

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

L'attribution de la garde doit être exclusivement guidée par l'intérêt de l'enfant. Cela entraîne un plus grand pouvoir d'appréciation du juge. Tout déplacement de l'enfant doit se faire d'entente avec le titulaire de la garde quel qu'il soit. En cas de conflit, c'est au juge d'intervenir pour remédier à la situation. La règle interdisant la garde de l'enfant chez des personnes le haïssant, sa belle-mère par exemple, peut servir au juge de critère pour l'attribution de la garde. L'élaboration d'une réglementation relative à la jouissance du domicile de la garde par la gardienne et l'enfant en cas de répudiation ou de divorce nous paraît très importante. La protection de la femme répudiée ou divorcée et de ses enfants se justifie pleinement.

Le droit de visite, prévu par le droit musulman, est garanti par la législation algérienne, à l'instar du droit français, des sanctions pénales, amende ou emprisonnement, en cas de non présentation du mineur.

La garde doit être conjointe pendant le mariage, à condition d'établir une parfaite égalité entre les époux. A la dissolution du mariage, nous concevons parfaitement le maintien de la garde en tant que privilège de la mère. La réalisation de l'intérêt de l'enfant est liée à l'instauration de l'égalité entre l'homme et la femme.

4-Chawqi<sup>59</sup>attribue une quatrième opinion selon laquelle la garde est un des effets de la filiation et qu'elle est par conséquent soumise à la loi du père au moment de la naissance.

En conclusion, nous constatons qu'en Algérie c'est la loi nationale du père, qui est déterminante pour le rattachement de la garde en droit international privé. La mère n'influence la loi applicable qu'à travers l'article 13CCA, lorsque le père est étranger, il suffit qu'elle soit algérienne au moment du mariage d'une part, et que le juge qualifie la garde comme effet du mariage ou de divorce d'autre part.

Au terme de notre étude la hadanah en droit musulman et dans le droit algérien, il se dégage une impression d'insatisfaction quant à la réglementation de la hadanah. Il existe, sans aucun doute, un besoin de réformes, imposées par l'évolution des structures économiques et sociales ; elles ne sont pas aisées à entreprendre, compte tenu du poids des valeurs traditionnelles dans le pays. La tâche est d'autant plus difficile qu'il s'agit d'effectuer une synthèse entre la tradition et les exigences actuelles. L'important c'est de donner à la société algérienne un droit qui lui est adapté. Il ne s'agit guère d'essayer de lui imposer un modèle occidental qui ne ferait qu'agrandir le fossé entre le droit et la réalité.

Les réformes doivent porter sur plusieurs éléments de la garde et avant tout sur son essence même. La hadanah doit englober l'éducation complète, avec tous ses aspects. L'apport du titulaire de la garde ne doit plus être ignoré ou minimisé. La hadanah doit revêtir un caractère propre et être considérée comme une institution sui generis comprenant des caractéristiques de certaines institutions voisines, la tutelle sur la personne par exemple.

---

<sup>59</sup>- Chawqi, Qadaya al-hukumah, 1979, année 23, n°2, p.60-61.

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

Charfi<sup>56</sup> exprime son étonnement face à cette disposition légale. Il constate que le privilège de nationalité est d'habitude institué pour favoriser le justiciable national dans un conflit mixte. Mais en Algérie, c'est le résultat contraire qui découle de la loi. Le privilège n'intervient que lorsque la règle de conflit désigne une loi étrangère, c'est-à-dire lorsque la femme est algérienne et le mari étranger. Et Charfi de conclure qu'il n'y a pas de désir chez le législateur de privilégier les nationaux, mais simplement la volonté de rester fidèle à la tradition islamique qui prévoit l'application du droit musulman dans les conflits mixte.

2- D'après la deuxième théorie, la garde est considérée comme un des effets de la dissolution du lien conjugal. La loi nationale du mari au moment de la répudiation, de l'acte introductif du divorce ou de la séparation détermine la personne à laquelle revient la garde et les conditions de celle-ci (article 12 alinéa 2 CCA). Cependant, si l'un des époux est algérien au moment de la conclusion du mariage, la loi algérienne continue à s'appliquer exclusivement, même si cet époux change de nationalité entre la célébration du mariage et la répudiation, l'action en divorce ou la séparation de corps (article 13 CCA).

3- Conformément à une troisième théorie, se basent sur l'article 15 CCA pour déduire les principes s'appliquant à la garde en cas de conflit international. Cet article dispose « Les règles de fonds en matière d'administration légale, de curatelle et autre institutions de protection des incapables et des absents, sont déterminées par la loi nationale de la personne à protéger. ». Ces auteurs<sup>57</sup> admettent l'application par analogie de la réglementation concernant la tutelle à la garde, puisque son but consiste à protéger les incapables. Ils se réfèrent également à l'opinion de Niboyet qui soumet les problèmes de la garde aux règles de la tutelle<sup>58</sup>.

---

56- Charfi, Recueil des Cours, 1987-III, p.415-416.

57- Kamal et Chams-ad-din, cités in Riad et Rachid, Tanazu, p.489 ss.

58- Cf. également De Szaszy, Droit, p.393.

1- Selon la première opinion, la garde est un effet du mariage. Par conséquent, c'est la loi nationale du mari au moment de la conclusion du mariage qui s'y applique. L'application de la loi nationale du mari au moment de la conclusion du mariage se fonde sur l'article 12 CCA qui disposent à son alinéa 1 que « les effets du mariage. Y compris ceux qui concernent le patrimoine, sont soumis à la loi nationale du mari, au moment de la conclusion du mariage ». De ce fait, L'enfant de père algérien au moment du mariage est soumis à la loi algérienne quant à sa garde. Si c'est la mère qui est de nationalité algérienne au moment du mariage.

Mais cette première qualification de la garde ne se vérifie pas toujours si clairement, comme le relève Abd-Allah<sup>54</sup>. Ce dernier cite un arrêt du Tribunal de première instance du Caire qui, le 1er janvier 1952, surmonte ses hésitations en renonçant à qualifier la garde comme effet du mariage ou comme tutelle. Le tribunal se réfère aux circonstances de l'espèce selon lesquelles le père et l'enfant sont de même nationalité, d'où l'indifférence, par rapport au résultat, de l'application de l'une ou de l'autre loi nationale.

L'exception prévue par l'article 12 CCA est largement critiquée car elle conduit à l'application du droit algérien, si l'un des époux est algérien au moment du mariage, même si cet époux perd cette nationalité par la suite. La même règle ne s'applique cependant pas au cas où l'un des époux étrangers acquiert la nationalité algérienne après le mariage. La solution consisterait<sup>55</sup>, à exiger que l'un des époux soit algérien non à la conclusion du mariage, mais au moment où se produisent les effets du mariage ou au moment de la répudiation ou de l'introduction de l'action.

---

54- Abd-Allah, Tanazu, p.330.

55- Kamal et Chams-ad-din, cités in Riad et Rachid, Tanazu, p.319.

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

Il convient de mentionner ici l'idée d'un code européen de droit musulman avancée par Riad<sup>52</sup>. Cette proposition émerge de la recherche par l'auteur du meilleur moyen pour assurer une coexistence, dans la société occidentale, entre la communauté musulmane et les autres communautés, après la constatation que les règles de conflit sont inadéquates pour réaliser ce but. Ce code contiendrait des règles matérielles de statut personnel qui seraient appliquées aux musulmans étrangers résidant en Europe, s'ils optent pour le système musulman. Ils pourraient de cette manière établir leur identité, en harmonie avec la société dans laquelle ils doivent s'intégrer. L'auteur prévoit de limiter l'application du Code européen aux seuls musulmans établis en Europe, dont les liens avec leur pays d'origine sont rompus, à l'exclusion des musulmans européens et de ceux non établis en Europe qui maintiennent des liens étroits avec leurs pays d'origine<sup>53</sup>. Cette idée peut apporter des solutions aux multiples conflits qui existent entre les deux rives, par contre, ce Code ne donne pas de réponses aux conflits découlant des mariages mixtes entre musulmans étrangers et non-musulmans. On pense que la réalisation de ce projet nous paraît difficile. La réception d'un statut spécifique pour les musulmans, dans le droit interne laïc des pays européens concernés, ne va pas de soi, l'intervention de l'ordre public de ces pays sera d'une grande application.

En Algérie, les règles de conflit de lois sont contenues dans les articles 9 à 24 CCA.

Le législateur algérien reste muet sur la loi applicable à la garde en droit international privé. Plusieurs tendances se dégagent de la doctrine et de la jurisprudence.

---

52- Riad, code européen, in Carlier et Verwilghen, 1992, p.379-382.

53- Dina Charif Feller, La Garde, en droit musulman et dans le droit Egyptien, Syrien et Tunisien, p.223.

Pour Monoger<sup>49</sup>, les difficultés auxquelles se heurte l'application des conventions bilatérales se situent, d'une part, dans le champ d'application de ces conventions, d'autre part, dans l'exception d'ordre public. S'agissant du champ d'application des conventions, celles-ci ne définissent pas l'enfant. Il en découle des problèmes quant à la limite d'âge à prendre en compte, quant au statut des enfants illégitimes ou adoptés et quant à la double nationalité. D'agissant de l'exception d'ordre public, elle a pour effet d'écarter une loi ou une décision étrangère en privilégiant les conceptions fondamentales d'un Etat. Il en est ainsi à l'article 4 de la Convention franco-marocaine qui prévoit que « la loi de l'autre Etat peut être écartée, si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».

La convention relative aux droits de l'Enfant, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989, oblige les Etats qui la ratifient à intervenir plus vigoureusement lors d'enlèvements d'enfants. Elle assure à ces derniers à son article 9 le droit de maintenir des contacts avec l'un et l'autre de leurs parents en cas de séparation. Elle exige des Etats, à son article 11, qu'ils prennent des mesures pour lutter contre les déplacements illicites d'enfants à l'étranger. L'adhésion des pays de droit musulman à cette Convention n'est pas pour autant garantie. Elle risque de buter sur certains points, telle l'interdiction à l'article 2 de la discrimination par les Etats entre les enfants, motivée par leur naissance ou la situation juridique de leurs parents. Or la filiation naturelle et l'adoption, ignorées par le droit musulman, constituent une telle discrimination<sup>50</sup>. Certes l'article 20 de la Convention prévoit comme protection de substitution de l'enfant la Kafalah de droit islamique dite aussi « adoption de récompense ou testamentaire »<sup>51</sup>. Celle-ci ne crée pas de filiation, mais autorise la garde de l'enfant et son héritage dans certaines limites.

---

49- Monoger, JCP, 5 août 1992, 66<sup>e</sup> année, n° 32, p.357-358.

50- Monoger, JCP, 5 août 1992, 66<sup>e</sup> année, n°32, p.357-358.

51- Bennouna, AFDI, 35(1989), p.433-445 et p.439-440.

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

Néanmoins, l'importance de ces Conventions réside dans l'influence qu'elles peuvent avoir sur d'éventuelles conventions bilatérales conclues entre les pays intéressés<sup>48</sup>, comme la convention franco-algérienne du 21 juin 1988 relative aux enfants issus de couples mixtes séparés, entrée en vigueur le 1er août 1988 ; la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, entrée en vigueur le 13 mai 1983 ; la convention franco-tunisienne du 18 mars 1982 relative à l'entraide judiciaire en matière de garde des enfants, de droit de visite et d'obligations alimentaires, entrée en vigueur le 1er juillet 1983 ; la convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière sociale, commerciale et administrative, entrée en vigueur le 7 août 1983. Ces conventions portent sur la coopération et l'organisation entre les Etats de la restitution des enfants en cas d'enlèvement.

Cependant, il reste de relever des difficultés pouvant découler de la « prolifération » des conventions et de l'absence d'harmonie » lors de leur élaboration. Alors que la Convention de la Haye de 1961 s'applique à tous les mineurs ayant leur résidence habituelle dans un des Etats contractant, la Convention franco-algérienne dispose à son article 5 « 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 », et dans l'article 11 « Aux fins de la mise en œuvre de l'article 8, le parent qui a la garde de l'enfant saisit l'autorité centrale ou directement le Procureur de la République du lieu où s'exerce habituellement la garde. Le Procureur de la République compétent requiert sans délai l'utilisation de la force publique pour une exécution forcée assurant le retour effectif de l'enfant sur le territoire d'où il est parti ».

---

48- Charfi, Recueil des cours, 1987-III, p.454

en vigueur tant que les autorités de la nouvelle résidence ne statuent pas. Celles-ci doivent par ailleurs aviser les autorités de la précédente résidence habituelle avant toute modification (article 4). L'article 9 permet, dans les cas d'urgence, par exemple en cas d'enlèvement d'enfant, aux autorités de l'Etat sur le territoire duquel se trouve le mineur d'intervenir. Selon l'article 7 « les mesures prises par les autorités compétentes en vertu des articles précédents de la présente Convention sont reconnues dans tous les Etats contractants ». Mais il ne peut s'agir que de mesures ne comportant pas d'acte d'exécution tel le transfert de l'autorité parentale. En cas contraire, le droit interne de l'Etat ou l'exécution est requise s'applique<sup>45</sup>. Comme elle n'a pas été adoptée par l'Algérie, la Convention de la Haye de 1961 ne nous retiendra pas davantage.

Face aux difficultés d'obtenir l'exequatur des jugements nationaux et afin de pallier les conséquences dramatiques engendrées par les enlèvements d'enfants, la communauté internationale a recouru à l'instrument de la convention internationale. C'est ainsi qu'une première Convention relative à la reconnaissance et à l'exécution des décisions de garde a vu le jour au Luxembourg le 20 mai 1980 (RS0.211.230.02). Aucun des pays étudiés n'a adhéré à ces Conventions.

S'agissant du non participation du monde musulman à la Conférence de la Haye, Charfi<sup>46</sup> déclare que « le facteur religieux constitue la raison principale qui explique le fait que les pays musulmans restent en retrait par rapport à ce droit universel en formation ». En effet, le droit algérien s'inspire de la tradition musulmane, d'où son incompatibilité avec les dispositions des conventions internationales, notamment en matière de garde et de tutelle des enfants<sup>47</sup>.

---

45- Dutoit, Nouveau, p.57 Cf. également FF 1983 I 366.

46- Charfi, Recueil des Cours, 1987-III, p.337.

47- Bouraoui, RTD n° spécial 1983, p.425 ss, en particulier p.434.



## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

spéciales », 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.

Ce préambule, et quelques autres articles de cette Convention me conduisent à montrer que la loi islamique avait posé ces principes et beaucoup d'autres d'ailleurs, non dans les années 50 mais 14 siècles auparavant. Je me limiterai au seul sujet de la garde de l'enfant pour montrer que si les Etats-Unis ont partagé l'autorité parentale dans la seconde moitié du 20e siècle, l'Islam avait fait la même chose 14 siècles auparavant.

La convention de la Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la applicable en matière de protection des mineurs (RS0.211.231.01) touche tout mineur ayant sa résidence habituelle dans un des pays signataires, sans égard à sa nationalité et indépendamment du fait que son pays d'origine est signataire de la Convention ou ne l'est pas. La Convention précise à son article 12 qu'elle s'applique aux personnes considérées comme mineurs tant par leur droit national que par celui de leur résidence habituelle.

Cette Convention ne concerne qu'en partie la garde des enfants, puisqu'elle règle surtout les mesures tutélaires. En outre, elle ne contient aucun article sur les enlèvements d'enfants. Cependant, l'article 5 prévoit, en cas de déplacement de la résidence habituelle du mineur d'un Etat à un autre, que les mesures prises dans le premier Etat, telles la garde ou le droit de visite, restent

appliquer à la fois ; dans certains pays ; les règles de droit interne et celles de droit international privé.<sup>41</sup> Sa décision pourra cependant se heurter à celle rendue en faveur de l'autre parent qui est allé chercher justice dans son propre pays. La dissolution d'un mariage mixte peut engendrer des conséquences dramatiques.<sup>42</sup> Ainsi, celui des époux auquel le droit de garde est retiré peut être tenté d'emmener ses enfants avec lui. Le déplacement, plus problématique s'il se fait vers l'étranger, peut être suivi d'un contre-enlèvement, lorsque la tentative du parent, auquel la garde est attribuée, de récupérer son enfant par la voie judiciaire se solde par un échec.

Dès les années 1970, les enlèvements internationaux d'enfants se sont multipliés<sup>43</sup>. L'opinion publique a été alertée par les actions spectaculaires, entreprises par des mères françaises victimes de l'enlèvement de leur enfants, telles l'occupation de l'ambassade de France à Alger de juin à novembre 1985 et la marche de Paris à Genève en 1987.

Pour Charif<sup>44</sup>, il convient de tenter d'abord une analyse de la nature du conflit entre les normes juridiques et les normes socioculturelles en présence et d'essayer de comprendre les éléments de ce conflit, puis de chercher les solutions adéquates. L'auteur situe l'origine du problème dans la difficulté de concilier des civilisations différentes et des normes juridiques opposées, et non pas dans une mauvaise volonté des Etats concernés pour trouver des solutions justes. Nous partageons cette opinion.

Dans son préambule, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant 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

---

41- Dina Charif Feller, La Garde, en droit musulman et dans le droit Egyptien, Syrien et Tunisien, p.219.

42- Monéger, JCP, 5 août 1992, 66<sup>e</sup> année, n°32, p.354.

43- Monéger, JCP, 5 août 1992, 66<sup>e</sup> année, n°32, p.354.

44- Charif, Recueil des Cours, 1987-III, p339-340.

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

L'article 69 du code algérien de la famille, d'inspiration malikite, se contente d'exiger du titulaire de la garde qui change de résidence de ne pas s'installer à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs envers son pupille, au risque pour lui d'être déchu de son droit. Il déclare « Si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt de l'enfant ». L'article précise uniquement le déplacement à l'étranger, son tenir compte du déplacement dans le même pays et au critère Malikite de la distance de six burud. La détermination du degré d'éloignement est devenue une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges qui fondent leur décision sur des éléments concrets, variable d'une espèce à l'autre.

Depuis un certain nombre d'années les mariages mixtes, est par conséquent les divorces entre personnes de nationalités différentes, vont en augmentant dans le monde entier, et plus particulièrement dans les pays à forte immigration<sup>38</sup>. Nous n'aborderons pas les multiples raisons qui conduisent à la rupture du lien conjugal<sup>39</sup>. Nous nous bornons à constater que c'est généralement à ce moment là que la situation des enfants se détériore. L'organisation des rapports parents-enfants s'avère déjà difficile lorsque les époux divorcés sont de même nationalité et de même religion ; elle le devient encore plus dans le cadre d'un mariage mixte<sup>40</sup>.

La prise de mesures destinées à protéger les enfants s'impose. Le rôle du juge est d'intervenir le plus tôt possible pour sauvegarder non seulement les droits de l'enfant, mais aussi ceux des parents. Dans ce but il est amené à

---

38- Reymond, RDS 1981 I, p.329. Jean De La Guérivière, Le Monde, 20 juin 1984, Le nouveau code de la famille prend en charge le progrès sans tourner le dos à la religion islamique ; ch, Le Monde, 16 juin 1985, Les mères des enfants retenus en Algérie préparent de nouvelles actions ; Fémina, 28 août 1993, n° 35, p.15. Charif, RJL janvier 1990, année 34, n°1, p.40.

39- Mezieu, Relations, p.10 ss.

40- Charif, Recueil des Cours, 1987-III, p.325 ss, p.338. Carlier et Verwilghen, 1992, p.33.

Le titulaire de la garde de sexe féminin qui se marie à une personne étrangère à l'enfant ou parente de celui-ci, mais à un degré n'empêchant pas le mariage, tel son cousin paternel, se voit retirer la garde. A la base de cette règle du droit musulman se trouve un récit du Prophète qui aurait dit à une femme répudiée par son mari : « Ton droit prévaut tant que tu ne te maries pas ». En l'espèce, le père veut enlever l'enfant à sa mère. Mais cette règle s'applique à fortiori à tout autre titulaire de la garde<sup>36</sup>. L'article 66 du code algérien de la famille confirme cette position, il déclare « La titulaire du droit de la garde se mariant avec une personne non liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé, est déchue de son droit de garde. ».

Tant que la gardienne exerce son droit de garde, elle n'est pas libre de se déplacer. Les Malikites n'autorisent la femme à voyager avec l'enfant dans une autre ville que celle où se trouve le père ou le tuteur seulement aux conditions suivantes :

La mère ne saurait installer son enfant à plus de six burud du lieu où habite le père ou le tuteur ;

Le but du voyage doit être la résidence et l'établissement et non le commerce ou l'accomplissement d'une affaire quelconque.

La sanction qui frappe la mère répudiée lorsqu'elle s'établit dans un pays éloigné de celui du père est la dévolution du droit de la garde au père.

Les Malikites admettent même la déchéance de la femme de son droit de garde et dévolution au mari, si celui-ci décide de transférer son lieu de résidence et d'établissement (distance d'au moins six burud) et que la femme refuse de le suivre. Toutefois la déchéance de la mère n'intervient que si le nourrisson ne refuse pas l'allaitement par une autre femme<sup>37</sup>.

---

36- Badran, Houqouq, p.70.

37- Jaziri, Kitab, p.601.

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

en tout temps et ne peut être contrainte, même judiciairement, à son exercice. Ce droit peut également faire l'objet par elle de toute convention avec son mari, tendant soit à en étendre, soit à en restreindre la portée<sup>34</sup>.

En droit Algérien, la garde est considérée par le législateur comme un droit du titulaire de la garde. L'ordre des dévolutaires de la hadanah, établie par l'article 62 du code algérien de la famille, confirme cette tendance. Il en va de même pour le droit reconnu au titulaire de la hadanah selon l'article 66 du même code, de renoncer à la garde qui revient alors à la personne suivante, selon l'ordre établie par l'article 62. L'article 66 du code algérien de la famille déclare « La titulaire du droit de garde se mariant avec une personne non lié à l'enfant par une parenté de degré prohibé, est déchue de son droit de garde. Celui-ci cesse également par renonciation tant que celle-ci ne compromet pas l'intérêt de l'enfant ».

Cependant, et selon l'article, le juge doit prendre en considération l'intérêt de l'enfant, et il a le droit de refuser la demande de la mère de renoncé a son droit de garde, ces dans ce sens qu'un arrêt, rendu le 21/04/1998, par la Cour de Cassation, reconnaît clairement que la garde est un droit de l'enfant, et qui a attribué la garde a la mère malgré sa demande de renonciation a la garde<sup>35</sup>.

La garde peut être retirée à son titulaire, sans qu'aucune faute lui soit imputable et uniquement dans le souci de protéger l'enfant. Ainsi en va-t-il par exemple en cas de remariage du titulaire de sexe féminin avec une personne non liée à l'enfant par une parenté au degré prohibant le mariage, ou en cas de transfert de domicile de la gardienne, si cela est préjudiciable à l'enfant ou au tuteur.

---

34- Dina Charif Feller, La Garde, en droit musulman et dans le droit Egyptien, Syrien et Tunisien, p.80.

35- Cour de cassation dans son arrêt du 20/04/1998 Dossier N°189234, Revue Juridique, 2001, p.175.

opinion est partagée par Ladjili <sup>32</sup>pour qui la hadanna du droit musulman est conçue et aménagée d'abord pour le plus grand avantage du père.

En Algérie le législateur étend à deux reprises la durée de la garde qui peut aller aujourd'hui jusqu'à l'âge de seize ans pour le garçon et jusqu'au l'âge de mariage pour les filles, L'article 65 du code algérien de la famille dispose « 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 ».

Il est intéressant d'examiner la portée du critère de l'intérêt de l'enfant, telle qu'elle est précisée par la jurisprudence, quant à certains de ces articles. Cour de cassation <sup>33</sup>dans son arrêt du 18/02/1997, a attribuer la garde de l'enfant a son père suite au conseil de l'assistante sociale et selon l'intérêt de l'enfant. La Cour de Cassation déclare, que la Hadanna est instaurée dans l'intérêt de l'enfant. Dans cette affaire La garde est attribuer au père ou réside l'intérêt de l'enfant.

Il convient de ne pas confondre la renonciation à la garde de la part de son titulaire et le retrait de la garde qui peut se fonder sur plusieurs raisons.

En ce qui concerne la renonciation à la garde, si la garde était établie exclusivement dans l'intérêt de l'enfant en droit musulman, elle constituerait une obligation pour son titulaire. Mais la solution donnée à ce problème n'est pas aussi nette. Dans le rite Malikite, Hanbalite, et Chafi'i admettent que la hadanna est un droit absolu a la mère. Par conséquent, celle-ci peut y renoncer

<sup>32</sup>- Ladjili, RTD 1972, p.42.

<sup>33</sup>- Cour de cassation dans son arrêt du 18/02/1997, Dossier N°153640, Revue Juridique, N° 1, p.39

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

Le droit musulman semble par conséquent n'opérer qu'une relative prise en considération de l'intérêt de l'enfant, puisque celui-ci passe à un moment donné de toute façon au père, sans tenir compte de ses réels besoins à ces moments-là.

Jambu-Merlin fait également remarquer que le droit musulman admet la déchéance du titulaire de la garde pour des raisons tenant plus à l'autorité du père que pour des motifs tirés de l'intérêt de l'enfant. Les exemples qu'il cite à ce sujet sont les suivantes : le déplacement du domicile de la personne qui a la garde ayant pour résultat l'éloignement de l'enfant de son père et l'empêchement de sa surveillance ; ou encore : la fâcheuse influence de la gardienne sur l'enfant tentant de le détourner de son père. L'auteur admet le remariage du titulaire de la garde comme seul motif de déchéance, tiré de l'unique intérêt de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant n'intervient en tant que critère de la dévolution de la garde en droit musulman qu'en dernier ressort : le juge ne remet l'enfant à celui qui semble pouvoir satisfaire à ce critère qu'au cas où aucun des attributaires légaux, c'est-à-dire fixés dans la liste, ne peut s'occuper de l'enfant.<sup>29</sup>

Selon Béji<sup>30</sup>, l'intérêt de l'enfant en droit musulman n'est pas un critère d'attribution de la garde, mais bien un critère servant à expliquer la raison d'être de l'institution. D'où une liste limitative des attributaires des enfants. La notion d'intérêt de l'enfant ne trouve pas sa place en droit musulman, car le véritable intéressé est le père pour qui la moralité, la fermeté et le développement de l'enfant représente la fortune, l'honneur du groupe. Le fait qu'il y ait une échelle de dévolutaires de la garde marque le désintérêt que manifestent les docteurs musulmans pour l'intérêt de l'enfant<sup>31</sup>. Cette

---

29- Dina Charif Feller, La Garde, en droit musulman et dans le droit Egyptien, Syrien et Tunisien, p.61.

30- Béji, Garde, p.8.

31- Béji, Garde, p.32.

Cependant, il faut souligner que l'institution de la garde et sa durée, se fondent sur l'intérêt de l'enfant en droit musulman, citons Ibn-Chayba, qui rapporte dans son Recueil que Omar Ibn al-Khattab, compagnon du Prophète, répudie sa femme Gamila qui se remarie. Omar reprend alors son fils, mais sa grand-mère maternelle le lui prend à son tour. Tous deux en réfèrent alors à Abu-Bakr. Celui-ci attribue l'enfant à sa mère en disant : « Elle est plus tendre, plus affectueuse et plus douce ». Selon une autre version, Abu-Bakr aurait dit à Omar « L'odeur de la mère, son toucher et son sein sont meilleurs pour l'enfant que le miel qui l'attend chez toi ; laisse le donc chez elle jusqu'à ce qu'il grandisse »<sup>26</sup>.

Selon Sabbagh, « il résulte clairement des opinions des juristes du droit musulman que la garde elle-même n'a été conçue que dans l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt doit primer toute autre considération dans l'attribution de ce droit tant aux femmes qu'aux hommes. Les juristes n'ont consacré son attribution à la mère qu'après avoir reconnu qu'un plus grand avantage en découle pour l'enfant. Ils s'en sont expliqués en disant que la tendresse occupe ici la première place, que la femme est naturellement constituée pour s'occuper de son enfant et que cela correspond mieux au rôle de la femme au foyer<sup>27</sup>.

Jambu-Merlin<sup>28</sup> exprime une opinion plus nuancée. Il constate au sujet de la garde : « C'est un droit de la mère ou à son défaut des parents maternels, qui cède en principe devant le droit absolu du père de réclamer l'enfant à partir d'un certain âge. Il s'agit donc d'une évaluation assez approximative de l'intérêt de l'enfant, fondée sur cette constatation que le jeune enfant a particulièrement besoin des soins maternels.

---

26- Sabbagh, RTD 1969-70 , p.53.

27- Sabbagh, RTD 1969-70, p.53.

28- Jambu-Merlin, Droit, p256.



## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

de la famille dispose que « Le droit de garde consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et moral », de ce fait, le titulaire de la garde doit être saint d'esprit, honnête, capable de pourvoir aux besoins de l'enfant, indemne de toute maladie contagieuse

La fixation de la durée de la garde doit répondre à deux critères : l'intérêt de l'enfant d'abord, le droit des parents à l'exercice de la garde ensuite. Le fiqh n'est pas unanime quant à la durée de la garde, le Coran ne précisant pas quand elle prend fin. Elle varie donc d'une Ecole à l'autre.

En droit Malikite, la garde dure jusqu'à la puberté pour les garçons et jusqu'à la consommation du mariage pour les filles, la présence de la mère même après l'acte de mariage étant jugée indispensable. Si le garçon atteint l'âge de la puberté en étant jugée indispensable. Si le garçon atteint l'âge de la puberté en état de maladie ou de démence, la garde cesse néanmoins<sup>25</sup>. Cependant, l'enfant ne peut choisir le parent auprès duquel il souhaite rester à la fin de la garde. En effet, son choix risque de se porter sur celui qui est le plus souple quant à son éducation.

En Droit Algérien, l'article 65 du code algérien de la famille dispose « 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.

Toute fois, il sera tenu compte, dans le jugement mettant fin à la garde, de l'intérêt de l'enfant ».

---

25- Zuhayli, Ahwal, p.743.

Le rite malikite et hanafite n'exigent pas que le titulaire de la garde de sexe féminin ait la même confession de l'enfant gardé. C'est ce qu'a déclaré la Cour de cassation dans son arrêt du 13 -Mars 1989<sup>20</sup>. Dans un tel cas, le droit de garde n'est cependant pas absolu chez les hanafite. Il peut être restreint lorsque la femme risque d'influencer la foi de l'enfant et que celui-ci atteint l'âge ou il est capable de discernement en matière de religion. Comme cet âge correspond selon le fiqh à peu près sept ans, c'est-à-dire à celui ou la garde prend normalement fin, tout au moins pour le garçon, la réserve Hanafite perd de sa portée. Mais lorsque le titulaire de la garde tente de détourner l'enfant de la religion de son père en lui incluant la sienne, l'enfant lui est immédiatement soustrait dès avant l'âge de sept ans<sup>21</sup>.

Chez les Malikites, l'enfant en ce cas n'est pas retiré à la gardienne non-musulmane, mais celle-ci est soumise au contrôle d'un musulman<sup>22</sup>.

La raison pour laquelle les deux rites n'exigent pas l'unité de confession entre la gardienne de sexe féminin et l'enfant est que la garde de la femme est considérée comme basée sur la pitié, qui la pousse à s'occuper de l'enfant, alors que le fondement de la garde pour le titulaire de sexe masculin, parent agnat, se trouve dans la vocation successorale. En droit musulman, la disparité de confession empêche la naissance d'un droit à la succession<sup>23</sup>. D'où nécessité de l'unité de religion entre l'enfant et son gardien de sexe masculin. En revanche, si à défaut de tout parent agnat la garde est attribuée à un mâle du côté des femmes, celui-ci ne doit pas avoir la même religion que l'enfant<sup>24</sup>.

Selon le droit algérien, le titulaire de la garde doit remplir les mêmes conditions que celles du droit malikite. Selon l'article 62 du code algérien

---

20- Jugement n° 52221, cité in Revue juridique, n° 1, année 1993, p48.

21- Dina Charif Feller, La Garde, en droit musulman et dans le droit Egyptien, Syrien et Tunisien, p.183.

22- Jaziri, Kitab, p.598.

23- Abd-al-Hamid, Ahwal, p.406-407.

24- Dina Charif Feller, La Garde, en droit musulman et dans le droit Egyptien, Syrien et Tunisien, p.184.

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

Le rite malikite exige une autre condition particulière : que le titulaire de la garde soit indemne de toute maladie contagieuse. De même, l'homme titulaire de droit de garde doit avoir auprès de lui, chez les Malikites, une femme pour prodiguer les soins à l'enfant.

5-Le titulaire de la garde doit être digne de confiance. Il n'est, par exemple, pas apte à la garde si sa conduite n'est pas irréprochable, s'il s'absente trop de son domicile de manière à ne pas pouvoir s'occuper de son enfant.

6-Le titulaire de la garde, de sexe féminin uniquement, ne doit pas être marié à un étranger par rapport à l'enfant, c'est-à-dire à une personne qui n'est pas parente de l'enfant à un degré prohibant le mariage avec lui. Il peut ne pas être marié, ou marié à un parent au degré interdit, comme l'oncle de l'enfant.

7- Le titulaire de la garde ne doit pas être apostat, car il est alors enfermé, jusqu'à ce qu'il revienne sur son apostasie. De ce fait, il ne peut s'occuper de la garde.

8- Le titulaire de la garde ne doit pas habiter avec l'enfant chez des personnes qui lui veulent du mal.

9-Le titulaire de la garde doit être parent à degré prohibant le mariage, comme sa mère, sa tante maternelle ou parentèle ainsi que sa grand-mère maternelle ou paternelle.

Qu'en est-il si le titulaire de la garde est d'une confession autre que celle de l'enfant ? Cette question est d'une grande importance pratique. En effet, il arrive que l'épouse non-musulmane se convertisse à l'islam, mais ce n'est pas nécessairement le cas des autres femmes de sa famille auxquelles serait dévolue la garde.

de la famille il dispose « 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 31,33 et 34 de la présente loi ».

Béji<sup>17</sup> fait remarquer que la nécessité de traiter sur un même pied l'enfant du divorce et celui issu d'une union viciée s'impose, car la différence entre une union valable et un mariage nul, relève, quant à la garde, d'un concept théorique propre au droit et souvent contraire à la réalité.

L'attribution de la garde à son titulaire n'est pas automatique. Il doit remplir des conditions bien déterminées. Celles-ci sont supposées assurer le bien de l'enfant<sup>18</sup>. L'aptitude à la garde en droit musulman malikite, se détermine par des conditions cumulatives<sup>19</sup>.

1- Le titulaire de la garde doit être libre, car la personne asservie est occupée à servir son maître et ne peut donc se vouer à l'éducation de son enfant.

2- Le titulaire de la garde doit être pubère. La puberté confère la majorité quant à la personne mais pas quant aux biens. C'est ainsi que la sœur aînée qui n'est pas pubère, ne pourra pas assumer la garde de son frère, puisqu'elle-même y est encore soumise.

3- Le titulaire de la garde doit être sain d'esprit, car s'il ne l'est pas, l'enfant ne sera pas en sécurité avec lui. En effet, s'il ne peut pourvoir à ses propres besoins, il ne pourra, à plus forte raison, pourvoir à ceux de l'enfant. Il ne doit donc être ni fou, ni faible d'esprit.

4- Le titulaire de la garde doit être apte à élever l'enfant et à le protéger. S'il est par exemple aveugle ou très âgé ou malade, il peut être déclaré inapte à la garde.

---

17- Béji, Garde, p.61.

18- Sabbagh, RTD 1969-70, p.56.

19- Abd-Al-Hamid, Ahwal, p404 et ss.

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

en produit. Mais la plupart des fuqaha malikite et des autres rites ne font pas cette distinction<sup>14</sup>. Cette divergence d'opinion dans la doctrine se manifeste également au sujet des motifs qui rendent un mariage batil ou fassid, comme par exemple lorsqu'il est conclu en l'absence de témoins, lorsqu'il est assorti d'une limite dans le temps ou lorsqu'existe un empêchement au mariage, tel la parenté ou la retraite de continence pour une femme répudiée ou divorcée. La paternité de l'enfant né d'un mariage nul, c'est-à-dire fassid et consommé pour ceux qui font la distinction entre batil et fassid, est attribuée au mari. La mère obtient la garde des enfants jusqu'à la fin de la durée légale, si elle remplit les conditions nécessaires. En cas contraire, c'est l'ordre des dévolutaires qui entre en jeu.

Le mariage entre une musulmane et un non-musulman étant prohibé dans l'islam<sup>15</sup>, sa conclusion est réputée nul. L'enfant issu d'une telle union est un enfant illégitime par rapport à son père. Quant aux liens de cet enfant avec sa mère, il en est de même que pour l'enfant né dans le mariage ou hors mariage : la filiation par rapport à la mère est toujours établie par la naissance même de l'enfant<sup>16</sup>. La mère est titulaire de la garde de cet enfant, tant qu'elle remplit les conditions nécessaires.

En Algérie les causes de nullité du mariage sont énumérées dans les articles 32, 33,34 et 35 du code algérien de la famille, (du décret-loi 02-05). L'article 30 précise que : « Les femme prohibées temporairement sont :...le mariage d'une musulmane avec un non-musulman... ».

L'enfant issu d'un mariage fassid mais consommé est considéré comme légitime. Sa garde sera confiée, comme en cas de divorce, à l'un des parents ou à une tierce personne. Cela découle de l'article 40 du code algérien

---

14- Sabuni, Zawaj, p.252.

15- Sourate de la Vache, II, 221.

16- Abu Zahra, Ahwal, p.398, Abd-At-Tawwab, Wassit, p.216.

La garde est ensuite confiée aux sœurs germaines et utérines avant la consanguine, puis aux nièces, excepté la consanguine qui n'est rattachée à l'enfant que par le père. Les tantes maternelles sont préférées aux tantes paternelles.

A défaut de parentes au degré prohibé pour le mariage, la garde sera dévolue aux parents agnats, mâles par les mâles suivant l'ordre de la dévolution de la succession, c'est-à-dire au père d'abord puis, en droit hanéfite, à ses ascendants, ses frères, ses neveux et leurs descendants, ses oncles et leurs descendants. L'école malikite place le tuteur testamentaire avant les personnes agnatiques.

A défaut de parents agnats, l'enfant ira chez les parents mâles par les femmes, mais seulement chez ceux d'entre eux avec lesquels le mariage est prohibé. En dernier lieu, l'enfant sera confié à des parents encore plus éloignés qui ne sont pas au degré prohibant le mariage, à savoir ses cousins germaines ou issus germain, à la condition qu'ils soient du même sexe que l'enfant.

Ce n'est qu'à défaut de tout parent que le juge désigne une personne de confiance.

En Algérie, l'article 64 du code algérien de la famille dispose que « Le droit de la garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis à la grand-mère maternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle, puis aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant. En prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite ».

Il se peut que la dissolution du mariage intervienne suite à la constatation de sa nullité. Ni les fuqaha, ni la doctrine actuelle ne sont unanimes en matière de nullité du mariage. Certains auteurs distinguent entre le mariage batil qui n'engendre pas d'effets et le mariage fasid qui, s'il est consommé,

## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

Demmeerseman et Bousquet<sup>11</sup>résumant, à notre avis clairement la situation en constatant que « la garde des enfants s'exerce durant le mariage comme après sa dissolution, mais tant que l'union conjugale dure, ce droit et cette charge qui pèsent sur la mère ne donnent pas lieu à des observations sociologiques bien importantes ; la hadhâna existe d'une façon plus théorique que pratique ; elle n'est qu'un aspect indiscernable de la vie conjugale. C'est après la dissolution du mariage que cette institution prend toute sa valeur ».

Les auteurs musulmans classiques sont unanimes pour admettre le principe qui fait de la garde le privilège exclusif de la mère. Non évoqué par le Coran, ce principe découle à la fois de la Sunnah et de la doctrine<sup>12</sup>.

S'il est impossible de confier la hadanna à la mère, en cas de décès, si elle est indigne ou déchuée de son droit, il est fait automatiquement appel au dévolutaire qui la suit dans l'ordre préétabli qui varie d'une Ecole à l'autre.

Trois catégories de personnes bénéficient de la garde successivement. Il s'agit des femmes parents au degré prohibant le mariage avec l'enfant, des parents agnats au degré prohibant le mariage et des parents non-agnats au degré prohibant le mariage avec l'enfant.

Le passage d'une catégorie à l'autre ne se fait qu'en cas d'absence de toute personne de la catégorie précédente ou si la personne présente ne remplit pas toutes les conditions requises pour la garde de l'enfant.

C'est ainsi que chez les Malikites et aussi les Hanéfites<sup>13</sup>la garde passe après la mère à ses ascendantes, la plus proche excluant la plus éloignée. En droit Malikite viennent ensuite les tantes maternelles germaines et utérines de l'enfant puis les tantes maternelles et paternelles de la mère précèdent les ascendantes du père.

---

11- Demmeerseman et Bousquet, Revue Africaine, 1940, p.36.

12- Sabbagh, RTD 1969-70, p.53. Il mentionne les consultations rendues pas le Prophète et Abu- Baker à des femmes menacées du retrait de la garde par leur mari.

13- Jaziri, Kitab, p594-595.

Milliot et Blanc<sup>7</sup>, constate qu'au premier abord il semble que la discussion soit sans intérêt ; les époux vivant ensemble, les enfants vivront auprès de leurs père et mère et, même si la mère n'avait pas droit à la garde de l'enfant pendant le mariage, tout se passerait, en fait, comme si elle l'avait. Il relève cependant qu'au cas où la femme stipule, comme le lui permet la loi musulmane, qu'elle n'habitera pas avec son mari et qu'elle continuera à résider avec ses parents, il y a intérêt à savoir si la femme a droit à la hadanna, car, dans l'affirmative, le mari ne pourra pas s'opposer à ce que la femme ait avec elle ses enfants, lorsqu'elle n'habite pas au domicile conjugal et, dans la négative, le mari pourra exiger que ses enfants restent avec lui.

Pour Dennouni<sup>8</sup>, la garde est, durant le mariage, partie intégrante de la puissance paternelle en droit musulman. Le mari a la qualité de chef de famille, par conséquent c'est lui qui veillera à l'unité de direction du ménage.

Toutefois, l'exercice communautaire de certaines prérogatives parentales n'est pas exclu. Ainsi la mère aura un droit de regard sur toute décision relative à l'éducation de l'enfant. Mais en cas de désaccord, deux solutions sont proposées : ou bien la mère cède aux décisions du père en tant que chef de famille, ce qui est plus conforme à la tradition islamique, ou alors, on imagine un recours au juge.<sup>9</sup>

Quand au Code Algérien, consacre le principe selon lequel la garde de l'enfant est conjointement exercée par les parents durant le mariage. Cette solution est celle du droit malikite qui fait de la hadanah, tant que dure le mariage, un droit commun aux deux époux<sup>10</sup>.

---

7- Milliot et Blanc, Introduction, p.423.

8- Dennounie, RIDC, 1986, 3<sup>e</sup> année, p.889.

9- Dina Charif Feller, La Garde, en droit musulman et dans le droit Egyptien, Syrien et Tunisien

10- Chamam, RJL juillet 1982, année 24, n°7, p.18.



## La garde de l'enfant dans la loi Islamique

---

La gardienne ne doit en aucun cas contribuer à l'entretien de l'enfant. S'agissant de la mère toutefois, cette solution n'est pas aussi catégorique. L'article 76 dispose « En cas d'incapacité du père, l'entretien des enfants incombe à la mère lorsque celle-ci est en mesure d'y pourvoir. ».

Milliot et Blanc<sup>3</sup> relèvent l'existence d'une controverse au sujet du moment de la naissance de la hadanah, certains auteurs soutenant que la garde appartient à la mère dès la naissance de l'enfant, d'autres ne situant ce moment qu'à la dissolution du mariage. Cette controverse ne serait qu'apparente<sup>4</sup> et découlerait du fait que seule la dissolution du mariage a été envisagée par les seconds auteurs, parce qu'elle constitue l'hypothèse habituelle qui donne naissance à des réels conflits entre les parents.

Quoi qu'il en soit, les auteurs classiques s'accordent à confier la garde de l'enfant dès sa naissance aux femmes et particulièrement à la mère, puisqu'elles sont plus tendres, affectueuses et plus habiles que les hommes en ce domaine<sup>5</sup>.

Les auteurs divergent quant à l'utilité de la distinction de la garde pendant et après la dissolution du mariage.

Pour Linant De Bellefond<sup>6</sup>, il est malaisé de préciser le contenu de l'institution et l'exacte étendue du privilège de la mère quand les époux vivent ensemble et que, par la force même des choses, l'enfant se trouve être sous la garde commune de ses deux parents. Parler alors de hadana de la mère, de sa priorité sur le père, semble n'exprimer qu'une vue de l'esprit sans rapport avec la réalité, ou tout au moins sans véritable intérêt pratique.

---

3- Milliot et Blanc, Introduction, p.423.

4- Linant De Bellefonds, Traité, t.3, p.157.

5- Abd-at-Tawab, Mawsu'at, p.603.

6- Linant De Bellefonds, Traité, T.3, p.157-158.

La sanction qui frappe la mère répudiée lorsqu'elle s'établit dans un pays éloigné de celui du père est la dévolution du droit de garde au père.

Les Malékites admettent même la déchéance de la femme de son droit de garde et la dévolution au mari, si celui-ci décide de transférer son lieu de résidence et d'établissement et que la femme refuse de le suivre.

Dans la doctrine Malikite, c'est le père qui doit assurer l'entretien, au sens large, des enfants. S'il n'a pas de ressources, c'est au Trésor public qu'il doit s'adresser. Le père pauvre ne doit pas la nafaqah et ne sera pas obligé de gagner sa vie, afin de payer la nafaqah à son enfant. Il n'existe jamais d'obligation d'entretien à la charge de la mère, même si elle est aisée<sup>2</sup>. Cela peut avoir des conséquences absurdes dans la mesure où elle pourrait assurer sans difficultés l'entretien des enfants.

Il est évident que l'enfant, dès sa naissance, a besoin d'une personne qui en prenne soin et qui s'occupe de l'élever, de le protéger et de lui procurer tout le nécessaire, car dans cette phase de sa vie, il est incapable de veiller à ses propres intérêts. Suivant les principes du fiqh musulman, le droit Algérien fait peser sur le père la charge de frais d'entretien de l'enfant faisant l'objet d'une garde. L'article 75 du code algérien de la famille dispose que « Le père est tenu de subvenir à l'entretien de son enfant à moins que celui-ci ne dispose de ressources. Pour les enfants mâles, l'entretien est dû jusqu'à leur majorité, pour les filles jusqu'à la consommation du mariage. Le père demeure soumis à cette obligation si l'enfant est physiquement ou mentalement handicapé ou s'il est scolarisé. Cette obligation cesse dès que l'enfant devient en mesure de subvenir à ses besoins ». Et l'article 78 du même code dispose que « 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 ».

---

<sup>2</sup>- Jaziri, Kitab, p.587, Linant De Bellefonds, Traité, t.3, p.84.

# **La garde de l'enfant dans la loi Islamique, le droit Algerien et la convention des Nations unies relative aux droit des enfants**

**Rafik DRIS**

De par sa définition la garde implique l'hébergement de l'enfant et son maintien au domicile du titulaire de la garde où elle s'exercera. Par conséquent, le titulaire de la garde pourra par exemple faire revenir l'enfant en cas de fugue. Ce pouvoir se manifestera avant tout en cas de séparation des époux. En effet, pendant l'union conjugale les problèmes ne se poseront guère. Le pouvoir de retenir l'enfant semble alors davantage découler des prérogatives de la puissance paternelle que de celles propres à la garde, puisque c'est le père, chef de famille, qui assure alors l'exercice effectif du droit de garde<sup>1</sup>. Cela vaut, à notre avis, dans une certaine mesure également à la dissolution du mariage, puisque la gardienne est alors tenue d'éviter à tout prix que le tuteur ne puisse exercer sa tutelle, en se déplaçant par exemple avec l'enfant.

Les Malikites n'autorisent la femme à voyager avec l'enfant dans une autre ville que celle où se trouve le père ou le tuteur seulement aux conditions suivantes :

- La mère ne saurait installer son enfant à plus de six burud du lieu où habite le père ou le tuteur ;
- Le but du voyage doit être la résidence et l'établissement et non le commerce ou l'accomplissement d'une affaire quelconque.

---

1- Bécheur, R.A.S.J.E.P., décembre 1968, n°4, p.1151.