

LA RECEPTION DE LA *KAFALA* ALGERIENNE DANS L'ORDRE JURIDIQUE ITALIEN

P. Luciano Olivero
Université de Turin (Italie)

Reçu le: 28/09/2018 accepté le: 12/10/2018 publié le:31/12/2018

Résumé:

Face au droit italien et à ses catégories juridiques érigées autour de l'« intérêt supérieur de l'enfant », la *kafala* a connu une trajectoire qui l'a menée d'une condition d'inefficacité (et de méfiance) pour aller vers une réception de plus en plus mûre.

En effet, la difficulté à classer exactement la *kafala* selon la loi italienne a conduit initialement à un sentiment d'incertitude, car l'on craignait de laisser, sous le nom exotique et (à l'époque) peu connu de *kafala*, une porte ouverte à une sorte d'adoption qui contournait les règles fixées par le système italien en matière d'adoption internationale.

Au-delà de cette fermeture initiale, toutefois, les juges italiens ont fini par se rapprocher de la *kafala*. Aujourd'hui plus personne ne pense que cette forme d'accueil de l'enfant soit, en tant que telle, contraire à l'ordre public. En particulier, dans le cas le plus fréquent, l'existence d'une *kafala* est positivement appréciée en tant que condition valable afin d'émaner une disposition administrative autorisant le regroupement familial.

En plus, un jugement récent a considéré la *kafala* directement efficace en Italie : donc, si l'enfant bénéficie déjà de la protection et de l'assistance du *kafil*, il peut devenir inutile de nommer un *tuteur* selon la loi italienne.

Mots-clés : *kafala*, recueil légal, adoption, protection de l'enfant, code de la famille algérien, loi italienne.

Summary:

In front of Italian law and its juridical categories built around the “best interest of the child”, the *kafala* has known a trajectory from a situation of ineffectiveness (mixed with some mistrust) to an increasingly mature reception.

At the beginning, in fact, the difficulty of classifying the *kafala* in the light of the Italian law caused a feeling of uncertainty, because of the fear of leaving – behind this unknown and foreign institution – an open door to a kind of adoption not in line with the principles of Italian system concerning international adoption.

Despite these initial closures, the Italian judges come to an approach to this institution. Today no one can say that *kafala* is, in itself, an institution suspected to be against laws or contrary to public order. On the contrary, *kafala* is usually a valid requirement for allowing the authorisation to family reunification. Furthermore, according to a recent decision, if a child is already benefitting from the protection given by *kafil*, it may be useless to open a legal guardianship in compliance with Italian law.

Key words: *kafala*; guardianship; adoption; child protection; Algerian family code; Italian law.

1. Adoption et recueil légal (*kafala*).

La *nature* de la *kafala* bascule entre générosité et droit et, comme l’a écrit justement une juriste algérienne, elle reste « difficile à cerner »¹; mais son *but pratique* est désormais clair au regard simplifiant d’un juriste européen : l’adoption étant interdite sur la base de l’enseignement moral du Coran², un instrument différent a été

¹M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s)*, in *Droit de la famille – Revue mensuelle Lexisnexis Juris Classeur* – janvier 2009, p. 18 : « Institution dont la nature juridique est difficile à cerner – s’agit-il d’un engagement personnel, d’un contrat, d’un acte de charité institutionnalisé, d’un acte judiciaire, d’un serment, la *kafala* [...] présente une double caractéristique. D’un côté, une assise bénévole, une volonté de faire œuvre charitable, d’un autre côté, un aspect réglementaire, puisque la volonté de faire œuvre charitable une fois née dans les conditions prévues par la loi sera soumise à une réglementation plus ou moins précise ».

² V. notamment les versets coraniques 4 et 5 de la sourate 33. Cf. à ce sujet M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal*, cit., p. 17 et N. SAADI, *L’institution de la kafala en Algérie et sa perception par le système juridique français*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 66, n. 1/2014, p. 100 et s. N. SAADI, *ibid.*, rappelle aussi «Le verset coranique 37 de la sourate 3, *Imran*, qui évoque=

prévu pour protéger les enfants en difficulté³, mais sans arriver à les adopter pleinement, car cela équivaldrait à une (inadmissible) filiation dissociée du mariage. Un enfant adopté – on le sait – est en effet un enfant sans famille ou, en tout cas, complètement dépourvu de l'assistance de ses parents : et pour cette raison la loi établit pour lui un nouveau lien avec d'autres adultes. Ceux-ci deviendront ses parents à tous les égards. Ils lui donneront donc leur nom de famille et, à l'ouverture de la succession, une quotité du patrimoine, car l'adopté a le même statut juridique (y compris les mêmes droits successoraux) que les autres enfants des adoptants. En bref l'adoption, quand il s'agit d'une adoption « plénière », tranche les liens biologiques et provoque « la transplantation définitive du mineur dans une famille différente de celle dans laquelle il est né »⁴. Ni une personne célibataire, ni un couple non-marié – faut-il préciser en ce qui concerne spécifiquement

=explicitement le terme de la *kafala* concerne Meriem, mère de Issa (Jésus de la Bible), laquelle fut prise en charge par Zakkaria (*ouatakafalahaZakkaria*)».

³ Cf. encore M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal*, cit., p. 17 : «Le principe d'interdiction posé, il était néanmoins nécessaire de tenir compte des problèmes que vit la société algérienne. Ne pouvant rester à l'écart de certaines réalités, (enfance abandonnée à une cadence effrayante, existence de couples stériles) le législateur algérien se devait de prendre en charge ces questions sociétales et tenter de leur apporter des solutions. Pour rester fidèle à l'esprit du principe de l'interdiction de l'adoption prôné par le droit musulman, le législateur a institué la *kafala*». Cf. aussi N. SAADI, *L'institution de la kafala* cit., p. 102 : « La prise en charge d'enfants en situation d'abandon est une préoccupation partagée par les autorités nationales qui, prenant en compte la culture et les coutumes nationales, apportent une réponse juridique en substituant à l'adoption l'institution de la *kafala* ». Dans ce contexte, la *kafala* apparaît donc comme un « substitut de l'adoption » (dit SAADI *ibidem*) ; comme une « solution de rechange » : écrit N. AÏT ZAÏ, *La kafāla en droit algérien*, in *Les institutions traditionnelles dans le monde arabe*, sous la direction de H. BLEUCHOT, éditions Karthala et Iremam, Paris, Aix-en-Provence, 1996, p. 96. En effet Mme Nadia Aït Zaï utilise expressément le mot « adoptant » (entre parenthèses) à côté du mot « *kāfil* », et « adopté » à propos du « *makfūl* » (*ibidem*, p. 100).

⁴ L. LENTI, *Italie, Filiation Protection des mineurs, succession à cause de mort*, édition du *Juris-Classeur*, 1997, *Législation comparée*, fascicule 3, p. 16. Selon la loi italienne (loi n. 184/1983 et modifications suivantes) les juges peuvent prononcer l'adoption plénière lorsque l'enfant se trouve « dépourvu d'assistance morale et matérielle par ses parents tenus à y pourvoir, à condition que le manque d'assistance ne soit pas dû à une force majeure à caractère transitoire ».

la législation italienne actuelle – ne peut accéder à l'adoption « plénière » pour laquelle la loi privilégie encore les conjoints mariés⁵.

Par contre, et bien qu'elle concerne des enfants sans aucun soutien familial, et même sans aucune famille puisqu'ils pourraient être orphelins ou abandonnés à la naissance, la *kafala* ne conduit pas à la création d'un véritable lien de filiation, du moins d'un point de vue formel, précisément parce que le principe traditionnel considère « filiation » seulement celle qui procède du mariage⁶. On parle alors, à propos de la *kafala*, d'une « tutelle officieuse »⁷, d'une « apparence de filiation »⁸ ou bien d'une « filiation fictive »⁹, car l'enfant (*makfoul*) a toutes les apparences d'un fils ou d'une fille ; et le *kafil* s'engage à élever le *makfoul* « au même titre que le ferait un père » (art. 116 code famille algérien)¹⁰. Un fils et un père, donc ; et un père (ou une mère) non seulement en apparence, mais dans la réalité aussi, car ces *parents apparents*¹¹ exercent la tutelle légale (art. 121 code famille algérien) ; administrent les biens de l'enfant (art. 122 code famille algérien) ; sont tenus à réparer les dommages envers les tiers que l'enfant pourrait causer, conformément à la responsabilité qui découle du devoir de surveiller l'enfant (art. 134 code civil algérien). Reflet

⁵ Une situation complètement différente concerne l'adoption dans les cas particuliers de l'art. 44 et suiv. de la loi 184/1983 : ici, en effet, dans certains cas l'adoption est également ouverte aux individus ; parfois même à l'intérieur d'un couple du même sexe, selon la jurisprudence la plus récente.

⁶ Le code algérien de la famille, en effet, « n'admet que la filiation découlant du mariage » : cf. M. BOULENOUAR AZZEMOU, *op. loc. cit.*

⁷ M. BORRMANS, *Le nouveau Code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n.1/1986, p. 136 : « pour résoudre le difficile problème des orphelins de naissance et des enfants abandonnés, le Code algérien s'est contenté d'organiser une « tutelle officieuse » (*kafâla*), conformément aux possibilités du droit classique, se refusant d'imiter le législateur tunisien et sa loi sur l'adoption (on sait que l'adoption est refusée par l'Islam) ».

⁸ N. SAADI, *L'institution de la kafala en Algérie*, cit., p. 105, où l'A. parle de « théorie de l'apparence ».

⁹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁰ De la même manière, l'art. 315-*bis* du code civil italien précise que tous les enfants ont le droit d'être maintenus, éduqués, instruits et soutenus moralement par leurs parents.

¹¹ Ce jeu de mots est habituellement employé en matière de possession d'état *ex art.* 311-1 du code civil français. Cfr, par exemple, M. PARQUET, *Droit de la famille*, Bréal, 2007, p. 133.

visible de cette condition quasi-filiale – et dans le but d'encourager de plus en plus la stabilité de la *kafala*¹² – depuis un décret de janvier 1992, le nom du *makfoul* peut être enfin changé « en vue de faire concorder le nom patronymique de l'enfant avec celui de son tuteur »¹³.

L'enfant recueilli, toutefois, n'est pas un héritier de droit en l'absence de testament (*ab intestat*)¹⁴. En revanche, comme le précise l'art. 123 du code de la famille algérien, « l'attributaire du droit de recueil légal peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant recueilli » : « ce qui indique bien – dit Nadia Aït Zaï¹⁵ – que ce dernier n'est pas devenu son fils ayant droit à une part réservataire », et – il faut ajouter – qu'il n'y a pas de véritable parenté avec la famille d'accueil, de même qu'une véritable coupure de la filiation biologique n'est pas concevable. Si les parents de l'enfant sont connus, il « doit garder sa filiation d'origine » (art. 120 code famille algérien)¹⁶ ; et si le père et la mère ou l'un d'eux demande la réintégration sous leur tutelle de l'enfant, il appartient à celui-ci, s'il est en âge de discernement, d'opter pour le retour ou non chez ses parents (et s'il n'est pas en âge de discernement, il appartient au juge d'en décider, compte tenu de l'intérêt du *makfoul*).

2. Ductilité de la *kafala* par rapport aux mesures de protection de l'enfant dans le système juridique italien.

Ces règles sont très intéressantes car elles nous permettent de mesurer l'extension, et aussi la ductilité, de la *kafala*. A côté des

¹² M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal*, cit., p. 19.

¹³ Décret 13 janvier 1992 : à ce sujet v. N. SAADI, *L'institution de la kafala en Algérie*, cit., p. 110 ; et N. AÏT ZAÏ, *La kafāla en droit algérien*, cit., p. 103 ; M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal*, cit., p. 19 (note 34)

¹⁴ N. SAADI, *op. cit.*, p. 109. M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal*, cit., p. 19 remarque aussi que le *makfoul*, « n'étant pas assimilé à un enfant légitime n'est soumis à aucune des obligations de descendant à ascendant », par exemple l'obligation de « nafaqa » ou entretien (selon l'art. 77 code fam. algérien) ; mais l'A. observe aussi que « Une obligation naturelle pourrait éventuellement la remplacer ».

¹⁵ Cf., très clairement, N. AÏT ZAÏ, *op. cit.*, p. 101.

¹⁶ Si la filiation est inconnue, l'art. 120 cod. fam. indique que l'on applique l'art. 64 du code de l'état civil algérien.

orphelins ou des bébés non reconnus abandonnés à leur naissance et qui en Italie seraient appelés « *figli di ignoti* » et seraient rapidement destinés à l'adoption, la *kafala* peut donc concerner aussi les enfants qui ont une famille, mais une famille vraisemblablement malheureuse, incapable de les entourer de tous les soins matériels et éducatifs dont ils ont besoin. Hors de leur famille de naissance, ils peuvent alors trouver assistance dans une autre famille, à l'intérieur d'un mécanisme juridique qui mélange solidarité sociale, intérêt de l'enfant, contrôle public et autonomie privée¹⁷ (car il est nécessaire qu'il y ait accord entre les familles et « le consentement de l'enfant quand celui-ci a un père et une mère » : art. 117 code famille algérien)¹⁸.

Il faut encore préciser que le code de la famille algérienne se limite à disposer que le *kafil* doit être musulman, sensé, intègre, capable d'entretenir et de protéger l'enfant (art. 118)¹⁹ sans préciser s'il doit s'agir d'un couple marié (selon le modèle le plus traditionnel de couple adoptif dans le cadre de l'adoption « plénière » italienne, comme nous l'avons déjà vu)²⁰ : il peut donc s'agir d'une personne célibataire, d'une veuve ou, en tout cas, d'une famille monoparentale²¹. En quelque sorte, si l'on excepte la référence à la religion du *kafil*, la description de l'accueillant algérien peut être assimilée à celle d'un « *affidatario* » selon la discipline italienne de l'« *affidamento* » : une mesure de protection qui vise à donner une place convenable à l'enfant temporairement privé d'un milieu

¹⁷ Comme nous l'avons déjà vu, d'une manière très appropriée M. BOULENOUAR AZZEMOU, *op. cit.*, p. 18 mentionne une nature juridique difficile à déchiffrer, dans laquelle convergent engagement personnel, contrat, charité, contrôle judiciaire.

¹⁸ Cf. N. SAADI, *L'institution*, cit., p. 106 : « Cette disposition se limite au consentement de l'enfant dont la filiation est établie. Les parents de naissance de même que l'enfant doivent consentir à la *kafala* ».

¹⁹ N. SAADI, *op. cit.*, p. 106 : « La disposition ne précise cependant pas le statut de la personne à qui est conférée la *kafala*. Le silence du texte nous amène à déduire que le titulaire de ce droit peut être une personne physique de l'un ou de l'autre sexe, de situation sociale indistincte, couple marié, ou personne célibataire ou même veuve ». La nationalité du *kafil* aussi est passée sous silence : N. AÏT ZAÏ, *op. cit.*, p. 100. Enfin, l'art. 118 « ne précise pas davantage si l'enfant né hors mariage peut être recueilli par ses parents biologiques » : M. BOULENOUAR AZZEMOU, *op. cit.*, p. 18.

²⁰ Art. 6 de la loi 4 mai 1983 n. 184 : « *L'adozione è consentita a coniugi uniti in matrimonio da almeno tre anni [...]* ».

²¹ Cf. aussi M. BOULENOUAR AZZEMOU, *op. cit.*, p. 18 : « En l'état actuel des dispositions de la *kafala*, le titulaire du droit de recueil légal pourra être invariablement une personne célibataire, veuve ou mariée ».

familial adéquat ou qui vit dans une famille, qui a certes des problèmes, mais pas au point d'autoriser l'éloignement définitif de l'enfant (art. 2-5 loi n.184/1983 cit.)²². Responsable d'élever l'enfant pendant la durée de l'*affidamento*, l'*affidatario* peut être, lui aussi, soit un couple, soit une famille monoparentale : « une famille, de préférence avec des enfants, ou bien une personne seule capable d'assurer l'entretien, l'éducation, l'instruction et les relations affectives dont [l'enfant] a besoin » (art. 2, alinéa 1, loi italienne n. 184/1983). S'agissant d'une mesure nécessairement temporaire, l'*affidamento* a une durée de 24 mois au maximum : et même s'ils peuvent être prorogés, cela reste une durée habituellement bien plus courte que celle de la *kafala*, qui se termine physiologiquement à la majorité de l'enfant²³.

Au-delà de l'*affidamento* à court terme, la loi italienne n. 184/1983 se réfère à une longue durée, et même à une période indéterminée, lorsque l'on considère (à l'art. 9) le cas de celui qui, *n'étant pas un proche jusqu'au quatrième degré de parenté*, héberge un enfant sous son propre toit. L'accueillant a le devoir d'en informer le procureur de la république si l'hébergement se prolonge au-delà de 6 mois ; il en va de même pour le parent qui confie son propre enfant aux soins d'une personne qui n'est pas un membre de la famille jusqu'au quatrième degré. Garder les enfants d'autrui, sur la base d'un simple accord, surtout lorsque l'accueillant n'est pas un proche parent de l'enfant représente donc une situation que la loi considère comme tout à fait anormale et provisoire. En revanche, si on lit *a contrario* ces dispositions de l'art. 9 (al.4) de la loi n. 184/1983, l'on perçoit une évaluation différente lorsqu'il existe un rapport familial plus étroit entre l'accueillant et le mineur (en-dessous du 4^e degré)²⁴. Rien de trop surprenant, en effet, car si la garde d'un enfant n'est jamais une affaire privée, ce lien de parenté rend le placement familial moins

²² L. LENTI, *op. cit.*, p. 22. V. aussi M. SESTA, *Manuale di diritto di famiglia*, WoltersKluwer-Cedam, Padova, 2015, p. 407 et suiv..

²³ N. SAADI, *op. cit.*, p. 114.

²⁴ Cf. L. LENTI, *Diritto di famiglia e servizisociali*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 334, qui se réfère à une garde qui peut être décidée directement entre père, mère et proches parents, même pour une durée indéterminée. Cependant, même dans ces cas, l'auteur souligne qu'un acte judiciaire formel serait utile pour donner à l'accueillant la légitimation à agir dans l'intérêt de l'enfant avec les autorités de santé et d'éducation compétentes.

suspect, puisqu'il répond aux devoirs de solidarité à l'intérieur de la famille (les mêmes devoirs qui, dans un autre contexte, obligent certains proches²⁵ à verser des aliments en cas de besoin, sous forme d'une pension alimentaire périodique ou bien en accueillant sous son propre toit le membre de la famille en situation de besoin).

Il faut alors souligner, à cet égard, que même la *kafala* peut s'appliquer à l'intérieur de la famille élargie. En effet, il arrive très souvent que le *kafil* soit un oncle, une tante, un grand-père ou une grand-mère²⁶ ; et cela signifie, par exemple selon la Cassation italienne²⁷, que « l'institution [de la *kafala*] assure une protection sociale qui vise à compenser le rôle joué auparavant par la famille patriarcale désormais affaibli ». Naturellement, continue la Cassation, « le caractère interfamilial caractérise principalement la *kafala* consensuelle », car « l'accord entre la famille d'origine de l'enfant et celle d'accueil se déroule principalement au sein de la famille élargie et vise à responsabiliser les figures parentales qui ont les ressources économiques, la disponibilité et la capacité de contribuer positivement à la croissance de cet enfant ».

Sans être une adoption, la *kafala* en est donc un substitut et en même temps constitue une sorte de placement familial de longue durée ; dans ce contexte, elle peut aussi devenir un moyen de concrétiser la solidarité dans la famille au sens large.

²⁵ Notamment : conjoint, fils, parent, beau fils, belle-fille, beau-père, belle-mère, frère et sœur : art. 433 code civ. ita.

²⁶ Cf. M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal*, cit., p. 17 à propos du lien entre la *kafala* et les structures de la famille étendue algérienne.

²⁷ Cass. ita., 2 février 2015, n. 1843 (il nous faut préciser qu'il s'agissait en l'espèce d'un cas concernant une *kafala* de droit marocain, basée sur l'accord entre les parents de l'enfant et un oncle qui l'avait accueilli).

3. Familiarité progressive avec une institution étrangère.

En flottant entre ces extrêmes, la *kafala* devient, aux yeux du droit italien²⁸, une institution qui annule la distinction entre trois situations très différentes. Trois situations très claires en théorie, mais très difficiles à distinguer concrètement :

1) *abandon véritable* (qui amène à l'adoption définitive) ;

²⁸ L'institution de la *kafala* a souvent attiré l'attention des juristes italiens. Cfr., en particulier, D. BELLUCCIO, *Società meticcia e diritto: "Kafala" e ricongiungimento familiare*, in *Questione giustizia*, 2013, fasc. 4, p. 127 et suiv.; C. CAMPIGLIO, *Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2008, fasc. 1, p. 43 et suiv.; M. CIRESE, *Anche la kafalah convenzionale è istituto di protezione familiare conforme all'interesse del minore*, in *Il familiarista.it*, 8 février 2018 ; E. FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano: alcune riflessioni*, in *Stato, chiese e pluralismo confessionale* (www.statoechiese.it), n. 31/2016, p. 30 et suiv. ; R. GELLI, *La kafala di diritto islamico: prospettive di riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Famiglia e diritto*, 2005, fasc. 1, p. 62 et suiv.; M. IUS, *"Kafala": stato civile del minore straniero, ricongiungimento e affidamento preadottivo*, in *Stato civile italiano*, 2008, fasc. 6, p. 410 et suiv.; G. LANNI, *L'istituto della "Kafala" negli ordinamenti italiano e francese*, in *I diritti dell'uomo*, 2016, fasc. 1, p. 59 et suiv.; J. LONG, *Ordinamenti giuridici occidentali, kafala e divieto di adozione: un'occasione per riflettere sull'adozione legittimante*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2003, fasc. 2, II, p. 175 et suiv.; L. MIAZZI, A. VANZAN, *Kafala e protezione del minore in Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, fasc. 2, p. 75 et suiv.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Sull'affidamento al cittadino italiano del minore straniero mediante kafalah tornerà a pronunciarsi la Cassazione*, in *Corriere giuridico*, 2011, fasc. 6, p. 848 et suiv.; M. ORLANDI, *L'entrata in vigore della Convenzione de L'Aja e il riconoscimento dei provvedimenti di "kafala"*, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2017, fasc. 3, p. 865 et suiv.; F. PARLATO, *Kafalah in Italia: analogie, disparità di trattamento e il ruolo della Cassazione*, in www.foroeuropa.it, n. 2/2016; G. PIZZOLANTE, *La kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2007, fasc. 4, p. 947 et suiv.; A. RANDAZZO, *La kafalah in Italia*, in www-avvocatidifamiglia.net; Y. ROCCHINI, *La kafala marocchina alla prova dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2011, fasc. 4, p. 80 et suiv.; R. SENIGAGLIA, *Il significato del diritto al ricongiungimento familiare nel rapporto tra ordinamenti di diversa "tradizione". I casi della poligamia e della kafala di diritto islamico*, in *Europa e diritto privato*, 2014, fasc. 2, p. 533 et suiv.; M.L. TOMASELLI, *Ricongiungimento familiare di minori affidati o sottoposti a tutela. La "Kafala"*, in *Gli stranieri*, 2004, fasc. 4, p. 316 et suiv.

2) *semi-abandon* (qui conduit au placement temporaire de l'enfant) ;
3) *simple carence* de la famille d'origine (qui peut impliquer l'intervention et l'aide des services sociaux sans éloigner pour autant l'enfant)²⁹.

La difficulté à classer exactement la *kafala* face à cette répartition tripartite a conduit initialement les juristes italiens à un sentiment d'incertitude face à l'abandon des catégories habituelles et par conséquent, à une sorte de méfiance envers l'institution étrangère, surtout quand elle a été invoquée par des couples italiens³⁰. En particulier, l'on craignait de laisser, sous le nom de *kafala*, une porte ouverte à une sorte d'adoption d'enfants des pays de tradition musulmane, mais sans respecter les règles de la loi italienne sur l'adoption internationale et sur les conventions internationales ratifiées par l'Italie. Soucieux surtout de protéger les enfants, les juges sont même parvenus à déclarer que l'enfant accueilli en *kafala* par des citoyens italiens était en situation d'abandon (et donc susceptible d'être adopté) niant la qualité de tuteurs du mineur à ces citoyens³¹.

Au-delà de cette fermeture initiale, toutefois³², les juges et les juristes italiens en général ont fini par se rapprocher de la *kafala*. Malgré son extranéité à la tradition du droit occidental, plus personne ne pense que cette forme d'accueil de l'enfant soit, en tant que telle, contraire à l'ordre public italien, aussi bien international qu'interne.

Il faut en effet observer, tout d'abord en ce qui concerne l'ordre public international, que la *kafala* est expressément considérée comme une mesure efficace de protection des enfants par l'art. 20 de la Convention internationale de New York de 1989 relative aux droits de l'enfant (ratifiée par l'Italie avec la loi n. 176/1991) et par les artt. 3 et 33 de la Convention de la Haye de 1996 concernant la compétence, la

²⁹ En ce qui concerne la distinction entre abandon, semi-abandon, simple carence de la famille : L. LENTI, *Italie, Filiation Protection des mineurs*, cit., in *Juris-Classeur*, p. 17.

³⁰ Cfr. Trib. min. Trento, 11 mars 2002: E. FALLETTI, *L'impatto culturale dell'immigrazione islamica sull'ordinamento giudiziario italiano*, cit., p. 31. Cfr. aussi Cass. ita, 4 novembre 2005, n. 21395: le cas d'espèce concernait un enfant marocain et un couple italien qui avait violé sciemment les règles de l'adoption internationale ainsi que les contrôles à la frontière : A. RANDAZZO, *La kafalah in Italia*, cit., p. 4.

³¹ Refus basé sur l'analyse de la *kafala* selon la loi marocaine: Cass. it, 4 novembre 2005, n. 21395 cit.

³² Une fermeture fortement liée en tout cas aux spécificités des cas concrets.

loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (récemment ratifiée par la loi n. 101/2015) ; et ceci permet d'exclure toute contrariété avec la protection des droits humains fondamentaux enracinés dans les valeurs partagées de la Communauté internationale (selon la définition plus récente d'ordre public international)³³. Subséquemment, si une Convention internationale ratifiée par l'Italie accepte une institution étrangère (et notamment une institution qui découle du droit d'un pays musulman, telle que la *kafala*), les juges italiens ne peuvent plus refuser d'accepter l'institution étrangère sous le prétexte qu'elle serait contraire à l'ordre public³⁴.

D'autre part, pour ce qui est d'être contraire à l'ordre public interne, les juges italiens ont établi qu'une telle violation ne peut être évaluée de manière générale sans prendre en compte les particularités de la *kafala* et sans évaluer, dans l'abstrait mais aussi dans la pratique, le fait qu'elle peut sauvegarder l'intérêt de l'enfant dans un contexte juridique et culturel différent³⁵.

Or, dans le cas le plus fréquent, les actes et les jugements étrangers concernant la *kafala* ne sont que l'un des éléments de fait qui constituent les conditions requises pour émaner une disposition administrative autorisant le *regroupement familial*³⁶. Réglementé pour permettre aux familles de vivre ensemble, ce regroupement est évidemment effectué dans l'intérêt concret des mineurs et il est autorisé aujourd'hui aussi bien lorsque le demandeur est un citoyen

³³ Selon une définition courante, «l'ordre public international est l'ensemble des principes fondamentaux qui caractérisent le droit à une période historique particulière. Il s'agit donc de l'ensemble des principes généraux qui visent à protéger les droits fondamentaux de l'individu établis par la Constitution italienne ou par les déclarations internationales de l'Onu (en particulier la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et la Déclaration des Droits de l'Enfant) ou encore par la Convention Européenne des Droits de l'Homme» : Cass. it. n. 14878/2017.

³⁴ Cfr. Cass. it, sections unies, 16 septembre 2013, n. 21108 ; Cass. 26 mars 2015, n. 6134 ; C. App. Turin, 18 juillet 2007 ; Trib. Biella, 26 avril 2007.

³⁵ Cass. it., 2 février 2015, n. 1843. On peut ajouter encore qu'il n'y aurait violation de l'ordre public que si l'on appliquait directement les actes et les jugements étrangers concernant la *kafala*.

³⁶ Cass. Sections unies, n. 21108/2013 cit. Ce regroupement concerne le plus souvent des ressortissants mineurs marocains.

étranger demeurant en Italie (décr. lég. n. 286/1998)³⁷, que lorsqu'il possède (aussi) la citoyenneté italienne ou européenne, ceci afin d'éviter une discrimination à rebours (décr. lég. n. 30/2007)³⁸; ou enfin lorsqu'il s'agit d'une simple *kafala* conventionnelle³⁹.

Aujourd'hui, enfin, dans une sorte de progression cohérente et toujours dans le but de réunir le *makfoul* et le *kafil*, un autre pas considérable a été franchi grâce à un jugement récent du Tribunal de Mantoue⁴⁰, intéressant à double titre :

1) parce qu'il concerne un enfant algérien (une fillette de moins de 5 ans, abandonnée à sa naissance et recueillie sur la base d'un acte de *kafala* édicté par le Tribunal de Khenchela) ;

2) et surtout, parce que le juge italien a considéré que cette *kafala* était non seulement une simple condition préalable à la délivrance d'un acte administratif, mais une forme d'accueil *directement efficace* en Italie⁴¹ : notamment, le juge a établi qu'un tel acte désignant une personne adulte qui s'engage à élever l'enfant comme s'il s'agissait du sien, ne permet pas de considérer que celui-ci est dépourvu d'un représentant légal⁴². Nommer un (autre) *tuteur* selon la loi italienne devient par conséquent inutile, comme il serait inutile de s'obstiner à ne pas voir que la *kafala* fonde « malgré tout »⁴³ une filiation factuelle, envers laquelle – ainsi qu'envers le droit étranger –

³⁷ Cfr. Cass. ita., 29 janvier 2010, n. 1908 ; 17 juillet 2008, n. 19724 ; 20 mars 2008, n. 7472.

³⁸ Cass. Sections unies, 16 septembre 2013, n. 21108 ; contra Cass. ita., 1 mars 2010, n. 4868.

³⁹ Cfr. Cass. ita., 2 février 2015, n. 1843 et 24 novembre 2017, n. 28154. cfr à ce sujet M. CIRESE, *Anche la kafalah convenzionale è istituto di protezione familiare conforme all'interesse del minore*, cit.

⁴⁰ Trib. Mantoue, bureau du juge des tutelles, 10 mai 2018.

⁴¹ Aux termes des art. 65 et 66 de la loi n. 218/1995 l'accueillant qui demeure dans une ville près de Mantoue est défini, dans la décision, comme « une femme mariée » et comme une « citoyenne italienne », alors qu'il s'agit vraisemblablement d'une ressortissante algérienne qui vit depuis longtemps en Italie.

⁴² En effet le *kafil* a sans doute la tutelle légale : il se voit conférer, donc, « toutes les obligations qui pèsent sur le tuteur et les prérogatives qui en découlent » dit M. BOULENOUAR AZZEMOU, *op. cit.*, p. 20.

⁴³ Comme l'écrit M. BOULENOUAR AZZEMOU, *Recueil légal*, cit., p. 20.

le système italien fait preuve d'une « porosité » grandissante, au nom de l'intérêt de l'enfant⁴⁴.

L.O. 28/9/18

⁴⁴ Voici, dans le texte originaire, le principe de droit posé par le Tribunal: « Poiché al provvedimento di kafalah -istituto contemplato dall'art. 20 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo nonché dagli art. 3, lett. e), e 33 della Convenzione dell'Aja del 19 ottobre 1996 e consistente in un affidamento in virtù del quale un soggetto detto "kafil" s'impegna a curare, educare e mantenere il minore detto "makfoul", come se fosse proprio figlio, sino al raggiungimento della maggiore età, senza tuttavia che il makfoul entri giuridicamente a far parte della famiglia del kafil-emesso da un tribunale dello stato di Algeria - deve riconoscersi piena e diretta efficacia nel nostro ordinamento ai sensi degli artt. 65 e 66 l. n. 218/95 e tenuto conto del fatto che l'art. 121 del Codice di Famiglia dell'Algeria (di cui alla legge n. 11 del 9 giugno 1984) prevede espressamente che "L'affidamento legale conferisce al beneficiario la tutela legale e gli dà diritto alle medesime prestazioni familiari e scolastiche di un bambino legittimo", non deve essere disposta l'apertura della tutela, avendo la minore in Italia, per effetto del provvedimento in questione, un legale rappresentante ».