

L'autorité parentale et les concepts voisins en droit comparé

Parental authority and related concepts in comparative law

DENNOUNI Samia
Grade : Maitre assistante A
Université D'ORAN 2 Mohamed Ben Ahmed
Faculté de droit et sciences politiques
Laboratoire de droit privé, Université de Tlemcen¹

Reçu le : 03/02/2019

accepté le : 20/11/2020

publié le :05/12/2020

Résumé:

L'autorité parentale est un concept peu connu en droit algérien, le législateur a préféré traduire la fonction parentale par la tutelle qui est propre au père et la hadana à la mère.

Cette fonction a une nature divisée entre les deux parents. Or en droit français les fonctions parentales sont partagées quelle que soit la situation familiale et tout cela pour l'intérêt de l'enfant.

Mots-clés:

Parents; enfants; éducation; droits; devoirs; autorité.

Abstract:

Parental authority is a concept little known in Algerian law, the legislator preferred to translate the parental function by the tutelage which is peculiar to the father and the hadana to the mother.

This function has a split nature between the two parents. However, in French law parental functions are shared regardless of the family situation and all this for the interest of the child.

Keywords: Parents; children; education; rights; duties; authority.

¹ Dennouni Samia, Faculty of Law and Political Science, Mohammed Ben Ahmed University of Oran 2.
Email: samiasamden@gmail.com

Introduction:

L'histoire de la famille révèle depuis longtemps, que le groupe familial est observé dans tous les groupes sociaux en tout temps et en tous lieux. Bien entendu, les dimensions et les fonctions en sont des plus diversifiées. À l'heure où l'on s'occupe activement d'explorer les dimensions philosophique, juridique, psychologique et sociale de l'autorité au sein de la famille, il semble nécessaire de revenir sur l'autorité des parents sur leurs enfants.²

Si en droit algérien, la famille connaît une pérennité ancestrale, en France, l'institution évolue parallèlement à l'essor de situations nouvelles. Il n'y a pas une famille mais des familles, compte tenu de la grande diversité des familles, (famille traditionnelle, famille recomposée, famille monoparentale....) qui rend difficile l'appréhension du phénomène. Notre étude se limitera d'ailleurs à la famille légitime.

S'agissant du vocabulaire, il s'agira de l'autorité parentale en droit français, car partagée également entre le père et la mère. En droit algérien en revanche, il s'agira souvent de puissance paternelle.

L'éducation et la protection de l'enfant reposent sur un concept bien connu en droit comparé et plus particulièrement en droit français, c'est l'autorité parentale qui est selon la définition de l'article 371-1 du code civil français « l'ensemble des droits et pouvoirs que la loi reconnaît aux parents sur la personne et sur les biens de leur enfant mineur non émancipé, afin d'accomplir leurs devoirs de protection, d'éducation, d'entretien et d'assurer le développement de l'enfant dans le respect dû à sa personne ». En droit algérien en revanche, le principe n'est pas clairement défini, mais on peut le retrouver dans la convention internationale des droits de l'enfant de 1989 dans son article 18.³

Parlant du poids des mots, puissance, autorité, responsabilité, en droit Algérien, on préférera puissance paternelle et responsabilité commune, pour établir une définition à l'engagement parental dans la vie de l'enfant. Cette puissance paternelle est un pouvoir, avec les moyens coercitifs et les pouvoirs y afférant, dans le cadre de son exercice. Elle constitue un droit- fonction, c'est à dire l'attribution d'un pouvoir juridique exercé dans le seul intérêt de l'enfant mineur. Ce dernier n'ayant pas atteint une maturité intellectuelle suffisante, pour exercer ses droits, d'où la nécessité de le représenter et de le protéger. La finalité de l'autorité parentale s'exprime donc, par la protection de l'intérêt de l'enfant, c'est à dire aussi bien ses intérêts psychologiques, physiques ou financiers.

En dépit de cette vue d'ensemble, le droit de l'autorité parentale reste souvent mal connu, voir inconnu dans la législation algérienne. La plupart du temps, c'est à travers l'étude de certaines prérogatives parentales que la question est abordée comme la garde et la tutelle.

Avec la réforme du droit de la famille, le législateur algérien n'a pas enfreint les interdits, les frontières strictement assignées par les textes sacrés de l'Islam. En dépit du poids des conventions internationales et du droit comparé, ce dernier ne s'est pas arrogé le droit d'assouplir les préceptes coraniques, pour les adapter aux moeurs du temps.

²Jean Le camus, un père pour grandir, essai sur la paternité. Ed réponses, Robert Laffont 2011. P17.

³ Selon l'art 18 de la convention internationale des droits de l'enfant ratifiée par l'Algérie le 19 décembre 1992 « les Etats parties 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.... ».

C'est donc à travers l'idée qui demeure dans les deux législations et dans les deux cultures, à savoir la protection de l'intérêt de l'enfant, que se déclinent les deux pôles fédérateurs du concept. La notion d'autorité parentale est d'abord une fonction dans les deux systèmes juridiques.

Une étude comparative dans le cadre de l'autorité des parents s'impose afin d'évaluer sa nature juridique, sa conception et sa fonction, exercée par le père en premier lieu en droit Algérien et partagée entre les deux parents en droit Français, depuis la loi du 4 juin 1970.⁴

Substituer l'autorité parentale à la puissance paternelle en droit français marque un point crucial de divergence entre droit algérien et droit français. Il n'en demeure pas moins que la mise en oeuvre aussi bien que l'attribution de l'autorité parentale seront confrontées à de réelles difficultés dans les deux systèmes.

Le législateur français aura une véritable longueur d'avance, en effet il va organiser sa délégation, son exercice et son retrait.⁵ Le législateur algérien par contre appréhende ce concept sous un autre angle, celui d'une autorité exclusive, traduite par la tutelle du père sur la personne et les biens de ses enfants⁶. On remarque déjà la valorisation de la mission paternelle et non parentale. S'agissant des obligations parentales, elles seront partagées entre les père et mère, pour assurer un certain équilibre familial au sein d'une hiérarchie composée d'une autorité favorisant le père à la mère.⁷ Comprendons bien que même si la mère n'a pas sa place dans cette « puissance paternelle », elle reste néanmoins investie de la mission de protection et d'éducation de l'enfant autant que le père. La différence entre les pouvoirs parentaux, est que le père aura plus de droits sur son enfant pendant le mariage, étant donné qu'il peut prendre des décisions importantes concernant l'éducation, la scolarisation ou la santé de l'enfant. La mère quant à elle doit se plier à son bon vouloir, puissance maritale oblige, (elle-même abrogée),⁸ mais qui reste tout de même ancrée dans les mœurs algériennes.

L'autorité parentale a une fonction essentielle qui sera démontrée dans ses attributs.⁹ En effet, un rappel des autres attributs de protection et d'éducation de l'enfant déjà reconnus dans le code de la famille algérien comme « la garde et la tutelle » est indispensable. Il faut impérativement rapprocher les deux notions du concept recherché. Nous verrons comment la garde peut être un attribut et un droit de l'autorité en droit algérien et français (partie I). En revanche qu'en est-il de la tutelle, considérée comme la notion la plus valorisante de la puissance paternelle en droit algérien? Sachant qu'en droit français, ce sont deux notions complètement distinctes. Notons aussi que sa nature juridique n'est pas la même qu'en droit algérien. (partie II).

⁴ Article 372 du C.CIV.FR. Issue de la loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale dispose « les père et mère exercent en commun l'autorité parentale.... »

⁵ De l'art 371-1 à l'art 381-2 du C.CIV.FR. Tous ces articles sont relatifs à l'autorité parentale, son exercice, sa délégation et son retrait.

⁶ Art 87 du CAF « le père est tuteur sur ses enfants ».

⁷ Art 36 du CAF : « les obligations des deux époux : contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur saine éducation ».

⁸ L'ancien art 39 du CAF abrogé par l'ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 disposait « l'épouse est tenue d'obéir à son mari... ».

⁹ Comme l'art 62 du CAF qui dispose que « le droit de garde consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant » ou encore l'art 75 du CAF « le père est tenu de subvenir à l'entretien de son enfant... » ou art 78 du CAF « l'entretien consiste en la nourriture, l'habillement et les soins médicaux, le logement ou son loyer.... ».

Première partie: la garde et l'autorité parentale

Garde, droit de garde, surveillance, responsabilité, sont les fins mots représentatifs d'un des attributs de l'autorité parentale.

Prérogative purement féminine en droit algérien, la garde dite « hadhana » a pour objet la protection de l'enfant. Pendant le mariage, elle est assurée conjointement par les deux parents. Mais en cas de dissolution du mariage (décès, divorce), la loi confie l'enfant à sa mère de préférence.¹⁰

En droit français la garde est une forme de pouvoir et d'autorité sur l'enfant. Nous essayerons de démontrer sa nature, sa fonction et ses rapports avec le concept d'autorité parentale dans les deux législations.

1- La garde, un privilège reconnue à la mère:

La nature féminine de la garde a paru tellement évidente aux juristes musulmans, qu'ils dressèrent une liste de dévolutaires principalement féminine. Il ressort de cet ordre de dévolution la préférence de la mère à toute autre personne.¹¹ En cas de défaillance de celle-ci (remariage – inconduite), le droit de garde revient au père, à la grand-mère maternelle, à la grand-mère paternelle, à la tante maternelle, la tante paternelle puis aux personnes parentes au degré le plus rapproché.¹² Cet ordre légal des dévolutaires n'est dicté que par l'intérêt de l'enfant.¹³

La « hadhana » est vue comme « la revanche de la mère sur l'épouse »¹⁴ en cas de divorce. D'après cette expression saisissante, on peut faire deux remarques: La première est que la garde dans le mariage ne représente pas l'autorité puisqu'elle est vue comme un devoir et non comme un droit, or l'autorité peut être plus considérée comme un droit à priori investi d'une mission essentielle.¹⁵ De ce point de vue, on peut affirmer que le droit de garde est un attribut de l'autorité parentale et non une autorité elle-même. Pendant le mariage, la mère n'aura qu'un droit restreint sur les décisions relatives à l'éducation de l'enfant, elle n'aura pas les mêmes pouvoirs ni la même autorité que le père (pas d'autorité parentale pour elle!) mais elle restera investie de la mission essentielle qui est la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant selon l'article 36 du CAF qui dispose que « Pendant le mariage, les époux contribuent conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille, à la protection des enfants et à leur saine éducation ». Mais le père restera le seul détenteur de l'autorité pendant le mariage (puisque'il est le seul tuteur sur ses enfants). La notion de cette puissance en droit algérien, se caractérise par l'aspect de domination du père, les attributs de cette dernière seront régis en priorité par lui-même.

La deuxième remarque est que si les parents sont amenés à se séparer, c'est dans cette situation que les incohérences sont les plus visibles. Effectivement la place du père change de détenteur de la puissance paternelle exclusive à une simple autorité restreinte et partagée,

¹⁰ Art 64 du CAF « le droit de garde d'abord à la mère.. ».

¹¹ Hadjira Benchikh- Hocine Dennouni, la garde : un attribut de la maternité en droit algérien, rev, inter, droit comparé. 1986, p 899. Voir aussi Nahas M Mahieddin, la hadhana dans les législations des pays du maghreb, rev, les cahiers de LADREN n° 01, 2008, p 25.

¹² Art 64 du CFA.

¹³ H. Bencheikh – Hocine Dennouni ,op cité, p 899.

¹⁴ E. Zeys, traité élémentaire de droit musulman algérien malékite, tome1, 1885, p 25. Voir aussi Lârbî âlhâdj, êlwâdjîz fî chârîh quânun aloussrâ aldjâzâîrî, OPU Alger, 3ème^{Ed}, 2004, tome 1. Ou encore Abd-al-rahmân Al Djazîrî, kitâb alfiqh, almadhâhîb al-arbaa, dâr alfîkr, Beyrouth, tome IV. Voir aussi Abou Ghaba abdel âdîme, hôukôuk al mahdoun, dirassa fî âchriâ alîslamîâ, tome 1 dâr êlfîkr âldjmîî, mâsr 2013. Hernane. A, la hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, Ed OPU 1996.

¹⁵ Qui est comme on l'a précisé « la protection et l'éducation de l'enfant ».

puisque la garde de l'enfant est transférée à la mère. Il n'aura que la possibilité d'un droit de visite.¹⁶ Cela ne sera guère suffisant pour admettre sa puissance paternelle comme celle déjà exercée et affirmée pendant le mariage. On peut d'ailleurs se demander comment ce père pourra exercer son autorité s'il n'obtient qu'un droit restreint?

Le lien entre les deux notions (garde- autorité) est si étroit qu'on peut considérer la garde comme un devoir de l'autorité parentale, qui se transformera en droit attribué à la mère sur son enfant après le divorce.¹⁷ En effet, la garde vise à protéger ce dernier dès sa naissance en répondant à ses besoins matériels et moraux. Il y a des cas où l'enfant a plus besoin de sa mère que de son père. Il a besoin de sa tendresse maternelle et de son affection quotidienne pour qu'il s'épanouisse et grandisse sans problèmes psychologiques dus à l'absence d'une chaleur maternelle essentielle. L'exercice de la garde est conjoint pendant le mariage, mais l'autorité paternelle est du ressort du père seulement, cependant l'exercice réel de la plupart des prérogatives est en commun. Après le divorce, la puissance paternelle s'affaiblit pour laisser place à une autorité nouvelle, celle de la mère, même si elle n'est pas exclusive. En effet cette dernière reste plus investie dans la vie de son enfant que le père grâce à son droit de garde. En droit français en revanche la situation est différente compte tenu de la nature de la garde en droit français.

2- La garde, un pouvoir reconnu au titulaire de l'autorité parentale en droit français:

En droit français, la garde de l'enfant est au sens littéral le pouvoir reconnu au titulaire de l'autorité parentale de fixer le domicile du mineur¹⁸ et notamment d'avoir l'enfant avec soi, chez soi. C'est aussi un devoir de surveillance et de protection.¹⁹

L'importance de la garde est telle qu'elle est souvent confondue avec l'autorité parentale elle-même, tant il est difficile d'imaginer l'exercice effectif des autres prérogatives de l'autorité parentale pour des parents privés de la garde matérielle.²⁰

En France, en 1987 le parlement a préféré ne plus utiliser le terme « garde », mais parler de « l'exercice de l'autorité parentale ».²¹

Reste que certains mots ont la vie dure. En tous cas, au sein de l'autorité parentale, la garde constitue un attribut spécifiquement lié à la présence physique de l'enfant.

La garde en droit français c'est d'abord le pouvoir de retenir l'enfant qui ne peut sans permission de ses père et mère, quitter la maison familiale ou en être retiré que dans les cas que détermine la loi.²² C'est cette adresse qui doit être indiquée sur sa carte d'identité et autre, il ne peut quitter leur domicile sans leur accord.²³

¹⁶ Art 64 du CAF « le juge doit accorder le droit de visite » qui n'est autre que le père.

¹⁷ Ay Dennaoui, la famille musulmane dans certains codes contemporains, thèse Paris II, 1978, p 225.

¹⁸ Laurent Delpart, l'autorité parentale et la loi, droits et devoirs des parents. Ed éclairage, 2006, p 19.

¹⁹ Laurence Gareil, l'exercice de l'autorité parentale. Ed LGDJ, 2004, p 85.

²⁰ Isabelle Corpart, l'autorité parentale, son contenu, les modalités de son exercice, les limites de son exercice. Ed A.S.H, 2003, p 31.

²¹ La loi du 22 juillet 1987 a rendu possible l'exercice en commun de l'autorité parentale, et la notion de garde de l'enfant est abandonnée.

²² Comme la mesure de l'assistance éducative selon l'art 375 du C.CIV.FR. Il y a des cas où l'enfant qui fait l'objet d'une mesure D'A.E. les parents continuent d'exercer leur autorité parentale puisque il reste avec eux.

²³ Art 371-3 du C.CIV.FR.

En revanche, rien ne s'oppose à ce que des parents confient leur enfant, pour une durée plus en moins longue selon les circonstances, à un membre de leur famille ou à un tiers²⁴ par l'intermédiaire duquel ils continuent à exercer leur garde. Ils peuvent aussi le confier à un internat, recourir à un séjour à l'étranger ou à une colonie.²⁵ Ils peuvent encore demander à l'aide sociale à l'enfance de l'accueillir.²⁶ Seuls, ils ont compétence à autoriser les déplacements de l'enfant sur le territoire en France ou ailleurs.²⁷

La garde est un aspect de l'autorité parentale, le problème ne se pose qu'après le divorce.²⁸

En cas de séparation du couple en droit français, il est vrai que des difficultés surgissent dans l'exercice même de l'autorité parentale. Mais il est fort intéressant de constater que malgré la rupture, les parents conservent l'ensemble de leurs droits et devoirs sur leurs enfants. Mais les droits et devoirs s'avèrent difficiles à réaliser surtout pour le parent n'habitant pas avec son enfant. C'est pour cela que ces derniers doivent s'accorder sur les modalités pratiques.²⁹

En règle générale, en droit français la séparation doit être sans incidence sur l'autorité parentale. En effet, depuis la loi du 4 mars 2002,³⁰ en cas de séparation des père et mère, le couple parental continue d'exister,³¹ à condition de s'efforcer de trouver un terrain d'entente pour continuer à élever leur enfant.

Après la séparation, la question la plus importante est la fixation de la résidence de l'enfant qui doit être soit chez l'un, soit chez l'autre parent, soit chez les deux parents en cas de garde alternée. Elle peut être exceptionnellement fixée chez une tiers personne,³² d'où la question de la résidence habituelle de l'enfant et de la résidence alternée en droit français.

A -La résidence habituelle de l'enfant:

En cas de divorce, la résidence de l'enfant est fixée soit par la convention homologuée par le juge aux affaires familiales³³ en cas d'accord des parents, soit par une décision du juge aux affaires familiales.³⁴

En principe, la résidence habituelle de l'enfant devrait se trouver auprès de l'un de ses parents, sauf si cela devait représenter un danger³⁵ pour lui, ou si ses parents s'en

24 les parents peuvent confier l'enfant à un tiers pour une durée limitée. Les tiers qui voyagent avec le mineur sans cette autorisation peuvent être reconnus du délit de détournement de mineur (art 227-7 et 227-8 du C.PEN.FR).

25 Raison pour laquelle une autorisation familiale doit être donnée pour que l'enfant parte en colonie de vacances ou en court séjour sans sa famille.

26 S'ils ne peuvent pas s'en occuper, le JAF ou le juge des enfants placera ce dernier.

27 Jean- Pierre Rosenezveig, le dispositif français de protection de l'enfance, Ed Jeunesse et droit. 2005, P 319.

28 Possibilité d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale en droit français, en effet le JAF peut transformer l'exercice en commun en exercice exclusif à un seul parent si l'intérêt de l'enfant l'exige.

29 Laurence Gareil, op cité p 200.

30 Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, JORF du 5 mars 2002, texte n° 3.

31 Art 373-2 alinéa 1^{er} du C.CIV.FR. « La séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale ».

32 Depuis la loi du 4 mars 2002, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance, au domicile de chacun de ses parents ou au domicile de l'un d'eux (art 373-2-9 alinéa 1^{er} du C.CIV. FR). Il peut être également confié à un tiers, chez qui il vivra. Ce faisant la loi française a ainsi légalisé le système de la résidence alternée, auparavant interdite mais souvent réalisée en pratique par le biais d'un droit de visite ou d'hébergement élargi.

33 Art 373-2-7 du C. CIV. FR.

34 Christophe Albiges, l'autorité parentale et ses juges. Ed Lexis-Nexis, Litec 2004, p 67.

35 Les juges du fond apprécient souverainement si l'appartenance à une secte est de nature à justifier une modification de la résidence habituelle de l'enfant. Ainsi deux affaires rendues à propos des témoins de Jéhovah ont pu conduire à des solutions opposées. Pour un changement de la résidence habituelle, Cass. 2° civ. 13-7-2000n°98-13.673.

désintéressaient. La fixation de la résidence de l'enfant au domicile de l'un des parents nécessite l'accord des titulaires communs de l'autorité parentale. Cette affirmation ressort très clairement de la réforme de la loi de 2002 qui par ailleurs unifie la matière selon son article 373-2-7 et 373-2-9 du code civil français. On voit que le législateur français a voulu que le choix du parent résidant soit effectué par les parents eux-mêmes. C'est l'esprit de l'exercice en commun de l'autorité parentale.³⁶

Un tel droit est aussi attribué au parent privé de l'autorité parentale, sauf motif grave pour l'en priver selon l'art 373-2-1 du code civil français³⁷.

La décision du juge³⁸ doit être en fonction de l'intérêt de l'enfant. Il peut par exemple refuser de fixer la résidence habituelle des enfants chez un parent qui:

- ne justifie pas d'un domicile fixe ou dont le logement est trop petit.
- doit faire de fréquents déplacements professionnels.
- entretient des relations conflictuelles ou fondées sur la crainte avec ses enfants.
- vit avec une personne en conflit avec les enfants.
- souffre de troubles psychologiques, de dépression chronique ou d'alcoolisme.³⁹

B –la résidence alternée:

Depuis la loi du 4 mars 2002, la résidence de l'enfant peut être fixée au domicile de chacun de ses parents.⁴⁰ Ce faisant, la loi française a ainsi légalisé le système de la résidence alternée, auparavant interdite mais souvent réalisée en pratique par le biais d'un droit de visite ou d'hébergement élargi⁴¹. Les modalités de la résidence alternée peuvent être définies, soit par une convention entre les parents homologuée par le juge aux affaires familiales,⁴² soit directement par le juge, mais à titre provisoire, pour une durée déterminée, en cas de désaccord des parents. A la fin de cette « période d'essai », le juge devra déterminer définitivement la résidence de l'enfant.⁴³ L'alternance égalitaire se pratique, le plus couramment sur une semaine, quinze jours ou un mois. Mais elle peut aussi prendre d'autres formes, la cour de cassation admettant un partage de temps inégalitaire.⁴⁴

La pratique des tribunaux à l'égard de la résidence alternée semble très variable.⁴⁵

La proximité des domiciles des parents est souvent exigée. Mais il a été jugé qu'un éloignement de 30 km n'est pas un obstacle à une résidence alternée.

Le manque de disponibilité de l'un des parents pour prendre en charge personnellement ses enfants peut conduire à écarter la résidence alternée. La majorité des tribunaux français semble considérer que la résidence alternée n'est pas adaptée à un enfant de moins de 3 ans, mais certaines juridictions l'ont néanmoins ordonnée dans une telle hypothèse. D'après notre recherche sur la notion de garde en droit français, on peut affirmer qu'elle est un attribut indissociable de l'autorité parentale. Après le divorce le législateur français tente de maintenir

³⁶Laurence Gareil, l'exercice de l'autorité parentale, op cité p 32.

³⁷La mise en danger de l'enfant dans sa sécurité, sa moralité, sa santé ou son éducation, le juge des enfants n'aura besoin que d'un seul critère de danger pour retirer l'exercice de l'autorité parentale aux parents. Christophe Albiges op cité p 131.

³⁸ Le juge aux affaires familiales.

³⁹ Francis Lefebvre droit de la famille Ed Francis Le Febvre 2009 p 391.

⁴⁰ Art 373-2-9 alinéa 1^{er} du C. CIV FR.

⁴¹ En effet avant la résidence alternée.

⁴² Art 373-2-7 du C. CIV FR.

⁴³ Laurent Delprat, l'autorité parentale et la loi, op cité p 78.

⁴⁴ Francis Lefebvre op cité p 390.

⁴⁵ Isabelle Barrière Brousse, Méлина Douchy-Oudot, les contentieux familiaux, 2ème Ed LGDJ 2016. P 489.

coûte que coûte l'exercice en commun de l'autorité parentale⁴⁶ et faire survivre le couple parental⁴⁷ au couple conjugal par le biais de la garde alternée. Force est de constater que ce dernier met l'accent sur le maintien des liens de l'enfant avec ses deux parents.⁴⁸

Si l'autorité parentale telle que présentée en droit français est indivisible et exercée en commun par les deux parents, elle apparaît comme un ensemble de prérogatives indivisible pendant le mariage, mais démembrée entre les deux parents en droit algérien. Cette singularité se vérifie dans le rapport: tutelle – autorité parentale.

Deuxième partie: la tutelle et l'autorité parentale.

La tutelle en droit algérien est le concept le plus proche de l'autorité parentale. En effet le père est considéré comme tuteur sur la personne et les biens de son enfant.⁴⁹ Son rôle est de protéger les intérêts de sa progéniture. Elle est aussi une fonction purement paternelle. Le point commun entre les deux concepts est que la tutelle en droit algérien représente l'autorité du père qui elle-même n'est pas clairement définie dans le code de la famille algérien.⁵⁰

En revanche, cette tutelle en droit français ne représente nullement l'autorité parentale, puisque ce sont les tiers qui en sont titulaires et non les parents eux-mêmes. Elle s'ouvre automatiquement⁵¹ lorsque le père et la mère sont tous les deux décédés ou privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle a pour but la protection des intérêts de l'enfant qui n'a plus ses parents pour remplir ce rôle, ou n'a pas de filiation légalement établie, ou encore que ses parents négligent leurs responsabilités et ne veillent pas à ses intérêts. On peut la définir comme une autorité tutélaire et non parentale. Nous tenterons de mettre la lumière sur la nature juridique de la tutelle et ses rapports avec l'autorité parentale, en droit algérien et français.

1-La tutelle, un démembrement de l'autorité parentale en droit algérien

Le législateur algérien ne s'est pas trop attardé sur la question de la tutelle, le code de la famille énumère seulement une partie de la protection de l'enfant et celle de ses biens.

La tutelle en droit algérien et l'autorité parentale sont les deux faces d'une même pièce, étant donné que son aspect reflète l'image patriarcale, du moins, tant que le couple est uni. C'est ainsi que le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille pour servir au mieux les intérêts de celui-ci. Il est responsable au regard du droit commun, et il est aussi dans l'obligation de faire appel au juge dans des cas précis, comme en cas de vente, partage, hypothèque d'immeuble et transaction ou aussi dans des ventes de biens meubles d'importance particulière, engagement des capitaux du mineur, par prêt, emprunt ou action en participation, location des biens immobiliers du mineur pour une période supérieure à 3 ans ou dépassant sa majorité d'une année. L'intervention du juge est primordiale dans ces cas de figure puisque c'est lui qui détient l'autorisation pour ces actes.⁵²

Les fonctions du tuteur englobent tout ce qui concerne l'éducation et le bien-être de l'enfant et tout ce qui a trait à son intérêt personnel en droit algérien. Pendant le mariage, elle est

⁴⁶Caroline Siffrein Blanc, la parenté en droit civil français, étude critique. Ed P.U.A.M 2009 P 422.

⁴⁷ Art 373-2 C.CIV.FR.

⁴⁸ Art 373-2-1 C.CIV.FR.

⁴⁹Le père est le seul qui bénéficie de ce pouvoir, en cas de décès la tutelle revient à la mère. De son vivant, elle le remplace sauf en cas d'absence ou empêchement. (Art 87 du CAF).

⁵⁰En effet le législateur algérien énonce juste qui est tuteur sur ces enfants (Art 87).

⁵¹ Art 390 du C. CIV FR.

⁵² Art 88 du CFA.

exercée par le père de l'enfant et c'est là que sa puissance est affirmée. Après le divorce, l'exercice de la tutelle revient au détenteur du droit de garde c'est-à-dire dans la majorité des cas à la mère. En effet, suite à la réforme de 2005 du code de la famille algérien,⁵³ la tutelle et le droit de garde seront représentés par un seul parent bénéficiaire des deux droits en même temps et dans la plus part des cas c'est bien la mère qui en est investie.⁵⁴ Mais que reste- il alors comme droits et devoirs au père?

La tutelle en droit algérien peut être considérée comme l'image même de la puissance paternelle dans le mariage. Le fait de transférer le rôle tutélaire à la mère après le divorce fait perdre à la notion de puissance paternelle tout son attrait, 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 enfants⁵⁵ en leurs versant une maigre pension alimentaire et leur assurer un logement.⁵⁶ Il bénéficiera donc d'un ensemble de devoirs et obligations propres à sa personne. Comprendons bien que même si la tutelle est transférée à la mère, le père garde néanmoins un semblant d'exercice de l'autorité. Ce qui est intéressant à noter est que cette puissance paternelle subsiste après le retrait de l'exercice de la tutelle au père. Ce dernier garde un semblant de droits et de devoirs sur ses enfants (obligation alimentaire, droit de regard sur l'éducation...), ce qui nous prouve que l'autorité parentale est une notion beaucoup plus large que la tutelle elle-même, et qu'elle peut subsister après le transfert de l'exercice de la tutelle à la mère après le divorce, même si elle est réduite. L'exercice de l'autorité parentale suggère une pérennité beaucoup plus évidente comparée à la tutelle elle même.

Enfin la fonction du tuteur cesse, par son incapacité à exercer la tutelle, par son décès, par son interdiction judiciaire ou par sa déchéance.⁵⁷

2-la tutelle en droit français, une charge familiale sous contrôle étatique:

En droit français, la tutelle s'ouvre lorsque l'autorité parentale ne peut plus s'exercer. Les enfants mineurs peuvent être placés sous tutelle légale. Un ou plusieurs tuteurs sont nommés en remplacement des parents. Le tuteur doit prendre soin de la personne du mineur et assurer la gestion et la conservation de son patrimoine éventuel.⁵⁸

Il s'agit moins aujourd'hui de protéger le patrimoine et les intérêts patrimoniaux de l'enfant par suite de défaillance de ses parents, que de veiller à lui apporter l'ensemble des soins et prestations qui lui sont nécessaires (art 390 et 391 du code civil français).

Le juge du domicile de l'enfant ouvrira une tutelle dans les cas suivants:

- Les deux parents sont décédés, l'enfant est orphelin et sans titulaire de l'autorité parentale.
- Les parents étant vivants, ils négligent gravement leurs responsabilités matérielles ou morales.
- Les deux parents ont perdu l'exercice de l'autorité parentale.
- En cas de divorce, quand l'enfant est confié à un tiers, celui-ci peut être chargé de requérir l'ouverture d'une tutelle.

⁵³ Avant la réforme du 27 février 2005, le droit de garde était attribué à la mère mais le père bénéficiait de la tutelle sur ces enfants, ce qui était difficile à appliquer pour ce dernier avec qui l'enfant ne vivait pas, le législateur algérien voyant que c'était contraire à l'intérêt de l'enfant a préféré modifier l'art 87 du CFA.

⁵⁴ Art 87 du CFA.

⁵⁵ Art 75 du CFA.

⁵⁶ Art 72 du CFA.

⁵⁷ Art 91 du CFA.

⁵⁸ Francis Lefebvre, op cité, p 250.

Aux termes de l'article 390 du code civil français, la tutelle est de plein droit. Elle s'ouvre quand les conditions sont réunies, le juge se contente de l'organiser et il ne peut pas s'y refuser.

Le juge sera généralement saisi par l'entourage familial ou amical de l'enfant. Les grands parents seront souvent à l'origine de cette saisine. Les principaux organes de la tutelle sont le tuteur, le conseil de famille et le subrogé tuteur. Ces différents organes sont placés sous la surveillance du juge des tutelles et du procureur de la république.⁵⁹

La principale fonction de l'autorité parentale et de la tutelle reste donc la même dans les deux droits algérien et français, c'est bien la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. C'est ce point important qui représente la condition sine qua non à un fonctionnement adéquat et réel de ces prérogatives.

Conclusion :

Il est commun de dire que la place de la famille affirme son importance en tout temps. Elle manifeste sa fonction d'aide, d'assistance et de responsabilité, apportant une aide précieuse à la société. D'après la recherche sur l'autorité parentale et ses concepts voisins, on peut constater qu'un fossé incommensurable semble se creuser de plus en plus entre la famille musulmane et la famille occidentale. Egalitarisme à outrance en droit français face à une évolution très prudente en droit algérien. En effet le législateur algérien reste égal à lui même "respect des principes du droit musulman". S'il a entrepris quelques rééquilibrages tendant à l'inflexion relative des prérogatives de l'époux et du père, ils restent dans la limite du raisonnable.

C'est donc à partir d'un ensemble de droits et devoirs conférés aux parents que nous avons tenté de lever le voile sur cette fonction ayant pour finalité l'intérêt supérieur de l'enfant dans les deux législations. Coparentalité, exercice conjoint, sont les maîtres mots de l'exercice de l'autorité parentale en droit français. Or, en droit algérien, la question de l'autorité parentale mériterait une clarification. D'abord celle-ci ne se fera que par le biais d'une révision rigoureuse de l'institution du mariage et de la famille. Une prise de conscience de la complexité des problèmes à résoudre, sans émiettement des questions, dans le cadre d'une stratégie globale, visant à promouvoir le statut de la femme et de l'enfant permettant de mettre de l'ordre dans la législation algérienne.

Enfin, le législateur algérien devrait alléger les restrictions dans le domaine de l'exercice de la tutelle pour la mère pendant le mariage qui ne s'exerce qu'en cas d'absence ou d'empêchement du père⁶⁰ et démontrer impérativement la nature de la tutelle et les aspects de son exercice. Et pourquoi ne pas introduire l'autorité parentale dans le code de la famille algérien. Cette dernière englobera en détail le contenu des droits et devoirs des deux parents et comment l'exercer. Enfin, privilégier le maintien du lien de l'enfant avec ses deux parents après le divorce pour que l'autorité parentale soit exercée en commun même après la séparation du couple parental au même titre que le droit français. Certes une vision totalement égalitaire du couple parental est inconcevable en Algérie, le poids de la religion, les mœurs qui évoluent lentement, imposent un certain respect de la fonction paternelle. L'Algérie restant une société patriarcale, une seule exigence subsiste, à savoir, équilibrer les prérogatives parentales, de ce fait privilégier l'intérêt de l'enfant.

⁵⁹ Art 388-3 du C. CIV FR.

⁶⁰ Nadia Ait-Zai analyse les imperfections du code de la famille, « les deux parents doivent partager l'autorité sur leurs enfants » www.liberte-algerie.com. D'après ses propos « Plusieurs femmes se plaignent d'être exclues des questions relatives à leur droit de mère, par les institutions et les administrations, par l'école, l'hôpital, la sécurité sociale, et la banque.... »

I-OUVRAGES GENERAUX :

- 1- Ay Dennaoui, La famille musulmane dans certains codes contemporains, thèse Paris II, 1978.
- 2- **Caroline** Siffrein Blanc, La parenté en droit civil français, étude critique. Ed P.U.A.M 2009.
- 3- Christophe Albiges, L'autorité parentale et ses juges, Ed LexisNexisLitec, 2004.
- 4 -E. Zeys, Traité élémentaire de droit musulman algérien malékite, tome1, 1885.
- 5 -Francis Lefebvre, Droit de la famille, Ed Francis Le Febvre, 2009.
- 6-Hernane.H, La hadhana dans ses rapports avec la puissance paternelle en droit algérien, Ed OPU 1996.
- 7 -Isabelle Barrière Brousse, Méлина Douchy-Oudot, Les contentieux familiaux, 2ème ed, Ed LGDJ, 2016.
- 8-Isabelle Corpart, L'autorité parentale, son contenu, les modalités de son exercice, les limites de son exercice. Ed A.S.H, 2003.
- 9- Pierre Rosenezveig, le dispositif français de protection de l'enfance, Ed Jeunesse et droit. 2005.
- 10- Jean Le camus, Un père pour grandir, essai sur la paternité. Ed réponses, Robert Laffont 2011.
- 11 - Laurent Delpart, l'autorité parentale et la loi, droits et devoirs des parents. Ed éclairage, 2006.
- 12- Philippe Malaurie, Hugues Fulchiron : « droit civil la famille 2^{ème} Ed Defrénois, 2006.

II-OUVRAGES EN LANGUE ARABE:

- 1- Abou Ghaba abdel âdîme, Hôukôuk al mahdoun, dirassa fî âchriâ alîslamîâ, tome 1 dâr êlfikr âldjmî, mâsr 2013.
- 2- Larbi Belhadj, Alwadjîz fî sharh quânun al usrâ aldjâzâîrî, OPU, Alger, 3^{ème} éd., tome 1, 2004.
- 3- Mohamed Youcef Moussa, ahkâm âlahwâl achâkhsîa, tome 1.

III-ARTICLES DE REVUES :

- 1-Hadjira Benchikh- Hocine Dennouni, La garde : un attribut de la maternité en droit algérien, *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 38 N°3, Juillet-septembre 1986. pp. 897-917.
- 2- Nahas M. Mahieddin , “la Hadhana” dans les pays du Maghreb, rev, cahier de LADREN, n°01.
- 3-Nadia Ait-Zai analyse les imperfections du code de la famille, « les deux parents doivent partager l'autorité sur leurs enfants », site d'internet : www.liberte-algerie.com. Vue le : 15/02/2019.

III- LES LOIS:

- 1- Code de la famille Algérien.
- 2- Code Civil Français.