

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes .

Yamina HOUHOU
Professeur à la faculté de droit
Université d'Alger

De toutes les doctrines du droit de la famille, l'adoption plénière qui crée un lien de filiation comparable à celle du sang entre l'adoptant et l'adopté malgré le fait qu'il n'existait aucun lien biologique entre les personnes est celle que les juristes musulmans ont le plus évitée. Cette carence doctrinale s'explique par l'interdiction de l'adoption par la religion musulmane mais qu'en réalité n'est pas respectée.

Il faut cependant préciser qu'avant 1976, l'adoption plénière en Algérie était autorisée. Profitant des lois françaises qui n'avaient pas été abrogées par le législateur algérien puisque reconduites par la loi du 31 décembre 1962¹, et particulièrement le décret du 6 mars 1907 qui permettait l'application en Algérie la loi du 27 juin 1904², et qui organisait en France l'assistance aux enfants en détresse, beaucoup de familles algériennes ont adopté des enfants abandonnés.

La pratique de l'adoption en Algérie demeure jusqu'en 1966 quand une circulaire administrative est adressée aux mairies pour ordonner l'application du droit musulman, en l'occurrence l'interdiction de l'adoption plénière. Intervient

¹ JORA 1963, p 18. Pour éviter un vide juridique, l'Etat algérien avait reconduit la législation en vigueur sauf dans ces dispositions qui touchent à la souveraineté .

² Emilie BARRAUD, Actualités du droit musulman, (genre ,filiation, et bioéthique) Droit et Cultures ,Revue Internationale Interdisciplinaire ,d'Harmattan, 59/ 2010.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

ensuite l'ordonnance n° 76-79 du 23 octobre 1976 portant code de la santé publique³. Aux termes de son article 68 l'adoption n'était plus possible. La même ordonnance avait simplement prévu le procédé de kafala comme institution juridique de prise en charge de l'enfant abandonné. Ce code avait également introduit un chapitre relatif à la protection des mères célibataires et de l'enfant abandonné à travers la réalisation de maisons maternelles.

Compte tenu de l'interdiction coranique de l'adoption, logiquement on pourrait penser qu'elle a cessé d'être pratiquée, or la réalité montre le contraire car quelle que soit l'indigence des textes qui la concernent, il n'en est pas moins vrai que l'adoption est restée une pratique ancrée dans la société algérienne. En excipant les moyens juridiques en place ;

En effet dans , il existe dans le système juridique algérien un ensemble de moyens d'actions à disposition pour créer un lien de filiation qui contourne l'interdiction de l'adoption , ce qui permet à nombre de familles aujourd'hui encore de recourir à ces moyens juridiques de manière frauduleuse par substitution à l'adoption plénière créant ainsi une contradiction entre le droit et la réalité⁴.

Toutefois, de 1966 jusqu'à l'apparition du code de la famille de 1984, les contrats de placement des enfants abandonnés stipulaient encore la mention : « placé en vue d'adoption ». Le Code de la famille de 1984 a confirmé l'interdiction de l'adoption, malgré la recrudescence des abandons d'enfants notamment les enfants sans filiation.

³ Loi n°85-05 du 16 février 1985, relative à la promotion et à la protection de la santé.

⁴ La pratique de l'adoption dans la société algérienne contournant l'interdiction par les moyens juridiques en place est admise par la société elle ne soulève par trop de questions par les médias.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

Actuellement , et ce malgré la confirmation de l'interdiction et la mise en place de la kafala par le code de la famille , l'adoption de type plénière continue à être largement pratiquée en Algérie. Il faut dire qu' elle constitue un besoin social nécessaire notamment pour les enfants sans filiations et également pour les couples et personnes stériles . Cette survivance ne se fait pas sans difficulté ; De nos jours une bonne partie de théologiens rigoristes demandent l'application pure et dure de l'abrogation de toute forme d'adoption y compris la kafala . Mais une autre partie de juristes sages mieux informés des besoins sociaux sont prêts à la faire concilier avec la loi coranique .

Cependant , lors de l'élaboration du code de la famille de 1984, ⁵ Le législateur algérien n'a pas tenu compte de l'avis de l'ensemble des spécialistes dans ce domaine, ni d'ailleurs des attentes de la société algérienne, et particulièrement les attentes du mouvement associatif revendicatif féminin, et encore moins de l'ampleur de ce phénomène social et de la réalité de la pratique de l'adoption dans la société algérienne. Mais, il convient de dire que dans les rapports de force entre les forces politiques réformistes et les forces islamistes traditionalistes présentes en Algérie, ces dernières ont toujours imposé leur avis, car pour eux il était impossible de passer outre l'interdiction coranique. Le code de la famille algérien de 1984 reflète leur volonté de s'inscrire dans une démarche

⁵ Bien que le législateur algérien se soit inspiré indirectement (puisqu'il s'inspire directement du code civil égyptien) du code civil français, il n'a pas eu la volonté d'inclure le droit de la famille dans le code civil, il nous renvoie aux dispositions de la charia (article 222 Code de la famille). D'une part, en termes de politique législative, le législateur algérien a choisi de traiter séparément du droit civil et du droit du statut personnel. Ce faisant il a entériné la politique législative du colonisateur, ce qui est un comble. D'autre part, en adoptant cette méthode, il s'est réservé la possibilité d'avoir un droit « civil » moderniste » et un droit de la famille shari'iste comme le confirme l'article 222 du code de la famille.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

traditionnelle, puisqu'il consacre sur ce point purement et si simplement la règle d'origine religieuse.

- **Enfant né hors mariage**

Il serait naïf de croire qu'en Algérie comme dans tout autre pays au demeurant, les relations sexuelles sont limitées au mariage. Il en est de même pour les naissances d'enfants hors mariage qui ont toujours existé et existeront toujours⁶.

Dans la société algérienne, plusieurs termes sont utilisés pour désigner l'enfant né hors mariage autrement appelé enfant « illégitime »⁷. C'est pour cette raison que nous semble utile de donner un aperçu sur ces différentes appellations, car elles reflètent parfaitement la vision négative que porte la société algérienne sur ce fait.⁸ Le terme illégitime évoque la naissance

⁶ Mahfoud BOUCEBCI écrivait : « chaque société secrète des mécanismes régulateurs, en fonction de ses normes, son histoire et son ouverture ». Mahfoud BOUCEBCI ,Psychiatrie société et développement en Algérie, Les grossesses hors mariage et leurs conséquences , éd SNED , 1979, p140.

⁷ Le ministère de l'Emploi et de la Solidarité nationale donne le chiffre de 3 000 par an le nombre d'enfants abandonnés à la naissance, un chiffre demeuré étonnamment stable depuis plusieurs années. Actuellement en Algérie, les naissances d'enfants illégitimes avoisineraient les 5 000 à l'échelle du pays (sur 800 000 naissances annuelles). L'ensemble des enfants abandonnés ne passe pas systématiquement par le circuit officiel. En effet tout laisse à penser, notamment du fait du recul constaté de l'âge du mariage et du fait du phénomène global de paupérisation que le « chiffre noir », englobant notamment les arrangements officieux entre un couple et une fille mère (supposition d'enfant, fraude à l'état civil), est considérable. Il résulte d'un dossier consacré aux enfants nés sous x paru dans le journal Liberté du 25/07/2011 que certains affirment que le chiffre est encore plus élevé.

⁸ Les termes utilisés et très répandus dans le langage populaire sont "lakit" (terme arabe) "keboul" ou "ferkh" en (terme) dialectal algérien (enfant abandonné); puis, enfant trouvé, majhoul nasab mais également l'enfant naturel. L'enfant abandonné par délaissement ou remise légale devient le pupille de l'Etat et fait l'objet d'une immatriculation par arrêté du wali (préfet). Ce qui a pour principal effet , la perte de

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

d'un enfant hors mariage, et aux yeux de la société musulmane, une telle naissance en violation de la loi, menace ses valeurs familiales et religieuses⁹.

Toutefois, le langage populaire algérien l'adopte pour désigner tous les enfants né d'une relation adultérine sans exception. Mais ce terme, que nous réfutons, arbitrairement, traduit la volonté inconsciente de dénigrer l'enfant « illégitime » considéré comme un intrus. C'est la preuve incontestable qu'une partie importante de la société algérienne reste profondément marquée par les mentalités ancestrales et rétrogrades. Dans les temps anciens, il était en effet, inconcevable que l'enfant illégitime restât avec ses parents. Il devait être exclu de la tribu d'origine pour maintenir l'ordre social et, par là même préserver son prétendu honneur.

Néanmoins, il est nécessaire de dire que le droit de la famille algérien ne donne aucun qualificatif pour désigner l'enfant né hors mariage, autrement appelé assez curieusement dans certains systèmes juridiques enfant naturel. Il passe tout simplement sous silence cette situation réelle. Un tel enfant n'a donc pas un statut inférieur. Bien au contraire le code de la nationalité algérienne met en égalité tous les enfants, et il ne fait aucune distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. Aux termes de son article 6 : "est de nationalité algérienne par la filiation a) - l'enfant né d'un père algérien. a) - l'enfant né d'une mère algérienne et d'un père inconnu."¹⁰

l'autorité parentale. L'Etat prend la place des parents ,ensuite l'enfant abandonné pourra faire l'objet d'une demande de kafala.

⁹ La religion ne semble pas avoir un grand effet sur la société algérienne puisque le nombre d'enfant nés hors mariage est en net augmentation chaque année.

¹⁰Op.cit Ali BENCHENEB , les mélanges en l'honneur de Mohand. ISSAD, sous le titre « Le droit de la nationalité algérienne : un essai de décryptage de l'outil politique

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

L'article 7 du même code attribue la nationalité par la naissance et dispose ce qui suit : « Est de nationalité algérienne par la naissance en Algérie :

1°) L'enfant né en Algérie de parents inconnus. 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 légalement établie à l'égard d'un étranger ou d'une étrangère et s'il a, conformément à la loi nationale de cet étranger ou de cette étrangère, la nationalité de celui-ci. L'enfant nouveau-né trouvé en Algérie est présumé, jusqu'à preuve du contraire, né en Algérie. 2°) L'enfant né en Algérie de père inconnu et d'une mère dont seul le nom figure sur son acte de naissance, sans autre mention pouvant prouver la nationalité de celle-ci ».

L'enfance illégitime est un thème tabou au sein de la société algérienne au même titre que d'autres thèmes sensibles¹¹, pour des raisons d'ordre religieux et politique mais également par hypocrisie sociale. Ainsi le droit algérien ne définit pas directement l'enfant abandonné contrairement au droit marocain .L'article 1er de la loi marocaine n°15-01 relative à la prise en charge (la kafala) dispose que : « Est considéré comme enfant

p 51. Voir également le commentaire de Mohand ISSAD sur l'ancien code de nationalité , Droit international privé, tome 1 "les règles de conflit, 1980 O.P.U, Alger, p. 252. L'ordonnance n° 05-01 du 27 février 2005 modifiant et complétant l'ordonnance n° 70-86 du 15 décembre 1970 portant code de la nationalité algérienne. Ainsi selon cette loi la nationalité algérienne peut être octroyée à l'étranger de mère algérienne et de père étranger ou inconnu, avant ou après leur majorité, ainsi qu'à tout étrangère ou étranger marié à un algérien ou une algérienne. Des allègements dans les conditions de la preuve de la nationalité Ces nouvelles dispositions révolutionnent un peu le code de nationalité algérienne où prédominera désormais le droit du sol pour les enfants trouvés ou enfant dont le père est inconnu, alors que jusque-là, c'était le droit du sang qui déterminait l'appartenance d'un individu à la collectivité nationale, rendant la nationalité algérienne quasi interdite à toute personne étrangère désirant vivre en Algérie.

¹¹ Plusieurs sujets sensibles restent à nos jours des sujets tabou, tel que l'inceste ,le suicide, les viols sur mineurs la pédophilie ,sexualité et autres ...

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

abandonné tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes : - être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré ; - être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ; - avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant est considéré comme enfant abandonné de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes : être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qu'il a abandonné de son plein gré ; être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ; avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation, en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant ».

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

Après l'interdiction de l'adoption en 1976 , il était nécessaire de trouver une solution qui pouvait permettre la prise en charge d'enfant abandonné en adéquation avec la charia. L'apparition de la kafala en 1984 , en tant que recueil légal ,visé en premier lieu la prise en charge de cette catégorie d'enfants abandonnés .Elle devait ainsi permettre dans l'immédiat de prendre en charge cette frange sociale marginalisée de la société algérienne , la mère célibataire ,

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

l'enfant d'adultère etc..., cette franche rejetée par l'ordre social établi.

Cependant, il faut préciser que depuis l'apparition de la kafala, ces fonctions et sa notion ont bien évoluées ; liées aux changements socio économiques survenues dans la société algérienne tant sur le plan individuel que sur le plan collectif .Il ne s'agissait désormais plus de la fonction principale qui est la prise en charge de l'enfance abandonnée et stigmatisée, elle a engendré avec le temps un usage de la parentalité de la part d'une grande partie de la société.

Ainsi, l'ouverture de la kafala aux personnes célibataires, homme ou femme¹² de recueillir un enfant, leur permettait de vivre pleinement une monoparentalité qui était autrefois inconcevable car selon le système familial algérien, l'institution matrimonial(une mère et père en même temps) est l'unique institution habile à attribuer la parentalité puisque la parentalité était contenue dans le mariage.

Pour les couples stériles, la kafala s'avère également une solution à leur stérilité, elle leur permet d'avoir un enfant ou des enfants et d'exercer une parentalité entière au sein de leur couple. Généralement, ces couples préfèrent les enfants abandonnés sans filiation pour leur donner le nom conformément à la loi sur la concordance des noms que nous verrons plus tard.

La kafala peut également embrasser l'ensemble des mesures de protection de l'enfance. Avec le temps elle s'est adapté à toute les situations de la prise en charge de l'enfance en difficulté, ou simplement une solidarité intrafamiliale.

¹² Dans la pratique, les femmes seules, indépendantes économiquement, non mariées et arrivées à un âge de non fécondité qui optent pour la kafala.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

En tant que moyen juridique de substitution à l'adoption, la kafala a permis à des algériens résidents en France et aux binationaux de recueillir par kafala un enfant d'Algérie. En effet, une kafala demandée en France relève du droit international privé lorsqu'elle présente un élément d'extranéité, ce qui s'applique à cette situation ; la kafala par un français d'un enfant étranger (algérien) , ou alors la kafala entre étrangers (postulant et l'enfant sont algériens) . Dans ces hypothèses se pose un problème de conflits de lois qui doit être résolu aussi bien au niveau des conditions de la kafala qu'à celui de ses effets.

En effet , son application pour ces demandeurs de la kafala a posé de nombreux problèmes en France pour ce qui est d'abord de la question de la filiation . Comme nous l'avons vu , la kafala ne crée pas de lien de filiation , et au regard du droit français¹³. L'enfant recueilli en kafala ne fait pas partie de la famille d'accueil, ce qui explique les difficultés administratives et juridiques auxquelles sont confrontés ces familles et ces

¹³ En droit français la filiation est le lien juridique qui uni une personne à son père ou à sa mère

Elle comprend trois types de filiation :

- la filiation légitime;
- la filiation naturelle;
- la filiation adoptive

Le code civil français consacre une égalité entre les trois types de filiation . Ainsi la loi du 3 décembre 2001 avait affirmé la légalité en matière successorale . La loi du 4 mars 2002 a introduit un nouvel article «Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits e les mêmes devoirs dans leurs rapport avec leurs père et mère. » La dernière réforme du droit de la filiation opérée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 complète l'égalité parfaite des filiations en supprimant toute distinction entre les filiations .

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

enfants lors de leur entrée en France et de leur séjour car le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) n'inclut pas l'enfant makfoul. S'agissant par exemple du document de circulation d'enfant mineur (DCEM) en France, il est délivré au bon vouloir des préfectures comme le souligne M BOUZIANE¹⁴. De ce fait, les parents ne peuvent pas se déplacer en dehors du territoire français avec leur enfant makfoul.

La question de l'exercice de l'autorité parentale sur l'enfant est également posée, particulièrement lorsque le kafil est marié. L'autorité parentale suppose un ensemble de droits et de devoirs ayant pour seule finalité l'intérêt, la protection de l'enfant; le kafil et son conjoint ont – ils au regard du droit français l'autorité parentale ? Ainsi se pose toutes les questions qui résultent de cette autorité, le droit de garde, de l'éducation, de l'entretien, de la surveillance, de la responsabilité, du décès du kafil, du divorce du couple kafil et de l'obligation alimentaire pour l'enfant makfoul après le divorce du couple kafil, ses droits sociaux, et enfin de la conversion de la kafala en adoption, avant que ne se posent les questions du droit successoral ou même de nationalité française.

Il faut dire que la kafala a suscité et suscite toujours en France comme en Algérie un débat juridique passionné. En Algérie le débat est certes d'ordre juridique mais s'inscrit dans un contexte social particulier, il cible des sujets encore très tabous et ignorés par le droit; l'union hors mariage et l'enfant né hors mariage qui au regard du droit algérien n'existe pas. Il est question aussi de la légitimation de l'enfant naturel, la recherche de la paternité par le procédé de l'ADN, l'abandon des enfants par les parents biologiques, l'avortement des filles, l'adoption pour les couples stériles pour pallier à l'absence d'enfant.

¹⁴ Malika Bouziane est présidente de l'Apaerck (Association de parents adoptifs d'enfants recueillis par kafala).

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

Ces sujets qui touchent les matières familiales restent de la compétence quasi exclusive du droit islamique pour lequel ces questions n'existent pas. En principe le droit algérien est censé ne pas les ignorer mais c'est tout le contraire. Cette ignorance traduit encore une fois le refus de l'Etat algérien de prendre une position claire et déterminée pour régler ces sujets qui fâchent les conservateurs, entretenant ainsi la confrontation continuelle occulte entre les traditionalistes et les modernistes. A ce propos et concernant les difficultés justifiant l'élaboration tardive du code de la famille algérien, A BENCHENB précise que : « Cette paralysie signifie déjà que l'on a conscience de ce que le code de la famille n'est pas simplement le lieu de la transcription technique des solutions du droit musulman. A l'évidence, elle signifie plus que cela. Dix huit ans après l'indépendance, l'absence du code de la famille traduit l'existence d'un affrontement, souvent occulte entre partisans de la tradition et partisans de la modernité, affrontement pour lequel l'autorité se refuse, en l'état actuel des choses de procéder à des arbitrages »¹⁵.

En revanche, la kafala en France, suscite un débat à l'apparence juridique : la réception de la kafala par le droit français, mais étant donné que la kafala ne crée pas de filiation, elle ne peut être assimilée à l'adoption. Il faut dire que la kafala en tant que concept

n'a toutefois pas suscité un débat doctrinal sur l'intérêt scientifique qu'elle présente. Nous verrons subséquemment que cette institution est taxée en France d'être d'origine religieuse et systématiquement stigmatisée. La kafala en France est toujours comparée à l'adoption du droit français. Dans le rapport explicatif de la convention de 1996¹⁶, Lagarde,

¹⁵ Op.cit Ali BENCHENB, p 24.

¹⁶ Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

professeur de droit, relève expressément, après avoir fait mention des documents déposés par la délégation marocaine, que : « La kafala n'est pas une adoption, interdite par le droit islamique et elle ne produit aucun effet quant à la filiation. L'enfant qui en bénéficie ne devient pas membre de la famille du kafil, et c'est la raison pour laquelle la kafala n'est pas couverte par la convention sur l'adoption du 29 mai 1993. Mais c'est indiscutablement une mesure de protection qui, à ce titre, doit entrer dans le champ d'application d'une convention sur la protection des enfants »¹⁷.

Effectivement ,la kafala constitue une mesure sociale et légale de protection de l'enfant conçu dans son intérêt supérieur dans la mesure où elle permet à l'enfant abandonné d'avoir une famille qui s'occupera de lui comme elle le ferait pour son fils. Mais comme nous l'avons déjà vu , la kafala ne crée pas de lien de filiation entre le kafil et le makfoul et n'engendre pas les effets de la filiation légitime , par conséquent elle ne confère pas le nom , ni le droit successoral et pourtant , la kafala crée quelques effets juridiques proches de l'adoption « simple » connue en droit français ; elle confère à l'enfant makfoul sans filiation le nom du kafil . Ce dernier a l'autorité parentale entière , il doit protéger , éduquer et entretenir le makfoul comme un véritable père ou mère .

Le kafil français ou algérien résidant en France et désirant recueillir un enfant algérien en kafala se retrouvera face à une situation compliquée et incompréhensible. Bien que la kafala soit une institution reconnue par la convention des droits de l'enfant (CIDE) que la France a ratifié, et malgré la présence de cette institution juridique en France, elle demeure encore ignorée.

¹⁷ Cité par le rapport COLOMBANI de 2008 , p 108 .Voir le site <http://www.adoption.gouv.fr/IMG/pdf/rapportColombani.pdf>

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

Toutefois, il faut souligner que l'article 20 de la convention (CIDE) considère la kafala comme institution juridique de prise en charge et de protection de l'enfant est de droit islamique au même titre que l'adoption .

La kafala est un moyen juridique spécifique de recueil d'enfants en droit algérien.¹⁸ Sa réception par le droit français a posé problème pour l'enfant recueilli compte tenu de l'internationalisation de l'adoption , car la kafala ne rentre pas dans la procédure de l'adoption internationale.

Cependant et s'agissant des ressortissant algériens, et conformément à l'accord franco algérien de 1968 , l'enfant recueilli en kafala peut bénéficier d'un regroupement familial. mais cet accord n'impose aucune procédure spécifique et claire relative à la kafala . Toutefois le recueil de l'enfant par kafala est aussi délicat que l'adoption internationale , parce que l'enfant makfoul peut vivre un plus grand déracinement que l'émigré mais aussi parce que le prononcé de son adoption peut éventuellement créer des problèmes sur le plan diplomatique .

Or la procédure de la kafala obéit à des règles aussi strictes que l'adoption , tenants à la personne du kafil (le postulant de la kafala) aussi bien en France qu'en Algérie .En France l'agrément relatif à l'adoption est requis , nous verrons plus tard que cette procédure est plus rigoureuse, pesante et longue, que la procédure de l'adoption internationale .

Il faut indiquer que la kafala , comme concept juridique, demeure en France comme en Algérie inconnue par la jurisprudence et la doctrine .En effet , entre lacunes juridiques et interprétations diverses, en y ajoutant la question de la filiation , du droit successoral , et de sa conversion en adoption,

¹⁸ Si La kafala en Algérie ne pose pas de problèmes de filiation ou de droit successoral dès lors que l'enfant a une filiation établie ,elle pose toutefois le problème de la filiation pour les enfants abandonnés sans filiation .

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

la kafala demeure une question sensible et obscure car il n'est pas concevable d'être parent temporairement sans conférer la filiation .

Le Parlement français a voté en 2001¹⁹ une loi interdisant aux juges de prononcer l'adoption des enfants étrangers nés dans un pays où l'adoption est interdite. Il en résulte que les enfants recueillis par kafala, issus pour la plupart de l'Algérie et le Maroc , ne peuvent pas être adoptés par ceux qui les élèvent.

Cependant avant que le débat sur la kafala ne soit clos par la loi de 2001 , la jurisprudence française a eu à se prononcer sur la kafala à travers plusieurs décisions rendues par celle-ci, plusieurs interprétations ont soutenus la reconnaissance de la kafala comme mesure d'adoption ce qui a permis sa conversion , tandis que d'autres décisions l'ont purement rejetée.

Rappelons que le concept de la kafala n'a pas suscité les passions de la doctrine. Ainsi peu de juristes se sont intéressés à cette nouvelle notion et encore plus rares sont ceux qui ont proposé une analyse doctrinale éclaircie de la kafala .En France comme en Algérie, les études effectuées sont des études descriptives, fréquemment opposés à l'adoption du droit français . Or la kafala requiert une étude de recherche particulière. Ainsi en s'interrogeant sur ce concept, les réponses et solutions envisageables seront appréciées dans les limites de l'application du droit positif et de la vision offerte par lui mais également par la pratique, ce qui permet alors de se demander si la position du droit français refusant de recevoir la kafala ou la transformer en adoption est réellement justifiée.

L'ensemble des textes juridiques relatifs à la kafala apparaissent incompréhensibles. En effet le contenu de la kafala suscite des interrogations et incompréhensions lorsqu'il est sollicité par

¹⁹ Loi 2001-111 du 06 février 2001 parue au JO n°33 du 08 février 2001.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

les juristes .La loi algérienne a défini la kafala , mais n'apporte pas grand-chose sur son contenu tel qu'il est pratiqué dans la réalité .

Or il s'agit d'abord d'extraire une notion claire et logique à partir de principes qui concernent notre sujet et particulièrement le principe de la filiation. En effet, la question de la kafala et de l'adoption est indissociable de la question de la filiation . Si la filiation légitime dispose en droit algérien d'un statut favorable , il faut quand même souligner qu' il y a une évolution non négligeable dans la notion de filiation puisque il existe en droit algérien des possibilités juridiques qui permettent d'établir la filiation de l'enfant abandonné, en d'autres termes de le légitimer sans se préoccuper du point de savoir si réellement le requérant est le père de l'enfant .

Cette recherche doit également reposer sur l'observation objective des faits ainsi que sur une vision doctrinale. En réalité, il s'agit de concevoir une adoption sans filiation et de se détacher de l'idée excessive qui découle de la théorie trop fervente de la transmission de la filiation consanguine qu'elle soit originelle ou imitative et de ses effets.

La kafala est un terme arabe qui signifie la garantie, ou le cautionnement, c'est à dire l'engagement d'une personne envers une autre d'exécuter une obligation. Dans le dictionnaire arabe el moundjid ²⁰ le terme kafala signifie le cautionnement d'une personne qui s'engage envers une autre , d'exécuter l'obligation d' un tiers en cas de défaillance de celle-ci ,et il n' est nullement fait allusion à l'accueil d' un enfant abandonné . Louis Milliot traduit la kafala en

²⁰Dictionnaire El moundjid de la langue arabe contemporaine , 1^{ere} édition, dar ennachr,Beyrouth ,2000, p1240.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

français par le terme fidéjussion²¹, selon le dictionnaire le Robert , fidéjussion signifie la caution et la garantie²².

En fait n'importe qui peut être le kafil d'une autre personne .En droit de la sécurité sociale algérien , une personne peut prendre en kafala sa mère ,son père. La kafala n'est pas utilisée qu'en droit de la famille , elle est aussi utilisée dans le monde du travail et particulièrement dans les pays du Golf où pour travailler dans ces pays , les étrangers doivent impérativement avoir un kafil dans le pays hôte qui devient le garant juridique du travailleur garant de sa présence et de ses activités²³.

En droit de la famille ce terme est utilisé pour la prise en charge matérielle, et éducative de l'enfant . Le droit de la famille tunisien, premier droit à avoir introduit la kafala traduit le terme « kafala » en tutelle officieuse. Le terme kafala tel qu'il est utilisé en droit de la famille algérien et traduit par le terme français recueil légal est, à notre avis, inapproprié, d'ailleurs le terme kafala est un terme non traduisible²⁴ car il dépasse dans son contenu et ses effets le simple recueil légal. Nous verrons ultérieurement que la personne qui prend en kafala un enfant a l'autorité parentale, elle lui confère un ensemble de droits et devoirs , dont la garde et la surveillance.

²¹ Louis MILLIOT , op.cit,p 413.

²² Gilbert BEAUGE , La kafala : un système de gestion transitoire de la main-d'œuvre et du capital dans les pays du Golfe, Revue européenne de migrations internationales , année 1986, Volume 29,p109.

²³ La kafala dans les pays du golfe est très critiquée ,le Qatar envisage d'annuler la kafala pour l'étranger. Voir le site en arabe : <http://www.emaratalyoun.com/politics/news/2012-05-01-1.480930>

²⁴ Selon Ghaouti BENMELHA le terme traduisant la kafala est un terme impropre.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

En droit civil algérien le terme kafala est le cautionnement qui consiste dans l'engagement d'une personne physique ou morale, de droit privé ou de droit public, dénommée la caution, d'exécuter l'obligation du débiteur en cas de défaillance de celui-ci.²⁵ Le terme kafala tel qu'il est utilisé en droit civil n'est pas le même qu'en droit de la famille.

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

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

En s'inspirant du droit civil²⁶, le législateur algérien a fait de la kafala un acte volontaire et unilatéral d'une personne envers l'enfant makfoul ; rappelons qu'elle consiste en l'engagement par cette personne, homme ou femme, de prendre

²⁵ Article 644 du code civil algérien et article 2012 du Code civil du code civil français, les deux articles sont identiques, le cautionnement est un contrat par lequel une personne (la caution) s'engage à régler les dettes d'une autre personne si cette dernière ne respecte pas ses engagements et ne rembourse pas son créancier.

²⁶ C'est ce qu'affirme Nadia AIT ZAI, directrice du Ciddef « La kafala n'est pas une institution du droit musulman ; c'est une institution de droit civil : être kafil, c'est se porter garant de quelqu'un et lorsqu'on se porte garant de quelqu'un, on paie au cas où il y a une défaillance de ce dernier ». Revue du Ciddef, juin 2008, p 33.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

gratuitement en charge, l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur au même titre que le ferait un père pour son fils.

Dans cette interprétation , il y a plus qu'un engagement civil qui comporte le recueil légal, il y a l'entretien ,l'éducation et la protection de l'enfant makfoul . Celui-ci bénéficie au sein de la famille d'accueil de la quasi totalité des droits essentiels qui découlent du droit de la famille . Il faut bien préciser que la kafala est une institution étrangère à la religion musulmane. C'est pourquoi nous consacrons la première question à l'absence de fondement religieux et obstructions religieuses (paragraphe1) , puis la consécration de la kafala par le droit positif : les textes et les lacunes (paragraphe2).

• **La kafala une institution étrangère à la religion musulmane :**

L'article 20 alinéa 3 de la convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989 dispose que : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants appropriés. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».

En France la kafala est systématiquement attribuée au droit musulman .bien que la kafala n'a pas un fondement religieux cependant l'élément religieux entrave l'évolution de la kafala.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

- **Absence de fondement religieux**

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

Or la kafala en Algérie , concerne en premier , l'enfant abandonné né hors mariage ou l'enfant né sous x . Il n'est pas inscrit dans le Coran que la kafala se substitue à l'adoption. La kafala est inconnue dans le Coran , et l'action de prise en charge de l'orphelin en Islam relève d'un acte de charité méritoire ,et ne fait point l'objet d'une institution produisant des effets juridiques tel est le cas de la kafala en droit positif.

Le Coran ne reconnaît que l'enfant légitime issu d'une relation légale (Halal) . Si la relation illégale est établie, l'enfant né de cette relation est considéré comme un enfant naturel (walad ez zina) . Cet enfant au regard du Coran n'a pas d'existence ,il ne peut faire l'objet d'une demande de reconnaissance de filiation ultérieurement et l'action de recherche de paternité est interdite . Son père bien connu se voit interdit de le reconnaître ou d'exercer une autorité sur lui et n'a aucun devoir envers lui notamment le devoir d'entretien.

Cependant, cette orientation inexorable et anachronique fait l'objet d'une orientation contraire chez les jurisconsultes musulmans contemporains .Selon eux , l'enfant naturel a la filiation de sa mère et hérite d'elle mais il ne peut prétendre à la filiation paternelle et l'action en recherche de paternité est prohibée . Il n'est toutefois pas inscrit

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

dans le Coran ni dans les préceptes de l'Islam que l'enfant naturel est pris en charge par la kafala .

- **obstructions religieuses**

Si toutefois la kafala se caractérise par l'absence de fondement religieux , elle fait cependant l'objet de plusieurs obstructions religieuses dont la création du lien de filiation et la vocation héréditaire .

Rappelons qu'en élaborant la kafala, le législateur algérien devait édifier un certain nombre de règles sans bouleverser les règles religieuses en la matière . Cette tâche s'avère pour lui difficile puisque il n'a pas su apprécier les différentes fonctions de la kafala qui engendrent nécessairement différentes forme de kafala . C'est ainsi qu'il ne fait aucune distinction entre la kafala substituant l'adoption d'un enfant sans filiation et la kafala interfamiliale, ou simplement la kafala comme institution de famille d'accueil, ce qui a rendu le concept de la kafala parfois embryonnaire, boiteux et incompris.

En ce qui concerne la kafala en substitution à l'adoption , le législateur n'a pas su construire un concept défini selon lequel l'adoption est admise avec une filiation concordante conformément à la loi sur la concordance des noms , ou dans certains cas adoption sans filiation . Il a préféré mettre en place un certains nombre de règles régissant tous les cas , d'où les difficultés à la fois juridiques et pratiques.

S'agissant des difficultés juridiques , la kafala , en tant que concept substituant l'adoption est un concept insuffisant , particulièrement pour l'enfant sans filiation , la concordance des noms instituée par le législateur algérien n'est pas bien définie. Le législateur algérien n'a rien prévu pour l'enfant makfoul en cas de décès, ou divorce du kafil ou lorsqu'il arrive à l'âge de la majorité

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

.Bien que timidement ,il a prévu une disposition sur le décès du kafil dans le nouveau code de procédure civile et administrative de 2008.

S'agissant des autres cas de prise en charge d'enfant avec filiation , la kafala confère au kafil , la totalité de la wilaya c'est-à-dire l'autorité parentale ,sans tenir compte des droits parentaux des vrais parents de l'enfant makfoul .

Dans la pratique , la parentalité²⁷ que génère la kafala est ignorée par le droit algérien et par les professionnels de la

²⁷Selon Catherine SELLENET, le terme parentalité est un néologisme créé dans les années 1950 , et utilisés par les psychiatre et psychanalystes(RACAMIER. En 1961). Ce terme selon ces eux , désigne dans un premier temps un processus de maturation psychique qui se développe aussi bien chez la mère (maternalité) que chez le père (paternalité). S'agissant du terme « parentalité », Catherine SELLENET précise que : « Dans ce champ disciplinaire très circonscrit, le terme parentalité ne soulevait pas d'ambiguïtés et son usage restait très modeste. Son extension récente, dans les années 1980, et son passage dans le langage commun, marquent une évolution notable mais aussi une perte de sens. Sous un même vocable se retrouvent des tentatives de définitions multiples et non concordantes. La confusion règne sur ce mot qui devient un mot-valise, aux acceptions différentes selon

L'auteur qui l'emploie. Pour donner une idée de cette confusion, les quelques définitions qui suivent sont illustratives : depuis l'extension récente de ce terme et son utilisation dans le langage commun, il fait l'objet de plusieurs significations » . Elle cite la définition de ce terme dans le dictionnaire critique d'action sociale, elle précise que dès 1995, est le premier ouvrage à proposer une définition du terme parentalité : « désigne d'une façon très large la fonction d'être parent, en y incluant à la fois des responsabilités juridiques telles que la loi les définit, des responsabilités morales telles que la socio-culture les impose, et des responsabilités éducatives ». Elle indique que cette définition qui met l'accent sur les fonctions parentales et sur l'aspect normatif de ces dernières montre bien que le terme a quitté le champ de la clinique pour le champ de l'éducatif et des responsabilités. Dans la conception des auteurs, la parentalité n'est plus un mouvement maturatif mais un état, un statut social ouvrant à des droits et à des devoirs : « essai de conceptualisation du terme « parentalité » Catherine SELLENET, maître de conférences en psychologie-sociologie. Nantes Chercheur au GREF, Paris X Nanterre.

La kafala et l'adoption en droit algérien, insuffisances et lacunes.

protection sociale , notamment pour le conjoint du kafil . Le droit algérien ignore complètement le conjoint du kafil ; l'autorité parentale n'est pas exercée conjointement ,d'où les difficultés en cas d'absence du kafil , le conjoint est considéré comme étranger pour l'enfant makfoul et pourtant il remplit ses fonctions en tant que mère ou père envers l'enfant makfoul .