition est l'état d'une personne dont on n'a pas la certitude qu'elle est morte, car, aux termes de l'article 109 du CFA : «le disparu est la personne absente dont on ignore où elle se trouve et si elle est en vie ou décédé. Il n'est déclaré tel que par jugement».

Le législateur algérien a assimilé au disparu l'absent empêché durant une année par des raisons de force majeure de rentrer à son domicile ou de reprendre la gestion de ses affaires par lui-même ou par l'intermédiaire d'un mandataire et dont l'absence cause des dommages à autrui, conformément à l'article 110 du CFA. Ce qui laisse entendre que la définition de la disparition est plus large que celle de l'absence ; l'absence est l'une des formes de disparition. Donc tout disparu est absent, mais tout absent n'est pas disparu.

En effet, selon l'article précité, pour considérer une personne disparue, il faut la réunion de quatre conditions :

- L'absence de la personne.
- Ignoré l'endroit où se trouve cette personne.
- L'incertitude sur sa vie.

⁵⁵ Touati Khalid, La mort, www.medecinelegal.wordpress.com.

- Est déclarée disparue que par jugement. Selon un arrêt de la cour suprême l'administration des biens du disparu n'est légale que si elle repose sur un jugement déclaratif de décès.⁵⁶

Ce dernier est prononcé à la demande de l'un des héritiers, de toute personne ayant intérêt, ou du ministère public comme le stipule l'article 114 du CFA.

Selon l'article 113 du même code, le jugement de décès du disparu en temps de guerre ou en des circonstances exceptionnelles peut être prononcé après un délai de 4 ans ; tandis qu'en temps de paix le juge est habilité à fixer la période d'attente à l'expiration des quatre années.

Quant aux effets de la disparition, l'article 112 du même code donne la possibilité à la femme du disparu ou de l'absent de demander le divorce conformément à l'alinéa 5 de l'art 53 in fine.

Ainsi, on ne peut parler de succession de l'absent qu'une fois le jugement déclaratif de décès soit prononcé comme le stipule l'article 115 du CFA. Et si ce dernier réapparaît, il recouvre ce qui subsiste encore de ses biens en nature ou de la valeur de ce qui en a été vendu.

Donc, le tout premier élément de définition de l'enfant est à priori la naissance considérée comme point de départ de la vie humaine et la condition de l'octroi de la personnalité juridique, qui s'éteint par la mort. Or, certaines considérations juridiques amènent à remettre en cause, ou tout du moins à discuter la théorie de l'enfant avant même la naissance ; lorsque ce petit être est encore dans le sein de sa mère.

§. 3^{ème} Le statut juridique de l'enfant conçu

La définition de l'enfant ne fixe pas le point de départ de l'enfance. Se pose donc la question de savoir à quel moment commence la personnalité de l'enfant, à la naissance ou dès la conception ?

Il existe un large éventail de positions doctrinales sur le statut qui doit être accordé à l'embryon, l'enfant conçu n'est nullement ignoré en droit ; quand bien même sa

⁵⁶ Cour suprême, ch.civ, 24/12/2008, doss. n° 435190, Rev. Jud., 2009, n° 02, p.127.

condition juridique demeure incertaine, conflictuelle, diversifiée, selon les questions auxquelles le droit répond.

Donc, les questions qui se posent et auxquelles on va essayer de répondre sont : peut-on tenir l'enfant conçu pour une personne en droit algérien ? De quel droit jouit-il ?

Avant d'essayer de répondre à ces questions, il nous semble nécessaire en premier lieu de définir l'enfant conçu.

A- Définition de l'enfant conçu

Le législateur algérien utilise le terme « enfant conçu », sans donner une véritable définition à ce terme, ce qui nous amène à aller la chercher dans le domaine médical⁵⁷.

Scientifiquement, l'enfant conçu passe par deux étapes qui correspondent à des stades d'évolution différents : l'embryon et le fœtus.

- **Embryon** : médicalement, la période embryonnaire correspond à deux phénomènes, la naissance d'un certain nombre de tissus et d'organes spécifiques, c'est-à-dire l'organogenèse et la formation extérieure du corps humain ; on appelle être humain embryon pendant le premier stade de son développement qui dure 98 semaines (56 jours), et qui commence à l'instant de la fécondation (c'est-à-dire le début de la grossesse). Ce stade correspond aux dix premières semaines d'aménorrhée ou les deux premiers mois de grossesses).
- **Fœtus** : on appelle l'être humain qui se développe dans l'utérus de sa mère un fœtus, depuis le début de la 11ème semaine d'aménorrhée ou à partir de la 9ème de gestation (qui commence par la fécondation jusqu'à la naissance)⁵⁸.

Tels sont les termes choisis par la science pour délimiter deux processus différents de développement de la vie humaine intra-utérine⁵⁹.

En relevant, que le Coran est le seul texte religieux ayant défini clairement l'embryon comme ceci : « c'est une cellule nutfa نطفة zygote issue de la fusion des liquides séminaux des pères et mères, se nichant en l'utérus alqa علقة, évoluant en organes

⁵⁷ L. Cassiers, La dignité de l'embryon humain, Rev. Trimestrielle des Droits de l'Homme, 2003, n° 45, p. 406.

⁵⁸ www.aly-albara.com.

⁵⁹ Aurore Catherine, L'assimilation de l'embryon à l'enfant ? Les indices civilistes de personification de l'embryon, CRDF, 2006, n° 5, p.80.

différenciés et non différenciés, مضغة معلقة و غير معلقة, processus qui en fait un objet sans nom, jusqu'à ce qu'il reçoive l'esprit vital الروح en faisant une personne »⁶⁰.

On se retrouve aussitôt devant la question de l'attribution de la personnalité juridique à l'enfant conçu ou non.

B- Reconnaissance rétroactive de la personnalité juridique de l'enfant conçu

L'enfant conçu de par sa définition peut-il jouir de la personnalité telle qu'elle est définie dans le droit civil algérien(a), et que prévoit la législation pour sa protection (b).

a- En matière civile

Il est communément admis, que la personnalité juridique s'acquiert en principe par la naissance⁶¹. Le code civil algérien dispose en son article 25 que : «la personnalité commence avec la naissance accomplie de l'enfant vivant et finit par la mort.

L'enfant conçu jouit des droits déterminés par la loi à condition qu'il naisse vivant».

Il semble ainsi, que l'embryon ne puisse pas bénéficier de la personnalité juridique. Au premier abord, le statut de l'embryon, ne peut donc pas être celui d'une personne, et par voie de conséquence l'embryon ne peut être inséré dans la définition de l'enfant.

Mais une telle impossibilité se trouve remise en cause par la dérogation énoncée par l'adage romain « infans conceptus »⁶², signifiant que l'enfant conçu est considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt. Et c'est le même intérêt qui a été manifesté par l'Islam à cette première étape de la vie, qui reconnaît au fœtus, dès l'instant de la fécondation, le droit à la possession de biens, comme le droit à la succession, au testament et aux bénéfices des biens waqfs⁶³.

La déclaration sur les droits et la protection de l'enfant, dans le monde islamique⁶⁴ en son article 2 insiste sur les droits du fœtus, en expliquant que cette question des droits du fœtus représente une originalité indiscutable des règles du droit musulman ; car celles-ci

⁶⁰ Ghawthy Hadj Eddine Saril Ali, Des statuts de l'homme au statut de l'embryon humain, www.santé-maghreb.com.

⁶¹ B-Teysee, Droit civil, les personnes, t 4, 8 éd., Lexis Nexis, Paris, 2003, p.14.

⁶² L'adage romain signifie que l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt.

⁶³ Mohamed Mokhtari, op. cit., p.37.

⁶⁴ L'organisation de la conférence islamique, lors du 7ème sommet islamique tenu à Casablanca Maroc, du 13 au 15 décembre 1994.

protègent le fœtus et ses droits de l'état d'un caillot de sang. Ces droits sont la possession des biens et la succession.

Le même article, insiste également sur la protection de la femme enceinte, en lui assurant la pension alimentaire et un traitement digne, sans oublier de l'exempter de certaines obligations religieuses.

Cette règle est reprise en droit algérien, dont certains articles permettent de faire remonter la personnalité juridique au moment de la conception. Ainsi en est-il de l'article 173 du CFA qui reconnaît à l'enfant à naître le droit d'hériter comme ceci : «il sera prélevé sur la succession au profit de l'enfant à naître une part supérieure à celle devant revenir à un seul fils ou une seule fille, si celui-ci a vocation avec les héritiers à la succession ou l'emporte sur eux en éviction par réduction. Lorsque l'enfant à naître l'emporte sur les héritiers par éviction totale de l'héritage, toute la succession doit être réservée et ne sera partagée que lorsque celui-ci vient au monde».

Ou encore le droit de bénéficier d'une donation, l'article 209 du CFA dispose que : «la donation faite en faveur d'un enfant conçu ne produit effet que si cet enfant naît vivant et viable». De même le testament fait au profit d'un enfant conçu est valable mais ne produit d'effets que si l'enfant naît vivant.

Toutefois, le législateur admet reconnaître la qualité de sujet de droit à l'enfant dès sa conception, l'application de la règle «infans conceptus» est gouvernée par trois conditions :

- La première concerne la conception de l'enfant, pour recueillir une succession ou une donation, il doit être conçu au moment de la naissance de la situation juridique.
- La seconde condition concerne l'intérêt de l'enfant : il devrait s'agir de tous les cas dans lesquels il serait nécessaire de le protéger contre toute atteinte extérieure, ou bien lorsqu'une situation lui serait bénéfique, il convient d'agir en sa faveur en tenant compte de lui ; agir dans son intérêt c'est le positionner positivement dans une situation donnée.
- Enfin, la troisième condition concerne la naissance de l'enfant ; en effet, ce n'est que si l'enfant conçu est né vivant et viable qu'il pourra alors jouir des droits qu'il a acquis avant sa naissance.

Donc, tout être humain devient un sujet de droit à partir de sa naissance, mais l'acquisition de sa personnalité reste alors subordonnée à deux conditions : une naissance en vie et une naissance viable. L'article 143 alinéa 1 du CFA dispose que : «l'enfant simplement conçu n'a vocation héréditaire que s'il naît vivant et viable au moment de l'ouverture de la succession».

Alors, pour être sujet de droit, l'enfant conçu doit naître vivant et viable ; mais en application de la fiction de «l'infans conceptus» il peut être titulaire d'une personnalité dès sa conception s'il y va de son intérêt. Cette personnalité anticipée permet à l'enfant conçu d'hériter lors d'une succession ou bénéficiaire d'une donation, ou d'un testament.

En effet, si l'enfant naît vivant et viable, et si l'on se place rétroactivement au moment où l'embryon a été considéré ; il était à ce moment- là une personne juridique. La personnalité est alors seulement confirmée lors de la naissance.

L'inconvénient de cette règle, est qu'elle n'attribue la personnalité juridique à l'embryon qu'en fonction de son état de naissance, et non en tant qu'il est embryon.

Cependant, malgré sa capacité de jouissance, l'embryon n'a ni capacité d'exercice, ni obligation ; il ne peut donc pas être considéré comme une personne juridique, sujet de droit.

Face à cette personnalité incomplète, le doyen Carbonnier a qualifié l'enfant à naître de : «non sujet de droit»⁶⁵.

Or, ne pouvant exister en tant que sujet de droit, à défaut de personnalité juridique qui reste conditionnelle⁶⁶, l'enfant conçu peut-il être considéré comme un être à protéger ?

b- La protection pénale de l'enfant conçu en droit algérien

L'étude de la protection pénale du fœtus, nous permettra de mieux connaître cette figure juridique qui reste floue, notamment, en ce qui concerne la place qui lui est conférée. Ainsi nous verrons si elle est différenciée des personnes, qui elles sont nées, ou si au contraire le fœtus est autant protégé pénalement que peuvent l'être ses concepteurs. Que peut-on dire de la protection pénale du fœtus ?

⁶⁵ Jean Carbonnier, Droit civil, t1, introduction, les personnes, éd. Thémis, 1984, p.37.

⁶⁶ Nadia Ait Zai, Les droits de l'enfant..., op. cit., p.9.

L'intérêt manifesté à cette première étape de la vie, se traduit par la reconnaissance du droit du fœtus à poursuivre son évolution normale jusqu'à la délivrance. Et pour que ce droit soit respecté, l'avortement sera strictement interdit au vue de la charia islamique, même en cas de viol, excepté s'il a été pratiqué avant cent vingt jours pour des motifs valables, ou à tout moment lorsqu'il met en danger la vie de la mère. Ainsi l'article 2 de l'O.C.I interdit l'avortement sans donner des explications concernant les raisons de cette interdiction ou les conditions qui permettent de pratiquer l'avortement.

Et c'est ce qu'on retrouve en droit algérien ; car, de par sa législation pénale, l'Algérie défend le droit à la vie de l'embryon, l'avortement, à savoir l'interruption volontaire de grossesse est considéré comme un crime passible de prison. L'article 304 du CPA dispose que : «quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, a procuré ou tenter de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposé enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, est puni d'emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de vingt mille à cent mille DA.

Si la mort en est résultée, la peine est la réclusion à temps de dix à vingt ans.

Dans tous les cas, le coupable, peut, en outre, être interdit de séjour».

Selon l'article 305 du même code ; « s'il est établi que le coupable se livrait habituellement aux actes visés par l'art 304, la peine d'emprisonnement est portée au double dans le cas prévu à l'alinéa premier, et la peine de réclusion à temps est élevée au maximum de sa durée ».

La peine accessoire de l'interdiction de séjour, peut être facultativement prononcée contre l'auteur de l'infraction.

Les peines ci- dessus énoncées avec l'aggravation visant l'avorteur d'habitude, concernent aussi bien les personnes de la profession médicale que les individus quelconques ; néanmoins, les personnes de la profession médicale ou paramédicale encourent en outre la peine complémentaire facultative de suspension d'exercice pour une période ne devant pas excéder à 10 ans (art 306 qui renvoi à l'art 23du CPA).

Selon l'art 309 CPA, la femme qui se procure elle-même l'avortement ou se prête aux manœuvres abortives des tiers est punissable, même en cas de simple tentative.

Toutefois, elle n'encourt que la peine de six mois à deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 20.000 à 100.000DA.

Toutefois,, un avortement volontaire n'est pas nécessairement un avortement criminel, il se trouve un autorisé par la loi, c'est l'avortement thérapeutique qui est admis, s'il met en danger la vie de la mère et son équilibre physiologique et mental, et s'il est accompli dans le respect des règles légales comme le stipule l'art 308 CPA comme ceci : «l'avortement n'est pas puni lorsque il constitue une mesure indispensable pour sauver la vie de la mère en danger et qu'il est pratiqué par un médecin ou un chirurgien après avis donné par lui à l'autorité administrative».

Ou encore, l'art 72 de la loi n^o85-05 qui l'autorise lorsqu'il constitue une mesure indispensable pour sauver la vie de la mère en danger ou préserver son équilibre psychologique et mental gravement menacé⁶⁷.

En cas de viol, l'interruption d'une grossesse n'est autorisée, que s'il s'agit d'un viol commis dans la cadre d'un acte terroriste et enregistré sur le champ.

Avec la prohibition de l'avortement, l'embryon ou le fœtus demeure protégé par la loi. Cette protection apportée à l'embryon, peut être interprétée comme une reconnaissance d'un «droit à la vie», ce qui fait que son respect soit imposé.

Même s'il y a absence du bénéfice de droits subjectifs pour l'embryon, le législateur algérien n'a pas ôté toute protection, en interdisant d'attenter à sa vie sans raisons médicales fondées (avortement thérapeutique).

Le respect de la vie de l'enfant, qui se trouve dans le sein de sa maman, d'où l'idée d'une reconnaissance d'un droit à la vie de l'embryon nous mène à la question suivante : est-ce-que l'incrimination d'homicide involontaire est applicable à l'enfant à naître ?

L'article 288 CPA incriminant l'homicide volontaire, figure sous le titre de crimes et délits contre les personnes comme ceci : «Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, commet involontairement un

⁶⁷ Cette nouvelle loi ouvre une brèche jusqu'alors, l'avortement n'était autorisé qu'en cas de danger pour la santé de la mère, avec une formulation plus floue ; alors que la notion d' « équilibre psychologique et mental » permettrait désormais d'y avoir recours plus facilement, car toute femme porteuse d'un enfant non désiré est une femme en état de dépression.

homicide, ou en est involontairement la cause, est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans, et d'une amende de 20.000 à 100.000 DA».

S'il est communément admis, que l'embryon ou le fœtus n'est pas considéré comme une personne, cette qualité est, toutefois, conditionnée par la naissance de l'enfant vivant, il est jugé alors que l'incrimination d'homicide volontaire ne le concerne pas. On ne peut commettre d'homicide envers un fœtus.

Ainsi, le médecin qui par négligence provoque des souffrances néonatales à l'origine d'un handicap de l'enfant, ou qui tarde à faire une césarienne, ce qui entraîne des lésions neurologiques grave chez l'enfant ; pourra être condamné pénalement, mais il échappera à la condamnation pénale si l'enfant est mort-né.

En France, et par jugement du 04 février 2014, le tribunal de Tarbes a condamné un automobiliste pour homicide involontaire à l'encontre d'un fœtus âgé de 30 semaines, la femme enceinte avait été fauchée le 20 janvier 2014. Pour la présidente du tribunal de Tarbes, il s'agit de considérer que si le bébé était né prématurément pour toute autre raison qu'un accident était viable, donc c'est le choc du fœtus contre la paroi utérine qui a provoqué son décès ; il s'agit d'un être humain qui a été tué a-t-elle déclarée.

Après l'accident, la première déclaration de la maman a été de savoir comment allait son bébé. Celle-ci a été choquée par la réponse : «vous d'abord, le bébé après... ». Réagissant sur ce point, la présidente du tribunal précise : « il est considéré que tant qu'un bébé n'est pas né, on a parfois l'impression qu'il n'est pas vivant, or il y'a mort il y a eu une vie, comment peut-on dire qu'un bébé qui réagit à l'environnement qui l'entoure n'est pas un enfant ? Pour la maman il était vivant, elle a été privée de ce premier enfant et en a ressenti de la culpabilité».

Pour la présidente : «il est important qu'il y ait eu une reconnaissance de cet enfant notamment pour les parents en deuil»⁶⁸.

Peut-être, qu'on peut considérer cette décision comme une avancée vers la reconnaissance de l'homicide sur le fœtus.

Actuellement, un fœtus n'est pas considéré comme une personne par la jurisprudence et ne bénéficie d'aucun régime de protection pénale, aucune infraction ni

⁶⁸ Maître Laurent Epailly, Vers la reconnaissance de l'homicide sur le fœtus, blogavocat.fr.

aucun homicide ne peut être commis à l'encontre d'un fœtus. Le principe a été clairement posé par la chambre criminelle de la cour de cassation, dans un arrêt du 25 juin 2012 affirme clairement que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une interprétation stricte de la loi pénale s'oppose à ce que l'incrimination d'homicide involontaire s'applique au cas de l'enfant qui n'est pas né vivant⁶⁹.

En conclusion, ce que nous remarquons qu'aucun texte n'affirme explicitement la personnalité de l'embryon, pourtant des éléments peuvent légitimement le laisser penser, mais le plus souvent de façon ambiguë.

Ces indices résultent essentiellement de deux règles :

- D'une part, la règle de «l'infans conceptus» issue du droit romain puisque cette notion d'enfant conçu est essentielle, voir centrale pour rattacher l'embryon à l'enfant. Cette notion indique biologiquement que l'enfant existe puisque conçu. Mais cette conception donne aussi en droit parfois accès à la personnalité juridique qui reste conditionnelle, puisque l'enfant à naître ne bénéficie de cette dernière que s'il naît vivant.
- D'autre part, en se basant sur l'interruption de grossesse incriminée par le code pénal et avec la prohibition de l'avortement, l'embryon et le fœtus demeurent protégés par la loi.

Cette protection apportée à l'embryon, peut être interpréter comme une reconnaissance d'un droit à la vie, un droit universellement reconnu pour tous les êtres humains. C'est un droit fondamental qui gouverne tous les autres droits existants. S'il n'y a pas de vie, les autres droits fondamentaux n'ont plus de raisons d'exister.

Même, s'il y a absence du bénéfice de droits subjectifs pour l'enfant à naître, le législateur algérien n'a pas ôté tout intérêt et protection à ce dernier.

En bref, on peut dire, que malgré l'absence d'une définition précise de l'enfant dans les lois de la plupart des pays. L'enfant dans tous les pays est juridiquement considéré incapable jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la majorité. Entre la naissance et l'âge de la majorité se situe la période de la minorité, période pendant laquelle l'enfant est juridiquement incapable et sujet d'intérêt. Et c'est le sujet de notre deuxième section.

⁶⁹ Maître Laurent Epailly, idem.

Section 2^{ème} : La condition juridique de l'enfant

Lorsque l'on confronte les différentes définitions de l'enfant, on se rend vite compte que la notion d'enfant renvoi généralement à l'idée de fragilité ou de état de fragilité de l'enfant que se pose finalement la question de son incapacité. L'état de minorité place le mineur dans une situation particulière, en effet son incapacité juridique lui interdit de contracter valablement⁷⁰.

§. 1^{ère} : Définition de l'incapacité

L'âge de la majorité civile, permet de distinguer l'adulte capable de l'enfant incapable. Le code civil n'a consacré que quelques dispositions à la question de l'incapacité.

La majorité civile en Algérie, est atteinte à l'âge de 19 ans selon l'article 40 CCIV qui dispose que : «toute personne est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils, lorsqu'elle atteint l'âge de 19 ans». L'enfant est donc mineur est juridiquement incapable jusqu'à l'âge de 19 ans.

Le code civil s'est déchargé sur le code de la famille, pour régler le régime des incapacités, un tel renvoi est prévu par l'article 79 qui précise que : « En ce qui concerne les règles de capacité des mineurs, interdits judiciaire et légaux et autres incapables, il est fait application des dispositions prévues à cet effet par le code de la famille». Celui-ci quant à lui, a tenu à rassembler sous le titre : «de la représentation légale» les dispositions relatives aux incapacités, et ce aux articles 81 à 86.

Le code de la famille, a simplement réglementé les différentes situations, qui sont en rapport avec les incapacités : comme la tutelle, la curatelle ou l'interdiction.

Le droit des incapacités relève donc, à la fois du droit civil, en ce qu'il s'occupe uniquement des personnes ; et du droit de la famille dans un domaine plus étendu.

⁷⁰ Michel Boudjemai, Guide du droit de la famille et de l'enfant, éd. ASH, France, 2012, p.197.

Au plan civil, l'incapacité du mineur est une incapacité de protection ⁷¹; elle a été instituée dans son intérêt exclusif, pour éviter qu'il soit tenu par des engagements pris sans discernement. Selon l'article 42 du code civil, modifié le 20 juin 2005 : «est réputé dépourvu de discernement l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de 13 ans».

Cette incapacité, est dite d'exercice⁷² parce que l'enfant tout étant titulaire de droits et obligations, peut être privé de la faculté de les exercer lui-même : ces droits sont mis en œuvre, en son nom, par son représentant légal.

Le droit a prévu une incapacité en considération de l'âge de la personne. A partir de là il a organisé sa protection.

§.2^{ème} : Les différentes catégories de mineur

L'enfant de sa naissance à sa majorité passe par plusieurs étapes, ce qui explique l'existence de plusieurs catégories de mineur

A- Le mineur non émancipé

Pour le code civil, le mineur est toute personne de l'un ou l'autre sexe, qui n'a pas atteint l'âge de 19 ans accomplis. Donc, tout mineur, étant de plein droit en état d'incapacité, est placé sous tutelle⁷³.

Mais, cette incapacité n'est pas sans nuance, en effet, il y a lieu de faire une distinction entre le mineur dépourvu de discernement et le mineur qui en est pourvu ; sachant que le discernement, est le paramètre qui permet de soutenir, que le mineur est en mesure de comprendre la portée de ses actes. Il traduit l'idée de lucidité, de la conscience que l'on peut avoir des choses ou d'une situation.

⁷¹ Philippe Malaurie, Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs, éd. 08^{ème}, Lextenso, Paris, 2015, p.10.

⁷² Il existe en réalité deux types de capacité juridique :

- L'une est dite « de jouissance » et se définit comme l'aptitude à avoir des droits et des obligations.
- L'autre est dite « d'exercice » et se définit comme le pouvoir de mettre soi-même en œuvre ses droits et ses obligations.

⁷³ L'article 87 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.

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".

Le discernement a été érigé, tant au niveau international, que sur le plan national en standard juridique, devant faciliter d'une part l'exercice par l'enfant de ces droits et d'autre part, la mise en jeu de la responsabilité.

La CIDE impose à tout état partie, l'obligation de garantir à l'enfant, qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion, sur toute question l'intéressant⁷⁴.

Ainsi, la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, reconnaît à tout enfant capable de communiquer un droit équivalent à celui d'un adulte. En substance, cette dernière exige que : «tout enfant qui est capable de communiquer se verra garantir le droit d'exprimer ses opinions librement dans tous les domaines et de faire connaître ses opinions, sous réserve des restrictions prévues par la loi»⁷⁵.

Toutefois, si la législation internationale affirme le principe de la consubstantialité de la capacité de discernement, avec l'exercice pour l'enfant d'un certain nombre de ces droits ; l'évaluation de l'aptitude de l'enfant au discernement relève en principe de la compétence des Etats.

B- Le mineur dépourvu de discernement

Selon le code civil algérien, est réputé dépourvu de discernement, l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de 13 ans⁷⁶. Un tel mineur, est frappé d'une incapacité totale, n'ayant pas l'âge de raison, il ne peut manifester de volonté juridique. .

Cette incapacité, s'applique aux faits juridiques, comme les délits et aux actes juridiques, notamment aux contrats.

- En matière de délits, l'enfant dépourvu de discernement, est civilement responsable. L'article 125 du CCIVA considère, que l'incapable qui a agi avec discernement est obligé par ses actes dommageables, alors que, dans le cas de la personne privée de discernement le juge peut, si cette personne n'a pas de responsable civile ou si la victime, ne peut pas obtenir réparation de celui-ci, condamner l'auteur du dommage à une indemnité équitable, en considération de la situation des parties.
- En matière de relations contractuelles, l'enfant qui est sans discernement, ne peut s'obliger par contrat. A ce sujet, le code de la famille est strict, puisque l'article 82

⁷⁴ Art. 12 de la CIDE.

⁷⁵ Art. 7 de la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.

⁷⁶ Art. 42 du CCIVA.

affirme que : «les actes de toute personne n'ayant pas atteint l'âge de discernement, à cause de son âge, sont nuls».

C- Le mineur pourvu de discernement

Chez celui-ci, il existe une volonté intelligente et consciente, mais elle est limitée par le manque d'expérience. Dans ce cas, le mineur a besoin d'être encadré. Ceci dit, l'article 43 du CCIVA, considère que celui qui a atteint l'âge de discernement sans être majeur, a une capacité limitée.

Le problème de l'incapacité de mineur doué de discernement, se pose différemment que dans la situation de celui qui en est dépourvu.

En matière délictuelle, le mineur est capable. Ainsi, s'il cause un dommage à autrui par sa faute, il sera tenu à réparation en tant que responsable ; la règle est posée par l'article 125 du code civil qui dispose que : «l'incapable est obligé de ses actes dommageables lorsqu'il agit avec discernement».

En matière contractuelle, il faut distinguer deux situations qui sont prévues par le code de la famille :

- Les actes accomplis par le mineur pourvu de discernement, sont valides lorsqu'ils lui sont profitables, s'ils lui sont préjudiciables, ils sont déclarés nuls⁷⁷. Lorsqu'il y a incertitude entre le résultat profitable et celui qui est préjudiciable, les actes faits sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou du tuteur testamentaire.
- Le mineur ayant l'âge de discernement, doit solliciter l'autorisation du juge pour disposer de tout ou partie de ses biens, et ce à la demande de toute personne ayant intérêt. Le juge conserve la faculté de revenir sur sa décision, en cas de motif certain⁷⁸.

D- Le mineur émancipé

En principe, tout mineur, qu'il appartienne à l'un ou l'autre sexe, âgé de moins de 19 ans, mais plus de 13 ans est apte à bien gérer son patrimoine, peut être émancipé.

Le code de la famille, prévoit l'émancipation du mineur par le mariage, alors que la capacité de mariage est fixée à 19 ans révolus pour l'homme et la femme. Cependant, le juge peut accorder une dispense d'âge, pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité.

⁷⁷ Art. 83 CFA.

⁷⁸ Art. 48 CFA.

Ainsi, le conjoint mineur acquiert la capacité d'ester en justice, quant aux droits et obligations résultant du contrat du mariage⁷⁹.

L'émancipation, relève le mineur de l'incapacité et l'affranchit de la tutelle sur sa personne et sur ses biens. L'émancipation dure jusqu'à l'âge de majorité, ou jusqu'au décès du mineur, à moins qu'elle n'ait été révoquée, retirée ou annulée.

Dans tous les cas, l'intérêt de l'enfant doit guider toute décision le concernant. La prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs mais aussi de ses droits, permet d'affirmer que l'enfant doit être au cœur du dispositif et que toute prestation doit être individualisée.

Chapitre 2^{ème} : L'intérêt supérieur de l'enfant

La convention des droits de l'enfant stipule en son article 3 alinéa 1^{er} que : «dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale».

A priori, La notion d'intérêt supérieur de l'enfant , est une notion clé dans toutes les décisions qui le concernent. Selon la formule devenue célèbre du doyen Carbonnier, l'intérêt de l'enfant fait figure de formule magique⁸⁰, au sein du droit de la famille, et de manière plus générale au sein de l'ordre juridique tout entier⁸¹.

En droit algérien, l'intérêt de l'enfant représente, le critère par excellence du droit de la famille, le code de la famille s'y réfère largement et expressément en matière de garde (art 65, 66,67, 69 CFA), en matière de kafala où le kafil a le droit de donner son nom au makfoul⁸²; le code de procédure civile et administrative a repris aussi ce principe qui est l'intérêt de l'enfant (art 424). Et à la suite des réformes les plus récentes, et notamment la loi n° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant, qui est venue consolidée par ses articles et dispositions liés à la protection de l'enfant sur le plan social et

⁷⁹ Art 7 CFA.

⁸⁰ Jean Carbonnier, Droit civil, t.2, la famille, l'enfant, le couple, PUF, Paris, 2002, p.85.

⁸¹ V. Eedel, L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant, Rev. De la Recherche Juridique, 2009, n° 2, p.579.

⁸² Décret n° 92/24 du 13/01/1992 complétant le décret n° 71/157 du 03/06/1971 portant le changement du nom, amendé.

judiciaire, et qu'elle aussi énonce et insiste en son article 7⁸³ que l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale. Cette notion qui est devenue la clé de voute des réformes récentes.

Donc, l'intérêt de l'enfant, est un concept qui est largement pris en considération dans les cas concernant l'enfant : ce qui nous amène à essayer de cerner cette notion de manière à circonscrire le sujet.

Section 1^{ère} : Détermination de la notion d'intérêt de l'enfant

La notion d'intérêt de l'enfant, est un concept délicat à déterminer⁸⁴ comme la si bien souligné le doyen Carbonnier est une notion magique, à contenu variable, insaisissable, fuyante, changeante.

Selon Carbonnier, l'intérêt de l'enfant est une notion à contenu variable, en raison de la diversité des interprétations de cette notion : les parents, le juge, le législateur, etc⁸⁵. Elle ressemble à une boîte, ou chacun met ce qu'il souhaite trouver⁸⁶.

Du fait, que cette notion n'est pas définie, cela conduit, chacun à l'appréhender en fonction de sa propre personnalité, en fonction de sa propre subjectivité, ce qui peut amener à une forme d'arbitraire. Ainsi, qu'à chaque fois qu'une décision est prise dans l'intérêt de l'enfant, cette décision sera prise sur la base d'un concept insaisissable propre à favoriser l'arbitraire judiciaire, ouvrant la porte à toutes interprétations.

Devant, l'impossibilité de donner un sens, une signification déterminée à priori de l'intérêt de l'enfant, il est permis de ne pas prendre position sur ce point, et de tenter une approche d'avantage orientée vers la clarification ou à favoriser son identification.

⁸³ L'article 7 dispose que : « l'intérêt supérieur de l'enfant doit être l'objectif de toute procédure, mesure ou décision judiciaire ou administrative à son égard... ».

⁸⁴ Isabelle Lemaire, La notion d'intérêt de l'enfant dans le droit du divorce, thèse de doctorat, Faculté de droit et science économique, Lyon, 2010, p.39.

⁸⁵ Jean Carbonnier, op.cit., T. 2, p.675.

⁸⁶ Françoise Dekeuwer-Defossez, Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, RTDCiv, 1995, p.249.

§.1^{ère} : Les critères de l'intérêt supérieur de l'enfant

Afin, de cerner les critères qui peuvent nous aider à comprendre cette notion, il convient, à prime à bord de donner la signification terminologique de cette dernière. Et comme la CIDE représente la référence en la matière, nous allons essayer d'aller chercher les caractéristiques fournies par cette dernière.

A- La signification terminologique de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant est susceptible de recevoir deux significations⁸⁷ :

- Il y a d'abord, l'intérêt abstrait de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant est alors un standard idéale-typique, une référence à l'enfant en général, de manière abstraite. Ainsi, il est de l'intérêt de l'enfant, de manière abstraite et générale, de ne pas faire l'objet de mauvais traitements⁸⁸, bénéficier du droit à l'éducation⁸⁹, d'avoir un accès aux soins⁹⁰.
- L'intérêt supérieur de l'enfant, désigne aussi dans une deuxième signification, l'intérêt concret de l'enfant. Il s'agit alors de déterminer, le meilleur intérêt pour tel enfant dans telle situation. C'est l'intérêt d'un enfant en particulier, par ex : l'intérêt d'un tel enfant consistera à être sous la garde de son père parce que sa mère est très fréquemment en déplacement à l'étranger.

Malgré, cette dualité de significations, la notion d'intérêt de l'enfant reste finalement indéfinie et insaisissable⁹¹

B- Les critères établis par la CIDE

La CIDE, représente la référence en la matière, le texte même de cette dernière précise les caractéristiques de la notion et fournit des éléments de définition.

L'article 3 de la CIDE, considéré comme un article introductif, fixe la philosophie de l'outil institué (a.-), en outre cette formulation générale pose la question de la nature de la notion (b.-).

⁸⁷ Ph. Bonfliset A. Gouttenoire, Droit des mineurs, Dalloz, Paris, 2008, p.36.

⁸⁸ Art. 19 CIDE.

⁸⁹ Art. 28 CIDE.

⁹⁰ Art. 24 CIDE.

⁹¹ Vincent EGEA, Droit de la famille, LexisNexis, Paris, 2018, p.36.

a- La philosophie de l'outil

Il est énoncé à l'article 3 alinéa 2 de la CIDE que : «les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et devoirs de ses parents... ». Il est possible d'en dégager deux enseignements :

- **Premier enseignement** : l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion fonctionnelle. Le but poursuivi est le bien-être moral, physique et social de chaque enfant. Les moyens d'y parvenir sont la protection et le soin. L'intérêt supérieur de l'enfant a, sous cet angle, notamment, pour objet de garantir à celui-ci une évolution dans un environnement sain, le protégeant contre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement. La santé renvoie plutôt à l'aspect physique du bien-être, tandis que le développement renvoie d'abord à son aspect psychique et moral.
- **Second enseignement** : l'Etat signataire de la CIDE, s'engage à ce que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents⁹². La convention commence ainsi, par mettre en avant l'engagement des Etats parties, tout en rappelant le principe de subsidiarité développé en son art 18 alinéa 1 en vertu duquel, la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents.

En conséquence, les père et mère sont les premiers garants du bon respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais ils ne sont plus les seuls. Les enfants ne sont plus alors considérés «comme la propriété de leurs parents», mais comme «des individus avec leurs droits et leurs besoins propres».

b- La nature de l'outil

L'intérêt supérieur de l'enfant, n'est pas simplement un outil décisionnaire, facultatif pour le juge, l'autorité ou l'institution. Il représente une obligation faite aux Etats. Cette obligation est un principe posé par la CIDE.

1- L'intérêt de l'enfant est un critère décisionnel

⁹² Art. 3/2 CIDE.

L'intérêt supérieur de l'enfant, est d'abord un critère décisionnel. Ainsi donc, L'autorité, le juge ou l'institution se prononcent en tenant l'intérêt supérieur de l'enfant pour une considération primordiale. Le mot primordial souligne la place de cet intérêt.

Ceci dit, l'intérêt supérieur de l'enfant, notion fonctionnelle visant à protéger et de défendre le bien-être et les besoins fondamentaux de l'enfant, représente un critère décisionnel qui oblige tout juge, toute autorité et toute institution rendant une décision concernant un enfant à satisfaire au mieux l'intérêt de celui-ci face aux autres intérêts en présence.

2-L'intérêt de l'enfant est un principe conventionnel d'ordre international

La CIDE, ne limite pas la portée de l'outil au domaine des décisions judiciaires. L'intérêt supérieur de l'enfant représente, plus largement, un principe conventionnel d'ordre international, autrement dit, un principe général qui engage les Etats parties ; il résulte explicitement de l'article 3 précité.

La charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant, confère en outre à cette disposition la portée du droit africain, dont l'article 4 précise que : «Dans toute action concernant un enfant, entreprise par une quelconque personne ou autorité, l'intérêt de l'enfant sera la considération primordiale».

Ainsi, l'article 33 alinéa 3 de la charte arabe des droits de l'homme⁹³ incite les Etats parties à prendre toutes les mesures possibles pour assurer l'intérêt de l'enfant comme ceci : «Les Etats parties prennent toutes les dispositions législatives, administratives et judiciaires requises pour assurer la protection, la survie, et le bien-être de l'enfant dans un climat de liberté et de dignité, et pour faire en sorte que son intérêt supérieur, soit en toutes circonstances le critère à la base de toutes les mesures le concernant, qu'il s'agisse d'un enfant à risque ou d'un enfant délinquant».

Sous cet angle, la convention de New York, peut entraîner des évolutions législatives dans les Etats parties. Cela, a déjà été le cas pour le droit algérien comme nous l'avons signalé auparavant ; cette notion d'intérêt supérieur de l'enfant est reprise dans

⁹³ La charte arabe des droits de l'homme, adoptée en mai 2004, à Tunis, lors du 16^e sommet de la ligue des Etats arabes, est entrée en vigueur le 15 mars 2008. Elle a été ratifiée par l'Algérie le 11 juin 2006, décret présidentiel n° 06-62 du 11 février 2006, portant ratification de la charte arabe des droits de l'homme, adoptée à Tunis en mai 2004, JORA n°8, 15 février 2006.

plusieurs lois, nous la retrouvons en matière de garde, en matière de procédures à entreprendre concernant l'enfant, et en matière de protection pénale de l'enfant.

§.2^{ème} : Eléments de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant

Dans la CIDE, la proclamation en tête⁹⁴, de l'intérêt supérieur de l'enfant représente une sorte d'introduction aux droits énumérés dans les articles de cette dernière. L'enfant a tout d'abord, des droits et libertés fondamentaux, qui découlent de sa qualité de personne : droit à la vie, à un nom, à une nationalité, droit d'expression, liberté d'expression, de pensée, droit à la santé, etc. S'y ajoutent des droits spécifiques à l'enfant : droit à l'éducation et à la protection. Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant recouvre une liste de droits.

La convention, ne se prononce donc pas de manière définitive sur ce qui, dans une situation donnée, est dans l'intérêt supérieur d'un enfant. En revanche, elle offre un cadre normatif, définissant dans une certaine mesure ledit intérêt. En tant que disposition générale, l'article 3 devra être lu en liaison avec d'autres articles de la convention. Les clauses normatives de la convention, donnent des orientations claires et fixent des limites précises concernant la manière dont les enfants doivent et ne doivent pas être traités.

La convention des droits de l'enfant, est caractérisée par des principes directeurs, à savoir l'universalité, l'individualisme, l'interdépendance des droits et dont les piliers fondamentaux sont : l'intérêt supérieur de l'enfant, la non-discrimination, la survie et le développement, et la participation. Ces quatre principes, offrent un plan d'action minimum nécessaire, faisant l'objet d'un consensus pour assurer le bien-être de l'enfant et auquel chaque enfant a droit.

Bien, que l'ensemble des normes énoncées dans la convention, soit général et incomplet, constitue néanmoins une bonne base pour déterminer ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant, constitue à la fois une référence normative, sur laquelle le juge peut s'appuyer pour fonder son interprétation d'un texte, pour éventuellement en écarter l'application, ou bien encore pour interpréter une catégorie juridique, mais aussi

⁹⁴ Art 3/1 CIDE.

une exigence procédurale, qui est l'obligation pour les décideurs de vérifier avant toute décision ayant des effets sur un enfant, si la solution proposée est compatible avec l'intérêt supérieur de ce dernier.

Ceci dit, l'absence de définition ou de critères précis pour juger de l'intérêt supérieur de l'enfant, permet son utilisation au cas par cas. En effet, l'utilisation de cette notion est basée sur l'interprétation du preneur de décision, ce qui lui permet de l'adopter aux différentes situations.

Au-delà de ce caractère positif, cette notion peut engendrer un grand arbitraire du juge⁹⁵ et laisser une telle marge de manœuvre aux preneurs de décision qui peuvent imposer leur propre conception de ce principe, au détriment de l'enfant, tout en justifiant leurs décisions, en précisant qu'elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. En prenant soin de viser cette notion, la décision échappera alors à une cassation. Et de cette façon, l'intérêt supérieur de l'enfant, serait utilisé par le juge pour maquiller un choix dépourvu de véritables justifications juridiques ou factuelles, voir même totalement arbitraire⁹⁶.

Mais, malheureusement, et malgré l'objectif initial, certains textes, ou pratiques judiciaires constituent finalement des limites à la protection de l'intérêt de l'enfant. Alors dans ce cas, est ce qu'on peut parler de la possibilité d'appliquer directement la convention devant les juridictions internes. En d'autres termes, peut-on l'invoquer directement devant le juge ?

Section 2^{ème} : L'applicabilité directe de la convention devant les juridictions internes

Contrairement à la France⁹⁷, où on retrouve des arrêts de la Cour de Cassation qui reconnaissent l'applicabilité directe de la convention. En Algérie, il n'y a pas de décision par laquelle la Cour Suprême, reconnaît de manière implicite un effet directe des articles de la convention. Cela peut être, le résultat d'un manque de culture internationale en matière des droits de l'enfant, et si même cette culture existe, elle semble rester très

⁹⁵ Vincent Egea, *l'intérêt supérieur de l'enfant : menace ou chance pour le droit civil ?* Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2012, p.36.

⁹⁶ *Idem*, p.37.

⁹⁷ La réticence à l'applicabilité en France s'est prolongée plus de 12 ans, avant de tomber par deux arrêts de la Cour de Cassation des 18 mai et 14 juin 2005.

théorique, du fait qu'elle n'est pas appliquée au quotidien par les citoyens, et en particulier les enfants.

En Algérie, on retrouve un pragmatisme qui s'exprime par la prise en compte indirecte, mais croissante de la convention des droits de l'enfant en droit interne, et cette prise en compte nous la remarquons dans l'évolution législative qu'a connue l'Algérie ces dernières années, et qui permet de lui donner une forme d'effectivité.

Il faut souligner aussi que, l'Algérie lors de sa ratification de la convention n'a mis aucune réserve à l'application directe de cette dernière, comme l'a fait l'Allemagne par exemple⁹⁸. Donc rien n'interdit au juge de l'appliquer du moment que la CIDE fait partie intégrante du dispositif juridique algérien depuis le 23 janvier 1993, juste après sa ratification⁹⁹.

Ceci résulte expressément de l'article 154 de la constitution¹⁰⁰, la convention dès sa ratification et sa publication au journal officiel, est émergée en norme supérieure directement intégrée dans l'ordre juridique interne. Elle acquit une valeur supra législative.

On souhaiterait, dans l'avenir, l'application de la convention par le juge des affaires familiales, qui jusque-là se croit tenu que par le code de la famille. Surtout que nous entrons dans l'ère de la mondialisation avec toutes ses conséquences.

D'une autre part, la CIDE ne s'appliquera effectivement, que s'il y a un changement dans le comportement des parents à l'égard de leur enfant, qui ont tendance de confondre les intérêts de l'enfant avec les leurs,¹⁰¹ et qui peut constituer un frein à la mise en œuvre de cette dernière. Les parents, doivent prendre en considération et respecter l'individualité et l'autonomie de leur enfant.

Il serait souhaitable, d'y remédier, parce que l'application de la CIDE confèrera à l'enfant un statut spécifique, qui va changer le comportement des adultes et de la société à son égard.

⁹⁸ La république fédérale d'Allemagne déclare que la convention ne s'applique pas directement sur le plan intérieur. Elle impose aux Etats des obligations de droit international auxquelles la république fédérale d'Allemagne satisfait en application de sa législation nationale. ihl-databases.icrc.org.

⁹⁹ Messaoud Mentri, *op.cit*, p.15.

¹⁰⁰ L'article 154 de la constitution stipule que : «les traités ratifiés par le président de la République, dans les conditions prévues par la constitution, sont supérieurs à la loi».

¹⁰¹ Messaoud Mentri, *op.cit.*, p.20.

En guise de conclusion, chaque enfant, doté de la personnalité juridique, est considéré comme sujet de droit, bénéficiant de plusieurs droits qui commencent avec sa naissance.

Pour pouvoir traiter le statut juridique de ce dernier en droit algérien, il est nécessaire d'analyser et d'évaluer les différents droits attribués à ce dernier, ainsi que la protection qui lui est organisée, tout en mesurant l'impact de la CIDE sur le droit algérien.

PREMIÈRE PARTIE

**L'intérêt de l'enfant au regard de la
protection de sa personne**

De sa conception à sa majorité, l'enfant s'épanouit et évolue au sein de sa famille. Ceci dit, la protection de la personne, revient tout d'abord aux parents qui sont tenus en premier lieu, de lui garantir son premier droit qui est son droit à l'affiliation, un droit qui lui ouvre la porte sur tous les autres droits. Mais, malheureusement, il arrive qu'un enfant soit privé de ce dernier, soit en raison de son abandon soit en raison de sa illégitimité.

Donc, la question qui se pose, et à laquelle on sera tenu de répondre dans le premier titre est de savoir, si le droit de la famille algérien, en régissant le droit de la filiation inspiré profondément de la charia Islamique, est conforme aux principes et aux attentes de la CIDE ?

En principe, c'est le milieu familial qui est le plus favorable pour son épanouissement, ainsi le droit favorise l'éducation de l'enfant par ses parents. Néanmoins, il peut se produire que la famille ne remplisse pas son rôle, et c'est souvent dans le cas de la dissolution du mariage.

De ce fait, se pose, d'ailleurs une question très préoccupante inhérente au sort de l'enfant, qui va devenir victime de la séparation de ses parents.

Les enfants jouissent du droit au maintien des liens physiques et affectifs avec les deux parents. Longtemps considérée comme un privilège des parents, la garde qui est sans aucun doute, l'une des questions les plus épineuses du droit de la famille, est une nécessité indispensable au développement de l'enfant. L'intérêt de l'enfant représente l'élément essentiel en matière de garde. Et là, nous serons tenu de démontrer, dans un second titre si cet élément essentiel qui est « l'intérêt de l'enfant », et qu'on retrouve pratiquement dans tous les textes régissant le droit de garde est mis en valeur, par ce que prévoit le législateur, ainsi que par son application par le juge.

Titre 1^{er} : Le droit à la filiation entre l'idéal conventionnel et la réalité algérienne

La loi fondamentale, à savoir la constitution algérienne, garantit à tous les enfants les mêmes droits sans distinction de sexe, de race, de naissance, ou de toute autre considération personnelle ou sociale¹⁰⁴.

Elle est en cela en parfaite conformité avec la CIDE,¹⁰⁵ lequel garantit à tous les enfants naturels comme légitimes, la jouissance égale des mêmes droits.

L'un des principes primordiaux de la CIDE est le principe de non-discrimination¹⁰⁶. La discrimination fondée sur la filiation est dans la plupart des pays tributaire de l'absence du lien du mariage. D'où, dans certains pays la discrimination implicite ou explicite entre les enfants légitimes et les enfants illégitimes ; c'est bien pourquoi ces derniers sont privés d'un certain nombre de droits, ou sont incapables d'exercer pleinement leurs droits.

De ce fait, la discrimination fondée sur la filiation est considérée contraire aux droits de l'homme. Ainsi, la déclaration universelle des droits de l'homme rejette explicitement la discrimination se prévalant de la filiation (article 2), même s'il s'agit des enfants illégitimes. Et ce refus, n'est pas sans lien avec la souffrance éprouvée par ces enfants. A la suite de la seconde guerre mondiale, l'alinéa 2 de l'article 25 de la déclaration des droits de l'homme dispose que : « tous les enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors mariage jouissent de la même protection sociale ».

La déclaration universelle des droits de l'homme, en effet, considère l'enfant comme un être humain demandant de par sa situation une protection particulière, qu'il soit né dans le mariage ou hors mariage. C'est pourquoi, les rédacteurs de la déclaration demandent à la communauté internationale de reconnaître à tous les enfants la jouissance égale de leurs droits. L'interdiction de la discrimination est un principe fondamental et absolu, proclamé par toutes les normes internationales relatives aux droits humains. Toute

¹⁰⁴ L'article 37 de la constitution dispose 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».

¹⁰⁵ Nadia Ait zai, L'enfant naturel, Rev.des Droits de la Femme et de l'Enfant, décembre 2009, n° 23, p.6.

¹⁰⁶ La discrimination se définit comme : « le fait de distinguer et de considérer différemment un individu ou un groupe par rapport au reste de la collectivité ou par rapport à un autre individu sur un critère particulier : origine, sexe, religion, âge, handicap, opinion politique, état de santé, orientation sexuelle...., conduisant à un traitement inégalitaire entre les personnes». Collectif AÉD.E , En avant pour les droits de l'enfant, éd. Eres, 2015, p.115.

discrimination à l'encontre de n'importe quelle personne, est une violation grave des droits humains.

Ce principe, a été l'une des préoccupations majeures de la CIDE. L'Etat partie doit garantir une protection complète contre la discrimination. Aucune discrimination ne peut exister selon les conditions de naissance, ni selon la situation personnelle ou familiale des enfants.

La convention reprend les principes généraux des droits de l'homme, et refuse toute distinction en fonction de la race, de la couleur, du sexe, de la langue, de l'opinion politique de l'enfant et de ses parents ou représentants légaux.

En outre, l'article 2 de la CIDE impose aux Etats de prendre toutes les mesures nécessaires pour protéger les enfants de toutes formes de discrimination. Ils doivent également faire leur possible pour que les autres Etats respectent ce principe.

Dans ce sens, l'article 7 de la convention qui est considéré comme un article clé de la CIDE dispose que : «l'enfant est enregistré dès sa naissance et a, dès celle-ci, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »¹⁰⁷. De cet article, nous remarquerons, que la CIDE ne consacre pas le droit de l'enfant d'établir sa filiation, mais seulement celui de connaître ses parents. Mais, on peut sans doute considérer qu'il consacre également le droit de l'enfant de voir traduire en termes juridiques le lien biologique qui l'unit à ses parents.

L'alinéa 2 de l'article 8 de la CIDE prévoit en outre que : «si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats partis doivent lui accorder une assistance et une protection appropriée pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible». Ce texte consacre surtout un droit à l'identité. Toutefois, le droit à la connaissance de ses origines est étroitement lié au droit de son identité, dont on peut considérer qu'il en constitue le préalable.

Au-delà de l'article 7 précité, par lequel les auteurs de la convention cherchent à protéger l'enfant contre l'atteinte à son droit à la filiation et à éviter que l'éducation de ce

¹⁰⁷ Cet article a été visé en France par la Cour de Cassation dans l'arrêt du 07 avril 2006, relatif à l'efficacité de la reconnaissance paternelle prénatale d'un enfant né sous « x ». En affirmant que, selon ce texte : «applicable directement devant les tribunaux français, l'enfant a, dès sa naissance et dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ». La Cour de cassation semble se situer sur le terrain de la filiation autant que sur celui de la connaissance de ses origines.

dernier ne soit sans raison confiée à d'autres que ses parents par le sang¹⁰⁸, la convention renforce ce droit par les articles, qui lui donnent le droit de grandir dans son milieu familial.

La CIDE, dans son préambule, reconnaît pour l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant, son droit de grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension¹⁰⁹. Ainsi, l'article 05 de la même convention stipule que: «les Etats partis respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant... ». Aux termes de cet article, la convention ne s'est pas contentée d'établir le devoir de la petite famille composée du père et de la mère, mais aussi le devoir de la famille dans son sens le plus large.

Pour le bien-être physique et moral de l'enfant, la règle selon cette dernière c'est la nécessité pour l'enfant de grandir au sein de sa famille, sauf en cas de nécessité. Conformément à l'article 9 alinéa 1 de la convention qui dispose que : «les Etats partis veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant».

Dans ce sens, on retrouve aussi l'article 18 qui dispose que : «les Etats partis s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant».

Et pour réaliser ceci, l'alinéa 2 du même article ajoute : «pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente convention, les Etats partis accordent l'aide

¹⁰⁸ Anne Leborgne op. cit, p.60.

¹⁰⁹ Mahmoud Zani, Les droits de l'enfant, essai sur l'application de la convention de New York de 1989, éd. ABM.CDIE/CICR, Tunis, 2015, p.60.

appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant... ».

En se basant sur ces différents articles, nous constatons, que la CIDE insiste sur le droit de l'enfant de grandir dans son milieu familial, qui est l'endroit approprié pour son développement et son épanouissement. Et pour cela, elle insiste sur le principe de non séparation de l'enfant de ses parents.

Ainsi, la convention invite les Etats partis à accepter toute demande de regroupement familial dans son article 10 alinéa 1 comme ceci : «conformément à l'obligation incombant aux états partis en vertu du paragraphe 1^{er} de l'article 9, toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partis ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats partis, dans un esprit positif, avec humanité et diligence. Les Etats partis veillent en outre à ce que la présentation d'une telle demande n'entraîne pas de conséquences fâcheuses pour les auteurs de la demande et les membres de leurs familles ».

Ainsi donc, la convention ne fait pas référence seulement au droit pour tout enfant de grandir dans son milieu familial, de son droit à un nom et de son droit à connaître ses parents, elle propose également des protections de substitution pour l'enfant privé de famille, telles que l'adoption ou la kafala, et, pour cause, elle stipule dans son article 20 alinéa 2 que : «les Etats partis prévoient pour cet enfant privé de famille une protection de remplacement conforme à la législation nationale».

Et dans son alinéa 3 que : «cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafala du droit Islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié... ».

Donc, la convention reconnaît la légalité de tous les enfants, comme membres de la famille humaine. Mais ce droit n'empêche pas la nécessité de la protection accrue de certains d'entre eux.

Mais, le code de la famille fortement inspiré de la charia vide ce principe fondamental de toute sa substance, puisqu'il établit une discrimination en raison de la naissance. Il ignore, en effet, totalement l'enfant né hors mariage, désigné dans les législations modernes par l'expression «enfant naturel» ou «enfant illégitime», et ne reconnaît que l'enfant issu du mariage appelé «enfant légitime ». Autant de divergences,

autant de questions. Aussi, convient-il de les approfondir. Et c'est ce que nous serons tenus de traiter sous ce titre.

En droit musulman et en droit algérien qui en découle, les enfants sont regroupés en deux catégories : enfants légitimes et enfants illégitimes. Ce qui nous amène à traiter chacune des catégories. Afin de savoir quels sont les droits retirés à l'enfant illégitime (chapitre 2^{ème}), il convient de préciser d'abord les avantages, ainsi que le statut juridique de l'enfant légitime (chapitre 1^{er}).

Chapitre 1^{er} : La filiation de l'enfant légitime

La notion de «nassab» ou filiation, revêt une importance capitale dans le milieu Islamique, c'est elle qui détermine l'identité de l'individu par le rattachement à la lignée paternelle par les males. Ces derniers sont considérés comme les transmetteurs du nom, comme les gardiens de l'honneur de la famille, et comme les préservateurs de son patrimoine. C'est par eux que se perpétue la famille, considérée comme un élément de l'éthique musulmane, la protection de la filiation patrilinéaire repose sur deux piliers fondamentaux : la légitimité et le lien de sang.

Conformément au principe qui dit : «l'enfant appartient au lit conjugal»¹¹⁰, la filiation illégitime ne trouve pas sa place en droit musulman ni en droit algérien qui en découle. Ce principe découle directement de la gravité qui caractérise le crime et le péché de l'adultère ou «zina»¹¹¹, lequel figure parmi les limites "الحدود"¹¹². Cette sévérité s'explique par l'atteinte que porte un tel acte à l'organisation familiale, et à l'ensemble de la société.

Le droit musulman et le droit algérien ne reconnaissent et ne protègent donc que la filiation légitime.

Du moment, que tout rapport sexuel en dehors du mariage est un crime aux yeux de la loi musulmane ; les jurisconsultes ont posé la règle de principe , selon laquelle l'enfant né hors mariage et non pas seulement l'enfant adultérin ne peut avoir aucun droit vis-à-vis de son père ; pas même celui d'établir sa filiation. Il ne sera rattaché qu'à sa mère, et à la famille de celle-ci. La solution bien sévère, notamment en ce qui concerne l'enfant

¹¹⁰ قال الرسول "ص": " الولدُ للفراش، وللعاهرِ الحجرُ"، صحيح البخاري 2109/5 – حديث 18-2750. مقتبس من أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص.50.

¹¹¹ Louis Millot et F-P Banc, Introduction à l'étude du droit musulman, éd. Dalloz, Paris, 2001, p.40.

¹¹² C'est-à-dire parmi les infractions les plus graves et les plus sévèrement réprimées par le Coran.

naturel simple, dont la reconnaissance ne porte atteinte ni aux droits de la famille légitime, ni même à la morale Courante, comme le ferait une reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux¹¹³.

Donc, selon le droit musulman, et le droit algérien qui en découle, il n'y a pas de vie conjugale légitime en dehors du mariage. La filiation ne peut être réduite à sa seule composante biologique et ses effets que l'on retrouve normalement dans la filiation légitime (succession, devoir d'entretien...etc.)

Le législateur algérien a régi la filiation dans le chapitre 5 du titre 1 du code de la famille de l'article 40 à l'article 46. En limitant ce droit aux enfants issu d'un mariage (section 1^{ère}) et si ce lien est établi se posera alors la question des garanties prévues par la loi pour préserver ce droit (section 2^{ème}). Ainsi, le législateur a permis à l'enfant de chercher sa filiation en lui procurant la possibilité de recourir à certains moyens de preuve (section 3^{ème}).

Section 1^{ère} : L'établissement de la filiation par le mariage

L'article 40 CFA alinéa 1 dispose que : « la filiation est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié et tout mariage annulé après consommation, conformément aux articles 23,33 et 34 de la présente loi ».

Aux termes de l'article précité, la filiation suppose de façon rigoureuse que l'enfant a été conçu pendant le mariage de son père et sa mère. Donc, l'enfant légitime est celui qui est rattaché à un couple uni par les liens du mariage qu'il soit valide ou nul, apparent ou vicié (§. 1^{ère}), issu d'une grossesse naturelle ou artificielle (§. 2^{ème}).

§. 1^{ère} : La présomption de paternité du mari

Le Prophète Mohamed عليه الصلاة والسلام, a dit dans son célèbre discours prononcé lors du pèlerinage d'adieu : «l'enfant appartient au lit, et l'adultère est puni par la lapidation ».

¹¹³ Adeline Sfeir, Le régime juridique de la filiation illégitime au Liban, thèse de doctorat, Université Panthéon Assas, Paris 2, 2009, p. 91.

Les auteurs ainsi que le législateur algérien, ont consacré cette réflexion du Prophète comme une véritable règle, à partir de laquelle ils ont construit une théorie fondée sur la présomption de paternité, qu'ils considèrent comme un droit profitant à l'enfant et aussi au père¹¹⁴, et qui est soumis à deux conditions: l'existence d'un mariage régulier et la cohabitation.

A- L'existence d'un mariage

L'article 4 du code de la famille algérien définit le mariage comme ceci : «le mariage est un contrat consensuel passé entre un homme et une femme dans les formes légales, il a, entre autre 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».

Sauf, que le mariage peut être valide comme il peut ne pas l'être ; alors la question qui se pose c'est celle de savoir si la filiation est établie dans les deux cas ?

a- Le mariage valide

Le mariage est considéré valide, du moment où il a été conclu par l'échange du consentement des deux époux, conformément à l'article 9 CFA, et ait rempli les conditions édictées par l'article 9 bis¹¹⁵ et l'article 23¹¹⁶ du même code.

Il peut être prouvé soit par le moyen de l'acte de mariage, soit au travers des critères déterminés par le législateur. On peut facilement prouver l'existence du mariage moyennant l'acte de mariage délivré par les services de l'état civil conformément à l'article 22/1 CFA. Mais, comment le prouver en l'absence d'un acte de mariage ?

En droit musulman, l'enregistrement du mariage n'est pas une condition nécessaire de sa validité. Par contre, en droit algérien, s'il n'est pas enregistré, le mariage peut être prouvé par un jugement récognitif ; il arrive que la consommation du mariage intervienne avant son enregistrement à l'état civil. Dépassé le délai de cinq jours, c'est un jugement

¹¹⁴ أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، القاهرة، رقم 322، 1957، ص.451.

¹¹⁵ L'art 9 bis 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.

¹¹⁶ L'article 23 CFA dispose que : «les deux conjoints doivent être exempts des empêchements absolus ou temporaires au mariage légal».

recognitif qui ordonne la transcription de la date de la cérémonie religieuse. Ainsi, un mariage non transcrit, qualifié par les tribunaux de coutumier, est officialisé dès l'instant où il réunit les éléments constitutifs prévus par la loi¹¹⁷. Tout comme elle est refusée si les partis ne peuvent apporter la preuve de leur union par des témoins.

Valider le mariage religieux par jugement recognitif est devenu courant, alors qu'il avait été autorisé pour une courte période après l'indépendance, pour permettre à ceux qui n'avaient pas enregistré leur mariage à l'état civil de le faire. Devant disparaître en 1964, cette procédure a été ravivée par le code de la famille qui, en son article 6, admet le mariage à la fatiha.

Cette forme d'union certes légitime, demeure précaire pour deux raisons : soit le couple a envie de vivre cette forme de concubinage, sans conséquences, s'il n'y a pas de descendance ; soit cette union n'a pas lieu et pousse les intéressés à mentir en s'inventant une date de célébration du mariage religieux, pour couvrir leur union libre par un mariage civil et procéder à la reconnaissance de l'enfant, en s'arrangeant pour que le délai de la grossesse ne soit pas postérieur au mariage religieux afin de légitimer l'enfant¹¹⁸.

Et c'est là que réside la dangerosité de ce mariage, qui sert à maquiller des relations illégales et légitimer l'enfant illégitime, et cela, est contradictoire avec la charia Islamique et l'article 40 et 41 du CFA qui en découle.

Malgré, que le ministère des affaires religieuses ait donné des instructions strictes aux imams des mosquées, en leur interdisant de conclure le mariage religieux si les partis ne prouvent pas leur union civile, les statistiques prouvent le contraire¹¹⁹.

C'est pourquoi, il est important que le législateur intervienne avec une loi stricte qui interdit ce genre de mariage.

b- Le mariage nul et le mariage vicié

La loi stipule que : «le mariage est déclaré nul s'il comporte un empêchement ou une clause contraire à l'objet du contrat ».

¹¹⁷ Cour Suprême, ch.sp, 11/12/1989, Doss n°55706, Rev. Jud, n° 1992, p48.

¹¹⁸ Mohand Djennad, Les droits de l'enfant en Algérie, Université de Perpignan, DES, 2006, www.memoireonline.com

¹¹⁹ www.alarabya.com

L'ancien article 32CFA posait comme règle que : « le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié ou s'il comporte un empêchement, une clause contraire à l'objet du contrat ou si l'apostasie du conjoint est établie ».

Les articles 32 et 33 CFA, amendés, mettent fin à la confusion entre le mariage nul et le mariage vicié observé dans le texte de 1984. Il reste que le contenu du nouvel article 32 qui se retrouve dans l'article 35, et qu'il aurait été plus cohérent d'abroger ce dernier, ou tout au moins de réaménager sa formulation qui aurait fait l'objet d'un alinéa ajouté à l'article modifié.

Notons aussi, que la nouvelle version de l'article 32 ne fait plus référence à l'apostasie du mari comme cause de nullité du mariage, le législateur a voulu être ainsi en adéquation avec les dispositions de la constitution (notamment les article 29, 32/1, 36 et 39/1 de la constitution de 1996). Mais crée une contradiction entre les différentes dispositions du code de la famille, dans la mesure où il a omis de modifier ou d'abroger l'article 138 de ce même code qui exclut de la vocation héréditaire les personnes frappées d'anathème et les apostats. En effet, comment appliquer maintenant les règles relatives à la vocation successorale entre époux, lorsqu'on rapproche ce nouvel article 32 du principe posé par l'article 126 CFA et celui formulé par l'article 138 du CFA ?

En dehors de cette difficulté, la nullité du mariage ne fait pas de doute lorsque le consentement est vicié (article 33/1CFA) ou lorsqu'il comporte un empêchement ou une clause contraire à l'objet du contrat (article 32CFA). Sur cette dernière cause, l'article 35 précise que dans ce cas « la clause est déclarée nulle mais l'acte reste valide».

Quant aux empêchements qui provoquent la nullité du mariage, ce sont ceux d'absolus par l'article 24 CFA, et qui résultent de la parenté, de l'alliance ou de l'allaitement ; ou bien temporaires, et qui sont énumérés par l'article 30 du même code. Contrairement aux cas envisagés par l'article 24, qui ne peuvent pas changer en raison de la nature même de la situation dans laquelle se trouvent les intéressés, les cas cités par l'article 30 peuvent évoluer, aussi le mariage devient-il tout à fait possible lorsque l'état qui crée une situation d'empêchement cesse.

Lorsque la cause de nullité absolue est constatée, le juge doit mettre fin au mariage de toute personne, qu'importe que le mariage ait été consommé ou non ; la nullité est d'ordre public. Cette annulation du mariage remet les ex-époux à leur statu quo-ante, ce

qui leur fait perdre tous les droits attachés à la qualité de conjoints, mais leur union crée le caractère légitime de la filiation avec tous les droits qui en découlent (article 23CFA).

Le mariage est vicié, s'il est contracté sans respect de certaines conditions prohibitives. C'est le cas de l'union conclue sans la présence de deux témoins, ou sans être entendu sur la dot, ou hors la présence du tuteur lorsque cette personne est obligatoire (article 33/2 CFA).

Dans toutes ces hypothèses, l'alinéa 2 de l'article 33 prévoit la résiliation de l'union si la consommation n'a pas lieu ; ce qui signifie que la nullité est couverte par la cohabitation. Et dans tous les cas, l'enfant né de cette union est affilié à son père.

c- Filiation à l'issue d'une cohabitation par erreur

Afin de prévenir l'attentat à la pudeur, ainsi que l'augmentation du nombre d'enfants illégitimes, la filiation fondée sur la cohabitation par erreur, selon le droit musulman et le code algérien, a les mêmes conséquences que la filiation légitime.

Cela dit, il y aura cohabitation par erreur si un homme a une liaison avec une femme qu'il croyait être son épouse légitime, alors qu'elle ne l'était pas ; l'enfant né d'une cohabitation par erreur s'appelle « ولد الشبهة ».

Les jurisconsultes appellent «par erreur» la cohabitation accomplie par une personne alors qu'elle n'en avait pas le droit, mais qu'elle ne le savait pas ; c'est-à-dire qu'elle procède par ignorance du droit ou l'objet du droit. Cette définition permet de distinguer deux sortes de cohabitations par erreur :

- Erreur du droit: quand la personne ignore la loi, ex : si un homme épouse une femme, qui, elle se trouve en période de retraite légale, tout en croyant que son mariage est légalement permis¹²⁰.

- Erreur de fait : elle porte sur l'objet du droit, si la cohabitation par erreur est due, non à l'ignorance de la loi, mais au fait que la personne se méprend sur les circonstances de son accomplissement, son erreur est une erreur de fait ; c'est par exemple le cas d'un

¹²⁰ بلباهي سعيدة، حق الطفل في قانون الأسرة الجزائري، حماية حقوق الطفل تشريعاً-فقها-قضاء، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2018، ص28.

homme qui, bien qu'il connaisse l'interdiction du mariage avec une femme en délai de viduité expiré¹²¹.

En dehors de sa division en erreur de fait et erreur de droit, on divise encore l'erreur en erreur d'acte (ex : un homme ayant une liaison avec une femme qu'il croit être sa propre épouse) et l'erreur de mariage (après le mariage un homme apprend que la femme qu'il avait épousé ne pouvait l'être du fait de la loi parce qu'elle elle était, à titre d'exemple, sa sœur de lait). Mais cette division, en effet est identique à la division de l'erreur de fait et de droit.

Au demeurant, l'erreur peut se produire soit du fait de l'homme soit du fait de la femme, sinon des deux ; or en cas d'erreur unilatérale, l'enfant né de la cohabitation n'a de lien de parenté qu'avec la personne dans l'erreur. Mais si l'erreur est particlegée, la filiation le sera aussi.

Donc, la cohabitation par erreur se compare, quant à ses effets au mariage légitime¹²², ce qui vaut pour l'établissement de la filiation légitime .Ce qui a été confirmé par plusieurs arrêts de la Cour Suprême¹²³. Du reste, interdiction de mariage, garde, autorité parentale, pension alimentaire, droit de succession ; bref toutes les conséquences qui en résultent pour un enfant légitime, sont applicables dans le cas d'un enfant issu d'une cohabitation par erreur.

B- Les conditions liées au mariage

On ne peut parler de filiation légitime dans le cas du mariage que si les conditions de sa réalisation se réunissent et sont :

a- L'existence d'un rapport découlant du mariage

Aux termes des articles 40 et 41 du CFA, le législateur algérien exige pour l'établissement de la filiation la consommation du mariage.

¹²¹ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

¹²² عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث، قسنطينة، ط 1989، ص.214.

¹²³ Cour Suprême, Ch. SP., 21/05/1991, doss n0 74712, Rev. Jud, 1994, n^o02, p.56.

- En ce qui concerne le mariage valide, il dispose de la possibilité des rapports conjugaux après la conclusion de l'acte¹²⁴. Autrement dit, l'acte seul ne suffit pas à l'établissement de la filiation. Ainsi, la cohabitation doit avoir lieu après le mariage. Donc, si l'union se produit avant le mariage, l'enfant qui en naîtra ne sera pas légitime même si les parents se marient après sa naissance conformément à l'article 41 CFA qui dispose que : « l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal, de la possibilité des rapports conjugaux... ».
- L'article 40 CFA exige la consommation du mariage invalide pour pouvoir établir la filiation comme ceci : « la filiation est établie par le mariage apparent ou vicié et tout mariage annulé après consommation, conformément aux articles 32,33 et 34 de la présente loi ».

Ainsi, pour savoir si l'enfant a été conçu pendant le mariage, il faut expliquer la présomption légale relative à la durée de grossesse prévue dans l'article 42 CFA, suivant laquelle est présumé conçu pendant le mariage.

b- La durée de grossesse

La durée de la grossesse se situe entre un minimum et un maximum. L'un ayant pour point de départ la célébration du mariage et l'autre se situe après la dissolution de l'union conjugale.

L'enfant né pendant le mariage, a pour père le mari à condition que l'intervalle entre la date de cohabitation et la naissance de l'enfant ne soit pas inférieur à 6 mois, qui suivent sa conclusion, et supérieure à 10 mois après sa dissolution par le décès du père ou la séparation judiciaire des parents conformément à l'article 42 CFA.

Ce principe est résumé par les juristes musulmans par la formule : « al-walad lilfirach »

Si, la durée minimum de la grossesse est fixée à 6 mois, laquelle correspond à celle déterminée par les juristes musulmans¹²⁵. Par contre, la durée maximum de la

¹²⁴ رمضان علي السيد الشرنباصي وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي والقانون والقضاء، دراسة لقانون الأحوال الشخصية في مصر ولبنان، ط 01، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص. 569؛ العربي بلحاج، أحكام الزوجية وأثرها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2013، ص. 630.

¹²⁵ الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفي سنة 821 هـ - 308/3، شرح فتح القدير، ط 1، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1312 هـ. ص. 70.

gestation n'est pas celle fixée par les juristes musulmans, lesquels divergent quant à la durée maximale de la grossesse, qu'ils déterminent d'après la célèbre théorie de «l'enfant endormi»¹²⁶, et qui varie selon les auteurs et les écoles de six mois pour les plus Courts à cinq ans pour les plus longues.

- Selon les malikites, le délai le plus long est de cinq années¹²⁷.
- Pour les chafrites et les hanbalites, le délai a été fixé à deux années, c'est aussi la position des hanafites. La doctrine moderne ne s'est pas ralliée à ce point de vue, et a retenu comme terme le plus long celui de neuf mois, sinon tout au plus une année, Mohamed ibn al Hakem considère que le délai maximum est une année lunaire¹²⁸.
- Les dahiristes ont fixé le délai à neuf mois.¹²⁹
- Ibn Ruchd a déclaré qu'il s'agit-là d'une question relevant des usages et de l'expérience et de l'opinion de Ibn al Hakem et des auteurs dharistes, est celle qui se rapproche de la réalité¹³⁰.

Pour sa part, la loi algérienne qui attire profit de l'opinion des auteurs modernes relative à la durée de grossesse, décide que le délai le plus Court de la gestation est de six mois, et le délai le plus long étant de dix mois. Et ceci conformément à l'article 42 du CFA qui dispose que : « le minimum de la durée de grossesse et de six mois et le maximum et de dix mois ».

Aussi l'article 43 de la même loi dispose que : « l'enfant est affilié à son père s'il naît dans les dix mois suivant la date de séparation ou du décès ».

La Cour Suprême a déclarée illégitime un enfant né 64 jours, soit deux mois et 4 jours après le mariage¹³¹.

De même, la Cour Suprême affirme que : « l'arrêt qui valide le mariage et refuse d'attribuer la paternité à l'époux ne commet pas une contradiction lorsque l'enfant naît

¹²⁶ S'il advenait qu'une femme mariée soit enceinte, alors que le mari était absent depuis plus de neuf mois, la tradition confortée par certains juges locaux ou cadis, permettait le recours à cette croyance, et permettre aux femmes de choisir le père de leurs enfants et reconnaître le fruit d'une relation illégitime.

¹²⁷ التاج والإكليل بهامش مواهب الجليل، 149/4.

¹²⁸ زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 1999، ج. 4، ص. 171.

¹²⁹ المحلى 316/10، شرائع الإسلام 2/340، فقه الإمام جعفر الصادق 303/5.

¹³⁰ المرجع نفسه.

¹³¹ Cour Suprême, ch.sp.,20/01/1998, doss n° 204821, Rev.Jud., 2001, éd. spécial, p.28.

moins de six mois après le mariage car les rapports sexuelles antérieurs à celui-ci ne constituent pas une consommation du mariage »¹³².

Donc, l'enfant nait avant le délai minimum de grossesse fixé par la loi, n'est pas attribué à son père, même si ce dernier avoue sa paternité devant les services de la santé et de la protection sociale, car, par ailleurs, ces derniers ne sont pas compétents pour recueillir une telle déclaration et que la condition de délai minimum de la grossesse n'est pas remplie en l'espèce¹³³.

La jurisprudence retient la présomption relative aux limites extrêmes de la grossesse, comme une règle générale applicable à la filiation.

Ceci-dit, pour que l'enfant soit considéré comme légitime, il doit être né au minimum six mois après la cohabitation. Du point de vue médical, en effet, pour pouvoir survivre après sa naissance, doit séjourner six mois, au moins dans les entrailles de sa mère.

Aussi, la naissance doit avoir lieu, au maximum dix mois après l'union sexuelle entre les parents. Il est avéré que, biologiquement, la durée de vie du fœtus dans l'utérus ne peut dépasser les dix mois. Par conséquent, si l'enfant nait avant le sixième mois, il n'a pas pour père le mari.

Ceci dit, la preuve de la filiation n'est pas la même pour le père et la mère.

Mais, un enfant né alors que le mari est absent (depuis seize mois dans le cas d'espèce) est légitime, car le mariage continue d'exister en droit et que le mari n'a pas engagé une action en désaveu dans les huit jours qui ont suivi la naissance de cet enfant¹³⁴.

Au final, l'enfant issu d'un mariage qu'il soit valide ou nul est affilié à son père du moment où il résulte d'un rapport découlant du mariage, quelle que soit la façon de sa conception naturelle ou artificielle.

§. 2 : La procréation par insémination artificielle.

L'insémination artificielle est une technique permettant la reproduction en dehors de tout rapport sexuel, par dépôt du sperme dans les voies génitales de la femme¹³⁵.

¹³² Cour Suprême, ch. Sp 09/02/1987, doss n° 44521, Bulletin Judiciaire, n° 44, p.161.

¹³³ Cour Suprême, ch. sp, 17/11/1998, Rev. Jud., 2001, n° spécial. p.85.

¹³⁴ Cour Suprême, 08/07/1997, 2001, n° spécial. p.67.

¹³⁵ www.larousse.fr

L'article 45 bis qui a été introduit par l'ordonnance n° 05-02 du 27/02/2005 autorise légalement les deux conjoints à recourir à l'insémination artificielle, laquelle est soumise aux conditions suivantes :

- Le mariage doit être légal ;
- L'insémination doit se faire avec le consentement des deux époux et de leur vivant ;
- Il doit être recouru aux spermatozoïdes de l'époux et à l'ovule de l'épouse, à l'exclusion de toute autre personne. Il ne peut être recouru à l'insémination artificielle par le procédé de la mère porteuse.

De par cet article, le législateur algérien a essayé d'apporter une note de gaieté dans la vie conjugale et dans l'intérêt de l'enfant. Bien, en tant que technique scientifique, la procréation médicalement assistée est pratiquée publiquement en Algérie depuis plusieurs années. Elle prend son véritable essor à partir de 1999, avec l'ouverture du premier centre de procréation médicalement assistée (PMA) à Annaba dans l'est du pays. En janvier 2006, il est recensé sur tout le territoire national un centre de cytogénétique et huit structures agréées par l'Etat, qui prennent en charge la procréation médicalement assistée (fécondation in vitro, stimulation ovarienne, injection intra-cytoplasmique des spermatozoïdes).

Le taux de réussite se situe entre 25 et 30%, et la première naissance FIV en Algérie a eu lieu le 27/9/2000 ; et on compte jusqu'à la fin de l'année 2005 six cents naissances PMA en Algérie¹³⁶.

Jusqu'à la promulgation de l'ordonnance du 27 février 2005, qui est venue apporter quelques changements au droit de la famille, l'insémination artificielle était régie par les règles générales contenues dans la loi relative à la protection et la promotion de la santé,¹³⁷ et par le code de déontologie médicale¹³⁸.

L'examen des dispositions de l'article 45 bis du CFA montre que le législateur algérien ne s'est pas éloigné des règles posées par les juristes musulmans contemporains¹³⁹ en établissant ainsi les conditions suivantes :

A- Le mariage légal

¹³⁶ El watan, du 29/01/2006, p.7.

¹³⁷ Loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé, J.O.R.A n° 8 du 17 février 1985, p.122, modifiée par la loi n° 90-17 du 31/7/1990, J.O.R.A, n° 35 du 15/8/1990, p.971. et par la loi n° 98-09 du 19/8/1998, p.3.

¹³⁸ Décret exécutif n° 92-276 du 6/7/1992 portant code de déontologie médicale, J.O..A, n° 52 du 8/7/1192, p 1160.

¹³⁹ Les juristes musulmans classiques n'ont pas abordé ce genre de questions.

Le mariage est considéré légal lorsqu'il réunit tous ses éléments énoncés dans les articles 9 et 9 bis CFA. Donc toute insémination en dehors du cadre de ce mariage est interdite, et l'enfant issue de cette dernière n'est pas affilié à son père, il est considéré comme enfant illégitime.

B- L'insémination doit se faire avec le consentement des deux époux et de leur vivant

Cette condition contient deux partis :

a- Le consentement des époux

Le consentement des époux est indispensable pour procéder au traitement de l'insémination artificielle. Il faut qu'il ne soit pas vicié¹⁴⁰. Ainsi, il faut que les époux aient atteint l'âge légal du mariage, qui est 19 ans conformément à l'article 07 du CFA qui stipule que : « la capacité de mariage est réputée valide à 19 ans révolus pour l'homme et la femme. Toutefois, le juge peut accorder une dispense d'âge pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité, lorsque l'aptitude au mariage des deux partis est établie».

Face à cette possibilité pour le mineur d'avoir une dispense d'âge pour le mariage, la question qui se pose, est de savoir si le consentement du mineur émancipé est pris en considération en matière d'insémination artificielle ?

Nous avons l'alinéa 2 de l'article 7 du CFA qui dispose que : « le conjoint mineur acquiert la capacité d'ester en justice quant aux droits et obligations résultant du contrat du mariage».

Or, la question qui se pose ici encore, c'est de savoir si l'insémination artificielle est considérée comme un droit résultant du contrat du mariage ?

En répondant à cette question, le Professeur Tchouar Djilali estime que l'âge minimum pour consentir au traitement dans le cas d'émancipation et le même que celui qui permet de conclure l'acte du mariage¹⁴¹.

¹⁴⁰ L'erreur, le dol ou la violence sont des vices du consentement, si le consentement de l'auteur de l'engagement est jugé vicié, l'acte juridique est susceptible d'être annulé.

¹⁴¹ جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ع 04، ص. 57.

Il est permis aussi à l'un des conjoints de se rétracter, à condition qu'il se fasse avant l'acte¹⁴². Après l'acte, se pose la question de l'avortement, fait réprimé et puni par la loi pénale¹⁴³.

Enfin, pour que le consentement soit clair du point de vue juridique, il est nécessaire que le médecin pratiquant avise les époux des dangers de l'acte ainsi, que des taux de réussite, et de tout ce qu'il lui semble nécessaire pour aider les époux à prendre la bonne décision¹⁴⁴.

b- De leur vivant

Pour les juristes musulmans, d'aucuns refusent l'idée de recourir à l'insémination artificielle après la mort du mari, laquelle, pour eux, met fin à la vie conjugale¹⁴⁵. Par contre, d'autres pensent que la mise à terme de la vie conjugale s'effectue non pas par la mort, mais par la fin de la retraite légale qui est de 4 mois et 10 jours¹⁴⁶. Ainsi donc, la femme peut avoir recours à l'insémination durant cette période¹⁴⁷.

Le législateur algérien quant à lui aussi, il a également récusé cette dernière éventualité dans l'article 45 bis in fine, en exigeant que l'insémination se fasse du vivant des époux, sans pour autant préciser que c'est la vie conjugale. Chose qu'il devrait préciser pour éviter toutes interprétations.

C- Il doit être recours aux spermatozoïdes de l'époux et à l'ovule de l'épouse ; à l'exclusion de toute autre personne

Avec cet alinéa, le législateur interdit l'insémination avec don de sperme, le protocole préconisé en cas de stérilité masculine, qui consiste à déposer un échantillon de sperme provenant d'un donneur anonyme dans l'utérus de la patiente. Et, par conséquent,

¹⁴² زكية حميدو تشوار، شروط التلقيح الاصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية والإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع04، ص.93.

¹⁴³ L'art 304 du CPA dispose que : «quiconque par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, a procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à cinq (5) ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 DA.

Si la mort est résultée, la peine est la réclusion à temps, de dix à 20ans.

Dans tous les cas, le coupable peut, en outre, être interdit de séjour ».

¹⁴⁴ جيلالي تشوار، رضا الزوجين.....، المرجع السابق، ص.62-63.

¹⁴⁵ محمد بن عبد الله السبيل، فتاوى ورسائل مختارة، ط01، دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008، ص.577-578.

¹⁴⁶ L'article 59 CFA énonce que : «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 ».

¹⁴⁷ ومن بينهم زياد سلامة، محمود أحمد طه محمود، الانجاب بين التجريم والمشروعية، الاسكندرية، 2003، ص.89.

un enfant conçu de cette manière, est considéré illégitime et ne peut pas être affilié à son père en droit algérien¹⁴⁸.

Il est de même pour le don d'ovocytes, qui est une solution reproductive pour les patientes qui ne peuvent pas avoir d'enfants avec leurs propres ovocytes; il s'agit d'une fécondation in vitro, avec la particularité d'avoir recours à une donneuse pour l'ovule qui donnera lieu à l'embryon : une fois fécondée avec le sperme du mari, elle sera transférée dans l'utérus de la patiente qui pourra porter son bébé et de l'accoucher.

D - Interdiction de recourir à la mère porteuse

Le législateur interdit le recours à une mère porteuse¹⁴⁹, appelé aussi la gestation pour autrui, qui est une technique de procréation médicalement assistée, par laquelle une femme communément appelée «mère porteuse», accepte de porter l'embryon d'un couple, dont la femme ne peut pas mener une grossesse à terme. Cet embryon par fécondation in vitro a pour origine les gamètes (ovocyte et spermatozoïde) des parents d'intention¹⁵⁰.

Parmi les méthodes classiquement connues, le législateur algérien a opté pour celle qui heurterait le moins possible la légitimité morale populaire. En effet, il a préféré la moins onéreuse et la plus proche de la moralité incluse dans le droit musulman. Il ne serait pas question d'user de la fécondation in vitro suivie du transfert d'embryons (F.I.V.E.T.E) comme en Europe, ni de celle plus grave encore de la gestation pour compte d'autrui¹⁵¹. Il a opté pour l'usage de l'insémination artificielle intraconjugale (I.A.C), appelé également «insémination homologue» ou «auto-insémination» (I.A.A), qui consiste dans l'introduction dans l'appareil génital de la femme du sperme de son conjoint légitime par des moyens autres que les relations sexuelles.

La technique a donc, pour seul but de pallier la stérilité du couple légitimement uni par le mariage, et c'est pourquoi, seul le sperme du mari peut être utilisé pour féconder l'ovule de son épouse. C'est pourquoi aussi, aucune banque de sperme n'existe en Algérie, et qu'il est actuellement interdit d'en implanter.

¹⁴⁸ خيرة العرابي، التلقيح الاصطناعي وأثره في إثبات النسب، الحماية القانونية والاجتماعية للطفل في القانون الجزائري والقانون المقارن، مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011، ع 02، ص.05-06.

¹⁴⁹ اتفق المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة سنة 1984 على أنه: "إذا كانت الأم البديلة أجنبية عن الزوجين أصحاب البويضة الملقحة، فهذا حرام لأنها نطفة رجل في رحم امرأة لا تربطهما علاقة زوجية"، أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 09.

¹⁵⁰ Dans certains cas, les parents peuvent être amenés à faire appel à un don d'ovocyte ou à un don de sperme. Cependant, ni la mère porteuse, ni son conjoint ne peuvent être à l'origine de ces dons.

¹⁵¹ الشيخ جاد الحق، علي جاد الحق، التلقيح الاصطناعي، الفتوى الإسلامية، رقم 9، مارس 1980، ص.321.

Cet ensemble de règles pose un certain nombre de questions¹⁵². Certaines d'entre elles, ont trouvé la réponse dans les articles consacrés à la procréation médicalement assistée par loi n° 18-11 du 12 juillet 2018 relative à la santé¹⁵³; et qui est nécessaire de les soulever :

- La première question concerne la procréation médicalement assistée au sein d'un ménage polygame, et si c'est possible d'imaginer la greffe d'un embryon d'une première épouse fécondée par le mari dans l'utérus de la seconde épouse de ce dernier ?¹⁵⁴.

La réponse à cette question se trouve dans l'article 374 de la loi n° 18-11 relative à la santé qui proclame que : «sont interdits, la manipulation dans un but de recherche scientifique : le don, la vente, et toutes autres formes de transaction

- De spermatozoïdes
- D'ovocytes, même entre coépouses.... ».

- La deuxième question, découle de la règle selon laquelle l'insémination artificielle ne peut se faire qu'entre époux valablement mariés, et qu'ils doivent donner leur consentement. Mais, il n'est pas précisé si le consentement doit être donné par un juge, un notaire ou le médecin qui prend en charge le processus d'insémination ?

Cette question trouve aussi sa réponse dans l'alinéa 2 de l'article 371 de la même loi qui dispose que : «l'époux et l'épouse présentent de leur vivant, cette demande d'assistance médicale à la procréation par écrit, qui doit être confirmée par eux à l'issue d'un mois, à compter de la date de sa réception par la structure ou l'établissement concerné».

Donc, ce qu'il faut comprendre, c'est que le consentement doit être formulé auprès du médecin qui prend en charge le processus d'insémination.

Il se pose par ailleurs, la question de savoir si dans le cas où le mariage est dissout par le décès du mari, ou le divorce, et que le consentement a déjà été donné, mais avant que le processus d'insémination ne soit totalement achevé ; c'est-à-dire avant l'implantation des embryons qui est considérée comme la dernière étape du processus ; doit-on considérer le consentement comme toujours valable ou devient-il caduc ?

¹⁵² Nahas Maheiddin, op.cit.

¹⁵³ J.O.R.A, n° 46, du 29/07/2018.

¹⁵⁴ Dans ce sens, il a été évoqué lors de l'élaboration de la fatwa par le conseil de jurisprudence islamique de la Mecque, la possibilité de considérer le procédé licite, et donc l'autorise dans un premier temps puisque les liens qui unissent ces femmes à cet homme sont légaux ; elle a été par la suite définitivement écartée, donnant la primauté au couple même dans le cadre d'un mariage polygame.

- Une autre question se pose en ce qui concerne le désaveu de paternité : est-il possible de l'envisager dans le cas de l'insémination artificielle ? Bien que seul le RECOURS aux spermatozoïdes du mari soit permis, on ne peut, toutefois, totalement écarter l'hypothèse que l'enfant n'est pas issu de cette procréation, même consentie, surtout si l'opération a eu lieu à l'étranger.
- L'insémination artificielle est-elle un droit pour tous les couples, ou bien juste en cas d'infertilité ? la réponse à cette question aussi se trouve dans l'article 370 alinéa 1 de la même loi disposant que : «l'assistance médicale à la procréation est une activité médicale qui, en cas d'infertilité avérée médicalement, permet la procréation en dehors du processus naturel».
- D'autres questions restent sans réponses : est-il possible d'y recourir à n'importe quel âge ? quel est le nombre maximum d'ovules imprégnés qui peuvent être développés hors du corps de la femme jusqu'au stade d'embryons ? est-il permis de conserver des embryons et qu'advient-il des embryons surnuméraires ? Dans ce sens, l'article 376 de la loi relative à la santé énonce : «les conditions de conservation et de destruction de gamètes sont fixées par voie réglementaire», mais jusqu'à présent il n'y a pas eu de règlement !!!!

Enfin, les techniques d'assistance médicale représentent un nouvel espoir thérapeutique, comptant parmi les principales préoccupations nationales de santé publique. La bioéthique accompagnera ce progrès scientifique dans le respect de la vie et de la filiation.

Mais, la filiation, une fois établie de quelle manière qu'elle soit, quelles sont les garanties prévues par la loi pour préserver ce droit

Section 2^{ème} : Le droit de l'enfant de préserver sa filiation

L'enfant issu d'un mariage, quelle que soit sa nature, valide ou nul, ou même d'une cohabitation par erreur ; conçu naturellement ou artificiellement est affilié à son père, tant qu'il n'a pas eu recours au serment d'anathème pour le désavouer, et ce conformément à l'article 41 CFA qui dispose 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». Or, ceci est considéré comme une menace pour l'identité de l'enfant. Ce qui nous pousse à nous poser la question sur les garanties prévues par la loi pour préserver ce droit.

Selon le texte, la présomption de paternité ne peut être combattue par le mari que par la voie de « désaveu de paternité selon les procédures légales ».

Le législateur ne précise pas ce qu'il faut entendre par cette formule. Mais la jurisprudence nous permet de savoir qu'il s'agit de la procédure du serment d'anathème ou malédiction (le liàn) prévue par le droit musulman, qui ne peut se dérouler que devant un tribunal et non dans une mosquée¹⁵⁵. Aussi le serment d'anathème a été cité dans l'article 138 CFA comme ceci : «sont exclus de la vocation héréditaire, les personnes frappés d'anathème et les apostats».

L'action en désaveu est une voie judiciaire rigoureusement exceptionnelle, qui n'est ouverte que dans des cas légalement spécifiés, et sous des conditions strictes quant à la procédure à suivre.

§. 1^{ère} : Conditions d'exercice de l'action en désaveu de paternité

En droit musulman, c'est par l'action en désaveu pour cause d'adultère que l'épouse sera écartée, conformément au Coran

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: الَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنفُسُهُمْ فَشَهَدُوا بِحُدُودِ اللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ (6)
وَالْخُمُسَةَ أَنْ لَعْنَتَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ (7) وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهِدَتْ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ (8)
وَالْخُمُسَةَ أَنْ غَضَبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ¹⁵⁶.

Il est essentiel que le mari formule son désaveu dès qu'il a eu connaissance de la grossesse ou de l'accouchement de sa femme. Elle ne peut, en outre être initiée sur la seule présomption, tout comme elle n'est pas acceptée lorsque le père a pris en charge les frais d'accouchement, ou s'est occupé de l'enfant depuis sa naissance. Ainsi, la Cour de Tlemcen a confirmé le jugement du tribunal de Tlemcen, qui a refusé la demande de désaveu de paternité d'un père de ses trois enfants après son divorce avec leur mère, du moment qu'ils figurent tous les trois sur sa fiche familiale¹⁵⁷.

¹⁵⁵ عبد الرحمن الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، مصر، ج5، 1424، ص.115.
¹⁵⁶سورة النور، الآيات 6،7،8،9.

¹⁵⁷ Cour de Tlemcen, ch.des affaires familiales, 17/05/2006, dossier n° 06117.

La doctrine et la jurisprudence sont formelles sur ce point. Ainsi, cette dernière décide que le désaveu pour cause d'adultère ou d'inconduite de l'épouse, n'est recevable qu'à la condition que le mari ait prononcé le serment d'anathème aussitôt qu'il en a eu connaissance.

Le désaveu se forme par une action en justice introduite par le mari devant le juge des affaires familiales du domicile du défendeur contre la mère conformément à l'article 490 du code de procédure civile et administrative, ou il sera instruit à huis clos, en présence du ministère public conformément à l'article 491 de la même loi.

Afin de prévenir les abus, et étant une procédure judiciaire, ce sont les tribunaux qui ont fixé les règles¹⁵⁸ ; c'est ainsi que le délai de huit jours a été fixé pour que le mari intente l'action pour désaveu de paternité à compter de la date ou il a eu connaissance de la grossesse ou de la naissance¹⁵⁹. Sauf circonstances exceptionnelles que le juge apprécie souverainement¹⁶⁰.

Devant le juge compétent, le père doit répéter quatre fois en arabe la formule : « je prends Dieu à témoin que, en procédant à la malédiction, je ne me suis pas comporté en menteur ». Puis il prononce une seule fois en arabe : « que Dieu me maudisse, si je mens ». Après le père, la mère devant le juge, dit quatre fois en arabe : « je prends Dieu à témoin que mon mari ment quand il dénie paternité à cet enfant ». Puis elle ajoute une seule fois en arabe : « que la colère divine me frappe, si mon mari était véridique »¹⁶¹.

§. 2^{ème} : Conséquences du désaveu de paternité

Aussitôt accompli, le serment d'anathème entraîne les conséquences suivantes :

- Les conjoints, ayant procédé au serment d'anathème seront à jamais interdits de se remarier ensemble.

¹⁵⁸ En France, l'art 316 de l'ordonnance n 72-3 du 03/01/1972 en matière de filiation dispose que : « le mari doit former l'action en désaveu dans les six mois de la naissance, lorsqu'il se trouve sur les lieux. S'il n'était pas sur les lieux, dans les six mois de son retour. Et dans les six mois qui suivent la découverte de la fraude, si la naissance de l'enfant lui avait été cachée ».

¹⁵⁹ Cour Suprême, ch.sp, 23 /11/1993, Rev. Jud., 2001, n° spécial. p.64 ; 8/07/ 1997, Rev. Jud., 2001, n° spécial, p.67. ; 28/10/1997, Rev. Jud., 2001, n° sp, p.70. Tribunal de Tlemcen, section des affaires familiales, 24/09/2019, dossier n°01651, (voir annexe 5).

¹⁶⁰ Cour Suprême, ch.sp, 16/07/1990, Rev. jud. 1991, n° 3, p.75. ; 28/10/ 1998, Rev.Jud., 2001, n° spécial, p.82.

¹⁶¹ Mohammad Ali Zamiri, Le statut de l'enfant en droit iranien à la lumière de la convention internationale relative aux droits de l'enfant, thèse de doctorat, Université de Paris sud, 03/07/2000, p.129.

- Dissolution du lien conjugal entre les deux conjoints.
- Une fois désavoué, l'enfant perd la paternité du père, il sera alors considéré comme enfant illégitime, il sera, par conséquent, affilié à sa mère.
- L'enfant désavoué ne peut pas hériter de son père.

Les tribunaux ont refusés pendant longtemps de tenir compte des expertises médicales présentée pour ce même objectif, au motif qu'elles ne sont pas formellement prévues par la loi. Ainsi, la Cour de Tlemcen a rejeté un jugement du tribunal de Tlemcen qui avait ordonné une expertise dans une affaire de désaveu de paternité en justifiant que l'article 40 du CFA ne prévoit cette mesure que pour établir la filiation et non sa déchéance¹⁶². Par le biais d'autres jugements, le tribunal de Tlemcen a refusé l'expertise pour la même raison¹⁶³.

La Cour Suprême a aussi rejeté un jugement qui avait ordonné une expertise pour prouver la paternité¹⁶⁴.

En principe cet argument ne peut plus être invoqué, le nouvel article 40 CFA permet en effet aux juges de recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation. Cette formulation générale permet l'utilisation de toutes les techniques d'analyse actuelles et futures, qui vont de l'analyse classique du sang qui permet l'établissement de la preuve négative de paternité au test ADN qui permet de déterminer l'empreinte génétique, et d'établir avec certitude quasi absolue la preuve positive de paternité.

§. 3^{ème} : La renonciation au serment d'anathème

Une fois la procédure d'anathème entamée, il se peut que l'un des partis renonce a prononcé le serment.

- Dans le cas où l'époux renonce, il sera poursuivi pour diffamation conformément à l'article 296 du code pénal qui dispose que : « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes ou du corps auquel le fait est imputé, est une diffamation... ». Ainsi, l'article 298 du même code qui prévoit que : « toute diffamation commise envers les particuliers est punie d'un emprisonnement de cinq jours à

¹⁶² Cour de Tlemcen, ch. des affaires familiales, 02/04/2019, doss n° 05430, (voir annexe 6).

¹⁶³ Tribunal de Tlemcen, section des affaires familiales, 20/05/2021, doss n°00409. 26/06/2018., dossier n° 01225, (voir annexes 7 et 8).

¹⁶⁴ Cour Suprême, ch. Sp. ,15/10/2008, doss n° 448305, Rev.jud., 2010, n° 2, p.251.

six mois, et d'une amende de 25.000 DA à 100.000 DA ou l'une de ces deux peines seulement».

- Dans le cas où l'épouse renonce au serment, peut-on la poursuivre d'adultère comme le prévoit les jurisconsultes musulmans à l'exception des hanafites ?¹⁶⁵

Du point de vue juridique, et d'après l'article 341 du code pénal algérien, la preuve de l'adultère réprimé par l'article 339 du même code s'établit par procès-verbal de constat de flagrant délit dressé par un officier de police judiciaire, soit par l'aveu relaté dans les lettres ou documents émanés du prévenu ou par l'aveu judiciaire.

Donc, en l'absence de ces trois conditions, l'épouse ne peut être poursuivie d'adultère et, de ce fait, sa renonciation ne fait pas preuve de reconnaissance implicite¹⁶⁶.

Section 3^{ème} : Le droit de l'enfant de rechercher sa filiation

La charia Islamique admet à l'enfant le droit de chercher sa filiation du côté de ses deux parents, en utilisant les moyens de preuves admises par cette dernière, et qui sont :

- Un rapport découlant d'un mariage, avec la condition de la durée de grossesse citée au pare avant¹⁶⁷.
- L'aveu de paternité, à condition que l'enfant soit de filiation inconnue.
- La preuve qui est le témoignage de deux hommes, ou bien d'un homme et deux femmes.
- En plus de la *kiafa* القيافة, qui se résume en la ressemblance entre l'enfant et ses ascendants¹⁶⁸.

Qu'en est-il pour le droit algérien ?

§. 1^{ère} : Le vide juridique

Le législateur algérien n'a pas régi ce droit par des textes précis, sauf qu'il admet à l'enfant de filiation inconnue de rechercher sa mère, même si il est issu d'un adultère.

Le problème qui se pose, concerne l'enfant né sous x, sachant que le droit algérien permet à la mère de ne pas reconnaître son enfant en se désistant de sa filiation. Donc,

¹⁶⁵ محمد بن أحمد بن جزى الغرناطي، القوانين الفقهية، ط1، دار الكتاب، بيروت، 1434، ص.211.

¹⁶⁶ طفياني مخطارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2013، ص. 33.

¹⁶⁷ voir pp 67-68.

¹⁶⁸ فخري أبو صفية، طرق الإثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، (د.ت.ط)، ص.169.

théoriquement, il sera de filiation inconnue qui lui permet selon le droit algérien de rechercher sa mère. Mais, la réalité est tout à fait contraire puisque les informations sur sa naissance restent secrètes et la loi interdit de les dévoiler¹⁶⁹.

Donc, il est préférable que le législateur algérien intervienne pour éclaircir cette situation.

En ce qui concerne la recherche de paternité, le législateur algérien contrairement à la charia Islamique qui exige pour l'établissement de la filiation sauf la preuve de la naissance de l'enfant¹⁷⁰, a ajouté la condition du mariage légal conformément à l'article 41 CFA qui dispose que : «l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal».

Cette présomption n'admet pas la preuve contraire, c'est du moins ce que soutient la majorité des commentateurs du code de la famille, car en réalité, l'article 40 du code qui énumère les différents modes de preuve de la filiation, ne ferme pas complètement la porte à la reconnaissance de la filiation naturelle, puisqu'il autorise l'établissement de celle-ci par la reconnaissance de paternité, sans préciser s'il s'agit exclusivement de la paternité légitime et par la preuve.

Ce dernier mode, très général peut autoriser l'établissement du lien de filiation entre le père et l'enfant en dehors du mariage. La lettre du texte ne l'interdit nullement ; mais cette lecture peut être subversive et provocatrice et rejetée catégoriquement par la doctrine dominante, et par les magistrats qui appliquent et interprètent le droit positif sous réserve de sa conformité à la perception qu'ils ont de la charia.

§. 2^{ème} : Les moyens juridiques de preuve de la filiation

En prenant en considération l'enfant de filiation inconnue, le législateur algérien a établi des moyens de preuves pour permettre à ce dernier de rechercher sa filiation ; qui se résument selon l'article 40 CFA en la reconnaissance de paternité, ainsi que la preuve.

L'ordonnance n^o 05/02 du 27 février 2005 a ajouté un deuxième alinéa à l'article 40, par lequel est devenu possible de prouver la filiation, en moyennant les preuves scientifiques comme ceci : «le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation».

¹⁶⁹ Pour plus de détails, voir la page 36 et qui suit.

¹⁷⁰ الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 3، دار الفكر العربي، القاهرة، ص.398.

Et ceci, est considéré comme un pas très important dans la législation algérienne, qui est en adéquation avec l'évolution scientifique et spécialement en matière biologique.

A- La reconnaissance de paternité

La reconnaissance est l'acte par lequel le déclarant déclare être le parent d'un enfant, établissant ainsi la filiation de l'enfant.

Lorsque la filiation paternelle ou maternelle n'est pas établie par la loi, elle peut l'être par une reconnaissance de paternité ou de maternité, cette reconnaissance peut être faite avant ou après la naissance.

Les articles 44 et 45 CFA citent la reconnaissance comme moyen d'établissement de la filiation comme ceci :

L'article 44 dispose que : « la reconnaissance de filiation, celle de paternité ou de maternité, même prononcées durant la maladie précédent la mort, établissant la filiation d'une personne descendants inconnus pour peu que la raison ou la coutume l'admettent ».

Aussi, l'article 45 dispose que : « la reconnaissance de la parenté en dehors de la filiation, de la paternité et de la maternité ne saurait obliger un tiers autre que l'auteur de la reconnaissance que s'il la confirme ».

En analysant ces deux articles on conclut qu'il existe deux formes de reconnaissances :

- La reconnaissance de paternité et de maternité
- La reconnaissance de parenté en dehors de la filiation de la paternité et de la maternité.

Cette reconnaissance résulte en fait, de l'aveu de paternité ou l'aveu de maternité.

a- L'aveu de paternité

En droit musulman, c'est le père seul qui établit par sa déclaration, sa qualité de père d'un individu dont la filiation est ignorée ou incertaine, il faut aussi que cet aveu ne soit pas démenti.

Ainsi, la reconnaissance de paternité est soumise aux conditions suivantes¹⁷¹ :

- L'aveu de paternité n'est valable que s'il émane d'un individu pubère et sain d'esprit, et du père lui-même.
- L'aveu de paternité ne peut concerner qu'un enfant dont le père est inconnu¹⁷², le cas contraire sera considéré comme une adoption qui est comme le stipule l'article 46 CFA interdite par la charia et la loi.
- Il faut que la raison et la coutume l'admettent, par exemple il est inimaginable de reconnaître un enfant, dont la différence d'âge entre ce dernier et celui qui le reconnaît ne lui permet pas d'avoir un enfant.
- La déclaration de paternité n'est recevable qu'à la condition expresse qu'il s'agisse bien d'une filiation légitime¹⁷³.
- L'aveu de paternité serait écarté, s'il a pour but de modifier l'ordre légal des successions.
- L'aveu de paternité établi, reste valable, même si la mère le démentirait, de même l'enfant n'a pas le droit de contester l'aveu de paternité dont il est l'objet, l'aveu de paternité est irrévocable.

b- L'aveu de maternité

Dans la pratique, l'aveu de maternité est presque rare, bien qu'il soit prévu par la loi. Une femme ne peut reconnaître un enfant, que s'il est de père et de mère inconnus.

L'aveu de maternité connaît cependant différentes situations :

¹⁷¹ بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص.293.

¹⁷² Les jurisconsultes musulmans excluent de cette règle l'enfant frappé du serment d'anathème ; il ne peut pas être affilié à une autre personne, de peur que son père se rétracte, et admet qu'il a menti.

¹⁷³ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج 7، ط2، دالر الفكر، سوريا، 2002، ص.630.
¹⁷³ المحكمة العليا، غ.أ.ش، 1988/12/19، ملف رقم 51414، نقلا عن باديس ذيابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، د.ط، عين مليلة الجزائر، 2012، ص.235.

- Si la femme n'est ni dans les liens d'un mariage, ni accomplissant la retraite légale, son aveu ne fait foi qu'en ce qui la concerne personnellement, mais il n'aura d'effets que dans les seuls rapports respectifs de la mère et de l'enfant ; il ne saurait donc préjudicier aux héritiers de chacun d'eux.
- Si la femme est mariée ou observait le délai de retraite légale, et si l'enfant reconnu par elle, est né antérieurement au mariage, l'aveu de maternité ne fait foi qu'en ce qui la concerne personnellement, et les effets seront limités uniquement à la mère et à l'enfant.
- Si l'aveu de maternité concerne un enfant né pendant le mariage. Cette reconnaissance n'est admise qu'après avoir été ratifiée par le mari, ou que la femme ait prouvé, à l'encontre du mari, et en cas de décès, à l'encontre de ses héritiers, que l'enfant est né de son union avec ce dernier ; la filiation de l'enfant est alors établie tant à l'égard du mari qu'à l'égard de la femme¹⁷⁴.

Enfin, l'aveu de maternité comme celui de paternité est irrévocable.

c- La reconnaissance de parenté en dehors de la filiation de la paternité et de la maternité

Cette reconnaissance ne se fait pas par un ascendant sur un descendant, mais se fait par une personne qui appartient à la ligne collatérale de l'enfant ; autrement dit, ils ont un auteur en commun, qui peut être le père ou le grand père.

- Si cette reconnaissance est faite par un frère, l'enfant est considéré désormais comme son frère. Sauf que la filiation n'est pas établie vis-à-vis du père, si ce dernier ne l'accepte pas.
- Ainsi, si la reconnaissance est faite par un oncle, l'enfant est considéré comme son neveu ; mais pour qu'il soit affilié à son grand père, il faut que ce dernier l'admette¹⁷⁵.

Donc, la reconnaissance ne permet l'établissement de la filiation qu'à l'égard de celui qui en fait la demande, aussi un père ne peut pas reconnaître son enfant si les parents ne sont pas mariés. La reconnaissance du père ne suffit pas à lui seul, il faut que cette

¹⁷⁴ بلباهي سعيدة، المرجع السابق، ص.293.

¹⁷⁵ بلباهي السعيد، المرجع نفسه، ص.294.

reconnaissance soit faite devant le juge, qui va déclarer le mariage valide et reconnaître en conséquence l'affiliation de l'enfant.

Ainsi, l'enfant qui bénéficie de la reconnaissance se trouve dans la même situation que s'il était né d'un mariage légitime. Il entre dans la famille de l'auteur de la reconnaissance de plein droit, et il bénéficie des mêmes droits qu'un enfant légitime¹⁷⁶.

Il convient de souligner, que ce mode d'établissement de la parenté a des effets encore plus énergiques que ceux qu'on attribue à la présomption de paternité, selon laquelle «l'enfant est au lit conjugal». C'est ainsi que l'enfant reconnu ne pourra plus faire l'objet d'un désaveu par anathème.¹⁷⁷

B - La preuve

a.- Exposé du problème

Selon l'article 40 CFA, la filiation est établie par la preuve, laquelle, par définition, est «l'élément matériel qui démontre, établit, prouve, la vérité ou la réalité d'une situation de fait ou de droit»¹⁷⁸. Ce qui lui donne un caractère très large, et qui peut contenir plusieurs moyens.

De même, le législateur, dans l'article rédigé en arabe, a employé le terme *بينة* qui a lui aussi un sens très large¹⁷⁹. Et peut prendre deux significations : l'une à caractère très large et qui englobe tous les moyens de preuve. Et l'autre à caractère restreint, et qui veut dire le témoignage¹⁸⁰.

Par ailleurs, le législateur algérien dans l'article 40 CFA, en employant le terme plusieurs comme moyens d'établissements de la filiation, dont la preuve, il a suscité plusieurs questions. Ce qui nous pousse à éclaircir la signification de la preuve en matière de filiation, en se basant sur deux éléments :

Le premier élément : Selon les arrêts de la Cour Suprême, dont, un arrêt où elle a rejeté le recours à l'analyse sanguine comme moyen de preuve, en considérant que les

¹⁷⁶ F. Blanc, Le droit musulman, éd. 2, Dalloz, connaissance du droit, Paris, 2001, p.88.

¹⁷⁷ Adeline Sfeir, op. cit., p.99.

¹⁷⁸ www.larousse.fr

¹⁷⁹ بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج والطلاق، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، 2004، ص.199.
¹⁸⁰ زبيري بن قويدر، النسب في ظل التقدم العلمي والقانوني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012، ص. 205.

magistrats de fond ont dépassé leur pouvoir; alors que l'article 40 a établi des moyens précis et clairs¹⁸¹.

De cela, on comprend que la preuve, dans son sens restreint, est celle qui est appliquée en matière de filiation.

Le deuxième élément : c'est l'ordonnance n° 05/02 du 27/02/2005 modifiant et complétant le droit de la famille, qui a ajouté les moyens scientifiques comme moyens de preuve en matière de filiation. Ce qui confirme que la preuve citée dans l'article 40 CFA est belle et bien le témoignage¹⁸².

b- Témoignage en matière de filiation

Le témoignage selon la charia Islamique et le droit algérien¹⁸³ qui en découle, doit être fait par deux hommes honorables, ou bien un homme et deux femmes dignes de la confiance de la justice¹⁸⁴.

Contrairement à la reconnaissance, qui ne permet l'établissement de la filiation qu'à l'égard de celui qui en fait la demande, la preuve permet l'établissement de la filiation à l'égard de toute la famille.

Si une personne prétend avoir un lien familial avec une autre personne, et cette dernière le conteste, le demandeur peut prouver ce qu'il prétend par le biais des témoins et il sera affilié à ce dernier.

Le témoignage en matière de filiation est intransigeant. Ce qui a poussé le législateur à incriminé tout faux témoignage en lui consacrant de lourdes sanctions.¹⁸⁵

¹⁸¹ Cour Suprême, ch. SP.15/06/1999, dossier n° 222674, Rev Jud, 1999, n° 1, p.126.

¹⁸² La codification a décidé, dans une rédaction ancienne, que la preuve testimoniale peut être utilisée pour établir la filiation de l'enfant, l'art 90 d'un premier avant-projet du code de la famille énonce que : « à défaut de titre ou de possession d'état constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins dont le nombre ne saurait être inférieur à quatre. Aussi, la jurisprudence ancienne considère qu'en droit musulman, la filiation légitime et la vocation héréditaire qui en découle, peuvent à défaut d'acte de l'état civil, se prouver par témoignages indirectes ou de commune renommée, ch. de Rev. Musulmane, 3 juin 1952, n° 355.

¹⁸³ Le législateur algérien n'a pas déterminé le nombre des témoins, par contre la Cour Suprême dans l'un de ses arrêts a décidé que c'est deux hommes ou un homme et deux femmes conformément aux hanafites, arrêt du 25/12/1989, chambre du statut personnel, Rev.Jud, 1991, n° 4, p.110.

¹⁸⁴ فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، في الزواج والطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986، ص.222.

¹⁸⁵ L'art 235 du code pénal dispose que : «quiconque se rend coupable d'un faux témoignage en matière civile ou administrative, est puni d'un emprisonnement de 2 à cinq ans, et d'une amende de 20.000 à 100.000 da».

C-Recours aux moyens scientifiques pour établir une filiation

Le droit algérien, envisage la filiation comme un effet du mariage dans les mêmes termes que la loi Islamique. Mais les progrès récents de la science ont conduit à la mise en œuvre d'importantes modifications, dont le recours aux moyens scientifiques pour établir la filiation.

Le législateur de 2005 a mis fin à l'exclusivité du recours au serment d'anathème¹⁸⁶ pour prouver ou contester la filiation de l'enfant¹⁸⁷.

Les questions qui se posent sont : le recours aux moyens scientifiques, ouvre-t-il sur une annulation de la filiation légitime ? Inversement, un résultat positif, peut-il permettre son établissement ?

L'article 40 alinéa 2^{ème} CFA précise que le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation. Le droit positif accepte donc la recherche de la vérité biologique de la filiation, mais l'application de cette disposition pose un certain nombre de questions et de problèmes :

- Cet article dans l'aspect des magistrats n'est pas obligatoire mais aléatoire, car la syntaxe de l'article « peut recourir » ne les obligent pas à ordonner le recours aux moyens scientifiques et notamment le test ADN.

Ce que nous demandons, c'est le changement de la syntaxe, au lieu de « peut recourir » le juge « doit recourir » aux moyens scientifiques chaque fois qu'une question d'une filiation se pose à son niveau.

Ainsi, le géniteur doit reconnaître la filiation, il est obligé sans être forcé de reconnaître la paternité car il y a une différence ; la filiation permet simplement au géniteur de donner une filiation à l'enfant, mais pas la paternité parce qu'il n'est pas le mari de la mère de l'enfant, il n'a pas les mêmes obligations ; il n'est pas inscrit au droit d'un père¹⁸⁸.

¹⁸⁶ La Cour Suprême a considéré que le recours à l'analyse du sang comme moyen d'établir la filiation de deux jumeaux contrarie les règles de preuve en matière de filiation établies par la loi et la charia. Cour Suprême, 15/06/1999, doss n^o 222674, Rev. Jud, 2001, n^o spécial, p.88.

¹⁸⁷ Djilali Tchouar, Droit algérien de la famille, quels principes d'égalité ?, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdellah BENHAMOU, Kounuoz éd., 2013, p.212.

¹⁸⁸ www. Liberté.algérie.

- Le recours aux moyens scientifiques implique le recours à une prise de sang ou à un prélèvement de tissus. Or, l'individu a droit au respect de son intégrité physique l'article 39 alinéa 1^{er} de la constitution énonce : « l'Etat garantit l'inviolabilité de la personne humaine » et peut donc refuser de se prêter à ces analyses.
- Le code de la famille ne traite pas de la recherche en paternité, et n'autorise pas d'établir une filiation par ce biais. Pourtant les nouveaux amendements, et surtout l'article 40 alinéa 2^{ème} précité ont semble-t-il ouvert une brèche dans ce sens. Donc la question qui se pose est :

Peut-on considérer alors que le juge y fera appel même en dehors d'un mariage ? est-ce-que les mères célibataires condamnées par la loi, reniées par la société et contraintes à l'abandon de leur enfant illégitime, sont-elles implicitement ciblées par cet article susceptible de leur donner la possibilité de poursuivre le père présumé de l'enfant né hors mariage et de le contraindre à une reconnaissance ?

Cette possibilité de prouver la filiation par le moyen de l'ADN peut ouvrir des perspectives considérables si elle est interprétée de manière extensive, et ne reste pas enfermée dans la lettre du droit musulman classique qui exige l'existence d'un mariage légal pour établir une filiation. Si cette condition de l'existence d'un mariage est encore exigée, le nouvel alinéa faisant appel à la procédure scientifique ADN ne pourra alors concerner que les enfants nés d'un mariage coutumier traditionnel non encore inscrit à l'état civil.

Pour ce faire, il faudra pour légitimer l'enfant, un jugement de validation du mariage coutumier.

Pour donner la chance à ces enfants nés hors mariage, d'être affilié à leur père biologique, il faudra appliquer les articles 40 et 41 alinéa 2 qui permettent d'établir une filiation par tout moyen scientifique, même en dehors d'un mariage légal, l'enfant étant affilié à son père de la possibilité des rapports conjugaux.

De ce fait, le juge algérien ne devrait pas s'enfermer dans une interprétation stricte des textes et dans une compréhension étroite de la «charia». Ce serait rendre justice à tous ces milliers d'enfants en attente d'une véritable filiation, et en attente d'un rattachement juridique à la personne qui les a conçues. Le père géniteur ne doit pas être absout de ses

responsabilités, à la faveur d'un texte qui ne prévoit pas de recherche de paternité en dehors d'un mariage légal.

Ainsi, pour la femme fornicatrice, il peut être important, sur le plan psychologique, que soient reconnus également les torts de son compagnon dans la naissance de l'enfant issu de leurs relations charnelles. Cela peut l'aider à responsabiliser cet individu, non pas pour que l'enfant soit affilié à lui, mais pour qu'il subviene à son entretien¹⁸⁹.

Les enfants nés hors mariage ne doivent pas être exclus des bienfaits d'une loi. C'est leur rendre justice que de les faire bénéficier de cette possibilité de prouver leur filiation par le biais de l'ADN¹⁹⁰.

- La question qui se pose c'est de savoir si on peut recourir aux moyens scientifiques lorsqu'une procédure de désaveu de paternité a été engagée par le présumé père¹⁹¹.

Pendant longtemps, les tribunaux ont refusé de tenir compte des expertises médicales, présentées dans le cadre d'une procédure légale de «désaveu de paternité» au motif qu'elles n'étaient pas formellement prévues par la loi ; et ce refus persiste même après la récente intégration des techniques scientifiques dans l'article 40 du CFA¹⁹². Et que normalement, cet argument ne peut plus être invoqué parce que si on se réfère à la formulation de cet article qui permet en effet aux juges «de recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation», on constate qu'elle est générale, et ne limite pas le recours à ces méthodes qu'en matière d'établissement de la filiation.

Donc, on souhaiterait en l'absence de jurisprudence dans ce , que le législateur intervienne, surtout que l'ADN permet d'établir avec certitude quasi absolue la preuve positive et négative de la paternité biologique.

¹⁸⁹ Tchouar Djilali, Droit algérien de la famille..., op.cit, p.212.

¹⁹⁰ Nadia Ait Zai, La filiation dans le mariage et hors mariage, Rev. des Droits de la Femme et l'Enfant, avril-juin, 2008, n° 17 p.17.

¹⁹¹ جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في المدة من 5 إلى 10 جانفي 2002 ما يلي: "...إن البصمة الوراثية تأخذ حكم القیافة، بحيث لا تقدم على الأدلة الشرعية المتفق عليها، حتى مع التعارض معها، لأن الأدلة الشرعية في إثبات النسب أقوى في تقدير الشرع، ولكن يجب تقديمها على القیافة لأنها طريقة متقنة وأدق منها". باباهي سعيدة، المرجع السابق، ص.298.

¹⁹² Le code marocain de la famille, réformé en 2004, prévoit en effet la possibilité de recourir à la science pour prouver ou contester la filiation dans le cadre strict du mariage. En ce sens, l'article 153/2 dispose que : «les rapports conjugaux, assortis de leurs conditions, constituent une preuve irréfutable établissant la filiation paternelle. Ils ne peuvent être contestés que par le mari, suivant la procédure du serment d'anathème (liane) ou par le moyen d'une expertise formelle, et ce à condition :

- Que l'époux concerné produise des preuves probantes à l'appui de ses allégations et Que ladite expertise soit ordonnée par le tribunal».

C'est ainsi, que le législateur algérien envisage la filiation comme un effet du mariage dans les mêmes termes que la loi Islamique, en prenant compte des progrès récents de la science, qui ont conduit à une mise en œuvre d'importantes modifications. Cette prise en compte de l'évaluation des sciences de la vie, ne signifie pas que le législateur algérien accepte une refonte du droit de la filiation, seul l'enfant issu d'un mariage régulièrement contracté est reconnu comme légitime.

Donc, le législateur algérien ne reconnaît et ne protège que les enfants légitimes.

En plus des dispositions du code de la famille en la matière, il met à la disposition des personnes concernées la possibilité d'intenter des actions en justice pour prévaloir leurs droits ; comme il prévoit et incrimine tout acte mettant en péril ce droit sacré.

Section 4^{ème} : La protection judiciaire du droit de la filiation

Le législateur algérien protège le droit de l'enfant à connaître ses origines, un des principes de la CIDE, en mettant en place des actions en justice civile ainsi que pénales.

§. 1^{ère} : Les actions civiles

Les actions en justice en matière de filiation, permettent à l'enfant de filiation inconnue d'acquiescer cette dernière, et en même temps elle peut être un moyen de désaveu de paternité.

Ces actions ne sont recevables que de la part de personne ayant la qualité et l'intérêt réel ou éventuel prévu par la loi, conformément à l'article 13 du code de procédures civiles et administratives algérien.

En ce qui concerne la juridiction compétente, c'est le tribunal du lieu du domicile du défendeur, conformément à l'article 490 du même code qui proclame que : «toutes actions aux fins de reconnaissance de filiation, de paternité ou de maternité, d'une personne d'ascendants inconnus, ou au désaveu de paternité, est formée devant le tribunal du lieu du domicile du défendeur».

L'article 491 ajoute que : «les actions relatives aux contestations citées à l'article 490 ci-dessus sont instruites à huis-clos, en présence du ministère public».

A- Les actions aux fins de reconnaissance de filiation

Pour que l'action de reconnaissance de paternité soit acceptée, il faut prouver que l'enfant est issu d'une union conjugale, contrairement à l'action de reconnaissance de maternité, qui peut être intentée quelles que soient les conditions de sa naissance.

a-- L'action de reconnaissance de maternité

L'enfant est affilié à sa mère dans tous les cas ; pour ce faire il faut prouver devant le tribunal deux faits :

- La naissance de l'enfant : normalement cette dernière est prouvée par un document de l'état civil, à défaut ça peut se faire par l'aveu de la mère elle-même, ou par le témoignage des personnes qui ont assisté à l'accouchement ou bien par un rapport médical, sachant que l'accouchement est un fait matériel qui peut être prouvé par tous les moyens¹⁹³.
- Prouver au tribunal que l'enfant concerné par la demande, est bien celui que la mère a mis au monde ; et cela se fait par le biais des témoins ou par une expertise, comme ça peut se faire par le simple aveu de la mère.

Donc, ces deux faits prouvés devant le juge l'enfant est affilié à sa mère.

b- L'action de reconnaissance de paternité

La justice algérienne refuse toute action aux fins de reconnaissance de paternité d'un enfant issu d'une relation en dehors d'un mariage, et cela est confirmé par plusieurs arrêts de la Cour Suprême, dont un qui considère que : «les relations entre les époux avant de conclure l'acte de mariage sont considérés comme des relations illégales qui ne peuvent établir de filiation »¹⁹⁴.

Et comme, la charge de la preuve incombe au demandeur, il lui faudra prouver au tribunal les faits suivant :

1- L'existence d'un mariage

¹⁹³ ليلي جمعي، حماية الطفل، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2006/2005، ص.219.

¹⁹⁴ Cour Suprême, ch.sp, 25/12/1989, dossier n° 58224, Rev.Jud., 1991, n° 04, p. 34.

L'enfant ne peut être affilié à son père, que s'il est issu d'un mariage légal. la Cour Suprême confirme cette condition dans plusieurs de ses arrêts ; les relations entre l'homme et la femme en dehors du mariage ne peuvent être considérées comme ce dernier¹⁹⁵.

2- La consommation du mariage

En plus de prouver l'existence d'un mariage, le demandeur est tenu de prouver qu'il y a eu consommation de ce mariage. La jurisprudence sur ce point est formelle et décide que l'enfant est affilié à son père que dans le cadre d'un mariage légal, avec consommation de ce dernier¹⁹⁶.

Et ce fait, peut être prouvé par des témoins ou l'aveu des époux.

1- La naissance de l'enfant dans les délais prévus par la loi

Il faut que l'enfant soit né dans les délais prévus par l'article 42 CFA, qui varie entre six mois comme délai inférieur, et dix mois comme délai supérieur.

Pour la Cour Suprême : «légalement l'enfant appartient au lit conjugal, et le délai inférieur de grossesse est de six mois donc l'enfant né 64 jours après le mariage, ne peut être affilié à son père»¹⁹⁷.

De même, la Cour Suprême déclare que : «la durée minimum de grossesse est de 6 mois, et la maximum est de 10 mois ; et en décider autrement est une violation de la loi »¹⁹⁸.

Ces conditions réunies, l'enfant est affilié à son père.

B- L'action de désaveu de paternité

Il appartient au père de renier son enfant par le biais d'une action de désaveu, mais vu l'ampleur de cette action sur l'avenir de l'enfant, la justice algérienne a établi des mesures et des conditions très strictes.

- Il faut que la demande du père soit justifiée,

¹⁹⁵ Cour Suprême, ch.sp, 08/12/1989, dossier n° 34137, Rev. Jud., 1998, n° 04, p.79.

¹⁹⁶ Cour Suprême, ch.sp, 20/10/1998, doss n° 204821, Rev.Jud., éd. spéciale, p.82.

¹⁹⁷ Cour Suprême, ch.sp, 17/12/1984, doss n° 35087, Rev. Jud., 1990, n° 01, p.86.

¹⁹⁸ Cour Suprême, ch.sp, 22/01/1190, doss n° 57756, Rev. Jud., 1992, n° 02, p.71.

La Cour Suprême dans un de ses arrêts décide que : «il n'appartient pas au père le droit de renier son enfant sans cause justifiée »¹⁹⁹. Donc, le père qui prétend le désaveu de son enfant, doit prouver au tribunal d'une façon catégorique que cet enfant n'est pas le sien, par exemple la preuve de sa stérilité, ou bien qu'il était absent au moment de la conception de l'enfant.

- Le mari doit formuler son désaveu dès qu'il a pris connaissance de la grossesse ou de l'accouchement de sa femme. Ceci dit, La jurisprudence a décidé que le délai maximum permis au mari pour intenter une action de désaveu de paternité après avoir constaté l'adultère ou la grossesse de sa femme est de 8 jours²⁰⁰.

§. 2^{ème} : Les actions pénales

En plus de la possibilité d'intenter des actions civiles pour protéger le droit de la filiation, le législateur à incriminé et sanctionné des faits qui mettent en péril ce droit qui vont des moins graves, comme l'infraction de non déclaration de la naissance de l'enfant ou la non remise d'un nouveau-né trouvé au plus graves comme les crimes et délits tendant à empêcher l'identification de l'enfant.

A- La non déclaration de la naissance de l'enfant et la non remise d'un nouveau- né trouvé

La déclaration de la naissance d'un enfant est obligatoire, ainsi que la remise d'un nouveau-né trouvé ; agir contrairement constituerait une infraction.

a - La non déclaration de la naissance d'un enfant

L'article 61 du code de l'état civil dispose que : «les déclarations de naissances sont faites dans les cinq jours de l'accouchement à l'officier de l'état civil du lieu, sous peine des sanctions prévues à l'article 442 alinéa 3 du code pénal ».

Et l'article 442/3 du code pénal dispose que : « sont punis d'un emprisonnement de 10 jours à 2 mois au plus et d'une amende de 8.000da à 16.000 DA : ceux qui ayant assisté

¹⁹⁹ Cour suprême, ch.sp, 09/02/1987, doss n^o 44521, rev.jud, 1988, n^o 44, p.161.

²⁰⁰ Cour Suprême, ch.sp, 25/12/2002, doss. n^o 296020, Rev.Jud, 2004, n^o01, p.289.

à la naissance d'un enfant n'en font pas la déclaration prescrite par la loi dans les délais fixés... ».

L'article 62 du code de l'état civil ajoute : «la naissance de l'enfant est déclarée par le père ou la mère, ou, à leur défaut, par docteurs en médecine, sages-femmes, ou autre personnes qui ont assisté à l'accouchement ; lorsque la mère aura accouché hors de son domicile par la personne chez qui elle a accouché».

Cette infraction n'est constituée que de l'élément matériel, vu que c'est une contravention simple qui ne nécessite pas l'intention criminelle.

• **L'élément matériel** : il suppose les éléments suivant :

- La non déclaration de la naissance de l'enfant par le père ou la mère, ou toutes personnes citées dans l'article 62 du code de l'état civil, et ceci par maladresse ou inattention ou négligence²⁰¹ et même s'il ne naisse pas vivant²⁰²
- Il faut que l'auteur de l'infraction soit l'une des personnes citées par l'article 62 in fine, dont le premier responsable est le père, ensuite vient la mère, ensuite les médecins et sages femme ou n'importe qu'elle personne qui a assisté à l'accouchement; et dans le cas où la mère a accouché en dehors de chez elle, la responsable est la personne chez qui elle a accouché.

b- La non remise d'un nouveau-né trouvé

L'article 442 du code pénal ajoute : «...ceux qui ayant trouvé un enfant nouveau-né ne le remettent pas à l'officier de l'état civil ainsi que la loi le prescrit, sauf s'ils ont consenti à se charger de l'enfant et ont fait une déclaration à cet égard devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé...».

L'auteur de cette infraction est puni de la même peine citée auparavant, dans le cas où il trouve un nouveau-né et ne le remet pas au président de l'APC, qui a la qualité d'officier de l'état civil, sauf dans le cas où il décide de s'en charger par aveu devant l'officier de l'état civil du lieu où il a trouvé.

B - Crimes et délits tendant à empêcher l'identification de l'enfant

²⁰¹عبد العزيز سعد، الجرائم المتعلقة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2002، ص.166.
²⁰²أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، دار هومه، 2003، ص.167.

L'article 321 du code pénal énonce que : «ceux qui, sciemment dans les conditions de nature à rendre impossible son identification, déplacent un enfant, le recèlent, ou lui substituent un autre enfant, ou le présentent matériellement comme né d'une femme qui n'a pas accouché, sont punis de la réclusion à temps de cinq à dix ans et d'une amende de 500.000 DA à 1.000.000 DA.

S'il n'est pas établi que l'enfant a vécu la peine est l'emprisonnement d'un à cinq ans et l'amende de 100.000 DA à 500.000 DA.

S'il est établi que l'enfant n'a pas vécu le coupable est puni de l'emprisonnement d'un à deux mois et d'une amende de 10.000 à 20.000DA.

Toutefois, lorsque l'enfant a été matériellement présenté comme né d'une femme qui n'a pas accouché, par suite d'une remise volontaire ou un abandon par ses parents, le coupable encourt la peine d'un an à cinq ans d'emprisonnement et une amende de 100.000 à 500.000DA.... ».

Aux termes de cet article, on parle d'infraction dans deux cas :

- Dissimulation de la filiation d'un enfant vivant.
- Non remise du corps d'un enfant mort-né.

a - Dissimulation de la filiation d'un enfant vivant

Le législateur s'est contenté, à cet égard, de parler de l'enfant sans préciser l'âge de ce dernier. L'infraction se constitue des éléments suivants :

- **L'élément matériel** : qui est le fait criminel et qui peut être :
 - Le déplacement de l'enfant.
 - Le recèlement de l'enfant.
 - La substitution de l'enfant par un autre enfant.

Dans toutes ces hypothèses, il faut prouver que la femme a accouché d'un enfant vivant, et qu'il n'a pas été remis à la personne qui a droit.

- **L'élément moral** : c'est un crime intentionnel qui nécessite l'intention criminelle qui est la volonté de l'auteur et sa connaissance des circonstances de l'infraction.

b- La non remise du corps d'un enfant mort-né

On ne peut parler de cette infraction que si le fœtus atteint 6 mois, et c'est la durée minimale de la grossesse conformément à l'article 42 du CFA, sinon le fait est considéré comme avortement qui est réprimé par l'article 304 du CPA²⁰³.

Cette infraction, se constitue aussi d'un élément matériel qui est le fait de dissimuler le corps d'un nouveau-né. Et d'un élément moral qui est l'intention criminelle de l'auteur.

c-- La falsification de la filiation (l'adoption)

La falsification de la filiation est l'une des infractions les plus dangereuses, bien que la loi pénale ne prévoit pas ce genre d'infraction, on retrouve, toutefois, l'article 46 de CFA qui dispose que : «l'adoption (tabanni) est interdite par la charia et la loi ».

La falsification de la filiation, c'est le fait de prétendre la filiation d'un enfant de filiation connue en le dépossédant de cette dernière et l'attribuée à une autre personne, ou bien prétendre la filiation d'un enfant de filiation inconnue sans y avoir droit²⁰⁴.

Tout acte dans ce genre, qu'il soit établi par un jugement ou un acte notarié sera annulé suite à sa violation à l'article 46 du CFA et à l'ordre public.

Toute personne qui falsifie la filiation, en adoptant un enfant et en déclarant devant l'officier de l'état civil que c'est son propre enfant, et qui demande son inscription et sa transcription sur les registres de l'état civil sera punie. Et même si le code pénal ne prévoit pas ce genre d'infraction, on peut le déduire des articles consacrés à la contrefaçon et principalement l'article 34 du code de l'état civil qui énonce : «toute personne, intervenant à l'acte, dont les déclarations n'ont pas été sincères, est passible des peines prévues à l'article 217 du code pénal», lequel énonce : « est punie d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 DA, toute personne non partie qui fait devant un officier public une déclaration qu'elle savait non conforme à la vérité... ».

²⁰³ L'article 304 CPA dispose que : «quiconque, par aliments, breuvages, médicaments, manœuvres, violences ou par tout autre moyen, a procuré ou tenté de procurer l'avortement d'une femme enceinte ou supposée enceinte, qu'elle y ait consenti ou non, est puni d'un emprisonnement d'un (1) an à (5) ans et d'une amende de 20.000 à 100.000 DA.

Si la mort en est résultée, la peine est la réclusion à temps, de dix (10) à vingt (20) ans.

Dans tous les cas, le coupable peut, en outre, être interdit de séjour».

²⁰⁴ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.151.

En conclusion, il convient de souligner que le législateur prévoit la filiation dans les mêmes termes que la charia, bien qu'il ait apporté du nouveau en ce qui concerne les moyens scientifiques que ce soit en matière de procréation en admettant le recours à la procréation médicale assistée, ou en matière de preuve de la filiation, cela n'est pas parfaitement clair et précis, ce qui laisse un large éventail aux critiques et aux questions qui restent sans réponses.

Malgré l'importante protection consacrée par le législateur algérien à ce droit sacré qui est le droit à la filiation et donc à une famille, cette protection ne consacre qu'une catégorie précise d'enfants, les enfants nés dans le cadre d'un mariage légal appelés «enfants légitimes».

Mais la réalité prouve qu'il existe une autre catégorie d'enfants, les enfants issus de relations illégales, qui finissent dans la plupart du temps abandonnés, face à une société qui ne pardonne pas appelés «enfants légitimes» ou «enfants naturels».

Une étude faite récemment à Annaba montre que le nombre de bébés qui naissent hors mariage est en nette augmentation, égalant un chiffre jamais atteint depuis l'indépendance. Durant les six mois avant la date de l'étude plus de 110 mères célibataires ont été prises en charge au niveau des structures hospitalières de la wilaya afin d'accoucher dans l'anonymat, alors qu'au pare avant on comptabilisait une moyenne de 115 enfants pour toute l'année. Et l'article a affirmé que ce phénomène touche particulièrement les couples en relation extra-conjugales et le milieu des étudiantes en provenance des régions limitrophes²⁰⁵.

En réalité, le phénomène n'est pas réductible à Annaba, mais à toutes les wilayas du pays.

Donc, face à l'enfant légitime qui lui seul bénéficie de la protection parfaite et totale, vu que la loi algérienne ne reconnaît que lui, quel est le sort de l'autre enfant, ce pauvre enfant qui se trouve victime des erreurs de ses parents et qui va faire face à une législation qui ne lui reconnaît pas les mêmes droits que l'enfant légitime, et aussi à une société qui ne pardonne pas. Que prévoit la loi pour ce pauvre malheureux ?

Chapitre 2^{ème} : l'enfant illégitime

²⁰⁵Nabil Chaoui, Hausse de naissance hors mariage à Annaba, publié le 07 août 2021, [www. Jeune-indépendant.com](http://www.Jeune-indépendant.com).

Bien que le tabou de la virginité avant le mariage soit très tenace, beaucoup de jeunes n'attendent plus l'union civile et religieuse pour expérimenter des relations sexuelles, sachant que beaucoup sont peu ou pas informés des conséquences, et qu'ils n'ont pas aisément accès aux méthodes contraceptives. Dès lors, la maternité célibataire connaît en Algérie depuis plus de trente ans une croissance exceptionnelle, dont le corollaire est l'abandon d'enfants pour cause d'illégitimité²⁰⁶. Donc, il serait naïf de croire qu'en Algérie, comme dans tout autre pays, les relations sexuelles sont limitées au mariage. Il en est de même pour les naissances d'enfants nés hors mariage qui ont toujours existés et existeront toujours²⁰⁷. Et que le code de la famille, bien que inspiré de la charia, ignore totalement, alors que cette dernière prévoit clairement le statut juridique de l'enfant illégitime.

Dans la société algérienne, plusieurs termes sont utilisés pour désigner l'enfant né hors mariage, autrement appelé «enfant illégitime». Cette désignation reflète la vision négative que porte la société algérienne sur ce fait. Les termes utilisés sont très répandus dans le langage populaire sont : « lakit » ou « keboul » ou « ferkh » en terme dialectal algérien, enfant trouvé, «majhoul nassab», mais également «enfant abandonné»²⁰⁸.

Le droit à une filiation, donc à une famille, ne bénéficie pas à tous les enfants. La filiation naturelle n'est pas admise en droit musulman et en droit algérien qui en découle. Aux yeux de la société musulmane, une telle naissance en violation de la loi, menace ses valeurs familiales et religieuses²⁰⁹, de sorte que le père ne peut reconnaître son enfant, et que celui-ci n'est pas admis à agir en justice pour établir sa filiation. De ce fait, il n'est guère possible d'appliquer l'article 8 de la CIDE qui reconnaît le droit de l'enfant à préserver son identité y compris son nom et ses relations familiales.

Face aux enfants illégitimes, le réflexe premier de la société consiste à sanctionner les parents et à priver les enfants d'un certain nombre d'avantages.

²⁰⁶ Emile Barraud, *Enfance illégitime et abandon*, www.journal.openedition.org.

²⁰⁷ Boucebci M. écrivait : «chaque société secrète des mécanismes régulateurs, en fonction de ses normes, son histoire et son ouverture », in *psychiatrie, société et développement en Algérie, les grossesses hors mariage et leurs conséquences*, Alger : SNÉD. 1979, p.140.

²⁰⁸ Chihab Zidanef, *L'enfant né hors mariage en Algérie*, éd. Entreprise Algérienne de Presse, Alger, 1992, p.30.

²⁰⁹ La religion ne semble pas avoir un grand effet sur la société algérienne puisque le nombre d'enfants nés hors mariage est en net augmentation chaque année.

Selon l'article 40 CFA qui dispose que : «la filiation est établie par le mariage valide» et l'article 41 qui renforce le principe en réaffirmant que l'enfant -est affilié à son père par le fait du mariage légal. Le code de la famille ne fait pas référence à la catégorie d'enfants nés hors mariage. Pourtant plus de 5000 enfants naissent hors mariage tous les ans en Algérie²¹⁰. Quel sort leur réserve le législateur algérien ?

Il est nécessaire de dire, que le droit de la famille algérien ne donne aucun qualificatif pour désigner l'enfant né hors mariage. Ce dernier est un thème tabou au sein de la société algérienne. Ainsi, le droit algérien ne définit pas directement l'enfant abandonné contrairement au droit marocain²¹¹.

En droit algérien le sort de ses enfants est lié à la décision que prendra la mère lors de l'accouchement ; gardera-t-elle ou abandonnera-t-elle l'enfant à sa naissance ?

Tout dépend de l'état de l'esprit de la mère célibataire et de l'aide qu'elle recevra. Si, dès l'accouchement la mère célibataire ne procède pas à un abandon définitif de l'enfant, c'est qu'elle accepte que ce dernier lui soit rattaché.

Donc, cette mère célibataire qui va se retrouver enceinte, elle peut par chance aller accoucher de son enfant dans un établissement hospitalier, et décide de l'abandonner ; et là on se retrouve devant un enfant né sous « x ». Mais, souvent devant un tel tabou et une société qui ne pardonne pas, cette mère décide d'accoucher de ce malheureux enfant et s'en débarrasser en l'abandonnant et en le jetant dehors ; et là on parlera d'enfant trouvé.

Alors, les enfants de naissance illégitime, sont soit gardés par leur mère, soit confiés aux institutions de la direction de l'action sociale (pouponnière), soit pris en charge

²¹⁰ <https://elitepresse.com>

²¹¹ L'article 1^{er} de la loi marocaine n° 15-01 relative à la prise en charge par kafala d'enfants abandonnés dispose que : «est considéré comme enfant abandonné tout enfant de l'un ou l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes :

- Etre né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré.
- Etre 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'assurant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme ceux qui 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».

par une famille d'accueil. Bien entendu tous, n'ont pas la chance d'entrer dans une de ces catégories, ils ont été victimes d'un infanticide ou d'un délaissement en un lieu solitaire.

Section 1^{ère} : Enfants considérés comme illégitime

Comme nous l'avons signalé plus haut, l'enfant illégitime peut être reconnu par sa mère, ou bien abandonné dans un milieu hospitalier, et pour les moins chanceux délaissé dans un lieu public.

§.- 1^{ère} : La reconnaissance de maternité

La mère célibataire, lorsqu'elle n'abandonne pas définitivement son enfant, à l'opportunité depuis la réforme du code de la famille en 2005 de le reconnaître à la naissance et le garder, elle lui transmet sa filiation (patronyme, nationalité, héritage des lignées maternelles).

La reconnaissance de maternité se heurte à l'obstacle de la filiation illégitime du fait qu'elle n'émane que de la mère ; soit l'enfant est né hors mariage d'une mère célibataire, soit il est né au cours du mariage et il a été désavoué.

Cette reconnaissance de maternité établit un lien de parenté entre l'enfant reconnu et la famille agnatique de la mère, ce qui lui permettra d'être retenu parmi les bénéficiaires d'une succession de la lignée maternelle²¹².

La reconnaissance de maternité permet à la mère célibataire d'être la représentante légale de son enfant.

Le code de la famille prévoit ce type de filiation en son article 44. Mais depuis quelques temps, des préposés des services publics exigent de la mère célibataire la production de l'acte de recueil légal, prouvant la tutelle exercée sur son enfant.

Ce qui est totalement aberrant car d'une part, la filiation maternelle est établie et prouvée par les actes d'état civil de la mère et de l'enfant, et d'autre part, l'enfant dont il s'agit n'est pas un enfant abandonné recueilli dans le cadre de la kafala²¹³.

²¹² Yamina Bettahar, La construction sociale de la parenté : l'exemple de l'Algérie, l'année du Maghreb, 2007, pp.139-154 ; Nadia Ait Zai, Vers la citoyenneté, l'année du Maghreb, 2007, pp.139-154.

²¹³ Nadia Ait Zai, Les droits de l'enfant en Algérie, op.cit., p.17.

Donc, contrairement à l'enfant légitime qui a vocation héréditaire dès sa conception, l'enfant naturel n'hérite que de sa mère, selon une conception étroite largement dominante, bien que l'article 126 du CFA ne le prévoit pas de manière expresse et se limite à préciser le fondement du droit à l'héritage basé sur l'existence d'un lien de parenté sans en préciser le statut (parenté légitime ou naturelle).

Or, l'article 32 du code civil algérien définit la parenté par : « la descendance d'un auteur » sans exiger la descendance légitime. Mais cette lecture, parfaitement conforme à la lettre de la loi, est rejetée fermement, à la fois par la doctrine et la jurisprudence algériennes très conservatrices.

Donc, même si cet enfant a la chance d'être reconnu comme l'enfant biologique de sa mère, cette reconnaissance demeure souvent insuffisante²¹⁴.

§. 2^{ème} : Enfants nés sous X

Le renoncement par abandon demeure, avec l'infanticide, l'une des seules alternatives lorsqu'une femme, qui n'a pas eu accès à la contraception et dans un pays qui condamne le recours à l'avortement, met à terme une grossesse hors mariage.

La question des enfants nés sous « x » en Algérie, demeure à ce jour l'un des problèmes vitaux de la société algérienne.

Accoucher sous « x » signifie qu'une femme peut donner naissance dans un établissement de santé en gardant l'anonymat, avant de confier son enfant aux services de l'état. Ceci dit, l'accouchement sous « x » était une procédure légale qui reconnaît à l'enfant sa filiation biologique et lui refuse sa filiation paternelle²¹⁵. Un enfant né sous « x » est un enfant dont les parents sont inconnus, la mère donne la vie à ce dernier mais ne lui donne pas de nom, et rien ne l'oblige à laisser ses coordonnées.

C'est d'ailleurs le but de l'accouchement sous « x », qui a été organisé en 1943²¹⁶ par les autorités françaises en Algérie ? Comme il l'était en France depuis 1941, et depuis cette date les femmes algériennes ont la possibilité d'accoucher en milieu hospitalier sous la protection du secret. Et ce n'est qu'en 1976, que le législateur algérien a mis en place un

²¹⁴ Barraud Emile, La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb, droit et culture, 06/07/2010, p.20.

²¹⁵ Barraud Emile, La prise en charge des enfants abandonnés en Algérie, books.opened.ition.org

²¹⁶ Sur l'Algérie entière de 1939 à 1947, les naissances illégitimes dites « musulmanes », passent de 1410 à 4249, Barraud Emile, idem.

système juridique qui, reprenant en grande partie le contenu du décret français, organise l'abandon de l'enfant et sa prise en charge par des institutions étatiques²¹⁷, ainsi que les mesures de protection des mères célibataires.

Et dès 1976, c'est le ministère de la santé publique qui se charge de l'enfance abandonnée. Mais en 1985, l'ordonnance de 1976 portant le code de la santé publique est abrogé, ce qui a entraîné des conséquences désastreuses sur les conditions de vie des mères célibataires, et des enfants abandonnés. Un an plus tard, et suite à un rapport rendu par la commission économique et sociale intitulé «Enfance abandonnées» dressant un bilan alarmant sur la gestion des enfants abandonnés par les services publics durant les vingt-quatre dernières années, la wilaya d'Alger légalise en février 1985 la création de l'association algérienne enfance et familles d'accueil bénévole²¹⁸, dont les objectifs renouent avec l'esprit du code de 1976²¹⁹, qui reste toutefois la source de référence réglementaire en matière d'enfance abandonnée à cause du vide juridique à ce sujet. Le code de la famille promulgué en 1984 ne traite pas l'abandon. La loi protège la mère célibataire en s'appuyant sur un certain nombre de conventions internationales conclues dans le cadre de la défense des droits de l'homme.

Au niveau des hôpitaux, il y a dans chaque maternité une assistance sociale habilitée à accueillir les mères célibataires, la mère célibataire peut se présenter à la maternité, et dès lors on fait appel à cette assistante sociale qui enregistre toutes les informations en rapport avec son identité sur un registre dédié à cette catégorie de mères. L'assistante est tenue par le secret professionnel, elle est la seule censée connaître la véritable identité de la mère, cette dernière est alors admise dans l'anonymat total, sous X plus son prénom. En suivant les procédures suivantes :

1- La déclaration du nouveau-né

La déclaration de naissance est effectuée par la sage-femme qui l'inscrit automatiquement sur le registre des naissances. Cette dernière donne au nouveau-né un prénom provisoire et mentionne le code « X » sur la déclaration et l'attestation.

²¹⁷ De l'art 243 à l'art 247 du code de la santé publique.

²¹⁸ L'association œuvre pour la protection et la prise en charge des enfants privés de famille au sein de deux centres d'accueil qu'elle gère à Palm Beach et Hadjout dans la wilaya d'Alger. Elle assure un travail de prévention sur la question d'abandon et encourage la kafala en accompagnant les parents kafil. Depuis sa création à nos jours, l'association a pris plus de 4000 nouveau-nés et enfants en bas âges abandonnés, www.horizon.dz.

²¹⁹ Barraud Emile, la prise en charge..., op.cit.

L'attestation de l'accouchement est généralement rédigée par la sage-femme, et en cas d'accouchement par césarienne, c'est le médecin qui la rédige.

2- L'abandon de l'enfant

Après l'accouchement, l'assistance sociale se concerta avec la mère célibataire à propos de son enfant, elle a le choix de le garder, de l'abandonner temporairement ou définitivement.

Si, elle décide de garder son enfant, ce dernier est d'abord transféré à la pouponnière de la DASS où elle doit se présenter pour le récupérer.

En cas d'abandon temporaire (pour 3 mois) ou définitif ; un PV d'abandon est rédigé par l'assistante de l'enfant et envoyé à la pouponnière de la DASS. En ce qui concerne l'abandon provisoire, la mère dispose de 3 mois de réflexion pour décider de garder son enfant ou l'abandonner définitivement.

Un dossier est alors constitué de : l'attestation d'accouchement, le PV d'abandon et le dossier médical de l'enfant. Ce dossier est transmis à la DASS par le biais d'une lettre de transfert rédigée par l'assistante sociale. Il est alors examiné à ce niveau pour l'établissement de la décision de placement, sur la base de cette décision l'évacuation de l'enfant est effectuée.

En cas de placement provisoire, la mère peut rendre visite à son enfant sur autorisation du juge des mineurs.

La mère ayant signé un PV d'abandon provisoire avant l'expiration du délai de 3 mois est en mesure de le renouveler de trois autres mois, cette situation est susceptible d'empêcher un éventuel placement de l'enfant dans des familles d'accueil.

La durée du placement provisoire au niveau de la DASS peut être prolongée afin de donner une chance à la mère de réviser sa décision d'abandonner son enfant, et aussi de l'encourager à travers l'octroi d'une aide financière ou matérielle²²⁰ en cas de non abandon qui varierait entre 10 à 40.000DA annuellement, avec la possibilité de l'intégrer dans les dispositifs d'emploi gérés par la DAS.

²²⁰ La circulaire n° 3044 du 28 septembre 2008, J.O.R.A n°56, 28 septembre 2008.

Il arrive que lorsque l'enfant a été abandonné définitivement dès l'accouchement qu'une famille d'accueil se présente dans le délai de cinq jours de la déclaration de naissance à l'état civil, cette dernière commet un faux en le déclarant à son nom, lui attribuant ainsi son nom patronymique. L'enfant est alors doté d'un état civil et d'une filiation légitime. Il n'existe pas de moyen de contrôle, car nombreux sont encore les accouchements qui se pratiquent à domicile.

En ce qui concerne ces malheureux enfants, il y a un vide juridique, ils ne sont protégés par aucune loi. La justice doit impérativement obliger les géniteurs de l'enfant à donner leurs noms à condition que cela se fasse dans le secret.

Cette procédure permettra à l'enfant né hors mariage, une fois atteint la majorité de s'enquérir des informations détaillées sur ses origines²²¹.

§. 3^{ème} : Enfants trouvés

L'enfant trouvé est l'enfant délaissé sur la voie publique, et la personne qui le trouve est tenue d'en faire la déclaration à l'officier de l'état civil. Le procès-verbal de découverte est inscrit sur les registres de l'état civil, et l'officier de l'état civil attribue à l'enfant plusieurs prénoms, dont le dernier lui sert de nom patronymique conformément aux articles 64-69 du code de l'état civil.

Section 2^{ème} : Condition juridique des enfants illégitimes

Les enfants abandonnés en milieu hospitalier, ou délaissés sur une voie publique sont pris en charge par l'Etat qui va les placer dans des institutions spécialisés, en attendant de confier les plus chanceux dans des familles d'accueils.

§.1^{ère}: La prise en charge par l'Etat

Un enfant naturel peut être reconnu par sa mère, et il portera alors son nom. Dans le cas contraire, si celle-ci décide à l'accouchement d'abandonner cet enfant, ou dans le cas d'un enfant trouvé l'officier d'état civil lui attribuera deux, voire plusieurs prénoms conformément à l'article 64 du code de l'état civil de 1970²²² qui stipule que : « l'officier de l'état attribue lui-même les prénoms aux enfants nés de parents inconnus, l'enfant est

²²¹ Massiva Zerhaoui, Enfants nés sous X en Algérie : l'ADN pour lever les mystères, mardi 17 juillet 2018, www.algerie360.com

²²² Ordonnance n° 70/20 du 19 février 1970, relative à l'état civil, J.O.R.A, 1970, p.233.

désigné par une suite de prénoms, dont le dernier lui sert de patronyme. » et de la loi de 1976²²³ en vertu de laquelle le nom patronymique devient obligatoire pour toute personne qui en est dépourvue. En fait les services de la protection sociale ont recours à une autre procédure, celle du changement de nom par voie judiciaire.

Ces enfants abandonnés seront mis sous tutelle du wali qui délèguera ses pouvoirs au directeur de l'action sociale de la wilaya, ou l'enfant aura été abandonné. Les enfants de 0 à 6 ans seront placés dans les 12 pouponnières existantes sur le territoire national et ce, dans l'attente d'un éventuel placement.

Si une famille d'accueil ne se présente pas, les enfants de 6 à 19 ans seront placés dans les foyers pour enfants assistés qui sont destinés à accueillir, héberger et éduquer les enfants pupilles de l'Etat conformément à l'article 1^{ER} du décret n 08-83 du 15 mars 1980. Ces établissements accueillent les enfants abandonnés à titre définitif ou temporaire²²⁴. Ils assurent les démarches d'insertion ou de réinsertion familiale de l'enfant :

- Par la restitution à la famille d'origine lorsque cela est possible.
- Par un placement dans une famille d'accueil en garde gratuite ou payante.
- Par la mise en œuvre de la procédure de la kafala, remplaçant l'adoption interdite par la loi et la charia.

Selon une étude effectuée²²⁵, le nombre des institutions d'accueils est passé de trois à quatre durant les années 60 à 14 en 1980 et 35 en 2006, dont 22 pouponnières pour les moins de 6 ans et 13 foyers pour les enfants âgés entre 6 et 19 ans ; auquel il faut ajouter les FEA gérés par les associations (deux pouponnières de l'association d'aide aux familles d'accueil bénévole et une structure de « village SOS »).

Mais malgré ces progrès, la même étude prouve que ces foyers ont beaucoup de problèmes liés aux moyens matériels et au personnel.

Ainsi, la majorité du personnel est dans une situation précaire, c'est des personnes qui ont à peine le niveau primaire ou sans aucun niveau, et n'ont bénéficié d'aucune

²²³ Ordonnance n° 76/7 du 20 février 1976, portant obligation du choix d'un nom patronymique aux personnes qui en sont dépourvus, J.O.R.A 1976, p.214.

²²⁴ Décret n° 80-83 du mars 1980, portant création, organisation et fonctionnement du foyer pour enfants assistés. JORA n°12, 14 février 2001.

²²⁵ Badra Mouatassam Mimoun, Les enfants privés de famille en Algérie, Rev. Alg. D'Anthropologie et de Sciences Sociales, insaniyat, 2008, n°04 p.70.

formation spécifique pour pouvoir encadrer et aider des enfants qui sont souvent défavorisés dès le départ, et ont besoin de soins adaptés au cas par cas.

Donc, il est nécessaire de former le personnel, qui ne peut porter ses fruits que si la philosophie de la prise en charge change. Il ne s'agit pas d'abriter, mais d'éduquer, l'institution n'est pas «sa maison» mais doit être considérée comme un «internat temporaire» qui ne constitue en aucun cas un foyer²²⁶.

De surcroît, les enfants placés dans les institutions sont mis dehors à 19 ans, sans aucun repère. Souvent prennent le chemin de la délinquance.

§.- 2^{ème} : Filiation de substitution

Le droit à une filiation, donc à une famille, ne bénéficie pas à tous les enfants. L'enfant abandonné est dépourvu de filiation légale et ne peut se voir reconnaître une filiation de substitution par la voie de l'adoption qui est interdite en terre musulmane²²⁷, 0 l'exception de la Tunisie qui a en 1958 consacré légalement l'adoption et la Turquie qui dans une perspective laïcisante a repris en 1926 le code civil suisse.

Le droit algérien est sur cette question, catégorique ; le code de la famille dispose avec fermeté : «l'adoption est interdite par la charia et la loi »²²⁸. Néanmoins, ce même code connaît une institution de substitution dite du recueil légal «la kafala»

A - Prohibition de l'adoption

De toutes les constructions du droit de la famille, l'adoption est celle que les juristes ont plus évitée²²⁹. Cependant avant l'Islam, l'adoption était autorisée, l'enfant entré d'une manière totale et irrévocable, dans la famille de l'adoptant, il avait un statut égal à celui d'un enfant légitime.

Pour les juristes musulmans, il y a trois raisons à cette interdiction :

- 1- Il est injuste de priver l'enfant de sa filiation naturelle et les parents de leur descendance.
- 2- L'adoption lèserait les héritiers légaux.

²²⁶ Badra Moutassam Mimoun, op.cit, p.79.

²²⁷ Akroune Yakout, op. cit., p.7.

²²⁸ Art 46 CFA.

²²⁹ Pesle O., L'adoption en droit musulman, thèse de doctorat, Université d'Alger, 1919, p.10.

3- L'adoption risque de favoriser l'inceste par l'attribution du nom de l'adoptant à l'enfant adopté²³⁰.

En matière de recueil d'enfants sans famille, l'adoption, en tant qu'institution juridique créant un lien de filiation, est, en droit musulman strictement prohibée par trois versés de " سورة الأحزاب " qui sont réservés à la parenté élective et remettent en question l'adoption lorsqu'elle établit des liens équivalents à ceux de la filiation.

لقوله تعالى: " مَا جَعَلَ اللَّهُ لِرَجُلٍ مِّن قَلْبَيْنِ فِي جَوْفَةٍ وَمَا جَعَلَ أَرْوَاجَكُمْ إِلَيَّ تُظْهِرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ " ²³¹.

وقوله عز وجل: " ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا ءَابَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا " ²³².

Ce verset pointe du doigt l'erreur de ceux qui autrefois changeaient le nom de l'adopté.

Aussi, لقوله تعالى : " ادْعُوهُمْ لِأَبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوا ءَابَاءَهُمْ فَاِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوْلَاكُمْ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِن مَّا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَّحِيمًا " ²³³.

Ce verset fait référence à un épisode de la vie du Prophète et l'autorise à épouser la femme de son fils adoptif Zaid, afin que ça ne soit pas pour les croyants un crime d'épouser la femme de leurs fils adoptifs après leur répudiation.

Donc, l'adoption filiale ne crée aucune prohibition de mariage entre l'adopté et l'adoptant, qui peut épouser la femme divorcée de son fils adoptif²³⁴.

Ainsi, après avoir reconnu l'adoption, le droit musulman l'a prohibée, l'interdiction de l'adoption renvoie à la conception de la filiation dans le droit musulman. La filiation relevant de la seule volonté de Dieu, elle ne peut résulter de la seule volonté humaine et repose sur le fait d'être le fruit d'un couple marié²³⁵.

²³⁰ Yamina Houhou, La kafala en droit algérien et ses effets en droit français, thèse de doctorat, Université de Pau et des pays de l'Adour, 24/01/2004, p.20.

²³¹ سورة الأحزاب، الآية 4.

²³² سورة الأحزاب، الآية 5.

²³³ سورة الأحزاب، الآية 37.

²³⁴ Farouk Mechri, L'adoption en droit tunisien et les pays musulmans, edilivre, 2018, p.241.

²³⁵ Lahlou-Khiar Ghenima, La kafala en droit algérien : une transgression de l'intérêt supérieur de l'enfant, in varia, Rev.ue Franco-Maghrebine de Droit, éd. Presses Universitaires de Perpignan et Presses de l'Université de Toulouse1 capitole 2013, n° 20, pp. 203-220.

Donc, l'adoption en tant que sauvegarde avec filiation est prohibée dans tous les pays où l'Islam est religion d'Etat²³⁶.

La pratique de l'adoption en Algérie demeure autorisée jusqu'en 1966, époque où intervient une circulaire administrative adressée aux mairies pour ordonner l'application du droit musulman, en l'occurrence l'interdiction de l'adoption. Intervient ensuite l'ordonnance n° 76-79 du 23 octobre 1976 portant code de la santé publique déjà cité, dont l'article 68 excluait l'adoption. Cette même ordonnance prévoyait la kafala comme seule institution juridique.

Toutefois de 1966 jusqu'à l'apparition du code de la famille en 1984, les contrats de placement des enfants abandonnés stipulaient encore la mention « placé en vue d'adoption », le code de la famille de 1984 est venu confirmer l'interdiction de l'adoption²³⁷, malgré la recrudescence des abandons d'enfants, notamment les enfants nés sous « x »²³⁸.

Si le droit algérien a interdit l'adoption, il a cependant permis à l'enfant abandonné ou sans famille d'avoir une famille qui le recueillera légalement, et qui l'élèvera comme son propre enfant par le biais de la kafala²³⁹, laquelle est aussi reconnue par la convention internationale des droits de l'enfant comme mesure de protection de l'enfance. Toutefois, cette situation est tolérée par la CIDE dont les articles 20 et 21 qui prévoit le cas des pays qui n'admettent pas l'adoption mais connaissent des institutions équivalentes.

B - La kafala (le recueil légal)

En droit algérien, la kafala a été introduite en 1976 par le code de la santé publique. La structuration de l'institution connaîtra une évolution par trois fois : en 1984, le code de la famille organise ce procédé et en 1992 un décret complétant l'ordonnance portant changement de nom autorise la concordance des noms entre parents adoptifs (kafil) et enfant adopté (makfoul); et qui est un pas très important car le nom patronymique n'est pas une simple étiquette administrative comme le souligne madame M Gobert : « il est à la

²³⁶ Certains pays musulmans ont institué l'adoption dans leur droit de la famille, il s'agit en l'occurrence de l'Indonésie, la Turquie, la Somalie, le Liban et la Tunisie, Daouia Dendani, Droit de filiation : adoption et kafala, Rev. Alg. De Sciences Juridiques Economiques et Politiques, 1993, n° 4, p.779.

²³⁷ L'article 46 du CFA dispose que : « l'adoption est interdite par la charia et la loi ».

²³⁸ Yamina Houhou, op.cit..., p.25.

²³⁹ Mawan M, Les causes de l'interdiction de l'adoption et la kafala comme substitution en droit musulman et en droit de la famille algérien, Rev. Myiir, Université des Sciences Islamiques, Constantine, 2004, n° 09, p.479.

fois ce qui en racine et ce qui projette, ce qui évoque et ce qui perpétue, ce qui en désignant isole et rassemble » . Et le 8 août 2020 ce dernier décret exécutif relatif au changement de nom a été modifié et complété par un autre décret exécutif n° 20-223 et qui dispose en son article 1bis que : «toute personne qui a quelque raison de changer de nom, en adresse la demande motivée au ministre de la justice garde des sceaux».

Ce décret exécutif prend en compte dans son article 1 bis, les cas de recueillage légaux d'enfants sans pères connus comme ceci : «la personne ayant recueilli légalement, un enfant né de père inconnu, peut introduire une demande, au nom et au bénéfice de cet enfant, auprès du procureur de la république du lieu de sa résidence ou du lieu de naissance de l'enfant, en vue de modifier le nom patronymique de l'enfant et le faire concorder avec la sien ».

Dans le cas où la mère de l'enfant est connue et vivante, le même décret souligne qu'il faut : «accompagner la demande de l'accord de cette dernière, donné sous forme d'acte authentique». Dans ce même contexte, le décret rajoute : « qu'à défaut, le président du tribunal peut autoriser la concordance du nom patronymique de l'enfant avec celui de la personne l'ayant recueilli, sur demande de cette dernière, accompagnée d'une déclaration sur l'honneur, en la forme authentique dans laquelle elle déclare, sous sa responsabilité, que toutes les démarches qu'elle a entrepris pour entrer en contact avec la mère sont restées infructueuses».

Ce dernier indique que : «la demande de changement de nom et les documents y afférents peuvent être introduits par voie électronique».

A notre avis, la nouvelle modification du décret exécutif 92-24 du 13 janvier 1992 n'apporte pas de nouveautés²⁴⁰, il n'y a pas eu de changement de fond dans le texte à part qu'il facilite la procédure en autorisant d'introduire la demande auprès du procureur de la république, alors qu'avant elle était adressée au ministère de la justice, et qu'il autorise de faire la demande par voie électronique.

²⁴⁰ Le décret de 1992 évoquait déjà cette procédure dans son article 1^{er} alinéa 2 comme ceci : «la demande de changement de nom peut également être faite, au nom et au bénéfice d'un enfant mineur né de père inconnu, par la personne l'ayant recueilli légalement dans le cadre de la kafala, en vue de faire concorder le nom patronymique de l'enfant recueilli avec celui de son tuteur. Lorsque la mère de l'enfant mineur est connue et vivante l'accord de cette dernière donné en la forme d'acte authentique, doit accompagner la requête ». Donc, où réside la nouveauté !!!

La kafala est définie par l'article 116 du CFA comme ceci : «le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils...».

Pour mieux comprendre cette institution qui selon Millot²⁴¹, serait à mi-chemin entre la tutelle (wilaya) et la garde (hadana), et qui consiste en un engagement pris par un ménage de recevoir, d'entretenir et d'élever un enfant. Il nous faut examiner, dans un premier lieu, les conditions de formation de l'acte de recueil légal et, ensuite, les effets juridiques qui en découlent.

a - Conditions de fond de formation de l'acte de kafala

La formation de la kafala implique que soient réunies des conditions subjectives, ou inhérentes aux partis, concernant particulièrement la partie désirant assurer la kafala d'un enfant, appelé « kafil », d'une partie, et d'autre partie, l'enfant mineur appelé « makfoul ».

1 -Le titulaire de la kafala

L'article 118 du CFA dispose que : « le titulaire du droit de recueil légal (kafil) doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli (makfoul) et capable de le protéger». Ce texte ne fait allusion ni à l'âge du kafil ni à son état matrimonial. Il ne précise pas d'avantage si l'enfant né hors mariage peut être recueilli par ses parents biologiques²⁴².

De manière générale, le postulant à la kafala doit être essentiellement un algérien, musulman, majeur. Afin de faire recueillir davantage d'enfants malheureux, le titulaire du droit de recueil légal peut être marié, célibataire, veuf ou divorcé. La kafala peut être aussi confiée à la femme musulmane, célibataire, veuve ou divorcée qui remplit les conditions exigées par la loi même, alors que d'autres pourraient alléguer que l'article 116 du code de la famille²⁴³ et le texte en arabe de l'article 118 du même code²⁴⁴ sous entendent que le titulaire du recueil légal doit être un homme, ou bien, à un couple dont l'un au moins des conjoints est de confession musulmane.

²⁴¹ L. Millot et F.Blanc, op.cit..., p. 413.

²⁴² Boulenouar Azzoum Malika, Recueil légal (kafala) et adoption dans le code de famille algérien, les cahiers de l'arden, 2008, n° 01, p.13.

²⁴³ L'article 116CFA dispose que : « e recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils...».

²⁴⁴ " يشترط أن يكون الكافل مسلماً.... " "

L'élargissement de cette vocation répond certainement à la préoccupation de s'investir à améliorer par des actions concrètes la situation des enfants abandonnés, aux fins d'encourager un maximum de recueil²⁴⁵.

Par ailleurs, le code de la famille ne connaissant que la filiation légitime, la reconnaissance de maternité²⁴⁶ ou de paternité, ne se conçoit que dans le cadre du mariage. De ce fait, les enfants nés hors mariage ne peuvent juridiquement être reconnus par leur père biologique²⁴⁷. La question qui se pose c'est de savoir si la mère célibataire ayant abandonné son enfant, a-t-elle le droit à la kafala de ce dernier ? Cette question taboue reste sans réponse, donc une consécration sur le plan juridique rendrait cette dernière moins taboue et nous apportera une réponse claire.

Sur le plan de la santé, le kafil doit être sensé, indemne de toutes maladies mentales susceptibles de compromettre l'éducation du makfoul.

Sur le plan de l'éthique, le kafil doit être moralement et socialement apte à assurer la kafala, et sur le plan matériel le kafil doit disposer de ressources suffisantes, pour assurer au makfoul son éducation et un entretien matériel correct.

Donc, la kafala peut être attribuée à tout algérien qui a atteint l'âge de la majorité légale, c'est-à-dire 19 ans révolus, et qu'il ait un âge maximum de 60 ans pour l'homme et 55 ans pour la femme.

En ce qui concerne les résidents à l'étranger, la production de la carte consulaire leur est exigée ; en outre, l'enquête sociale doit être dûment remplie et signée par les services consulaires territorialement compétents²⁴⁸.

2 - L'enfant recueilli

Le makfoul doit être mineur, c'est-à-dire il doit avoir moins de 19 ans. Par contre, le minimum d'âge n'est pas requis. Il est remarqué qu'en droit et en pratique, l'accord des parents à la formation de la kafala est tempéré par le consentement de l'enfant pourvu de

²⁴⁵ Younsi Haddad Nadia, La kafala en droit algérien, Rev. Alg., 1999, n° 04, p.07.

²⁴⁶ Articles 44,45 CFA.

²⁴⁷ Voir cependant les propos tenus par l'ancien ministre de la solidarité au sujet de la reconnaissance de l'enfant né hors mariage par le père biologique, El Watan du 31 octobre 2007.

²⁴⁸ Mostefa Kouidri, Le statut juridique de la femme et de l'enfant en droit algérien à la lumière de la jurisprudence, édilivre, 2018, p.168.

discernement.²⁴⁹ En ce qui concerne le consentement de ce dernier et conformément à l'article 117 du CFA, on est en droit de se demander s'il ne s'agit pas d'une maladresse de rédaction. En effet, cet article proclame que : «le recueil est accordé...avec le consentement de l'enfant quand celui-ci a un père et une mère ». Cette exigence du consentement de l'enfant s'appliquerait-elle uniquement lorsque l'enfant a des parents connus ? L'enfant qui en est dépourvu n'aurait-il pas le droit d'exprimer son opinion ?²⁵⁰

L'enfant recueilli peut être de filiation connue ou inconnue. S'il est de parents connus, il doit conserver sa filiation d'origine ; dans le cas contraire, il lui fait application de l'article 61 de l'ordonnance n° 76-26 du 18/02/1976. Dans ce cas, c'est l'officier de l'état civil qui attribue les prénoms aux enfants trouvés et aux enfants nés de parents inconnus et pour lesquels le déclarant n'a pas indiqué le prénom. L'enfant est ainsi désigné par une suite de prénoms dont le dernier lui sert de nom patronymique.

La loi ne prévoit pas de conditions particulières que doit remplir el mekfoul.

b - Conditions de forme de l'établissement de la kafala

La procédure comprend la constitution d'un dossier par le postulant, l'établissement de l'acte de recueil légal par le juge ou le notaire.

1- Constitution du dossier de la kafala

Il est à noter que pour le recueil d'un enfant dont la filiation est connue, l'accord des deux parents biologiques est obligatoire.

Les démarches en vue de la constitution du dossier de la kafala sont effectuées par le postulant au recueil légal soit dans le pays, soit à partir de l'étranger, en qualité de ressortissant algérien.

- Démarches effectuées en Algérie

La partie désirant assurer la kafala d'un enfant doit en premier lieu, s'adresser à la direction de l'action sociale (DAS), pour y retirer les imprimés à remplir et déposer à l'institution d'assistance sociale, ou un entretien est organisé par l'administration de la DAS, avec la psychologue ou l'assistante sociale.

²⁴⁹ Art 42/2 CCIVA : «Est réputé dépourvu de discernement l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de 13 ans».

²⁵⁰ Boulenouar Azzemou Malika, op. cit, p.15.

Après le retrait de l'acte de naissance de l'enfant à la mairie du lieu de naissance de ce dernier, le postulant au recueil légal doit formuler la demande de kafala accompagnée du dossier exigé, à savoir les justificatifs établissant qu'il remplit bien les conditions exigées et une copie de l'acte de naissance de l'enfant qu'il souhaite prendre en charge.

Il dépose la requête avec l'entier dossier, soit auprès d'un notaire, soit, par-devant le juge aux affaires familiales du tribunal du lieu de son domicile²⁵¹. Le juge, saisi de la demande aux fins de recueil légal, instruit celle-ci en chambre du conseil (non publiquement) après avis du ministère public. Il statue par ordonnance gracieuse (article 493 code de procédure civile et administrative), insusceptible de voie de recours²⁵².

- Démarches effectuées à partir de l'étranger

L'algérien résidant à l'étranger doit s'adresser aux services consulaires du lieu de sa résidence, et doit accomplir les mêmes démarches que celles effectuées en Algérie.

Prenons exemple de la législation française, la kafala ne peut être assimilée tout au plus qu'à une tutelle, ou à une délégation d'autorité parentale qui cesse à la majorité de l'enfant. Dans ce sens, l'institution de la kafala ne peut en aucune façon être assimilée à une adoption simple, ni comparée à une adoption plénières²⁵³.

2 - L'établissement de l'acte du recueil légal

Les autorités chargées de l'établissement de l'acte de recueil légal qui sont le juge ou le notaire, doivent vérifier si les conditions en sont remplies, et doivent aussi rappeler au postulant la portée de son engagement et s'assurer de l'intérêt de l'enfant.

L'ordonnance du juge est insusceptible de voie de recours, mais cela n'empêche pas le candidat en cas de refus de s'adresser à un autre juge ou à un autre notaire.

c - Effets juridiques de la kafala

²⁵¹ Le domicile du demandeur, conformément à l'article 492 du code de procédure civile et administrative.

²⁵² Mostefa Kouidri, op. cit, p 170-171.

²⁵³ La principale différence entre ces deux formes consiste dans le fait que l'adoption plénière supprime le lien de filiation entre l'adopté et sa famille d'origine, en lui substituant un nouveau lien de filiation avec l'adoptant, tandis que l'adoption simple laisse coexister les deux liens de filiation., Mostefa Kouidri, idem, p.172.

L'établissement de la kafala va avoir des effets juridiques tant à l'égard du kafil qu'à l'égard de l'enfant recueilli, et consistent essentiellement en l'exécution de la décision de la kafala (1), ainsi qu'à la concordance des noms (2) et enfin la fin du recueil légal (3)

1- Exécution de la décision de kafala

L'exécution de la décision du recueil légal porte sur les effets patrimoniaux et extrapatrimoniaux ; mais comme les droits patrimoniaux de l'enfant seront le sujet de notre deuxième partie, on se contentera, à cet égard, de préciser les effets extrapatrimoniaux de cette exécution.

Le kafil est tenu d'une obligation de surveillance à l'égard de l'enfant recueilli. Cette obligation découle de l'acte de kafala qui lui transfère légalement le droit de garde et la tutelle légale. Les parents kafils s'engagent à élever et à entretenir l'enfant conformément à l'article 117 CFA et conformément aux dispositions de l'article 134 du code civil algérien. Le kafil répond, par ailleurs, des faits dommageables commis par l'enfant recueilli, à l'égard des tiers.

Le kafil en sa qualité de tuteur représente l'enfant recueilli dans les actes civils. Cependant, cette responsabilité est atténuée ; le mineur recueilli qui atteint l'âge de discernement au sens de l'article 43 du code civil algérien, peut accomplir seuls certains actes, lesquels sont, aux termes de l'article 83 du CFA valides s'ils lui sont profitables et frappés de nullité, s'ils sont préjudiciables.

2 - Concordance des noms entre le kafil et le makfoul

Le demandeur peut, dès l'établissement de l'acte notarié ou l'ordonnance accordant la kafala, entamer la procédure de changement de nom, ou de concordance des noms auprès du procureur de la République.

L'enfant est confié en kafala après enquête sociale de la famille postulante qui doit le considérer comme son propre enfant et peut, s'il est d'ascendance inconnue, lui donner son nom patronymique par décision de justice ; pour autant l'enfant makfoul n'en a pas la filiation ni n'en a les attributs (héritage notamment). La concordance n'est pas constitutive de la filiation, bien qu'intégré dans la famille du kafil, l'enfant makfoul ne prend pas part parmi les successibles.

Seules les kafalate judiciaires sont recevables pour la concordance de nom, à condition que l'enfant soit d'ascendance inconnue, ou que la mère biologique ait préalablement donné son consentement par écrit à ce changement de nom, autorisé par le décret du 13 janvier 1992 qui a tenté de remédier à la situation pour l'enfant pris en kafala en autorisant le kafil, personne ayant recueilli l'enfant, à demander que, par la procédure de changement de nom, lui soit attribué son propre nom de famille. Mais il s'agit ici du laqab et nullement du nasab.

Le dossier de concordance du patronyme du tuteur avec celui de l'enfant recueilli comprend les pièces suivantes :

- Une demande motivée et manuscrite adressé au procureur de la République l'adresse signé par le tuteur.
- Un acte de naissance du kafil
- Un acte de naissance de l'enfant recueilli.
- Une copie intégrale du titre de kafala certifiée conforme.
- Pour l'enfant remis par la mère biologique, il est exigé un acte notarié portant approbation de cette dernière de la conformité du patronyme du kafil avec celui du makfoul.
- Une attestation du domicile du makfoul.
- Pour l'enfant remis au tuteur par les services de la protection de l'enfance, est exigée une attestation administrative de placement délivrée par la direction de l'action sociale, ou une copie certifiée conforme.

Après examen, la demande est transmise au président du tribunal du lieu de naissance du mineur, pour faire modifier le nom par voie d'ordonnance²⁵⁴.

L'officier d'état civil ne peut pas intégrer l'enfant recueilli à l'acte de naissance du kafil ou l'enregistrer au livret de famille au nom du kafil. Ainsi, l'enfant recueilli conserve sa filiation d'origine, afin d'éviter toute confusion avec l'adoption.

²⁵⁴Tous les acteurs et observateurs de la kafala considèrent le décret comme un catalyseur d'un changement radical des pratiques et comme une mesure adaptée aux aspirations sociales, d'ailleurs le ministère de la justice a enregistré 3350 changements de noms en 1992 et 3512 l'année suivante. Emile Barraud, op.cit.

3 - Fin de la kafala

La kafala peut cesser ou être interrompue, soit par suite du décès du kafil ou de sa renonciation, soit à la demande des parents d'origine, soit encore par suite de la majorité de l'enfant makfoul.

- Le décès du kafil

L'article 125 CFA dispose que : « ...En cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance ». Et d'après l'article 497 du code de procédure civile et administrative algérien, dès le décès du recueillant légal, les héritiers sont tenus d'en informer, immédiatement le juge aux affaires familiales qui a rendu la décision établissant la kafala. Le juge doit, dans le mois qui suit convoquer les héritiers pour savoir s'ils désirent ou non maintenir la kafala. Dans le cas où un des héritiers désire la maintenir, il est désigné par le juge. Et en cas de refus, il est mis fin à cette dernière, et la garde de l'enfant sera attribuée à l'institution compétente en matière d'assistance.

La différence entre l'enfant kafil et l'enfant légitime, c'est qu'au décès du père de l'enfant légitime la tutelle est transférée de droit à la mère chose qui ne se fait pas systématiquement dans le cas de l'enfant recueilli. Chose qui nous semble contre l'intérêt de l'enfant, cet enfant qui a été voulu et tant attendu par la mère adoptive ; c'est pourquoi il faudrait que les règles concernant la tutelle d'un enfant légitime soient appliquées à l'enfant recueilli.

- La renonciation de la kafala

Étant donné que la kafala est un contrat, elle est susceptible de résiliation, qui s'effectue par-devant la même juridiction qui l'a ordonnée et ce, après notification au ministère public de la requête en vue de cette révocation.

Cette possibilité de résiliation confère un statut précaire à l'enfant adopté, notamment lorsqu'il a été abandonné et n'a pas de parents connus²⁵⁵. C'est une situation, pour le moins injuste qui doit être réexaminée, en vue d'atténuer l'effet de l'interruption du recueil légal sur le sort de l'enfant recueilli.

²⁵⁵ Ait Zai Nadia, La kafala en droit algérien, Rev. Alg, 1993, n° 04, p.793.

- **L'interruption de la kafala**

L'interruption de la kafala appartient aux parents d'origine de l'enfant, et la loi autorise même un seul parent à pouvoir révoquer la kafala²⁵⁶.

L'enfant pourvu de discernement a la possibilité de décider de son maintien ou non en kafala, mais lorsque le makfoul est privé de discernement, la décision appartient au juge qui décide dans l'intérêt de l'enfant. Et souvent une décision en faveur des parents par le sang présente un risque, d'où les pénibles conflits entre les parents biologiques et le kafil. Ces conflits vont nécessairement se répercuter sur l'enfant sur lequel va planer une incertitude permanente²⁵⁷.

La kafala en droit algérien pose problème en cas de séparation des parents, car l'exercice de la garde de l'enfant est confié au père kafil parce que l'acte du recueil légal est établi à son nom, alors que la mère aurait souhaité se voir attribuer la garde, comme une mère pour son enfant légitime. C'est pourquoi le juge, saisi de la demande de divorce, doit au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant confier la garde à la mère et accorder au kafil un droit de visite et le condamner à payer une pension alimentaire²⁵⁸.

Et si les deux parents adoptifs refusent la garde de ce pauvre enfant, il sera restitué à l'institution compétente après leur divorce. Imaginons qu'un enfant a été placé en kafala à sa naissance dans une famille, et ayant bénéficié de la concordance de nom avec rectification de son état civil, et après plusieurs années il se retrouve sans famille ; quel sera son avenir et son développement psychologique ?

Pour illustrer ces difficultés, il a été jugé utile de présenter quelques situations qui s'avèrent frappantes voir déstabilisantes pour les parents, et les enfants souvent mineurs :

Premier cas : Mme A. Safia raconte : «mon mari, (paix à son âme) et moi-même avons pris par le biais de la kafala, un petit ange, que nous avons prénommée Selma, alors nouveau née. Etant femme au foyer, je me suis occupée de la petite, comme toute nouvelle maman. Quant à mon mari, il s'est occupé des documents nécessaires : il s'est fait établir un acte notarié de kafala, a procédé au changement de nom de la petite Selma, a bénéficié des allocations familiales, comme tout autre père pour son propre enfant.

²⁵⁶ Art 124 CFA.

²⁵⁷ Boulenouar Azzemou Malika, op.cit., p.17.

²⁵⁸ Nadia Ait Zai, Les droits de l'enfant en Algérie, op. cit, p.19.

Selma a grandi, elle est collégienne, elle prépare son passage à une classe supérieure, elle n'a jamais posé de problème, elle sait qu'elle est l'enfant de notre cœur, qu'elle a été portée dans le ventre d'une autre femme, qui n'a pas pu la prendre en charge. Selma aimée et aimante n'a pas jugé utile de connaître cette partie de sa vie et mène une vie normale. Son père décède, terrassé par un infarctus et c'est le début des problèmes.

Comment justifier dit-elle, devant tous les services, à savoir la caisse des allocations familiales, le collège et les services d'état civil, ma relation avec ma fille adoptive, mon nom et prénom ne figurant pas sur l'acte notarié de la kafala !!!²⁵⁹

Deuxième cas : extrait d'une argumentation discriminatoire d'un juge de la famille ayant eu à se prononcer sur une demande de garde, de pension alimentaire et d'octroi de logement pour y exercer la garde d'un enfant pris en kafala par le couple en instance de divorce (la kafala a été établie au nom du couple) : «attendu que la défenderesse a demandé la garde de la fille prise en kafala et la condamnation du demandeur à verser une pension alimentaire et de mettre à sa disposition un domicile pour y exercer le droit de garde, cette demande est irrecevable car les dispositions légales applicables dans ce cas ne concernent que les enfants légitimes, c'est pourquoi cette demande est rejetée pour non fondement »²⁶⁰.

En appel les juges de la Cour de Blida ont confirmé le 03/12/2007 la décision du tribunal de Chéraga aux motifs que : «les dispositions organisant la kafala sont différentes des dispositions concernant la garde et de ce fait ont rejeté la demande de garde introduite par la mère kafala»²⁶¹.

Il ressort de ce qui précède que la kafala est une mesure d'accueil légal destinée à protéger un enfant mineur. Telle qu'elle est réglementée en droit algérien et mise en œuvre par les pouvoirs publics et les autorités chargées de son fonctionnement et de sa promotion, a-t-elle répondu aux objectifs qui lui étaient assignés ?

Selon le droit musulman et le droit algérien qui en découle, l'enfant né sous x n'a pas le droit à l'héritage ; il peut avoir une donation, el kafil peut lui donner un bien. En cas

²⁵⁹ Nora Adjali-Rédjah, Assistante sociale, De la kafala au quotidien, Revue des Droits de l'Enfant et la Femme, juin 2010, n° 25, p.30.

²⁶⁰ Tribunal de Cheraga, section des affaires familiales, 15/05/2007, jugement n° 1288/07, Rev. des Droits de l'Enfant et de la Femme, avril-juin 2008, n° 17 p.19.

²⁶¹ Idem.

de décès de ce dernier, l'enfant ne prend que le tiers en cas de testament. Mais, s'il y a une donation, l'enfant peut prendre tous les biens qui lui sont laissés par le kafil.

Ce que nous proposons est que les enfants soient portés sur le livret de famille avec la mention marginale « makfoul », ce qui permettra aux parents d'éviter les tracasseries bureaucratiques et d'effectuer facilement toute démarche administrative.

De plus, la kafala, à ce jour, demeure révocable, et de ce fait devient inductrice d'un malaise et d'angoisse de risque de rupture. Elle est un sérieux obstacle à la réalisation pleine et entière d'un lien signifiant et empêche les familles de vivre sereinement leur parentalité, d'autant que pour de nombreux magistrats le lien de sang reste prépondérant sur le lien affectif.

Mais, malgré cela, la kafala a fait un grand pas vers la réinsertion familiale et sociale des enfants privés de famille.

Le comité des droits de l'enfant dans sa quarantième session²⁶² recommande à l'Algérie de continuer à soutenir et encourager la kafala en tant que protection de remplacement permettant un moindre recours au placement en institution des enfants séparés de leurs parents. Il souligne que la kafala ne devrait jamais avoir pour effet de limiter les droits de l'enfant, dont celui de ne pas être victime de discrimination, et leur mise en œuvre effective.

Chaque enfant a le droit d'être rattaché à un Etat. Quid des enfants illégitimes ?

§. 3^{ème} : Nationalité des enfants illégitimes

La nationalité comme attribut important du statut juridique des individus, c'est un droit d'une extrême importance. La nationalité de l'individu est en effet : «son appartenance juridique à la population constitutive d'un Etat »²⁶³. Ainsi, pour les enfants, le droit à une nationalité, droit dérivé du droit de l'identité est un droit fondateur insérant l'enfant dans une communauté élargie qui doit garantir ses droits²⁶⁴.

²⁶² Le comité des droits de l'enfant, 4^{ème} session, Rev des Droits de l'Enfant et de la Femme, octobre-décembre 2005, n°07, p.33.

²⁶³ Ghania Graba, Quelques remarques à propos de la réforme du code de la nationalité, Rev. Des Droits de l'Enfant et de la Femme, octobre- décembre, 2005, n° 07, p. 26.

²⁶⁴ Ghania Graba, idem, p.27.

Contrairement aux femmes des pays arabes qui ne transmettent pas leur nationalité à leurs enfants encore moins à leur époux d'origine étrangère²⁶⁵, l'Algérie par le biais de l'ordonnance n° 05-01 du 27/02/2005 modifiant et complétant l'ordonnance n° 70-86 du 15/12/1970 portant code de la nationalité, a réorganisé les modes d'acquisition de la nationalité²⁶⁶. Ce qui a permis la mise en conformité des droits par rapport aux conventions internationales ratifiées par l'Algérie.

Ceci dit, les articles 6 et 7 du code de la nationalité déterminent les conditions de la nationalité d'origine par la filiation et la naissance.

La nouvelle réforme a battu en brèche le principe de la filiation transmise uniquement par le père, pour consacrer l'attribution de la nationalité à un enfant né d'une mère algérienne²⁶⁷.

Cependant, il est à remarquer que cette disposition est en total contradiction avec l'article 41 CFA qui affine l'enfant exclusivement au père.

L'article 7 de la nouvelle législation intègre la dimension de la filiation par la mère concernant l'acquisition de la nationalité par le lieu de naissance.

Le nouvel article 9 bis permet à une étrangère ou un étranger d'acquérir la nationalité algérienne par le mariage avec un algérien ou une algérienne sans préciser la religion de l'un ou de l'autre. Ce qui est également en contradiction avec l'article 30 CFA qui prohibe temporairement le mariage d'une musulmane avec un nom musulman.

Ceci pose le problème du statut des enfants nés d'un mariage d'une algérienne avec un nom musulman, et qui n'a pas la nationalité algérienne ; sont-ils assimilés à des enfants nés d'un père inconnu par le droit algérien ou bien doivent-ils porter le nom de leur mère, or ils ont déjà un nom de famille s'ils prétendent à la nationalité algérienne par filiation ?

²⁶⁵ C'est une recommandation de la ligue arabe en 1948 qui a interdit aux pays arabes d'accorder leur nationalité.

²⁶⁶ Aussi, l'Egypte après la réforme de sa loi a permis à la femme égyptienne de transmettre sa nationalité à ses enfants, mais pas à son mari.

²⁶⁷ La convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979, considère que la discrimination à l'égard des femmes mariées à un étranger est une atteinte à la dignité des femmes.

L'article du code de la nationalité, en permettant à la mère de transmettre sa nationalité aux enfants, ne fait pas référence à la religion du père, sachant que nationalité et religion sont assimilées dans ce texte.

Cet ensemble de problèmes qui relèvent du conflit de loi, va solliciter très souvent les juges.

Toutefois, l'enfant né en Algérie de parents inconnus, sera réputé n'avoir jamais été algérien si, au cours de sa minorité, sa filiation est également établie à l'égard d'un étranger, et s'il a, conformément à la loi nationale de cet étranger, la nationalité de celui-ci conformément à l'article 6 alinéa 2, lequel ajoute que l'enfant nouveau-né trouvé en Algérie est présumé, jusqu'à preuve du contraire né en Algérie.

L'article 11 du même code permet la naturalisation des étrangers qui ont rendus des services exceptionnels à l'Algérie, ou dont l'infirmité ou maladie a été contractée au service ou dans l'intérêt de l'Algérie. Cette naturalisation s'étend au conjoint et aux enfants mineurs.

Pour conclure, et après lecture de ces articles, il ressort des situations contradictoires, voir conflictuelles non encore réglées par les réformes du code de la famille et du code de la nationalité adoptés le même jour.

Toutefois, le droit à une nationalité en droit algérien appartient à l'enfant quel que soit son statut.

En conclusion de ce qui a été dit, la filiation parentale est un droit qu'on continue de refuser à l'enfant, pourtant avec la nouvelle méthode scientifique de l'ADN, on peut facilement prouver sa filiation. Cette demande est laissée à l'appréciation du juge. Or, l'article 40 CFA donne le droit au juge de recourir aux méthodes scientifiques, mais uniquement si ce dernier le désire. Donc, il est temps de faire de ce concept scientifique une obligation pour permettre aux enfants et aux parents qui le veulent de reconnaître et de donner leur filiation parentale.

Nous sommes en droit de poser cette question : «est ce que les enfants nés sous x et abandonnés par leurs mères sont-ils coupables d'une faute qu'ils n'ont jamais commise ?

Pourquoi la loi n'oblige pas le géniteur à donner son nom patronymique à l'enfant naturel. Sachant que ce droit est très important, puisqu'il évite à l'enfant les dommages psychologiques que la mention «du père inconnu» peut lui causer.

Comme l'enfant légitime, l'enfant naturel a droit à une pension alimentaire.

Par ailleurs et en ce qui concerne le drame des filles mères et leurs enfants, il faut aussi préconiser l'abolition des naissances sous «x» prohibée par l'Islam, héritage désastreux de l'époque coloniale.

Ainsi donc, Comme l'a si bien dit le président de la fondation nationale pour la promotion de la recherche «forem», le professeur Mostéfa Khiati : «des solutions existent, il est urgent de renforcer le traitement de ce problème à ses deux extrémités : éducation sexuelle en aval et assouplissement des procédures de la kalfa, ainsi que l'identification ADN systématique des géniteurs en amont»²⁶⁸.

²⁶⁸ Mostefa K hiati cité par Yasmine Amziane, entre 3000 et 5000 enfants nés sous « x » chaque année en Algérie, élite presse ; cité aussi par Samia Belabad, 04 mai 2024, www.ghorizon.dz

Titre 2 : l'ambivalence de la notion protectrice «l'intérêt supérieur "en matière de droit de garde

Une fois la filiation établie, ce droit ouvre à l'enfant la porte à tous les autres droits, dont le plus important est le droit de vivre et grandir au sein de sa famille, qui se compose du père et de la mère qui sont unis par les liens sacrés du mariage. Dès lors, pour l'enfant, grandir avec ses parents, c'est avoir le droit à une vie familiale que l'on pourrait qualifier de « normale ».

Mais, de plus en plus, cette vision quelque peu idyllique ne résiste pas à la réalité quand on sait que de nombreux enfants vivent dans des familles désunies. Et là se pose une question très préoccupante, celle de la garde de l'enfant, en raison des bouleversements qu'engendre l'attribution de ce droit sur la personnalité de l'enfant. Qui est apte à élever et à offrir à l'enfant ce dont il a besoin pour bien vivre ?

Ce droit, pour lequel la CIDE consacre plusieurs articles, et lui donne une importance primordiale. De même, le droit musulman donne une très grande importance à ce droit, tout en posant ses principes, non dans les années 80 mais 14 siècles auparavant.

Dans son préambule, la CIDE déclare : «dans la déclaration universelle des droits de l'homme, les Nations Unies ont proclamé que l'enfance a droit à une aide et une assistance spéciale», et «que la famille unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son

rôle dans la communauté» et 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», et qu'il «importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité».

Ayant à l'esprit que la nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant a été énoncée dans la déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant et dans la déclaration relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale le 20 novembre 1959, et qu'elle a été reconnue dans la déclaration universelle des droits de l'homme, dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24)²⁶⁹, dans le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10)²⁷⁰ et dans les statuts des instruments pertinents des institutions spécialisées et des organisations internationales qui se préoccupent du bien-être de l'enfant».

Le droit pour l'enfant de vivre avec ses père et mère n'est pas anodin. En effet, ce droit favorise l'effectivité d'autres droits reconnus à ce dernier par la CIDE, notamment le droit d'être élevé par eux consacré par l'article 7. Dans ce contexte, les Etats se doivent de protéger les relations qui s'établissent inévitablement entre ces personnes.

A cette fin, l'article 9 alinéa 1 de la CIDE prévoit que les Etats partis doivent veiller à ce que : «l'enfant ne soit séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant».

Pour autant, reconnaissant que ce principe cède parfois face à la réalité de la vie des familles, l'alinéa 2 du même article ajoute : « ... Une décision en ce sens peut être

²⁶⁹L'article 23/1 dispose que : «la famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

L'article 24/1 dispose que : « tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille , de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur».

²⁷⁰ L'article 10/1 dispose que : «les Etats parties au présent pacte reconnaissent que :

- 1- Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge...».

nécessaire dans certains cas, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant».

Enfin, lorsque le principe de la séparation s'impose, l'article 9 alinéa 3 prévoit que les Etats partis respectent : «le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant».

L'article 11 de la CIDE incite aussi les Etats partis à prendre toutes les mesures nécessaires pour lutter contre les déplacements et les non-retour illicites d'enfants à l'étranger. A cette fin elle encourage les Etats partis à conclure des accords bilatéraux ou multilatéraux ou l'adhésion aux accords existants. Comme ont fait l'Algérie et la France en ratifiant une convention en 1988 pour trouver des solutions aux problèmes issus des mariages mixtes entre algériens et français.

Face à cet intérêt particulier que porte le droit international au droit de garde de l'enfant, nous sommes tenus de démontrer comment le droit algérien a organisé ce dernier pour pouvoir mesurer l'adéquation du droit algérien en la matière aux principes de la CIDE. Et pour se faire nous allons essayer de l'aborder à travers deux axes principaux : le premier sera consacré à la définition de la hadana et les incidents liés à son exercice, et dans un second chapitre nous allons aborder les effets de la hadana.

Chapitre 1^{er} : le droit de garde (la hadana) et les incidents liés à son exercice

En raison des bouleversements qu'engendre la séparation des parents sur la personnalité de l'enfant et sur sa vie; fait, sans aucun doute, du droit de garde d'un enfant l'une des questions les plus préoccupantes du droit de la famille, tant pour les parents pour lesquels l'enfant devient l'enjeu principal de leur désunion, que pour les juges qui eux seuls peuvent donner une réponse aussi satisfaisante que possible en tentant de léser le moins possible les intérêts légitimes de l'enfant, bien qu'elle lui reste préjudiciable, car rien pour un enfant ne peut remplacer un foyer uni.

Un soin tout particulier doit être apporté au traitement de ce droit, des questions psychologiques et parfois matérielles doivent être prises en considération.

Tout le monde s'accorde sur le principe que le droit de garde repose sur l'intérêt de l'enfant, et que cet intérêt doit seul être pris en considération²⁷¹. Et c'est ce qu'on retrouve en lisant les articles qui régissent le droit de garde sous le chapitre 2 du titre 2 du code de la famille. En matière de garde, on retrouve le rôle du législateur, à travers les lois qu'il édicte, ainsi que le juge à qui s'impose le principe de la prédominance de l'intérêt de l'enfant.

Pour bien comprendre ce droit, nous allons essayer dans un premier lieu de le cerner à travers sa définition ainsi que ses éléments (section 1^{ère}), et par la suite déterminer sa nature juridique et ses conditions (section 2^{ème}).

Section 1^{ère} : Notion et éléments du droit à la hadana

Avant d'examiner la question des éléments du droit de garde (§.1^{ère}), il convient d'abord de définir cette institution (§. 2^{ème}).

§. 1^{ère} : Définition de la hadana

La loi Islamique fait la distinction entre la tutelle (wilaya) des enfants et la garde (hadana) des enfants en charge. Alors que le père jouit des droits de tutelle sur les enfants depuis leur naissance, le droit de garde ou le droit de vivre avec les enfants mineurs qui ne peuvent veiller à leurs propre besoin et de s'en occuper, appartient à la mère selon tous les juristes classiques, l'âge et les conditions de cette garde varient, mais le principe reste le même.

Les jurisconsultes musulmans ont donné plusieurs définitions au droit de garde. Nous en citerons quelques-unes pour en dégager les principes essentiels.

- 1- Les malikites :** la « hadana » est la protection de l'enfant durant son coucher, ses allées et venues, le pourvoi à sa nourriture, son habillement et ses besoins de propreté²⁷².
- 2- Les chafietss:** la hadana c'est l'éducation de celui qui ne peut se suffire à lui-même, ni prévenir les dangers qui le guettent, qu'il soit mineur ou adulte aliéné.²⁷³

²⁷¹ Ghaouti Benmelha, Le droit algérien de la famille, éd. O.P.U, Alger, 1993, p.223.

²⁷² محمد الدسوقي، حاشية، ج2، المطبعة الأزهرية، القاهرة، 1300هـ، ص.536.

²⁷³ المرجع نفسه، نفس الصفحة.

- 3- Les hanbalites** : la kafala de l'enfant et sa hadana sont un devoir parce qu'il mourra si on le délaisse. il faut le protéger et le nourrir pour le sauvegarder. Ainsi, l'attribution de la hadana doit se faire de manière à préserver sa personne et sa religion.²⁷⁴
- 4- Les hanafites** : la hadana, c'est l'éducation de l'enfant pendant la période durant laquelle il ne peut se passer des soins qui doivent lui être prodigués par les femmes qui en sont investies légalement. Le droit de garde appartient d'abord à la mère puis aux femmes parmi les cognats²⁷⁵.

On peut conclure que la garde dans la jurisprudence de l'Islam c'est : «le fait d'élever un enfant incapable, de prendre soin de lui jusqu'à un certain âge»²⁷⁶.

A l'instar de quelques législations arabes, le législateur algérien définit le droit de garde en se basant sur ses objectifs dans l'article 62 du CFA comme ceci : «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.

Le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge».

Selon cet article, on constate que le législateur algérien a défini et énuméré les objectifs de la hadana sans les laisser à l'appréciation du juge, comme c'est le cas de la majorité des articles qui régissent cette dernière.

§.- 2^{ème} : Les éléments de la hadana

La hadana est une institution qui protège l'enfant et veille à promouvoir son intérêt à plusieurs objectifs.

A- La scolarisation

Le droit à l'éducation et la scolarisation pour tous les enfants et un droit constitutionnel²⁷⁷ qui leur permet de recevoir une instruction et de développer leurs

²⁷⁴ ابن القدامى أبو عبد الله، المغني، ج 9، دار الكتاب العربي، 1972، ص. 297-298.

²⁷⁵ Abderahmane Hernane, La hadana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, O.P.U., Alger, 1996, p.10.

²⁷⁶ السيد السابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتوح، 1985، ص. 338.

²⁷⁷ L'art 65 de la constitution de 2020 dispose que : « le droit à l'éducation et à l'enseignement sont garantis. L'Etat veille en permanence à en améliorer la qualité.

L'enseignement public est gratuit dans les conditions fixées par la loi.

L'enseignement primaire et moyen est obligatoire.

L'Etat organise le système national d'enseignement.

capacités intellectuelles ; qui a pour finalité l'épanouissement personnel en favorisant l'intégration sociale et professionnelle.

B- L'éducation de l'enfant dans la religion de son père

Bien que le droit algérien admette le mariage d'un musulman avec une non musulmane et ce, contrairement à la femme qui ne peut pas se marier avec un non musulman conformément à l'article 30 CFA, la mère, cependant, même non musulmane peut être hadina, le juge peut lui attribuer ce droit à condition qu'elle respecte les principes de la religion musulmane quant à l'éducation de l'enfant, ainsi la cour suprême s'est prononcée dans un de ses arrêts qu' « il est légalement et juridiquement établi que la mère est prioritaire pour garder son enfant, même si celle-ci est non-croyante, à moins qu'il ne craigne pour sa religion »²⁷⁸. Ainsi, dans un autre arrêt : « il est établi juridiquement en matière de garde que si l'un des parents se trouve dans un pays étranger non musulman, et qu'ils se disputent au sujet des enfants en Algérie, celui qui est là à plus de droits sur eux, même si c'est une mère non musulmane »²⁷⁹.

C- La sauvegarde de la santé physique et morale de l'enfant

Le gardien s'engage à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, et à reconnaître et combler ses besoins physiques et ses besoins affectifs pour qu'il puisse grandir dans un climat qui favorise son épanouissement.

D- L'aptitude du titulaire du droit de garde à en assurer la charge

La loi exige que le titulaire de la hadana soit apte à en assurer la charge. Cette aptitude doit être aussi bien physique que morale, c'est ainsi que la mère qui a été condamnée pour adultère ne peut prétendre exercer le droit de garde sur ses enfants mineurs²⁸⁰. Donc, le titulaire de la hadana doit être capable d'élever et éduquer un enfant, tâche qui n'est pas facile à accomplir ; et c'est au juge de s'en assurer.

L'Etat veille à la neutralité des institutions éducatives et à la préservation de leur vocation pédagogique et scientifique en vue de les protéger de toute influence politique ou idéologique.

L'école constitue la base de l'éducation à la citoyenneté.

L'Etat veille à l'égal accès à l'enseignement et à la formation professionnelle ».

²⁷⁸ Cour suprême, ch.sp, 13/09/1989, doss n° 52221, rev.jud, 1993, n° 1, p.49.

²⁷⁹ Coue supreme, ch.sp, 02/01/1989, doss n° 52207, rev.jud, 1990, n°4, p.74.

On peut considérer que le législateur en définissant la hadana comme telle en citant quelques critères sur lesquelles le juge peut s'appuyer pour justifier ses jugements, et surtout l'intérêt de l'enfant, qu'une telle réglementation est conforme aux principes de la CIDE.

Section 2^{ème} : Nature juridique et conditions de la hadana

La hadana étymologiquement est l'action de couvrir, de prendre dans ses bras²⁸¹. Ce qui laisse entendre que la hadana est avant tout est une prérogative féminine (§. 1^{ère}), qui ne peut être attribuée qu'aux personnes aptes à assumer la lourde charge de ce droit (§.2^{ème}).

§. 1^{ère} : Nature juridique de la hadana

On raconte que Omar Ibn Al Khattab رضي الله عنه a répudié sa femme originaire d'Alansar après avoir eu d'elle son fils Asim. Il rencontra un jour ce dernier sur son chemin et le prit avec lui, sa grand-mère maternelle le suit et se présenta en sa compagnie devant le khalif Abu Bakr رضي الله عنه pour résoudre le différend qui les opposait. Ce dernier remit l'enfant à sa grand-mère et dit à Omar : «son haleine, ses caresses et sa salive, sont préférables pour l'enfant à l'absorption du gâteau de miel chez toi »²⁸².

Un autre argument montre que la garde est un droit de la mère pendant un certain temps. Un homme fit un procès à sa précédente épouse pour avoir la garde de l'enfant. Le khalif Abu Bakr رضي الله عنه, décida que la mère, et non le père, méritait la garde. Ainsi il a été décidé par la jurisprudence Islamique que l'idéal pour élever l'enfant est d'être avec ses deux parents ; mais s'ils divorcent, ou si le père meurt et laisse un enfant âgé de moins de sept ans, ce dernier doit rester avec sa mère, ou avec une femme, parce que les enfants à cet âge ont besoin d'un certain type de soins que seule une femme peut donner.

La plupart des écoles sont d'accord pour estimer que les femmes doivent être préférées aux hommes pour la garde.

La hadana revêt un double aspect en droit musulman, c'est une prérogative féminine d'une part, mais c'est aussi une fonction de protection de l'enfant. Donc la question qui se pose c'est de savoir si la hadana est un droit ou un devoir de la mère ? La mère de l'enfant a-t-elle le droit de refuser une telle charge, de décliner un tel devoir, de ne pas assumer cette responsabilité ?

²⁸¹ Ghouti Benemelha, op.cit, p.220.

²⁸² محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.439.

La définition de la hadana par les auteurs musulmans comme étant : «l'éducation de l'enfant est une période où la présence féminine est un besoin pour lui»²⁸³, ne fait pas ressortir la nature juridique de cette institution. Autrement dit, elle n'indique pas si la garde est un droit ou une obligation de la mère ou toute personne susceptible de l'exercer²⁸⁴.

La majorité des auteurs considèrent la hadana comme le droit de la mère de garder ses enfants, de les protéger et de leur donner des soins nécessaires, et que le petit enfant a besoin avant tout, des soins d'une femme, lesquels ne lui saurait prodiguer mieux que sa mère ?

Les mères peuvent tolérer et supporter ce que les pères ne peuvent pas. C'est pourquoi on a donné à la mère les droits suprêmes et absolus sur l'enfant, spécialement lorsqu'il est très jeune.

La majorité des juristes musulmans considère la hadana comme un droit pour la mère, et ils tirent les conséquences logiques de cette règle²⁸⁵ :

- La mère peut renoncer à son droit de hadana, et s'en servir comme contrepartie, pour retrouver sa liberté, dans le cadre du divorce par le procédé d'u khol' à.
- La mère ne peut être contrainte à garder son enfant, sauf au cas où nulle autre personne ne peut exercer cette fonction.
- La mère ou toute autre femme (gardienne) peut prétendre à une rémunération, qui ne peut se confondre avec l'obligation alimentaire due par le mari à la mère et à l'enfant. Cette opinion n'est pas partagée par les malékites qui ne lui reconnaissent qu'un droit au logement²⁸⁶.

La doctrine hanafite fait de la hadana un droit de l'enfant et corrélativement, une obligation pour la mère²⁸⁷.

Donc, le droit musulman accorde à la femme la faveur d'être hadana, en donnant la priorité à la mère; à moins que celle-ci se rende indigne en manquant aux exigences nécessaires à la protection de l'enfant posées par un tel droit, lequel établit des conditions

²⁸³ محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص.432.

²⁸⁴ Hadjira Bencheikh Hocine Dennouni La garde : un attribut de la maternité en droit algérien, Revue Internationale de Droit Comparé, 1986, n°03, p. 900.

²⁸⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.439.

²⁸⁶ Hadjira Bencheikh Hocine Dennouni, op. cit, p.901.

²⁸⁷ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.439.

que le titulaire de la hadana doit remplir, vu que cette dernière est subordonnée à l'intérêt de l'enfant.

Ainsi, la plupart des écoles sont d'accord pour estimer que les femmes doivent être préférées aux hommes pour la garde :

- D'après les malikites : après la mère, l'ordre de dévolution est le suivant : l'aïeule maternelle de l'enfant, sa bisaïeule, la tante maternelle germaine, la tante maternelle utérine, la grande tante maternelle, la tante paternelle de la mère, la grand-mère paternelle, le père, la sœur de l'enfant, puis la tante paternelle...²⁸⁸.
- D'après les hanafites : la mère, la grand-mère maternelle, la sœur germaine, la sœur utérine, la sœur consanguine, la nièce germaine (fille de la sœur germaine), la nièce utérine, la nièce consanguine, la tante maternelle (la germaine puis l'utérine, et enfin la consanguine), la nièce consanguine fille de la consanguin, etc.²⁸⁹.

De ce qui précède, il est évident que la ligne maternelle jusqu'à épuisement est préférée à la ligne paternelle²⁹⁰.

Or, contrairement au droit musulman, et à la loi de 1984²⁹¹, l'article 64 amendé par l'ordonnance n°02-05 du 27 février 2005, a modifié l'ordre de dévolution, et ne favorise plus la lignée maternelle au détriment de la lignée paternelle comme ceci : « 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 la tante maternelle, puis 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».

Avant la réforme du code de la famille, la grand-mère maternelle et même la tante maternelle étaient respectivement placées au deuxième et troisième rang après la mère, elles passaient avant le père de l'enfant²⁹². En pratique, la Cour Suprême a cassé une décision de la Cour de Skikda en date du 13/02/1990 pour avoir prononcé la déchéance de la tante maternelle du droit de garde, au motif que le père de l'enfant avait une situation matérielle et sociale préférable à la sienne. La Cour Suprême rappelle les éléments sur

²⁸⁸ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص. 527- 528.

²⁸⁹ محمد الدسوقي، المرجع نفسه، نفس ص. 529.

²⁹⁰ Abderrahmane Hernane, op. cit, p. 67.

²⁹¹ L'article 64 de la loi n°84-11 dispose que : «le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis à la mère de celle-ci, puis à la tante maternelle, puis au père, puis à la mère de celui-ci, puis aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant..... ».

²⁹² Mostefa Kouidri, op. cit, p. 126.

lesquels, doit se fonder le juge dans la dévolution de la garde, à savoir l'entretien en vue de la scolarisation qui se réalise durant l'étape suivante »²⁹³.

Dans le même sens, une autre décision censure un arrêt de la Cour 529d' Alger qui avait confié la garde de quatre enfants à la sœur de leur père, au lieu de celle de la mère. La Cour Suprême reproche aux juges du fond de n'avoir pas respecté l'ordre légal de dévolution et de n'avoir pas, le cas échéant, ordonné une mesure préparatoire²⁹⁴.

Le recours à une mesure préparatoire comme le mentionne cet arrêt de la Cour Suprême, à savoir généralement la désignation d'une assistance sociale est conforme aux dispositions du texte actuel.

Après la réforme, la mère reste toujours la première bénéficiaire de ce droit, ce qui est normale, d'ailleurs c'est le cas et l'avis de plusieurs législations modernes ; comme dirait le professeur Farouk Mechri: « la parente maternelle est une parenté plus empreinte d'affection que la parenté paternelle. D'ailleurs, dans tous les pays du monde, ne dit-on pas d'un enfant, qui est par trop entouré d'affection, qu'il est « materné »²⁹⁵.

Ce qui est nouveau, c'est que le père vient immédiatement après la mère, la grand-mère maternelle autrefois dévolutaire juste après la mère vient maintenant en troisième position, il en est de même pour la grand-mère paternelle qui vient avant la tante maternelle qui précède la tante paternelle dans l'ordre de dévolution. Un équilibre est ainsi établi entre les deux lignées.

Le législateur prend ainsi en compte non pas seulement l'affection que peut avoir tel ou tel envers l'enfant et qui semble avoir gouverné le choix des jurisconsultes musulmans, mais tout d'abord l'affection qu'a l'enfant envers ses proches chez qui il est né et grandi pendant l'existence du couple. L'intérêt psychologique de l'enfant devient donc primordial²⁹⁶; et c'est ce qui explique que le père se retrouve dévolutaire de la hadana aussitôt après la mère qui reste prioritaire. Et cela est en parfaite conformité avec la CIDE.

On constate, que l'ordre de dévolution fixé par l'article 64 ne s'impose pas de manière rigoureuse ; il peut être modifié²⁹⁷. C'est ainsi qu'avant même les modifications apportées par l'ordonnance du 27 février 2005, un arrêt confirmatif du jugement du tribunal de Mostaganem a attribué la garde d'un enfant à son père, au lieu de sa mère. La

²⁹³ Cour Suprême, ch.sp, 23/02/1993, dossier n° 89672, Rev. jud, 2001, n° sp, p. 166.

²⁹⁴ Cour Suprême, ch.sp, 17/03/1998, dossier n° 179471, Rev. jud, 2001, n° spécial, p. 172.

²⁹⁵ F. Mechri, op. cit..., p. 82.

²⁹⁶ M. Porrot, l'enfant et les relations familiales, éd. PUF, France, 1966, p.191.

²⁹⁷ Le droit tunisien contrairement au droit algérien laisse au juge la liberté totale de choisir la personne apte à être hadana en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

Cour Suprême a rejeté le pourvoi en soulignant que l'intérêt de l'enfant exige qu'il soit avec son père et ce, sur la base de la réponse des juges des faits, fondée sur le rapport d'une assistance sociale²⁹⁸.

§. 2^{ème} : Les conditions de la dévolution de la hadana

Le législateur algérien, contrairement au législateur marocain²⁹⁹, n'a pas établi des conditions précises, il s'est contenté de citer dans l'article 62 du CFA ce qui suit : «le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge».

Pour assurer la garde au mieux de l'intérêt de l'enfant, en plus de l'aptitude à exercer ce droit, s'ajoute d'autres qualités chez la personne qui en est chargée, la vocation ne suffit pas il faut, dit khalil: "être sain d'esprit, d'un âge à pouvoir donner des soins, habiter une demeure où l'enfant ne puisse avoir aucun motif de crainte, avoir de bonnes mœurs, ne pas être atteint de lèpre ni de maladie contagieuse, enfin avoir un caractère droit et une intégrité parfaite"³⁰⁰.

A - Adulte

Tous les jurisconsultes sont d'accord sur le fait qu'il n'y a pas de garde confiée à un autre enfant, le gardien doit être suffisamment mure pour pouvoir assumer tout ce que la hadana nécessite.

Les auteurs musulmans enseignent tout d'abord que la personne qui exerce la hadana doit être apte, capable d'exercer ce droit. Ceci veut dire que la personne doit être majeure ou tout au moins pubère³⁰¹, car dans le cas contraire elle ne pouvait pas s'occuper

²⁹⁸ Cour Suprême, ch.sp., 18/02/1997, dossier n° 153640, Rev. jud, 1997, n°1, p.39.

²⁹⁹ L'article 173 de la Moudawana marocaine dispose que : «les conditions de dévolution de la garde sont :

- 1) la majorité légale pour les personnes autres que le père et la mère de l'enfant ;
- 2) la rectitude et l'honnêteté ;
- 3) la capacité d'élever l'enfant sous garde, d'assurer sa sauvegarde et sa protection sur les plans religieux, physique et moral et de veiller sur sa scolarité ;
- 4) le non mariage de la candidate à la dévolution de la garde, à l'exception des cas prévus dans les articles 174 et 175 ci-dessous.

Si un changement susceptible de nuire à l'enfant intervient dans la situation de la personne assumant la garde, celle-ci est déchu de ce droit, lequel droit est transmis à la personne qui suit dans l'ordre de priorité ».

³⁰⁰ I. Khalil, Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imam Malek, T.2, le statut personnel, éd. algériennes En Nahda, Alger, 1956, p.146 ; Mostefa Kouidri, op. cit, p.128.

³⁰¹ أبو الفرج عبد الرحمن ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، مطبعة الصدق، الخيرية، مصر، 1933، القاعدة 84، ص. 178 و بعدها، عثمان بن علي الزبيلي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، بولاق، 1313 هـ، ج.5، ص.191. بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن لأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج1، الزواج و الطلاق، دار النهضة العربي، بيروت،

d'un enfant, étant elle-même en état de minorité et ayant besoin de la tutelle de quelqu'un d'autre³⁰².

Avant la réforme de 2005 du code de la famille, la question qui se posait c'était de savoir quelle majorité favorisée, la majorité civile qui est de 19 ans révolus selon article 40 du CCIV, ou bien l'âge du mariage qui était selon l'article 7 du CFA 18 ans pour la fille et 21 ans pour le garçon. Question qui ne se pose plus avec le nouvel article qui aligne l'âge du mariage avec l'âge de la majorité civile.

Donc la personne est considérée adulte et apte à avoir la garde dès l'âge de 19 ans. Mais une autre question va se poser concernant la femme qui n'a pas encore atteint cet âge surtout que l'article 07 de code de la famille a ajouté la possibilité de se marier avant l'âge de 19 ans à condition d'avoir une dispense d'âge³⁰³. L'alinéa 2 du même article vient éclaircir ce point en ajoutant que : «le conjoint mineur acquiert la capacité d'ester en justice quant aux droits et obligations résultant du contrat du mariage».

B - La santé

Pour pouvoir promouvoir l'intérêt de l'enfant, il faut que le titulaire du droit de garde soit sain d'esprit (a) et en bonne santé physique (b).

a- Sain d'esprit

La hadana est un instrument de formation personnelle de l'enfant. Pour bien accomplir cette tâche, la hadana doit être saine d'esprit. Il faut bien entendu exclure la personne atteinte de démence ou d'imbécillité, celle-ci ayant elle-même besoin d'être sous la garde d'un tuteur³⁰⁴.

Comme nous l'avons déjà cité, le législateur algérien par le biais de son article 62 n'a pas établi des conditions précises, il s'est contenté de dire que le titulaire doit être apte

1967، ص. 550 ، محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ط.4، الدار الجامعية، بيروت، 1983، ص.763، ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1997، ص.25 و ما بعدها
³⁰² تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008، ص.255.

³⁰³ Art 7 dispose que : « la capacité de mariage est réputée valide à 19 ans révolus pour l'homme et la femme. Toutefois, le juge peut accorder une dispense d'âge pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité, lorsque l'aptitude au mariage des deux parties est établie ».

³⁰⁴ السيد السابق، المرجع السابق، ص.305، الإمام أبو زهرة، الأحوال...، ص.405.

à en assurer la charge, ce qui nous pousse et conformément à l'article 222 CFA à se référer aux dispositions de la charia.

Les juristes musulmans sont tous d'accord sur le principe que le titulaire de la hadana soit sain d'esprit³⁰⁵. Par contre ils divergent sur le degré de la maladie mentale qui empêche le titulaire de la hadana à exercer son droit³⁰⁶.

- Les hanafites se sont contentés de dire qu'être saint d'esprit est l'une des conditions pour établir la hadana sans pour autant rentrer dans les détails³⁰⁷.
- Les hanbalites et les chaféites ont exclu de la maladie mentale la démence, les premiers ont considérés la folie qu'elle soit pure ou intermittente comme un empêchement au droit de garde. Par contre, les chaféites considèrent que la personne atteinte d'une folie rare est apte à exercer son droit de garde³⁰⁸.
- Or, les malékites interdisent la hadana pour toute personne atteinte d'une agilité mentale qu'elle soit pure ou intermittente³⁰⁹.

Face à la diversité de ces opinions doctrinales, il convient de souligner que l'opinion malékite est la plus soutenue car, avec raison, elle exclut toutes déficiences mentales, et cela est conforme au principe de l'intérêt de l'enfant, qui ne peut se réaliser qu'à côté d'une personne saine totalement d'esprit. Cet avis est soutenu par la majorité des auteurs algériens. Dans ce contexte, le professeur Abdelaziz Saad estime que le titulaire de la hadana ne doit être ni fou, ni imbécile, ni jeune³¹⁰. Par contre, le professeur Belhaj Elarbi s'est contenté de citer la démence comme empêchement au droit de garde sans pour autant citer d'autres formes comme la démence ou la bêtise³¹¹.

³⁰⁵ ابن عابدين، رد المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار، ج2، ط1، مطبعة الباي الحلي، القاهرة، د.س.ط، وط2، الطبعة الأميرية، القاهرة، د.س.ط، ص.633؛ الخطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج4، الطبع والنشر مكتبة النجاح، طرابلس، د.س.ط، مطبعة السعادة، القاهرة، 1329هـ، ص.216.

³⁰⁶ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 274.

³⁰⁷ حميدو زكية، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة سيدي بلعباس، 1999، ص.92 وما بعدها.

³⁰⁸ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.274.

³⁰⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص.726؛ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص.598.

³¹⁰ عيد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.296.

³¹¹ بلحاج العربي، المرجع السابق، ص.383.

b- La santé physique

La personne qui est appelée à recueillir la hadana doit être aussi apte physiquement, car la protection de l'enfant gardé suppose une vigilance constante ; et certaines infirmités telles que la cécité ne permettent pas d'assurer aisément cet objectif.

- Pour les hanbalites, la personne hadana ne peut être aveugle, ni même mal voyante, car cette dernière ne peut pas subvenir correctement aux besoins l'enfant³¹².
- Pour les malékites, ils interdisent l'attribution de la garde à la personne inapte soit en raison de sa vieillesse ou bien son handicap de non voyante ou sourde- muet, si elle n'a personne pour l'aider à assurer les charges de la hadana³¹³.
- Aussi, les hanafites considèrent la personne aveugle inapte pour assurer la hadana³¹⁴.

C'est dans ce sens que s'est prononcée la Cour Suprême en ces termes :

«Attendu qu'il est constant en droit musulman que les conditions de la hadana et notamment l'aptitude à protéger l'enfant gardé doivent être réunies; qu'il en découle que la décision d'attribution de la garde sans que soit remplie cette condition constitue une violation des règles du fiqh, lequel a établi en l'espèce, que la hadana est aveugle; que de ce fait, elle est inapte à s'occuper de ses enfants; qu'il s'ensuit que les juges de la Cour en lui confiant la garde de ses enfants dans son état, ont statué à tort et enfreint les principes du fiqh»³¹⁵.

Ainsi, la Cour Suprême dans un autre arrêt a exigé que la hadana ne soit pas vieille et qu'elle soit en bonne santé³¹⁶.

C'est vrai qu'être en bonne santé facilite la tâche à la personne hadana, et l'aide à l'accomplir correctement ; mais le contraire ne l'empêche pas forcément de le faire, surtout si c'est dans l'intérêt de l'enfant de rester au près de cette personne³¹⁷. Donc, il est

³¹² البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، المطبعة الشرقية، القاهرة، 1319-1320هـ، ص.328.

³¹³ عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه في المذاهب الأربعة، ج4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، المكتبة التوفيقية، د.س.ط، ص.23.

³¹⁴ الرملي المنوي المصري، نهاية المحتاج إلى شرح المناهج، ج.3، طبع بولاق، 1292هـ، ص.373.

³¹⁵ Cour Suprême, ch. sp, 13/01/1986, doss n° 39559. n.p, cité par العربي بلحاج، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1994، ص.123.

³¹⁶ Cour suprême, ch. sp, 05/05/1986, dossier n° 41110, و ما بعدها، ص.129 و المرجع نفسه، ص.291.

³¹⁷ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.291.

convenable que le juge cherche à promouvoir l'intérêt de l'enfant face à des situations pareilles³¹⁸.

C- La moralité

Le droit musulman, fort soucieux de la moralité de l'individu, exige de toute femme musulmane qui a pour mission essentielle la formation et la préparation de l'enfant en bas-âge d'avoir une conduite irréprochable³¹⁹. De s'en occuper constamment et tout délaissement de sa part conduit à une déchéance de ce droit qui est le droit de garde, et ça dans l'intérêt de l'enfant. Au point que quelques jurisconsultes disent : «la hadina si elle abuse de la prière au point que son amour pour Dieu l'empêche de s'occuper de son enfant convenablement, elle sera déchue de son droit de garde»³²⁰.

Aussi, l'adultère de la hadina est une cause de déchéance de la garde. Ainsi, la doctrine musulmane exige que la mère ne doit pas être remariée pour avoir droit à la hadana, sauf dans le cas où elle se marie avec un proche parent de l'enfant.

Donc, le mariage est un empêchement à l'exercice de la hadana sauf dans le cas cité précédemment et dans autres cas prévus par le rite malékite³²¹ comme ceci :

- Lorsque la séparation de la mère de son enfant constitue un préjudice pour ce dernier. Ainsi en est-il du cas, entre autres, du nourrisson qui refuse tout sein autre que celui de sa mère.

- Lorsque la personne à qui revient le droit de garde immédiatement après celle qui le détient est au courant de la consommation du mariage ou du remariage de cette dernière et qu'elle ne réclame pas ce droit après un délai d'un an, elle est présumée y avoir renoncé.

En effet, l'intérêt de l'enfant en droit musulman passe avant celui des ayants droits.

Ainsi, pour le droit algérien, et même si il n'a pas cité directement cette condition, on peut la déduire en analysant les alinéas 1 et 2 de l'article 62 du CFA ; le premier définit

³¹⁸ La Cour de cassation tunisienne a refusé la demande du père qui voulait déchouer la grand-mère de son droit de garde en raison de son âge, arrêt du 03/07/1973, ch.civ, n° 8603, Rev. de la Cour de cassation, section civile, 1973, p.131. Aussi, le conseil Suprême marocain a considéré que la vieillesse qui n'entraîne pas l'inaptitude ne peut être une raison de déchéance du droit de garde, arrêt du 04/02/1994, Rev. de l'Avocat, n° 25 et 26, pp.219 et s.

³¹⁹ Tous les jurisconsultes musulmans sont d'accord sur ce point.

³²⁰ محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية، ج1، دار الكتاب العربي بمصر، 1956، ص.394.

³²¹ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.530-529.

la hadana comme étant l'éducation de l'enfant, et le deuxième exige que la personne hadina soit apte à en assurer cette charge. D'où, cela ne peut se faire que par une personne honnête et loyale³²².

La moralité de la personne hadina joue un rôle très important dans l'éducation de l'enfant, comme dirait Philippe Jestar: «la morale... vit par la réflexion, par une science ou une philosophie (au sens de connaissance) par une forme d'action morale qui, malgré son caractère dispersé, aboutit à un travail considérable d'éducation. La morale nous éduque et il est plausible que réciproquement tout ce qui éduque exerce un magistère moral»³²³.

En droit algérien, l'immoralité de la hadina revient à l'appréciation du juge, la Cour Suprême avait déjà considéré dans un de ses arrêts daté du 15 mai 1968 que la mère qui avoue avoir commis l'adultère sans donner de précision permet aux juges de conclure qu'elle n'est plus apte à assurer son rôle de hadina³²⁴. Il est établi aussi, que : «l'attribution de la hadana est une question de fond, qui revient à la compétence et à l'appréciation du juge».³²⁵ Sans pour autant lui laisser la liberté absolue, la Cour Suprême a souvent mentionné dans ses arrêts que le juge doit justifier sa décision³²⁶.

D - La religion.

En ce qui concerne la question de la religion, les jurisconsultes musulmans font la différence entre la personne hadina, si c'est le père, ils sont tous d'accord sur le principe qu'il faut qu'il soit tous les deux de la même religion³²⁷. Par contre, si c'est la mère il existe une controverse doctrinale à ce sujet :

- D'une part, les chaféites et les hanbalites lui refusent ce droit, d'après eux la femme appelée à assurer la garde d'un enfant ne peut être adepte d'une autre religion que celle de l'enfant³²⁸ " لِقَوْلِهِ تَعَالَى : " وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً "

En craignant l'influence de la hadina, qui pourrait inculquer à son enfant sa propre religion³²⁹ " لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : " كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الْفِطْرَةِ فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أَوْ يُنَصِّرَانِهِ أَوْ يُمَجِّسَانِهِ "

³²² تنشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.296.

³²³ Ph. Jestaz, Pouvoir juridique et pouvoir moral, RTD.Civ., 1990, n°4, cité par Tchouar Hamidou Zakia, op. cit, p.309.

³²⁴ Cour Suprême, ch. Civ, 15/05/1968, rev.jud, 1968, p. 109.

³²⁵ Cour Suprême, ch.sp, 18/06/1991, doss n° 75171, non publié, cit.é par :

العربي بلحاج، قانون الأسرة، مبادئ الاجتهاد القضائي، ص.121.

³²⁶ Cour Suprême, ch.sp, 24/02/1986, doss n0 39768, non publié, cit.é par :

العربي بلحاج، المرجع نفسه، ص. 128.

³²⁷ تنشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.342.

³²⁸ سورة النساء، الآية141.

• D'autre part, les hanafites et les malikites ne privent pas la mère du droit de garde future chrétienne ou juive en s'appuyant sur ce qui a été rapporté par أبو داود النسائي : " أن رافع بن سنان أسلم و أبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه و سلم فقالت : ابنتي – و هي فطيم- أو شبيهة و قال رافع : "ابنتي، فمالت إلى الأم، فقال النبي صلى الله عليه و سلم : اللهم أهدها" فمالت إلى أبيها فأخذها

D'après eux, la hadana est basée sur l'affection et non pas sur la religion, toutefois ils ne se sont pas mis d'accord sur la durée pour laquelle l'enfant peut rester chez sa mère non musulmane

- Pour les hanafites l'enfant peut rester chez sa mère jusqu'à l'âge de 7 ans. Au-delà de cet âge, il y a un risque qu'elle l'entraîne dans sa religion³³⁰.
- Pour les malikites, l'enfant peut rester avec sa mère jusqu'à la fin de la durée de la hadana prévue. Avec la possibilité de désigner un musulman qui veille sur l'enfant et notamment sur sa religion³³¹.

Il faut préciser aussi que les hanafites exigent que la hadana non musulmane ne soit pas apostat, car cette dernière mérite l'emprisonnement jusqu'à ce qu'elle réintègre l'Islam et dans ce cas elle a le droit à la hadana, ou dans le cas contraire elle finira en prison³³².

Pour le droit algérien, l'article 62 alinéa 1 du CFA exige, en définissant la hadana, que l'enfant soit élevé dans la religion de son père. Et la religion du père ne peut être que l'Islam, puisque la musulmane ne peut pas se marier avec un non musulman conformément à l'article 30 alinéa 2 du CFA. Donc, les enfants issus des couples mixtes sont systématiquement de religion musulmane. Cette exigence est d'ordre public, et tout accord contraire est nul³³³.

Par contre, la Cour Suprême, dans plusieurs de ses arrêts n'a pas vu l'inconvénient d'attribuer la garde à la mère non musulmane, à condition qu'elle l'élève dans la religion de son père³³⁴. Ainsi, dans son arrêt en date du 02/01/1989, la Cour a estimé qu'en matière de la hadana, si il y a un conflit entre deux parents, dont l'un deux réside dans un pays

³²⁹ وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، المرجع السابق، ص.7306.

³³⁰ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.477.

³³¹ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.529.

³³² الإمام محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ج7، دار الحديث مصر، 1993، ص.190.

³³³ D. Tchouar, Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, thèse Rennes, 1987, p.284.

³³⁴ Cour Suprême, ch. Sp., 16/04/1979, doss n°19287, Rev. jud, 1981, n°2, p.108.

étranger non musulman, et l'autre en Algérie, la priorité est à celui qui réside en Algérie, même si c'est une mère non musulmane³³⁵.

Dans un autre arrêt, la Cour Suprême insiste sur le fait que pour l'attribution de la hadana, il faut prendre en considération l'intérêt de l'enfant et son éducation selon la religion de son père ; et considère qu'attribuer la garde des enfants à leur mère qui habite dans un pays étranger loin du père est contraire à la charia et à la loi³³⁶.

Ainsi, le droit algérien, notamment par le biais de sa jurisprudence, montre que les juges cherchent à promouvoir l'intérêt de l'enfant sans pour autant donner de l'importance à la religion de la mère, qui, à notre avis, n'a pas beaucoup d'importance surtout les premières années de l'enfant, où il a plus besoin de protection et d'affection que nul ne peut le lui apporter que sa propre mère³³⁷.

E- La qualité du lieu de la garde

La plupart des jurisconsultes préconisent que l'enfant gardé doit être installé dans une maison où il ne serait pas en butte à l'hostilité des voisins, disent-ils, être des parents. Ils posent comme condition d'attribution du droit de garde que la hadana habite une demeure où l'enfant ne puisse avoir aucun motif de crainte ; et que le lieu où s'exerce la garde doit répondre aux conditions essentielles de confort indispensable à la vie et notamment au développement harmonieux de l'enfant³³⁸.

Une fois la hadana établit, elle va produire des effets, et c'est le sujet de notre deuxième chapitre.

Chapitre 2^{ème} : Effets de la hadana

Il faut noter que pendant que les enfants sont sous la garde de leur mère, il est nécessaire de combiner le droit des deux parents et de l'enfant pendant la durée de cette dernière³³⁹. Le père doit payer pour leurs vêtements, leur logement et leur nourriture et, en contrepartie, il bénéficie d'un droit de visite.

³³⁵ Cour Suprême, ch. Sp., 02/01/1989, doss n°52207, Rev. jud, 1990, n°4, p.74.

³³⁶ Cour Suprême, ch. Sp., 19/02/1990, dossier n° 59013, Rev. jud, 1991, n°4, p.116.

³³⁷ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.352.

³³⁸ Mostefa Kouidri, op.cit. p.131.

³³⁹ Abderrahmane Hernane op. Cit, p. 84.

Section 1^{ère} : le droit d'entretien

Les parents contribuent naturellement à l'entretien et à l'éducation des enfants lorsqu'ils vivent sous le même toit. Cependant, suite à un divorce, se pose le problème de cet entretien qui va du versement d'une pension alimentaire par le père (§. 1^{ère}), au droit de logement (§. 2^{ème}), ou encore le salaire de la hadina dans certaines législations (§.3^{ème}).

§. 1^{ère} : La pension alimentaire

La responsabilité qu'a le père d'assurer le soutien financier de ses enfants est absolue, qu'ils soient sous sa garde ou non, et couvre toutes les dépenses nécessaires à leur subsistance ainsi qu'à leur éducation. Ceci dit, le principe directeur de toutes ces doctrines est l'intérêt supérieur de l'enfant.

Tous les juristes sont d'accord pour estimer que l'entretien de l'enfant comprend la nourriture, le vêtement, la literie, les soins médicaux, les frais scolaires et tout ce dont l'enfant a besoin³⁴⁰.

Et, ils la considèrent comme une obligation pour le père jusqu'à ce que l'enfant fille ou garçon atteigne un âge qui lui permet de gagner sa vie. Par ailleurs, l'enfant indigent même majeur a droit au versement d'une pension à condition qu'il soit sérieux et capable de réussir³⁴¹.

لقول الرسول "ص": "أَفْضَلُ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ الرَّجُلُ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ عَلَى عِيَالِهِ، وَدِينَارٍ يُنْفِقُهُ عَلَى دَابَّتِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَدِينَارٍ يُنْفِقُهُ عَلَى أَصْحَابِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ"³⁴².

وقوله صلى الله عليه وسلم: " كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يعول."³⁴³.

En droit musulman, si le père ne peut pas assumer cette obligation en raison de sa pauvreté, ses héritiers sont obligés de prendre en charge l'enfant dans la limite de leur parti d'héritage

لقوله تعالى: وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ "³⁴⁴ وقوله تعالى: " وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ "³⁴⁵

³⁴⁰ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 502.

³⁴¹ محمد أبو زهرة، المرجع نفسه، ص. 488.

³⁴² رواه مسلم.

³⁴³ رواه أبو داود والحاكم وأحمد في سنده.

³⁴⁴ سورة البقرة، الآية 233.

³⁴⁵ سورة البقرة، الآية 233.

Et dans le cas, où même ces derniers ne peuvent prendre en charge les enfants financièrement, cette obligation revient au trésor des musulmans

" بيت مال المسلمين " لقوله "ص": " الغرم بالغنم"³⁴⁶.

Notons, au passage, que le projet de codification de la charia Islamique de 1907 à insister sur ce droit qui est le droit à la pension alimentaire et cela dans l'intérêt de l'enfant³⁴⁷.

Et, pour évaluer la pension, il faut tenir compte des moyens dont dispose le père. Il faut rappeler aussi que l'obligation d'entretien n'incombe au père que dans le cas où il a un rapport suffisant excédent son propre entretien et celui de sa femme³⁴⁸.

Le droit algérien reprend les règles du droit musulman, en maintenant le principe incontesté selon lequel l'entretien de l'enfant qui n'a point de biens est à la charge du père jusqu'à la majorité pour les garçons et jusqu'au mariage pour les filles conformément à l'article 75 du CFA. Il s'embble qu'il y ait là une incohérence avec le principe d'égalité entre le jeune homme et la jeune fille retenu par exemple pour la fixation de l'âge du mariage. Or, il aurait été plus logique de supprimer cette disposition et de ne laisser en vigueur que les alinéas 3 et 4 qui précisent que cette obligation cesse à partir du moment où l'intéressé est en mesure de subvenir seul à ses propres besoins³⁴⁹.

L'article 78 du même code énumère les éléments constitutifs de la pension alimentaire comme ceci : «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 et de la coutume».

Donc, l'entretien en cas de séparation est à la charge du père sauf dans le cas de son incapacité, il incombe à la mère lorsque celle-ci est en mesure d'y pourvoir (article 76 CFA). Mais, en cas d'insuffisance de ses ressources, l'entretien incombe aux ascendants selon leur possibilité, le besoin et le degré de parenté dans l'ordre successoral (article 77 CFA).

³⁴⁶ حسين المحمدى بوادي، المرجع نفسه، ص. 67.
³⁴⁷ حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية الأسرية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004، ص. 136.

³⁴⁸ محمد الدسوقي حاشية، المرجع السابق، ص. 522.

³⁴⁹ Nahas Mahiéddine, l'évolution du droit de la famille en Algérie. Op.cit.

A- L'évaluation de la pension alimentaire

L'article 79 du CFA dispose que : «en matière d'évaluation, le juge tient compte de la situation des conjoints et des conditions de vie. Cette évaluation ne peut être remise en cause avant une année après le prononcé du jugement».

Ce qui ressort de cet article, c'est que pour l'évaluation de la pension alimentaire, le juge doit prendre en considération la situation des conjoints et les conditions de vie.

Sauf que dans la pratique, la pension alimentaire fixée pour l'enfant est insignifiante, elle est loin de répondre au cout de la vie qui augmente jour après jour. Que peut faire une maman avec la modeste somme de 4.000 DA ????

Comme disait MAHIEDDINE Okkacha : « j'ai eu beaucoup à vous parler de la modique pension alimentaire allouée par nos juridictions aux enfants de parents divorcés». Pire encore, «la fixation de la pension alimentaire, ajoutait- -il, fait parfois l'objet de véritables batailles juridiques entre les partis, à qui l'emportera sur l'autre : la mère voulant le maximum, le père désirerait s'en sortir avec les moindres frais, et tout le monde se plait»³⁵⁰.

L'évaluation de la pension alimentaire n'est pas chose aisée, le juge ne dispose pas de moyens lui permettant de faire une juste appréciation sur la base de la moyenne des taux réels. Il serait souhaitable de l'aider dans sa tâche en lui fournissant une grille annuelle nationale fixant le taux de la pension d'entretien calculée par zone et selon l'âge et le sexe de l'enfant³⁵¹.

Ainsi, le législateur algérien, en constituant la pension alimentaire sur ce qui est réputé nécessaire, est contraire à la charia Islamique qui préconise que la pension alimentaire doit couvrir et subvenir à tous les besoins de l'enfant sans exception.

Aux termes de l'article 79 CFA, l'évaluation de la pension alimentaire peut être remise en cause une année après le prononcé du jugement. Ce qui laisse entendre que le montant de la pension alimentaire est aussi en fonction du renchérissement de la vie, et que la variabilité concerne non seulement, la situation patrimoniale des partis mais également

³⁵⁰ M. Akkacha, Les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le divorce, R.A.S.J.E.P, 2000, n°1, pp. 259-260.

³⁵¹ Abderrahmane Harnane, op. cit. p.223.

l'inflation. Ainsi, le législateur estime que l'augmentation des prix ne peut être importante, en moins d'une année.

B- Le fonds de pension alimentaire

Il y a peu de temps, la législation algérienne ne connaissait pas le recouvrement direct des pensions, qui s'opère naturellement dans d'autres pays, tels que la France ou la Tunisie, grâce au recours au trésor public, ou à une caisse prévue à cet effet. Le législateur algérien a fini, tout récemment, par adhérer à l'idée que ce procédé faciliterait la tâche des créanciers d'aliments³⁵².

En effet, la loi n^o 15-01 du 04 janvier 2015³⁵³ porte création du fonds de la pension alimentaire, cette loi tant attendu, est venue mettre fin à la situation intenable des femmes divorcées auxquelles la garde des enfants a été confiée par décision de justice, ainsi qu'une pension alimentaire, et que le mari refuse de payer, et qui a été dernièrement abrogée par la loi n^o24-01 du 11/02/2024 portant mesures particulières pour l'obtention de la pension alimentaire³⁵⁴. Qui est venue réformer le cadre législatif d'intervention de l'Etat dans le domaine de la garantie du droit à la pension alimentaire, au profit des enfants et des femmes bénéficiaires, afin de combler les lacunes constatées lors de la mise en œuvre des dispositions de loi n^o15-01 du 04 janvier 2015.

Pour y remédier, la femme a deux options: soit elle a recours à la procédure de saisie des biens du débiteur, et se faire payer sur le prix de vente des biens saisis; soit elle opte pour la voie pénale en déposant plainte pour non versement de la pension alimentaire, un délit prévu et puni de 6 mois à 3 ans de prison et de 50.000DA à 300.000 DA³⁵⁵.

La procédure de saisie étant très compliquée et très onéreuse, il est très souvent fait appel à la plainte pénale ; mais même la voie pénale n'est pas suffisante pour garantir le versement régulier de la pension alimentaire, car très souvent le père récidive. En outre, au vu des dossiers traités par les tribunaux, il s'avère que le non versement de la pension

³⁵² Mostefa Kouidri, op.cit, p.9.

³⁵³ Loi du 04/01/2015 publiée au J.O.R.A., n0 01 du 07/01/2015.

³⁵⁴ Loi n^o 24-01 du 11 février 2024, portant mesures particulières pour l'obtention de la pension alimentaire, J.O.R.A n^o10 du 11février 2024. (Voir annexe n^o4).

³⁵⁵ Art 331 CPA.

alimentaire par le père est dû en majeure partie non à un refus délibéré, mais à l'incapacité de réunir la somme requise³⁵⁶.

C'est pourquoi, le fonds de pension alimentaire est un mécanisme juridique, ayant pour objectif d'assurer une meilleure protection de la famille. Son application intervient en cas de refus du père ou du conjoint de verser la pension alimentaire à la femme divorcée ayant la garde d'enfants mineurs. C'est aux services de la wilaya, chargés de l'action sociale, que revient la charge de verser les redevances financières aux bénéficiaires.

Dans le cas où le père refuse d'exécuter le jugement qui fixe la pension alimentaire, un procès-verbal est dressé par l'huissier de justice établissant la non-exécution³⁵⁷; et au vu de ce dernier, la bénéficiaire peut introduire auprès du juge une demande de bénéfices des redevances financières conformément à l'art 2 de loi n° 24-01

En vertu de l'article 5 de cette loi, une fois le juge saisi, il doit statuer dans un délai de 5 jours à compter de la date de dépôt de la demande, qui sera notifiée conformément à l'art 7 de la même loi par voie du greffe, au créancier et au débiteur de la pension alimentaire, ainsi qu'au secrétaire général de la cour dans un délai maximum de 2 jours.

Le secrétaire général de la cour ordonne le versement dans un délai de 25 jours à compter de la date de notification de l'ordonnance. Et les redevances financières continuent d'être versées mensuellement au créancier de la pension alimentaire, sauf sa déchéance ou sa révision par ordonnance³⁵⁸

Et suite à ça, c'est le directeur de l'action sociale de la wilaya qui se charge de l'exécution de la décision relative au versement de la pension alimentaire et doit ordonner le versement des redevances financières dans un délai maximum de 25 jours³⁵⁹. Le secrétaire général de la cour ordonne le versement dans un délai de 25 jours à compter de la date de notification de l'ordonnance, et les redevances financières continuent d'être versées mensuellement au créancier de la pension alimentaire sauf sa déchéance ou sa révision par ordonnance³⁶⁰.

³⁵⁶ www.brahimi-avocat.com.

³⁵⁷ Art 1 de la loi n°24/01.

³⁵⁸ Art 8 de la loi n° 24/01.

³⁵⁹ www.aps.dz.

³⁶⁰ Art 8 de la loi n°24/01.

Conformément à l'art 14 de la même loi, l'Etat prend en charge ces redevances financières par le biais du fonds de la pension alimentaire géré par le ministre de la justice à travers les secrétaires généraux des cours. Et c'est le trésorier de la wilaya qui procède au recouvrement des redevances financières, et ce en vertu d'un ordre de recette émanant du secrétaire général de la cour dans un délai ne dépassant pas 30 jours à dater de leur versement³⁶¹.

Il faut noter que, les ordonnances prévues dans ce domaine ne sont susceptibles d'aucune voie de recours conformément à l'art 19 de la même loi.

Il faut noter que les dispositions de la loi du 07 janvier 2015 n'étaient pas applicables aux montants de la pension alimentaire fixés par jugement antérieur à sa promulgation. En d'autres termes, cette loi n'a pas d'effet rétroactif. Par contre et selon l'art 23 de la nouvelle loi les dossiers en cours déposés dans le cadre des dispositions de la loi de 2015 seont transférés au secrétaire général de la cour territorialement compétent.

D'après un communiqué du 04 juillet 2019, le ministre de la solidarité nationale, de la famille et de la condition de la femme a déclaré que le nombre de bénéficiaires du fonds de pension alimentaire, depuis sa création en 2016 s'élevait à plus de 5.000 femmes ayant la garde des enfants³⁶².

§. 2^{ème} : Le droit à un logement

Le droit à un logement fait l'objet d'un désaccord dans les différents rites. La question est controversée chez les malékites³⁶³. Par contre, les hanafites estiment que le père doit payer le loyer d'une habitation à ses enfants, sauf si la hadina habite dans son propre logement³⁶⁴.

En droit algérien, par application de l'article 72 du CFA et après le prononcé du divorce, le mari en tant que père, doit assurer à la personne à qui est confié le droit de garde, un logement décent ou à défaut son loyer.

³⁶¹ Art 16 de la loi n°24-01.

³⁶² Ww.aps.dz

³⁶³ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.533-534.

³⁶⁴ Abderrahmane Hernane, op.cit., p.87.

L'alinéa 2 du même article ajoute que : «la femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal³⁶⁵ jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement ».

Cette disposition et ce changement positif apporté par l'ordonnance du 27/02/2005 met fin à la procédure prévue par les alinéas 2 et 3 de l'ancien article 52 aujourd'hui abrogé, et qui aboutissait à n'accorder le droit au logement à la femme divorcée et qui a la garde des enfants. Même la jurisprudence avait confirmé que la hadina doit avoir la garde de plusieurs enfants pour pouvoir bénéficier d'un logement en ayant deux avis différents. Le premier par le biais de deux arrêts un du 18/04/1984 et l'autre du 07/10/1985, et qui n'ont reconnu le droit au logement qu'à la femme qui a trois enfants ou plus³⁶⁶; et le deuxième, c'est par l'arrêt du 06/04/1987³⁶⁷ qui s'est basé sur l'article 467/2 du CCIV qui stipule que : «en cas de divorce, le juge peut désigner l'époux qui bénéficie du droit au bail compte tenu des charges par lui compte tenu des charges assumées, notamment de la garde des enfants ». Ceci veut dire que la hadina ne peut bénéficier du droit de logement que si elle a la garde de plus d'un enfant, alors que cette position était contraire à l'intérêt de l'enfant parce que, quel que soit le nombre, il est très important qu'ils aient un toit pour vivre. La nouvelle disposition a mis fin aussi à la condition que la hadina ne peut bénéficier d'un logement que si elle n'a pas de tuteur qui accepte de l'héberger et selon les possibilités du mari tout en excluant le domicile conjugal s'il est unique.

En revanche, ce droit peut toujours être remis en cause si elle se remarie, ou s'il est établi qu'elle a commis une faute immorale.

Pour ce qui est de l'alinéa 2 de l'article 72 CFA, le législateur n'a pas été très clair quand il a utilisé la phrase «rester dans domicile conjugal» parce que ça laisse entendre que la hadina est toujours la mère, alors que cela est faux, elle peut être la tante ou la grand-mère par exemple³⁶⁸.

³⁶⁵ Il est préférable que le législateur échange ce terme par le domicile de l'ex-mari, parce qu'après le prononcé du divorce il n'y a plus de domicile conjugal puisque il n'y a plus de vie conjugale.

³⁶⁶ Cour Suprême, ch. sp, 18/04/1984, dossier n° 34630 ; 07/10/1985, dossier n° 38095, non publiés, cités par Ghaouti Benmelha, op.cit., p. 232. 153. تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 153.

³⁶⁷ Cour suprême, ch. sp, 06/04/1987, doss n° 45454, non publié, cité par Ghaouti Benmelha op. cit, p. 232. 153. تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص. 153.

³⁶⁸ باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008، ص. 89.

Aussi, le divorce en droit algérien est toujours irrévocable, donc la femme est considérée comme étrangère ; comment peut-elle rester dans une maison qui devient forcément un lieu étranger pour elle ?

§. 3^{ème} : Le salaire de la hadina

Le législateur algérien, contrairement au marocain³⁶⁹ et tunisien³⁷⁰, n'a fait aucune allusion au droit à un salaire en contre partie de la lourde tâche attribuée à la hadina. Ce qui nous pousse et conformément à l'article 222 CFA à se retourner vers la charia islamique pour combler ce vide juridique.

Les juristes musulmans font la différence entre le cas où la hadina est autre que la mère, et sont tous d'accord sur le principe qu'elle a droit à un salaire comme rémunération de ce qu'elle fait. Par contre, les avis diffèrent quand la hadina est la mère :

- Les malékites considèrent qu'elle n'a pas le droit à une rétribution pour les l'accomplissement de cette tâche³⁷¹.
- Mais, pour les chafeits et les hanbalites la mère a droit à un salaire en contre partie de la garde de ses enfants³⁷².
- De même, les hanafites estiment que la hadina a droit à une rétribution pour les soins qu'elle donne à l'enfant et même à une servante dans certains cas lorsque le père est en mesure de supporter les frais³⁷³.

Donner un salaire à la hadina, à notre avis, ne peut que contribuer au bien-être de l'enfant et aider la hadina à exercer convenablement cette tâche qui est souvent très coûteuse.

§. 4^{ème} : Le droit de visite

Les juristes musulmans sont unanimes sur l'attribution du droit de visite qui permet selon eux de maintenir les liens familiaux

لقوله تعالى : " وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ... " ³⁷⁴.

³⁶⁹ L'article 167/2 de la moudawana marocaine dispose que : « la mère ne peut prétendre à rémunération pour la garde de ses enfants durant la relation conjugale et pendant l'accomplissement de la période de viduité, en cas de divorce révocable ».

³⁷⁰ L'article 65 du code de la famille tunisien dispose que : « la titulaire de la garde ne touchera de salaire que pour la lessive et la préparation des aliments et autres services conformes aux usages ».

³⁷¹ محمد الدسوقي، المرجع السابق، ص.534.

³⁷² Louis Molliot, op. cit, p.154.

³⁷³ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص. 479.

وقوله: ".... وَأَتَقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا" ³⁷⁵.

وعن عائشة رضي الله عنها، قال الرسول "ص": " الرحم متعلقة بالعرش تقول: من وصلني وصله الله، ومن قطعني قطع الله" ³⁷⁶.

En droit musulman, si l'enfant est sous la garde de sa mère, elle ne peut empêcher son père de le voir, par contre rien ne l'oblige à le lui envoyer. De même, si ce dernier est le gardien de l'enfant, il ne peut empêcher sa mère de le voir, mais il n'est pas obligé de le lui envoyer.

Selon l'imam Abou Zahra : « la hadina n'a pas le droit d'interdire au père de visiter son fils, mais elle est nullement obligée de le lui envoyer, et dans le cas où la mère est déchue de son droit de garde, le père ne peut lui aussi l'empêcher de voir son fils mais il n'est pas obligé de le lui envoyer » ³⁷⁷.

Ceci est contraire au principe de l'intérêt de l'enfant, car souvent le divorce fait naître une rancune et une vengeance entre les partis, et ne pas être obligé d'envoyer l'enfant chez son père ou dans le cas contraire chez sa mère peut être utilisée comme moyen de vengeance qui va à l'encontre du principe de l'intérêt de l'enfant, lequel, pour son équilibre et son épanouissement, a besoin de ses deux parents.

Dans le cas où l'enfant réside avec sa mère et son époux, en droit musulman, la visite du père de l'enfant dépend de l'autorisation du mari.

En cas de divorce, les principes de stabilité et de continuité de l'environnement de l'enfant exigent que l'enfant garde relation avec ses deux parents, l'éviction d'un parent peut être ressentie comme frustrante et traumatisante pour l'enfant, et occasionner chez lui un sentiment d'abandon ou de culpabilité. C'est ce que le législateur veut éviter à tout prix.

L'article 64 du CFA a répondu à ce besoin en obligeant le juge qui prononce l'ordonnance de dévolution de la garde à accorder le droit de visite à l'autre parent qui est souvent le père, et ce dans l'intérêt de l'enfant, et ceci même s'il ne l'a pas expressément demandé, ce qui fait exception à la règle préconisant que : le juge n'a pas le droit de statuer sur un fait qui n'a pas été soulevé par les partis.

³⁷⁴سورة النساء، الآية 36.

³⁷⁵سورة النساء، الآية 1.

³⁷⁶رواه البخاري و مسلم، عن سعد التجاني، اللّالي و الدرر في الأداب و المحاسن الغرر، مطبعة المنار، تونس، (د،ت،ط)، ص.24.

³⁷⁷محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.411.

Prendre seul cette décision qui vise à préserver la relation de l'enfant avec sa famille est dans l'intérêt de l'enfant vu l'importance de cette dernière dans sa vie et son épanouissement.

Et vu l'importance de ce droit, la loi le protège et inflige des sanctions pénales dans le cas de sa violation³⁷⁸.

Aux termes de l'article 64 précité, seules les personnes qui sont citées dans l'ordre de dévolution de la hadana, ont le droit de proclamer le droit de visite.

Ainsi, la jurisprudence algérienne considère les grands parents parmi les personnes ayant droit de recevoir et visiter leurs petits-enfants. La Cour Suprême dans l'un de ses arrêtés a confirmé un jugement qui a accordé le droit de visite au grand-père paternel, sous le motif que comme ce dernier est obligé d'entretenir son petit enfant, dont le père est mort il a droit aussi de lui rendre visite³⁷⁹.

Donc, le fondement du droit de visite se situe dans la parenté³⁸⁰ et ce, pour la simple raison de pouvoir surveiller l'enfant du point de vue de son éducation, sa santé, ainsi que son comportement. Le droit de visite est le moyen de surveiller la hadana dans son exercice de la hadana.

Malgré l'importance qu'accorde le législateur au droit de visite, il ne mentionne pas, en revanche, sur quelle base le juge accorde ce droit ni pour combien de temps ; ce qui laisse libre champ au juge de décider de ce qui est dans l'intérêt de l'enfant.

En ce qui concerne la durée de tel droit, la jurisprudence de la Cour Suprême a décidé que le père a le droit de voir ses enfants au minimum une fois par semaine³⁸¹.

Par ailleurs, pour ce qui est du lieu de visite, la Cour Suprême a statué que celui qui détient le droit de garde doit faciliter à l'autre l'exercice de son droit sans conditions et sans surveillance. Ainsi, elle a rejeté un arrêt de la Cour qui avait autorisé la visite de l'enfant par sa mère à condition que sa se fasse dans la maison du père³⁸².

³⁷⁸ Art.328 CPA.

³⁷⁹ Cour Suprême, ch. Sp., 21/04/1998, doss n° 189181, Rev. Jud., 2001, n° spécial, p.192.

³⁸⁰ Farouk Mechri, op.cit, p.90.

³⁸¹ Cour Suprême, ch.sp., 16/04/1990, doss n° 59784, Rev. Jud., 1992, n°1, p.55.

³⁸² Cour Suprême, ch.sp., 30/04/1190, doss n° 79891, Rev. jud, 1992, n°1, p.55.

Accorder ce droit au parent chez qui l'enfant ne vit pas est conforme à la CIDE, qui s'était montrée soucieuse de la nécessité de ce droit. Cette considération se retrouve dans de nombreuses dispositions du texte international³⁸³.

Section 2^{ème} : La fin de la hadana et les incidents inhérents à cette dernière

Le droit de garde est un droit provisoire, qui s'arrête après une durée précise déterminée par la loi, mais il se peut que ce droit se heurte à des obstacles.

§. 1^{ère} : La fin de la hadana par sa mise à terme

La majorité des juristes sont d'accord sur le fait que la hadana débute de la naissance de l'enfant jusqu'à l'âge de discernement. Par contre, ils ont des avis différents sur son maintien après cet âge ou non.

- Pour les hanafites, il y a deux opinions, la première préconise que l'enfant male doit rester auprès de sa mère jusqu'à ce qu'il puisse manger, boire et faire sa toilette seul. Autrement dit, lorsqu'il acquiert une sorte d'indépendance. Par contre, la fille doit rester auprès de sa mère jusqu'à ses premières règles. Pour les détenteurs de la seconde opinion, l'âge de l'indépendance du garçon est de 7 ans, tandis que celui de la fille est de 9 ans.
- Pour les malékites, l'imam Malik disait : la garde doit continuer jusqu'à ce que le garçon atteigne l'âge de l'adolescence, et pour la fille jusqu'à ce qu'elle se marie³⁸⁴.
- Pour les shaféites, l'imam shafii, d'opinion différente, estimait que «si un enfant atteint l'âge de 7 ou 8 ans, il faut lui donner le choix de rester auprès de sa mère ou d'aller avec son père, ou encore, quiconque il aura choisi. Le juge doit agir en conséquence en se basant sur son opinion³⁸⁵.
- Pour les hanbalites, l'imam Ahmed disait : «si l'enfant atteint l'âge de sept ans, il doit choisir entre ses parents. Par conséquent, s'il choisit son père, il peut aller avec lui jour et nuit pour que le père puisse l'élever et l'éduquer, mais personne n'a le droit de l'interdire qu'il voit sa mère, il va le détourner de sa mère, ce qui est contre la religion islamique. Ainsi, s'il est malade, personne ne peut empêcher sa mère de le soigner.

³⁸³ Goudet Gaëlle, De l'intérêt de la famille comme institution à l'intérêt de l'enfant comme sujet, DEA de sociologie de droit, Université de Paris 2, Panthéon-Assas, juin 2003, p.66.

³⁸⁴ الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج.4، الطبع والنشر مكتبة النجاح، طرابلس، د.س.ط، ص.214؛ الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.5، دار السعادة، القاهرة، 1323هـ، ص.38.

³⁸⁵ الإمام الشافعي، الأم، ج.10، طبعة الأميرية، القاهرة، 1321، ص.236.

Si l'enfant choisit sa mère, il peut lui être laissé pendant la nuit, et aller avec le père pendant le jour pour que ce dernier puisse lui apprendre une profession ou faire son éducation.

Ensuite, si l'enfant choisit son père à nouveau, il faut respecter son opinion, ainsi de suite. Nous devons agir selon son désir, disait l'Imam Ahmed, mais s'il est prouvé qu'il choisit celui qui l'aide à jouer et à faire des bêtises et qu'il déteste celui qui lui apprend la politesse et le savoir, alors il faut ignorer son désir. L'Imam Ahmed poursuivait : s'il ne choisit aucun de ses parents ou les choisit tous les deux, nous choisirons au hasard entre les deux³⁸⁶.

L'école hanafite a répondu à ces problèmes de choix en disant : si on donne le choix à l'enfant, il peut choisir comme parent gardien celui qui lui permet le plus de s'amuser. Il ne va pas choisir celui qui l'enseigne et l'éduque. En outre, si nous suivons l'opinion de l'enfant, nous ferons reposer nos décisions et nos jugements sur les opinions des enfants, ce qui est interdit en Islam³⁸⁷.

Suite à ces avis qui diffèrent sur la question de la fin de la hadana, ce que nous pouvons constater c'est que l'âge de discernement chez eux est très tôt, à 7, 8 ou 9 ans l'enfant ne peut être indépendant, ce qui est contraire au but que la hadana basée primordialement sur l'intérêt de l'enfant.

L'article 65 du CFA dispose que : «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. 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. Toutefois, il sera tenu compte, dans le jugement mettant fin à la garde, de l'intérêt de l'enfant».

Ainsi, la hadana a une durée déterminée, et le législateur fait la différence entre la durée consacrée au garçon étant de 10 ans et celle consacrée à la fille étant fixée à l'âge du mariage, c'est-à-dire 19 ans selon l'article 7 du CFA. Arrivé à ces âges, la hadana prend fin automatiquement Or, le législateur a mis une exception dans le même article en permettant au juge de prolonger la hadana dans l'intérêt de l'enfant avec des conditions :

³⁸⁶ ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج 4 و 5، ط 1، محمد عبد اللطيف، القاهرة، 1928، ص. 135.

³⁸⁷ الزيلعي، المرجع السابق، ص. 48.

- 1) Le prolongement concerne le garçon, mais pas la fille, il ne serait en aucun cas prolonger la hadana pour la fille une fois l'âge du mariage atteint.
- 2) L'âge maximum du prolongement est de 16 ans. Or, il aurait fallu le laisser à l'appréciation du juge, c'est lui qui est apte à décider si l'enfant a atteint l'âge suffisant pour mettre un terme à la hadana.
- 3) La demande de prolongement n'est accordée qu'à la mère.
- 4) Il faut que cette mère hadana ne soit pas remariée.
- 5) La demande du prolongement doit être déposée dans l'année qui suit la fin des dix ans, sinon elle sera déchu de ce droit³⁸⁸.

§. 2^{ème} : Les incidents inhérents à l'exercice de la garde

L'exercice de la hadana risque de se heurter à certains obstacles, tels que la déchéance de la hadana (A) ou l'inaptitude à l'exercer (B).

A- La déchéance du droit de garde

La hadana peut être déchu de son droit de garde pour des motifs bien déterminés par la loi.

a - Changement du statut matrimonial et renonciation

L'article 66 du CFA dispose que : «la titulaire du droit de garde se mariant avec une personne liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé, est déchu de son droit de garde. Celui-ci cesse également par renonciation tant que celle-ci ne compromet pas l'intérêt de l'enfant».

Donc, le remariage de la hadana peut être considéré comme une sorte de renonciation implicite de sa part (1), comme elle a droit de le faire d'une façon explicite (2).

1-Changement du statut matrimonial

En droit algérien, lorsqu'une femme divorcée se remarie, elle perd la garde de ses enfants, contrairement à un homme qui peut refaire sa vie sans condition. Ceci dit, le remariage de la hadana est une cause involontaire de déchéance du droit de garde. Il en va de même, en cas de décès de son mari, si elle se remarie avec une personne non liée à l'enfant par un degré prohibé de parenté.

³⁸⁸ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص. 299.

En pratique, il suffit à l'ex-conjoint de présenter à la justice une preuve du remariage de son ex-épouse pour lui retirer l'enfant.

La Cour Suprême n'a pas manqué de mettre en pratique cette règle en confirmant une décision qui déclare déchue de son droit de garde une mère, pour s'être remarié avec une personne non liée à l'enfant par un degré de parenté prohibé³⁸⁹.

De même, aux termes de l'article 70 du CFA, la grand-mère maternelle ou la tante maternelle est déchue du droit de garde, si elle cohabite avec la mère de l'enfant gardé. Cette exclusion est évidemment applicable à toute autre hadina (article 66 CFA)³⁹⁰. Dans ce sens, la Cour Suprême souligne que : «la mère est déchue légalement de la garde, lorsqu'elle se remarie avec un étranger ; la garde est dès lors confiée à la grand-mère, à condition qu'elle ne soit pas remariée à son tour, qu'elle ne cohabite pas avec sa fille et qu'elle soit apte à assurer la garde»³⁹¹.

La question qui se pose est de savoir si ces textes vont dans l'intérêt de l'enfant ? Ne méritent-ils pas d'être humanisés dans l'intérêt de la gardienne et notamment de l'enfant ? Surtout que l'article 66, par son caractère discriminatoire et sa non-prise en compte de l'intérêt de l'enfant, est contraire à la constitution, ainsi qu'aux fondements religieux.

Les juristes musulmans ne sont pas unanimes sur cette question, d'aucuns³⁹² pensent que la hadina doit être déchue de son droit de garde si elle se marie avec un étranger, en se basant sur le hadith de AMROU BEN CHOUAIB qui dit que :

" أنت أحق به ما لم تنكحي"³⁹³.

D'autres³⁹⁴, par coontre, soutiennent que le remariage de la hadina n'est dans aucun cas un motif de déchéance de son droit de garde, en se basant sur le Coran :

في قوله عز وجل "وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرِّضَاعَةَ"³⁹⁵.

³⁸⁹ Cour Suprême, ch.sp, 18/05/2005, doss n°331058, www.droit.mjustice.dz.

³⁹⁰ Mostefa Kouidri, op.cit., p.135.

³⁹¹ Cour Suprême, ch.sp, 20/06/1998, doss n° 50011, www.droit.mjustice.dz.

³⁹² أصحاب هذا الرأي مالك والشافعي وأبو حنيفة وأحمد في المشهور عنه والإباضة، الدسوقي، المرجع السابق، ج.2، ص.490-491، الشافعي، الأم، ج.5، دار الشعب، القاهرة، 1968، ص.82-83.

³⁹³ الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.5، دار السعادة، القاهرة، 12321هـ، ص.43.

³⁹⁴ هو رأي الحسن البصري وقول ابن حزم الظاهري وهو مروى عن عثمان بن عفان، الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج.6، طبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، د.س.ط، ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج.4 و5، ط1، محمد عب اللطيف، القاهرة، 1928، ابن حزم الأندلسي، المحلى بالاثار في شرح المحلى بالإختصار، مطبعة النهضة، القاهرة، 1347، ج.10، منشورات المكتبة التجارية للطباعة، بيروت، د.س.ط، تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.578.

Ce qui laisse dire que l'enfant ne doit pas être séparé de sa mère au moins dans les deux ans qui suivent sa naissance.

و قوله أيضا: " وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ " ³⁹⁶.

Ce qui ressort de ce verset, selon eux, c'est que si le remariage de la hadina lui fait perdre son droit, comment expliquer alors que la belle fille ait grandi dans les bras de son beau-père !³⁹⁷

Selon un troisième avis, le remariage de la hadina la déchoit de son droit de garde du garçon sans la fille, en se basant sur le hadith qui raconte qu'il y a eu un conflit entre ALI et DJAAFER et ZAYD BENO HARITHA sur la garde de la fille de HAMZA, et le Prophète *عليه الصلاة والسلام* avait attribué la garde de cette dernière à sa tante maternelle, qui est la femme de DJAAFEER³⁹⁸.

Ainsi donc, les opinions des juristes musulmans sont très différentes sur cette question, et cela ne s'explique que par la volonté de chacun d'eux de promouvoir l'intérêt de l'enfant. La preuve, même certains juristes ont émis des exceptions à leurs règles :

- D'après les malikites, la mère hadina peut garder son enfant même si elle se remarie, à condition qu'elle déclare sa volonté de le garder, et que la personne ayant droit ne se manifeste pas au bout d'une année sans raison, elle peut le garder aussi si il est bébé pendant deux ans, ou si c'est un garçon³⁹⁹.
- Pour les chaféites, la hadina peut garder son enfants dans deux cas : le premier, quand le mari de la mère a droit à la hadana tout juste après elle, ou bien dans le cas du consentement du mari de la hadina et le père biologique, avec le droit de se rétracter à tout moment⁴⁰⁰.

³⁹⁵ سورة البقرة، الآية 233.

³⁹⁶ سورة النساء، الآية 23.

³⁹⁷ ابن حزم الأندلسي، المرجع السابق، ص.323؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.579.

³⁹⁸ ابن قدامة، المرجع السابق، ج7، ص.619.

³⁹⁹ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.585.

⁴⁰⁰ تشوار حميدو زكية. المرجع نفسه، ص.586.

Donc, cette mesure prise par le législateur algérien confirmée par les arrêts de la Cour Suprême qui déchoit la hadina de son droit de garde dans le cas où elle se remarie⁴⁰¹, elle est fondée sur la coutume. A l'époque, quand une femme perdait son mari, elle se remariait avec son beau-frère pour éviter de voir l'enfant dans une autre famille. C'est de cela que s'inspire l'article 66 du CFA⁴⁰².

Il faut souligner aussi que le sens de la famille a beaucoup évolué, la famille élargie traditionnelle, où les individus étaient au service du groupe familial n'existe pratiquement plus ; et c'est la famille moderne qui prend place, qui s'articule généralement autour du père et de la mère et des enfants. Donc, l'oncle paternel, par exemple, qui vivait sous le même toit que son frère et ses enfants pouvait leurs offrir en se mariant avec leur mère la même éducation et le même cadre de vie qu'ils avaient avec leur père. Chose qui n'existe plus dans le cadre de la famille actuelle dite famille nucléaire.

Pour toutes ces raisons, le législateur algérien est tenu de revenir à la raison et rectifier cette injustice. Ce qui est permis à l'homme doit être permis à la femme en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant et de son opinion. Rappelant qu'en 2018, le conseil national des droits de l'homme avait déjà proposé dans son rapport remis à la présidence l'attribution du droit de garde à la mère, en vertu d'une décision de justice émise par un juge des affaires familiales, après une enquête sociale et en tenant compte du souhait de l'enfant.

Ce qui semble avoir été pris en con sidération par certains magistrats comme le montrent les statistiques du ministère de la justice enregistrée entre 2016 et 2020⁴⁰³. Et ça malgré l'article 66 in fine qui, pour beaucoup, était rédhibitoire ; d'où l'intérêt d'abroger l'alinéa 1 de l'article.

⁴⁰¹ Selon les chiffres du ministère de la justice, entre 2016 et le premier trimestre de l'année 2020, 6138 affaires de déchéance de la mère de son droit de garde après son remariage ont été jugées. Près de 62% des décisions retiraient la garde à la mère, Yasmine Sellami, Médiapart, 2/01/2022, [www. acg..org](http://www.acg..org).

⁴⁰² L'annulation de l'article 66 du CFA est la revendication principale d'une mobilisation de citoyens algériens afin de dénoncer l'injustice de cet article, qui engendre des situations précaires et parfois tragiques. Et afin de faire entendre leurs voix, elles ont adressées une lettre ouverte au Président de la république et aussi au ministre de la justice et aux membres du parlement, pour l'annulation des articles 65,66,70 et la révision de l'art 64 du code de la famille, afin de protéger les intérêts de l'enfant, en se référant au verset coranique 23 de sourate «El Nissa », où il est stipulé que l'époux de la mère est un mahram chaari, et par conséquence, cela donne le droit à la mère de préserver le droit de garde même en cas où elle se remarie. www.reporters.dz.

⁴⁰³ Sur cinq ans, 38% des jugements ont opté pour le maintien de la garde à la mère, et ce pourcentage a atteint 41% en 2019 et 40.8% pour le trimestre de 2020. www.liberte-algerie.com.

Une autre question se pose, qui est de savoir si la déchéance du droit de garde pour cause de remariage de la hadina est définitive ou pas ?

La déchéance n'étant pas définitive, la Cour Suprême a rejeté un pourvoi en déclarant : «mais attendu que l'arrêt critiqué a répondu au demandeur au pourvoi que l'article 71 du code de la famille permet le rétablissement du droit à la hadina lorsque disparaît la cause qui en a motivé la déchéance »⁴⁰⁴.

Il faut souligner que la décision, objet du pourvoi, est relative à un remariage de la hadina avec une personne non liée à l'enfant par une parenté au degré prohibé. Ceci d'autant plus, qu'auparavant, elle n'a pas manqué de proclamer : «il est également admis que le droit à la hadana se rétablit lorsque cesse la cause involontaire de sa déchéance, qu'il s'ensuit que la décision qui contredit ce principe viole la loi; qu'il est constant en l'espèce que la mère a été frappée de déchéance du droit de garde, que la Cour en lui attribuant la garde, lorsque son mariage avec un étranger est un acte consensuel et volontaire a enfreint la loi, qu'ainsi l'arrêt dont pourvoi doit être cassé»⁴⁰⁵.

Une autre décision de la Cour Suprême souligne qu' : «il est admis légalement et en jurisprudence que la mère ne peut revendiquer la garde après y avoir renoncé volontairement»⁴⁰⁶.

Notons, au passage, la contradiction notoire de ces différentes décisions de la Cour Suprême. Or, nous pensons que le problème réside dans l'interprétation de l'article 71 CFA qui dispose que : «le droit de garde est rétabli dès que la cause involontaire qui en a motivé la déchéance disparaît».

Donc, en vue de mettre fin à ces contradictions, il serait préférable de reformuler l'article 71 comme ceci : «le droit de garde est rétabli, dans l'intérêt de l'enfant gardé, dès que cesse la cause qui en a motivé la déchéance ». Le caractère volontaire, ou involontaire de la renonciation importe peu⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ Cour Suprême, ch.sp, 21/07/1998, doss n^o201336, Rev. jud, 2001 n^o spécial, p.178.

⁴⁰⁵ Cour Suprême, ch.sp, 05/02/1990, doss n^o 58812, Rev. jud, 1990, p.58.

⁴⁰⁶ Cour Suprême, ch.sp, 27/03/1989, doss n^o53340, Rev. jud, 1990, n^o3, p.87.

⁴⁰⁷ Mostefa Kouidri, op. cit., p.136.

2-Renonciation au droit de garde

Le titulaire du droit de garde est déchu de son droit, par renonciation, à condition que celle-ci ne compromette pas l'intérêt de l'enfant (article 66 CFA).

La Cour Suprême souligne qu' : «il établit selon la charia et la loi, que la renonciation à la hadana est acceptée dans le cas où il y a une autre personne qui l'accepte et apte à reprendre ce droit, dans le cas contraire elle sera refusé »⁴⁰⁸.

Il est établi dans un autre arrêt, que la renonciation n'est pas prise en compte si elle compromet l'intérêt de l'enfant⁴⁰⁹.

Donc, même si la hadana est un droit de la hadana, la renonciation à ce droit ne dépend pas de sa volonté ; la décision revient à l'appréciation du juge qui est tenu de promouvoir l'intérêt de l'enfant, et ceci est conforme aux espérances de la CIDE⁴¹⁰.

La question qui se pose est celle de savoir si la renonciation au droit de garde établie par un jugement est définitive, ou par contre, son titulaire peut par la suite réclamer ce droit ?

La Cour Suprême statuant sur ce cas, a souligné que la renonciation au droit de garde par la mère, n'empêche pas de la lui attribuer par la suite si l'intérêt de l'enfant le nécessite »⁴¹¹.

Une autre question se pose, qui est de savoir si la mère peut renoncer à son droit de garde comme moyen de compensation pour obtenir le divorce par le biais du khol'a ?

Cette question a fait l'objet de plusieurs avis et a suscité l'intérêt de la doctrine et de la loi, ainsi que la jurisprudence.

Du point vue doctrinale, on retrouve plusieurs avis : les premiers soutiennent que le khol'a est accepté avec la nullité de la compensation qui est contraire à l'intérêt de

⁴⁰⁸ Cour Suprême, ch.sp, 19/12/1998, doss n° 51894, re.jud, 2001, éd.spécial, p.70.

⁴⁰⁹ Cour Suprême, ch.sp, 21/04/1998, doss n° 189234, Rev.jud, 2001, éd..spécial, p.175.

⁴¹⁰ Il faut souligner que l'article 13 du projet de codification de la charia islamique ne permet pas à la personne hadana proche de l'enfant de renoncer à sa garde, sauf dans le cas ou une autre personne qui vient après elle dans l'ordre de dévolution accepte de garder l'enfant. تشوار حميو زكية، المرجع السابق، ص.522.

⁴¹¹ Cour Suprême, ch.sp, 20/04/1998, doss n° 220470, Rev. jud, 2001, éd. spécial, p.181.

l'enfant⁴¹², alors que d'autres n'acceptent même pas le khol'a quand il s'agit de renoncer aux enfants, en justifiant que l'intérêt de l'enfant est de rester avec sa mère⁴¹³.

Contrairement à ces deux opinions, une minorité de la doctrine permet à la mère de se débarrasser du lien conjugal en renonçant à son droit de garde comme moyen de compensation⁴¹⁴.

Du point de vue juridique, la plupart des législations arabes⁴¹⁵ sont d'accord avec le premier avis de la doctrine. Pour ce qui est du droit algérien, on ne retrouve aucun texte dans ce sens parmi les articles consacrés à la hadana, mais qu'on peut conclure en abordant les articles consacrés au divorce, et notamment l'article 54 qui dispose que : «l'épouse peut se séparer de son conjoint, sans l'accord de ce dernier, moyennant le versement d'une somme à titre de khol'a ». Par application de cet article, on déduit que la compensation ne peut être autre qu'une somme d'argent, ce qui laisse entendre que la garde des enfants ne peut pas être utilisée comme moyen de compensation pour mettre fin à la vie conjugale par le biais du khol'a en droit algérien. La jurisprudence algérienne va dans ce sens⁴¹⁶.

b- L'immoralité de la hadana et son influence sur l'enfant

L'éducation favorise l'épanouissement de l'enfant, elle lui permet de développer sa personnalité et son identité. L'éducation permet, notamment, de lui transmettre les bons principes et les bonnes valeurs de la vie. Etre élevé par une personne immorale va forcément fausser les principes d'une bonne éducation.

1 - L'immoralité de la hadana

La 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.

⁴¹² محمد البشير محمد الحاج الحجاز، آثار الفرقة بين الزوجين، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، 1400هـ، ص.328.
⁴¹³ أحمد نصر الجندي، الطلاق والتطليق وأثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004، ص.589.

⁴¹⁴ Ghouti Benmelha, op.cit., p.232. C'est aussi l'avis des malikites qui permettent de renoncer au droit de garde pour obtenir le khol'a à condition que cela ne porte pas préjudice à l'enfant, et que le père soit apte à le garder, أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص.588.

⁴¹⁵ L'article 119 alinéa 1 de la moudawana marocaine dispose que : «en cas d'insolvabilité de la mère, la compensation en contre partie de son divorce par khol'a, ne doit pas être acquittée aux dépens des droits des enfants ou de leur pension alimentaire ». Le législateur algérien, contrairement aux législations arabes, n'admet pas le divorce par khol'a. L'art 103 du code de la famille syrien, considère aussi la compensation nulle quand elle est proposée comme contrepartie du khol'a.

⁴¹⁶ Cour Suprême, ch.sp, 08/02/1982, doss n° 26709, Rev.jud, 1982, n° sp, p.258. Cour Suprême, ch.sp, 22/04/1985, doss n° 36709K Rev.jud, 1989, n° 1, p.92.

L'éducation et l'instruction de l'enfant favorisent son épanouissement son développement intellectuel, c'est de ses relations avec le milieu et presque exclusivement avec sa famille, surtout dans son plus jeune âge, que dépendent son équilibre et l'évolution normale de son affectivité⁴¹⁷.

La hadina, avec qui l'enfant va grandir et apprendre, doit assumer cette responsabilité de manière aussi exemplaire que possible. Des comportements de sa part pouvant faire entrave aux exigences de la hadana, et de ce fait entraîner la déchéance de cette dernière.

L'Algérie est l'un des pays qui veille à ce que l'enfant grandisse avec une mère digne de lui offrir une éducation irréprochable. Ceci dit, la jurisprudence a toujours été catégorique sur ce point, et cela date même de très loin, dans un arrêt du 16 novembre 1916 la chambre de révision musulmane a considéré que : «la moralité de la hadina doit être certaine et les mœurs irréprochables, sa conduite ne doit pas être suspectes»⁴¹⁸.

Un arrêt de la Cour Suprême, plus récent, souligne que : «il est constant selon le fiqh et la loi, que la 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, il s'ensuit que la décision qui contredit ce principe viole la loi : en l'espèce, il est établi qu'en attribuant la garde des trois filles à leur mère sur la base d'une considération sentimentale, en dépit de la preuve de ses mauvaises mœurs, la Cour a violé la loi, que des lors l'arrêt dont pourvoi encourt la cassation»⁴¹⁹.

Une autre décision de la Cour Suprême, rapporte que les magistrats de la Cour d'appel ont désapprouvés un jugement pour avoir, par dénaturation des termes des débats et défaut de motifs, prononcé la déchéance de la dame de son droit à la hadana de ses deux enfants au seul motif, qu'elle reconnaissait l'adultère qui lui était reproché, alors qu'elle a toujours affirmé avoir subi, sous la contrainte, des relations avec son beau-frère⁴²⁰.

L'adultère fait partie des plus importantes causes de déchéance, ainsi la Cour Suprême rejette une décision de la Cour d'Oran pour avoir confié la garde des trois enfants à leur mère, malgré sa condamnation au pénal pour adultère. Il est mentionné dans l'arrêt

⁴¹⁷ A. Benamor, L'évolution de la famille en Tunisie et la réglementation actuelle du droit de garde, R.J.P.I.C, 1967, n°1, p.32.

⁴¹⁸ Ch.rév.mus, Alger, 16/11/1916, Recueil Nores, n°125.

⁴¹⁹ Cour Suprême, ch.sp, 22/05/1989, dossier n° 53578, Rev. Jud., 1994, n° 04, p.99.

⁴²⁰ Cour Suprême, ch.civ, 15/05/1968, Rev. Jud, t 1, p.32.

que l'infraction d'adultère n'influence pas sur l'entretien et l'éducation des enfants par l'épouse divorcée.

«Attendu, énonce la Cour Suprême, que l'article 62 du code de la famille a défini la hadana comme étant l'entretien de l'enfant gardé, constituant en l'éducation et la scolarisation, la vigilance en vue de sa sauvegarde physique et mentale, de même que ce texte a posé comme condition dans son dernier paragraphe que le gardien soit apte à assumer les taches précitées.

Attendu que le délit d'adultère est l'une des plus importantes causes de déchéance de la garde selon la charia et la loi hormis le cas du petit enfant qui ne saurait se passer de sa mère. D'où, il suit que le moyen est fondé... »⁴²¹.

Donc, la règle est, en droit algérien, c'est la déchéance du droit de garde pour cause d'immoralité, sauf exception énoncée par l'alinéa 3 de l'article 67 du CFA qui dispose que : «toutefois, il sera tenu compte, dans tous les cas, de l'intérêt de l'enfant».

La déchéance, pour les raisons de mauvaises conduites, s'appliquent aussi pour la grand-mère. Dans ce sens, la Cour Suprême souligne : «la déchéance de la mère pour moralité douteuse entraîne, du même coup la déchéance de la grand-mère maternelle qui n'est plus digne de confiance»⁴²².

2- L'influence fâcheuse sur l'enfant

Le titulaire de la garde qui exerce une mauvaise influence sur l'enfant gardé, en s'efforçant de le détourner de l'autre parent et lui inculquer la haine ou l'indifférence à son égard, peut être déchue de son droit de garde. Le problème ici réside dans la preuve de cette cause de déchéance.

En ce qui concerne la condition de la confession, Cette dernière n'est pas imposée à la personne qui détient le droit de garde, la seule chose exigée par la loi conformément à l'article 62 CFA, c'est que le titulaire du droit de garde élève l'enfant selon les principes de l'Islam, et ne lui impose pas d'être musulman pour pouvoir le faire.

La déchéance ne saurait être invoquée tant que la mère n'a pas essayé de détourner l'enfant de la religion de son père. A ce propos bien avant la promulgation du code de la

⁴²¹ Cour Suprême, ch.sp, 10/09/1997, doss n^o171684, n^ospécial, 2001, p.169.

⁴²² Cour suprême, ch.sp, 09/01/1984, doss n^o 31997, rev.jud, n^o1, p.73.

famille, la Cour Suprême rappelant le principe de l'éducation de l'enfant dans la religion de son père, a annulé une décision qui a attribué la garde à une mère de confession chrétienne, après avoir constaté que celle-ci a entendu élever les enfants dans sa propre religion, ainsi qu'il ressort du registre relatif au catéchisme tenu à l'église et d'attestations délivrées par les services religieux⁴²³.

c - La non réclamation du droit de garde et l'éloignement de l'enfant

Si la personne qui a droit à la hadana ne la réclame pas, ou si cette dernière éloigne l'enfant de la personne qui détient le droit de visite peut-être déchu de son droit.

1- La non réclamation du droit de garde

L'article 68 du C FA proclame que : « l'ayant droit qui tarde plus d'une année à le réclamer, sans excuse valable, est déchu du droit de garde ».

Il faut noter que cet article n'est pas tout à fait clair et précis, ce qui ouvre la porte à plusieurs interrogations ; la première concerne la déchéance, est-ce qu'elle se fait automatiquement par la force de la loi ?

La doctrine a des avis différents sur cette question ; d'après Abdelaziz Saad, la déchéance se fait par la force de la loi, et dans le cas où il y a une action en justice, cette dernière ne fait que valider cette déchéance par un jugement⁴²⁴. Par contre, et d'après le professeur Ghouti Benmelha, la déchéance du droit de garde est de nature juridique, donc elle ne peut se faire que par le biais d'un jugement. C'est l'avis qu'on partage, parce que l'intérêt de l'enfant ne peut être pris en compte que par un juge.

L'article 68 pose un autre problème et une autre question sur le commencement de la durée d'une année, que le législateur a omis d'aborder

En se référant aux articles qui régissent le divorce, et plus précisément l'article 49 du CFA qui dispose que : «le divorce ne peut être établi que par jugement.... », on comprend que le droit de garde qui est un des effets du divorce ne prend effet qu'après notification du jugement.

⁴²³ Cour Suprême, Ch. Sp., 16/04/1979, Bulletin des Magistrats, 1981, n°02, p.108.

⁴²⁴ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.301.

Donc, la durée d'une année commence à partir du jour où l'ayant droit apprend qu'il est titulaire de la garde de l'enfant ; s'il ne le réclame pas pendant cette durée, il sera déchu de son droit.

2- L'installation de la mère à l'étranger

L'article 69 CFA énonce que : «si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir le droit de garde ou l'en déchoir, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant».

Ce que nous comprenons, c'est que l'installation de la mère à l'étranger constitue une éventualité de déchéance dans le cas où cette installation porte préjudice à l'enfant, le législateur prend, dans ce contexte, également en considération l'intérêt de l'enfant, ce qui est en parfaite adéquation avec ce que proclame la CIDE.

L'article 69 précité précise que le titulaire du droit de garde peut être déchu de son droit s'il s'installe dans un pays étranger, ce qui laisse entendre que cette règle ne s'applique pas si ce dernier quitte le pays pour passer des vacances ou bien pour des soins médicaux.

Dans ce contexte, un arrêt de la Cour Suprême souligne que : «il est établi, selon la charia et la loi, que l'attribution de la hadana doit prendre en compte l'intérêt de l'enfant gardé, son éducation dans la religion de son père. Il s'ensuit que le fait de statuer en confiant la garde des petits enfants à la mère qui réside dans un pays étranger loin du contrôle du père comme en l'espèce, est contraire à la charia et à la loi; il en découle la cassation de l'arrêt dont pourvoi»⁴²⁵.

Dans le même sens, un autre arrêt souligne : «lorsqu'un des deux parents élit domicile dans un pays étranger non musulman, la préférence en matière d'attribution du droit de garde est accordée à celui qui demeure en Algérie ; en l'occurrence, la mère non musulmane est dans ces conditions, prioritaire par rapport au père »⁴²⁶.

Ce que nous remarquons à travers ces deux arrêts, c'est que la jurisprudence laisse entendre que l'intérêt de l'enfant est de l'élever et de l'éduquer dans la religion de son père. Cela est conforme aux attentes de l'article 62 du CFA. Mais, ce fait ne peut se

⁴²⁵ Cour Suprême, ch. sp., 19/02/1990, doss n° 59013, Rev. jud, 1991, n°1, p.116.

⁴²⁶ Cour Suprême, ch. sp., 02/01/1989, bulletin des magistrats, 1990, p.74.

réaliser qu'en Algérie, dans ce sens un arrêt de la Cour Suprême souligne que : «il est établi, selon la charia et la loi, que la hadana doit être attribuée au parent qui réside en Algérie, que ce soit la mère ou le père »⁴²⁷.

Face à cette interprétation incorrecte de l'article, la jurisprudence a changé d'avis en ce qui concerne la condition de résider en Algérie en interprétant que cette dernière n'ai pas une règle absolue qui s'impose au juge, et si le titulaire de la hadana décide d'aller vivre à l'étranger, il doit demander l'autorisation du juge, qui va statuer en fonction de l'intérêt de l'enfant⁴²⁸.

Dans ce sens, la Cour Suprême souligne que : «la condition de résider avec l'enfant en Algérie ne peut pas être établit par le juge automatiquement, si elle n'est pas revendiquée par l'intéressé »⁴²⁹.

Ce qui est à notre avis logique. Donc, c'est au juge de décider s'il est de l'intérêt de l'enfant de s'installer avec son gardien à l'étranger ou pas.

B- Les obstacles à l'exercice de la hadana

Le titulaire du droit de garde doit être apte physiquement et mentalement à assumer son droit conformément à l'article 62 CFA qui dispose que : « le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge. »

Donc, l'inaptitude mentale et physique constitue un empêchement à l'exercice du droit de garde. Outre l'inaptitude physique ou mentale, qu'en est-il de l'activité professionnelle de la hadana, et l'éloignement des domiciles de chacun des parents de l'enfant, à l'égard de l'autre ?

a- L'inaptitude physique et mentale

Certaines maladies physiques et mentales mettent obstacle à l'exercice de la garde et empêchent son titulaire de s'investir convenablement.

L'article 67 du CFA n'est pas très précis, en ce qui concerne cette cause de déchéance. De ce fait, plusieurs questions vont se posées, notamment celle de savoir si toutes les maladies peuvent causer la déchéance, même les maladies curables ?

⁴²⁷ Cour Suprême, ch. sp, 25/12/1989, doss n°56597, Rev. jud, 1991, n°3, p.61.

⁴²⁸ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.625.

⁴²⁹ Cour Suprême, ch. sp, 23/06/1993, doss n°91671, Rev. jud, 1994, n°1, pp.77-78.

Face à cette imprécision, la décision revient à l'appréciation du juge, Qui doit vérifier par tous les moyens, et plus spécialement l'expertise médicale qui va l'aider à fonder son jugement.

Pour cet arrêt de la Cour Suprême, la maladie qui empêche le (ou la) titulaire du droit de garde de l'exercer conformément à la loi, doit être dûment établie. Ainsi, les allégations du père de l'enfant visant à retirer la garde à la mère, au motif qu'elle était mentalement inapte à s'en occuper, ont été jugées infondées par la Cour Suprême⁴³⁰.

b- l'exercice d'une activité professionnelle

Le principe d'égalité entre la femme et l'homme, qu'a instauré les différentes conventions internationales, et plus précisément la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes,⁴³¹ a fait évoluer la place de la femme dans la société, en lui offrant les mêmes droits que l'homme, notamment le droit à un travail.

Mais, le problème qui se pose c'est de savoir si le travail de la hadina ne compromet pas l'intérêt de l'enfant ?

Sur ce sujet, il y a trois avis différents à propos de la nature du travail que la femme hadina ou non a droit d'exercer selon la charia

- Les partisans du premier avis disent, que la femme a le droit de travailler, à condition de ne pas manquer à ses responsabilités autant que mère, et que l'Islam n'interdit pas le travail de la femme du moment qu'elle exerce un travail qui lui correspond et qui ne l'entraîne pas vers l'interdit⁴³².
- Les partisans du deuxième avis, et contrairement au premier, pensent que le rôle de la femme est de prendre soin de sa famille et de ses enfants, et n'a pas le droit de travailler sauf dans le cas de nécessité absolue⁴³³.
- Selon le troisième avis, l'Islam a établi la légalité des droits et des obligations entre la femme et l'homme, et se basent sur des versets coraniques comme :

⁴³⁰ Cour Suprême, ch.sp, doss n°265727, Revj.ud, 2002, n°02, p.432.

⁴³¹ L'Algérie a ratifié la CÉDAW le 22/01/1996, décret présidentiel n° 96-51 du 22 janvier 1996, JORA n°6 du 24/01/1996.

⁴³² عبد الحكيم العميلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مجلة السياسة الدولية، 1975، عدد39، ص.120 ما بعدها. ماجدة محمود الزفري، المرأة والقانون، مجلة الحق، 1995، عددان 1 و2، ص.168-169؛ تشوار حميدو زكية، المرجع السابق، ص.493.

⁴³³ الشيخ محمد الغزالي، حقوق الإنسان من تعاليم الإسلام وإعلان الأمم المتحدة، ط2، القاهرة، 1965، ص.171-175.

قوله تعالى: " وَقُلِ اعْمَلُوا⁴³⁴ " وقوله أيضا: " مَنْ عَمِلَ صَالِحًا مِّنْ ذَكَرٍ أَوْ أُنْثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهٗ حَيَاتًا طَيِّبَةً⁴³⁵ "

- Ainsi que des discours du Prophète عليه الصلاة و السلام, qui s'adresse à tout le monde sans distinction dans le but de les inciter à travailler et à produire jusqu'au dernier souffle⁴³⁶.

Dans la vie d'aujourd'hui, le travail de la femme en plus du travail de son mari est devenue une nécessité, pour pouvoir subvenir aux besoins de leur famille, soit-elle nucléaire. Mieux encore, pour la hadina qui élève seule ses enfants c'est plus que nécessaire, pour pouvoir subvenir aux besoins de ses enfants surtout avec la modique pension alimentaire qu'attribue nos juridictions aux enfants de parents séparés⁴³⁷.

En droit algérien, les deux décisions suivantes rendues, à des dates éloignées l'une de l'autre montrent l'évolution significative de la jurisprudence de la Cour Suprême en matière d'attribution de la hadana à la mère qui exerce une activité professionnelle⁴³⁸.

Ceci dit, dans un arrêt de 1969 la Cour Suprême souligne que: «constatant que l'activité professionnelle exercée par la mère la tient éloignée de ses enfants durant la plus grande partie de la journée, la Cour a pu, sans violer les règles de la charia, déclarer la mère non déchue du droit de garde, mais simplement inapte à s'occuper de ses enfants, et confier ceux-ci à leur père qui justifie de la présence à son foyer de sa mère susceptible de leur apporter les soins nécessaires⁴³⁹».

Dans un autre arrêt de 2002, la Cour Suprême s'oriente en sens contraire en soulignant que : «la jurisprudence de la Cour Suprême est constante sur le fait que le travail ne constitue pas un cas de déchéance de la hadana... »⁴⁴⁰.

c- L'éloignement des domiciles des partis

Il arrive que la mère gardienne de ses enfants après le divorce, rejoigne le domicile de ses parents éloigné de celui de son ex-époux. Comme il se peut que le père s'éloigne

⁴³⁴ سورة التوبة، الآية 105.

⁴³⁵ سورة النحل، الآية 97.

⁴³⁶ بدري العوضى، التشريعات الدولية لحماية المرأة العاملة وأثرها على تشريعات العمل الخليجية، مجلة الحق، 1985، عدد 2 و3، ص.191.

⁴³⁷ Mahiédine Akkacha, op.cit., pp259-260.

⁴³⁸ Cour Suprême, ch. sp. 18/02/1997, doss n° 153640, Rev. jud, n°01, p.39.

⁴³⁹ Cour Suprême, ch.sp, 29/05/1969, Rev. jud, 1970, p.50. Cité par سايس جمال، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ط 1، 2013، ص.68.

⁴⁴⁰ Cour Suprême, ch. sp, 18/07/2000, doss n°245156, Rev. jud, n°sp, 2001, p.188.

pour le travail par exemple. Ceci peut entraîner des conflits entre le père et la mère pour ce qui y est du droit de visite, et par conséquent le droit de surveillance, en raison de la distance qui sépare les deux domiciles.

Sur cette question, les juristes musulmans ont des avis différents :

- Pour les malikites : si l'un des parents s'éloigne du domicile de la garde d'une distance supérieure à six « barid » c'est-à-dire environ 133 km, la mère est déchue de son droit de garde⁴⁴¹.

- Quant aux chaféites, ceux-ci distinguent entre l'éloignement pour nécessité, et l'éloignement dans le but d'éloigner l'enfant. Dans le premier cas l'enfant doit rester dans son domicile jusqu'au retour de son père ou sa mère. Par contre, en ce qui concerne le deuxième cas, le père est prioritaire et peut emmener l'enfant avec lui, sauf si cet éloignement peut avoir des préjudices sur l'enfant ; dans ce cas l'enfant doit rester avec sa mère⁴⁴².

- Les hanbalites estiment, de leur côté, si l'un des parents souhaite emmener l'enfant dans un endroit qui s'éloigne de son domicile de plus de six « barid » dans le but de s'y installer, la priorité du droit de garde revient au père, qui normalement pour eux est le seul qui est apte à éduquer et à protéger l'enfant⁴⁴³.

- Enfin, les hanafites dénotent que si l'enfant est sous la garde de sa mère ou quelqu'un d'autre, le père ne peut pas l'éloigner sans son consentement. En expliquant que la garde c'est un droit qui lui appartient. Même si elle lui accorde le droit de le prendre, il faut qu'il l'emmène dans un endroit proche d'elle pour qu'elle puisse le voir, contrairement il n'aura aucun droit⁴⁴⁴.

Pour ce qui est du droit algérien, et selon quelques arrêts de la Cour Suprême, une distance supérieure à six « barid », c'est-à-dire environ 120 kilomètres, aujourd'hui mille kilomètres pourrait constituer un obstacle à l'exercice de la hadana⁴⁴⁵. Cette réglementation

⁴⁴¹ عبد الرحمن الجزيري، المرجع السابق، ص525 وما بعدها.

⁴⁴² بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص.561 وما بعدها؛ محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص.773 وما بعدها.

⁴⁴³ السيد سابق، المرجع السابق، ص361؛ وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص.730-731.

⁴⁴⁴ وهبة الزحيلي، المرجع نفسه، نفس الصفحات؛ أحمد نصر الجندي، المرجع السابق، ص.651 وما بعدها.

⁴⁴⁵ Cour Suprême, ch. sp, 25/10/1982, doss n° 26693, Rev. jud, 1982, éd. sp., p.251 ; 22/09/1986, doss n° 43594, Rev. jud, 1992, n°4, p.41.

a été qualifiée de désuète en particulier, depuis les progrès réalisés dans la facilité de communication et la rapidité des moyens de transport⁴⁴⁶.

Dans une décision de la Cour Suprême, dont les faits et la procédure se ramènent à un conflit sur la garde entre le père d'une fillette et sa grand-mère maternelle, le tribunal de Sidi-Bel-Abbès en attribue la garde à cette dernière. La Cour d'Oran infirme ce jugement et lui retire la garde pour la confier au père. La grand-mère se pourvoit en cassation de la décision qu'elle estime injuste. « attendu, rappelle l'arrêt de la Cour Suprême que la charia en matière de hadana accorde la priorité à la branche maternelle ; que cette priorité ne disparaît, que dans des cas déterminés, qui n'existent pas en l'espèce, puisque la demanderesse au pourvoi jouit d'une bonne moralité et d'une santé qui lui permet de s'occuper convenablement de sa petite-fille ; que ses activités de militante en tant que veuve de chahid, ne sauraient diminuer en rien ses obligations de gardienne et qu'enfin le prétendu éloignement du domicile du père n'atteint pas la distance de six « barid » prévue par la loi, la facilité actuelle des moyens de transport écartant toute difficulté, quant à l'exercice du droit de visite ; qu'il suit de là qu'en statuant, comme ils l'ont fait, les juges du fond n'ont pas justifié légalement leur décision...⁴⁴⁷ ».

Dans la pratique jurisprudentielle, la question de l'éloignement est, aujourd'hui très rarement prise en considération⁴⁴⁸.

Au final, et après avoir traité ces causes de déchéance qui sont bien précises, la question qui se pose est celle de savoir si elles s'imposent au juge, ou bien ce dernier dispose-t-il d'un pouvoir souverain qui lui permet de les écarter dans certains cas ?

Section 3^{ème} : Le rôle du juge en matière de hadana

Bien que la hadana soit soumise à des conditions bien déterminées, elle est toutefois judiciaire. Ainsi, le juge, saisi des contestations en matière de droit de garde, a un pouvoir souverain qui ne se préoccupe que de l'intérêt de l'enfant ; ce qui est conforme aux principes de la CIDE, laquelle dispose en son article 3 que : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux..., l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale ».

⁴⁴⁶ M. Salah Bey, Droit de la famille, Fasc. droit comparé, Paris, 1997, p.67.

⁴⁴⁷ Cour Suprême, ch. sp, 25/09/1968, Rev. Jud., p.93.

⁴⁴⁸ Mostefa Kouidri, op. cit., p.113.

D'une manière générale, le législateur a fait du juge le gardien de l'intérêt de l'enfant. Et face à la subjectivité de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, le juge ne peut appliquer purement et simplement des normes préétablies, aussi dans chaque espèce considérée, il devra également tenir compte des divers éléments non contenus dans les textes, et qui ont de ce fait un caractère plus jurisprudentiel que légal.

Le magistrat doit raisonner et baser toutes ses décisions concernant le sort des mineurs après le divorce sur l'intérêt de ces derniers (§. 3^{ème}). Mais avant de parler des moyens qui peuvent aider le juge dans sa lourde tâche (§. 2^{ème}), il est nécessaire de montrer de quelle façon et les raisons pour lesquelles le juge peut être saisi (§.1^{ère}).

§. 1^{ère} : Les actions en justice en matière de hadana

Le droit de garde, un des effets du divorce pose souvent problèmes devant les juridictions, en raison de sa complexité du fait qu'il est souvent liée à un principe non déterminé qui est « l'intérêt de l'enfant ». La sauvegarde de cet intérêt se fait par le biais des actions intentées devant le juge des affaires familiales. De ce fait, une plus grande protection de cet intérêt, le législateur a permis d'intenter en plus des actions pénales contre la personne qui enfreint les règles protégeant l'intérêt de l'enfant.

A- Les actions civiles

Aux termes de l'alinéa 4 de l'article 426 du code de procédure civile et administrative, le tribunal territorialement compétent en matière de droit de garde, est celui du lieu où s'exerce la garde.

a- Action d'attribution du droit de garde

L'action en justice pour réclamer l'attribution du droit de garde peut être intentée dans le cas d'un divorce quelle que soit sa nature, ou bien dans le cas de la mort ou de la disparition.

1 - Dans le cas d'un divorce

Devant une action en justice pour un divorce, quelle que soit sa nature⁴⁴⁹, le juge est tenu de statuer à propos du droit de garde, en attribuant ainsi ce droit prioritairement à la

⁴⁴⁹ L'article 48 du CFA dispose que : «le divorce est la dissolution du mariage, il intervient par la volonté de l'époux ou à la demande de l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54 ».

mère de l'enfant si tel est l'intérêt de ce dernier. Ce principe a été confirmé par plusieurs arrêts de la Cour Suprême. Cette dernière souligne dans l'un d'eux que : « la mère est prioritaire en ce qui concerne le droit de garde même si elle n'est pas musulmane, si ceci ne porte pas préjudice à la religion de l'enfant »⁴⁵⁰.

Dans un autre arrêt elle énonce que : « il est établi juridiquement, que la mère est prioritaire en ce qui concerne le droit de garde, sauf dans le cas d'un empêchement, pour ce qu'elle a comme patience et temps et d'amour et de douceur que l'on ne retrouve pas chez un autre parent de l'enfant »⁴⁵¹.

2 - Dans le cas de la mort ou d'une disparition

Dans le cas de la mort ou de la disparition du détenteur du droit de garde, la personne qualifiée peut faire une demande d'attribution du droit de garde directement devant le tribunal, tout en tenant compte d'une part, de l'intérêt de l'enfant et, d'autre part, de l'ordre prévu par l'article 64 du CFA.

b - Action de réclamation du droit de visite

En principe, et conformément à l'article 64 du CFA, le juge accorde le droit de visite par le même jugement qui prononce la dévolution de la garde ; il est tenu de le décider de plein droit, à défaut, son jugement sera désapprouvé par la Cour, voire par Cour Suprême.

Il faut savoir qu'entre les délais de fixation des affaires familiales qui sont souvent longues, et les aléas inhérents à toute procédure, aboutissent à ce que les litiges trouvent une solution en première instance, plusieurs mois après l'introduction de la demande. Ce qui est source de difficultés dans les situations d'urgences comme le cas de la pension alimentaire ou en matière de droit de garde et de droit de visite.

Pour y remédier à ce problème, l'ordonnance de la 27/02/2005 portant modification au code de la famille a introduit l'article 57 bis qui énonce que : «le juge peut statuer en référé par ordonnance sur requêtes sur toutes les mesures provisoires, notamment celles relatives à la pension alimentaire, au droit de garde, au droit de visite, au logement».

⁴⁵⁰ Cour Suprême, ch. sp, 13/03/1989, doss n° 52221, Rev. Jud., 1993, n° 1, p.48.

⁴⁵¹ Cour Suprême, ch. Sp, 14/06/2006, doss n° 368395, n.p (voir annexe 9).

Dans ce contexte, l'article 424 du code de procédure civile et administrative dispose clairement que : «le président de la section des affaires familiales exerce les attributions de juge des référés.... ». D'où, la saisine en urgence du juge aux affaires familiales statuant comme juge de référé, peut alors être une solution efficace. Si le juge estime que la situation qui lui est présentée le justifie, une décision sera rapidement rendu, certes provisoire, mais dans un délai considérablement raccourcis.

c- Action de prolongement du droit de garde

En principe, et conformément à l'article 65 du CFA la garde de l'enfant de sexe masculin cesse à l'âge de dix ans, et celle de l'enfant féminin à l'âge de 19 ans. Cependant, le même article permet à la mère qui ne se remarie pas d'intenter une action en justice, en vue de prolonger la garde de son enfant de sexe masculin jusqu'à l'âge de 16 ans.

En pratique, la Cour Suprême souligne dans un arrêt que : «il est admis légalement que le juge puisse prolonger la durée de la hadana pour le garçon jusqu'à l'âge de 16 ans, si la hadana est la mère, et même si elle se marie, une fois l'intérêt de l'enfant le justifie.

Et attendu que, dans l'arrêt objet du pourvoi, la hadana qui s'est mariée n'étant pas la mère, elle n'a pas le droit d'en demander le prolongement »⁴⁵².

Donc, on comprend que seule la mère a le droit d'intenter une action en justice pour pouvoir prolonger la garde de son garçon.

d- Action pour la déchéance du droit de garde

La personne ayant la qualité et l'intérêt, peut intentée une action en justice pour demander la déchéance du droit de garde. A cet égard, la déchéance, une fois constatée, ne se produit pas de facto, elle est établie par un jugement. Ainsi, le juge saisi de la contestation n'est pas tenu de décider du retrait de la hadana, il a un pouvoir souverain et peut refuser cette demande si elle est contraire à l'intérêt de l'enfant. Soulignons que la mère ne peut être déchue de son droit de garde que pour des causes bien déterminées⁴⁵³.

Par ailleurs, il convient de noter que la déchéance peut être décidée si, aux termes de l'article 68 du CFA, l'ayant droit tarde plus d'une année à le réclamer, sans excuse valable.

⁴⁵² Cour Suprême, ch.sp, 10/12/1999, doss n^o25566, Rev. Jud., 2001, éd., spécial. p.76.

⁴⁵³ Voir p 153 et s.

Bien que la déchéance soit ainsi soulevée, elle n'est pas toutefois d'ordre public, la contestation relative aux circonstances de la déchéance étant soumise au pouvoir souverain des juges des faits. La Cour Suprême dans l'un de ses arrêts estime que l'appréciation du motif invoqué, relève du pouvoir discrétionnaire du juge du fond, et ce, à propos de l'espèce suivante : « attendu qu'il est reproché à la décision attaquée d'avoir dénaturé les faits en énonçant qu'au Cours d'une instance terminée par le jugement du 07 janvier 1964, c'est au comble du désespoir que la défenderesse, elle-même, avait proposé au père de lui laisser la garde de l'enfant commun, qui venait alors de naître depuis peu ;

Attendu cependant que le motif, dont il a été ainsi fait état n'est confirmé par aucun élément du dossier ; mais attendu qu'on peut le considérer comme aberrant, les juges du fait, tant lors du jugement du 07 janvier 1964 qu'à l'occasion de l'arrêt critiqué, ayant fondé leur décision sur l'intérêt de l'enfant, encore âgé de moins de sept ans ; attendu qu'en semblable circonstance l'appréciation des juges du fait est souveraine. Qu'elle échappe d'autant plus à la censure de la Cour Suprême ; que la capacité de la défenderesse à assurer la garde du jeune K n'a pas donné lieu à critique sérieuse ».

B - Les actions pénales

Afin de promouvoir l'intérêt de l'enfant, le législateur n'a pas manqué d'incriminer tous les faits qui peuvent nuire à l'institution de la hadana. Le droit civil régit le prêt à intérêt, mais le droit pénal réprime l'usure⁴⁵⁴.

Ainsi, le code pénal algérien consacre ses articles 328 et 329 aux infractions suivantes :

a- Le délit de non-représentation d'enfants

La non-représentation d'enfant est prévue par l'article 328 CPA comme ceci : « quand il a été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice exécutoire par provision ou définitive, le père, la mère ou toute personne qui ne représente pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer.... ».

Cette infraction, en plus de l'élément matériel et l'élément moral nécessite des conditions préalables :

⁴⁵⁴ Jean Louis Goutal, L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose, in Rev. Des sciences criminelles et de droit pénal comparé, 1980, p.911.

1- Les conditions préalables

- Il faut que l'enfant gardé soit mineur, et comme il s'agit de la hadana on se réfère à l'article 65 du CFA, donc l'enfant mineur selon cet article c'est celui qui n'a pas atteint l'âge de 16 ans pour le garçon et 19 ans pour la fille⁴⁵⁵.

- Un jugement : la non- représentation d'enfant suppose l'existence d'un jugement de dévolution de la hadana exécutoire par provision ou définitif ou bien une ordonnance assortie d'exécution provisoire.

- L'article 329 bis ajoute la condition de la plainte de la victime comme ceci : «l'action publique pour l'application de l'article 328 ne peut être exercée que sur plainte de la victime.

Le pardon de la victime met fin aux poursuites pénales».

Ainsi, la Cour Suprême a signalé que l'infraction n'existe pas du moment que le jugement rendu par la section du statut personnel décidant de confier la garde des deux enfants à leur mère n'est ni définitif, ni assorti d'exécution provisoire et qu'il fait objet d'appel⁴⁵⁶.

2 - L'élément matériel

L'élément le plus important dans cette infraction, est la non représentation du mineur, qui doit être constatée par un huissier de justice.

La Cour Suprême n'a pas manqué de préciser que : «le délit implique nécessairement l'existence d'un élément essentiel qu'il appartient à la Cour de faire sortir dans l'arrêt de condamnation ; cet élément est la non-représentation du mineur qui doit être constatée par huissier de justice, après avoir entrepris la procédure d'exécution »⁴⁵⁷.

3 - L'élément moral

L'élément moral est intentionnel, il s'agit donc de refuser délibérément de représenter l'enfant à la personne qui a le droit de la réclamer, tout en étant conscient de l'existence du jugement d'attribution de la hadana a cette dernière.

⁴⁵⁵ عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص.124.

⁴⁵⁶ Cour Suprême, ch. des délits et contraventions, 16/06/1996, dossier n°1312607, n.p.

⁴⁵⁷ Cour Suprême, ch. des délits et contraventions, 14/04/1997, dossier n°145722, n.p.

En effet, les personnes poursuivies peuvent prétendre avoir voulu protéger l'enfant d'un danger, ou bien par le refus de l'enfant de voir son autre parent. La jurisprudence française reste sévère sur ce point, il est considéré que la résistance de l'enfant ne constitue ni un fait justificatif ni excuse légale⁴⁵⁸.

4- La répression

Ce délit est puni d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 20.000 à 100.000DA.

Et si le coupable avait été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement peut être élevé jusqu'à trois ans.

b- Délit d'enlèvement d'un mineur de son gardien

Ce délit est prévu aussi par l'article 328 comme ceci : « ... ou qui, même sans fraude ou violence l'enlève, le détourne ou le fait enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée, ou des lieux ou ces derniers l'ont placé».

Ce délit est en relation avec le premier, l'objet et le but de l'infraction sont les mêmes, ainsi que la répression.

Et comme toute infraction, elle nécessite pour sa constitution les éléments suivants :

- Pour ce qui est des conditions préalables, c'est les mêmes que ceux du délit de non-représentation d'enfant.

1- L'élément matériel

L'élément matériel consiste en l'enlèvement du mineur, et il peut prendre plusieurs formes, chacune d'elle constitue par elle-même cet élément.

- L'enlèvement du mineur des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée.
- L'enlèvement du mineur des lieux où le gardien l'a placé comme par exemple ; l'école, la crèche...etc.
- Donner l'ordre à une tierce personne d'enlever le mineur et l'éloigner de l'endroit où il se trouve.

⁴⁵⁸ أحسن بوسقيعة، المرجع السابق، ص.176.

Cet élément nécessite le résultat de l'acte, donc on ne peut pas parler de tentative d'enlèvement.

L'article 329 ajoute que : « hors le cas où le fait constitue un acte punissable de complicité, quiconque, sciemment, cache ou soustrait aux recherches un mineur qui a été enlevé ou détourné ou qui le dérobe à l'autorité à laquelle il est légalement soumis, est puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 100.000DA ou l'une de ces deux peines seulement».

2- L'élément moral

La loi pénale n'a pas mentionné cet élément intentionnel comme élément constitutif de ce délit. Cette dernière réprime l'auteur du fait de l'enlèvement sans se soucier de son intention. Considérant que le fait d'enlever un mineur, est une preuve de l'intention criminelle.

c - Délit de non-exécution du droit de visite

En lisant l'article 64 du CFA qui dispose que : « En prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite».

L'article 6 alinéa 2 de la convention franco-algérienne, qui concerne les enfants de couples mixtes⁴⁵⁹, dispose que : «toute décision judiciaire rendue par les juridictions des partis contractantes et statuant sur la garde de l'enfant attribue un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent».

L'article 7 de la même convention qui dispose que : «tout refus opposé par le parent bénéficiaire du droit de garde à l'exercice effectif du droit de visite interne ou transfrontière accordé par décision judiciaire à l'autre parent expose aux poursuites pénales pour non- représentation d'enfants prévues et réprimées par les législations pénales des deux Etats.

Le procureur de la république territorialement compétent saisi par l'autre parent engage sans délai des poursuites pénales contre l'auteur de l'infraction. »

Il est admis que le juge qui prononce le divorce doit en même temps attribuer le droit de visite à l'autre parent, en précisant de quel façon il doit l'exercer (le lieu, la durée).

⁴⁵⁹ Voir annexe3.

Le droit de visite accordé généralement au père, les weekends et aux vacances scolaires, est protégé par la loi, et notamment l'article 327 CPA, qui punit la personne chargée de la garde d'un enfant, et qui ne le présente pas aux personnes qui ont droit de le réclamer, d'une peine d'emprisonnement de 2 à 5 ans.

Pour ce qui est des éléments constitutifs de ce délit, sont les mêmes que ceux cités auparavant sous le titre délit de non-représentation d'enfants.

d- Délit de non-paiement de pension alimentaire (l'abandon pécuniaire)

L'article 331 du CPA dispose que : «est puni d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 50.000DA à 300.000DA, 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. Sans préjudice de l'application des dispositions des articles 37- 40 et 329 du code de procédure pénale, est également compétent pour connaître des délits visés au présent article, le tribunal du domicile ou de la résidence de la personne qui doit recevoir la pension alimentaire ou bénéficiaire de subsides. Le pardon de la victime, après paiement des sommes exigibles, met fin aux poursuites pénales».

Les éléments constitutifs du délit résultent de l'énoncé de l'article 331 CPA, à savoir le fait pour une personne d'être restée, volontairement, plus de deux mois sans s'acquitter de la pension alimentaire, ordonné par un jugement qui a été porté à sa connaissance.

1- Les conditions préalables

- Ce délit nécessite une décision de justice fixant le montant de l'obligation alimentaire. Ce jugement préalable doit avoir une force exécutoire soit par l'intermédiaire de la force de chose jugée, soit en vertu de l'exécution provisoire.
- Il faut que la décision de condamnation à la pension alimentaire soit légalement portée à la connaissance du débiteur.

2- L'élément matériel

L'élément matériel est constitué par la non-exécution durant deux mois d'un ordre légal. Il est admis, que pour faire Courir le délai légal, le jugement doit être porté à la connaissance du débiteur, sans quoi l'abstention volontaire ne serait pas établie⁴⁶⁰

Et c'est la fin de ce délai, qui va marquer le point de départ de l'action pénale, notons également que l'infraction se réalise même dans le cas d'un paiement partiel.

3- L'élément moral

L'abandon pécuniaire est un délit intentionnel, conscient de ses obligations, le débiteur s'est abstenu volontairement d'exécuter une décision de justice portée à sa connaissance.

L'article 331 CPA énonce que cette intention est présumée, sauf preuve contraire. Le texte précise que l'insolvabilité résultant de l'inconduite habituelle, de la paresse ou de l'ivrognerie ne sera en aucun cas, un motif d'excuse valable pour le débiteur.

En plus de tous ces problèmes auxquels le juge va être confronté, il arrive que la dispersion de la famille ait une dimension internationale. Ce qui entraîne en matière de garde des problèmes de droit de visite transfrontière. Donc, la question qui se pose est : celle de savoir s'il faut appliquer de telles directives quand il s'agit d'enfants issus d'un couple mixte ?

§. 2ème : Enfants de couples mixtes séparés

Comme nous l'avons déjà dit, il arrive que la famille prenne une dimension internationale, et c'est dans le cas où un homme ou une femme algérienne se marient avec une personne de nationalité étrangère.

Et forcément, il va y avoir des enfants issus de ces couples mixtes, ce qui a poussé toutes les législations y compris la loi algérienne à essayer de trouver des solutions adéquates aux problèmes issus de ces couples mixtes, et spécialement après leur séparation, là où l'enfant deviendra victime des problèmes de ces parents.

⁴⁶⁰ Mostefa Kouidri, op.cit., p.92.

Ainsi, et afin de protéger ces enfants, les pays n'ont pas manqué de signer des conventions bi ou multilatérales, qui interviennent suite à un divorce d'un couple mixte dont le père et la mère se trouvent dans deux pays différents ; et cela dans le but de faciliter le règlement des litiges et plus particulièrement favoriser la libre circulation entre les deux parents et l'Etat, et d'assurer une protection particulière à l'enfant.

L'Algérie, l'un des pays qui se soucie de l'intérêt de l'enfant, a ratifié la convention franco-algérienne⁴⁶¹, en réponse aux litiges relatifs aux enfants issus de couples franco-algériens séparés.

Seulement, il arrive qu'un algérien ou une algérienne se marie avec un étranger autre qu'un français ou une française ; et qu'il n'existe pas de convention entre les deux pays. Dans ce cas-là, on revient aux règles du droit civil algérien.

A- La convention franco-algérienne en réponse aux litiges relatifs aux enfants issus de couples franco-algériens séparés.

Pour des raisons historiques, beaucoup d'algériens ont immigré en France, ce qui a entraîné beaucoup de mariage entre algérien, et français et évidemment beaucoup d'enfants franco-algériens.

En matière de divorces et droit de garde de l'enfant, la juridiction algérienne compétente est le tribunal des affaires familiales. Mais lorsque le litige porte sur la garde d'un enfant issu d'un couple algéro- français, bien souvent la décision des juridictions se retrouve confrontée l'une à l'autre. Pour cause l'article 62 CFA qui prévoit que l'enfant doit suivre la religion de son père, chose qui est difficile si ce dernier devait se rendre avec sa mère supposée de religion différente, en territoire français

Pour répondre à un tel conflit de droits, la convention franco -algérienne, tant attendue par les mères françaises dont les enfants avaient été retenus en Algérie par les pères est venue remplir un vide juridique en droit de la famille et en droit international privé⁴⁶².

⁴⁶¹ Elle a été ratifiée le 21/06/1988 à Alger par le gouvernement Français et Algérien, décret n° 88-879 du 17 août 1988, J.O.R.A. du 19 août 1988, p.105.

⁴⁶² www.legal-doctrine.com

Parmi les principales dispositions de la convention, c'est que la juridiction compétente est celle du domicile conjugal entendu comme lieu de vie familiale commune conformément à l'article 5⁴⁶³.

Autre point des plus importants, la convention en son article 6 alinéa 2⁴⁶⁴ dispose que les enfants nés de couples mixtes franco-algérien divorcés, un droit de visite y compris transfrontière doit être obligatoirement accordé au parent non gardien. Cette disposition interdit donc d'empêcher ou de réduire le droit de visite et d'hébergement.

La seule restriction à ce principe, contenue dans l'alinéa 3 du même article⁴⁶⁵, est caractérisée par des circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de l'enfant ; dans ce cas, le juge non tenu de supprimer le droit de visite, doit uniquement en adapter les modalités conformément à l'intérêt de l'enfant. Il est alors délicat de parler d'exception mais plutôt de limite qui est au surplus enfermée dans des conditions strictes⁴⁶⁶.

Par le biais de son article 8⁴⁶⁷, les contractants s'engagent à assurer le retour effectif de l'enfant à l'issue de l'exercice de droit de visite.

Ainsi, les décisions données par les juridictions en matière de droit de visite sont immédiatement exécutées.

Seulement, et en réalité les décisions des deux juridictions française et algérienne posent souvent problème en matière d'exécution ; par exemple dans le cas où le juge français attribue la garde à la mère qui se trouve en France vu qu'elle est prioritaire, dans ce cas la question qui se pose est de se demander si cette dernière va pouvoir éduquer l'enfant

⁴⁶³ L'article 5 de la convention dispose que : « pour le besoin de la présente convention est considérée comme compétente la juridiction du lieu du domicile conjugal entendu comme lieu de vie familiale commune. »

Art 6 alinéa 2 de la convention énonce : « toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de l'enfant attribue un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent ».

⁴⁶⁴ Art 6 alinéa 2 de la convention dispose que : « toute décision judiciaire rendue par les juridictions des parties contractantes et statuant sur la garde de l'enfant attribue un droit de visite y compris transfrontière à l'autre parent ».

⁴⁶⁵ Art 6 alinéa 3 de la même convention dispose que : « en cas de circonstances exceptionnelles mettant directement en danger la santé physique ou morale de l'enfant le juge adapte les modalités d'exercice de ce droit en conformité avec l'intérêt de l'enfant. »

⁴⁶⁶ Goudet Gaele, op. Cit, p.68

⁴⁶⁷ L'article 8 de la convention dispose que : « les parties contractantes s'engagent à garantir à l'issue de la visite transfrontière le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti ».

selon la religion de son père comme l'exige l'article 62 CFA, surtout si elle n'est pas elle-même musulmane ?

En se référant aux articles de la convention, on ne trouve nullement la solution, ce qui va ouvrir la porte au conflit de compétences, ou bien le refus de l'exéquatur du jugement au motif qu'il est contraire à l'ordre public.

Dans le cas d'un conflit entre un couple franco-algérien qui a pour cause le refus de la remise de l'enfant, en faisant obstacle au parent bénéficiaire du droit de garde, son auteur est sanctionné pénalement (article7)⁴⁶⁸ .

A l'inverse, le parent qui reçoit l'enfant pour une visite et refuse de le restituer au parent qui en a la garde, la convention sur ce point semble être efficace. L'Etat où l'enfant a été retenu se doit d'agir à travers les autorités administratives et judiciaires pour assurer son retour. Pour cela le parent détenteur du droit de garde peut saisir le procureur de la république dont il est domicilié, qui a son tour aura la possibilité de recourir à la force publique pour une exécution forcée. Mais, malheureusement, la réalité prouve que les pays admettent difficilement les ordres émanant d'autres pays, ce qui empêche d'exécuter les commissions rogatoires internationales. Chose qui va à l'encontre de l'intérêt de l'enfant.

Un autre point très important que la convention n'a pas traité, c'est celui de la révision du jugement de l'attribution de la hadana, s'il y a lieu de le faire, par exemple est-ce que le père a le droit de demander la révision du jugement d'attribution de la hadana au juge français qui a attribué cette dernière à la mère en se basant sur l'article 62 du CFA qui exige l'éducation de l'enfant selon la religion du père ? Et si c'est oui, une nouvelle question se pose : est ce qu'il aura gain de cause ? Toutes ses questions restent sans réponse de par les en les articles de la convention.

Et pour ces raisons, tout conflit entre un couple franco-algérien exposé devant la juridiction algérienne est soumis aux règles du droit algérien, et dans le cas contraire, s'il est exposé devant une juridiction française il sera soumis aux règles du droit français⁴⁶⁹.

⁴⁶⁸ L'article 7 de la convention dispose que: «tout refus opposé par le parent bénéficiaire du droit de garde à l'exercice effectif du droit de visite interne ou transfrontière accordé par décision judiciaire à l'autre parent expose aux poursuites pénales pour non-représentation d'enfants prévues et réprimées par les législations pénales des deux états....».

⁴⁶⁹C'est aussi la position de la Cours Suprême, 23/06/1993, dossier n° 91671, Rev. Jud, 1994, p.72.

En lisant les articles 5 et 6 précités de la convention prévoyant les expressions : « domicile conjugal », « conjoints séparés », on comprend que cette dernière ne concerne que les enfants légitimes.

B - Litiges relatifs aux enfants issus de couples mixtes séparés et absence de convention

Dans le cas d'un mariage mixte, et en l'absence d'une convention entre les Etats, on se retrouve confronté au problème de conflit des lois, laquelle des lois faut-il appliquer, la loi interne ou la loi étrangère ?

En droit algérien, les règles du statut personnel sont soumises impérativement à la loi nationale de l'individu⁴⁷⁰. Ce principe est énoncé à l'article 10 du CCIV algérien comme ceci : « l'état civil et la capacité des personnes sont régis par la loi de l'Etat de leur nationalité ».

L'alinéa 2 de l'article 12 ajoute : « la dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi nationale de l'époux, au moment de l'acte introductif d'instance ».

Donc, au moment de la dévolution de la hadana qui est l'une des effets de la dissolution du mariage, si l'époux est algérien, c'est la loi algérienne qui sera appliquée, et notamment l'article 69 du CFA.

L'article 13 du même code ajoute : « dans les cas prévus par les articles 12 et 13, si l'un des deux conjoints est algérien, au moment de la conclusion du mariage, la loi algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier ».

Comme il a été établi par la jurisprudence algérienne, en matière de garde, que si l'un des parents réside dans un pays non musulman, et que le litige est exposé devant une juridiction algérienne, la priorité est au parent qui réside en Algérie, peu importe même si c'est la mère et elle est non musulmane⁴⁷¹.

On comprend des articles 12 et 13 précités, qu'en matière de garde, quel que soit le cas de figure, du moment que l'un des parents est algérien, et que le problème est exposé devant une juridiction algérienne, c'est la loi algérienne qui est appliquée.

⁴⁷⁰ Mebroukine Ali, Le statut personnel des musulmans, Bruylant, Bruxelles, 1992, p.199.

⁴⁷¹ Cour Suprême, 19/02/1990, dossier n°59013, Rev. Jud., 1991, n° 04, p.116.

Il est admis aussi, que les décisions émanant des juridictions étrangères ne peuvent être exécutés si elles portent atteinte à l'ordre public algérien.

Au final, quel que soit le problème posé devant le juge de fond, il est tenu de statuer sinon il sera poursuivi pour déni de justice. Et en matière de garde, il est tenu d'assurer l'intérêt de l'enfant. Donc en plus des lois établies par le législateur en la matière ; le juge peut utiliser tous les moyens possibles pour promouvoir ce dernier.

§. 3^{ème} : les différents moyens utilisés par le juge

Pour pouvoir mesurer l'intérêt de l'enfant, le juge dispose d'un certain nombre d'aides qui constituent pour lui un faisceau d'indices, il a le pouvoir d'utiliser tous les moyens possibles et légaux, il peut être secondé par les parents en premier lieu, par des professionnels de la psychologie, des enquêteurs sociaux, et enfin par l'enfant lui-même.

A- Droit à l'audition et à l'instruction

Dans le cas où un juge est saisi pour une affaire qui concerne un enfant, quelle que soit sa nature (filiation ou hadana), peut utiliser tous les moyens d'instructions qui peuvent l'aider à fonder sa décision parmi elles :

a- L'audition des partis du litige

Le juge a le droit d'auditionner les partis du litige notamment le père et la mère, et les inviter à fournir des explications, pour pouvoir comprendre et mesurer l'intérêt de l'enfant. Comme il a le pouvoir d'ordonner verbalement la production de toutes pièces qui peuvent l'aider à rendre la bonne décision conformément aux articles 27 et 28 du code de procédures civile et administrative.

La question qui mérite attention c'est l'audition de l'enfant lui-même ; est-ce que le juge algérien a le droit d'auditionner l'enfant en matière de garde ?

1- L'audition de l'enfant en justice

Ce droit à l'audition consacré par l'article 12 de la CIDE, et qui est parmi les droits les plus révolutionnaires, n'a été expressément reconnu en Algérie qu'avec l'apparition du code de procédure civile et administrative du 28/02/2008. 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 en 1984⁴⁷².

Dans le cadre du droit de garde, le juge tout en recherchant de promouvoir l'intérêt de l'enfant qui est mis en avant par l'article 424 du code de procédure civile et administrative, peut selon l'article 454 alinéa 2 du même code auditionner l'enfant et prendre son avis. Chose qui ne se faisait pas avant ; et cela n'est que le fruit de l'impact de la convention et notamment l'article 12 sur la législation algérienne.

A la lecture des articles 454⁴⁷³ et 463⁴⁷⁴ du code de procédure civile et administrative, Il ressort que l'audition appartient au juge qui peut l'ordonner d'office ou y procéder à la demande de l'un des parents ou du procureur de la république, donc le droit d'audition n'appartient pas à l'enfant, surtout qu'aux termes de cet article l'enfant « peut » être entendu et non « doit » être entendu.

Dans un jugement du tribunal de Tlemcen en date du 01/12/1966, le juge, en matière d'attribution de la hadana à la mère, a pris en considération l'avis de la fille. Et ce jugement a été confirmé par un arrêt de la Cour de Tlemcen en date du 06/07/1967, où il a été décidé que : « attendu que, le juge de première instance a attribué la garde de la fille à sa mère, qui ne supporter plus de vivre avec son père, est conforme à la loi... »⁴⁷⁵.

Bien que plusieurs arrêts de la Cour Suprême confirment que les juges se sont référés à l'avis de l'enfant en matière d'attribution de la hadana, cela reste cependant insuffisant tant que la décision revient au juge et à son appréciation souveraine.

Citons comme exemple le cas d'un divorce par consentement mutuel, où les parents se sont mis d'accord sur le sort de l'enfant sans l'avoir consulté, alors que cette solution n'est pas conforme à son intérêt. Le juge peut cependant ne pas prendre l'initiative d'auditionner l'enfant en raison que c'est un accord entre les parents et qu'il n'y a pas lieu

⁴⁷² Loi n° 08-09 du 25 février 2008.

⁴⁷³ L'article 454 dispose que : «le juge peut, soit d'office, soit à la requête de l'un de ses parents ou du ministère public :

- 1- Entendre les père et mère, ainsi que toute autre personne, dont l'audition lui paraît utile ;
- 2- Entendre le mineur, à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas ;
- 3- Ordonner toute mesure d'enquête sociale, tout examen médical, toute consultation psychologique ou psychiatrique ».

⁴⁷⁴ L'article 463 dispose que : « A l'audience, le juge entend le mineur, le père, la mère ou la personne qui exerce la garde de l'enfant, ainsi que toutes personnes dont l'audition lui paraît utile Il peut dispenser le mineur de se présenter ».

⁴⁷⁵ Arrêt de la Cour de Tlemcen, ch. civ, 06/07/1967, RASJEP, 1968, n° 4, p.1240.

d'intervenir. Donc, il va prévaloir l'accord des parents sur la parole de l'enfant, et sur la volonté du législateur qui favorise l'intérêt de l'enfant avant tout.

Il est préférable ou nécessaire pour rester conforme à l'esprit de la convention et à l'intérêt de l'enfant de rajouter la possibilité d'auditionner l'enfant à sa demande. Ou bien de rendre cette initiative obligatoire pour le juge en matière de droit de garde⁴⁷⁶.

Le 19 décembre 2011, l'assemblée générale de l'ONU a adopté le 3^{ème} protocole facultatif à la CIDE, établissant une procédure de plainte individuelle, en cas de violation des droits de l'enfant. Motivé par la nécessité de garantir la protection de l'intérêt de l'enfant, le protocole a pour objet principal et de permettre aux particuliers et notamment aux mineurs, de déposer, une fois épuisées toutes les voies de recours internes, des observations pour violation d'un ou plusieurs droits de l'enfant devant le comité des droits de l'enfant des Nations-Unies.

On souhaiterait que l'Algérie ratifie ce protocole, afin de mieux promouvoir et protéger l'intérêt de l'enfant, en lui permettant de saisir la justice en cas de violation de ces droits.

2- L'audition des membres de la famille

En vue de recueillir les renseignements utiles sur la situation familiale du mineur et la moralité des parents, le juge peut par application de l'article 459 du code de procédure civile et administrative, faire appel à l'avis des membres de la famille.

b- La constatation et la visite des lieux

Le juge, en matière de garde, peut visiter le lieu de l'exercice de cette dernière pour prendre connaissance des conditions de vie du mineur comme l'état de la maison, la distance entre la maison et l'école....etc., tout ce qui peut l'aider à prendre la bonne décision et ceci conformément à l'article 146 qui dispose que : « le juge peut, d'office ou à la demande des partis, procéder aux contestations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant, si besoin est, sur les lieux ».

⁴⁷⁶ En matière pénale, l'audition d'un enfant victime d'agressions sexuelles a connue des avancées considérables avec la nouvelle loi sur la protection des enfants, et notamment l'article 46, qui prévoit que l'audition fait l'objet d'un enregistrement audiovisuel ; ainsi que la présence d'un psychologue a cet enregistrement. Plus que ça, l'enregistrement peut être exclusivement sonore sur décision du procureur de la république ou du juge d'instruction, si l'intérêt de l'enfant le justifie.

c- Le recours aux experts

Les juges des affaires familiales, font souvent recours aux experts pour éclaircir certains points techniques, qu'ils ne peuvent comprendre sans l'aide de ces derniers, Et cela conformément à l'article 125 du code de procédure civile et administrative qui dispose que : « l'expertise est destinée à éclairer le juge sur une question de fait purement technique ou scientifique ».

Ainsi, que l'article 425 du même code qui dispose que : «le président de la section des affaires familiales exerce les attributions de juge des référés et peut, outre celles qui lui sont conférées dans le présent code, ordonner, dans le cadre d'une enquête, la désignation d'une assistante sociale, d'un médecin expert ou avoir recours, pour consultation, à tout service compétent en la matière».

En pratique, le juge fait souvent appel aux experts dans le domaine médical comme le psychologue ou le psychiatre pour bien comprendre et cerner la santé mentale de l'enfant. Comme il peut faire appel aussi, aux experts de la biologie, surtout que cette dernière et depuis la réforme du code de la famille de 2005 joue un rôle très important en matière de filiation, et compte tenu de l'apparition des techniques modernes.

L'assistance sociale peut aussi apporter une grande aide au magistrat, vu qu'elle peut recueillir des informations sur la situation matérielle et morale de la famille, sur les conditions de vie des enfants et sur les mesures à prendre dans leur intérêt, et suggérer au juge des solutions.

Toutes ses mesures prévues par la loi et prises par le juge, ne font qu'aider ce dernier à statuer dans l'intérêt de l'enfant.

B- Le rôle du ministère public

Depuis la réforme du code de la famille, le ministère public est devenu partie principale dans les affaires familiales conformément à l'article 3 bis qui dispose que : «le ministère public est partie principale dans toutes les instances tendant à l'application des dispositions de la présente loi ».

Être partie principale, ne veut pas dire que le ministère public prend parti avec le demandeur ou le défendeur, son rôle est de requérir l'application de la loi et représenter non pas l'intérêt des partis, mais l'intérêt général⁴⁷⁷.

Cet article a été au centre des critiques, certains ont considéré que mettre le ministère public à côté du magistrat, est une preuve de manque de confiance envers ce dernier. D'autres estiment que c'est un moyen qui permet au pouvoir exécutif de se mêler des affaires du pouvoir judiciaire⁴⁷⁸.

L'article 453 du code de procédure civile et administrative a confirmé le rôle du ministère public comme partie principale dans les affaires qui concernent les enfants en disposant que : «les demandes en cessation ou retrait provisoire de l'exercice de la tutelle sur la personne du mineur sont formées à la requête de l'un des parents ou du ministère public....». De même, l'article 454 du même code proclame que : «le juge peut, soit d'office, soit à la requête de l'un des parents ou du ministère public...», et l'article 463 ajoute que : «... La demande est instruite et jugée en chambre du conseil, le ministère public entendu en ses réquisitions... ».

D'une manière finale, l'article 491 in fine dispose que toutes les actions en matière de filiation sont instruites, en présence du ministère public.

Malgré toutes les critiques portant sur le rôle du ministère public, cela n'a pas empêché ce dernier d'être partie principale dans les affaires familiales et ce, dans le but de d'écarter toute atteinte à l'ordre public, et de dévoiler la vérité. Il a été dit que le ministère public n'est ni gagnant ni perdant dans un procès⁴⁷⁹.

Ce que l'on peut dire, c'est que l'intervention du ministère public dans les affaires familiales, et spécialement celles concernant des enfants est nécessaire, voire très importante, dans la mesure où elle peut aider le juge à prendre la bonne décision grâce à son pouvoir de recherche et d'enquête.

Toutefois, la pratique montre que l'application de l'article 3 bis CFA au niveau des tribunaux et des Cours ne va guère dans le sens escompté. Son rôle dans certains tribunaux reste une simple formalité qui tout compte fait n'entraîne pas la nullité de la décision prise.

⁴⁷⁷ عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، م م ع، 2005، ع 02، ص.40.

⁴⁷⁸ الشيخ اسماعيل، دور النيابة في المسائل المتعلقة بالأسرة، مذكرة تخرج للقضاء، 2007/2006.

⁴⁷⁹ عمر زودة، المرجع السابق، ص.44.

D'autres exigent que la notification du parquet se fasse par le biais d'un huissier de justice, et que sa présence et son avis n'aient pas d'impact sur la décision du juge. Ce qui diminue réellement son rôle de représentant et protecteur de la société et de l'intérêt public. D'autres tribunaux envoient le dossier au parquet pour donner son avis qui requiert à son tour l'application de la loi.

Il est nécessaire que le législateur intervienne, en établissant des lois qui régissent l'application de l'article 3 bis CFA, ainsi que les procédures à suivre en ce qui concerne la place et le rôle précis du ministère public d'une manière uniforme dans tous les tribunaux et Cours du territoire national.

Nous avons eu l'occasion de parler avec quelques procureurs de la république de leur rôle dans les affaires familiales, ils affirment qu'un tel rôle se limite à la réquisition de l'application de la loi, sans pour autant exercer leur pouvoir d'enquête ; en justifiant que cela est dû à la multitude des affaires pénales qui prennent tout leur temps.

Or, pour faire face à ce problème, il serait préférable d'engager des procureurs de la République uniquement dans le domaine familial, et ce, afin qu'ils puissent accomplir leur rôle, et remplir leur mission d'une façon efficace du fait qu'ils peuvent être d'une grande aide pour le juge.

Par ailleurs, une nouvelle mission a été assignée au parquet, à la faveur des récents amendements, celle de la « médiation pénale » entre partis adversaires pour éviter les procès et atténuer la charge sur les tribunaux. Par le biais de l'article 37 bis du CPP⁴⁸⁰ qui stipule que « le procureur de la république peut, à son initiative ou à la demande de la victime ou du mis en cause et avant toute poursuite pénale, décider de recourir à la médiation lorsque celle-ci est susceptible de mettre fin au trouble résultant de l'infraction et d'assurer la réparation du préjudice qui s'en est suivi.

La médiation est conclue par un accord écrit entre l'auteur des faits incriminés et la victime ».

Mais, soulignons que La médiation est un système facultatif et non obligatoire, auquel le procureur de la République ou l'une des partis adverses peuvent avoir recours.

⁴⁸⁰ Ordonnance n° 15-02 du 23 juillet 2015, J.O.R.A n° 40, 23/07/2015.

Le recours à la médiation est dans l'intérêt des victimes, dans la mesure où elles pourront obtenir des indemnités dans de courts délais, mais aussi pour les prévenus qui évitent les poursuites judiciaires.

L'article 37 bis 2 du CPP ajoute que : «la médiation peut s'appliquer en matière délictuelle aux infractions d'injures, de diffamation, d'atteinte à la vie privée, de menaces, de dénominations calomnieuses, d'abandon de famille, d'abstention volontaire de paiement de pension alimentaire, de non-représentation d'enfant,.... ».

De tout ce qui précède, on dénote qu'en plus du rôle assigné au ministère public dans les affaires familiales, il peut jouer un rôle protecteur quand il s'agit d'infractions qui touchent la famille et en particulier l'enfant, telles que le non-paiement de la pension alimentaire ou bien la non-représentation d'enfant, en essayant de régler ainsi le litige à l'amiable.

Ce que l'on peut dire, c'est qu'en matière de droit de garde, les références à l'intérêt de l'enfant sont nombreuses, ce qui est, d'ailleurs, conforme aux dispositions de la CIDE., du fait que la notion d'intérêt supérieur est une notion à contenu variable, et non déterminée⁴⁸¹. Elle constitue une référence normative sur laquelle le juge peut s'appuyer pour fonder son interprétation d'un texte.

Or, il a été reproché à cette notion d'engendrer un grand arbitraire du juge ; ainsi le juge adopterait une solution et justifierait sa décision en précisant qu'elle est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. Le recours à l'intérêt de l'enfant est parfois un moyen commode pour le juge de se dispenser d'appliquer la règle de droit, en prenant soin de viser cette notion, la décision échappera alors à une cassation. De cette façon, l'intérêt de l'enfant serait utilisé par le juge pour maquiller un choix dépourvu de véritables justifications juridiques ou factuelles.

Il a été reproché également, au législateur de ne pas avoir une rédaction suffisante catégorique, de ne pas enfermer le juge sur des interprétations tranchantes.

Mais finalement, il paraît tout de même malaisé aujourd'hui d'imaginer un système juridique dépourvu de la flexibilité que confère la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, considérée comme une norme souple fondée sur un critère intentionnellement

⁴⁸¹ S. Fremeaux, Les notions indéterminées du droit de la famille, RRJ, 1998, p.86.

indéterminée, critère directif qu'il appartient au juge, en vertu d'un renvoi de la loi, d'appliquer cas par cas, en lui offrant la possibilité d'éprouver les institutions du droit de l'enfance, et notamment le droit de garde aux réalités de la vie et de les compléter sans les anéantir, à la lumière de données légales ou même extra juridiques⁴⁸².

Les juges du fond sont, désormais, en matière de garde obligés de rechercher l'intérêt de l'enfant, et de motiver leurs décisions. Ces exigences apparaissent de manière nette au fil de la jurisprudence.

La Cour Suprême exerce, à cet égard, un contrôle à différents titres sur les décisions rendues par les juridictions inférieures. Plus précisément, la Cour Suprême vérifie que les juges du fond ont pris en compte l'intérêt de l'enfant sur les questions le concernant. Elle contrôle à la fois l'usage et la référence faite par les juges du fond à la notion d'intérêt de l'enfant ; ainsi, elle s'assure que ces derniers ont justifié leur choix

Et, dans le cas où le juge abuse de son pouvoir d'appréciation, la loi et notamment la constitution protège les justiciables par le biais de l'article 174 de la constitution qui dispose que : «la loi protège le justiciable contre tout abus du juge ».

En conclusion, ce que nous avons pu constater c'est que le droit de garde, est un droit fortement rattaché à la notion protectrice, qui est « l'intérêt de l'enfant ». Pour promouvoir cet intérêt, le législateur algérien a établi des règles souvent issues de la charia Islamique, qui a été la première à se préoccupée de l'enfant et de son intérêt⁴⁸³.

Mais contrairement aux règles qui régissent le droit à la filiation, où le rôle du juge se limite à l'application des règles préétablies ; en matière de garde, le juge joue un rôle très important, qui consiste à chercher l'appréciation la plus exacte et la plus précise de l'intérêt de l'enfant pour pouvoir organiser la vie de ce dernier. Et cela est tout à fait conforme aux attentes de la CIDE.

⁴⁸² Vincent Egea, op. Cit, p39.

⁴⁸³ L'esprit de la CIDE va dans le même sens que les principes qu'a établis le droit musulman 14 siècle auparavant, à la seule différence que l'enfant selon la jurisprudence islamique est considéré comme étant parvenu à maturité lorsqu'il atteint l'âge de 15 ans, alors que la CIDE le considère encore comme un enfant.

Conclusion de la première partie

Après avoir traité la question de la protection de la personne de l'enfant, pour mesurer le degré d'adéquation du droit interne à la convention internationale des droits de l'enfant, ainsi que l'impact de cette dernière sur le code de la famille algérien. Ce qui ressort en matière de filiation, c'est qu'il y a beaucoup de divergences entre les règles de la convention internationale des droits de l'enfant et les lois qui régissent ce droit inspirées directement de la charia Islamique.

L'un des principes directeurs et primordiaux de la convention et la non-discrimination entre les enfants. Chose qu'on ne retrouve pas en matière de filiation, le droit algérien ne fait aucune place à la maternité hors mariage et à tout enfant qui naîtra d'une relation adultérine.

En matière de filiation, Il faut créer un système juridique nouveau, sans vouloir faire face à l'interdit coranique mais en cherchant à l'interpréter de façon large. Il faut écarter les traditions qui conditionnent ou limitent la protection de l'enfant.

Pour ce qui est du droit de garde, ce dernier est un droit fortement rattaché à la notion protectrice qui est « l'intérêt de l'enfant », ce que nous pouvons constater, c'est que le législateur algérien a établi des règles souvent issues de la charia Islamique, mais contrairement aux règles qui régissent le droit à la filiation, où le rôle du juge se limite à l'applications des règles préétablies; en matière de garde, le juge joue un très grand rôle, que lui confère la notion « d'intérêt de l'enfant ». Ce qui rend la plupart des dispositions relatives à ce droit conforme aux intentions et au but de la CIDE.

DEUXIEME PARTIE

l'autonomie patrimoniale de l'enfant

Généralement, l'enfant n'a pas de ressources en dehors de celles que lui procurent ses parents. Mais il se peut que ce dernier ait un patrimoine propre, suite à un héritage ou de donation, voir des ressources provenant de son travail.

Et vu que ce dernier est frappé d'une incapacité d'exercice, il ne peut pas gérer seul son patrimoine qui est l'ensemble des biens, droits et charges ; et c'est aux parents que la loi confie la mission de gérer les biens de l'enfant.

La protection des biens de l'enfant présente un caractère accessoire par rapport à la protection de la personne de l'enfant, qui intéresse tous les jeunes enfants à partir de leur naissance⁴⁷⁵.

Ainsi, le problème de la gestion du patrimoine ne concerne qu'une partie minime de la population infantile, et se pose dans un contexte très différent de celui de la protection de sa personne. L'administration des biens de ce dernier, ne lui crée pas une situation traumatisante comme le ferait par exemple la séparation de ses parents.

Ce qui explique, le fait que la majorité des conventions internationales sur les droits de l'enfant ne soit pas préoccupée de la protection des biens de l'enfant, de la même façon que la protection de la personne de l'enfant.

Établir des conventions internationales sur la protection des biens de l'enfant n'est pas sans difficultés, et cela provient de la spécificité de cette protection. L'élaboration d'une convention internationale sur la protection des biens de l'enfant est délicate, en raison de la diversité des législations internes et des systèmes de droit international privé⁴⁷⁶.

Gérer les biens de l'enfant diffère d'une législation à une autre, par exemple dans la plupart des pays musulmans, la tutelle légale sur les biens de l'enfant est dévolue au père et aïeul paternel, alors que la plupart des pays occidentaux, elle est exercée par les deux parents conjointement ; aussi dans les pays du Common Law, la gestion des biens de l'enfant est souvent confiée au trustee.

La même diversité se retrouve lorsqu'il s'agit du domaine du droit international privé, en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux rapports entre parents et enfants ; par exemple: la France applique la loi nationale du mineur, le droit espagnol prévoit un

⁴⁷⁵ Marie Revillard, Les droits patrimoniaux de l'enfant et les conventions internationales, P.U, 1998, p.35.

⁴⁷⁶ Marie Revillard, idem, p.36.

système alternatif, pour les pays du Common Law le problème de la protection du mineur est examiné essentiellement sous l'angle de la protection de l'enfant, et donc le tribunal compétent, applique sa propre loi sans tenir compte du domicile ou de la loi nationale du mineur. Pour la loi algérienne, c'est la loi de la nationalité du mineur conformément à l'article 15 du code civil algérien.

La CIDE ne reconnaît pas à l'enfant des droits patrimoniaux en tant que tels, alors que l'article 12 alinéa 1 de la CIDE dispose que : «les Etats 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 de son âge et à son degré de maturité».

L'alinéa 2 ajoute : «à 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 ». Conduit à admettre que, en ce qui concerne les droits patrimoniaux de l'enfant, ce dernier est concerné par toutes les procédures relatives à l'exercice de l'autorité parentale, dont la gestion de son patrimoine, sachant que ce concept d'autorité parentale est fortement relayé par le principe juridique international «l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Le législateur algérien, par le biais des articles 453 à 480 du code de procédure civile et administrative, distingue entre la protection de la personne de l'enfant et la protection de ses biens. Ceci dit, le code de la famille algérien protège les biens de l'enfant en le mettant sous la responsabilité d'un représentant légal qui va gérer et prendre soin de son patrimoine. Avant de voir comment est organisée cette protection (Titre 2^{ème}), il est nécessaire de connaître d'où provient le patrimoine de l'enfant (Titre 1^{er}).

Titre 1^{er} : les ressources du patrimoine de l'enfant

Le patrimoine en général est défini comme : «'ensemble des droits et des charges d'une personne, appréciables en argent et envisagés comme formant une universalité de droit»⁴⁷⁷.

Comme toute personne, l'enfant peut avoir un patrimoine. Au-delà de la pension alimentaire qui est un droit pour l'enfant, comme nous l'avons déjà vu dans le titre 2 de la première partie et qui ne bénéficie qu'aux enfants légitimes issus d'un mariage légal, l'enfant naturel ne peut réclamer des aliments qu'à sa mère⁴⁷⁸. L'enfant peut bénéficier d'une succession, ou bien d'une donation (chapitre 1^{er}). Comme malgré son âge peut avoir un travail (chapitre 2^{ème}).

Chapitre 1^{er} : La succession des enfants

Les successions couvrent l'ensemble du droit régissant le transfert des droits réels appartenant au « de cujus », au profit des personnes bénéficiaires des dernières volontés ou imposés par la loi, et qui contribuent à la construction du patrimoine de l'enfant.

Et comme, le droit de succession constitue un des effets de la filiation, la question qui se pose c'est de savoir si ce droit bénéficie à tous les enfants ?

Section 1^{ère} : Les enfants bénéficiant du droit d'héritage

Comme nous l'avons déjà précisé dans la première partie de ce travail, les enfants en droit algérien sont regroupés en deux catégories, enfants légitimes et enfants illégitimes. Ces enfants illégitimes sont absous de plusieurs droits, alors qu'en est-il de l'héritage, certains d'entre eux vont avoir la chance d'être pris en kafala. Ce qui nous pousse à se poser la question si ces derniers peuvent profiter de la succession de leurs parents kafils ? (§.1^{ère}).

Et si c'est évident que les enfants légitimes bénéficient de la succession de leurs parents, est-ce qu'ils bénéficient tous de la même façon ? (§.2^{ème}).

⁴⁷⁷ Ghaouti Benmelha, Le droit patrimonial algérien de la famille, OPU, Alger, 1995, p.7.

⁴⁷⁸ En droit tunisien, et depuis la loi de 1998, qui a permis l'établissement du lien qui unit l'enfant à son père, ce dernier est tenu de subvenir aux besoins de son enfant naturel. Farouk Mechri, op.cit, p.168.

§.1^{ère} : La discrimination successorale issue de la filiation de l'enfant

L'enfant illégitime quand il a la chance d'être reconnu par sa mère, cette reconnaissance de maternité permet d'établir un lien de parenté entre l'enfant reconnu et la famille agnatique de la mère ; ce qui lui permettra d'être retenu parmi les bénéficiaires d'une succession de la lignée maternelle⁴⁷⁹.

Tel n'est pas le cas de tous les enfants illégitimes, puisque la loi algérienne n'oblige pas les mères à reconnaître leurs enfants, elle protège même les mères célibataires et leur permet d'accoucher sous « X ».

L'enfant illégitime, étant privé de la filiation paternelle, ne peut porter le nom de son géniteur, ni avoir le droit à son égard à des aliments, et ne peut pas l'hériter.

Donc, l'enfant illégitime ou même désavoué, n'a pas de vocation successorale, puisque la succession en droit algérien découle automatiquement de la filiation légitime. Cette discrimination va à l'encontre de l'un des plus importants principes de la CIDE, qui est le principe de non-discrimination, ainsi aux valeurs et principes d'égalité et de non-discrimination affirmés par la constitution algérienne.

A- L'enfant makfoul et la succession

Au regard des règles de l'héritage, le makfoul n'existe pas, mieux encore il est transmis avec les biens. La concordance de nom en matière de kafala n'est pas constitutive de la filiation ; donc ne permet pas à l'enfant makfoul de prendre rang d'héritier, plus que ça, ce dernier est considéré lui-même comme étant une partie de l'héritage.

Aux termes de l'art 125 CFA : « ...en cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance. » L'enfant makfoul, à l'instar d'un bien, tombe en quelque sorte dans le patrimoine.

Un autre texte législatif relatif au logement⁴⁸⁰, a des répercussions négatives sur l'enfant makfoul.

⁴⁷⁹ Mohand Djenad, op.cit.

⁴⁸⁰ Décret exécutif n° 98-43 du 01 février 1998, fixant les modalités de transfert du droit au bail d'un logement à caractère social relevant du patrimoine locatif public et géré par l'office de promotion et de gestion immobilière (OPGI). J.O.R.A n°05 du 04/02/1998.

L'art 1^{er} stipule que : «seules les personnes ayant un lien de parenté de 1^{er} degré (descendant) et répondant aux conditions d'accès au logement social prévu par la réglementation en vigueur et celles répondant aux dispositions législatives régissant le maintien des lieux peuvent bénéficier du transfert du droit au bail ».

Ce texte prévoit le transfert du droit au bail uniquement aux enfants légitimes, les ayants droit du locataire. Ainsi, l'enfant makfoul vivant sous le même toit, est par le biais de ce texte exclu du bénéfice du transfert au profit des héritiers, même s'ils résident en dehors du logement⁴⁸¹.

Nous citons un exemple, pour expliquer cette discrimination envers l'enfant makfoul, la kafala qui devrait combler le vide peut être source de malheur.

C'est le cas d'un jeune homme âgé de 40 ans, qui en 1994 fut expulsé du domicile familial sept jours après le décès de sa mère par les neveux de cette dernière pour le motif qu'ils sont les seuls héritiers, et que ce jeune homme est illégitime ; pourtant ce jeune homme a été adopté avant l'indépendance en 1954 et portait le nom du père adoptif.

Sur le plan personnel, ce jeune homme était abattu, car même s'il figuré sur le livret de famille de ses parents adoptifs, il s'est retrouvé 40 ans plus tard rejeté et bafoué du fait de la négation de son existence et de son statut par la loi en vigueur.

L'affaire fut portée devant la justice, laquelle s'est déclarée incompétente. Il a fallu la volonté, l'ingéniosité, et l'humanisme de quelques responsables de l'OPGI pour régulariser ce pauvre malheureux. Ils ont pu lui faire bénéficier de la jouissance des lieux en invoquant le motif qu'il ne s'agit pas d'une propriété léguée aux héritiers.

Or, actuellement le texte en vigueur ne permet plus cette possibilité. L'art 1^{er} précité conditionne la régularisation par les liens de parenté, plus précisément les liens de filiation de 1^{er} degré, en ôtant ainsi toute possibilité de manœuvre pour garantir les droits de cette catégorie d'enfants⁴⁸².

Ainsi, le makfoul, contrairement à l'enfant légitime, n'est pas concerné par les règles relatives aux successions, ce qui pousse les parents kafils à prendre des dispositions conservatoires, pour protéger l'enfant makfoul.

⁴⁸¹ Yamina Rahou, Les enfants nés hors mariage en Algérie, la vulnérabilité par la négation du droit, les ouvrages du CRASC, 2008, p.569.

⁴⁸² Yamina Rahou, op.cit, p.570.

L'amour des parents pour leur enfant makfoul, s'accompagne d'un désir de protection qui leur inspire des actes de transmission de biens qui sont le legs ou la donation. Qu'en est-il en droit algérien ?

B- Les dispositions conservatoires

Le père a le droit de transmettre ses biens de son vivant à son enfant par le biais d'une donation, ou bien organiser sa succession avant son décès par le biais d'un testament.

a- Le legs

Le droit du makfoul sur le patrimoine de ses parents, auquel il a peut-être contribué à faire fructifier ou constituer se limite au legs conformément à l'art 123 du CFA qui 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 ».

Donc, le parent kafil a la possibilité de léguer à son enfant makfoul une partie de son héritage par le biais d'un testament⁴⁸³, qui n'est pas obligatoire mais recommandé comme moyen de léguer ses biens, mais aussi d'exprimer ses dernières volontés. Le legs ne peut dépasser le tiers de ses biens, sauf consentement des héritiers.

La délivrance du legs se fera obligatoirement avant tout partage de la succession après le règlement des dettes du défunt et des frais d'enterrement⁴⁸⁴.

b- La donation

La donation d'après les jurisconsultes musulmans se définit comme étant : « le transfert immédiat du donneur au donataire de la propriété d'un bien fait à titre gratuit et dans un but terrestre »⁴⁸⁵. Le code de la famille algérien reprend la même définition en son art 202 comme ceci : « la donation est le transfert à autrui de la propriété d'un bien à titre gratuit ... », tout en ajoutant par le biais de l'art 205 que : « la donation peut porter sur tout ou partie des biens du donateur ».

Ainsi, toute personne a le droit de son vivant de faire donation d'une partie ou de la totalité de ses biens meubles ou immeubles au profit de la personne de son choix, qu'elle soit

⁴⁸³ L'art 184 CFA définit le testament en disposant que : « le testament est l'acte par lequel une personne transfère un bien à titre gratuit pour le temps où elle n'existera plus ».

⁴⁸⁴ Ghaouti Benmelha, le droit patrimonial..., op.cit, p.103.

⁴⁸⁵ Lnant Debellefonds Yvan, Des donations en droit musulman, Recueil de sirey, Paris, 1935, p.16.

parente ou étrangère, homme ou femme, majeur ou mineur, musulmane ou non. La seule condition énoncée par l'art 203 est que : « le donateur doit être en pleine possession de ses facultés mentales, âgé d'au moins dix-neuf ans et non interdit ».

En matière de donation, le donateur n'est pas tenu de réserver la part des héritiers, c'est par conséquent une manière légale de les déshériter.

Donc, la question qui se pose c'est de savoir si en droit algérien le père kafil a le droit de faire donation de ses biens à son enfant makfoul ?

Pour répondre à cette question, l'art 123 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».

Et comme nous l'avons souligné plus haut, le kafil peut réaliser un legs testamentaire, lequel est limité au tiers de ses biens. D'où, le kafil ne semble pas pouvoir donner au makfoul plus que le tiers de ses biens. Or en utilisant le terme « faire un don » dans l'art précité porte à confusion ; puisque si on revient aux règles régissant la donation, on se rend compte qu'il est possible de donner la totalité de son patrimoine conformément à l'art 205 précité, et quiconque peut être le bénéficiaire de cet acte, l'art 205 ne mentionne nulle part la condition de la légitimité du bénéficiaire.

La confusion prend de l'ampleur, quand on va chercher le dispositif juridique relatif au don, une notion qui a été introduite par le biais de l'art 123 d'une façon exceptionnelle, puisque ce terme n'apparaît qu'une seule fois dans le code de la famille, on se rend compte qu'il n'existe pas, contrairement à la donation, qui pour être valide doit répondre à des critères particuliers.

Et même si nombreux sont les juristes qui définissent la donation comme étant un don, la confusion reste complète, surtout devant un problème qui n'a pas été traité par la jurisprudence⁴⁸⁶.

Face à cette incohérence, les acteurs institutionnels (notaires, conservation foncière, juge... etc.) peuvent avoir des avis différents.

⁴⁸⁶ Un magistrat d'Alger en 2012, a reconnu qu'il y a un problème, et souhaiterait que la jurisprudence fasse la différence.

Certains notaires, peuvent refuser au kafil la donation, et donnent comme argument que l'islam interdit de priver les héritiers de la succession.

D'autres peuvent le faire et réaliser l'acte, mais en allant vers l'administration de conservation foncière⁴⁸⁷, certains le font passer, d'autres non en disant que ça concerne un kafil, et qu'il faut dans ce cas appliquer l'art 123, et qu'ils ne peuvent faire le transfert de propriété.

Une fois, le transfert de propriété validé par la conservation foncière, il y a le risque de contestation de la donation par les héritiers. Ainsi, la Cour Suprême a confirmé une contestation des héritiers⁴⁸⁸ selon les faits : «de son vivant, un homme fait donation d'un tiers de son patrimoine à sa femme, et deux tiers à son enfant makful. Au décès du donateur, les héritiers qui sont ses frères, entament une action en annulation de la donation, en invoquant deux arguments : la donation a été faite en dernière maladie conformément à l'art 204 CFA⁴⁸⁹ et de, surcroît, dans le cadre d'une kafala, il faut appliquer l'art 123 CFA ». Le juge de la Cour Suprême a donné raison aux héritiers, en annulant la donation au motif que l'art 123 avait été violé.

Lors d'une rencontre de travail ethnographique, plusieurs juristes et magistrats ont souligné le caractère confus, mal rédigé de cet arrêt⁴⁹⁰.

Face à cette incohérence, il serait préférable que le législateur intervienne pour lever cette confusion.

Il est préférable aussi, que le kafil et le makfoul règlent leurs problèmes de leur vivant, une fois le kafil enterré, l'enfant n'a droit à rien.

§. 2^{ème} : Les principes fondamentaux de la succession des enfants légitimes

Il est admis et clair, que l'enfant dont la filiation est établie à l'égard de ses parents, hérite des deux, comme ils héritent de lui. Et comme l'enfant peut être de sexe masculin ou de sexe féminin la question qui se pose c'est de quelle façon la charia et le droit de la famille

⁴⁸⁷ Cette administration, sous la tutelle du ministre des finances, tient dans chaque daïra le fichier national des propriétaires, elle contrôle les actes et procède aux transmissions des biens

⁴⁸⁸ Cour Suprême, ch SP, 12/05/2011, doss. n°620402, Emilie BARRAUD, kafala et succession en Algérie, www.books.openedition.org.

⁴⁸⁹ L'art 204 CFA dispose que : « la donation faite par une personne, au cours d'une maladie ayant entraîné sa mort ou atteinte de maladie grave ou se trouvant en situation dangereuse, est tenue pour legs ».

⁴⁹⁰ Emilie Barraud, op.cit.

algérien qui en découle organisent ce droit ? (C). une autre question qui mérite d'être éclaircie en matière de succession c'est le cas des petit enfants dont le père ou la mère décèdent avant les grands parents (B) et en définissant l'enfant au chapitre préliminaire, nous avons parlé de l'enfant conçu, et de son droit à l'héritage, que nous allons essayer d'éclaircir un peu plus (A)

A- L'enfant conçu et son droit à l'héritage

L'islam reconnaît au fœtus dès l'instant de la fécondation, un droit à la possession de biens, comme le droit à la succession, au testament et aux bénéfices des biens waqfs.

Cette règle est reprise en droit algérien, on retrouve l'art 173 CFA qui dispose que : « il sera prélevé sur la succession au profit de l'enfant à naître une part supérieure à celle devant revenir à un seul fils ou une seule fille, si celui-ci a vocation avec les héritiers à la succession ou l'emporte sur eux en éviction par réduction. Lorsque l'enfant à naître l'emporte sur les héritières par éviction totale de l'héritage, toute la succession doit être réservée et ne sera partagée que lorsque celui-ci vient au monde ».

L'enfant conçu en droit algérien, comme en droit musulman peut bénéficier d'une donation conformément à l'art 209 CFA qui dispose que : « la donation faite en faveur d'un enfant conçu, ne produit effet que si cet enfant naît vivant et viable».

Donc, il est admis en droit algérien, que l'enfant conçu a droit à sa part d'héritage à la seule condition qu'il naisse vivant et viable.

Ainsi, l'art 25 alinéa 2 du CCIV algérien ajoute que : «l'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant ».

Et l'art 134 du CFA qui stipule que : « l'enfant simplement conçu n'a vocation héréditaire que s'il naît vivant et viable au moment de l'ouverture de la succession. Est réputé né vivant tout enfant qui vagit ou donne un signe apparent de vie. »

Cet article ajoute, que tout enfant qui vagit et donne un signe apparent de vie est considéré vivant et peut bénéficier de son héritage.⁴⁹¹

⁴⁹¹ Le Prophète (صل الله عليه وسلم) a dit : « l'enfant qui, en venant au monde, pousse un vagissement est admis à hériter, on hérite de lui et on récite sur lui la prière des morts», Ghouti, Benmelha, op.cit, p.34.

Le seul point qui peut être à l'origine de la difficulté, concerne la preuve de la date de la conception⁴⁹². Pour répondre à cela, il faut reprendre la présomption établie pour la légitimité, et notamment l'art 42 qui énonce que : « le minimum de la durée de grossesse est de six mois et le maximum est de 10 mois.

B- Le principe du double

Le principe fondamental, autour duquel s'articule le droit successoral est la règle du double, la part de la fille est inférieure de moitié à celle du garçon de même degré et de même parenté par rapport au de cujus.

Donc, si le défunt laisse fils et filles quel que soit leur nombre, ces dernières sont agnatisées par leur frère, et le partage se fera sur la base de la règle selon laquelle l'héritier de sexe masculin a une part double de celle attribuée à une héritière, conformément l'art 155 du CFA qui dispose que : « est aceb par un autre toute personne de sexe féminin rendue « aceb » par la présence d'un parent male, les héritières « aceb » sont :

- 1- La fille avec son frère ;
- 2- La fille du fils du de cujus avec son frère, son cousin paternel, au même degré ou le fils de celui-ci à un degré plus bas à condition qu'elle n'ait pas la qualité d'héritière réservataire « fardh » ;
- 3- La sœur germaine avec son frère germain ;
- 4- La sœur consanguine avec son frère consanguin.

Dans tous ces cas, il est procédé au partage de sorte que l'héritier reçoive une part double de celle de l'héritière ».

Cette règle est incontournable en droit algérien de la famille, elle s'impose aussi bien aux intéressés qu'au juge, du fait que le code de la famille n'offre aucune possibilité pour rétablir l'égalité.⁴⁹³

En Algérie, le centre d'information et de documentation sur les droits de l'enfant et de la femme qui réclame l'égalité du statut successoral entre homme et femme, s'est basé dans son argumentation sur la loi relative à la sécurité sociale, faisant état du changement de la configuration de la famille. Il est précisé que : « la loi n^o 83-11 du 2 juillet 1983 relative aux

⁴⁹² Ghouti Benmelha, le droit patrimonial..., idem, p.35.

⁴⁹³ Hakim Saheb, L'égalité successorale en Algérie à l'épreuve du dogme : osons le débat, El watan, 17 mars 2018.

assurances sociales établit dans son art 67 la liste des ayants droits d'un travailleur appelé à bénéficier en plus du travailleur lui-même à la couverture sociale, les ayants droit d'un décédé sont : le conjoint, les enfants à charge âgés de moins de 18 ans ou de 21 ans s'ils poursuivent des études, les enfants infirmes incapables d'exercer une activité quelconque, et les filles non mariées et sans emploi, et les descendants à charge, le conjoint s'il n'a ni enfant à charge, ni ascendant à charge, reçoit 75 % de la pension du de cujus; s'il y a d'autres ayants droit la pension du conjoint s'élève à 50% de la pension du de cujus. Les autres ayants droits se partagent en règle générale à part égale 40% la pension du de cujus.

En outre, et pour subvenir aux premiers besoins de la famille, une allocation décès égale à 12 fois le montant du dernier salaire est versée aux ayants droit, et répartie entre eux à part égale ». C'est ainsi que ce centre a précisé que les dispositions des lois de sécurité sociale ne font pas de discrimination selon le sexe, si ce n'est une discrimination positive en faveur des filles célibataires ne travaillant pas⁴⁹⁴.

C- Le legs obligatoire

En droit musulman, les petits enfants garçons et filles dont le père ou la mère sont prédécédés ne sont pas héritiers de leur grand-père ou leur grand-mère, ils en sont exclus par leurs oncles.

Cela n'a pas manqué d'attirer l'attention du législateur moderne sur ces malheureux, qui en plus d'être affectés par la disparition de leur auteur direct, se retrouvent privés de la succession de leur aïeul.

Le premier fut, le législateur égyptien, qui en s'inspirant de IBN HAZM, a indirectement apporté en 1946, quelques tempéraments à la dévolution traditionnelle et légale des successions, dans l'ordre des descendants⁴⁹⁵.

IBN HAZM, a pris le contre-pied des auteurs classiques, au sujet du commentaire du verset coranique 180 de la sourate " البقرة " la génisse,

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةَ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ "

⁴⁹⁴ CIDEF, plaidoyer pour une égalité du statut successoral entre homme et femme en Algérie, 2010, <https://ciddef.dz.com>.

⁴⁹⁵ Ghaouti Benmelha, op.cit, p.153.

La majorité des auteurs musulmans ont considéré que ce verset n'est plus en vigueur pour avoir été abrogé par d'autres versets révélés ultérieurement, et qui reconnaissent des droits successoraux à un certain nombre de proches parents, et parmi eux le père et la mère.

IBN HAZM, pour sa part, a estimé que le verset n'a été abrogé que dans sa partie concernant les père et mère, et que la faculté de tester subsiste au profit des proches parents qui, pour quelques raisons ne viennent pas à la succession⁴⁹⁶. Ainsi, la thèse d'IBN HAZM a été consacrée dans la loi égyptienne du 24 juin 1946.

Dans le but de faire face à une situation jugée inéquitable et relativement injuste, le législateur algérien, à l'image du tunisien⁴⁹⁷ et du marocain⁴⁹⁸, a institué la technique de représentation dite «tenzile» ou «l'héritage par substitution» dans les articles 169 à 172 CFA.

C'est ainsi que le législateur algérien est venu au secours des petits enfants, par le biais du legs obligatoire, qui n'est pas subordonné à l'existence d'un testament comme le legs. Il s'agit d'une institution par laquelle la loi se substituant au défunt accorde aux enfants d'une personne prédécédée une part dans la succession de leurs grands-parents égale à la part que le père ou la mère aurait recueillie de son ascendant, s'il avait survécu. Conformément à l'art 169 CFA qui dispose que : « 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... ».

Par contre, le legs obligatoire s'inscrit dans la réglementation générale du legs, puisqu'il ne peut jouer que si les petits enfants ne sont pas héritiers, et dans la limite du tiers de la succession, conformément à l'art 170 CFA qui dispose que : « la part revenant aux petits-fils et petites-filles du de cujus équivaut à celle qui aurait échu à leur auteur s'il était resté en vie, sans qu'elle dépasse toutefois le tiers de la succession».

Donc, en concours avec un ou plusieurs oncles, les petits enfants garçons et filles, fils du défunt, ne sont pas héritiers, mais réintégrés dans la succession par le jeu du legs obligatoire.

⁴⁹⁶ Ghaouti Benmelha, idem, p.154.

⁴⁹⁷ Le legs obligatoire a été introduit en Tunisie en 1959, loi n°59-77 du 19 juin 1959.

⁴⁹⁸ Le legs obligatoire a été introduit au Maroc en 1962, loi n°70-03 portant le code de la famille.

En l'absence d'un fils du défunt, il convient de distinguer entre les enfants d'une fille prédécédée et les enfants du fils prédécédé. Lorsqu'ils sont seuls descendants du défunt, les enfants de la fille prédécédée ne recevront par le jeu du legs obligatoire que le tiers de la succession, le reste allant aux acesbs plus éloignés, frères et oncles, cousins du défunt. De même, en concurrence avec une tante, fille du défunt, ils n'auront que le tiers alors que leur mère vivante aurait eu par le jeu des règles successorales et du radd, la moitié de la succession. Alors que les fils du fils, interviennent en tant que acesbs dans la succession de leurs grands-parents s'ils ne sont pas privés par les propres fils du défunt. Ils ont vocation à recueillir la totalité du reliquat, après le prélèvement des quotes parts des héritiers fardh; le petit fils agnatise ses sœurs, et la part qui leur revient sera partagée selon la règle qui attribue à l'héritier mâle une succession double de celle de l'héritière conformément à l'alinéa 2 de l'art 172 qui dispose que «au partage, l'héritier mâle reçoit une part de succession double de celle de l'héritière ».

La question qui se pose est de savoir si le legs obligatoire concerne juste les petits enfants du premier degré ou tous les descendants⁴⁹⁹ ?

En réalité, ni le législateur algérien, ni la jurisprudence n'ont abordé cette question. Par contre, il y a eu une fetwa du ministère des affaires religieuses et du wakfs qui précise que le legs obligatoire en ce qui concerne les enfants de la fille prédécédée ne concerne que ses propres enfants, donc les petits enfants au premier degré, par contre en ce qui concerne les enfants du fils prédécédé il bénéficie à tous ses descendants⁵⁰⁰.

L'art 172 alinéa 1 CFA ajoute que : « les petits-fils et petites-filles ne peuvent venir à la succession du de cujus en lieu et place de leur auteur s'ils ont déjà hérité de leur père ou mère une part de succession égale à celle qui échoit à leur auteur de son père ou de sa mère».

Il est aussi possible que le mineur ait un patrimoine suite à son travail

⁵⁰⁰فتوى شرعية حول مسألة التنزيل، لجنة الفتاوى، مديرية التوجيه الديني والتعليم القرآني، الجزائر.

Chapitre 2^{ème} : L'accès du mineur au monde du travail

L'Algérie est l'un des pays qui s'est toujours préoccupé de la protection des enfants en général, et du travail en particulier ; et ceci, est illustré d'un côté par les nombreuses conventions qu'elle a ratifiée en la matière⁵⁰¹ (section1), ainsi que l'harmonisation de sa législation aux principes de ces conventions (section2).

Section 1^{ère} : Sur le plan international

L'art 32 de la CIDE dispose que : « les Etats parties reconnaissent le droit de l'enfant d'être protégé contre l'exploitation économique et de n'être astreint à aucun travail comportant des risques ou susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement physique, mental, spirituel, moral ou social ».

Ainsi, L'organisation mondial du travail (OIT) a joué et joue un rôle important dans l'élaboration de plusieurs conventions, pour assurer la protection des employés en général et les enfants en particulier, en mettant des conditions et des restrictions sur le travail des enfants, dont les plus importants l'âge minimum pour le travail d'un enfant , et l'abolition des pires formes de travail des enfants.

Les deux importantes conventions de l'OIT relatives au travail des enfants sont : la convention n° 138 sur l'âge minimum d'admission à l'emploi⁵⁰², et la convention n° 182 sur les pires formes du travail des enfants⁵⁰³. Ces conventions sont fondamentales.⁵⁰⁴

§. 1^{ère} : L'âge d'embauche

Déterminer l'âge d'embauche des enfants, a été la préoccupation première de plusieurs conventions, dont la plus importante figure la convention n°138 de l'OIT sur l'âge minimum de 1973 et sa recommandation n°146.

⁵⁰¹ L'Algérie a ratifiée 60 conventions internationales, et entretient une coopération exemplaire avec l'OIT, dont elle est membre depuis l'indépendance du pays.

⁵⁰² Cette convention est la première convention de l'OIT à atteindre une ratification universelle, il s'agit également de la convention la plus rapidement ratifiée de l'histoire de l'OIT, la majorité des ratifications ayant eu lieu au cours des trois premières années, qui ont suivi son adoption en 1999. Elle a été ratifiée par l'Algérie le 30/04/1984.

⁵⁰³ Cette convention a été largement ratifiée par les Etats membres de l'OIT. Elle a été ratifiée par l'Algérie le 09 février 2001. JORA n°32 du 9 mai 2023.

⁵⁰⁴ Cela signifie que tous les Etats membres de l'OIT ont l'obligation de respecter, promouvoir et réaliser l'abolition du travail des enfants, même s'ils n'ont pas ratifié les conventions en question conformément à la ILO déclaration on fundamental principles and rights at work.

Pour l'OIT, l'une de méthodes les plus efficaces pour s'assurer que les enfants ne commencent pas à travailler trop tôt, c'est de fixer un âge minimum qui leur permet d'être employés.

Cette convention fondamentale fixe à 15 ans l'âge minimum d'admission à l'emploi, 13 ans pour les travaux légers, 18 ans pour les travaux dangereux, et 16 ans dans certaines conditions strictement définies. Elle prévoit pour les pays, dont l'économie et les institutions scolaires ne sont pas suffisamment développés, un âge minimum de 14 ans et de 12 ans pour les travaux légers.

L'objectif de la convention est l'abolition effective du travail des enfants en exigeant des pays de fixer un âge minimum d'admission à l'emploi, et de mettre en place des politiques nationales d'abolition du travail des enfants.

Cette convention a été accompagnée de la recommandation n^o146, qui insiste sur le fait que les politiques et les plans nationaux doivent prévoir la réduction de la pauvreté et la promotion d'emplois décents pour les adultes, de sorte que les parents n'aient pas besoin de recourir au travail des enfants. Elle invite les Etats à favoriser l'enseignement gratuit et la formation professionnelle pour les jeunes.

§. 2^{ème} : L'abolition des pires formes de travail des enfants

Après des recherches effectuées par l'OIT sur la question, et devant un problème d'une ampleur mondiale immense, l'OIT a estimé qu'il était nécessaire de renforcer les conventions existantes sur le travail des enfants par la convention n^o182 de 1999. Cette convention a permis d'attirer l'attention internationale sur l'urgence d'actions destinées à abolir en priorité les pires formes de travail des enfants, en demandant aux Etats parties de prendre en urgence toutes les mesures immédiates et efficaces pour abolir les pires formes de travail des enfants.

Selon cette convention fondamentale, le terme « enfant » s'applique à l'ensemble des personnes de moins de 18 ans.

Les Etats qui l'ont ratifiée doivent éliminer les pires formes de travail des enfants, notamment toutes les formes d'esclavage ou pratiques analogues, telles que la vente et la traite des enfants, la servitude pour dettes et le servage, ainsi que le travail forcé, ou obligatoire, y compris le recrutement forcé ou obligatoire des enfants en vue de leur utilisation dans des conflits armés ; la prostitution et la pornographie faisant intervenir les enfants, l'utilisation d'enfants aux fins d'activités illicites, notamment pour la production et le trafic de

stupéfiants, et les travaux qui sont susceptibles de nuire à la santé, à la sécurité ou à la moralité de l'enfant. Tout en prévoyant l'aide directe nécessaire et appropriée pour soustraire les enfants aux pires formes de travail, et de garantir leur réadaptation et leur intégration sociale.

Ces Etats doivent également assurer l'accès à l'éducation de base gratuite et, lorsque cela est possible et approprié, à la formation professionnelle pour les enfants qui auront été soustraits aux pires formes de travail.⁵⁰⁵

Cette convention a été accompagnée par la recommandation n° 190, qui définit le terme «travail dangereux » comme tout travail qui expose les enfants à des sévices physiques, psychologiques ou sexuels ; ainsi que les travaux qui s'effectuent sous terre, sous l'eau, à des hauteurs dangereuses ou dans les espaces confinés, les travaux qui s'effectuent avec des machines, du matériel ou des outils dangereux, ou qui impliquent de porter de lourdes charges ; l'exposition à des substances, des agents ou des procédés dangereux, ou à des conditions de température, de bruit ou de vibrations préjudiciables à leur santé, le travail pendant de longues heures ou la nuit et le confinement injustifié dans les locaux de l'employeur.

De son côté, la communauté internationale a renouvelé son engagement envers l'élimination de toutes les formes de travail des enfants, dans les objectifs de développement durables (ODD) adoptés en 2015 par l'ensemble des Etats membres de l'ONU dans le cadre du programme de développement durable à l'horizon 2030. Celui-ci vise à prendre des mesures immédiates et efficaces pour supprimer le travail forcé, mettre fin à l'esclavage moderne et à la traite d'êtres humains, interdire et éliminer les pires formes de travail des enfants, y compris le recrutement et l'utilisation d'enfants soldats ; et d'ici 2025 mettre fin au travail des enfants sous toutes ses formes.⁵⁰⁶

Malgré tous les efforts de la communauté internationale, et malgré l'adoption de la CIDE le travail des enfants malheureusement persiste encore aujourd'hui à différents niveaux partout à travers le monde. Selon une étude de l'Unicef, et à l'occasion de la journée mondiale du travail des enfants le 12 juin 2021⁵⁰⁷, le travail des enfants dans le monde a augmenté ; 160

⁵⁰⁵ www.ilo.org

⁵⁰⁶ www.un.org

⁵⁰⁷ Chaque année depuis 2002, la journée mondiale contre le travail des enfants mobilise les gouvernements, les employeurs et toute la société civile afin d'attirer l'attention sur l'étendue du problème et aboutir à des actions concrètes devant être mises pour y faire face.

millions de mineurs ont été forcés de travailler en 2020. Cette hausse du travail a été principalement enregistrée en Afrique, mais ce fléau n'épargne aucun continent⁵⁰⁸.

Section 2^{ème} : Sur le plan interne

A partir de 16 ans, un mineur a accès au monde du travail conformément à l'art 15 alinéa 1 du CTA qui dispose que : « l'âge minimum requis pour un recrutement ne peut en aucun cas être inférieur à seize ans, sauf dans le cadre de contrat d'apprentissage établis conformément à la législation et la réglementation en vigueur ».

Cet article montre l'importance que donne la législation algérienne à la protection des enfants, puisqu'elle détermine un âge supérieur à celui de la convention de l'OIT.

D'après la législation algérienne, l'enfant ne peut pas travailler avant l'âge de 16 ans sauf exception quand il s'agit d'apprentissage. Mais malheureusement la réalité des faits prouve le contraire

§. 1^{ère} : L'âge minimum

En Algérie, le code civil stipule qu'un individu est considéré enfant jusqu'à l'âge de 19 ans révolue. Mais quand il est question de l'activité de travail, l'enfant est autorisé à travailler à partir de l'âge de 16 ans sous certaines conditions.

A- Les conditions établies par la loi

En droit algérien, il n'est sous aucun prétexte permis à un enfant d'exercer une quelconque activité de travail, une période coïncidant avec celle de la scolarité obligatoire, à la seule exception de l'apprentissage.

a- Protection de l'enfant

En plus de la condition de l'âge que nous avons cité auparavant, le travailleur mineur ne peut être recruté que sur présentation d'une autorisation établie par son tuteur légal.

Ainsi, la législation du travail par le biais de l'alinéa 3 de l'art 15 protège les travailleurs mineurs, qui n'ont pas atteint l'âge de 19 ans, de l'un ou l'autre sexe en interdisant de les embaucher dans des travaux dangereux, insalubres et nuisibles à leur santé ou préjudiciables à leur moralité.

⁵⁰⁸ Hausse du travail des enfants depuis vingt ans, www.france24.com

Par ailleurs, l'art 28 de la même loi interdit le travail de nuit pour les travailleurs de moins de 19 ans révolus.

En cas d'infraction à la législation du travail, les inspecteurs du travail soumettent les contrevenants à des amendes de 10.000 à 20.000 DA et, en cas de récidive, une peine d'emprisonnement de 15 jours à deux mois peut être prononcée conformément à l'art 140 du CTA ; sans préjudice d'une amende qui peut s'élever au double de celle prévue initialement.

Dans le cadre du respect de l'observance générale de ces dispositions, l'inspection générale du travail a renforcé ses visites et déplacements sur site au niveau des entreprises publiques et privées à travers le pays. De ces inspections, il ressort que seules les entreprises privées ont fait l'objet de sanctions et de contraventions en matière d'infraction de la législation relative au travail des enfants.⁵⁰⁹

La loi de finance de 2018⁵¹⁰ prévoit aussi, un durcissement des sanctions contre les contrevenants aux règles et dispositions y afférents en milieu de travail, notamment en ce qui concerne la protection des jeunes en âge de travailler. Le représentant du bureau de l'OIT en Algérie Ali Dahi, a indiqué que les statistiques mondiales relatives à ce chapitre font état de 152 millions d'enfants âgés entre 5 et 17 ans qui travaillent.⁵¹¹

Si l'âge légal au travail est 16 ans, il existe un cas particulier.

b- L'apprentissage de l'enfant

Dès l'âge de 15 ans un contrat d'apprentissage peut être conclu au profit de l'enfant conformément à l'art. 12 de la loi relative à l'apprentissage⁵¹² qui dispose que : « nul ne peut être reçu en qualité d'apprenti s'il est âgé de moins de 15 ans et de plus de 18 ans à la date de signature du contrat ».

Le législateur permet à l'apprenti de percevoir un présalaire versé par l'Etat pendant une période allant de 6 à 12 mois, ensuite un présalaire indexé au salaire national minimum garanti et versé par l'employeur.

⁵⁰⁹ Comité des droits de l'enfant, 2^{ème} rapport périodique des Etats parties devant être soumis en 2002, Algérie, p.36.

⁵¹⁰ Loi du 18-13 du 11 juillet 2018 portant loi de finances complémentaire pour 2018, J.O.R.A n° 42, 15 juillet 2018.

⁵¹¹ Abdelkrim Amrani, le travail des enfants en Algérie existe mais à des taux très faibles, l'expression du 17/06/2018.

⁵¹² Loi n° 81-07 du 27 juin 1981 relative à l'apprentissage, J.O.RA n° 26, 30 juin 19981.

L'apprenti bénéficie d'une couverture sociale et de l'assurance contre les accidents de travail. Conformément à l'art 16 de la même loi.

Le contrat d'apprentissage est passé par écrit et signé par l'employeur et le tuteur légal lorsque l'apprenti est mineur conformément à l'art 11 qui énonce que : « le contrat d'apprentissage est passé par écrit, et signé par l'employeur, l'apprenti et son tuteur légal. Il est enregistré par l'assemblée populaire communale du lieu d'apprentissage qui le transmet, aux fins de validation, à l'institution de formation professionnelle désignée la plus proche».

Conformément à l'art 19 in fine, l'organisme employeur ne doit pas confier à l'apprenti des travaux insalubres ou au-delà de ses capacités.

Ces mesures législatives constituent un cadre protecteur pour le mineur apprenti. Le risque bien entendu serait que des situations incontrôlables surviennent et aboutissent à des abus ; comme par exemple des stages dissimulant un véritable travail, ou bien des travaux pénibles non déclarés.

La question qui se pose en ce qui concerne les mineurs en âge de travailler, c'est celle de savoir si on peut parler d'une émancipation de ces derniers ?

B - Reconnaissance d'une pré-majorité

Il faut souligner que la loi est muette sur ce sujet, et n'accorde pas la possibilité de demander l'émancipation du mineur par le recours à l'autorité judiciaire, comme c'est le cas de l'émancipation citée par le code de la famille.

Il n'y a pas de reconnaissance d'une pré-majorité pour les jeunes de 16 à 19 ans, qui serait souhaitable, parce que du moment qu'ils atteignent l'âge de travailler, en principe ils deviennent ainsi capables de conclure leurs contrats de travail, et de percevoir et de disposer de leurs salaires.

Et même, l'émancipation ne vaut pas en Algérie plénitude de capacité, le mineur ne pouvant exercer des opérations commerciales que s'il est préalablement autorisé par son père ou son tuteur. Conformément à l'art 05 du code de commerce algérien qui dispose que : « tout mineur émancipé de l'un ou l'autre sexe âgé de moins de 18 ans accomplis, qui veut faire du commerce ne peut en commencer les opérations, ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce, s'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou sa mère si le père est décédé, absent, déchu de la puissance paternelle ou dans

l'impossibilité de l'exercer ou, à défaut du père et de la mère, par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal».

Pour ce qui est de la législation algérienne en matière de travail de l'enfant, elle est tout à fait en conformité avec ce que prévoit la communauté internationale que ce soit la CIDE, ou les conventions de l'OIT.

Les enquêtes réalisées par l'inspection du travail confirment l'existence du travail des enfants mais à un très faible taux, et ceci est le fruit de l'arsenal juridique et organisationnel mis en place, et aussi de la gratuité de l'enseignement qui empêche les enfants de se diriger très tôt vers le marché du travail.⁵¹³

§. 2^{ème} : Les revenus du travail des mineurs

L'exécution du contrat de travail donne naissance au profit du salarié à une créance de salaires obéissant à un régime particulier. Sa rupture peut aussi être la source de versements de diverses sommes à caractère salarial ou indemnitaire.⁵¹⁴ La question qui se pose ici est de savoir si le mineur, devenu créancier par l'effet du contrat de travail, peut percevoir seul les sommes résultant de l'exécution ou de la rupture de la convention ou le paiement doit-il être fait dans les mains de son représentant légal ?

Devant le silence du code de travail, les règles du droit civil et notamment l'art 44 sont applicables. Et cela conduit à considérer que le salaire du mineur rentre dans le cadre de l'administration légale des parents, et que c'est à eux qu'il doit être versé, et c'est à eux que revient l'administration et la jouissance des biens de l'enfant.

§. 3^{ème} : Le mineur commerçant

La loi permet au mineur d'exercer une activité commerciale, par l'effet de l'émancipation⁵¹⁵. L'art 05 du CCA dispose que : «tout mineur émancipé de l'un ou l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui veut faire le commerce ne peut en commencer les opérations ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour fait de commerce :

⁵¹³ Le travail des enfants : un taux très faible en Algérie, 10/06/2021, www.asp.dz

⁵¹⁴ Pierre- Yves Verkindt, Le droit des revenus professionnels du mineur, actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le LERADP, université de Lille, librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1991, p.79.

⁵¹⁵ L'émancipation est l'acte par lequel un mineur est juridiquement assimilé à un majeur, et peut accomplir seul les actes nécessitant la majorité légale.

- S'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou sa mère si le père est décédé, absent ou déchu de l'autorité paternelle, ou dans l'impossibilité de l'exercer ou, à défaut du père et de la mère par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

Cette autorisation écrite doit être produite à l'appui de la demande d'inscription au registre de commerce».

Une fois que les conditions citées dans cet article sont réunies, et l'autorisation du juge requise, le mineur sera apte à exercer son commerce en qualité de commerçant⁵¹⁶ bénéficiant de tous les droits et devoirs, à l'exception de la faillite⁵¹⁷.

Il faut noter que le tuteur, le conseil de famille ou le juge peuvent à tout moment et conformément à l'art 84 CFA annuler l'autorisation si l'intérêt de l'enfant est en jeu.

L'art 6 du CCA ajoute que l'aliénation volontaire ou forcée des biens du mineur, ne peut intervenir qu'en suivant les formes de procédures des ventes de biens de mineurs. Et cela conformément à l'alinéa 1 et 2 de l'art 88 CFA.

En conclusion, l'enfant peut avoir un patrimoine, qui provient soit de son droit à l'héritage, qui bénéficie seulement aux enfants légitimes et ceci est contraire au principe de non-discrimination reconnu par la CDI et à la constitution algérienne. Pour ce qui est du travail de l'enfant, qui peut être aussi comme source de revenu pour l'enfant, l'Algérie est parmi les pays qui prévoient une protection très importante de l'enfant de par sa ratification des conventions internationales, ainsi que par sa législation.

Donc, le patrimoine de l'enfant sera distinct de celui de ses parents. Mais face à son état de minorité, il ne peut pas exercer seul les droits dont il est titulaire. Cette incapacité d'exercice trouve son remède dans le recours à la représentation légale, qui palliera l'impossibilité de l'individu d'exercer son droit, et c'est le sujet de notre deuxième titre.

⁵¹⁶ L'art 1 du CCA définit le commerçant comme ceci : «est réputé commerçant toute personne physique ou morale qui exerce des actes de commerce et en fait sa profession habituelle, sauf si la loi en dispose autrement. »

⁵¹⁷ بن عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2019/2018، ص.76.

Titre 2^{ème} : La protection des biens de l'enfant

L'une des grandes préoccupations de la charia islamique c'est la protection des biens des enfants qui sont soumis au régime de la représentation légale, reprise par le législateur algérien dans le livre 2 du code de la famille de l'art 85 à l'art 125.

Le législateur algérien a entendu protéger l'enfant en transmettant à ses représentants légaux l'autorité sur ses biens pendant sa minorité⁵¹⁸.

Cette représentation qui concerne et conformément à l'art 81 du CFA toute personne qui n'a pas atteint l'âge de la majorité.

Il faut noter que la question des parents à l'égard des enfants dans le droit de la famille algérien, porte confusion entre tutelle, garde de l'enfant et autorité parentale⁵¹⁹. Qui devrait, et conformément à l'art 36 CFA être pour les deux parents ; le père et la mère sont tenus de contribuer conjointement à la protection des enfants et à leur éducation.

Désormais, et à l'instar de tous les pays musulmans, en Algérie, la qualité de chef de famille est octroyée au père, seulement conformément à l'art 87 CFA qui 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.

La mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants, en cas d'absence ou 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 ».

Bien que, par le biais de ce dernier paragraphe, on note une avancée par rapport à la mère qui bénéficie généralement du droit de garde. Ça reste insuffisant, et n'empêche pas la contradiction entre l'application des textes internes et les engagements internationaux de l'Algérie, notamment la CIDE et la CEDAW.

Le père occupe, en effet, une place prépondérante en comparaison à celle octroyée à la mère. Les nouvelles modifications n'ont ni consacré l'autorité parentale, ni la responsabilité parentale, le père demeure toujours le tuteur légal pendant le mariage et peut être considéré comme puissance paternelle⁵²⁰, qui s'atténue par la rupture du contrat de

⁵¹⁸ Isabelle Corprat, L'autorité parentale, ed ASH, 2003, p.70.

⁵¹⁹ Houhou Yamina, la wilaya parentale, rev ASJP, V57, 2020, p.12.

⁵²⁰ Ghouti Benmelha affirmait que : « la tutelle coexiste avec la puissance paternelle. » بن ملحة غوتي، قانون الأسرة، فقها واجتهادا، د.م.ج، 2005، ص.324.

Ainsi, Madame Nadia AIT ZAI fait le même constat de l'existence d'une confusion entre puissance paternelle et tutelle légale. En précisant que : « le code de la famille ne parle pas de puissance paternelle, il n'y a que le code

mariage, du fait de transférer le rôle tutélaire à la mère après le divorce. Ce qui suppose que le père n'aura droit qu'à une puissance paternelle réduite. Ce dernier se verra attribuer le devoir d'entretenir ses enfants, en leurs versant une maigre pension alimentaire et leur assurer un logement⁵²¹.

Cependant, si la tutelle semble avoir été érigée en droit naturel pour le père en priorité et transmis dans des circonstances précises à la mère, elle n'est pas pour autant un droit illimité et absolu, elle ne s'exerce que dans l'intérêt de l'enfant. L'art 79 de la constitution algérienne n'a pas manqué de souligner que : « sous peine de poursuites, les parents ont l'obligation d'assurer l'éducation de leurs enfants... ». Ainsi, la protection du mineur est affirmée par la loi fondamentale du pays⁵²².

L'incapacité du mineur est liée à son jeune âge et à son inaptitude présumée de défendre lui-même ses intérêts. Elle constitue un principe protecteur, en permettant d'éviter qu'il n'accomplisse des actes susceptibles de lui nuire. Selon Gérard Cornu « chacun sait que l'incapacité civiles des mineurs, reconnaissance légale de leur état de faiblesse naturelle, et l'effet d'une politique de protection et non d'une quelconque gérontocratie. L'incapable n'est pas la victime d'une brimade, d'un sacrifice de l'individu à la société ; mais le bénéficiaire d'une mesure qui rétablit en sa faveur un équilibre des forces que la nature n'a pas encore réalisée »⁵²³.

Le jeune âge de l'enfant, sa faiblesse et sa vulnérabilité imposent de le placer sous un régime de protection, qui n'est pas un régime d'assistance mais de représentation⁵²⁴, évitant ainsi qu'il puisse accomplir des actes préjudiciables, notamment sous la pression de tiers.

Pour bien comprendre cette mesure de protection, il faut d'abord voir comment elle est organisée (chapitre 1^{er}) pour aborder, ensuite, son fonctionnement (chapitre 2^{ème})

pénal qui mentionne la déchéance de la puissance paternelle en son art 19. Voir Nadia AIT ZAI, Kafala quel contenu, Rev. Cidef, n°17, juin 2008, p.34.

Mais, il faut noter que l'art 19 du code pénal algérien énonce que : «la déchéance totale ou partielle de la puissance paternelle » a été modifié par la loi du 20/12/2006 qui a supprimé cette disposition en se contentant de dire : « l'interdiction exercer les droits civiques et de la famille ».

⁵²¹ Dennoini Samia, L'autorité parentale et les concepts voisins endroit comparé, les cahiers de l'arden, v 10, n° 1, 05-12-2020, p.102.

⁵²² Houhou Yamina, la wilaya parentale, op.cit, p.15.

⁵²³ Gérard Cornu, op.cit, p.

⁵²⁴ Michel Grimaldi, L'administration légale à l'épreuve de l'adolescence, l'enfant, la famille et l'argent, Paris, 1991, p.101.

Chapitre 1^{er} : L'organisation de la représentation légale

Le législateur algérien a soumis les mineurs au régime de la tutelle et de la curatelle conformément à l'article 81 du CFA qui dispose que : « toute personne complètement ou partiellement incapable du fait de son âge, de sa démence, de son imbecilité ou de sa prodigalité est légalement représentée par un tuteur légal ou testamentaire ou d'un tuteur datif, conformément aux dispositions de la présente loi ». Ainsi que l'article 44 du CCIV qui dispose aussi que : « ceux qui sont complètement ou partiellement incapable sont soumis, selon le cas, au régime de l'administration légale, de la tutelle ou de la curatelle dans les conditions et conformément aux règles prescrites par la loi ».

La loi algérienne distingue deux formes essentielles de la tutelle et une subsidiaire qui est la curatelle. Mais, avant de parler de ces différentes formes de représentations, il est nécessaire de s'interroger sur la nature de l'institution (section 1^{ère}), pour préciser, ensuite, son domaine (section 2^{ème})

Section 1^{ère} : La tutelle : mesure de protection du mineur

Au sens large, la tutelle concerne l'ensemble des mesures de protection du mineur⁵²⁵.

Cette institution fonctionne, quel que soit la situation familiale du mineur, qui peut appartenir à une famille, ou qui n'a pas d'attache familiale. Donc la tutelle en principe elle s'exerce au sein de la famille, mais il arrive qu'elle soit une charge publique. Il faut donc s'interroger sur la nature de cette institution.

§. 1^{ère} : Nature de la tutelle

En principe la tutelle est une prérogative attachée à la qualité de chef de famille, ce qui lui procure une nature de droit privé (A), mais il arrive que l'Etat prenne en charge la protection des mineurs, ce qui donne une coloration de droit public à l'institution (B).

A- La tutelle institution de droit privé

C'est au sein de sa famille que le mineur grandisse, et c'est à elle de se charger de sa protection, elle est ainsi tenue de le protéger dans sa personne et de gérer aussi son patrimoine.

⁵²⁵ R. Rodiere, La tutelle des mineurs, 1950, cité par Ghouti Benmelha, op. cit, p.337.

La tutelle est une institution qui assure la protection de l'enfant par la famille, qui elle-même baigne presque entièrement dans le droit privé⁵²⁶. Ce qui fait d'elle une institution de ce dernier.

C'est dans la famille que se recrutent en premier lieu les organes de la tutelle. L'Etat n'intervient qu'à titre secondaire.

B- La tutelle institution de droit public

Cet aspect apparaît à travers diverses situations⁵²⁷ :

- a- La loi requiert l'autorisation du juge pour de nombreux actes que doit accomplir le tuteur⁵²⁸.
- b- L'Etat doit exercer lui-même la tutelle, à défaut de parents ou de volontaires conformément à l'art 246 alinéa 1 du code de la santé publique qui stipule que : « les mineurs de l'un ou de l'autre sexe sont placés sous la protection et la tutelle du service de l'assistance publique et des pupilles de l'Etat ».

§. 2^{ème} : Les différentes tutelles

La tutelle, institution du droit musulman, est une notion bien particulière, se caractérisant par une rigueur institutionnelle remarquable.

Au sens large, la tutelle et telle qu'elle est perçue en droit algérien concerne l'ensemble des mesures de protection du mineur. Cette protection s'applique à la personne et au patrimoine de l'enfant.

Ce qui nous intéresse dans cette partie de notre travail c'est la protection du patrimoine de l'enfant, et qui s'ouvre quand le mineur a des biens personnels devant être gérés.

Les formes importantes de la tutelle sont, d'une part la tutelle légale (A) et d'autre part, la tutelle testamentaire (B) ; comme et en l'absence des deux le juge peut désigner un curateur (C).

⁵²⁶ Ghouti Benmelha, op.cit, p.337.

⁵²⁷ Ghouti Benmelha, idem, p.338.

⁵²⁸ Art 88, 89, 90 CFA pour la tutelle légale, et l'art 97 et 97 pour la tutelle testamentaire, et l'art 99 pour la curatelle.

A- La tutelle légale

En droit musulman, le père est le tuteur légal de ses enfants mineurs, il importe peu que la mère existe ou non. La charia ne concède la wilaya sur la personne et sur les biens de l'enfant qu'au père ou autre ascendant male du côté paternel⁵²⁹.

Cependant, pour la loi algérienne le père est tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit conformément à l'art 87 CFA précité. Ainsi, en cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants a été confiée. Cette nouveauté apportée par l'ordonnance du 27/02/2005 permet au juge de promouvoir l'intérêt de l'enfant, puisque la personne qui est apte à prendre en charge la personne de l'enfant c'est sûrement elle qui protégera son argent.

La tutelle confère au tuteur en tant que parent la représentation de l'enfant mineur dans tous les actes de la vie civile, ou il n'a pas le droit de s'abstenir conformément à l'art 88 du CFA qui dispose que : « le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci... »

Ainsi, le tuteur, qu'il soit père biologique ou kafil doit gérer le patrimoine de son enfant de la meilleure manière qui soit⁵³⁰. Et pour ce faire, le tuteur doit remplir quelques conditions.

a- Les conditions du tuteur

Pour ce qui est des conditions que le tuteur légal doit remplir, le législateur ne les a pas mentionnés comme il l'a fait pour le tuteur testamentaire. Cela ne nous empêche pas de les citer en se référant aux règles du droit musulman conformément à l'art 222 CFA.

1- Majeur et saint d'esprit

Pour que le tuteur soit capable d'assumer sa tâche, il doit être majeur et apte à le faire conformément à l'art 40 du CCIV. Comme il doit être saint d'esprit, selon les jurisconsultes musulmans, l'imbécile ne peut pas être tuteur sur les biens de ses enfants⁵³¹.

En se référant à l'art 91 alinéas 1 et 3 du CFA qui dispose que : « l'administration du tuteur cesse :

⁵²⁹ Houhou Yamina, La wilaya parentale (autorité parentale), op.cit, p.17.

⁵³⁰ Houhou Yamina, op. cit, p.18.

⁵³¹ معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، ط.5. دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 1990، ص.836.

- Par son incapacité d'exercer la tutelle.
- Par son interdiction judiciaire⁵³² ou légale⁵³³ ».

On comprend que le législateur même s'il n'a pas cité clairement les conditions du tuteur, il reconnaît par le biais de cet article la nécessité qu'il soit apte et sain d'esprit.

2- Musulman

Le tuteur doit être musulman, le non musulman ne peut être tuteur d'un musulman.

لِقَوْلِهِ تَعَالَى: " وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا."⁵³⁴ وَقَوْلِهِ أَيْضًا: " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۚ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فإِنَّهُ مِنْهُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الظَّالِمِينَ " ⁵³⁵

A l'exception du juge, pour qui cette règle ne s'applique pas, puisque il est tuteur de toutes personnes qui n'en n'a pas⁵³⁶.

3- Intègre

Pour ce qui est de l'intégrité du tuteur, les avis des jurisconsultes musulmans sont différents, pour les hanafites et les malikites cette condition n'est pas obligatoire, par contre pour les chaféites et le hanbalites elle l'est⁵³⁷.

A notre avis, le tuteur doit être intègre pour qu'il puisse gérer l'argent de l'enfant convenablement.

b- L'ordre des tuteurs en droit algérien

Le législateur algérien et par le biais de l'art 87 CFA, a donné la priorité au père, ensuite vient la mère en deuxième position, qui se voit attribuée la tutelle par la force de la loi après la mort du père, ou de son absence ou en cas d'empêchement⁵³⁸ ; et la troisième position

⁵³² Le législateur algérien a régi l'interdiction judiciaire par le code de la famille, de l'art 101 à l'art 108 CFA, et par l'art 40 et 79 du code civil.

⁵³³ L'interdiction légale est le fait d'interdire une personne de gérer son argent par le biais d'une sanction criminelle, l'art 9 bis du CPA dispose que : « en cas de condamnation à une peine criminelle, le tribunal prononce obligatoirement l'interdiction légale qui consiste à empêcher le condamné d'exercer ses droits patrimoniaux durant l'exécution de la peine principale.... ».

⁵³⁴ سورة النساء، الآية 141.

⁵³⁵ سورة المائدة، الآية 51.

3- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة وما عليه العمل بالمحاكم، ط.2، دار القلم، الكويت، 1990، ص.222

⁵³⁷ شمس الدين السرخسين الميسوط، ج.24، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص.157.

⁵³⁸ Le législateur marocain a pris la même position en attribuant la tutelle à la mère après le père en son art 236 de la moudawana comme ceci : « 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 ».

est attribuée au grand père dans le cas du décès des deux parents, ou celle du père avec une mère incapable d'assumer et de gérer les biens de son enfant.

1- Le père

Le législateur algérien, et par le biais de l'art 87 CFA qui dispose que : « le père est tuteur de ses enfants mineurs... », Considère que le père est prioritaire⁵³⁹ pour être tuteur de ses enfants. Et tous les juristes musulmans sont d'accord sur ce principe, à condition qu'il soit vivant et apte à le faire⁵⁴⁰.

Et ce qui est à notre avis logique, puisque nul ne peut prendre soin des biens de ses enfants mieux que leur propre père, qui avant de gérer leur biens, il gère leur vie personnelle qui nécessite beaucoup d'attention et beaucoup d'amour. De même, nul ne peut remplacer ce dernier tant qu'il est vivant, même pas la mère. Dans ce sens la cour suprême a rejeté un arrêt qui avait attribué la tutelle à la mère au vivant de leur père⁵⁴¹.

2- La mère

La mère se voit attribuée la tutelle par la force de la loi après la mort du père, ou de son absence ou en cas d'empêchement conformément à l'art 87 du CFA qui 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. 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 ».

Cette nouvelle loi permet en effet à la mère de suppléer le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant les enfants en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci. Par le biais de ce nouvel article, l'intervention de la mère est devenue possible, dès que le père est absent ou empêché, et même si les actes qu'elle accomplit dans ces circonstances doivent revêtir le caractère de l'urgence. Le nouveau texte ne les limite pas à

⁵³⁹ La plupart des législations arabes attribuent la priorité au père, on retrouve l'art 236 de la moudawana marocaine qui dispose que : « le père reste de droit le tuteur légal de ses enfants, tant qu'il n'aura pas été déchu de cette tutelle par jugement.... » Et l'art 154 du statut personnel tunisien qui dispose aussi que : ' le père est le tuteur de l'enfant mineur et, en cas de décès ou d'incapacité du père, c'est la mère qui en est tutrice légale, sous réserve des dispositions de l'art 8 du présent code ». Contrairement au législateur français qui attribue l'autorité parentale au père et à la mère en même temps par l'1384/4 du code civil qui dispose que : « le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitants avec eux ».

⁵⁴⁰ محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني والفقہ الإسلامي، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، 2000، ص.602.

⁵⁴¹ Cour suprême, ch.s.p, 17/05/1998, doss n^o 167835, rev.jud, 1997, n^o2, p.77.

certaines domaines précis comme le faisait l'ancien article du droit de la famille de 1984⁵⁴², qui en cas d'abandon de famille par le père ou en cas de disparition de celui-ci autorisé la mère par le biais d'une autorisation du juge à signer tout document administratif à caractère scolaire ou social, ayant trait à la situation de l'enfant sur le territoire algérien.

La question qui se pose ici c'est de savoir si cette nouvelle disposition de la loi n'oblige pas la mère d'être en possession d'un jugement déclarant le mari absent⁵⁴³, pour accomplir les actes urgents de ses enfants ?

Certes le nouvel art 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 père⁵⁴⁴. Or, un tel jugement ne peut être prononcé qu'après un délai légal relativement long, donc une autre question va se posée qui est de savoir si cette mère est obligée de saisir le juge des référés, pour suppléer son mari absent dès l'instant où il y a urgence ?

D'après ce qui ressort de la nouvelle loi, il ne semble pas qu'elle soit obligée de recourir au référé lorsque le père est simplement empêché et qu'il y a urgence à agir.

Une autre disposition importante concernant l'exercice de la tutelle est introduite par l'art 87 alinéa 3 comme ceci : « En cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants a été confiée ».

Et ceci, est contraire à ce que prévoyait le code de la famille de 1984, ce dernier en reprenant la règle du droit musulman, attribuait la garde à la mère après le divorce, par contre la tutelle restait un attribut du père tant qu'il est vivant⁵⁴⁵. Ce qui entraînait souvent des conflits. La nouvelle version de l'art 87 met fin à cette situation en commandant au juge d'attribuer la tutelle au parent gardien.

Cette disposition vise à éviter les difficultés que peut rencontrer la mère gardienne lorsque le père, en vertu de l'autorité paternelle qu'il détient s'oppose sur telle ou telle

⁵⁴² L'art 63 du CFA dispose que : « En cas d'abandon de famille pour 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 ».

⁵⁴³ Selon l'art 109 du CFA : « le disparu est la personne absente dont on ignore où elle se trouve et si elle est en vie ou décédée. Il n'est déclaré tel que par jugement ».

⁵⁴⁴ La loi prévoit une procédure en vue d'obtenir un jugement déclaratif d'absence, voir les articles de 109 à 115 du CFA.

⁵⁴⁵ Les jurisconsultes musulmans n'attribuent pas l'exercice de la wilaya à la mère, à part une partie des chaféites qui autorisent la mère à être tutrice sur les biens de ses enfants après le père et le grand père. سيف رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2000، ص.125.

question, entraînant des difficultés dans la gestion des affaires de ses enfants. Mais malgré cela, elle ne résout pas totalement le problème, parce que le législateur continue d'opter pour le mode unilatéral d'exercice de la tutelle, alors qu'il aurait été préférable de mettre en place une autorité parentale partagée, en précisant les modalités de son exercice dans l'intérêt de l'enfant⁵⁴⁶. Ce qui aurait été d'ailleurs en adéquation avec l'abrogation de l'art 39 du CFA⁵⁴⁷, et les nouvelles dispositions de l'art 36 du CFA qui dispose que : « les deux époux doivent contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur saine éducation ».

3- Le grand père

Les juristes musulmans ne se sont pas mis d'accord sur la personne qui se voit attribuer la tutelle après la mort du père, le grand père ou le tuteur testamentaire ?

Les hanafites et les chaféites attribuent l'exercice de la tutelle au grand père qui selon eux, remplace le père dans plusieurs domaines notamment, l'héritage, la garde, et la tutelle sur la personne⁵⁴⁸. Par contre ils ne sont pas d'accord sur la place de ce dernier, pour les hanafites le grand père vient après le tuteur testamentaire qui a été choisi par le père ; et pour les chaféites le grand père est prioritaire par rapport au tuteur testamentaire puisqu'il remplace parfaitement son fils⁵⁴⁹.

Les hanbalites et les malikites ne reconnaissent pas la tutelle pour le grand père, ils justifient cela par le fait que le degré de parenté entre l'enfant et son grand père et l'enfant et son frère est le même, et comme le frère ne peut pas être tuteur, le grand père ne peut pas l'être aussi⁵⁵⁰.

Pour ce qui est du droit algérien, il faut noter que le législateur n'a pas cité le grand père dans l'art 87 CFA, mais on peut le déduire de l'art 92 CFA qui dispose que : « l'enfant mineur peut être placé sous l'administration d'un tuteur testamentaire par son père ou son grand-père au cas où cet enfant est orphelin de mère ou si l'incapacité de cette dernière est établie par tout moyen de droit... ».

⁵⁴⁶ L'art 371/1 du code civil français définit l'autorité parentale comme ceci : « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant ».

⁵⁴⁷ L'art 39 du code de la famille de 1984 disposait que : « l'épouse est tenue d'obéir à son mari et de lui accorder des égards en sa qualité de chef de famille ».

⁵⁴⁸ جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري والفقہ الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006، ص.29.

⁵⁴⁹ وهبة الزحيلي المرجع السابق، ص. 750.

⁵⁵⁰ سيف رجب قزامل، المرجع السابق، ص.123.

Par le biais de cet article, le législateur reconnaît au grand père le droit d'être tuteur, puisqu'il lui reconnaît le droit de désigner un tuteur testamentaire. Mais le problème qui se pose ici c'est de savoir si le grand père vient tout de suite après le père ou la mère, ou bien après le tuteur testamentaire ?

Cette confusion divise la doctrine en deux courants, D'aucuns disent que le grand père vient tout de suite après les parents⁵⁵¹. D'autres, notamment le professeur Saïd Djafour, le place après les parents à condition que le père n'ait pas désigné avant sa mort un tuteur pour gérer les biens de ses enfants⁵⁵².

Par contre, la jurisprudence donne toute une autre interprétation à l'art 92 précité, elle considère le grand père comme tuteur testamentaire⁵⁵³, bien que l'art soit clair sur ce point.

Cette confusion, et cette imprécision n'est que le reflet et la preuve que le législateur algérien a très mal organisé cette institution.

c- Les caractéristiques de la tutelle

La tutelle se caractérise par des traits essentiels en ce qu'elle est une charge soumise à des conditions relatives à la désignation du titulaire qui est personnelle, obligatoire et gratuite.

1- La tutelle est personnelle

La charge tutélaire doit être assumée personnellement par celui qui en est investi. Elle ne peut être l'objet d'aucune substitution, comme elle ne se transmet pas aux héritiers du tuteur.

2- La tutelle est obligatoire

La tutelle est obligatoire pour tous ceux qui sont appelés à l'exercer, la charge qui s'attache à elle, ne peut être déclinée. Dans ce sens l'art 330/1 du code pénal dispose que : « sont punis d'un emprisonnement de deux (2) mois à un (1) an et d'une amende de vingt-cinq mille (25.000) DA à cent mille (100.000) DA :

- Le père ou la mère de famille qui abandonne, sans motif grave pendant plus de deux (2) mois, la résidence familiale et se soustrait à toutes ses obligations d'ordre

⁵⁵¹ غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015، ص.14.

⁵⁵² محمد سعيد جعفر، مدخل إلى العلوم القانونية.....، المرجع السابق، ص.602.

⁵⁵³ Cour Suprême, ch.sp, 17/05/2006, doss n° 363794, Rev. Jud., 2006, n°2, p.461.

moral ou d'ordre matériel résultant de la puissance paternelle ou de la tutelle légale.... ».

3- La tutelle est gratuite

Le tuteur ne perçoit aucune rémunération, sauf si la gestion requiert de lui un travail ou des tâches importantes et nombreuses.

d - Cessation de la tutelle

Tout droit et tout devoir à un début et une fin, la tutelle considérée comme tel, elle a des raisons par lesquelles elle commence, et des raisons par lesquelles elle finit, certaines d'entre elles sont spécifiques au tuteur, et d'autres spécifiques au mineur.

1- Les motifs liés à la personne du mineur

L'institution de la tutelle a été conçue dans l'intérêt de l'incapable, et en raison de sa minorité, celle la prend fin, en dehors du cas du décès du mineur ou la perte de son argent, lorsque le mineur a atteint l'âge de la majorité qui est fixé à 19 ans révolus par l'art 40 du CCIV. La tutelle cesse également par l'émancipation du mineur.

a-1 Le décès de l'enfant ou la perte de son argent

Le décès du mineur est une cause directe de la perte de la tutelle, parce que la raison pour laquelle est établit la tutelle sur les biens du mineur, c'est sa protection. Donc s'il décède, la tutelle n'aura plus aucune importance. Ses biens deviendront succession qui sera partagée entre ses héritiers.

La tutelle prend fin également par la destitution de l'argent du mineur, car la tutelle existe pour conserver cet argent, et si ce dernier est détruit, la tutelle n'aura plus aucun effet.

Il faut noter, que le législateur algérien n'a pas stipulé cette dernière raison dans le droit de la famille. Par contre, pour ce qui y est du décès, il s'est contenté de le citer dans l'art 96/2 CFA en relation avec la tutelle testamentaire comme ceci : « le mandat du tuteur testamentaire cesse par :

- 1) Le décès du pupille.... ».

a-2 L'âge de la majorité

L'art 40 du CCIVA 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 ». Une fois que le mineur atteint l'âge de 19 ans, son argent lui sera restitué pour en disposer, et ainsi la tutelle prend fin. Même si le droit de la famille n'a pas prévu cette cause dans l'art 91 concernant les cas par lesquels la tutelle prend fin, il l'a fait à l'art 96/3 relatif à la tutelle testamentaire comme ceci : « le mandat du tuteur testamentaire cesse par :

2) La majorité du mineur à moins qu'il ne soit frappé d'interdiction par jugement ».

Les jurisconsultes musulmans se sont mis tous d'accord, sur le fait que la tutelle d'un mineur prend fin automatiquement si le mineur atteint l'âge de la majorité et de la raison, sans être interdit en raison de sa stupidité, ou de son imbecilité, ou de son insouciance, ou de sa folie, conformément لقوله تعالى: " وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ"⁵⁵⁴

Quant à l'âge de la majorité, et selon les jurisconsultes musulmans il n'est pas associé à la majorité physique, ces derniers doivent être combinés. La maturité financière peut être associée à la maturité physique, comme elle peut en différer, selon les conditions des enfants et l'environnement dans lequel ils sont élevés.⁵⁵⁵

Et la majorité selon les jurisconsultes musulmans, est définie par un test visant à démontrer si la personne est apte à conserver, sauvegarder, et bien disposer de son argent⁵⁵⁶. Selon les malikites le test se fait en deux étapes, la première est de lui parler de ses besoins et de ses intérêts, grâce à quoi il peut devenir clair qu'il est vertueux ; après ça il est soumis à la deuxième étape, qui consiste à lui donner une partie de son argent, tout en examinant son comportement. S'il le développe et le gère bien, tout son argent lui sera rendu à condition qu'il soit majeur⁵⁵⁷.

Selon les shaféites, le tuteur qu'il soit le père ou autre, teste les personnes sous sa tutelle de différentes manières, selon leur statut, et selon qu'il s'agisse d'un garçon ou une fille. Le fils d'un commerçant est testé en le laissant acheter et vendre et négocier avec les marchands sur les marchés, et le fils d'un fermier ou celui d'un agriculteur est testé par les

⁵⁵⁴ سورة النساء، الآية 6.

⁵⁵⁵ محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص.443.

⁵⁵⁶ عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج11، ط3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1997، ص.275.

⁵⁵⁷ أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي ، أحكام القرآن، ج3، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003، ص.418.

travaux et la gérance des affaires agricoles, et en commercialisant les fruits ainsi que les récoltes, et en s'occupant des relations avec qui il travaille. Quant à la jeune fille, elle est testée dans les affaires de la maison et sa gestion, ils ont donnés comme exemple le filage, le tissage, la cuisine ; comme ils ont exigés que le test devrait être répété plus d'une fois⁵⁵⁸.

Les shaféites ont détaillé la manière dont l'enfant conclut le contrat, soit il se contente de gérer et au moment de la conclusion du contrat c'est le tuteur qui le fait, soit il conclut ses contrats seul, et dans ce cas le tuteur n'est pas tenu responsable de la perte de l'argent du mineur si cela arrive en période d'essai. Ils ont ajouté que l'enfant doit être testé sur sa religion, et cela est mesuré en fonction de ses fréquentations, ainsi que de sa bonne conduite tout en évitant les péchés⁵⁵⁹.

D'après les hanafites, le test diffère selon la personne, parce que la coutume l'exige. Le fils d'un commerçant est testé en achetant et en vendant sans aucune injustice, et le fils de l'écrivain est testé en accomplissant ce qu'il assigne à son représentant. Quant à la fille, elle est testée en achetant du coton pour le filage et les fournitures pour le tricot et la couture ; en plus sur le degré de préserver ce qui est en main de la perte⁵⁶⁰.

Les juristes musulmans diffèrent également sur le moment où le test doit être effectué, avant ou après la puberté. Pour les hanafites, il doit se faire avant la puberté et non après⁵⁶¹. Quant aux malikites, ils ont sur cette question deux points de vue ; le premier considère que le test doit être fait après la puberté, car il est lié à la puberté apparente لقوله تعالى : "..... فَإِنْ أَنْتُمْ مِّنْهُمْ رُّشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ.....".

Et la deuxième opinion favorisée par ALAKMI, dit qu'il faut le faire avant la puberté, parce que la lettre "ف" dans le verset est pour la stipulation et non pour la continuation⁵⁶².

Les hanbalite, eux aussi ont deux opinions à ce sujet, la première dit que le test doit avoir lieu avant la puberté et se poursuivre même après, afin de connaître l'étendue de son raisonnement, et à partir de là il sera décidé de lui remettre son argent ou non ; et ils se sont basés sur le sens apparent du verset précédent parce que Dieu le tout puissant a prolongé leur

⁵⁵⁸ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعندة المفتين، ج5، ط3، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991، ص.180.

⁵⁵⁹ أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص.181.

⁵⁶⁰ زين الدين المنحى بن عثمان بن أسعد التنوخي الحنبلي، الممنع في شرح المقنع، ج2، ط3، مكتبة الأسد، مكة المكرمة، 2003، ص.369.

⁵⁶¹ شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج24، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن، ص.162.

⁵⁶² أبو الحسين علي محمد اللخمي، التبصرة، ج10، ط2، منشورات مركز نجيبوية للمخطوطات وخدمة التراث، القاهرة، 2012، ص.623.

test jusqu'à la puberté, en utilisant le terme " حتى " est la preuve que le test commence avant la puberté. Tandis que pour la deuxième opinion le test se fait après la puberté⁵⁶³.

Dans la charia islamique, on retrouve ce qu'on appelle l'obligation d'attester de la majorité, ce qu'on ne retrouve pas dans la législation algérienne qui régit la majorité ; mais plutôt dans le cadre de l'émancipation, dont nous parlerons dans le point suivant.

La jurisprudence islamique diffère sur la question de savoir s'il est obligatoire ou non d'attester de la majorité. Pour les hanafites, ils n'exigent pas cela, quel que soit le représentant légal, qu'il soit le père, le tuteur testamentaire ou bien le curateur, puisque Dieu le tout puissant dans son verset : " وَأَبْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ " n'a pas exigé l'attestation de la majorité de l'enfant⁵⁶⁴.

Quant aux malikites, ils disent que si le tuteur est le père, il n'a pas besoin d'attester la majorité de son enfant, puisque tout se fait naturellement, contrairement au tuteur testamentaire et au curateur qui doivent attester la majorité du mineur qui est sous leur tutelle par le biais d'une décision du juge⁵⁶⁵.

Les shaféites ont également deux opinions, la première est d'accord avec les malékites, et la seconde distingue entre, si le tuteur est le père ou le grand père, et dans ce cas ils n'ont pas besoin d'une décision de justice. Par contre les autres représentants sont tenus d'attester la majorité de l'enfant par le biais d'un jugement⁵⁶⁶.

Donc, la tutelle prend fin automatiquement par la majorité de l'enfant, mais elle n'est pas la seule, l'émancipation du mineur est aussi une raison pour laquelle la tutelle prend fin.

a-3 L'émancipation du mineur

Le législateur algérien a régit l'émancipation du mineur par l'art 84/2 CFA qui dispose que : «le juge peut autoriser la personne ayant atteint l'âge de discernement à disposer de tout ou partie de ses biens à la demande de toute personne y ayant intérêt, toutefois, le juge peut revenir sur sa décision s'il admet le bien-fondé ».

⁵⁶³ شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن فدامة المقدسي، المغني ويلييه الشرح الكبير، ج 7، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن، ص. 366.

⁵⁶⁴ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط1، دار الفكر، بيروت، 1996، ص.92.

⁵⁶⁵ علاء الدين أبي بكر.....، المرجع نفسه، ص.93.

⁵⁶⁶ أبو الحسن بن أبي الخير بن سالم اليمني العمراني الشافعي، البيان في المذهب الشافعي، ج6، دار المناهج للطباعة و النشر، لبنان، 2000، ص.423.

Et l'art 05 du code de commerce algérien dispose que : « tout mineur émancipé de l'un ou de l'autre sexe, âgé de dix-huit ans accomplis, qui veut faire le commerce ne peut en commencer les opérations ni être réputé majeur, quant aux engagements par lui contractés pour faits de commerce :

S'il n'a été préalablement autorisé par son père, ou sa mère, si le père est décédé, absent, déchu de l'autorité paternelle, ou dans l'impossibilité de l'exercer ou, à défaut du père et de la mère par une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal.

Cette autorisation écrite doit être produite à l'appui de la demande d'inscription au registre de commerce ».

De même, l'art 48 du CPCAA dispose, lui aussi, que : « l'émancipation est prononcée par le juge aux affaires familiales par voie d'ordonnance gracieuse, conformément aux conditions prévues par la loi ».

On peut conclure de ces articles, c'est que le juge peut autoriser l'émancipation du mineur, afin d'effectuer deux types d'actions : l'autorisation de disposer de ses biens, ainsi que l'autorisation de faire du commerce.

1)- L'autorisation du mineur a disposé de ses biens

Le législateur algérien permet au mineur de disposer de ses biens conformément à l'alinéa 2 de l'art 84 CFA précité. Ce qui a suscité des critiques⁵⁶⁷, puisque donner l'autorisation au mineur de prendre en charge ses affaires et d'en disposer, exposerait son argent au risque de perte. D'autant plus, que l'âge de l'émancipation est fixé à l'âge de discernement qui est de 13 ans⁵⁶⁸. Donc il n'est vraiment pas raisonnable qu'un mineur à cet

⁵⁶⁷ علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص.269.
⁵⁶⁸ L'art 218 de la moudawana marocaine fixe l'âge de l'émancipation à 16 ans comme ceci : «lorsque le mineur a atteint l'âge de seize ans il peut demander au tribunal de lui accorder l'émancipation.

Le représentant légal peut demander au tribunal d'émanciper le mineur qui atteint l'âge précité, lorsqu'il constate qu'il est doué de bon sens.

La personne émancipée entre en possession de ses biens et acquiert sa pleine capacité en ce qui concerne la faculté de gérer et de disposer de ses biens, l'exercice des droits autres que patrimoniaux demeure soumis aux textes les régissant.

Dans tous les cas, les personnes précitées ne peuvent être émancipées que lorsqu'il est établi devant le tribunal à l'issue des démarches légales nécessaires, qu'elles sont douées de bon sens ».

âge puisse disposer de ses biens, surtout que par le biais de cette émancipation il va avoir le droit de vendre et d'hypothéquer des biens immobiliers, et même le droit de faire des dons⁵⁶⁹.

Toutefois, et conformément à l'art 84 CFA, il est permis à toute personne ayant intérêt de formuler une demande d'émancipation près du juge des affaires familiales, qui va statuer selon son pouvoir discrétionnaire ; et c'est une bonne chose d'avoir laissé cette décision à l'appréciation du juge qui va s'assurer de l'intérêt du mineur avant de prendre la décision de l'émanciper. Ce qui garantit une meilleure protection des biens du mineur.

2)- Autorisation de faire du commerce

Le législateur algérien a fait la différence, entre l'autorisation du mineur à disposer de ses biens prévue à l'art 84 CFA et son autorisation à faire du commerce prévue à l'art 5 CCA⁵⁷⁰.

Conformément à cet article, le juge ne peut autoriser le mineur à faire du commerce qu'après autorisation du père ou de la mère, ou à défaut du conseil de famille, qui doit être établie par devant le notaire. C'est sur cette autorisation qu'il va se baser pour délivrer l'acte d'émancipation exigé lors de l'inscription au registre de commerce.

Ainsi, et en plus de cette autorisation l'art 5 précité établit d'autres conditions pour que le mineur puisse être émancipé qui sont :

- Avoir atteint l'âge de 18 ans : contrairement à l'émancipation prévue par l'art 84 CFA, qui fixe l'âge de l'émancipation par rapport à l'âge de discernement. Le mineur ne peut être émancipé pour exercer du commerce avant l'âge de 18 ans. Et c'est tout à fait logique, face aux lourdes responsabilités que confère le métier.

- L'inscription de l'autorisation au registre du commerce.

Une fois toutes ces conditions remplies, le juge approuve la demande, et la tutelle prend fin dans les limites de l'autorisation. Le mineur émancipé peut alors exercer les

⁵⁶⁹ Le législateur algérien dans ce domaine s'est inspiré du droit français qui stipule dans son art 481 de la loi 64-1230 du 14/12/1964 que : «le mineur émancipé est capable, comme un majeur de tous les actes de la vie civile ».

⁵⁷⁰ Quant à la législation française, elle a tenu le mineur même émancipé, à l'écart des activités commerciales et de l'exercice du commerce ; étant donné que l'âge de 16 ans, auquel un mineur peut être autorisé à disposer de ses biens n'est absolument pas approprié pour exercer le commerce, en raison du danger que comporte ce travail, et qui peut entraîner de lourdes responsabilités, et cela conformément à l'art 487 du code civil français qui dispose que : « le mineur émancipé ne peut être commerçant ». Jean Mezaud Leçons de droit civil, t 1, v1, éd 12, Montchrestien, Paris, 2000, p.226.

activités commerciales pour lesquelles il est autorisé, et exercer aussi toutes les transactions financières qui entrent dans les limites de l'autorisation. Ce qui lui vaut le statut de commerçant.

Plus encore, afin de protéger le mineur, l'art 6 du CCA ne permet pas au mineur de disposer des biens immeubles, sauf après avoir accompli les procédures liées à la vente des immeubles conformément à l'art 89 du CFA, et qui nécessite l'accord et l'autorisation du juge. Et ceci est dans l'intérêt du mineur⁵⁷¹.

Au final, ce que nous pouvons dire, c'est que l'émancipation est à la fois bénéfique et nuisible ; car elle permet d'une part de protéger le mineur, et d'autre part elle peut être considérée comme une menace pour son argent. C'est pour cette raison que le législateur a accordé au juge le droit de révoquer cette autorisation, si l'intérêt et la protection du mineur l'exige conformément à l'art 84 CFA.

2- Les motifs liés au tuteur

Dans ce contexte, l'art 91CFA dispose que : « l'administration du tuteur cesse :

- 1- Par son incapacité d'exercer la tutelle.
- 2- Par son décès.
- 3- Par son interdiction judiciaire ou légale
- 4- Par sa déchéance ». on conclut que la tutelle cesse par l'une des raisons suivantes :

a-2 L'incapacité

Le législateur algérien n'a pas précisé ce qu'on entend par incapable, on ne sait pas s'il s'agit d'un problème de santé, qui l'empêche et le rend incapable d'accomplir sa tâche de tuteur ; ou bien seulement son incapacité de gérer correctement les biens du mineur, ce qui peut lui porter préjudice⁵⁷² .

Ainsi, le tuteur qui se trouve dans l'incapacité d'exercer ses fonctions de tutelle, que ce soit en raison de sa vieillesse ou d'une maladie, peut demander au tribunal de l'exempter.

⁵⁷¹ Samia Hsain, تأرجح حماية القاصر بين قواعد القانون التجاري وقانون الأسرة الجزائري، ملتقى دولي بعنوان الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثابت والمتغيرات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ماي 2014، ص.
⁵⁷² مودع محمد أمين، حماية أموال القاصر على ضوء تعديل قانون الأسرة، دائرة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، م 5، ع 01، 2021.

b-2 Le décès

La tutelle cesse par la mort du tuteur qu'elle soit naturelle ou légale, et revient à la personne qui le succède ; dans le cas où le tuteur est le père, elle revient à la mère de plein droit conformément à l'art 87 CFA précité.

Le problème se pose quand il s'agit de la mort légale, et dans le cas où la personne disparue revient après que son décès soit établi par jugement, et que la tutelle a été transférée à quelqu'un d'autre ; est ce que la tutelle lui sera restituée ou pas ?

En réalité, le législateur algérien n'a pas abordé cette éventualité dans l'art 115 du CFA qui dispose que : « la succession de l'absent ne s'ouvre et ses biens ne sont partagés qu'une fois prononcé le jugement déclaratif de décès. Lorsque celui-ci reparait ou donne signe de vie, il recouvre ce qui subsiste encore de ses biens en nature ou de la valeur de ce qui en a été vendu ». Cependant, le professeur Abdesselam Rifai estime que, si la personne disparue revient avant le jugement de son décès, la tutelle lui sera restituée ; mais si elle revient après le prononcé du jugement du décès, elle ne lui revient pas parce que ce jugement y met fin définitivement, et cela par analogie avec son argent⁵⁷³.

c-3 L'interdiction :

Le législateur algérien a établi les règles de l'interdiction de l'art 101 à l'art 180 du CFA.

Est interdite toute personne majeure atteinte de démence, d'imbécilité ou de prodigalité ou sujette à l'un de ses états⁵⁷⁴. L'interdiction doit être prononcée par le juge, à la demande de l'un des parents, d'une personne ayant intérêt ou du ministère public. Le juge peut faire appel à des experts pour en établir les motifs⁵⁷⁵.

L'interdit lui-même est soumis aux règles de la représentation, dans le cas où il est dépourvu de tuteur légal ou de tuteur testamentaire, le juge doit lui désigner un curateur pour assurer l'administration de ses affaires⁵⁷⁶.

⁵⁷³ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ن، 1996.

⁵⁷⁴ Art. 110 CFA.

⁵⁷⁵ Art. 102 et 103 CFA.

⁵⁷⁶ Art. 104 CFA.

d-2 La déchéance

Le tuteur est déchu de son droit, dans le cas où il est établi que les biens du mineur sont en péril, de par sa mauvaise gestion. Et dans le cas aussi où le tuteur ne remplit plus les conditions exigées par la loi⁵⁷⁷.

En effet, le juge peut prononcer la déchéance du tuteur à la demande d'un membre de la famille ou un tiers, si le patrimoine du mineur est mis en péril par la gestion du tuteur⁵⁷⁸.

Si le juge estime que les intérêts du mineur sont menacés, en raison de l'injustice ou l'incompétence ou la malhonnêteté du tuteur ; il statuera en le destituant ou en lui retirant la tutelle, que ce soit par le biais d'une décision pénale, suite à une condamnation pour une infraction grave qui menace les intérêts psychologiques et financiers du mineur, comme l'art 337 bis du CPA qui incrimine l'inceste, et qui le considère comme une raison d'interdire le père et la mère de la tutelle⁵⁷⁹.

Comme, il peut prononcer la déchéance du tuteur par une décision civile si le patrimoine du mineur est mis en péril par la gestion du tuteur, à la demande d'un membre de la famille ou un tiers, ou sur la demande du ministère public, et suite aussi à la demande du juge des affaires familiales, conformément à l'art 473 du CPCA qui dispose que : « en matière de contrôle des tutelles, le juge peut se saisir d'office, ou être saisi par le ministère public, ou par quiconque, agissant dans l'intérêt de la personne sous tutelle ». De même, l'art 473 du même code dispose que : « en cas de carence du tuteur, du tuteur testamentaire ou du curateur, le juge prend par ordonnance gracieuse, toutes mesures provisoires nécessaires à la protection du mineur ».

⁵⁷⁷ جميلة موسوس، المرجع السابق 2006، ص. 85.

⁵⁷⁸ Il faut souligner que la loi n'a prévu aucune forme de procéder quant à la mise en œuvre de la déchéance, et à ses conséquences, alors que la loi n° 57-778 du 11 juillet 1957, portant réforme pour l'Algérie du régime des tutelles et l'absence en droit musulman l'avait prévu en ses arts 3 à 19.

⁵⁷⁹ L'art 337 bis CPA dispose que : « sont considérées comme inceste, les relations sexuelles entre :

- 1) Parents en ligne descendante ou ascendante ;
- 2) Frères et sœurs germains, consanguins ou utérins ;
- 3) Une personne et l'enfant de l'un de ses frères ou sœurs germains, consanguins ou utérins ou avec un descendant de celui-ci ;
- 4) La mère ou le père et l'époux ou l'épouse, le veuf ou la veuve de son enfant ou d'un autre des descendants ;
- 5) Parâtre ou marâtre et le descendant de l'autre conjoint ;
- 6) Des personnes dont l'une est épouse ou l'époux d'un frère ou d'une sœur.

La peine est de 10 à 20 ans de réclusion dans le 1^{er} et le 2^{ème} cas, de 5 à 10 ans d'emprisonnement dans le 3^{ème}, 4^{ème} et 5^{ème} cas, et de 2 à 5 ans dans le 6^{ème} cas.

Dans tous les cas, si l'inceste est commis par une personne majeure avec une personne mineure de 18 ans, la peine infligée à la personne majeure sera obligatoirement supérieure à celle infligée à la personne majeure.

La condamnation prononcée contre le père ou la mère comporte la perte de la puissance paternelle ou de la tutelle légale ».

En plus de la tutelle légale, le législateur algérien prévoit un autre moyen afin de protéger les biens de l'enfant qui est la tutelle testamentaire.

B- La tutelle testamentaire

La loi musulmane confère au père le droit de choisir un tuteur testamentaire de ses enfants, en prévision de son décès.

Le législateur algérien a adopté aussi la tutelle testamentaire en son art 92 CFA comme ceci : «l'enfant mineur peut être placé sous l'administration d'un tuteur testamentaire par son père ou son grand père au cas où cet enfant est orphelin de mère ou si l'incapacité de cette dernière est établie par tout moyen de droit. En cas de pluralité de tuteurs testamentaires, le juge peut en choisir le plus qualifié sous réserve des dispositions de l'art 86 de la présente loi ».

Selon cet article, on comprend que la mère de l'enfant a aussi le droit de lui désigner un tuteur testamentaire, lorsqu'elle a survécu au père. Aussi, le grand père de l'enfant se voit conférer cette faculté en l'absence de la mère et en cas d'incapacité établie de celle-ci.

Conformément à l'art 95 du CFA le tuteur testamentaire a le même pouvoir d'administration que le tuteur légal. Mais cette tutelle qui est une charge assumée à titre purement bénévole et basée sur un choix délibéré, va différer de la tutelle normale ou légale par ses propres règles qui concernent les conditions que doit remplir le tuteur testamentaire ainsi que le mode de sa désignation.

a- Qui peut être tuteur testamentaire

D'après l'art 92 précité, le tuteur testamentaire est désigné par le père ou le grand père⁵⁸⁰ et doit remplir les conditions suivantes : musulman, sensé, pubère, capable, intègre et bon administrateur conformément à l'art 93 CFA.

L'art 93 du CFA ajoute que si le tuteur testamentaire ne réunit pas les conditions requises par la loi, le juge peut décider sa révocation, et ceci dans l'intérêt du mineur.

La femme peut être tutrice testamentaire, car aucune interdiction n'est édictée que ce soit par le droit classique ou le droit positif.

⁵⁸⁰Les hanafites et les malikites ont donné le droit au grand père de désigner un tuteur, contrairement aux malikites et hanbalites qui ne lui donnent pas ce droit puisque lui-même ne peut pas être tuteur sur les biens de l'enfant. موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج.6، ط.3. دار عالم للكتاب، السعودية، 1997، ص.149.

b- La désignation du tuteur testamentaire

Selon l'art 92 CFA, la loi n'attache aucune forme légale spéciale à la désignation du tuteur testamentaire ; ainsi la désignation de ce dernier peut revêtir toute forme.

En pratique, le tuteur testamentaire est désigné par un acte écrit est signé par le défunt, ou par déclaration faite devant le notaire en présence de deux témoins.

Toute personne est libre d'accepter ou de refuser la tutelle. Mais une fois acceptée, elle constitue un engagement entre le testateur et le tuteur testamentaire, ce qui requiert l'offre du premier et l'acceptation du second. Il n'est pas exigé que cette dernière se manifeste concomitante ; elle peut intervenir après le décès du testateur.

Le tuteur testamentaire peut renoncer à sa désignation du vivant du testateur, comme il peut user de cette faculté, s'il n'a ni accepté, ni renoncé du vivant du testateur. Mais il ne peut pas soustraire à sa désignation après avoir accepté, si le testateur vient à mourir.

Conformément à l'art 94 CFA : «La tutelle doit être soumise au juge pour confirmation ou infirmation, immédiatement après le décès du père ». Dans ce contexte, l'art 472 du CPCA dispose, également, que : «le juge est saisi, dès le décès du père par le tuteur testamentaire, par le ministère public, par le mineur ayant atteint l'âge de discernement ou toute personne agissant dans l'intérêt de celui-ci, afin que la tutelle testamentaire soit infirmée ou confirmée ».

Ainsi donc, le juge se voit attribuer le pouvoir de contrôler la désignation du tuteur en vérifiant si le tuteur désigné remplit les conditions exigées conformément à l'art 93 CFA. Il a le choix, soit il confirme la tutelle testamentaire, et le tuteur commence sa mission, ou bien il l'infirmé et dans ce cas soit il désigne un curateur, ou bien il prend toute mesure conservatoire, en attendant la désignation de ce dernier conformément à l'alinéa 2 de l'art 472 CPCA proclamant que : «En cas d'infirmation de la tutelle testamentaire, il désigne un curateur conformément à l'art 471 ci-dessus ou prend toute mesure conservatoire, en attendant la désignation de ce dernier ».

Selon l'art 92 alinéa 2 du CFA, le juge peut choisir en cas de désignation de plusieurs tuteurs testamentaires le plus qualifié parmi eux.

c- Fin de la tutelle testamentaire

Aux termes de l'art 96 du CFA : «le mandat du tuteur testamentaire cesse par :

- 1- Le décès du pupille, la cessation de la capacité du tuteur ou son décès ;
- 2- La majorité du mineur à moins qu'il ne soit frappé d'interdiction par jugement ;

- 3- L'expiration du mandat pour lequel il a été désigné ;
- 4- L'acceptation de l'excuse invoquée par son désistement ;
- 5- La révocation à la demande d'une personne y ayant intérêt lorsqu'il est prouvé que sa gestion met en péril les intérêts du mineur ».

La tutelle testamentaire prend fin elle aussi, soit par des raisons liées au mineur, ou bien au tuteur testamentaire.

1- Les raisons liées au mineur

1) Le décès du mineur : qui est une cause naturelle par laquelle la tutelle prend fin, parce que son motif aura disparu. Dès que le mineur décède, son argent couvert par la tutelle est soumis aux règles de l'héritage.

2) La majorité : dès que le mineur atteint l'âge de la majorité légale, ce qui lui procure la pleine capacité, la tutelle testamentaire prend, de ce fait, fin automatiquement sans avoir besoin d'un jugement.

2- Les raisons liées au tuteur

1) Le décès du tuteur testamentaire ou son incapacité : la tutelle testamentaire prend fin par le décès du tuteur testamentaire, car elle est personnelle et ne se transmet pas aux héritiers. Et dans le cas, où il est prouvé par tous les moyens légaux que le tuteur testamentaire a perdu sa capacité, il sera déchu de son rôle.

2) L'accomplissement des tâches pour lesquelles le tuteur testamentaire a été désigné : la tutelle testamentaire prend fin par l'achèvement des travaux pour lesquelles le tuteur a été nommé, ou bien par la disparition des motifs qui ont conduit à la privation du tuteur légal de son droit, et à la désignation du tuteur testamentaire ; et ceci se fera par le biais d'un jugement, qui mettra fin à la tutelle testamentaire et rendra la tutelle au tuteur légal. Elle prend également fin à l'expiration du délai qui lui est importé dans la décision d'établir la tutelle testamentaire.

3) Acceptation de l'excuse du tuteur testamentaire pour l'abandon de sa mission : le tuteur testamentaire a le droit de demander sa démission au juge des affaires familiales, qui a ordonné sa nomination ; et si ce dernier l'estime justifiée et dans l'intérêt du mineur, il l'accepte et rend la décision de révocation.

Le législateur algérien n'a prévu aucun des motifs qui pourraient suffire au tuteur testamentaire pour présenter sa démission, en laissant le soin à l'appréciation du juge

qui doit prendre toutes les mesures nécessaires afin de protéger et préserver l'argent du mineur.

Pour ce qui est du fiqh, les malikites exigent que l'excuse doit empêcher complètement le tuteur d'accomplir sa tâche, et que cette excuse soit contingente après avoir accepté la tutelle⁵⁸¹.

4) La révocation du tuteur testamentaire : est une sanction prise par le juge des affaires familiales, et qui consiste à l'exemption du tuteur de ses fonctions en raison du non-respect des conditions de la tutelle, ou de la négligence qui entraîne la perte des biens de l'enfant ; et ceci à la demande de toute personne ayant intérêt à la révocation⁵⁸².

Ainsi, la loi a prévu presque tous les cas donnant lieu à la cessation de la tutelle testamentaire, alors que pour la tutelle légale, leur énumération est moins exhaustive.

Tout tuteur est en principe, comptable de sa gestion lorsqu'elle se termine.

Il faut noter que le législateur n'a pas envisagé le cas de rétablissement du tuteur dans ses fonctions, qui est possible pour le tuteur légal et non pas pour le tuteur testamentaire⁵⁸³.

La loi n'a pas organisé de façon précise et détaillée les comptes de la tutelle, comme l'a fait le premier avant-projet⁵⁸⁴, malgré que le coran y insiste comme ceci :

⁵⁸¹ الرفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا الشرق، د. بلد الطبع، د.ط. 1996، ص.467.
⁵⁸² الرفعي عبد السلام، المرجع نفسه، ص.456.

⁵⁸³ Ghouti Benmelha, op.cit. p.355.

⁵⁸⁴ Art 202 : « à l'exception du père ou de la mère les administrateurs sont tenus, durant la période de leur administration, et sous les mêmes conditions que celles édictées à l'égard du tuteur datif, de fournir au notaire l'état de la situation de leur gestion, sans qu'ils puissent être astreints à en présenter plus d'un chaque année, sous réserve de toute vérification de compte que le juge peut opérer, à tout moment, lorsque l'intérêt du mineur l'exige».

Art 203 : « le compte du tuteur dument justifié peut être rendu soit verbalement, soit par écrit. Le notaire en dresse obligatoirement acte».

Art 204 : « tout tuteur qui, régulièrement mis en demeure de rendre compte, n'a pas obtempéré à cette injonction dans un délai d'un mois, peut être destitué de ses fonctions sans préjudice de toute autre poursuite pénale ou civile».

Art 205 : « le compte définitif de tutelle est rendu, à la requête de toute personne intéressée ou di notaire agissant d'office, dès la fin de la tutelle, soit par le tuteur en personne, soit par ses héritiers, soit par ses représentants légaux. Si le compte donne lieu à des contestations, elles seront soumises et jugées comme les autres contestations en matière civile. Les tribunaux statuent sur ces difficultés d'après les règles de compétence et de procédures ordinaires, toute action du mineur contre son tuteur relativement aux faits de la tutelle se prescrit par cinq ans à partir du jour où il devient majeur».

Art 206 : « après avoir reçu le compte périodiquement, le notaire en communique, s'il y a lieu, le résultat au conseil de famille à sa plus prochaine réunion. Il adresse au procureur de la république de la daïra, chaque année avant le 15 janvier, l'état des tutelles de sa circonscription».

قال الله تعالى: " وَابْتُلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا ۗ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۗ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ ۗ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ ۗ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا " 585.

Ou encore :

" قوله تعالى: « وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَّبِعُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ ۗ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ ۗ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا " 586.

A défaut de tuteur soit légal ou testamentaire, la loi algérienne permet au juge de désigner une personne qui sera chargée de gérer les biens de l'enfant, appelé curateur.

C- La curatelle

Dans le cas où l'enfant se retrouve sans tuteur légal, ni tuteur testamentaire, le juge sera tenu de lui désigner un curateur conformément à l'art 99 CFA, lequel dispose que : « le curateur est la personne désignée par le tribunal, à défaut de tuteur légal ou testamentaire, pour l'administration d'une personne complètement ou partiellement incapable, à la demande de l'un de ses parents, de toute personne ayant intérêt ou du ministère public ».

En droit musulman, la disparition du père et l'absence du tuteur testamentaire ont pour effet de déléguer la tutelle au cadî.

Par application de l'art 100 du CFA, le curateur se voit confier les mêmes attributions que celles reconnues au tuteur testamentaire et il lui est appliqué les mêmes dispositions.

Le code de la famille n'a pas établi les personnes aptes à être curateur. En revanche, l'art 469/1 du CPCA dispose que : « le juge désigne un curateur en application du code de la famille, parmi les proches du mineur ou, à défaut, une autre personne qu'il aura choisi ». L'alinéa 2 ajoute : « le curateur doit, dans les deux cas, être capable de s'occuper des affaires du mineur et protéger ses intérêts ».

Ainsi, la demande de désignation du curateur, par application de l'art 470 du CPCA, doit être présentée par les personnes habilitées à cet effet par le code de la famille soit sous forme de requête, ou bien de réquisition du ministère public. Par le biais d'une ordonnance

Art 207 : « les frais de compte de tutelle sont à la charge du mineur. Mais dans le cas où le tuteur est destitué, ce dernier doit supporter les frais ».

Art 208 : « il est interdit au tuteur quel que soit l'origine de sa créance contre le mineur, de retenir par de vers lui des biens appartenant à ce dernier jusqu'à parfait paiement des sommes qui lui sont dues. »

Art 209 : « toute convention qui peut intervenir entre le tuteur et le mineur devenu majeur, relativement aux faits de la tutelle est nulle s'il n'a pas été procédé, depuis au moins, un an, à la reddition de comptes effectués, dans les conditions ci-dessus prescrites ».

585 سورة النساء، الآية 6.

586 سورة النساء، الآية 2.

gracieuse, le juge désigne le curateur qui doit être consentant. Ce dernier est tenu de rendre compte de tout ce qui est en relation avec l'administration des biens du mineur conformément à l'art 471/3 du CPCA.

Ainsi, la personne désignée pour être tuteur ou encore curateur est tenue de prendre en charge ce dernier et de gérer ses biens.

Section 2^{ème} : La prise en charge du mineur par son tuteur

En se référant à l'art 88 CFA, on peut constater que le législateur algérien en règlementant la tutelle, n'a envisagé que l'aspect patrimonial de l'institution, en insistant surtout sur la protection des biens du mineur.

Aussi, l'art 44 du CCIV a seulement indiqué que : «ceux qui sont complètement incapables, sont soumis, selon le cas, au régime de l'administration légale de la tutelle, ou de la curatelle dans les conditions et conformément aux règles prescrites par la loi ». Mais, l'art 92 de la constitution précitée n'a pas manqué de souligner que la loi sanctionne le devoir des parents dans l'éducation et la protection de leurs enfants.

Donc, la tutelle en droit algérien concerne aussi bien la personne du mineur (§. 1^{ère}) que la gestion de son patrimoine (§.2^{ème}).

§. 1^{ère} : La protection de la personne du mineur

En ce qui concerne la protection de la personne du mineur, le tuteur est tenu de subvenir tout d'abord aux besoins du mineur, du point de vue aliments, entretien, habillement, comme il doit veiller à sa santé et à son développement physique, son éducation et sa scolarité.

Il est tenu aussi de le prendre en charge conformément à l'art 38 du CCIVA qui stipule que le mineur a pour domicile, celui de son représentant légal.

Dans ce contexte, l'art 134 du même code 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 physique, a besoin d'être surveillée, est obligé de réparer le dommage que cette personne cause à un tiers par son acte dommageable ».

En plus du rôle du tuteur dans la protection de la personne de l'enfant, la loi lui confère une deuxième tâche qui est la gestion des biens de l'enfant et c'est ce qui nous intéresse dans cette partie de notre travail.

§. 2^{ème} : Les droits et les obligations du tuteur légal sur les biens de son enfant

Le tuteur légal bénéficie d'un pouvoir de jouissance légale sur les biens de ses enfants (1), ainsi que l'obligation d'administrer et de gérer ses biens conformément aux conditions établies par l'art 88 CFA (2).

A- Le droit de jouissance légale

La loi n'a pas abordé cette question, ce qui nous pousse et conformément à l'art 222 CFA, à consulter les principes du droit musulman sur ce point.

Tous les jurisconsultes musulmans sont d'accord sur le principe que le père quand il est riche n'a pas le droit de jouir pour son compte personnel des revenus de ses enfants mineurs " لقوله تعالى : وَأَتُوا الْيَتَامَىٰ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَىٰ أَمْوَالِكُمْ ۚ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا " 587

Par contre, quand il s'agit d'un tuteur pauvre, ils ont deux avis différents, pour les hanafites et les Zahirites, il n'a pas le droit de jouissance sur les biens de son enfant⁵⁸⁸, en justifiant⁵⁸⁹ " لَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ " 589, Par contre, le reste des jurisconsultes ont permis au tuteur qui est dans le besoin de prendre le minimum de l'argent de l'enfant⁵⁹⁰, en justifiant cet opinion par⁵⁹¹ " وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ " 591; ainsi que le hadith de Abdallah ben Omar رضي الله عنه qui raconte qu'un homme est venu voir Prophète السلام عليه الصلاة و et lui a dit : « إني فقير ليس لي شيء و لي يتيم », le Prophète lui a répondu : " كل من مال يتيمك غير مسرف و لا مبادر و لا متأتل " 592

Pour Ghouti BENMELHA, la jouissance légale est une sorte «d'usufruit» que perçoit de droit, le père ou la mère sur les biens personnels de ses enfants mineurs de moins de 19 ans. Elle est en fait, la contre- partie du devoir d'entretien du mineur. Cela veut dire qu'il lui

⁵⁸⁷ سورة النساء، الآية 2.

⁵⁸⁸ أبو بكر الحصاص، أحكام القرآن، ج2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1405هـ، ص.360.

⁵⁸⁹ سورة الأنعام، الآية 152.

⁵⁹⁰ أبو بكر الحصاص، المرجع السابق، ص.361.

⁵⁹¹ سورة النساء، الآية 6.

⁵⁹² أبي عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، الحديث رقم 2872، كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم المجلد 4، ط.1، دار الجيل، لبنان، 1998، ص.279.

sera fait application des dispositions des articles 844 et suivants du code civil, quand à ses droits et obligations⁵⁹³.

C'est le père, durant le mariage qui est titulaire de ce droit et revient à celui qui a la garde des enfants après le divorce, et à la mère au décès du père.

Ce droit s'applique à tout le patrimoine de l'enfant à l'exception d'une industrie séparée.

Les droits reconnus au titulaire de la jouissance légale sont ceux de l'usufruitier, il perçoit donc les revenus, il peut consentir des baux, à l'exception des actes de dispositions qui dépouillent le mineur. En contrepartie, il doit faire face aux charges extrafamiliales en payant les dettes qui grèvent le patrimoine de l'enfant. Doit aussi supporter les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant⁵⁹⁴.

Le droit de jouissance légale cesse pour trois sortes de causes :

- 1- Lorsqu'il est mis fin de droit commun à l'usufruit, en raison du décès de l'usufruitier conformément à l'art 852 du CCIVA⁵⁹⁵, ou de sa renonciation ou encore pour abus de jouissance conformément à l'art 852 du CCIVA.
- 2- Les causes qui provoquent la fin de la puissance paternelle comme le décès de l'enfant, l'émancipation du mineur ou lorsque celui-ci a atteint l'âge de 19 ans.
- 3- La déchéance du père ou de la mère.

Ces deux dernières causes, sont en relation avec la fin de la tutelle comme nous l'avons vu plus haut.

Donc, s'il est évident que le tuteur de l'enfant jouit automatiquement des biens de ce dernier, il est préférable et dans l'intérêt de l'enfant, que le législateur intervienne et conditionne cette jouissance en la soumettant au contrôle du juge.

En contrepartie de ce droit, le tuteur est tenu de gérer et d'administrer les biens de l'enfant.

⁵⁹³ Ghouti Benmelha, op.cit, p.366.

⁵⁹⁴ Isabelle Corpart, op.cit, p.76.

⁵⁹⁵ L'art 852 CCIVA dispose que : «..., il s'éteint, en tout cas par le décès de l'usufruitier... ».

B- L'administration légale

Dérivé du latin *administrario*, le terme «administration» signifie en premier lieu gestion d'un bien public ou privé ; c'est l'action de gérer un bien ou un ensemble de biens⁵⁹⁶. Cette définition donne immédiatement une image claire, mais peut être tronquée, du rôle de l'administration légale⁵⁹⁷.

L'administration légale est en effet souvent présentée comme un simple mécanisme de gestion des biens des mineurs ; se fondant sur l'organisation du code civil, de nombreux auteurs limitent l'administration légale à cette simple fonction⁵⁹⁸.

En droit algérien, l'administration des biens des enfants mineurs est globalement confiée par la loi au tuteur, qui n'a pas le droit de s'abstenir. Cet aspect est règlementé par l'art 88 CFA comme ceci : « le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci, il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants :

- 1- Vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction,
- 2- Vente de biens meubles d'importance particulière,
- 3- Engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation,
- 4- Location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure à trois années ou dépassant sa majorité d'une année. »

Ce que nous remarquons, c'est que le législateur par le biais de cet article confère au tuteur la charge de la gestion du patrimoine de son enfant mineur, tout en imposant des règles par lesquels il protège l'enfant.

Tout d'abord, il invite le tuteur à agir dans l'intérêt de l'enfant, ce qui est conforme aux dispositions de la CIDE.

Ensuite, il restreint le pouvoir du tuteur, en exigeant l'autorisation du juge pour certains actes. Cette réglementation est aussi en parfaite conformité avec le but de la CIDE, qui est la protection de l'enfant, et c'est le sujet de notre deuxième chapitre.

⁵⁹⁶ Dictionnaire de l'académie française, v « administrations », www.dictionnaire-academie.fr.

⁵⁹⁷ Claire Neirink, *L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p.82.

⁵⁹⁸ Claire Neirink, *idem*, p.82.

Chapitre 2^{ème} : La protection des droits patrimoniaux de l'enfant

Le rôle du tuteur qu'il soit légal ou testamentaire, ou bien le curateur est de gérer les biens du mineur dans l'intérêt de ce dernier. Et pour ce faire le législateur algérien a soumis certains actes à l'autorisation du juge (section 1^{ère}) et pour plus de protection il a prévu des sanctions pour le tuteur en cas de dépassement de ses pouvoirs (section 2^{ème})

Section 1^{ère} : Les pouvoirs du tuteur

Le rôle du tuteur est d'administrer et de gérer les biens du mineur, cette administration légale revêt deux aspects : elle peut être pure et simple (§.1^{ère}), ou s'exercer sous contrôle judiciaire (§.2^{ème}).

§. 1^{ère} : L'administration légale pure et simple

Il s'agit des actes pour lesquels le tuteur est tenu de gérer les biens de ses enfants en bon père de famille, et il n'aurait besoin d'aucune autorisation⁵⁹⁹. Il faut noter que le législateur algérien n'a pas cité ces actes, parce qu'ils ne portent pas préjudice aux biens du mineur. Par contre la doctrine les a divisé en actes de conservation et d'entretien (A), les actes de gestions (B) les actes que le mineur peut faire seul (C).

A- Actes de conservation et d'entretien

Le tuteur est tenu d'accomplir tout acte qui vise à conserver et à protéger l'argent du mineur copropriétaire, conformément à l'art 718 du CCIV algérien, lequel dispose que : « tout co-indivisaire peut même sans l'assentiment des autres co-indivisaires, prendre les mesures nécessaires pour la conservation de la chose ».

Donc, le tuteur est obligé, dans l'intérêt de l'enfant, d'assumer tous les frais d'administration du bien commun, de prendre en charge les impôts, et toutes les autres charges qui résultent de l'indivision⁶⁰⁰, conformément à l'art 719 du même code disposant que : «les frais d'administration de la chose commune, ainsi que les frais de conservation, les impôts dont elle est grevée et toutes les autres charges résultant de l'indivision ou grevant cette chose, sont supportés par tous les co-indivisaires, chacun proportionnellement à sa quote-part, sauf disposition contraire».

⁵⁹⁹ Isabelle Corpart, op.cit, p.78.

⁶⁰⁰ عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، د.م.ن، 2006، ص.185.

Le père est tenu aussi d'enregistrer les hypothèques au profit de son fils, et le devoir d'enregistrer les opérations soumises à l'enregistrement immobilier, telles que le transfert de propriété à son profit. Ainsi que le devoir de procéder aux rénovations nécessaires pour préserver ses biens, en plus de contracter des assurances pour couvrir tout risque de perdre l'argent⁶⁰¹.

B- Actes de gestion

Il s'agit-là d'une gestion courante des biens de l'enfant, qui ne risque pas de porter préjudice à l'intérêt de l'enfant. Parmi les actes à titre d'exemple que peut accomplir le tuteur, on peut citer :

A- Le contrat de bail ne dépassant pas les trois ans conformément à l'art 468 du CCIVA. Cet article dispose expressément que : « sauf disposition contraire de la loi, celui qui ne peut faire que des actes d'administration ne peut consentir un bail d'une durée excédent trois ans.

Le bail conclu pour une durée supérieure est réduit à trois ans ». Ainsi que l'art 573/1 qui dispose que : « le mandat conçu en termes généraux ne spécifiant pas la nature de l'acte juridique qui en est l'objet, ne confère au mandataire que le pouvoir d'accomplir des actes d'administration.

Sont réputés actes d'administration, les baux dont la durée n'excède pas trois ans, les actes de conservation et d'entretien, le recouvrement des créances et l'acquittement des dettes. il en est de même de tous les actes de dispositions nécessaires à l'administration, tels que la vente des récoltes, des marchandises, ou des meubles sujets à dépérissement et l'achat d'articles nécessaires à la conservation ou l'exploitation de la chose objet du mandat.

Il est à noter que le législateur algérien ne fait pas la différence entre le pouvoir du père, de la mère et celui du grand père dans la location de la propriété du mineur, et ce, contrairement au législateur égyptien qui fait la différence entre le père et le grand père, on permettant au père de louer la propriété du mineur pour une période qui peut s'étendre jusqu'à

⁶⁰¹ عبد العزيز مقبولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003، ص.76.

un an après la majorité du mineur⁶⁰². Par contre, le grand père ne peut pas consentir un bail d'une durée excédent trois ans conformément à l'art 559 du code civil égyptien.⁶⁰³

B – Vente de biens meubles ordinaires, et ordinaire signifie les meubles qui n'ont pas une grosse valeur.

C – Récolte et vente de fruits par crainte de détérioration, par exemple dans le cas où le mineur possède des arbres fruitiers, le tuteur est tenu de les récolter pendant la saison adéquate, en vue de les vendre et gagner de l'argent au profit du mineur. Ce genre d'actes nécessite d'être traité en temps opportun, et de ne pas tarder en suivant les procédures d'obtention de l'autorisation du juge.

D - Payer et percevoir les dettes, parce que le non-paiement des dettes peut porter préjudice au mineur sous forme de pénalités de retard.

E - Représenter le mineur, dans tout acte civil tel que la gestion d'une entreprise.

F - La représentation du mineur devant la justice, un enfant mineur n'a pas le droit d'intenter une action en justice, ça doit se faire par son représentant légal. Ainsi le mineur ne peut pas se présenter devant une juridiction quelle que soit sa nature sans la présence de son tuteur.

Dans ce sens la Cour Suprême s'est prononcée comme ceci : « le mineur qui n'a pas atteint l'âge de la majorité civile ne peut pas se constituer partie civile sans l'intervention de son tuteur »⁶⁰⁴.

Donc, c'est le tuteur qui représente l'enfant devant la justice, et c'est lui qui a le droit de demander tout dommage et intérêt suite à un fait qui a porté préjudice à l'enfant. Le problème qui se pose ici, c'est de savoir si le tuteur a le droit aussi de renoncer à l'indemnisation dans un procès où le mineur a été victime sans l'autorisation du juge ?

Sur ce point, on se retrouve devant deux arrêts de la Cour Suprême, complètement contradictoires.

⁶⁰² طبقاً لنص المادة 10 من قانون الولاية على المال المصري التي تنص على أنه: " لا يجوز للولي بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة". كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية-الوصاية-الحجر-الغيبية-المساعدة القضائية)، الاختصاص والجراءات والقرارات، منشأة المعارف، مر، 2003، ص.51.

⁶⁰³ تنص المادة 559 على أنه: " لا يجوز لمن يملك إلا حق الإدارة أن يعقد إيجاراً تزيد مدته على ثلاث سنوات إلا بترخيص من السلطة المختصة، فإذا عقد الإيجار لمدة أطول من ذلك، انقضت المدة إلى ثلاث سنوات، كل هذا ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغيره"، رمضان أبو السعود، العقود المسماة عقد الإيجار، الأحكام العامة، ديوان المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص.80.

⁶⁰⁴ Cour suprême, ch.civ, 10/01/1984, doss n° 28423, Rev. Jud., 1989, n°4, pp.323-324.

Le premier arrêt exige l'autorisation du juge comme ceci : « du moment que l'art 247 du code de procédure pénale dispose que le renoncement du demandeur ne fait pas obstacle à l'engagement d'une action civile devant la juridiction compétente, la renonciation du tuteur aux droits des mineurs n'est recevable que si des procédures particulières sont suivies, notamment l'approbation du tribunal. Et l'absence de mention de la contrepartie est considérée comme renonciation à l'action en justice et non pas à l'indemnisation. Et tout jugement contraire est considéré comme violation à la loi »⁶⁰⁵.

Par contre dans un autre arrêt, la Cour Suprême admet au tuteur de renoncer à l'indemnisation sans avoir l'accord du tribunal comme ceci : «le tuteur légal du mineur lésé a renoncé définitivement à la demande d'indemnisation, et il a le droit de le faire du moment qu'il est responsable de son fils, et à le droit de gérer les droits de ce dernier.....et que l'art 88 du CFA énumère les actes pour lesquels le tuteur doit avoir l'autorisation du juge, et la renonciation à l'indemnisation n'y figure pas ; donc la renonciation du tuteur est autorisée, surtout qu'elle se fait devant le tribunal et elle est confirmée par un jugement »⁶⁰⁶.

Devant deux positions complètement différentes, l'une vise sans doute à protéger et à promouvoir l'intérêt de l'enfant, en conditionnant la renonciation aux droits des mineurs par des mesures spécifiques, et l'autre qui se base sur l'art 88 du CFA et qui est tout à fait logique. La réponse à notre question reste mitigée. Mais à notre avis le premier arrêt procure plus de sécurité pour le mineur. Comme on peut considérer que le droit de l'enfant à l'indemnisation rentre dans le domaine des actes bénéfiques pour l'enfant.

G - Gérer le commerce du mineur, dans le cas où le mineur hérite d'un commerce, c'est son tuteur qui est tenu de le gérer, sans pour autant avoir une autorisation du juge ; ce qui est à notre avis périlleux et peut porter préjudice à l'intérêt matériel du mineur, surtout que le commerce nécessite une certaine expérience dans le domaine que le tuteur peut être ne l'a pas⁶⁰⁷.

Donc, il serait préférable que cette décision revienne au juge, qui avant de donner son autorisation s'assure que le tuteur est qualifié pour bien gérer le commerce de son enfant.

Cette possibilité de gérer le commerce du mineur entraîne plusieurs questions, la première est de savoir qui d'entre eux a la qualité de commerçant, le tuteur ou le mineur ? Si on considère que c'est le tuteur, ce dernier n'exerce pas en son nom ni à son compte, tous les

⁶⁰⁵ Cour suprême, ch.civ, 23/01/1985, doss. n°39539, Rev. Jud., 1985, n°4, p.25.

⁶⁰⁶ Cour suprême, ch.civ, 08/11/2000, doss. n° 863235, Rev.J ud. 2000, p.75.

⁶⁰⁷ كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية-الوصاية-الحجر-الغيبية-المساعدة القضائية)، الاختصاص والجراءات والقرارات، منشأة المعارف، مصر، 2003، ص.51.

actes sont fait au non et au compte du mineur, donc il ne peut pas avoir la qualité de commerçant. Et même le mineur ne peut pas avoir cette qualité à cause de son incapacité !!!

Une autre question qui surgit, c'est de savoir à qui est adressée la déclaration de faillite, au tuteur ou au mineur ?

Face à ces questions qui restent sans réponses, il est préférable que le législateur soumette la gestion du commerce du mineur à l'autorisation du juge conformément à l'art 88 du CFA.

Quant aux juristes musulmans, ils se sont mis tous d'accord sur le fait que le tuteur a le droit de faire du commerce avec l'argent du mineur⁶⁰⁸ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: " وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَارْحَمُوا أَمْوَالَهُمْ ۚ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَاءَ اللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ۗ إِنَّ اللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ "609

Ce verset prouve qu'il est permis de disposer de l'argent d'un orphelin et faire du commerce avec.

C- Les actes accomplis par un mineur doué de discernement

Normalement, tout acte passé par un incapable est nul, à l'exception du mineur qui a atteint l'âge de discernement et qui se voit attribuer une capacité limitée par la loi.

A cet égard, l'art 83 du CFA dispose que : «les actes de la personne ayant atteint l'âge de discernement, sans être majeur au sens de l'article 43 du code civil, sont valides dans le cas où ils lui sont profitables, et nuls s'ils lui sont préjudiciables.

Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre le profit et le préjudice.

En cas de litige, la justice en est saisie ».

Le juge peut également autoriser la personne ayant atteint l'âge de discernement à disposer de tout ou partie de ses biens (art 84 CFA).

Le législateur algérien a soumis les actes oscillants entre le profit et le préjudice à l'autorisation du tuteur conformément aux dispositions de la charia islamique, contrairement au droit civil, où le législateur a adopté une approche différente, ce qui a conduit à une

608 . باسم حمدي حرارة، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2010، ص.53
609 سورة البقرة، الآية 22.

contradiction flagrante entre le droit civil et le droit de la famille que nous allons essayer de démontrer.

a- Les actes du mineur en âge de discernement selon la charia et le droit de la famille

Le code de la famille, à l'instar des jurisconsultes musulmans, fait la différence entre ce qui est bénéfique pour l'enfant, et entre ce qu'il lui est préjudiciable

1- Les actions qui lui sont purement bénéfiques

Il s'agit des actions qui font que quelque chose entre en possession du mineur sans compensation, comme par exemple accepter une donation ou un cadeau ; ceci est valable de sa part sans pour autant avoir l'autorisation de son tuteur, puisque dans tous les cas elles ne peuvent lui être que profitables⁶¹⁰.

2- Les actions qui lui sont purement préjudiciables

C'est celles qui aboutissent à ce qu'un objet lui soit retiré de son patrimoine sans compensation, comme la donation ou la charité, ou n'importe quels dons. Ces actions sont considérées nulles, et ne peuvent être conclues même si le tuteur les autorise⁶¹¹.

3- L'incertitude entre le profit et le préjudice

En ce qui concerne cette incertitude, les juristes consultes musulmans ont des avis différents :

1. Pour les hanafites les actions accomplies par le mineur sont valables étant donné qu'il est en âge de discernement, et en raison de la possibilité qu'elles lui soient profitables ; sauf qu'elles sont soumises à l'approbation du tuteur⁶¹².
2. Pour les malikites, ces actes sont valables mais ne deviendront obligatoires que si le tuteur les autorise⁶¹³.
3. Pour les chafiiites et les hanbalites, ce genre d'actes est considéré nul et ne produit aucun effet⁶¹⁴.

⁶¹⁰ علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على أصول البزدوي، تحقيق، عبد الله محمود محمد عمر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ج4، ص.259-260.

⁶¹¹ علاء الدين البخاري، المرجع نفسه، ص.370.

⁶¹² علاء الدين البخاري، المرجع نفسه، نفس الصفحة.

⁶¹³ فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق، مطبعة بولاق، د.ط، 1315هـ، ص.198.

Ainsi, le législateur algérien par son art 83 du CFA s'est inspiré du rite hanafiteen disposant que : « les actes de la personne ayant atteint l'âge de discernement sans être majeure au sens de l'art 43 du code civil, sont valides dans le cas où ils lui sont profitables, et nuls s'ils lui sont préjudiciables.

Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou du tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre le profit et le préjudice.

En cas de litige, la justice en est saisie ».

b- Les actes du mineur en âge de discernement selon le code civil

L'art 43 du CCIVA dispose que : « celui qui a atteint l'âge de discernement, sans être majeur, de même que celui qui a atteint la majorité, tout en étant prodigue ou frappé d'imbécilité, ont une capacité limitée conformément aux prescriptions de la loi ».

Selon cet article toute personne est considérée en âge de discernement entre 13 et 19 ans, l'âge de la majorité civile conformément à l'art 40 alinéa 2 du CCIVA⁶¹⁵.

La capacité du mineur en âge de discernement se détermine en fonction du type de l'action qu'il accomplit. Pour ce qui y est des actions financières, le droit civil les divise aussi en trois par rapport aux effets qu'elles produisent.

Le mineur en âge de discernement a le droit d'accomplir tout acte qui lui est purement profitable. Par contre il lui est interdit d'accomplir les actes qui lui portent préjudice, dans ce cas il est considéré comme un incapable, et tout acte de sa part est considéré nul. Comme, il ne peut pas accomplir les actes où il y a incertitude entre profit et préjudice pour lesquels il est considéré non pas comme un incapable mais jouissant d'une capacité partielle. Dans le cas où il accomplit ce genre d'actions, elles seront révocables, ou considérées relativement nulles. Autrement dit, l'acte produit ses effets juridiques jusqu'à ce qu'il soit jugé nul, suite à la demande d'un intéressé. Toutefois, si ces actes sont autorisés par le tuteur ou l'enfant lui-même après sa majorité, leur validité est définitivement confirmée et leur possibilité d'annulation est supprimée. Donc, ce qui est pris en considération dans un acte oscillant entre bénéfique et préjudice c'est sa nature et non pas son résultat⁶¹⁶.

⁶¹⁴ فخر الدين الزيلعي، المرجع نفسه، ص.199.

⁶¹⁵ L'art 40/2 CCIVA dispose que : « la majorité est fixée à 19 ans révolus ».

⁶¹⁶ رابع بن غريب، الصبي المميز بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 9، ع1، ص.1018، 20022.

c- La contradiction entre le code civil et le code de la famille

Le législateur en matière familiale et en s'inspirant des règles de la charia islamique et de quelques législations arabes⁶¹⁷ a soumis les actes oscillants entre profit et préjudice à l'autorisation du tuteur. Ce qui est en contradiction avec les règles du code civil en la matière, celle-ci, s'inspirant du code français⁶¹⁸, donnent au mineur le droit d'annuler les actions accomplies pendant sa minorité, avec un délai de prescription de cinq ans à partir du jour de la cessation de son incapacité conformément aux arts 99⁶¹⁹, 100⁶²⁰, 101⁶²¹ du CCIVA.

Donc, la question qui se pose c'est de savoir laquelle des deux lois protège le mineur ?

En réalité, les deux ont le même objectif, qui est la protection du mineur. Pour ce qui y est du code civil, donner le droit au mineur d'annuler tout contrat conclue pendant sa minorité ne peut être que dans son intérêt ; plus que ça si ce dernier prend la décision d'annuler, il n'est contraint de restituer que la valeur du profit qu'il a retiré de l'exécution du contrat conformément à l'art 103 du CCIVA⁶²². Par cette mesure, le législateur incite aussi l'autre partie contractante à s'assurer de la capacité de la personne avec laquelle elle va conclure le contrat. Par contre le droit de la famille, sa protection est plus importante. En soumettant de

⁶¹⁷ L'art 225 de la moudawana marocaine dispose que : les du mineur doué de discernement, sont soumis aux dispositions suivantes :

- 1- Ils sont valables, s'ils lui sont pleinement profitables ;
- 2- Ils sont nuls, s'ils lui sont préjudiciables ;
- 3- S'ils Revêtent un caractère à la fois profitable et préjudiciable, leur validité est subordonnée à l'approbation de son représentant légal, accord é en tenant compte de l'intérêt prépondérant de l'interdit et dans les limites des compétences conférées à chaque représentant légal.

⁶¹⁸ L'art 1304 du code civil français dispose que : « dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. Ce temps ne court dans le cas de violence que du jour où elle a cessé ; dans le cas d'erreur ou dol, du jour où ils ont été découvertes.

Le temps ne court, à l'égard des actes faits par un mineur, que du jour de la majorité ou de l'émancipation ».

⁶¹⁹ L'art 99 du CCIVA dispose que : « lorsque la loi reconnaît à l'un des contractants le droit de faire annuler le contrat, l'autre contractant ne peut pas prévaloir de ce droit ».

⁶²⁰ L'art 100 du CCIVA dispose que : « le droit de faire annuler le contrat s'éteint par la confirmation expresse ou tacite.

La confirmation rétroagit à la date du contrat, sans préjudice des droits des tiers ».

⁶²¹ L'art 101 alinéa 1 et 2 du CCIVA dispose que : « si le droit de faire annuler le contrat n'est pas invoqué, il se prescrit par cinq (5) ans.

Ce délai court, en cas d'incapacité, du jour de la cessation de cette incapacité ».

⁶²² L'art 103 du CCIVA dispose que : « lorsque le contrat est nul ou annulé, les parties sont restituées dans l'état ou elles se trouvaient auparavant. Si cette restitution est impossible, elles peuvent être indemnisées d'une manière équivalente.

Toutefois, lorsque le contrat d'un incapable est annulé en raison de son incapacité, ce dernier n'est obligé de restituer que la valeur du profit qu'il a retiré de l'exécution du contrat.

N'est pas restitué, dans le cas de nullité du contrat, celui qui connaissait ou qui était à l'origine de l'illicéité ».

pareils actes à l'autorisation du tuteur permet d'un côté au mineur d'acquérir une certaine maturité et expérience pour qu'il puisse être capable de gérer ses affaires plus tard⁶²³. Et d'un autre côté il le protège de tout ce qui peut lui porter préjudice.

Face à ces deux solutions différentes, le juge va être perplexe. Sur ce point les juristes ont deux opinions :

4. Un groupe favorise l'application du code civil, sur la base que c'est la loi qui règle les biens de la personne, et non le droit de la famille, puisque ce dernier ne règle que les dispositions liées au statut personnel de la personne. Un avis que partage Farida Mehamedi Zouaoui⁶²⁴.

Cet avis est critiqué, car si le droit de la famille règle le statut personnel, il règle également le statut patrimonial ; et la meilleure des preuves c'est le livre quatrième du code de la famille intitulé «dispositions testamentaires » où le législateur régit tout ce qui concerne le legs, la donation et le waqfs.

5. D'après le deuxième groupe, du moment qu'il existe deux solutions dans deux textes différents du même degré, il faut appliquer le principe selon lequel : «la législation ultérieure l'emporte sur la législation de force égale ou inférieure ». En d'autres termes, le texte le plus récent qui est l'art 83 de CFA de 1984, abroge et annule l'ancien texte qui est l'art 101 du CCIVA ; d'autant plus que l'art 223 du code de la famille stipule explicitement que : «toutes les dispositions contraires à la présente loi sont abrogées ». Donc, selon cet avis, il faut soumettre les actes du mineur doué de discernement quand il y a un doute entre le profit ou le préjudice à l'autorisation du tuteur⁶²⁵.

En réalité, pour nous, il serait préférable que le juge applique les dispositions de l'art 83 du code de la famille, et ceci pour plusieurs raisons, en plus des arguments apportés par le deuxième avis, nous ajouterons l'art 79 du CCIVA qui dispose que : « en ce qui concerne les

⁶²³ محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هوم، الجزائر، 2000، ص.83.

⁶²⁴ بقولها: " وفي هذا نعارض بين القانون المدني وقانون الأسرة، إذ كان يجب الأخذ في هذا المجال بالقانون المدني لأنه هو الأصل بالنسبة للتصرفات القانونية" وتضيف أنه: " إن كان المشرع يبتغي تبني فكرة العقد الموقوف الوارد في قانون الأسرة، فعليه تعديل القانون المدني، ولا يتم ذلك بقانون الأسرة لأن القانون المدني قانون خاص بالنسبة للتصرفات المالية ولا يتم تعديله أو إلغاؤه إلا بقانون لاحق وخاص بالتصرفات المالية، وقانون الأسرة ليس كذلك". فريدة محمدي زواوي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، ط.1997، ص.20.

⁶²⁵ يقول مجيد سعيد جعفرور: " أننا بصدد تعارض بين نصين قانونيين مختلفين، يحمل كل منهما حكماً يخالف الآخر بحيث يستحيل الجمع بينهما، وطالما أن هذين الحكمين واردان في نصين قانونيين مختلفين لكنهما متساويان في القوة. فإننا نرى اعتبار النص الأحدث وهو نص المادة 83 من قانون الأسرة الصادر في 1984 ناسخاً للنص القديم الذي هو نص المادة 101 من القانون المدني الصادر في 1975، فيما يتعلق بقابلية العقد للإبطال بسبب نقص الأهلية إعمالاً للمبدأ الذي يقضي بأن التشريع اللاحق يلغي التشريع السابق المساوي له الأدنى منه في القوة". محمد سعيد جعفرور، التصرفات الدائرة.....، المرجع السابق، ص.32-33.

règles de capacité des mineurs interdits judiciairement et légaux et autres incapables, il est fait application des dispositions prévues à cet effet par le code de la famille ».

Il est donc recommandé au législateur d'unifier les deux lois, d'une manière conforme à l'art 83 du CFA pour obtenir une plus grande protection du mineur.

En plus de ces actes où le tuteur dispose d'un large pouvoir, il existe d'autres qui sont soumis à l'autorisation du juge, et qui ont beaucoup plus d'importance au vue du législateur.

Donc, et dans le but de gérer et de protéger les biens du mineur, ce dernier est soumis au régime de la représentation légale. Sauf que la loi a émis une exception en autorisant le mineur ayant atteint l'âge de discernement à disposer de tout ou partie de ses biens par le biais de l'émancipation conformément à l'alinéa 2 de l'art 84 CFA.

§. 2^{ème} : L'administration légale sous contrôle judiciaire

Le droit du tuteur de disposer des biens du mineur n'est pas absolu, mais limité à ce qui sert l'intérêt de ce dernier. C'est pour cette raison que le législateur a soumis certains actes à l'autorisation du juge conformément à l'art 88 du CFA dispose que : « le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci. Il est responsable au regard du droit commun et doit solliciter l'autorisation du juge pour les actes suivants :

- 1- Vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction ;
- 2- Vente des biens meubles d'importance particulière.
- 3- Engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt, ou action en participation ;
- 4- Location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure à trois (3) années ou dépassant sa majorité d'une année ».

Donc, aux termes de cet article, il est nécessaire pour le tuteur d'avoir une autorisation du juge pour qu'il puisse accomplir les actes précités afin de gérer les biens du mineur dans l'intérêt de ce dernier. Et c'est ce que nous allons essayer de traiter dans ce paragraphe.

A- Vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction

L'immeuble est toute chose ayant une assiette fixe et immobile, qui ne peut être déplacée sans détérioration⁶²⁶. Et tout acte concernant ce dernier doit être soumis à l'autorisation du juge.

a- La vente d'immeuble

Conformément à l'art 88 CFA, le tuteur doit avoir l'autorisation du juge pour pouvoir vendre un immeuble appartenant à son enfant mineur.

Et ceci est confirmé par l'art 410 du CCIVA qui dispose que : « sous réserve des dispositions spéciales, celui qui représente une autre personne en vertu d'une convention, d'une disposition légale ou d'une décision de l'autorité compétente ne peut acheter ni directement par lui-même, ni par personne interposée, même par adjudication, ce qu'il est chargé de vendre en qualité de représentant, à moins d'y être autorisé par décision de justice ».

Le législateur algérien a bien fait de soumettre de façon générale la vente d'un immeuble à l'autorisation du juge, contrairement au législateur égyptien qui a soumis la vente à l'autorisation du juge, que si l'immeuble a une valeur supérieur à 300livres⁶²⁷.

Mais, pour plus de protection, le bien doit être vendu aux enchères publiques conformément à l'art 89 CFA qui dispose que : « le juge accorde l'autorisation, en tenant compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur et sous réserve que la vente ait lieu aux enchères publiques ». L'art 783 du code de procédure civile et administrative dispose, dans ce contexte, que : « la vente aux enchères, autorisée par voie de justice, des immeubles et/ou droits réels immobiliers du disparu, de l'incapable et du failli a lieu conformément à un cahier des charges de la vente déposé au greffe du tribunal, établi, selon le cas, par l'huissier à la demande du curateur ou du tuteur testamentaire ou du tuteur, ou par le syndic de faillite.... ».

Donc, avant de procéder à la vente, il est nécessaire d'obtenir au préalable l'autorisation d'en disposer. Le représentant légal transmet ensuite l'autorisation à l'huissier de justice chargé d'effectuer les démarches nécessaires, dont la première consiste à demander

⁶²⁶ L'art683 du CCIVA dispose que : « toute chose ayant une assiette fixe et immobiles, qui ne peut être déplacée sans détérioration, est une chose immobilière, toutes les autres choses sont mobilières ».

⁶²⁷ المادة 7 من قانون الولاية على المال المصري تنص: " لا يجوز للأب أن ينصرف في العقار أو المحل التجاري أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلاث مئة جنيه إلا بإذن المحكمة. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر في خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة".

la désignation d'un expert immobilier, afin de déterminer le prix d'ouverture du bien à vendre conformément à l'article 739 du CPCAA, lequel dispose que : « la mise à prix par laquelle la vente aux enchères débute ainsi que la valeur approximative sur le marché de l'immeuble et/ou le droit réel immobilier saisi, sont fixés globalement en lots par un expert foncier désigné par ordonnance sur requête à la demande de l'huissier ou du créancier saisissant, après avoir justifié du dépôt au greffe du montant des frais d'expertise préalablement fixés par le président du tribunal.

L'expert doit déposer au greffe le rapport d'évaluation dans les délais fixés par le président du tribunal, et au plus tard dans les dix (10) jours de sa désignation. A défaut, il est remplacé par un autre expert ».

Après l'expertise, et conformément à l'article 783/1 du CPCAA, l'huissier est tenu d'établir un cahier des charges, un document qui comprend toutes les données qui conduisent à une définition complète et précise de la propriété à vendre conformément à l'article 783/2 du CPCAA qui dispose que : « le cahier des charges de la vente comporte les mentions suivantes :

- 1- L'autorisation de la vente.
- 2- L'indication précise de l'immeuble et/ou du droit réel immobilier, notamment, sa situation, ses limites, sa nature, sa contenance, sa superficie, le numéro du lot et éventuellement, son appellation s'il est divis ou indivis et toutes autres indications de nature à faciliter son identification. Si l'immeuble est bâti l'indication de la rue et son numéro et les fractions d'immeubles diverses.
- 3- Les conditions de vente et la mise à prix.
- 4- La division de l'immeuble en lots si celle-ci est nécessaire avec la fixation de la mise à prix de chaque lot.
- 5- La mention des titres de propriété ».

Ensuite, l'huissier de justice est tenu de déposer le cahier des charges devant le président du tribunal territorialement compétent, qui doit à son tour visé le procès-verbal de dépôt et y mentionné la date et l'heure de l'audience de la vente conformément à l'article 739/3 du CPCAA. Il doit être joint au cahier des charges quelques documents, que l'article 784 du CPCAA a établi comme ceci ; « le cahier des charges doit être accompagné des pièces suivantes :

- 1- Un extrait de rôle de l'immeuble.
- 2- Un extrait de l'acte de propriété et l'autorisation de vente, s'il y'a lieu.
- 3- Le certificat foncier ».

Le cahier des charges de la vente et l'audience des oppositions seront alors notifiés au représentant légal, aux créanciers bénéficiaires des sûretés réelles, au ministère public conformément à l'art 785 CPCAA qui dispose que : « l'huissier signifie le dépôt du cahier des charges aux créanciers bénéficiaires de sûretés réelles et avise le ministère public. Ces derniers ont le droit de s'opposer au cahier des charges en demandant le cas échéant son annulation, conformément aux dispositions du présent code ».

Et ils ont droit de s'opposer au cahier des charges, la demande se fera par requête trois jours au moins avant l'audience des oppositions, au-delà de ce délai, ils perdent leur droit de faire opposition conformément à l'art 742/1 CPCAA qui dispose que : « les oppositions sont présentées, par requête, par les personnes citées à l'art 740 ci-dessus ou par leurs héritiers au président du tribunal 3 jours au moins avant l'audience des oppositions, à défaut ils sont forclos ». Et si aucune opposition n'est présentée, l'huissier de justice demande la délivrance d'une attestation de non opposition sur le cahier des charges.

Un extrait du cahier des charges de vente sera publié dans un quotidien, qui doit être national, dans le tableau d'affichage du tribunal, et dans le tableau d'affichage de la commune ou se trouve le bien. Toute personne intéressée, pourra consulter le cahier des charges chez l'huissier, ainsi que la visite du bien, comme le prévoit l'art 748 en disposant que : « l'huissier procède, après le dépôt du cahier des charges de la vente, à la publication d'un extrait de ce document dans un quotidien national, et par affichage au tribunal dans les huit (8) jours qui suivent la dernière signification du dépôt. Une copie de l'avis paru au journal et une copie du procès-verbal est jointe au dossier d'exécution.

Toutes personnes à le droit de prendre connaissance du cahier des charges de la vente à l'office de l'huissier ou au greffe du tribunal ».

L'huissier de justice adresse une demande de fixation de l'audience au président du tribunal. Et après la fixation de la date, l'audience de vente est notifiée au curateur, au tuteur de la personne frappée d'interdiction ou au mineur, aux propriétaires dans l'indivision s'ils existent, au ministère public. L'annonce de l'audience de vente est affichée au tribunal, à la commune, au receveur des impôts, et dans un journal quotidien. L'huissier de justice, ou la personne qui demande la vente présente une demande d'ordonnance d'estimation des frais de justice. Ce qui est stipulé par l'art 750 CPCAA comme ceci : « l'avis de l'adjudication est affiché et publié comme suit :

- 1- Sur la porte ou l'entrée de chaque immeuble saisi, terrain ou bâtiment ;
- 2- Dans un ou plusieurs quotidiens nationaux selon l'importance de l'immeuble saisi ;
- 3- Sur le tableau d'affichage du tribunal du lieu de la vente ;

- 4- Sur le tableau d'affichage de la recette des impôts et de la commune du lieu de l'immeuble ;
- 5- Dans les places et lieux publics ;
- 6- Et dans tout autre lieu susceptible d'attirer le plus grand nombre d'adjudicataires.

La publication ou l'affichage de l'avis est justifiée par la présentation d'une copie du journal ou du visa du fonctionnaire habilité en marge de l'avis affiché qui seront joints au dossier d'exécution ».

Après avoir fixé l'audience et déterminé le lieu de la vente par le président du tribunal, qui présidera personnellement l'audience e vente, ou désigne un juge à cet effet au niveau du tribunal auprès duquel le cahier des charges de la vente a été déposé. Le juge vérifie l'identité des parties et l'achèvement des procédures, et s'assure qu'il y a plus de trois soumissionnaires, conformément à l'art 753 CPCAA qui dispose que : « L'adjudication a lieu en audience publique, présidée par le président du tribunal ou du juge qu'il désigne à cet effet, au tribunal où a été déposé le cahier des charges de la vente, aux date et heure fixées, en présence de l'huissier, du greffier et des créanciers inscrits, du débiteur saisi, du détenteur, de la caution réelle si elle existe, ou avisés huit (8) jours au moins avant la date de l'audience. Le nombre des enchérisseurs ne pouvant être inférieur à trois (3).

L'adjudication peut être reportée à la demande des parties à la saisie si ce report est dicté par des motifs sérieux, notamment, l'insuffisance des enchérisseurs et la faiblesse des offres

Les procédures de publication et d'affichage sont recommencées aux frais du demandeur du report ».

La vente aux enchères ne peut pas commencer, si l'offre est inférieur à 10.000 DA, conformément à l'alinéa 2 de l'art 754 CPCAA qui stipule que : « si les procédures sont régulières, il ordonne l'ouverture de l'adjudication et rappelle les conditions de la vente, la nature de l'immeuble, et/ou du droit réel immobilier, chaque offre ne pouvant pas être inférieure à dix mille dinars (10.000DA) ». Et dans le cas où le nombre requis n'est pas acquit, ou si les offres sont inférieures à 10.000DA, ou si aucune offre n'est présentée pendant 15 minutes ; la vente est reportée à une audience ultérieure conformément à l'alinéa 3 du même article qui dispose que : « si le nombre requis d'enchérisseurs n'est pas réalisé, ou si les offres présentées sont inférieures à la mise à prix, ou si aucune offre n'est présentée

pendant quinze (15) minutes, le président le fait consigner dans le registre d'audience et ordonne le report de la vente à une audience ultérieure avec la même mise à prix ».

En cas de vente, il est prononcé un jugement concluant l'enchère sur celui qui a présenté la meilleure offre, et qui a été le dernier enrichisseur. Ce dernier est tenu de payer un cinquième du prix, ainsi que les frais et les taxes dues. Et cela conformément à l'art 757 CPCAA qui dispose que : « l'immeuble est adjugé au plus offrant et au dernier enchérisseur.

Le président du tribunal approuve l'offre la plus élevée, après trois (3) appels consécutifs séparés d'une minute.

L'adjudicataire doit verser, séance tenante, un cinquième du prix, des frais et les taxes dues, le reste du prix devra être versé dans un délai minimum de huit (8) jours au greffe du tribunal.

Si l'adjudicataire ne verse pas le reste du prix dans le délai fixé à l'alinéa ci-dessus, il est mis en demeure de le verser dans un délai de cinq (5) jours ; à défaut, il est procédé à une nouvelle adjudication à ses frais ». Par ordonnance du président du tribunal, l'huissier de justice est tenu de déposer le prix sur un compte bancaire au nom du mineur. La disposition de cette somme sera soumise à l'autorisation du juge.

Dans le cas où il y a conflit d'intérêt entre le tuteur et son enfant mineur, le juge peut désigner un administrateur ad hoc⁶²⁸ d'office ou à la demande d'une personne ayant intérêt conformément à l'art 90 CFA⁶²⁹.

Concernant l'échange, le législateur ne l'a pas prévu à l'art 88 CFA, c'est pourquoi certains estiment que l'échange lié à l'immobilier doit être soumis à l'autorisation du juge par analogie avec la vente, car ils ont le même but, ainsi conformément à l'art 415 du CCIVA qui dispose que : « les dispositions relatives à la vente s'appliquent à l'échange dans la mesure où la nature de ce contrat le permet... »⁶³⁰. Cependant, certains estiment que le législateur

⁶²⁸ L'administrateur ad hoc est une personne physique ou morale inscrite auprès d'une cour d'appel, pouvant être appelée à devenir le représentant légal d'un mineur à l'occasion d'une procédure pour protéger ses droits.

⁶²⁹ L'art 90 CFA dispose que : « en cas de conflit entre les intérêts du tuteur et ceux de son pupille, un administrateur ad hoc est désigné d'office ou à la demande d'une personne ayant intérêt, par le juge ».

⁶³⁰ علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، ع3، ص.13.

algérien a implicitement exclu l'échange de l'autorisation du juge conformément à l'art 89 CFA qui exige que la vente se fasse aux enchères publiques⁶³¹.

En plus de la vente de l'immeuble, il y a aussi le partage, qui est également soumis à l'autorisation du juge.

b- Le partage d'un immeuble

Le tuteur doit saisir le juge pour tout partage d'un immeuble dans l'indivision, où son enfant mineur est partenaire. Cette règle est confirmée par l'art 723CCIVA qui dispose que : «les co-indivisaires peuvent, s'ils sont tous d'accord, partager la chose commune, de la manière qu'ils veulent. Si l'un d'eux est incapable, les formalités prescrites par la loi doivent être observées ». Le législateur nous renvoie vers l'art 783⁶³² et suites qui régissent les ventes immobilières du disparu, de l'incapable et du failli, ainsi qu'à l'art 181 CFA alinéa 2 qui dispose que : «en cas de présence d'un mineur parmi les héritiers, il ne peut être procédé au partage que par voie judiciaire».

Donc, s'il y a accord entre le tuteur et les héritiers à propos du partage d'un immeuble dans l'indivision, le tuteur doit avoir une autorisation du juge, et c'est ce qui a été déclaré dans une décision de la Cour Suprême⁶³³ comme ceci : « il est légalement établi si le partage de l'immeuble du mineur fait partie des actes pour lesquels le tuteur doit demander l'autorisation du juge, il est également établi que le juge peut décider de sa propre initiative de l'absence de l'autorisation d'intenter une action en justice lorsque cela est nécessaire. Et statuer en violation de ces deux principes est considéré comme une erreur de loi.

⁶³¹ أحمد عيسى، الاجتهاد لقضائي في مجال الولاية على أموال القاصر، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، بلية، 2009، ع1، ص 92.

⁶³² L'art 783 CPCA dispose que : « la vente aux enchères, autorisée par voie de justice, des immeubles et/ou droits réels immobiliers du disparu, de l'incapable et du failli a lieu conformément à un cahier des charges de la vente déposé au greffe du tribunal, établi, selon le cas, par l'huissier à la demande du curateur ou du tuteur testamentaire ou du tuteur, ou par le syndic de faillite.

Le cahier de charge de la vente comporte les mentions suivantes :

- 1- L'autorisation de vente,
- 2- L'indication précise de l'immeuble et/ou du droit réel immobilier notamment, sa situation, ses limites, sa nature, sa contenance, sa superficie, le numéro du lot et éventuellement, son appellation, s'il est divis ou indivis et toutes autres indications de nature à faciliter son identification. Si l'immeuble est bâti l'indication de la rue et son numéro et les fractions d'immeubles divisées.
- 3- Les conditions de vente et la mise à prix,
- 4- La division de l'immeuble en lots si celle-ci est nécessaire avec la fixation de la mise à prix de chaque lot,
- 5- La mention des titres de propriété. »

⁶³³ Cour suprême, ch.sp, 19/12/1988, doss. n° 51282, Rev. Jud., 1991, n°2, p.6.

Et puisqu'il est établi dans – la présente affaire – que l'appelante en cassation n'a pas demandé l'autorisation du tribunal de diviser l'immeuble du mineur, ni d'intenter une action en justice, les juges de la Cour en confirmant le jugement déclarant la validité de ces procédures, ont violé la loi, et comme c'est le cas, il faudrait annuler l'arrêt sujet du pourvoi ».

Si le partage ne porte pas préjudice à l'intérêt du mineur, le juge autorise le représentant à faire appel avec le reste des héritiers à un expert pour faire le partage. Ce dernier va établir un rapport, qui va être soumis au juge pour qu'il puisse vérifier s'il a été établi dans l'intérêt de l'enfant. Une fois cette procédure accomplie, le juge accorde au représentant du mineur l'autorisation d'établir un acte notarié.

Mais, dans le cas d'un désaccord entre le tuteur et les héritiers, la loi lui permet de recourir directement à la justice pour demander le partage par le biais d'un expert judiciaire⁶³⁴.

Il est à noter que si le tribunal ordonne une vente dans le cadre d'un procès en partage, dans lequel l'expert prouve l'impossibilité de partager les biens entre les héritiers conformément à l'art 728 CCIVA⁶³⁵, une question surgit, c'est de savoir quelle est la solution dans le cas où tous les héritiers demandent que les enchères soient limitées à eux. Sans que la vente se fasse par le biais des enchères publiques ?

Dans ce cas, pour nous, c'est l'intérêt de l'enfant qui doit être pris en considération en premier lieu, étant donné que l'art 89 CFA est de nature privé⁶³⁶. D'où, l'enchère ne doit pas se limiter aux seuls partenaires même s'ils sont d'accord à l'unanimité, par crainte qu'ils attribuent l'enchère à l'un d'eux à bas prix⁶³⁷.

Quant au partage de la succession, la loi exige qu'elle se fasse par le biais de la justice. Dans ce contexte, l'art 181 CFA dispose que : « En cas de liquidation d'une succession, il est fait application des articles 109 et 173 de la présente loi et des dispositions du code civil relatives à la propriété indivise.

⁶³⁴ محمد بوعمره، أموال القاصر في تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2013/2012، ص.95.

⁶³⁵ L'art 728 CCIVA dispose que : « lorsque le partage en nature n'est pas possible ou si il doit entraîner une diminution considérable de la valeur de la chose à partager, il est procédé à la vente sur licitation de la chose suivant les règles prévues au code de procédure civile. Les enchères sont limitées aux seuls co-indivisaires s'ils sont unanimes à demander.

⁶³⁶ Conformément à la règle qui dit que « le privé restreint le public ».

عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة 14، الجزائر، 2006-2003، ص.82.

En cas de présence d'un mineur parmi les héritiers, il ne peut être procédé au partage que par voie judiciaire ».

C'est ce qui a été affirmé par un des arrêts de la Cour Suprême⁶³⁸ qui dispose que : «...toutefois, en cas du mineur, comme c'est le cas en l'espèce, les juges du fond doivent respecter les exigences de l'art 181 du code de la famille, qui stipule, qu'en cas de mineur parmi les héritiers, le partage doit se faire par voie judiciaire, afin d'assurer qu'il n'y ait pas d'injustice à l'égard du mineur, alors que Le partage susmentionné par consentement mutuel n'a pas eu lieu sous le contrôle de la justice et du parquet et n'a pas respecté l'art 141 du code de procédure civile.... ».

En plus du partage, le tuteur est tenu d'avoir l'autorisation du juge pour hypothéquer un immeuble appartenant à un mineur

c- Hypothèque d'immeuble

Le tuteur ne peut hypothéquer un immeuble appartenant au mineur sans l'autorisation du juge.

Le législateur algérien a régi les règles de l'hypothèque dans le code civil, en la définissant dans l'art 882 CCIVA comme ceci : «le contrat d'hypothèque est le contrat par lequel le créancier acquiert sur un immeuble affecté au paiement de sa créance un droit réel qui lui permet de se faire rembourser par préférence aux créanciers inférieurs en rang, sur le prix de cet immeuble en quelque main qu'il passe ».

L'hypothèque est considérée comme l'une des transactions les plus compliquées, qui nécessitent l'avis d'un expert et l'autorisation du juge, car elle fait partie des actes de dispositions qui permettent au tuteur de s'engager avec l'argent du mineur. Cela peut entraîner un préjudice à l'argent du mineur en perturbant le bénéfice de ce dernier, qui reste bloqué jusqu'à ce que le tuteur règle sa dette. Or, cela peut durer plus longtemps si le tuteur n'est pas en mesure de payer cette dernière dans les délais⁶³⁹. Ainsi, il est nécessaire que le juge compétent s'assure de l'état de nécessité et d'intérêt, ainsi que la possibilité de rembourser la dette ultérieurement.

⁶³⁸ Cour suprême, ch.sp, 22/12/1992, doss. n° 54559, Rev. Jud., 1995, n°1 p.110. .

⁶³⁹ محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، دار الجامعية، مصر، 1983، ص.790.

Ce qu'il convient de noter à propos de l'art 88 du CFA, c'est que en soumettant l'hypothèque des biens appartenant au mineur à l'autorisation du juge, n'a pas précisé si la dette garantie constitue une hypothèque par rapport au tuteur ou par rapport au mineur⁶⁴⁰.

Sur cette question, les juristes musulmans sont tous d'accord sur le fait que le tuteur a le droit d'hypothéquer les biens de l'orphelin pour son besoin, ou son intérêt. Car l'hypothèque peut être un droit accessoire au commerce, et puisque le tuteur détient le droit de faire du commerce avec l'argent du mineur il a droit aussi à l'hypothèque⁶⁴¹.

d- La transaction

Le tuteur ne peut pas faire aussi de transaction en qualité de représentant du mineur. La transaction est définie selon l'art 459 CCIVA comme ceci : « la transaction est un contrat par lequel les parties tiennent une contestation née ou préviennent une contestation à naître et ce, au moyen de concessions réciproques».

La transaction a pour but de mettre fin aux contestations à propos desquelles elle est intervenue conformément à l'art 462 du CCIVA⁶⁴².

Donc, si un litige surgit entre les héritiers concernant la propriété ou la gestion d'un bien commun, et que l'un d'eux est mineur, et que l'affaire nécessite une réconciliation ; le juge peut accorder au tuteur l'autorisation de la réaliser, si cette dernière est bénéfique pour lui, de sorte que son absence peut porter préjudice à son argent⁶⁴³.

Toutefois, si cette réconciliation conduit à l'annulation d'un droit acquis du mineur, tel que son abandon au profit d'une autre personne ; le juge refuse de procéder à cette dernière, et le tuteur doit s'abstenir de le faire, car il porte atteinte aux intérêts du mineur⁶⁴⁴.

B- Vente de biens meubles d'importance particulière

⁶⁴⁰ Le législateur égyptien a été plus explicite en interdisant au tuteur d'hypothéquer les biens de l'enfant en garantie de sa propre dette, par contre il l'a permis si c'est le mineur qui est créancier hypothécaire, art 6/2 de la loi sur la tutelle égyptienne, ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني و قانون الولاية على المال، دار الفكر العربي، مصر، 2014، ص.99.

⁶⁴¹ مراد بلعباس، استثمار أموا الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص.157.

⁶⁴² L'art 462 CCIVA dispose que : «la transaction met fin aux contestations à propos desquelles elle est intervenue.

Elle a pour effet d'éteindre les droits et prétentions auxquels l'une ou l'autre partie a définitivement renoncé ».

⁶⁴³ عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ط، 1996، ص.336.

⁶⁴⁴ جميلة موسوس، المرجع السابق، ص.53.

Le législateur fait référence, à cet égard, aux biens meubles d'importance particulière, sans pour autant donner un critère matériel sur lequel on peut se baser pour évaluer l'importance du meuble. Cela est dû sans doute à la différence entre les classes sociales, ce qui est considéré comme important et précieux chez certains mineur ne l'est pas chez d'autres⁶⁴⁵.

On peut, cependant, donner quelques exemples de biens meubles considérés précieux comme les actions boursières, et les droits moraux comme les droits de propriété industrielle, commerciale et littéraire, etc.⁶⁴⁶.

Donc, il serait souhaitable et important de fixer un seuil inférieur sur lequel on peut se baser pour évaluer le meuble et pour savoir si sa vente nécessite l'accord du juge.

C-Engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation

Le tuteur peut engager les capitaux du mineur, afin de les fructifier, en agissant dans l'intérêt et le bien-être du mineur⁶⁴⁷, soit en les engageant par prêt ou emprunt, ou bien par action.

Et cela, est conforme ⁶⁴⁸ لقوله تعالى : " وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا "

a- Engagement des capitaux du mineur par prêt ou emprunt

Le législateur algérien, en ce qui concerne le prêt ou l'emprunt, a fait exception de la règle qui dit que le tuteur ne peut ni prêter l'argent du mineur, ni faire un emprunt en son nom de peur de nuire à son capital, en autorisant le tuteur à le faire à condition de solliciter l'autorisation du juge, qui doit s'assurer que l'emprunteur est solvable, de peur de perdre l'argent du mineur.

Il n'est pas non plus permis au tuteur d'emprunter l'argent du mineur pour lui-même, sauf avec l'autorisation du juge. De même, il n'est pas permis d'emprunter au profit du mineur lui-même. Si le juge détermine qu'emprunter l'argent du mineur ou pour son bénéficiaire

⁶⁴⁵دليلة سلامي، المرجع السابق، ص.110-111.

⁶⁴⁶عبد العزيز مقبولجي، المرجع السابق، ص.77.

⁶⁴⁷محمد الزحيلي، استثمار أموال القاصر في العصر الحالي، مجلة كلية الشريعة الدراسات الاسلامية، ع 25، جامعة قطر، 2005، ص.294.

⁶⁴⁸سورة النساء، الآية 5.

lui est préjudiciable, il s'abstiendra d'accorder l'autorisation après s'être assuré que les deux éléments d'intérêt et de nécessité ne sont pas réunis⁶⁴⁹.

Quant aux jurisconsultes musulmans, ils ont deux avis différents sur ce point :

- Le premier est l'avis des malékites, chaféites et hanbalites, ceux-ci estiment qu'il est permis au tuteur de prêter l'argent du mineur, si cela est dans son intérêt, comme par exemple dans le cas où le tuteur craint la perte de l'argent s'il reste chez lui ; et ils se réfèrent :

لقوله تعالى: «وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ»⁶⁵⁰

Mais, ils ont établis quelques conditions dans l'intérêt du mineur qui sont :

- 1- Ils exigent une hypothèque comme garantie, par mesure de précaution de peur que l'argent ne soit pas restitué, et c'est ce sur quoi se sont mis d'accord les chaféites et les hanbalites⁶⁵¹.
 - 2- L'emprunteur doit être une personne de confiance, parce qu'une personne qui n'est pas digne de confiance peut tarder à restituer l'argent⁶⁵².
 - 3- Par mesure préventive, le tuteur doit attester qu'il a prêté l'argent du mineur, et c'est ce que soutiennent les chaféites⁶⁵³.
 - 4- L'argent du mineur ne doit pas être emprunté, dans l'intention de faire bénéficier autrui, comme par exemple à titre de récompense, c'est l'avis de l'imam Ahmed⁶⁵⁴.
- Le deuxième avis, qui est celui de certains chaféites et selon le récit de l'imam Ahmed, il n'est absolument pas permis de prêter l'argent d'un orphelin, que ce soit dans son intérêt ou pas⁶⁵⁵.

b- Action par participation dans une société

Pareil, pour la participation du mineur par action dans une société, elle nécessite l'autorisation du juge.

⁶⁴⁹ فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية والمراسيم التنفيذية الحديثة، ط2، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص.87.

⁶⁵⁰ سورة الإسراء، الآية 34.

⁶⁵¹ ابن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج5، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م، ص.219، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب الطيبي، المجموع شرح المهذب، ج 13، دار الفكر، دمشق، د.س.ن، ص.354.

⁶⁵² أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، المرجع السابق، ص.354.

⁶⁵³ ابن المفلح الحنبلي، المرجع السابق، ص.220.

⁶⁵⁴ أبو زكريا بن شرف النووي، المرجع السابق، ص.354.

⁶⁵⁵ علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان الدمشقي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج5، ط1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن، ص.243.

Cependant, le législateur algérien ne nous a pas précisé le type de société, s'il s'agit d'une société de personne, de fonds ou d'une société mixte. Quant à la société en nom collectif, qui est considérée comme l'un des types de société les plus importants, le mineur ne peut y adhérer car elle confère à tous les associés la qualité de commerçant⁶⁵⁶, et un mineur ne peut acquérir cette qualité en raison de son incapacité.

Aussi, la responsabilité des associés de la société en nom collectif est stricte et ne permet pas d'assurer la protection du mineur conformément à l'art 551 du CCA⁶⁵⁷. Dans le cas où le mineur hérite d'une part dans cette société, elle se transforme provisoirement en société en commandité simple jusqu'à ce que le mineur atteigne sa majorité; mais avant cela les anciens associés continuent à être des coassociés, et le mineur devient commanditaire, et porte la responsabilité à hauteur de la part de son héritier dans la société⁶⁵⁸, il ne peut être considéré comme commerçant, ni déclaré sa faillite conformément à l'art 562 du CCA qui dispose que : « la société prend fin par le décès de l'un des associés, sauf stipulation contraire des statuts.

En cas de continuité, et si l'un ou plusieurs des héritiers sont mineurs, ceux-ci ne répondent des dettes sociales pendant leur incapacité qu'à concurrence des forces de la succession de leur auteur ». Le législateur par le biais de cet article a essayé de protéger le mineur tout en respectant les règles de la société en nom collectif.

Quant aux sociétés de capitaux, le mineur peut y adhérer après autorisation du juge, car elles sont fondées sur des considérations financières et non personnelles, la responsabilité des associés dans ces sociétés est dans la limite de leurs apports, et ils n'acquièrent pas la qualité de commerçant. Ce genre de société ne s'éteint pas non plus par le décès de l'un des associés, et l'associé a le droit de remplacer un autre associé sans avoir besoin du consentement des autres associés. La société par action est le modèle des sociétés de capitaux le plus important conformément à l'art 592 du CCA⁶⁵⁹ et suite.

⁶⁵⁶ محمد باسم محمد طراونة، شرح القانون التجاري، الشركات التجارية، ط1، دار المسيرة للنشر والتوزيع، الأردن، د.س.ن، ص.134.
⁶⁵⁷ L'art 551 du CCA dispose que : «les associés en nom collectif ont toujours la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales. Les créanciers de la société ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé que quinze jours après une mise en demeure de la société par acte extrajudiciaire».

⁶⁵⁸ فتحة يوسف المولودة عماري، المرجع السابق، ص.101.
⁶⁵⁹ L'art 592 CCA dispose que : « la société par actions est la société dont le capital est divisé en actions et qui est constitué entre des associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.... ».

Par ailleurs, il existe un troisième type de sociétés qui combinent intérêts personnels et financiers, appelées sociétés mixtes, et elles sont deux :

1- Société à responsabilité limitée

Dans ce type de société, l'associé n'acquiert pas la qualité de commerçant, et il n'est responsable qu'à la hauteur de sa part dans la société⁶⁶⁰. Donc, le juge peut autoriser le tuteur à participer avec l'argent du mineur, à condition que la part soit en espèce. Par contre, si elle est en nature, cela n'assure pas la protection du mineur parce qu'il sera solidairement responsable envers autrui⁶⁶¹ conformément à l'art 586 alinéa 2 qui dispose que : « les associés sont solidairement responsables pendant cinq ans à l'égard des tiers de la valeur attribuée aux apports en nature lors de la constitution de la société ».

2- La société en commandite par actions

Dans ces sociétés coexistent deux types d'associés : des commandités qui dirigent la société et qui sont dans la même situation que les associés en nom collectif, c'est-à-dire indéfiniment, personnellement et solidairement responsables du passif social ; et des commanditaires qui sont de simples apporteurs de capitaux, responsable dans la limite de leur apport⁶⁶² ; le mineur peut en faire partie et il n'est pas interdit d'y adhérer avec l'autorisation du juge. Mais, le législateur a négligé un point important, à savoir que si le mineur atteint la majorité, il se trouvera tenu des obligations qui peuvent durer des années. Il est donc souhaitable de limiter ces transactions à une période déterminée, comme c'est le cas pour le loyer⁶⁶³.

Pour plus de protection pour le mineur, la Cour Suprême a statué le 5 janvier 1992⁶⁶⁴ qu'il n'est pas permis de céder les actions du mineur par le tuteur, sans l'autorisation du juge, ni de céder une participation dans une entreprise financièrement prospère qui sert ses intérêts comme ceci : «il est légalement stipulé que toute cession d'un local commercial, doit être prouvée par un contrat officiel, même si elle est conditionnelle ou émise en vertu d'un contrat d'un type différent, ou nécessite le transfert du local commercial par partage, ou vente aux

⁶⁶⁰ باسم محمد ملحم وباسم حمد الطراونة، المرجع السابق، ص.226.

⁶⁶¹ نادية فوزيل، المرجع السابق، ص.101.

⁶⁶² Abdelmadjid Zaalani, Mini encyclopédie de droit algérien notions fondamentales et doctrinales, éd Berti, 2006, p.107.

⁶⁶³ غربي صورية، المرجع السابق، ص.206.

⁶⁶⁴ Cour suprême, ch.sp, 05/01/1992, doss. n° 80160, Rev. Jud., 1995, n° 1, p.177.

enchères ou par voie d'apport d'une société, le tuteur doit disposer de l'argent du mineur en homme prudent, et doit être responsable conformément aux exigences du droit public.

Puisqu'il a été prouvé dans la présente affaire que le contrat de transfert n'a pas été conclu sous sa forme officielle, et que la requérante n'est que tutrice légale après le décès de son mari, elle n'a d'autre autorisation que celle de gérer les fonds de l'entreprise à son bénéfice et au profit de tous ses enfants mineurs, et elle ne peut transférer que sa part par conséquent, la décision de refus qui repose sur une erreur dans la demande de retour des appelants sur les lieux est soumise à cassation».

D- Location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure à trois années ou dépassant sa majorité d'une année

Le contrat de location est considéré par la loi comme un acte d'administration, pour lequel le législateur exige l'autorisation du juge si la durée du bail dépasse 3 ans. Il faut noter que le législateur avait exagéré sur la durée ; mais il y a remédié par le biais de la loi n^o07/05 du 13 mai 2007 portant le code civil dans son art 468 en disposant que : «sauf disposition contraire de la loi, celui qui ne peut faire que des actes d'administration ne peut consentir un bail d'une durée excédant trois ans.

Le bail conclu pour une durée supérieure est réduit à trois ans».

Dans le cas où un mineur ayant atteint l'âge de discernement⁶⁶⁵, à conclut un bail de location en qualité de bailleur ; son acte peut être annulé suite à la demande de son tuteur, s'il lui est préjudiciable. Conformément à l'art 83 CFA qui dispose que : « les actes de la personne ayant atteint l'âge de discernement, sans être majeure au sens de l'art 43 du code civil, sont valides dans le cas où ils lui sont profitables, et nuls s'ils lui sont préjudiciables. Ces actes sont soumis à l'autorisation du tuteur légal ou du tuteur testamentaire, lorsqu'il y a incertitude entre le profit et le préjudice. En cas de litige, la justice en est saisie».

Etablir un délai de location de trois ans est dans l'intérêt du mineur. Permettre une location plus longue peut porter préjudice au mineur et à son argent.

⁶⁶⁵ L'âge de discernement en droit algérien est de 13 ans conformément à l'art42/2 cciv.

Pour ce qui est de la location d'un bien du mineur un an après sa majorité et qui est soumise à l'autorisation du juge, est une manière de protéger cet être qui est rentré dans le monde des grands, on lui donnant la chance d'apprendre tout en le surveillant.

Bien que le législateur algérien ait cité les actes qui nécessitent l'autorisation du juge d'une façon exhaustive, la question qui se pose c'est de savoir si dans le cas où le tuteur dépasse les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, sera-t-il passible d'une sanction ou non ?

Section 2^{ème} : Protection judiciaire des biens de l'enfant

Le législateur, conformément aux dispositions du code de la famille, a déterminé les limites des pouvoirs accordés au tuteur sur l'argent du mineur, il lui a donc fixé des limites selon lesquelles il exerce ses pouvoirs en tenant compte d'un principe important qui est l'intérêt du mineur. Si le tuteur est censé y adhérer, la réalité est tout autre, notamment devant le déclin des mœurs religieuses et morales dans notre société, de l'absence de conscience, de la faiblesse des âmes, et du désir de satisfaire l'instinct de l'argent, l'argent du mineur est devenu un objet de cupidité de la part du tuteur lui-même.

Ce qui encourage aussi, les tuteurs à abuser et à outrepasser les pouvoirs qui leur sont accordés par la loi sans tenir compte des intérêts du mineur, c'est l'insuffisance des sanctions qui doivent être infligées au tuteur qui viole les obligations qui lui sont imposées en vertu de son statut de représentant légal.

Donc, la question qui se pose ici c'est de connaître à quel point les tuteurs respectent les limites des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi (§.1^{ère}), puis de savoir si les sanctions infligées au tuteur dépassant ses limites sont suffisantes (§.2^{ème}), pour, enfin, savoir, le rôle du juge après la fin de la représentation légale ? (§. 3^{ème}).

§. 1^{ère} : Quelques dépassements du tuteur

L'autorité accordée au tuteur sur les biens de l'enfant, l'autorise à disposer de cet argent de manière à réaliser l'intérêt de ce dernier. C'est pourquoi, le législateur a tenté de

fixer des limites que le tuteur ne doit pas dépasser dans l'exercice de son pouvoir. Cependant, le tuteur peut soit en raison de sa cupidité ou de son incompétence, ou toute autre raison dépasser ses limites et ses pouvoirs qu'elles soient énoncées à l'art 88 du CFA (A), ou à d'autres obligations légales (B).

A- Violation du tuteur aux obligations énoncées à l'art 88 CFA

Par le biais de l'art 88CFA, le législateur oblige le tuteur à exercer ses droits sur les biens du mineur avec soins et diligence extrême (A), comme il a soumis les actes qui pourraient mettre en danger les intérêts du mineur à l'autorisation du juge (B).

a- Négligence de l'intérêt du mineur par le tuteur

Selon le critère de l'intérêt énoncé dans l'art 88/1 CFA⁶⁶⁶, le tuteur en tant que représentant légal du mineur doit exercer ses pouvoirs dans les limites fixées par la loi, afin d'éviter d'exposer les biens du mineur au danger. Le tuteur doit faire preuve d'un certain degré de prudence, afin d'assurer l'intérêt du mineur, il doit agir à la manière d'un homme prudent ; et être prudent signifie exercer un soin particulier qui dépasse celui de la personne moyennement prudente⁶⁶⁷.

Si le tuteur manque à cette obligation, il sera considéré comme responsable du danger ou de la perte survenue au mineur.

b- Négligence de l'autorisation du juge par le tuteur

Afin que le législateur puisse assurer la protection nécessaire aux biens de l'enfant, il a fait de l'obtention par le tuteur de l'autorisation du juge une condition nécessaire pour entreprendre certaines actions citées par l'art 88/2 CFA. Peut-être que le but de cette autorisation n'est pas pour autant de créer une restriction à l'autorité du tuteur, mais une mesure de précaution et de prévention pour protéger les intérêts du mineur. Le juge compétent, qui est le juge aux affaires familiales conformément à l'art 479 C^oPCA, est tenu de

⁶⁶⁶ L'art 88/1 CFA dispose que : « le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci..... ».

⁶⁶⁷ محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2012، ص.24-25.

s'assurer que l'action que le tuteur doit entreprendre est nécessaire et dans l'intérêt du mineur conformément à l'art 89 CFA⁶⁶⁸.

Il faut noter, que dans ce domaine on pourra être confrontés à un conflit positif entre les juges, puisque l'art 479 précité considère que le juge chargé de délivrer l'autorisation est le juge aux affaires familiales ; tandis que l'art 511⁶⁶⁹ du même code précise que le juge compétent en matière immobilière est le juge foncier. Par conséquent, dans le cas où une action relative à une succession est intentée, et qu'un mineur fait partie des héritiers, cela posera problème de la compétence du juge, foncier ou des affaires familiales ?

Il existe également un vide juridique du point de vue procédural, car le législateur n'a pas parlé des procédures par lesquelles le juge accorde l'autorisation d'agir au tuteur, il s'est contenté de préciser dans l'art 479 qu'il faut que l'autorisation soit octroyée par ordonnance sur requête, et quelle doit tenir compte de la nécessité et de l'intérêt du mineur conformément à l'art 89 CFA⁶⁷⁰.

Cependant, l'autorisation n'est, en réalité, accordée que si les documents⁶⁷¹ suivants sont disponibles :

- 4- Demande manuscrite de la part du tuteur.
- 5- Certificat de naissance du mineur.
- 6- La faredha dans le cas où le tuteur légal est décédé.
- 7- Un document prouvant l'existence de la chose objet de l'acte.
- 8- Quittance de 5000 DA.
- 9- Timbre fiscal de 20 DA.

Malgré l'importance de cette autorisation, certains tuteurs négligent de le faire soit intentionnellement ou pas. D'autant plus que le législateur s'est contenté d'énumérer les cas nécessitant une autorisation, sans pour autant parler de la sanction infligée dans le cas contraire, d'une part, et, d'autre part, il est passé sous silence du sort de la transaction qui a

⁶⁶⁸ L'art 89 CFA dispose que : « 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 ».

⁶⁶⁹ L'art 511 du CPCA dispose que : « la section foncière connaît des contestations relative aux biens immeubles ».

⁶⁷⁰ Contrairement, le législateur égyptien n'autorise pas le tribunal à rejeter l'autorisation à moins qu'elle contienne fraude dépassant le cinquième de sa valeur, ou si l'acte mettrait l'argent du mineur en péril. معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، ط5، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 1990، ص.850.

⁶⁷¹ www.arabic.justice.dz/cult_justice.

été conclue sans autorisation. Dans ce domaine on se retrouve devant un grand vide juridique qui va ouvrir la porte aux contradictions des décisions judiciaires.

c- Manquement du tuteur à d'autres obligations

En plus de ce que nous avons vu, s'y ajoutent d'autres violations que les tuteurs peuvent commettre, parmi elles, le refus de restituer l'argent du mineur après la fin de la tutelle, ainsi que la conclusion d'actions préjudiciables à l'enfant.

d- Le refus de restituer l'argent du mineur après la fin de la tutelle

Lorsque le mineur atteint l'âge légal de la majorité, fixé à 19 ans révolus par l'art 40 du CCIVA, la tutelle prend fin ; et dès lors le tuteur est tenu de restituer tous les biens du mineur⁶⁷². Mais que se passe-t-il s'il refuse de le faire ?

Le législateur algérien a omis de stipuler une telle obligation, mais nous la déduisons de deux choses ; la première est que le législateur a évoqué cette obligation en régissant la tutelle testamentaire⁶⁷³. D'autre part, en application de la règle qui dit : «avec la disparition de la cause, le jugement disparaît », la tutelle disparaît ou prend fin avec la disparition de la cause de l'incapacité.

Dans le cas où le tuteur refuse de restituer l'argent du mineur après la fin de la tutelle, il sera responsable et il s'exposera donc à une sanction ; cette sanction que le législateur a omis aussi de stipuler.

e- La conclusion d'actes préjudiciables au mineur

Le but de la tutelle sur les biens de l'enfant, est de le protéger tout en prenant en compte ses intérêts. Le tuteur a le pouvoir de gérer l'argent du mineur et d'effectuer toutes les actions à condition qu'elles ne lui causent pas de préjudice.

Les actions purement préjudiciables, sont des actions qui aboutissent à la pauvreté d'une personne sans rien obtenir en retour comme par exemple la donation⁶⁷⁴. Donc, il est

⁶⁷² محمد صبري جندي، النيابة في التصرفات القانونية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص.230.
⁶⁷³ طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009، ص.185.
⁶⁷⁴ . عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000، ص.295.

interdit au tuteur d'effectuer une action, quelle que soit sa nature, si elle peut porter préjudice au mineur⁶⁷⁵ ; dont faire un don de l'argent de ce dernier quelle que soit la raison⁶⁷⁶.

§. 2^{ème} : Sanctions infligées au tuteur

Il est établi qu'il n'y a pas de responsabilité sans sanction. Dès que le tuteur néglige les devoirs qui lui sont imposés dans le cadre de sa représentation légale sur les biens du mineur, il devient responsable, et il est censé lui imposer une sanction. Sauf que le législateur algérien s'est contenté par le biais des articles 87, 88 et 89 du CFA de régler les dispositions de la tutelle sur les biens de l'enfant, sans pour autant prévoir des peines qui peuvent être infligées au tuteur, à l'exception de la déchéance⁶⁷⁷.

A- Sanctions appliquées par le juge au tuteur qui outrepassé son autorité

Après avoir constaté que le tuteur a manqué à ses obligations légales pendant la période d'exercice de la tutelle sur les biens du mineur, le juge peut lui infliger des sanctions civiles, dont la déchéance de la tutelle ; et dans le cas échéant, le condamner à une indemnité afin de réparer le préjudice causé à l'argent du mineur.

a- Déchéance de la tutelle

La déchéance est une sanction, et un des motifs de la cessation de l'administration du tuteur comme le prévoit l'art 91/4 CFA qui dispose que : « l'administration du tuteur cesse par sa déchéance ».

⁶⁷⁵ Quant à la charia islamique, elle a également interdit à l'unanimité les actes du tuteur préjudiciables au mineur à l'exception de la donation, pour laquelle les jurisconsultes ont des avis différents :

- Pour les hanafites et les malikites : il n'est pas du tout permis au tuteur de donner de l'argent du mineur quel que soit la valeur de la compensation. أبي عيد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، د.م.ن، 1995، ص.654.
- Pour les chafeites et les hanbalites : il est permis au tuteur de donner l'argent du mineur en échange d'une compensation, à condition que celui ne dépasse pas le prix équivalent, car la disposition du tuteur de l'argent de l'orphelin dépend de l'intérêt de ce dernier, et il y a aucun intérêt pour le mineur si la donation est en échange d'une valeur supérieure à sa valeur. شمس الدين محمد، بن الخطيب الشريني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن مناهج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997، ص.175.
- Cependant, la majorité des jurisconsultes musulmans ont autorisés le prêt, parce que ce dernier prévient la perte de l'argent du mineur. مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2009-2010، ص.151.

⁶⁷⁶ Contrairement au législateur égyptien qui permet au tuteur de faire don de l'argent du mineur pour accomplir un devoir familial et humanitaire. المادة 5 من قانون الولاية على المال المصري تنص أنه: " لا يجوز للولي التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنساني وعائلي وبإذن المحكمة" ⁶⁷⁷ بن عزيزة حنان، اشكالية تجاوز الولي حدود سلطاته على أموال القاصر في ظل قصور الجزاءات القانونية، المجلة المتوسطة للقانون والاقتصاد، 2019، ع1، ص.227.

La déchéance signifie décharger le tuteur de la gestion des biens du mineur⁶⁷⁸. Ou bien dépouiller le tuteur de ses pouvoirs de protection et de disposition sur les biens du mineur⁶⁷⁹. Cette mesure est prise par le juge qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire, qui lui permet d'intervenir et de prendre toute mesure propre à préserver et protéger les biens de l'enfant de tout préjudice⁶⁸⁰ existant ou potentiel conformément à l'art 437 du CPCA qui dispose que : «en cas de carence du tuteur, du tuteur testamentaire ou du curateur, le juge prend par ordonnance gracieuse, toutes mesures provisoires nécessaire à la protection des intérêts du mineur ».

Le législateur s'est contenté de prévoir la déchéance de la tutelle légale, sans pour autant préciser les raisons sur lesquelles le juge peut se baser pour justifier sa décision. Cependant, ce que l'on peut constater, c'est qu'il a explicitement stipulé le motif de la révocation du tuteur testamentaire dans l'art 96 alinéa 5 qui dispose que : «le mandat du tuteur testamentaire cesse par la révocation à la demande d'une personne y ayant intérêt lorsqu'il est prouvé que sa gestion met en péril les intérêts du mineur ».

Il convient également de noter que les textes juridiques qui règlementent la tutelle sont des règles à caractère impératif, et font donc partie de l'ordre public. A titre d'exemple, le tuteur ne peut pas disposer de l'argent du mineur d'une manière qui servirait ses intérêts et serait contraire aux intérêts du mineur (art 90 CFA), comme il ne peut pas s'écarter du principe de l'homme prudent (art88 CFA)...etc. Donc, le juge peut s'appuyer sur toutes raisons qui peuvent porter préjudice aux intérêts du mineur pour révoquer le tuteur légal.

Il nous reste à préciser que lorsque le tuteur, une fois révoqué, ses pouvoirs lui sont retirés, et la tutelle revient à la mère si le tuteur révoqué est le père conformément à l'art 87 CFA, ou au tuteur choisi par le père ou le grand père conformément à l'art 97 CFA.

b- La condamnation a une indemnité

L'objectif de la tutelle est de prendre soin de l'agent des mineurs, qui manquent d'expérience et de connaissances dans la vie, ce qui les empêchent de gérer leur propre argent de manière à assurer son développement⁶⁸¹. Pour protéger les intérêts de ces derniers, le législateur a accordé au tuteur des pouvoirs qui lui permettent de gérer leur argent. Mais il

⁶⁷⁸ أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على المال، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية، كلية الحقوق، البلدة، 2011، ع1، ص.101.

⁶⁷⁹ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2014، ص.69.

⁶⁸⁰ بوضياف علال، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج1، ط1، كليك للنشر، الجزائر، 2012، ص.476.

⁶⁸¹ محمود بن ابراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، المجلة الأردنية في الدراسات القانونية، المجلد6، ع1، 2010، ص.193.

peut arriver que le tuteur abuse de ces pouvoirs, ce qui entraîne la perte de tout ou une partie de l'argent du mineur, en raison de la négligence du tuteur ou son gaspillage. Tous ces comportements sont incompatibles avec la condition de fiabilité qui est censée être remplie par le tuteur⁶⁸², ce qui entraîne sa responsabilité.

Quant à la nature de la responsabilité du tuteur, qui nécessite dédommagement est une responsabilité délictuelle, puisque la tutelle sur les biens de l'enfant trouve sa source dans la loi⁶⁸³ qui établit le cadre de son exercice et son contrôle. De ce fait, l'obligation que le tuteur viole est une obligation légale. Dans son engagement envers les biens du mineur, le tuteur est tenu de se comporter en homme prudent conformément à l'art 88 CFA. Et dans ce type d'engagement il est responsable même d'une faute mineure, a fortiori d'une faute grave⁶⁸⁴.

Lorsque la responsabilité du tuteur naît, du fait de la mise en danger des intérêts du mineur, le juge accordera une indemnisation au mineur en raison de la perte de son argent ; et le tuteur paiera le prix de sa négligence et de son manquement à l'exercice de ses fonctions.

c- Sanctions proposées pour limiter les abus de pouvoir des tuteurs

Empêcher le tuteur de gérer l'argent du mineur, peut ne pas suffire à lui seul d'empêcher le représentant légal de continuer à abuser de ses pouvoirs, ce qui porte dans la plupart des cas préjudice aux intérêts du mineur. C'est pour cela, il fallait que le législateur établisse en plus des sanctions civiles comme la limitation ou la cessation de la tutelle (1), d'autres sanctions de nature pénale, comme la condamnation de tuteur à une amende et à une peine d'emprisonnement (2).

1- Limitation de la tutelle ou sa cessation

Le juge peut condamner le tuteur qui manque à l'une de ses obligations, qui lui sont imposées au titre de la tutelle, soit en limitant ses pouvoirs (a), soit en mettant fin à sa tutelle(b).

a-1 Limitation de la tutelle

On entend par limitation de la tutelle, la restriction par le juge des pouvoirs du tuteur de disposer de l'argent du mineur ou de ses pouvoirs de gestion⁶⁸⁵. Ce type de sanction même

⁶⁸² رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص.112.

⁶⁸³ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أما محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009، ص.25.

⁶⁸⁴ علي فيلال، الإلتزامات، الفعل المستحق للتعويض، ط2، موقم للنشر، الجزائر، 2010، ص.85.

⁶⁸⁵ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية.... المرجع السابق، ص.70.

s'il ne prive pas le tuteur de sa tutelle entièrement, réduit ses pouvoirs. Cependant, en se référant aux textes règlementant la tutelle dans le droit de la famille algérien, on constate l'absence de ce type de sanction. Contrairement à la loi égyptienne qui mentionne à l'art 20 de la loi sur la tutelle des biens, que le juge a le pouvoir d'imposer la peine de limitation des pouvoirs du tuteur s'il lui apparaît clairement que le tuteur a abusé des biens du mineur⁶⁸⁶.

La limite peut s'appliquer soit à une partie de l'argent, empêchant le tuteur d'entreprendre toute disposition de cet argent ; soit à certaines actions que le tuteur peut accomplir.

a-2 Arrêt de la tutelle

Si des circonstances empêchent le tuteur d'exercer ses fonctions requises par la tutelle sur les biens de l'enfant, la tutelle cessera pendant un certain temps, jusqu'à ce que la raison de l'arrêt cesse. Cette situation se produit lorsque le tuteur est absent, ou a été condamné à une peine privative de liberté, telle que l'emprisonnement⁶⁸⁷.

Il faut noter, que l'arrêt ou la cessation de la tutelle ne peut être considéré comme une sanction au sens propre du terme, car la cessation est due à l'impossibilité de gérer les affaires financières du mineur, et non à une négligence de sa part.

2- Sanctions pénales

Le législateur algérien n'a pas prévu de sanctions pénales à l'encontre du tuteur qui manque à ses devoirs et obligations, comme l'ont fait certaines législations; notamment la législation qatarienne, dont l'art 84 de la loi sur la tutelle des biens des mineurs⁶⁸⁸ qui permet de punir le tuteur légal ou testamentaire, ainsi que le curateur d'une peine d'emprisonnement n'excédant pas un an, et d'une amende d'au moins 10.000 riyals et n'excédant pas 50.000 riyals, ou l'une de ses deux sanctions. Ainsi, le législateur qatarien a été strict en tenant les tuteurs responsables pénalement, dans le cas où ils refusent de remettre l'argent du mineur, ou les papiers liés à son argent.

Le législateur égyptien a également suivi la voie du législateur qatari, avec une seule différence, à savoir que la loi qatari inclut tous les représentant légaux (tuteur légal, tuteur testamentaire, curateur), tandis que le législateur égyptien, et par le biais de l'art 88 de la loi de la tutelle sur les biens de l'enfant a exempté le tuteur légal de toute responsabilité pénale,

⁶⁸⁶ خالد عبد العظيم أحمد أبو غاية، حقوق المحضون، ط1، دار الفكر الجامعي، اسكندرية، 2013، ص.249.

⁶⁸⁷ أحمد نصر الجندي، التعليق هلى قانون الولاية... المرجع السابق، ص.70.

⁶⁸⁸ Loi n° 40 du 2014 portant la loi sur la tutelle des biens de l'enfant.

et s'est contenté de demander des comptes au tuteur testamentaire et au curateur, qui s'abstiennent dans l'intention de causer préjudice ; et dans le cas où la responsabilité de l'un d'eux est confirmée, il ou elle sera punie d'un emprisonnement d'une durée n'excédant pas 100 liras ou de l'une de ses deux peines⁶⁸⁹.

§. 3^{ème} : Rôle du juge après la fin de la représentation légale

L'art 97 du CFA dispose que : «le tuteur testamentaire dont le mandat vient à expiration doit restituer les biens qui étaient sous sa responsabilité et présenter les comptes avec les pièces justificatives à son successeur, au mineur à son émancipation ou à ses héritiers, dans un délai qui ne doit pas dépasser deux mois à compter de la date d'expiration du mandat.

Il doit également présenter une copie du dit compte de tutelle à la juridiction compétente.

En cas de décès ou de disparition du tuteur testamentaire, il appartient à ses héritiers de restituer les biens du mineur par voie judiciaire à qui de droit ».

A travers cet article, il nous paraît clairement que le tuteur testamentaire est tenu de soumettre le compte de tutelle au juge, afin qu'il puisse l'examiner et s'assurer que les informations qui y sont contenues sont exactes. Dans le cas de sa disparition ou sa mort, ses héritiers sont tenus de restituer l'argent du mineur par le biais de la justice.

A- Soumettre le compte

Conformément à l'art 97 précité, nous constatons que le législateur s'est contenté de parler uniquement du compte final que le tuteur est tenu de remettre au juge après la fin de sa mission sans mentionner le compte périodique que le tuteur doit remettre périodiquement au juge, qui permet à ce dernier de suivre les démarches effectuées par le représentant légal d'une part, et de préserver l'argent du mineur d'autre part . Comme il permet également au juge d'exercer son autorité en matière de contrôle et d'orientation.

B- Vérification des comptes

Le juge examine le compte qui lui est soumis par le représentant légal pour s'assurer que les données qui y sont contenues, y compris les dépenses, les revenus, et autres

⁶⁸⁹ أحمد نصر الجندي، الولاية على المال و اجراءات حماية ...، المرجع السابق، ص.174-175.

transactions et contrats sont exactes ; et il le fait lui-même ou par l'intermédiaire d'un juge désigné par lui à cet effet.

Mais, avant que le tribunal ne rende sa décision d'approuver ou de rejeter le compte, il évalue les documents qui lui sont soumis en désignant un ou plusieurs experts, pour examiner le compte soumis et indiquer sa validité et sa conformité avec les documents⁶⁹⁰.

C- Restitution de l'argent

La loi impose également au tuteur testamentaire, à l'issue de sa mission, de remettre les biens à son successeur, ou au mineur qui atteint l'âge de la majorité, dans un délai de deux mois ; que le tuteur peut dépasser si ce retard est justifié⁶⁹¹. Comme, il doit être joint au procès-verbal de remise une copie du compte.

En cas de décès ou de disparition du tuteur, ses héritiers doivent remettre l'argent du mineur en soumettant le compte au pouvoir judiciaire. Ils sont responsables personnellement de sa destruction ou de son gaspillage, ou de sa perte⁶⁹².

Conclusion deuxième partie :

De ce qui précède, il ressort clairement que l'objectif du législateur algérien était et est toujours de protéger le mineur, et de prendre soin de ses biens. C'est pourquoi, il a établi des mesures spécifiques tant dans le code de la famille que celui de procédure civile et administrative pour gérer les biens du mineur. Il a confié la tâche d'administration exclusivement aux personnes légalement désignées, sans pour autant leur donner le pouvoir absolu d'agir. Il a plutôt accordé un large pouvoir au juge, ainsi qu'un rôle important dans la désignation et le contrôle des représentants légaux.

Mais malgré cela, le régime de protection des mineurs laisse en pratique entrevoir de nombreuses failles et lacunes, que le législateur algérien doit y remédier. En effet, certains considèrent que le droit de la famille se caractérise par un manque quantitatif et qualitatif dans la réglementation des disputes de la tutelle⁶⁹³.

⁶⁹⁰ أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية.....، المرجع السابق، ص.151.

⁶⁹¹ أحمد نصر الجندي، المرجع نفسه، ص.195.

⁶⁹² كمال صالح البناء، الولاية عبي المال، يتضمن التعليق على مواد القانون، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982، ص.40.

⁶⁹³ جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة والقانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا وتنمية، الجزائر، 2007، ع1، ص.42.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'influence de la CIDE est importante, en garantissant le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle donne un fil conducteur et une cohérence et à une évolution des législations concernant les enfants.

Pour répondre à la question : est-ce que la protection de l'enfant par l'arsenal législatif actuel est digne des normes universelles. Nous dirons qu'elle est correcte, mais reste insuffisante pour plusieurs raisons.

Après avoir traité la question de la protection de la personne de l'enfant, pour mesurer le degré d'adéquation du droit interne à la convention internationale des droits de l'enfant, ainsi que l'impact de cette dernière sur le code de la famille algérien. Ce qui ressort en matière de filiation, c'est qu'il y a beaucoup de divergences entre les règles de la convention internationale des droits de l'enfant et les lois qui régissent la filiation, ce droit inspiré directement de la charia islamique.

Depuis l'entrée en vigueur de la CIDE, en Algérie il y a effectivement des progrès quant au respect du principe de non-discrimination dans la constitution. Mais la mise en œuvre ne traduit pas souvent l'esprit. La discrimination persiste notamment contre l'enfant illégitime, le droit algérien ne consacre aucune place à la maternité hors mariage et à tout enfant qui naîtra d'une relation adultérine, pourtant 3.000 enfants sont abandonnés chaque année.

Actuellement, le droit de l'enfant à voir reconnaître des liens juridiques avec ses parents biologique est beaucoup mieux assuré lorsque ses parents sont mariés que dans le cas contraire. Le mariage a pour but de fonder une famille. L'enfant né hors mariage n'a pas de statut juridique, ce qui est contraire à l'art 02 de la CIDE qui prohibe expressément les discriminations fondées sur le statut juridique des parents.

L'enfant adultérin ne peut bénéficier d'aucun des droits qui unissent un individu à ses parents. Le lien biologique et ses incidences que l'on retrouve habituellement dans la filiation légitime ne sont guère reconnus dans ce cas de figure, qu'il s'agisse de la succession des biens patrimoniaux de son géniteur qui n'est pas son tuteur matrimonial ou de l'obligation de celui-ci à subvenir à l'entretien de son enfant naturel : le géniteur n'a aucune obligation ni responsabilité en la matière.

C'est l'enfant et la mère qui en subissent, et l'acteur principal qui est le géniteur n'est jamais inquiet. Ce n'est pas juste, le géniteur doit savoir qu'il y a une loi qui le réprimera et le contraindra à reconnaître l'enfant né hors mariage.

Pourtant l'art 44 du CFA 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 ».

L'art 45 du même code vient renforcer ce principe en rappelant que : «la reconnaissance de la parenté en dehors de la filiation, de la paternité et de la maternité ne saurait obliger un tiers autre que l'auteur de la reconnaissance que s'il la confirme ».

Les dispositions de ces textes nous permettent de dire que l'enfant peut être reconnu à la fois par son père et sa mère. Ce sera certes un enfant naturel sans filiation légitime, sans « nasb », mais il aura tout de même le nom du père et de la mère.

Le même article qui fait référence à l'établissement de la filiation, il ne mentionne à aucun moment la condition du mariage. Ce qui est demandé aux juges, c'est de s'en tenir au texte et de l'appliquer tel qu'il est et de ne pas se référer à la tradition musulmane pour justifier leur décision de légitimer un enfant que si le mariage des parents est constaté et légal.

Ces derniers doivent bénéficier d'un milieu familial stable, dans lequel ils puissent grandir dans un climat de bonheur d'amour et de compréhension. Comment réaliser cet engagement quand même l'institution de la kafala qui est censé apporté de la gaité dans la vie des enfants abandonnés, lui arrive de mettre l'accent sur la discrimination entre l'enfant légitime et l'enfant illégitime puisque, en cas de divorce, le droit de garde revient au père kafil sans se soucier de l'intérêt de l'enfant, contrairement à un enfant légitime dont la garde revient à la mère principalement. Ou encore en cas de décès du père kafil, le droit de garde est transmis aux héritiers et non à la mère comme c'est le cas pour l'enfant légitime. Le drame est que ces mêmes héritiers peuvent s'engager à assurer la garde de l'enfant recueilli ou au contraire, ils peuvent demander au juge d'attribuer la garde à l'institution compétente en matière d'assistance ; et le juge le fera sans se soucier encore une fois de l'intérêt de l'enfant.

Bien que la mère célibataire quand elle décide de ne pas abandonner son enfant, a l'opportunité de le reconnaître et lui transmettre sa filiation ; cette reconnaissance demeure souvent insuffisante.

La question des enfants nés sou « x », héritage du système français demeure à ce jour l'un des problèmes vitaux de la société. Comment espérer, en face d'une législation qui favorise l'intérêt de la mère célibataire à celui de l'enfant en lui permettant d'accoucher

sous « x ». Il est impératif que le législateur intervienne en sanctionnant les mères célibataires au lieu de les protéger, d'incriminer toute grossesse en dehors du mariage.

Il faut noter qu'en matière d'établissement de la filiation, le législateur algérien a franchi un pas considérable, en autorisant le recours aux moyens scientifiques par le biais de l'alinéa 2 de m'art 40 CFA, qui ouvre des perspectives considérables, s'il est interprété de manière extensive par les magistrats. Ces derniers ne devront pas s'enfermer dans une interprétation stricte des textes et dans une compréhension étroite de la charia. Ce serait rendre justice à tous ces milliers d'enfants en attente d'une véritable filiation et d'un rattachement juridique à la personne qui les a conçus. Cela peut contribuer à responsabiliser cet individu, sans pour autant que l'enfant soit affilié à lui.

La CIDE, seule, ne semble donc pas de nature à inciter le législateur à prendre en charge le problème, elle ne fait qu'étayer les discours des défenseurs de l'égalité.

En matière de filiation, Il faut créer un système juridique nouveau, sans vouloir faire face à l'interdit coranique mais en cherchant à l'interpréter de façon large. Il faut écarter les traditions qui conditionnent ou limitent la protection de l'enfant.

Le comité des droits de l'homme, dans son rapport¹, n'a pas manqué dans ses remarques de relever que L'Etat algérien n'a pas pris de mesure pour reconnaître les droits économiques, sociaux et culturels des enfants, notamment ceux des enfants abandonnés, nés hors mariage et reconnus par un seul parent, le comité ajoute «que l'Etat partie n'a pas utilisé toutes ses ressources pour aider au règlement de ces cas ».

L'Algérie ne fait rien pour l'application de la CIDE qu'elle a ratifiée !!! Cette convention est pourtant claire car, son article 2 dispose que les enfants sont tous égaux sans aucune discrimination. Dans son article 3, il est précisé que «l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale pour lui assurer la protection et les soins nécessaires à son bien-être.

Malheureusement on voit bien que la réalité est tout autre, surtout pour l'enfant abandonné ou privé de famille.

Quelle différence y a-t-il donc entre un enfant de filiation connue et celui qui n'en a pas ? Aucune !! Oui aucune différence puisque la convention internationale des droits de l'enfant, dans son article 6 reconnaît que tout enfant a «un droit inhérent à la vie».

¹ Rapport alternatif aux Nations- Unies, Genève, 40^{ème} pré-session du comité des droits de l'enfant, 08 juin 2005.

Mais quel est le tort de cet enfant, si ce n'est celui d'exister ? Il n'a pas demandé à naître et à payer pour une bêtise qu'il n'a pas commise, chaque jour il paie le seul fait d'être né !

Déjà indésirable dans le ventre de sa mère, on parle du « fœtus du péché », son entrée dans la vie est son premier échec, pour cacher son identité. Enfant de la honte, enfant naturel, enfant du hasard ou carrément « batard », tels sont les qualificatifs par lesquels est désigné l'enfant abandonné, comme s'il n'était pas suffisant pour lui de payer déjà si chère sa venue au monde. On le traite de « batard », ce terme employé pour désigner des chiens de race inconnue ! vous vous imaginez : assimiler un être humain à un animal ! N'est-ce pas la pire injure que de traiter un être humain et surtout un innocent, de chien !!!

Comment voulez-vous que cet enfant, devenu adulte, puisse être équilibré et mené une vie normale ?

Né, puis abandonné, il est placé en pouponnière. S'il a la chance d'être recueilli en kafala, il sera plus ou moins sauvé, à condition que son insertion dans la famille d'adoption se fasse sans problème.

L'enfant qui n'aura pas eu cette chance, sera placé dans un foyer pour enfance assistée et à sa majorité, se retrouvera dans la rue. Tel est le tragique destin de l'enfant abandonné en Algérie : un enfant qui n'a pas sa place dans cette société, un enfant dont la vie est d'emblée vouée à l'échec.

La triste réalité de l'enfance abandonnée est très dure en Algérie. Certes, ce sujet devient de moins en moins tabou mais il reste beaucoup à faire. Un long combat est mené pour arriver à régler définitivement ce problème.

C'est un travail de synergie entre les pouvoirs publics et les associations qui pourra changer les mentalités et améliorer l'insertion de cette catégorie d'enfants, afin qu'ils obtiennent les mêmes droits qu'un enfant normal.

Le comité des droits de l'enfant dans sa quarantième session a recommandé à l'Algérie d'envisager de revoir le code de la famille de façon à garantir légale responsabilité parentale des hommes et des femmes, indépendamment de leur situation maritale, et à abolir la discrimination dont sont victimes les enfants qualifiés d' « illégitimes ».

Pour ce qui est du deuxième droit que nous avons traité, qui est le droit de garde, un droit qui est fortement rattaché à la notion protectrice qui est « l'intérêt de l'enfant », ce que nous pouvons constater, c'est que le législateur algérien a établi des règles souvent

issues de la chariaa islamique, mais contrairement aux règles qui régissent le droit à la filiation, où le rôle du juge se limite à l'applications des règles préétablies. En matière de garde, le juge joue un très grand rôle, que lui confère la notion « d'intérêt de l'enfant ».

En matière de garde, on retrouve le rôle du législateur, à travers les lois qu'il édicte, tout comme le juge par les décisions qu'il rend, et qui doit promouvoir ce concept.

Le législateur algérien, en définissant la hadana, cite quelques critères, sur lesquelles le juge peut s'appuyer pour justifier ses décisions et notamment les objectifs de cette dernière. Ainsi, Le législateur prend en compte l'affection qu'a l'enfant envers ses proches, chez qui il est né et grandit pendant l'existence du couple. Ainsi donc, l'intérêt psychologique de l'enfant devient primordial, et cela est en parfaite conformité avec la CIDE, et la modification de l'ordre de dévolution apportée par l'ordonnance 05-02 du 27/02/2005 en ait la preuve.

Aussi, la création du fonds de pension alimentaire, est un mécanisme juridique ayant pour objectif d'assurer une meilleure protection de la famille et de l'enfant spécialement.

Ainsi, le changement positif apporté par l'ordonnance du 27/02/2005, qui accorde systématiquement le droit au logement à la femme divorcée qui a la garde de ses enfants, n'est qu'une preuve supplémentaire de la conformité de ce droit aux exigences de la CIDE.

Accorder un droit de visite au parent qui n'a pas la garde de ses enfants, même si ce dernier ne le demande pas, est conforme à ce que préconise la CIDE, en ce qui concerne le maintien des relations de l'enfant avec ses deux parents.

L'Algérie, afin de protéger les enfants issus de couples mixtes, n'a pas manqué de conclure la convention franco-algérienne dans le but de favoriser la libre circulation entre les deux parents, conformément aux incitations de la CIDE.

Mais malheureusement et malgré l'objectif initial qui est de promouvoir l'intérêt de l'enfant, certains textes ou pratiques judiciaires constituent des limites à la promotion de ce dernier.

En ce qui concerne la pension alimentaire fixée pour l'enfant est dérisoire et insignifiante, et ne peut en aucun cas subvenir aux besoins les plus élémentaires de l'enfant.

Le remariage de la hadina, qui est considéré comme une cause de déchéance du droit de garde est contraire à l'intérêt de l'enfant.

L'audition de l'enfant en matière de garde, bien qu'il soit considéré comme un grand pas pour la législation algérienne, il est préférable ou nécessaire pour rester conforme à l'esprit de la CIDE de rajouter la possibilité d'auditionner l'enfant à sa demande, ou bien de rendre cette procédure obligatoire pour le juge.

Pour ce qui est du rôle du juge, et comme nous l'avons déjà dit est très important, l'avenir de l'enfant sujet de la garde est entre les mains de ce dernier. Donc, contrairement au système judiciaire algérien, qui ne prévoit pas de juges spécialistes, et que souvent ceux qui président les sections des affaires familiales au niveau des tribunaux c'est des magistrats qui débutent leur carrière, si ce n'est pas des magistrats stagiaires qui n'ont aucune expérience, et qui sont souvent de jeunes célibataires qui ne connaissent rien des problèmes familiaux. Il faut que les juges aux affaires familiales soient des juges spécialisés, bénéficiant d'une formation spécifique et de moyens adaptés et d'une certaine expérience, pour pouvoir faire face aux différents problèmes familiaux et de garantir une protection accrue aux enfants.

Pour ce qui y est de la protection du patrimoine de l'enfant, cette dernière représente un caractère accessoire par rapport à la protection de la personne de l'enfant. la majorité des conventions internationales sur les droits de l'enfant, et notamment la CIDE ne se sont pas préoccupées de la protection des biens de l'enfant de la même façon que la protection de sa personne, pour la simple raison que, la gestion des biens de l'enfant ne peut pas lui causer un traumatisme comme le ferait par exemple son abandon ou le divorce de ses parents.

La CIDE ne reconnaît pas expressément les droits patrimoniaux de l'enfant. Mais nous avons pu déduire de ses articles que le concept de l'autorité parentale, qui permet aux représentants légaux de l'enfant de gérer ses biens, est relayé par le principe de «l'intérêt supérieur de l'enfant».

Comme toute personne, l'enfant peut avoir un patrimoine émanant soit d'un héritage, qui ne bénéficie qu'aux enfants légitimes issus d'un mariage légal. Ce qui est aberrant aussi en matière d'héritage, c'est que le makfoul n'existe pas ; mieux encore, il est transmis avec les biens. Il bénéficiera si le kafil le désire d'une part de ses biens qui ne

peut pas dépasser le tiers par le biais d'un testament ou d'une donation. Donc, en matière de kafala, il est nécessaire pour le législateur de revoir cette institution et de prendre en considération l'intérêt du makfoul.

Quelles que soient les ressources des biens de l'enfant, il ne pourra pas les gérer seul à cause de son incapacité qui trouve son remède dans l'institution de la représentation légale, qui est attribuée tout d'abord au père. La mère vient en deuxième position en accomplissant les actes à caractère urgent concernant ses enfants en cas d'absence ou d'empêchement du père.

Depuis les modifications apportées au droit de la famille, il est permis à la hadina d'être en même temps tutrice de ses enfants. Bien que ces amendements soient considérés comme une avancée par rapport à la mère qui bénéficie généralement du droit de garde, mais, cela reste contradictoire avec les intentions de l'art 36 CFA qui vise à ce que les deux parents contribuent conjointement à la protection des enfants et leur éducation, ainsi qu'aux engagements internationaux de l'Algérie, notamment la CIDE et la CEDAW.

Et en plus de la tutelle légale, le mineur peut être placé sous l'administration d'un tuteur testamentaire par son père ou son grand père. A défaut des deux, le juge sera tenu de lui désigner un curateur. Le tuteur testamentaire et le curateur vont être dotés d'un pouvoir sur les biens de l'enfant, et tenus en même temps de gérer et d'administrer ses biens dans l'intérêt de ce dernier.

Pour ce faire, le législateur algérien a élaboré un dispositif juridique à travers lequel, il recherche à protéger les intérêts du mineur. Il n'a pas laissé le pouvoir du représentant légal sur les biens du mineur absolu, il l'a plutôt soumis au contrôle du juge pour certains actes considérés comme importants, et pouvant porter préjudice aux biens du mineur. Sans pour autant prévoir le sort des actes accomplis sans cette autorisation. Donc, il est préférable et pour plus de crédibilité que le législateur le fasse.

Or, dans le cas où il y a un conflit d'intérêts entre le tuteur et le mineur, le juge est, dans l'intérêt de l'enfant, tenu de désigner un administrateur ad-hoc pour gérer les biens du mineur jusqu'à la fin du conflit.

Le législateur n'a doté le juge de textes juridiques lui permettant de sanctionner le tuteur qui dépasse les limites de ses pouvoirs, à l'exception de la déchéance de la tutelle

mais sans, pour autant, préciser les raisons sur lesquelles le juge peut se baser pour justifier sa décision et la condamnation à une amende, que le tuteur paiera pour sa négligence et son manquement à l'exercice de ses fonctions. Pour plus de protection, il fallait que le législateur établisse plus de sanctions civiles comme pénales, en application de la règle qui suppose qu'il n'y a pas de responsabilité sans sanctions.

Mais malgré, les efforts déployés par le législateur pour assurer une protection adéquate, ses dispositions n'ont pas échappé à certaines lacunes et ambiguïtés. Ceci dit, il a permis au père et au grand père de désigner un tuteur testamentaire, mais ne l'a pas fait pour la mère. Ce qui est incohérent avec l'article 87 CFA qui reconnaît la tutelle pour la mère en deuxième position.

On note aussi, une contradiction entre les textes juridiques du code de la famille qui régissent la tutelle et d'autres lois, comme le droit commercial et le droit civil. En ce qui concerne le droit commercial, il a établi l'âge de l'émancipation du mineur à 18 ans après avoir obtenu l'accord du père, de la mère, ou le conseil de famille. Par contre, le code de la famille a lié l'âge de l'émancipation à l'âge de discernement, qui est de 13 ans, ce qui est dangereux et peut mettre en péril les intérêts du mineur. Car on ne peut pas imaginer une personne qui n'a que 13 ans devenir capable, et apte à disposer de ses biens convenablement. Il est donc recommandé au législateur d'unifier l'âge de l'émancipation dans toutes les lois, et qu'elle soit comprise entre 16 et 18 ans.

Quant à la contradiction qui existe entre le code de la famille et le code civil, elle concerne les actes qui oscillent entre le bénéfice et le préjudice, pour le code civil si ces derniers sont accomplis par un mineur, elles seront révocables ou considérées relativement nulles. Ainsi, le mineur a le droit d'annuler ou autoriser ces actes pour une période allant jusqu'à cinq ans à compter de sa majorité. Or, les mêmes actes sont soumis par le code de la famille à l'approbation du tuteur légal ou testamentaire. D'où, il serait préférable que le législateur modifie l'article 101 du code civil, pour le rendre cohérent avec l'art 8 du code de la famille du fait que ce dernier assure une plus grande protection au mineur, en soumettant ces actes à l'autorisation du tuteur légal ou testamentaire. Ceci va lui permettre d'acquérir une certaine expérience dans le domaine.

Au final, ce que nous pouvons dire, c'est que l'Algérie, et malgré ce que nous avons pu constater, reste l'un des pays qui veille à promouvoir l'intérêt de l'enfant, et cela

se traduit par sa législation et par sa ratification de toutes les conventions qui concernent ce petit être. Ainsi que les associations qui jouent un rôle très important dans ce domaine. Au final, nous souhaitons que dans l'avenir tous les enfants bénéficieront des mêmes droits.

ANNEXES

ANNEXE 1

La convention internationale des droits de l'enfant de 1989

ANNEXE 2

La charte africaine du bien être et des droits de l'enfant

ANNEXE 3

La convention franco-algérienne relative aux enfants issus de couples mixtes

ANNEXE 4

**Loi N°24-01 du 11/02/2024 portant mesures
particulières pour l'obtention de la pension
alimentaire**

ANNEXE 5

Jugement du 24/09/2009

ANNEXE 6

Jugement du 02/04/2019

ANNEXE 7

Jugement du 25/05/2021

ANNEXE 8

Jugement du 26/06/2018

ANNEXE 9

Arrêt de la cour suprême du 14/06/2006

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

Ouvrages généraux

A- En français

- 1- Abdelmadjid Zaalani, Mini encyclopédie de droit algérien notions fondamentales et doctrinales, ed Berti, 2006,
- 2- Albert Dauzat et autre, Dictionnaire ethymologique et historique, Paris, Larousse, 1964.
- 3- B Teysiée, Droit civil, les personnes, t4, ed8, Paris, 2003.
- 4- Claire Neirinck, Recueil, Dalloz, enfance, 31 août 1999.
- 5- Collectif AEDE, En avant pour les droits de l'enfant, ed éres, 2015, p.115.
- 6- F. Dekeuner. Defossez, Les droits de l'enfant, colloque « que sais-je », puf, 9 ed, 1991
- 7- F. Blanc, Le droit musulman, ed 2, Dalloz, connaissance du droit.
- 8- G Gornu, vocabulaire juridique, ed 12, 2018.
- 9- G Goubeaux, Manuel droit civil, LGDJ, t1, 1991.
- 10- G Marty et P Raynaud, Droit civil, les personnes, t1, 1976.
- 11- G. Benmelha, Le droit algérien de la famille, ed, O.P.U, Alger, 1993.
- 12- Gérard Cornu, droit civil, la famille, Paris, 17 ed, 1998.
- 13- Ghaouti Benmelha, le droit patrimonial algérien de la famille, OPU, 1995.
- 14- Hatem Kotrane, La protection juridique et sociale de l'enfant, Bruylant, Bruxelles, 1993.
- 15- J Carbonnier, Droit civil, t1, introduction, les personnes ed thémis, 1984.
- 16- J Carbonnier, Droit civil, t2, la famille, l'enfant, le couple, PUF, 2002.
- 17- J. Carbonnier, Droit civil, t2, la famille, les incapacités, Ed Thémis, 1980
- 18- Jean Mezeaud, Leçons de droit civil, t 1, v1, ed 12, Montchrestien, Paris, 2000.
- 19- Khalil, Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imam Malek, t2, le statut personnel, ed algériennes En Nahda Alger, 1956.
- 20- L. Millot et F. Pblanc, Introduction à l'étude du droit musulman, ed Dalloz, 2001.
- 21- Linant de Bellefonds Yvan, Des donations en droit musulman, recueil de sirey, Paris, 1935.
- 22- M Benaoua, La convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, AFDI, 1989.
- 23- Mebroukine Ali, Le statut personnel des musulmans, Bruylant, Bruxelles, 1992.
- 24- Michel Boudjemai, Guide du droit de la famille et de l'enfant, ed ASH, France, 2012.
- 25- Mohamed Amin Al Midani, La famille musulmane et la charia, actes des journées internationales d'histoire du droit, université de Strasbourg, 1996
- 26- Mohamed Amin Al Midani, La famille musulmane et la charia, actes des journées internationales d'histoire du droit, université de Strasbourg, 1996.

- 27- Patricia Buirette, Réflexions sur la convention internationale des droits de l'enfant, rev BDI, 1999, vol 23.
- 28- Phillipe Malaurie, Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs, ed 08, lextenso, Paris, 2015.
- 29- Placide Mukunahika Mabaka, le discernement de l'enfant dans les conventions internationales et en droit comparé, dans recherche familiale, 2012.
- 30- S.Frémeaux, Les notions indéterminées du droit de la famille, RRJ, 1998.
- 31- Salah Bey, Droit de la famille, droit comparé, Paris, 1997.
- 32- Shanon Neirink, The United Nations, convention on the right of the child a guid to the: « travaux préparatoires », nijhaff publishers, 1992.
- 33- Vf, M bennouna , La convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant , A.F.D.I ,1989.
- 34- Vincent Egea, Droit de la famille, lexis nexis, 2018.

B- En arabe

- 1- ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار في شرح المحلى بالإختصار، مطبعة النهضة، القاهرة، 1347، ج10، منشورات المكتبة التجارية للطباعة، بيروت، د.س.ط.
- 2- ابن القدامى أبو عبد الله، المغني، ج 9، دار الكتاب العربي، 1972.
- 3- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج4 و5، ط1، محمد عبد اللطيف، القاهرة، 1928.
- 4- ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدى خير العباد، ج4 و5، ط1، محمد عب اللطيف، القاهرة، 1928.
- 5- ابن المفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، ج5، دار عالم الكتب، الرياض، 1423هـ-2003م.
- 6- أبو الحسن بن أبي الخير بن سالم اليمني العمراني الشافعي، البيان في المذهب الشافعي، ج6، دار المناهج للطباعة و النشر، لبنان، 2000.
- 7- أبو الحسين علي محمد اللخمي، التبصرة، ج10، ط2، منشورات مركز نجيبوية للمخطوطات و خدمة التراث، القاهرة، 2012.
- 8- أبو الفرج عبد الرحمن ابن رجب، القواعد في الفقه الاسلامي، مطبعة الصدق، الخيرية، مصر، 1933، القاعدة 84.
- 9- أبو بكر الحصاص، أحكام القرآن، ج2، دار إحياء التراث العربي، لبنان، 1405هـ.
- 10- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي مع تكملة نجيب الطيعي، المجموع شرح المهذب، ج 13، دار الفكر، دمشق، د.س.ن.
- 11- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين و عندة المفتين، ج5، ط3، المكتب الإسلامي، لبنان، 1991.
- 12- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، رقم 322، 1957.
- 13- أبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ج3، ط3، دار الكتب العلمية، لبنان، 2003.
- 14- أبي عيد الله بن محمد بن عبد الرحمان المقرئ المعروف بالحطاب الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، د.م.ن، 1995.
- 15- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجنائي الخاص، ج1، دار هومه، 2003.

- 16- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطلق و آثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 17- الإمام الشافعي، الأم، ج.10، طبعة الأميرية، القاهرة، 1321.
- 18- الإمام مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ج.5، دار السعادة، القاهرة، 1232هـ.
- 19- الإمام محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط.3، دار الفكر العربي، القاهرة.
- 20- الامام محمد بن علي الشوكاني، ، نيل الأوطار، ج.7.
- 21- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، الجزائر، 2008.
- 22- باديس ديابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، د.ط، عين مليلة الجزائر، 2012.
- 23- باسم محمد ملحم و باسم حمد الطراونة، شرح القانون التجاري، الشركات التجارية، ط.1، دار المسيرة للنشر و التوزيع، الأردن، د.س.ن.
- 24- بدران أبو العنين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري و القانون، ج.1، الزواج و الطلاق، دار النهضة العربي، بيروت، 1967.
- 25- بلحاج العربي، أحكام الزوجية و أثرها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013.
- 26- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ط.3، 2004.
- 27- بن ملحمة غوتي، قانون الأسرة، فقها و اجتهادا، د.م.ج، 2005.
- 28- البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج.3، المطبعة الشرقية، القاهرة، 1319-1320هـ.
- 29- بوضياف علال، الوجيز في شرح قانون الاجراءات المدنية و الادارية، ج.1، ط.1، كليك للنشر، الجزائر، 2012.
- 30- التاج و الإكليل بهامش مواهب الجليل، 149/4.
- 31- الحديث رقم 2872، كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، أبي عبد الله بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، المجلد 4، ط.1، دار الجيل، لبنان، 1998.
- 32- حديث صحيح رواه البخاري، فتح الباري في شرح صحيح البخاري، ج.7، باب غزوة الخندق.
- 33- الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج.4، الطبع و النشر مكتبة النجاح، طرابلس، د.س.ط، ص.214، الإمام مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج.5، دار السعادة، القاهرة، 1323هـ.
- 34- الحطاب، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، ج.4، الطبع و النشر مكتبة النجاح، طرابلس، د.س.ط، مطبعة السعادة، القاهرة، 1329هـ.
- 35- رجب قزامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة و القانون، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009.
- 36- رد المختار على الدار المختار شرح تنوير الأبصار، ج.2، ط.1، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، د.س.ط، و ط.2، الطبعة الأميرية، القاهرة ، د.س.ط.
- 37- رمضان علي السيد الشرنباصي و جابر عبد الهادي سالم الشافعي، أحكام الأسرة الخاصة بالزواج و الفرقة و حقوق الأولاد في الفقه الإسلامي و القانون و القضاء، دراسة لقانون الأحوال الشخصية في مصر و لبنان، ط.01، منشورات الحلبي، بيروت، 2007.
- 38- الرملي المنوي المصري، نهاية المحتاج إلى شرح المناهج، ج.3، طبع بولاق، 1292هـ.

- 39- رواه البخاري و مسلم، عن سعد التجاني، اللآلي و الدرر في الأداب و المحاسن الغرر، مطبعة المنار، تونس، (د،ت،ط).
- 40- زياد سلامة، محمود أحمد طه محمود، الانجاب بين التجريم و المشروعية، الاسكندرية، 2003.
- 41- زين الدين الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، 171/4.
- 42- زين الدين المنحي بن عثمان بن أسعد التنوخي الحنبلي، الممنع في شرح المقنع، ج2، ط3، مكتبة الأسدي، مكة المكرمة، 2003.
- 43- السيد السابق، فقه السنة، المجلد الثاني، دار الفتح، 1985.
- 44- الشافعي، الأم، ج5، دار الشعب، القاهرة، 1968.
- 45- شمس الدين السرخسين المبسوط، ج24، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
- 46- شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمان بن أبي عمر محمد بن أحمد ابن فدامة المقدسي، المغني و يليه الشرح الكبير، ج7، دار الكتاب العربي، لبنان، د.س.ن.
- 47- شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج24، دار المعرفة، لبنان، د.س.ن.
- 48- شمس الدين محمد، بن الخطيب الشريني، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المناهج على متن مناهج الطالبين للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الشافعي، ج2، ط1، دار المعرفة، لبنان، 1997.
- 49- الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، ج6، طبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، د.س.ط.
- 50- الشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي المتوفي سنة 821 هـ - 308/3، شرح فتح القدير، ط1، المطبعة الأميرية ببولاق، مصر، 1312هـ.
- 51- الشيخ محمد الغزالي، حقوق الإنسان من تعاليم الإسلام و إعلان الأمم المتحدة، ط2، القاهرة، 1965.
- 52- طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2009.
- 53- عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية على وفق مذهب أبي حنيفة و ما عليه العمل بالمحاكم، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.
- 54- عبد الرحمان الجزيري، الفقه الإسلامي على المذاهب الأربعة، دار الكتب العلمية، مصر، ج5، 1424.
- 55- عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه في المذاهب الأربعة، ج4، كتاب النكاح، كتاب الطلاق، المكتبة التوفيقية، د.س.ط.
- 56- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، ج1، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.
- 57- عبد العزيز سعد، الجرائم المتعلقة على نظام الأسرة، الديوان الوطني للأشغال التربوية، ط2، 2002.
- 58- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط1989.
- 59- عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، مبادئ القانون، النظرية العامة للحق، دار الثقافة، د.م.ن، 2006.
- 60- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ج11، ط3، مؤسسة الرسالة، لبنان، 1997.
- 61- عثمان بن علي الزيعلي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، بولاق، 1313 هـ، ج5.
- 62- العربي بلحاج، أحكام الزوجية و أثرها في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه للطباعة و النشر و التوزيع، الجزائر، 2013.

- 63- علاء الدين ابو الحسن علي بن سليمان دمشقي المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ج5، ط1، دار إحياء التراث العربي، لبنان، د.س.ن.
- 64- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط1، دار الفكر، بيروت، 1996.
- 65- علاء الدين البخاري، كشف الأسرار على اصول البزدوي، تحقيق، عبد الله محمود محمد عمر، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، 1997، ج4.
- 66- علي علي سليمان، ضرورة إعادة النظر في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998.
- 67- فتيحة يوسف المولودة عماري، أحكام الشركات التجارية وفقا للنصوص التشريعية و المراسيم التنفيذية الحديثة، ط2، دار الغرب للنشر و التوزيع، الجزائر، 2007
- 68- فخر الدين الزيلعي، تبیین الحقائق، مطبعة بولاق، د.ط، 1315هـ.
- 69- فخري أبو صافية، طرق الاثبات في القضاء الإسلامي، شركة الشهاب، (د.ت.ط).
- 70- فريدة محمدي زاوي، المدخل للعلوم القانونية: نظرية الحق، ط.1997.
- 71- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1، في الزواج و الطلاق، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1986.
- 72- لمحلى 316/10، شرائع الإسلام 2 /340، فقه الامام جعفر الصادق 303/5.
- 73- محمد الدسوقي، حاشية، ج2، المطبعة الأزهرية، القاهرة، 1300هـ.
- 74- محمد الصبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار الهدى، الجزائر، 2012.
- 75- محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية، ط1، دار الكتاب، بيروت، 1434.
- 76- محمد بن عبد الله السبيل، فتاوى ورسائل مختارة، ط0 دار الآثار للنشر والتوزيع، القاهرة، 2008.
- 77- محمد سعيد جعفرور، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي، دار هومه للطباعة النشر و التوزيع، الجزائر، 2000.
- 78- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، دار الجامعية، مصر، 1983.
- 79- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين المذاهب السنية و المذهب الجعفري و القانون، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1983.
- 80- محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية، ج1، دار الكتاب العربي بمصر، ط 1956.
- 81- معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، ج2، ط5، دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع، المنصورة، 1990.
- 82- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج6، ط3. دار عالم للكتب، السعودية، 1997.
- 83- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج7، ط2، د.ط، دار الفكر، سوريا، 2002.

Ouvrages spéciaux

A- En français

- 1- Abderahmane hernane, La hadana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, opu, 1996.
- 2- Boucebc M, psychiatrie, société et développement en Algérie, les grossesses hors mariage et leurs conséquences, Alger : SNED 1979.
- 3- Chihab Zidanef, L'enfant né hors mariage en Algérie, ed entreprise algérienne de presse, Alger, 1992.
- 4- Claire Neirinck, L'administration légale à l'épreuve de l'autorité parentale, presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- 5- Djilali Tchouar, Droit algérien de la famille, quels principes d'égalité ??, Etudes de droit, Mélanges en hommage à Abdellah Benhamou, kounuoz ed.
- 6- F.Dekeuner.Defossez, Les droits de l'enfant, colloque « que sais-je », puf, 9 ed, 1991,
- 7- Farouk Mechri, L'adoption en droit tunisien et les pays musulmans.ed edilivre, 2018.
- 8- G Raymond, Droit de l'enfance et de l'adolescence, litec, ed 4, 2008.
- 9- Hatem Kotrane, La protection juridique et sociale de l'enfant, bruylant, Buxelles, 1993.
- 10- Isabelle Corpart, L'autorité parentale, ed ASH, 2003.
- 11- M.Porrot, l'enfant et les relations familiales, ed PUF, 1966.
- 12- Mahmoud Zani, Les droits de l'enfant, essai sur l'application de la convention de New York de 1989, ed ABM.CDIE/CICR, Tunis, 2015.
- 13- Mariel Revillard, Les droits patrimoniaux de l'enfant et les conventions internationales, P.U, 1998.
- 14- Michel Grimaldi, l'administration légale à l'épreuve de l'adolescence, l'enfant, la famille et l'argent, paris, 1991.
- 15- Mostefa Kouidri, Le statut juridique de la femme et de l'enfant en droit algérien à la lumière de la jurisprudence, edilivre, 2018.
- 16- PH Bonflis et A Gouttenoire, Droits des mineurs, Dalloz, 2008.
- 17- Vincent Egea, l'intérêt supérieur de l'enfant : menace ou chance pour le droit civil ? presse universitaire d'Aix- Marseille, 2012.

B- En arabe

- 1- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، رقم 322، 1957.
- 2- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، 2014.
- 3- أحمد نصر الجندي، الولاية على المال وإجراءات حمايته أما محكمة الأسرة، دار الكتب القانونية، مصر، 2009.
- 4- أميرة عدلي عيسى خالد، الحماية الجنائية في ظل التقنيات المستحدثة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 5- بلباهي سعيدة، حق الطفل في قانون الأسرة الجزائري، حماية حقوق الطفل تشريعاً-فقها-قضاء، دار الأيام للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2018.
- 6- باديس ذيابي، قانون الأسرة على ضوء الممارسة القضائية، دار الهدى، د.ط، عين مليلة الجزائر، 2012.
- 7- تشوار حميدو زكية، مصلحة المحضون في ضوء الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية، دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2008.
- 8- حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، 2005.
- 9- حسنين المحمدي بوادي، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي، ط1، 2005.
- 10- خالد عبد العظيم أحمد أبو غاية، حقوق المحضون، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.
- 11- الرفعي عبد السلام، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، مطابع إفريقيا الشرق، د. بلد الطبع، د.ط، 1996.
- 12- سيف رجب قرامل، النيابة عن الغير في التصرفات المالية، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2000.
- 13- صحيح البخاري 2109/5 – حديث 18-2750 . مقتبس من أسماء مندوه عبد العزيز أبو خزيمة، وسائل إثبات النسب بين القديم والمعاصر، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010.
- 14- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري و الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2013.
- 15- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ط، 1996.
- 16- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة تطبيقات في المذهب المالكي دراسة مقارنة، مطابع إفريقيا الشرق، د.م.ن.
- 17- كمال حمدي ، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية- الوصاية- الحجر- الغيبة- المساعدة القضائية)، الاختصاص و الاجراءات و القرارات، منشأة المعارف، مر، 2003
- 18- كمال حمدي، الولاية على المال الأحكام الموضوعية (الولاية- الوصاية- الحجر- الغيبة- المساعدة القضائية)، الاختصاص و الاجراءات و القرارات، منشأة المعارف، مصر، 2003.
- 19- كمال صالح البناء، الولاية على المال، يتضمن التعليق على مواد القانون، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1982.
- 20- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية دراسة في القانون المدني و قانون الولاية على المال، دار الفكر العربي ، مصر، 2014.
- 21- محمد سعيد جعفر، التصرفات الدائرة بين النفع و الضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2000.
- 22- محمد صبري جندي، النيابة في التصرفات القانونية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.

- 23- محمود بن ابراهيم الخطيب، حقوق الطفل المالية في الإسلام، |المجلة الأردنية في الدراسات القانونية- المجلد6، ع 1، 2010.
- 24- ممدوح عزمي، أحكام الحضانة بين الفقه و القضاء ، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 1997.
- 25- منتصر سعيد حمودة، حماية حقوق الطفل في القانون الدولي العام و الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، 2007.

Thèses et mémoires

A- En français

- 1- Adeline Sfeir, Le régime juridique de la filiation illégitime au Liban, thèse de doctorat, Université Panthéon Assas, Paris2, 2009.
- 2- D. Tchouar , Causes de nullité de mariage et causes de divorce en droit algérien, thèse Rennes, 1987.
- 3- Goudet Gaëlle, De l'intérêt de la famille comme institution a l'intérêt de l'enfant comme sujet, DEA de sociologie de droit, Université de Paris 2 Panthéon-Assas, juin 2003.
- 4- Isabelle Lemaire, La notion d'intérêt de l'enfant dans le droit du divorce, thèse de doctorat, faculté de droit et des sciences économiques, Lyon, 2010.
- 5- Mohammad Ali Zamiri, Le statut de l'enfant en droit iranien a la lumière de la convention internationale relative aux droits de l'enfant, thèse de doctorat, Université de Paris sud, 03/07/2000.
- 6- PESLE O, L'adoption en droit musulman, thèse de doctorat, Université d'Alger.1919.
- 7- Yamina Houhou, La kafala en droit algérien et ses effets en droit français, thèse de doctorat, Université de Pau et des pays de l'Adour, 24/01/2004.*

A- En arabe

- 1- باسم حمدي حرارة ، سلطة الولي على أموال القاصرين، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة و القانون، الجامعة الاسلامية، غزة، 2010.
- 2- بين عصمان نسرین ايناس، مصلحة الطفل في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في قانون الأسرة المقارن، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2009/2008.
- 3- جميلة موسوس، الولاية على مال القاصر في القانون الجزائري و الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق و العلوم التجارية، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2006.
- 4- حميدو زكية، مصلحة المحضون في القوانين المغاربية الأسرية، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2005/2004.
- 5- حميدو زكية، مصلحة المحضون في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، سيدي بلعباس، 1999.

- 6- زبيري بن قويدر، النسب في ظل التقدم العلمي و القانوني: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2012.
- 7- عادل بوحديش، قسمة المال الشائع في القانون المدني الجزائري، مذكرة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 14، الجزائر، 2006-2003.
- 8- عبد العزيز مقفولجي، الرشداء عديمي الأهلية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2003
- 9- علال أمال، برزوق أمال، أحكام النسب بين القانون الجزائري و القانون الفرنسي- دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2014-2015.
- 10- غربي صورية، حماية الحقوق المالية للقاصر في قانون الأسرة الجزائري، مذكرة ماجستير، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2014-2015.
- 10- ليلي جمعي، حماية الطفل، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة وهران، 2006/2005.
- 11- محمد البشير محمد الحاج الحجاز، آثار الفرقة بين الزوجين في ، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة و القانون، جامعة الأزهر، 1400هـ.
- 12- محمد بوعمره، أموال القاصر في تشريع الأسرة و الاجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2013/2012.
- 13- مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن ، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2010-2009
- 14- مراد بلعباس، استثمار أموال الأيتام دراسة فقهية مقاصدية معاصرة، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، كلية العلوم الإسلامية، قسم الشريعة، جامعة الجزائر، 2010-2009
- 15- بن عزيزة حنان، الولاية على أموال القاصر، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2019/2018.
- 16- يوسفات علي هشام، أحكام النسب في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، تلمسان، 2014-2013.

Articles

A- En français

- 1- A Benamor, L'évolution de la famille en Tunisie et la règlementation actuelle du droit de garde, R.J.P.I.C, 1967, n⁰1.
- 2- Abdelkrim Amrani, le travail des enfants en Algérie existe mais à des taux très faibles, l'expression du 17/06/2018.
- 3- AIT ZAI Nadia, La kafala en droit algérien, rev algérienne, 1993, n⁰04.
- 4- Akroun Yakout, La protection de l'enfant, rev des droits de l'enfant et la femme, n⁰ 23, octobre-décembre 2009.
- 5- Arkéo Junior, A l'école en Grèce antique, rev n0117, ed.flaton mars 2005.

- 6- Aurore Cathénie, L'assimilation de l'embryon à l'enfant ? les indices civilistes de personnification de l'embryon, CRDF, n⁰05, 2006.
- 7- Badra Mouatassam Mimoun, Les enfants privés de famille en Algérie, rev alg d'anthropologie et de sciences sociales, insaniyat, 2008, n⁰4.
- 8- Barraud Emile, La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb, droit et culture, 06/07/2010.
- 9- Boulenouar Azzoum Malika, Recueil légal (kafala) et adoptipn dans le code de famille algérien, les cahiers de l'arden, 2008, n⁰ 01.
- 10- Comité des droits de l'enfant, 2eme rapport périodique des Etats parties devant être soumis en 2002, Algérie.
- 11- Comité des droits de l'enfant, Examen des rapports présentés par les Etats partie en application de l'art 44 de la convention, rev des droits de l'enfant et la femme, avril-juin, 2006.
- 12- Daouia Dendani, Droit de filiation : adoption et kafala, rev alg de sciences juridiques économiques et politiques, 1993, n⁰ 4.
- 13- Dennouni samia, l'autorité parentale et les concepts voisins endroit comparé, les cahiers de l'arden, v 10, n0 1, 05-12-2020.
- 14- Françoise Dekeuwer- Defossez, Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille, RTD civ, 1995.
- 15- Ghania Graba, Quelques remarques à propos de la réforme du code de la nationalité, rev des droits de l'enfant et de la femme, octobre- décembre 2005, n⁰07.
- 16- H Hammadi, Les droits de l'enfant, rev champ libre, l'harmattan, 2007.
- 17- Hadjira Bencheikh Hocine Dennouni, La garde : un attribut de la maternité en droit algérien, revue internationale de droit comparé, 1986, n⁰03.
- 18- Hakim Saheb, l'égalité successorale en Algérie à l'épreuve du dogme : osons le débat, el watan, 17 mars 2018.
- 19- Houhou yamina, la wilaya parentale (autorité parentale), rev algériennes des sciences juridiques et politiques, v 57, n⁰ 1, 2020,
- 20- Jean Louis Goutal, L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose, in rev des sciences criminelles et de droit pénal comparé, 1980.
- 21- L Cassiers, La dignité de l'embryon humain, rev trimestrielle des droits de l'homme, n⁰ 45, 2003.
- 22- Lahlou-khiar Ghenima, La kafala en droit algérien : une transgression de l'intérêt supérieur de l'enfant, in varia, revue franco-maghrebine de droit, ed presses universitaires de perpignan et presses de l'université de Toulouse1 capitole 2013, n⁰ 20.

- 23- Le comité des droits de l'enfant, 4eme session, Revue des droits de l'enfant et de la femme, octobre-décembre 2005, n^o07.
- 24- M.Akkacha, les droits moraux et patrimoniaux de l'enfant après le divorce, R.A.S.J.E.P , 2000,n01.
- 25- MAWAN M, Les causes de l'interdiction de l'adoption et la kafala comme substitution en droit musulman et en droit de la famille algérien, in : revue myiiar, université des sciences islamiques, Constantine , 2004, n^o 09.
- 26- Messaoud Mentri, La convention relative aux droits de l'enfant et son application par le juge du statut personnel, revue des sciences juridiques et administratives, faculté de droit université Abou Bekr Belaid, Tlemcen, n^o3, 2005.
- 27- Messaoud Mentri, La convention relative aux droits de l'enfant et son application par le juge du statut personnel, revue des sciences juridiques et administratives, faculté de droit université Abou Bekr Belaid, Tlemcen, n03, 2005.
- 28- Mohamad Mokhtari, le statut de l'enfant dans le coran et la sunna, actes du colloque du 14 janvier 2008, Paris.
- 29- Nadia Ait Zai, kafala quel contenu, rev cidef, n^o17, juin 2008.
- 30- Nadia Ait Zai, L'enfant naturel, rev des droits de la femme et de l'enfant, n0 23, décembre 2009.
- 31- Nadia Ait Zai, L'enfant naturel, rev des droits de la femme et de l'enfant, n0 23, décembre 2009.
- 32- Nadia Ait Zai, La filiation dans le mariage et hors mariage, revue des droits de la femme et l'enfant, avril-juin 2008, n0 17.
- 33- Nadia Ait Zai, Les droits de l'enfant dans la législation algérienne et dans le code de la protection de l'enfant, rev des droits de l'enfant et de la femme, n^o 35, janvier-juin 2015.
- 34- Nadia Ait Zai, Les droits de l'enfant en Algérie, rev des droits de l'enfant et de la femme , avril -juin 2009, n021
- 35- Nadia Ait Zai, mariage des mineurs pour une raison d'intérêt ou en cas de nécessité, rev des droits de l'enfant et de la femme, n^o33, janvier-mars 2016.
- 36- Nadia Ait Zai, vers la citoyenneté, l'année du Maghreb, 2007.
- 37- Nora Adjali-Redjah, Assistante sociale, De la kafala au quotidien, revue des droits de l'enfant et la femme, juin 2010, n^o 25.
- 38- PH Sauvabe, La viabilité de l'enfant nouveau-né, RIDciv, 1976.
- 39- PH.Jestaz, pouvoir juridique et pouvoir moral, RTD.Civ, 1990, n^o04.

- 40- Pierre- Yves Verkindt, Le droit des revenus professionnels du mineur, actes des journées d'études des 13 et 14 décembre 1990 organisées par le LERADP , université de Lille, librairie générale de droit et de jurisprudence , Paris, 1991.
- 41- Ramdane Zerguine, La responsabilité pénale des mineurs dans l'ordre interne et international, rev internationale de droit pénal, vol 75, 2004.
- 42- V Edel, L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant, rev de la recherche juridique, 2009, n^o 2.
- 43- Yamina Bettahar, La construction sociale de la parenté : l'exemple de l'Algérie, l'année du Maghreb, 2007.
- 44- Yamina Rahou, Les enfants nés hors mariage en Algérie, la vulnérabilité par la négation du droit, les ouvrages du CRASC, 2008.
- 45- Younsi Haddad Nadia, La kafala en droit algérien, rev alg, 1999, n^o 4.

B- En arabe

- 1- أحمد عيسى، الاجتهاد القضائي في مجال الولاية على المال، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، كلية الحقوق، البليلة، 2011، ع1.
- 2- أحمد عيسى، الاجتهاد لقضائي في مجال الولاية على أموال القاصر ، مجلة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية ، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب ، بليلة، 2009، ع1.
- 3- بدري العوضى، التشريعات الدولية لحماية المرأة العاملة و أثرها على تشريعات العمل الخليجية، مجلة الحق، 1985، عدد2 و 3.
- 4- بن عزيزة حنان، اشكالية تجاوز الولي حدود سلطاته على أموال القاصر في ظل قصور الجزاءات القانونية، المجلة المتوسطة للقانون و الاقتصاد، 2019، ع1.
- 5- تشوار جيلالي، نسب الطفل في القوانين المغاربية للأسرة بين النقص التشريعي و التنقيحات المستحدثة، مجلة العلوم القانونية و الادارية ، كلية الحقوق، تلمسان، ع3، 2005.
- 6- جمال مهدي محمد الأعشة، مسؤولية الأب المدنية عن الأبناء القصر في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2006.
- 7- جيلالي تشوار، الولاية على القاصر في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة و القانون المدني، مجلة علوم تكنولوجيا و تنمية، الجزائر ، 2007، ع1.
- 8- جيلالي تشوار، رضا الزوجين على التلقيح الاصطناعي، مجلة العلوم القانونية و الادارية، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2006، ع04.
- 9- خيرة العرابي، التلقيح الاصطناعي و أثره في إثبات النسب، الحماية القانونية و الإجتماعية للطفل في القانون الجزائري و القانون المقارن، مخبر حقوق الطفل، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011، ع02.
- 10- رابح بن غريب، الصبي المميز بين الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي ، مجلة الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خنشلة، المجلد 9، ع1، 2002..

- 11- زكية حميدو تشوار، شروط النلقح الإصطناعي في ضوء النصوص المستحدثة في قانون الأسرة الجزائري، مجلة العلوم القانونية و الإدارية، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2006، ع04.
- 12- سامية حساين، تأرجح حماية القاصر بين قواعد القانون التجاري و قانون الأسرة الجزائري، ملتقى دولي بعنوان الأحكام المتعلقة بالأسرة بين الثوابت و المتغيرات ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، ماي 2014.
- 13- سايس جمال، الإجتهد الجزائري في مادة الأحوال الشخصية، ج1، ط1، 2013.
- 14- الشيخ جاعد الحق، علي جاعد الحق، التلقح الاصطناعي، الفتوى الإسلامية، رقم 9، مارس 1980.
- 15- شيخ نسيم، شيخ سناء، حماية أموال القاصر في القانون الجزائري، مجلة المنار للبحوث و الدراسات القانونية و السياسية، جوان 2017، ع1.
- 16- عبد الحكيم العميلي، حقوق الإنسان في الشريعة الإسلامية، مجلة السياسة الدولية، 1975، عدد39.
- 17- علاوة بوتغرار، التصرف في أموال القاصر، مجلة الموثق، الجزائر، 1998، ع3.
- 18- عمر زودة، طبيعة دور النيابة العامة في ظل أحكام المادة 3 مكرر من قانون الأسرة، م م ع، 2005، ع 02.
- 19- ماجدة محمود الزفري، المرأة و القانون، مجلة الحق، 1995، عددان 1 و2.
- 20- محمد الزحيلي، استثمار أموال القاصر في العصر الحالي، مجلة كلية الشريعة الدراسات الإسلامية، ع 25، جامعة قطر، 2005.
- 21- مودع محمد أمين، حماية أموال القاصر على ضوء تعديل قانون الأسرة، دائرة البحوث و الدراسات القانونية و السياسية، م 5، ع 01، 2021.

Textes juridiques

- 1- Constitution du 30 décembre 2020, J.O.R.A, n⁰82 du 30/12/2020
- 2- Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, ratifiée par le décret présidentiel n⁰9246 du 19 décembre 1992.
- 3- Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par le décret présidentiel du 22/01/1996.
- 4- Charte africaine des droits de l'enfant, ratifiée par le décret présidentiel n⁰03-242 du 08/07/2003.
- 4- La charte arabe des droits de l'homme, adoptée en mai 2004 à Tunis lors du 16^{ème} sommet de la ligue des Etats arabes, ratifiée par le décret présidentiel n⁰06-62 du 11/02/2006.
- 5- Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, modifiée et complétée, J.O.R.A n⁰32 du 14/5/2022.
- 6- Ordonnance n° 70/20 du 19 février 1970 portant code de l'état civil, modifiée et complétée, J.O.R.A n⁰ 24 du 24/08/2014.
- 7- Ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n0 84-11 portant .code de la famille, J.O.R.A, n⁰15 du 27/02/2005.

- 8- Ordonnance n° 70-68 du 15 décembre 1970 portant code de nationalité algérienne, .modifiée par l'ordonnance du 27/02/2005, J.O.R.A, n°15, du 27 février 2005.
- 9- Loi n° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant, J.O.R.A, n° 39, du .19/05/2015
- 10- Loi n° 14-06 du 09 août 2014 relative au service national, J.O.R.A du 10/08/2014.
- 11- Ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006, portant statut général de la fonction publique, J.O.R.A n°66, du 9 novembre 2016.
- 12- Loi organique n°16-10 du 25 août 2016 relative au régime électoral, J.O.R. A. n° 50, du 28 août 2016
- 13- Loi n° 14-08 du 09 août 2014 modifiant et complétant l'ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970 relative à l'état civil, J.O.R.A, n° 49, du 20 août 2014.
- 14- Loi n° 90-17 du 31 juillet 1990 modifiant et complétant la loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé, J.O.R.A, n°29, du 18 juillet 1990.
- 15- Décret n° 92/24 du 13/01/1992 complétant le décret n° 71/157 du 03/06/1971 portant le changement du nom.
- 16- Loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et la promotion de la santé, J.O.R.A n° 8 du 17 février 1985, modifiée par 17- La loi n° 90-17 du 31/7/1990, J.O.R.A, n° 35 du 15/8/1990, et par la loi n° 98-09 du 19/8/1998.
- 18- Décret exécutif n° 92-276 du 6/7/1992 portant code de déontologie médicale, J.O.R.A, n° .52 du 8/7/1992.
- 19- La loi marocaine n° 15-01 relative à la prise en charge par kafala d'enfants abandonnés.
- 20- La circulaire n° 3044 du 28 septembre 2008, J.O.R.A n°56, 28 septembre 2008
- 21- Ordonnance n° 76/7 du 20 février 1976, portant obligation du choix d'un nom patronymique aux personnes qui en sont dépourvus, J.O.R.A, n° 19, du 5/03 1976.
- 22- Décret n° 80-83 du mars 1980, portant création, organisation et fonctionnement du -16 foyer pour enfants assistés, J.O.R.A, n°36, du 30 mai 2010.
- 23- Décret exécutif n° 98-43 du 01 février 1998, fixant les modalités de transfert du droit au bail d'un logement à caractère social relevant du patrimoine locatif public et géré par l'office de promotion et de gestion immobilière (OPGI), J.O.R.A, n° 5, du 4/02/1998. .
- 24- Loi du 18-13 du 11 juillet 2018 portant loi de finances complémentaire pour 2018, J.O.R.A, n° 42, du 15 juillet 2018.
- 25- Loi n° 81-07 du 27 juin 1981 relative à l'apprentissage .

- 26- Ordonnance n° 70/20 du 19 février 1970 portant code de l'état civil, J.O.R.A. , n°49, du 24 août 2014..
- 27- Loi n° 24-14 du 28 décembre 2021 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant code pénal, J.O.R.A, n°99, du 29 décembre 2021.
- 28- Ordonnance n° 06-03 du 15 juillet 2006, portant statut général de la fonction publique, J.O.R.A, n° 03, du 17 janvier 2023..
- 29- Loi organique n°16-10 du 25 août 2016 relative au régime électoral, J.O.R.A. n° 50, du 28 août 2016.
- 29- Loi n° 14-08 du 13 août 2014 correspondant au 09 août 2014 modifiant et complétant l'ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970 relative à l'état civil, J.O.R.A, n° 49, du 20 août 2014
- 30- Loi n° 90-17 du 31 juillet 1990 modifiant et complétant la loi n° 85-05 du 16 février 1985 relative à la protection et à la promotion de la santé, J.O.R.A, n°46 , du 29 juillet 2018
- 31- Décret exécutif n° 92-276 du 6/7/1992 portant code de déontologie médicale, J.O.R.A, n° 52 , du 8/7/1992
- 32- Loi organique n°16-10 du 25 août 2016 relative au régime électoral, J.O.R.A. n°50, du 28 août 2016
- 33- Loi n° 24-01 du 11 février 2024, portant mesures particulières pour l'obtention de la pension alimentaire, J.O.R.A, n°10, du 11 février *2024.
- 34- Loi n° 15-12 du 15 juillet 2015 relative à la protection de l'enfant, J.O.R.A, n° 39, 19/05/2015

Sites internet

- 1- www.humaning.org.
- 2- www.algeriefocus.com.
- 3- Nahas Mahieddine, L'évolution du droit de la famille en Algérie, nouveautés et modifications apportés par la loi du 04 mai 2005 au code algérien de la famille du 9 juin 1984. www.openedition.org.
- 4- www.larousse.fr.
- 5- www.books.openedition.org.
- 6- www.chuoran.dz
- 7- Touati Khalid, La mort, www.medecinelegal.wodpresse.com
- 8- www.aly-ablara.com

- 9- Ghawthy Hadj eddine Sari Ali, des status de l'homme au statut de l'embryon humain, www.santé-maghreb.com
- 10- Maître Laurent Epailly, vers la reconnaissance de l'homicide sur le fœtus, blogavocat.fr.
- 11- Th1-databasres.icrc.org.
- 12- Mohand Djennad, Les droits de l'enfant en Algérie, université de Perpignan, DES, 2006, www.memoireonline.com.
- 13- www.alarabya.com.
- 14- [www. Liberté. Algérie](http://www.Liberté.Algérie)
- 15- Nabil Chaoui, Hausse de naissance hors mariage à Annaba, publié le 07 août 2021, [www. Jeune-indépendant](http://www.Jeune-indépendant).
- 16- Emile Barraud, Enfance illégitime et abandon, www.journal.openedition.org. Barraud Emile, La prise en charge des enfants abandonnés en Algérie, books.openedition.org
- 17- Barraud Emile, La prise en charge des enfants abandonnés en Algérie, books.openedition.org.
- 18- www.horizon.dz.
- 19- Massiva Zehraoui, Enfants nés sous X en Algérie : l'ADN pour lever les mystères, mardi 17 juillet 2018, www.algerie360.com.
- 20- www.brahimi-avocat.com.
- 21- www.aps.dz.
- 22- Yasmine Sellami, Mediapart, 2/01/2022, www.acg.org.
- 23- www.reporters.dz.
- 24- www.liberte-algerie.com.
- 25- www.legal-doctrine.com.
- 26- Emilie Barraud, kafala et succession en Algérie, www.books.openedition.org.
- 27- www.ilo.org.
- 28- www.un.org
- 29- Hausse du travail des enfants depuis vingt ans, www.france24.com.
- 30- CIDEF, plaidoyer pour une égalité du statut successoral entre homme et femme en Algérie, 2010, <https://ciddef.dz.com>.
- 31- Le travail des enfants : un taux très faible en Algérie, 10/06/2021, www.asp.dz.
- 32- Dictionnaire de l'Académie française, www.dictionnaire-academie.fr.
- 33- www.arabic.justice.dz/cult_justice.
- 34- www.ghorizon.dz
- 35- La théorie de l'éducation chez Ibn Khaldoun, journal.openedition.org

36- Jean Jacques Rousseau et l'enfance, jrousseau.net

Table des matières

Remerciements	
Dédicaces	
Introduction générale	01
Titre préliminaire : l'enfant sujet d'intérêt	10
Chapitre 1^{er} : Notions et personnalité juridique de l'enfant	10
Section 1 ^{ère} : Définition de l'enfant et reconnaissance de sa personnalité juridique.....	11
§. 1 ^{ère} : Définition de l'enfant.....	11
A- Définition étymologique et biologique de l'enfant.....	11
a- Etymologiquement.....	11
b- Du point de vue biologique.....	12
B- L'enfant au regard du droit international.....	12
a- Définition de l'enfant selon la CIDE.....	12
b- Définition de l'enfant selon la charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant.....	16
C- L'enfant en droit musulman.....	16
a- L'enfant selon la terminologie islamique.....	17
b- Détermination de l'âge de l'enfant en Islam.....	17
§. 2.- L'enfant en droit algérien.....	18
A- Vue d'ensemble.....	18
B- L'âge de la majorité civile.....	21
C- L'âge d'embauche pour jeunes travailleurs.....	21
D- L'âge du service militaire.....	23
E- L'âge de la responsabilité pénale.....	23
a- Le mineur de moins de 10 ans.....	23
b- Le mineur de 10 à 13 ans.....	23

c- Le mineur de 13 à 18 ans.....	24
F- L'âge d'admission aux fonctions publiques.....	24
G- L'âge du mariage.....	24
H- L'âge de la participation à la vie politique.....	25
Section 2 ^{ème} : L'attribution de la personnalité juridique.....	26
§. 1 ^{ère} Commencement et fin de la personnalité juridique.....	27
A- Le début de la personnalité juridique.....	27
a- La condition de la naissance d'un enfant vivant et viable.....	27
b- Définition de la naissance vivante.....	27
B- Dispositions relatives aux naissances.....	29
§. 2 ^{ème} : La perte de la personnalité juridique.....	30
A- L'enfant mort-né.....	30
B- La perte de la personnalité juridique par la mort.....	31
a- L'hypothèse de la mort certaine.....	31
b- L'hypothèse de doute sur la mort.....	32
§. 3 ^{ème} Le statut juridique de l'enfant conçu.....	33
A- Définition de l'enfant conçu.....	34
B- Reconnaissance rétroactive de la personnalité juridique de l'enfant conçu.....	35
a- En matière civile.....	35
b- La protection pénale de l'enfant conçu en droit algérien.....	37
Section 2 ^{ème} : La condition juridique de l'enfant.....	42
§. 1 ^{ère} : Définition de l'incapacité.....	42
§.2 ^{ème} : Les différentes catégories de mineur.....	43
A- Le mineur non émancipé.....	43
B- Le mineur dépourvu de discernement.....	44

C- Le mineur pourvu de discernement.....	45
D- Le mineur émancipé.....	45
Chapitre 2^{ème} : L'intérêt supérieur de l'enfant	46
Section 1 ^{ère} : Détermination de la notion d'intérêt de l'enfant.....	47
§.1 ^{ère} : Les critères de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	48
A- La signification terminologique de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	48
B- Les critères établis par la CIDE.....	48
a- La philosophie de l'outil.....	49
b- La nature de l'outil.....	49
1- L'intérêt de l'enfant est un critère décisionnel.....	49
2-L'intérêt de l'enfant est un principe conventionnel d'ordre international.....	50
§.2 ^{ème} : Eléments de définition de l'intérêt supérieur de l'enfant.....	51
Section 2 ^{ème} : L'applicabilité directe de la convention devant les juridictions internes.....	52
Première partie : l'intérêt de l'enfant au regard de la protection de sa personne.....	56
Titre 1^{er} : Le droit à la filiation entre l'idéal conventionnel et la réalité algérienne.....	56
Chapitre 1^{er} : La filiation de l'enfant légitime.....	60
Section 1 ^{ère} : L'établissement de la filiation par le mariage.....	61
§. 1 ^{ère} : La présomption de paternité du mari.....	62
A.- L'existence d'un mariage.....	62
a- Le mariage valide.....	62
b- Le mariage nul et le mariage vicié.....	64
c- Filiation à l'issue d'une cohabitation par erreur.....	65
B- Les conditions liées au mariage.....	67
a- L'existence d'un rapport découlant du mariage.....	67
b- La durée de grossesse.....	67

§. 2.- : La procréation par insémination artificielle.....	70
A-Le mariage légal.....	71
B - L'insémination doit se faire avec le consentement des deux époux et de leur vivant.....	71
a- Le consentement des époux.....	71
b- De leur vivant.....	72
C - Il doit être recours aux spermatozoïdes de l'époux et à l'ovule de l'épouse ; à l'exclusion de toute autre personne.....	73
D- Interdiction de recourir à la mère porteuse.....	73
Section 2 ^{ème} : Le droit de l'enfant de préserver sa filiation.....	76
§. 1 ^{ère} : Conditions d'exercice de l'action en désaveu de paternité.....	77
§. 2 ^{ème} : Conséquences du désaveu de paternité.....	78
§. 3 ^{ème} : La renonciation au serment d'anathème.....	79
Section 3 ^{ème} : Le droit de l'enfant de rechercher sa filiation.....	80
§. 1 ^{ère} : Le vide juridique.....	80
§. 2 ^{ème} : Les moyens juridiques de preuve de la filiation.....	81
A- La reconnaissance de paternité.....	82
a- L'aveu de paternité.....	82
b- L'aveu de maternité.....	83
c- La reconnaissance de parenté en dehors de la filiation de la paternité et de la maternité.....	84
B- La preuve.....	85
a- Exposé du problème.....	85
b- Témoignage en matière de filiation	86
C- Recours aux moyens scientifiques pour établir une filiation.....	86
Section 4 ^{ème} : La protection judiciaire du droit de la filiation.....	90
§. 1 ^{ère} : Les actions civiles.....	90

A- Les actions aux fins de reconnaissance de filiation.....	90
a- L'action de reconnaissance de maternité.....	90
b- L'action de reconnaissance de paternité.....	91
1- L'existence d'un mariage.....	91
2- La consommation du mariage.....	91
3- La naissance de l'enfant dans les délais prévus par la loi.....	92
B - L'action de désaveu de paternité.....	92
§. 2 ^{ème} : Les actions pénales.....	33
A- La non déclaration de la naissance de l'enfant et la non remise d'un nouveau- né trouvé.....	93
a- La non déclaration de la naissance d'un enfant.....	93
b- La non remise d'un nouveau-né trouvé.....	94
B- Crimes et délits tendant à empêcher l'identification de l'enfant.....	94
a- Dissimulation de la filiation d'un enfant vivant.....	95
b- La non remise du corps d'un enfant mort-né.....	95
c- La falsification de la filiation (l'adoption)	95
Chapitre 2^{ème} : l'enfant illégitime.....	97
Section 1 ^{ère} : Enfants considérés comme illégitime.....	99
§.- 1 ^{ère} : La reconnaissance de maternité.....	99
§. 2 ^{ème} : Enfants nés sous X.....	100
1- La déclaration du nouveau-né.....	102
2- L'abandon de l'enfant.....	102
§. 3 ^{ème} : Enfants trouvés.....	103
Section 2 ^{ème} : Condition juridique des enfants illégitimes.....	104
§.1 ^{ère} : La prise en charge par l'Etat.....	104
§.- 2 ^{ème} : Filiation de substitution.....	105

A- Prohibition de l'adoption.....	106
B- La kafala (le recueil légal)	108
a- Conditions de fond de formation de l'acte de kafala.....	109
1 - Le titulaire de la kafala.....	110
2 - L'enfant recueilli.....	111
b - Conditions de forme de l'établissement de la kafala.....	112
1 - Constitution du dossier de la kafala.....	112
2 - L'établissement de l'acte du recueil légal.....	113
c - Effets juridiques de la kafala.....	113
1 - Exécution de la décision de kafala.....	113
2 - Concordance des noms entre le kafil et le makfoul.....	114
3 - Fin de la kafala.....	115
§. 3 ^{ème} : Nationalité des enfants illégitimes.....	119
Titre 2 : l'ambivalence de la notion protectrice «l'intérêt supérieur "en matière de droit de garde.....	123
Chapitre 1^{er} : le droit de garde (la hadana) et les incidents liés à son exercice.....	125
Section 1 ^{ère} : Notion et éléments du droit à la hadana.....	126
§. 1 ^{ère} : Définition de la hadana.....	126
§.- 2 ^{ème} : Les éléments de la hadana.....	127
A- La scolarisation.....	127
B- L'éducation de l'enfant dans la religion de son père.....	127
C- La sauvegarde de la santé physique et morale de l'enfant.....	128
D- L'aptitude du titulaire du droit de garde à en assurer la charge.....	128
Section 2 ^{ème} : Nature juridique et conditions de la hadana.....	129

§. 1 ^{ère} : Nature juridique de la hadana.....	129
§. 2 ^{ème} : Les conditions de la dévolution de la hadana.....	133
A - Adulte.....	133
B - La santé.....	134
a- Sain d'esprit.....	134
b- La santé physique.....	136
C- La moralité.....	137
D- La religion.....	138
E- La qualité du lieu de la garde.....	140
Chapitre 2^{ème} : Effets de la hadana.....	140
Section 1 ^{ère} : le droit d'entretien.....	141
§. 1 ^{ère} : La pension alimentaire.....	141
A- L'évaluation de la pension alimentaire.....	143
B- Le fonds de pension alimentaire.....	144
§. 2 ^{ème} : Le droit à un logement.....	146
§. 3 ^{ème} : Le salaire de la hadina.....	148
§. 4 ^{ème} : Le droit de visite.....	148
Section 2 ^{ème} : La fin de la hadana et les incidents inhérents à cette dernière.....	151
§. 1 ^{ère} : La fin de la hadana par sa mise à terme.....	151
§. 2 ^{ème} : Les incidents inhérents à l'exercice de la garde.....	153
A- La déchéance du droit de garde.....	153
a- Changement du statut matrimonial et renonciation.....	153
1- Changement du statut matrimonial.....	153
2-Renonciation au droit de garde.....	158
b- L'immoralité de la hadina et son influence sur l'enfant.....	159

1- L'immoralité de la hadana.....	159
2- L'influence fâcheuse sur l'enfant.....	161
c- La non réclamation du droit de garde et l'éloignement de l'enfant.....	162
1- La non réclamation du droit de garde.....	162
2- L'installation de la mère à l'étranger.....	163
B- Les obstacles à l'exercice de la hadana.....	164
a- L'inaptitude physique et mentale.....	164
b- l'exercice d'une activité professionnelle.....	165
c- L'éloignement des domiciles des partis.....	166
Section 3 ^{ème} : Le rôle du juge en matière de hadana.....	168
§. 1 ^{ère} : Les actions en justice en matière de hadana.....	169
A.- Les actions civiles.....	169
a- Action d'attribution du droit de garde.....	169
1 - Dans le cas d'un divorce.....	169
2 - Dans le cas de la mort ou d'une disparition.....	170
b - Action de réclamation du droit de visite.....	170
c- Action de prolongement du droit de garde.....	171
d - Action pour la déchéance du droit de garde.....	171
B- Les actions pénales.....	172
a- Le délit de non-représentation d'enfants.....	172
b- Délit d'enlèvement d'un mineur de son gardien.....	174
c- Délit de non-exécution du droit de visite.....	175
d- Délit de non-paiement de pension alimentaire (l'abandon pécuniaire)	176
§. 2 ^{ème} : Enfants de couples mixtes séparés.....	177

A- La convention franco-algérienne en réponse aux litiges relatifs aux enfants issus de couples franco-algériens séparés.	178
B- Litiges relatifs aux enfants issus de couples mixtes séparés et absence de convention	181
§. 3 ^{ème} : les différents moyens utilisés par le juge.....	182
A- Droit à l’audition et à l’instruction.....	182
a- L’audition des partis du litige.....	182
1- L’audition de l’enfant en justice.....	182
2- L’audition des membres de la famille.....	184
b- La constatation et la visite des lieux.....	184
c- Le recours aux experts.....	185
B- Le rôle du ministère public.....	185
Conclusion de la première partie.....	190
Deuxième partie : l’autonomie patrimoniale de l’enfant.....	191
Titre 1^{er} : les ressources du patrimoine de l’enfant.....	193
Chapitre 1^{er} : La succession des enfants.....	193
Section 1 ^{ère} : Les enfants bénéficiant du droit d’héritage	193
§. 1 ^{ère} : La discrimination successorale issue de la filiation de l’enfant.....	194
A- L’enfant makfoul et la succession.....	194
B- Les dispositions conservatoires.....	196
a- Le legs.....	196
b- La donation.....	196
§. 2 ^{ème} : Les principes fondamentaux de la succession des enfants légitimes.....	198
A- L’enfant conçu et son droit à l’héritage.....	199
B- Le principe du double.....	200
C- Le legs obligatoire.....	201

Chapitre 2^{ème} : L'accès du mineur au monde du travail	204
Section 1 ^{ère} : Sur le plan international.....	204
§. 1 ^{ère} : L'âge d'embauche.....	204
§. 2 ^{ème} : L'abolition des pires formes de travail des enfants.....	205
Section 2 ^{ème} : Sur le plan interne.....	207
§. 1 ^{ère} : L'âge minimum.....	207
A- Les conditions établies par la loi.....	207
a- Protection de l'enfant.....	207
b- L'apprentissage de l'enfant.....	208
B- Reconnaissance d'une pré- majorité.....	209
§. 2 ^{ème} : Les revenus du travail des mineurs.....	210
§. 3 ^{ème} : Le mineur commerçant.....	210
Titre 2^{ème} : La protection des biens de l'enfant	212
Chapitre1^{er} : L'organisation de la représentation légale	214
Section 1 ^{ère} : La tutelle : mesure de protection du mineur.....	214
§. 1 ^{ère} : Nature de la tutelle.....	214
A-La tutelle institution de droit privé.....	214
B-La tutelle institution de droit public.....	215
§. 2 ^{ème} : Les différentes tutelles	215
A-La tutelle légale.....	216
a- Les conditions du tuteur.....	216
1- Majeur et saint d'esprit.....	216
2- Musulman.....	217
3- Intègre.....	217
b- L'ordre des tuteurs en droit algérien.....	217

1- Le père.....	218
2- La mère.....	218
3- Le grand père.....	220
c- Les caractéristiques de la tutelle.....	221
1- La tutelle est personnelle.....	221
2- La tutelle est obligatoire.....	221
3- La tutelle est gratuite.....	222
d- Cessation de la tutelle.....	222
1- Les motifs liés à la personne du mineur.....	222
a-1 Le décès de l'enfant ou la perte de son argent	222
a-2 L'âge de la majorité.....	223
a-3 L'émancipation du mineur.....	225
2- Les motifs liés au tuteur.....	228
a-2 L'incapacité.....	228
b-2 Le décès.....	229
c-2 L'interdiction.....	229
d-2 La déchéance.....	230
B- La tutelle testamentaire.....	231
a- Qui peut être tuteur testamentaire.....	231
b- La désignation du tuteur testamentaire.....	232
c- Fin de la tutelle testamentaire.....	232
1- Les raisons liées au mineur.....	233
2- Les raisons liées au tuteur.....	233
C- La curatelle.....	235
Section 2ème : La prise en charge du mineur par son tuteur.....	236

§. 1 ^{ère} : La protection de la personne du mineur	236
§. 2 ^{ème} : Les droits et les obligations du tuteur légal sur les biens de son enfant.....	237
A-Le droit de jouissance légale.....	237
B- L'administration légale.....	239
Chapitre 2^{ème} : La protection des droits patrimoniaux de l'enfant.....	240
Section 1 ^{ère} : Les pouvoirs du tuteur.....	240
§. 1 ^{ère} : L'administration légale pure et simple.....	240
A- Actes de conservation et d'entretien.....	240
B-Actes de gestion.....	241
C-Les actes accomplis par un mineur doué de discernement.....	244
a- Les actes du mineur en âge de discernement selon la charia et le droit de la famille.....	245
1- Les actions qui lui sont purement bénéfiques.....	245
2- Les actions qui lui sont purement préjudiciables.....	245
3- L'incertitude entre le profit et le préjudice.....	245
b- Les actes du mineur en âge de discernement selon le code civil.....	246
c- La contradiction entre le code civil et le code de la famille.....	247
§. 2 ^{ème} : L'administration légale sous contrôle judiciaire.....	249
A- Vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction.....	249
a- La vente d'immeuble.....	250
b- Le partage d'un immeuble	255
c- Hypothèque d'immeuble.....	257
d- La transaction.....	258
B-Vente de biens meubles d'importance particulière.....	258
C-Engagement des capitaux du mineur par prêt, emprunt ou action en participation.....	259
a- Engagement des capitaux du mineur par prêt ou emprunt.....	259

b- Action par participation dans une société.....	260
1- Société à responsabilité limitée.....	261
2- La société en commandite par actions.....	262
D-Location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure à trois années ou dépassant sa majorité d'une année.....	263
Section 2 ^{ème} : Protection judiciaire des biens de l'enfant.....	264
§. 1 ^{ère} : Quelques dépassements du tuteur.....	264
A- Violation du tuteur aux obligations énoncées à l'art 88 CFA.....	264
a- Négligence de l'intérêt du mineur par le tuteur.....	265
b- Négligence de l'autorisation du juge par le tuteur.....	265
c- Manquement du tuteur à d'autres obligations.....	266
d- Le refus de restituer l'argent du mineur après la fin de la tutelle.....	266
e- La conclusion d'actes préjudiciables au mineur.....	267
§. 2 ^{ème} : Sanctions infligées au tuteur	267
A- Sanctions appliquées par le juge au tuteur qui outre passe son autorité.....	268
a- Déchéance de la tutelle.....	268
b- La condamnation a une indemnité.....	269
c- Sanctions proposées pour limiter les abus de pouvoir des tuteurs.....	270
1- Limitation de la tutelle ou sa cessation	270
a-1 Limitation de la tutelle.....	270
a-2 Arrêt de la tutelle.....	270
1- Sanctions pénales.....	271
§. 3 ^{ème} : Rôle du juge après la fin de la représentation légale.....	271
A- Soumettre le compte.....	272
B- Vérification des comptes.....	272

C- Restitution de l'argent.....	272
Conclusion deuxième partie.....	273
CONCLUSION GENERALE	274
ANNEXES	
REREFRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	

Résumé

Traiter le statut juridique de l'enfant en droit algérien, nécessite l'analyse des droits personnels et patrimoniaux de l'enfant selon l'arsenal juridique, composé de lois internes, ainsi que des conventions internationales auxquelles l'Algérie est partie. Notamment la convention des droits de l'enfant de 1989, qui doit en principe servir de référent tant au législateur, qu'aux juges internes, et de mesurer le degré d'adéquation entre les deux.

Mots clés : enfant, filiation, droit de garde, tutelle, curatelle, intérêt.

Abstract

To address the legal status of the child in Algerian law, it is necessary to analyse the child's personal and property rights according to the legal arsenal composed of internal laws, as well as international conventions to which Algeria is a party. This includes the convention on the rights of the child from 1989, which should in principle serve as a reference for both the legislator and internal judges, and to measure the degree of adequacy between the two.

Keywords : children, filiation, custody rights, guardianship, curatorship, interest.

ملخص

دراسة المركز القانوني للطفل في القانون الجزائري يتطلب دراسة الحقوق الشخصية والمالية للطفل وفقا لترسانة القانونية المكونة من القوانين الداخلية وكذا الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليه الجزائر، ولا سيما اتفاقية حقوق الطفل لسنة 1989، التي من المفروض أنها تعتبر بمثابة مرجع للمشرع والقضاء. ومعرفة درجة التوافق بين الإثنين.

الكلمات المفتاحية: الطفل، النسب، الحضانة، الولاية، الوصاية، القوامة، المصلحة.