



HAL
open science

Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation

Youssef Ali Robleh

► **To cite this version:**

Youssef Ali Robleh. Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation. Droit. Université de Grenoble, 2014. Français. NNT : 2014GREND003 . tel-01124264

HAL Id: tel-01124264

<https://theses.hal.science/tel-01124264>

Submitted on 6 Mar 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

THÈSE

Pour obtenir le grade de
**DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE
GRENOBLE**

Spécialité : **Droit privé**

Arrêté ministériel du 7 août 2006

Présentée par

Youssef Ali Robleh

Thèse dirigée par **Monsieur Michel Farge**,
Maître de conférences HDR à l'université Pierre Mendès-
France, Grenoble II

Thèse préparée au sein du **Centre de Recherches Juridiques**
dans l'**École Doctorale Sciences Juridiques**

**LE DROIT FRANÇAIS
CONFRONTÉ À LA CONCEPTION
MUSULMANE DE LA FILIATION**

Thèse soutenue publiquement le **17 janvier 2014** à **14 heures**
devant le jury composé de :

Monsieur Alain Devers,

Maître de conférences HDR à l'Université Jean Moulin, Lyon III
(Rapporteur)

Monsieur Michel Farge,

Maître de conférences HDR à l'Université Pierre Mendès-France,
Grenoble II (Directeur)

Monsieur Fabien Marchadier,

Professeur à l'Université de Poitiers (Rapporteur)

Monsieur Pierre Murat,

Professeur à l'Université Pierre Mendès-France, Grenoble II
(Président)

Monsieur Koffi Yaboue,

Professeur à l'Université de Djibouti (Membre)



« La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Listes des principales abréviations

Add : Ajouter
AJDA : Actualité juridique du droit administratif
Al. : Alinéa
AN : Assemblée nationale
Arch.phil. droit. : Archives de philosophie de droit
Art. : Article
Bull. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA : cour d'appel
CADH : Convention américaine relative aux Droits de l'Homme
CDE : Cahiers de droit européen
CE : Conseil d'État
CEDEF : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CEDH : Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
cf. : *confer*
chron. : chronique
CIDE : Convention relative aux droits de l'enfant
Civ. : chambre civile de la Cour de cassation
CJCE : Cour de Justice des Communautés européennes
Clunet/JDI : Journal du droit international
Com. : chambre commerciale de la Cour de cassation
comp. : comparer
concl. : conclusions
Crim. : chambre criminelle de la Cour de la cassation
Ss. dir. : sous la direction de
D.P. : Dalloz Périodique
Dr. fam. : Revue droit de la famille
Dr. soc. : Droit social.
éd. : édition
EGBGB : Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
fasc. : fascicule
GAJFDIP : Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
Gaz. Pal. : La Gazette du Palais
Ibid. : *Ibidem*
Id. : *idem*
in : dans
infra : ci-dessous
J.-Cl : Juris-Classeur
JCP G : Jurisclasseur périodique, la semaine juridique, édition générale
JCP A : Jurisclasseur périodique, la semaine juridique, administrations et collectivités territoriales
Loc. cit. : *loco citato*
LPA : Les petites affiches
NCPC : Nouveau Code de procédure civile
obs. : observations

op. cit. : *Opere citato*

p. : page

Préc. : précité

RASEJP : Revue algérienne de science économique juridique et politique

RCADI : Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye

RDIDC : Revue de droit international et de droit comparé

RDP : Revue de droit public

Rev. Crit. DIP : Revue critique de droit international privé

Rev. Dr. sanit soc : Revue de droit sanitaire et social

RFDA : Revue française de droit administratif

RGDIP : Revue générale de droit international public

RGP : Revue générale des procédures

RIDC : Revue internationale de droit comparé

RJPF : Revue juridique des personnes et de la famille

RRJ : Revue de la recherche juridique. Droit prospectif

RTD : Revue tunisienne de droit

RTDciv : Revue trimestrielle de droit civil

RTDCom : Revue trimestrielle de droit commercial

RTDE : Revue trimestrielle de droit européen

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

s. : suivant

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

som. : sommaires commentés

spéc. : spécialement

supra : ci-dessus

TGI : Tribunal de grande instance

TCFDIP : Travaux du Comité français de droit international privé

vol. : volume

Sommaire

Introduction	1
PARTIE 1- LE PRINCIPE DE LÉGITIMITÉ	13
TITRE 1- LA COMPRÉHENSION DU PRINCIPE DE LÉGITIMITÉ EN DROIT MUSULMAN.....	15
Chapitre 1- L'exclusivité du principe de légitimité	17
Chapitre 2- La souplesse du principe de légitimité.....	63
TITRE 2- LA RÉCEPTION LIMITÉE DU PRINCIPE DE LÉGITIMITÉ EN FRANCE	109
Chapitre 1- La désignation du droit musulman	111
Chapitre 2- L'éviction du droit musulman.....	157
PARTIE 2- LE PRINCIPE DU LIEN DE SANG.....	203
TITRE 1- LA COMPRÉHENSION DE L'INTERDICTION MUSULMANE DE L'ADOPTION.....	205
Chapitre 1- La controverse sur la prohibition de l'adoption	207
Chapitre 2- La kafala comme substitutif au modèle de l'adoption.....	237
TITRE 2- LA RÉCEPTION DE L'INTERDICTION MUSULMANE DE L'ADOPTION.....	275
Chapitre 1- L'accueil du principe de l'inadoptabilité.....	277
Chapitre 2- L'accueil de la kafala dans l'ordre juridique français.	321

Introduction

Le lien de filiation peut être défini comme un rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique qui est, à la fois, effet de droit et situation juridique, source de droits et d'obligations¹. Ce lien permet à un enfant d'être rattaché au membre de sa famille. Si cette définition peut être vue comme universelle, la filiation est un concept éminemment culturel, ses conditions d'établissement et ses effets dépendent du milieu juridique et culturel.

Le droit musulman de la filiation reflète largement la structure et les principes fondamentaux régissant la famille musulmane. Ainsi, l'organisation agnatique de la société a laissé sa marque dans le système de filiation qui devient à son tour patrilinéaire². Peu importe son sexe, l'enfant est rattaché à la lignée paternelle. Pour que ce rattachement soit valable juridiquement il doit obéir à deux principes fondateurs : le principe de la légitimité et le principe du lien de sang. D'une part, la filiation (*nasab*) ne s'établit que dans le cadre du mariage. Pour la loi religieuse musulmane, il n'y a d'enfants que légitimes, c'est-à-dire les enfants engendrés ou présumés conçus dans le cadre du mariage. Il existe une présomption de paternité à l'égard du mari de la mère exprimée dans l'adage « *el walad lil firach* » qui signifie « l'enfant appartient au lit conjugal ». D'autre part, le lien de parenté doit être fondé sur un lien biologique entre l'enfant et son père. Cette condition de lien de sang exclut l'établissement de toute filiation artificielle. La prohibition de l'adoption s'explique par l'importance du lien de sang dans la société musulmane.

La source de ce système de filiation est le Coran et la Sunna. Parole révélée par Dieu et recueillie par le prophète, le Coran a une autorité indiscutable. La Sunna, quant à elle, est constituée à partir de la tradition du prophète. La charia est le terme consacré par la littérature juridique musulmane pour désigner ces sources du droit musulman³. Nul ne peut nier l'importance du Coran et de la Sunna dans l'élaboration du droit musulman classique. Les normes coraniques et la Sunna ont été reprises et développées dans le cadre du *fiqh*. Le *fiqh* désigne la science des principes de la jurisprudence islamique ou la méthodologie de la jurisprudence. La constitution d'un ordre juridique achevé de caractère spécifiquement islamique sera l'œuvre du *fiqh*. La finalité ultime du *fiqh* est la découverte des motivations profondes des normes religieuses pour dire ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Les *fuquahas*, ceux qui ont travaillé sur le *fiqh*, pratiquent l'effort intellectuel

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, association Henri Capitant, PUF, voir *filiation*.

² S. Jahel, *La place de Chari'a dans les systèmes juridiques de pays arabes*, Panthéon-Assas, 2012, p. 142.

³ B. Durand, *Droit musulman, droit successoral*, Litec 1991, p. 19.

(*ijtihad*) sur la loi religieuse pour incorporer dans la charia toutes réponses aux questions juridiques qui leur sont posées. Les solutions préconisées par le *fuqahas* étaient parfois inspirées par la coutume du milieu dans lequel ils vivaient. Le droit musulman est le fruit de cette interaction entre les normes coraniques et les coutumes qui existaient dans l'espace où s'est développé l'Islam. Dans le *fiqh* se côtoient des idées novatrices et des principes dogmatiques souvent défendus par les traditionalistes. Dans l'enseignement de la science du *fiqh*, quatre écoles se distinguent par leur autorité et leur influence. Les quatre théologiens fondateurs de ces écoles qu'on appelle rites sont tous contemporains des 8^e et 9^e siècles. Il s'agit de Abou Hanifa, père du courant hanafite, Malek ibn Anas fondateur de l'école malékites, Al Shafi, fondateur de l'école chaféite et enfin Ibn Hanbal, père fondateur du rite hanbalite. Ces écoles ont contribué à l'essor du *fiqh* jusqu'au 11^e siècle où la porte de l'*ijtihad* s'est refermée pour éviter que la loi religieuse soit altérée par des interprétations nombreuses et laxistes. Dès lors, il y a eu un engourdissement de la science juridique musulmane qui s'est fixée pour seule finalité la sauvegarde de la loi révélée ou établie par l'accord des premiers légistes.

Les règles relatives à la famille ne sont pas nombreuses dans le Coran, elles concernent pour l'essentiel le mariage et le divorce. En matière de filiation, le Coran confère une importance fondamentale au lien de sang à travers l'interdiction sans ambiguïté de l'adoption. Le système de filiation est issu de l'interprétation du Coran par les anciens légistes. La filiation, acte fondateur du lien de famille avec le mariage, ne pouvait être séparée de ce dernier par ces légistes. De ce fait, le droit de la filiation a été confectionné à partir des normes relatives au mariage. Les règles du mariage, de leur côté, sont largement inspirées par la moralité islamique qui institue le mariage comme seul cadre des relations sexuelles. La rigidité de la prohibition de la filiation naturelle est due à la charge religieuse qu'elle porte. Le rigorisme de la règle puise sa raison d'être dans la spécificité du mariage musulman caractérisé par un aspect religieux et sexuel très marqué. En effet, le mariage n'est pas en Islam conçu comme un sacrement même s'il a une dimension religieuse incontestable. Un moyen pour l'homme de parfaire sa croyance⁴. Etant le seul mode d'union entre les hommes et les femmes, il a aussi un rôle éminemment sexuel. Pour le juriste, les règles liées à la consommation sont en conséquence essentielles. Destinée à la procréation, le mariage est l'institution à travers laquelle, l'espèce humaine a vocation à se perpétuer. Les Codes de statut personnel, dans leur définition du mariage, mettent clairement en évidence cette finalité du mariage⁵.

Cette primauté accordée au mariage a pour corollaire la prohibition du crime de la fornication communément appelée *zina*. La *zina* fait partie des cinq infractions qui appellent des sanctions temporelles, ici la flagellation. Le Coran dit en substance : « La fornicatrice et le fornicateur,

⁴ Ghazali écrivait à propos du mariage, « il est la conséquence d'une grâce admirable de Dieu qui a imposé à ses créatures un désir sexuel qui les oblige par là, malgré leur volonté, à assurer la continuité de leur descendance » Ghazali, *Le livre des bons usages en matière de mariage*, traduction Bercher et Bousquet, Paris 1953, p. 6.

⁵ L'art. 4 du Mudawanna marocaine dispose que : « Le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d'établir une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux... ».

flagellez chacun d'eux de cent coups de fouet ! Que par égard pour la religion d'Allah, nulle indulgence ne vous prenne en leur faveur, si vous vous trouvez croire en Allah et au dernier jour ! Qu'un groupe de croyants soit témoin de leurs tourments ». La réprobation de la *zina* est telle qu'aucune conséquence ne peut en découler. L'intolérance à l'égard de la sexualité illicite revêt un caractère religieux et juridique. Ainsi, de ce bannissement de la sexualité illicite, les légistes ont tiré la prohibition de la filiation hors mariage. Par cette prohibition, il est interdit à tout homme de réclamer la paternité d'un enfant conçu hors mariage comme il est interdit à tout enfant de mener une action en recherche de paternité naturelle.

Toutefois, le droit musulman se singularise par un décalage entre des règles rigoureuses et une pratique excessivement humaine. Le *fiqh* multiplie les artifices juridiques pour limiter l'application des sanctions pénales. Les situations hors mariage sont traitées de façon à ce que les individus concernés ne subissent pas la sanction prescrite. La répugnance vis-à-vis de la peine est telle que même lorsque l'aveu s'est produit à la suite d'une preuve testimoniale régulière, l'avouant est encore admis à se rétracter⁶. Les légistes ont beaucoup travaillé sur la notion de *shuba* (le doute) pour ruiner systématiquement l'élément moral de l'infraction. La *shuba* est un concept sur lequel le juge doit s'appuyer pour ne pas appliquer la peine. La *shuba* servira aussi à établir la filiation de l'enfant conçu hors mariage. Sur la question de l'établissement de la filiation, les savants musulmans ont, en effet, fait preuve d'ingéniosité par l'emploi de divers expédients pour assurer à l'enfant naturel une filiation, en principe, interdite. L'absence d'état civil au moment de l'élaboration du *fiqh* facilitait l'établissement de la filiation illégitime. Il suffisait qu'un témoin affirme que telle femme était mariée à l'époque de la conception et qu'elle avait été abandonnée par son mari pour qu'une filiation soit établie.

Pour apporter la preuve de la *zina*, la preuve testimoniale était inopérante si les témoins n'étaient pas au nombre de quatre. Ce doute entourant les circonstances de la naissance de l'enfant jouait en faveur de sa légitimité⁷. Toujours, pour adoucir la rigueur du droit, les légistes ont admis que la filiation puisse s'établir par la reconnaissance de paternité. Cette reconnaissance de paternité est largement inspirée de la règle interdisant la fornication, car pour être valable, elle doit être exempte de toute référence à la conception illicite de l'enfant. Que la reconnaissance soit à l'initiative du père ou de l'enfant, les circonstances relatives à la naissance de l'enfant ne doivent pas être évoquées devant le juge. Il s'agissait là clairement d'un moyen d'intégrer l'enfant naturel dans sa famille tout en donnant l'apparence de respecter la règle prohibant la *zina*. Au fond, il est question de reconnaissance d'enfants naturels⁸. Le principe de légitimité, stricte dans sa formulation, avait donc été assoupli par les praticiens du droit après sa confrontation à la réalité sociale.

⁶ L. Bercher, « Les délits et les peines du droit commun prévues dans le Coran », thèse Paris 1926, p. 114.

⁷ L. Joinville, « La filiation maternelle naturelle en droit musulman », Revue marocaine, 1952, p. 256.

⁸ S. Jahel, *La place de la charia dans les systèmes juridiques des pays arabes*, op. cit., p. 179.

La flexibilité du droit musulman est aujourd'hui entravée par deux facteurs qui altèrent l'esprit du droit musulman. Il s'agit de la codification et de la fermeture de la porte de l'*ijtihad*. Ces facteurs ont contribué à l'émergence d'un droit musulman strict.

En premier lieu, la codification, destinée à moderniser le droit en offrant aux juges des textes clairs, a eu pour effet de largement condamner les pratiques qui permettaient d'atténuer la prohibition de la filiation hors mariage. A notre sens, la codification du droit musulman ne peut pas être comparée à la codification du droit français. Dans le système musulman, le législateur n'a pas le pouvoir de modifier certaines règles directement inspirées du droit musulman. Théoriquement, la règle de droit est immuable puisqu'elle a été édictée par la charia. Mais, le droit musulman classique donnait un pouvoir considérable au juge qui peut fonder son appréciation sur l'équité. De même, il pouvait recourir à certaines techniques d'interprétation propres au droit musulman de nature à influencer sur la solution. La codification a figé le droit puisqu'elle inscrit dans le marbre de la codification des normes réputées intouchables⁹. Cette prise de position prive le juge de sa liberté de recourir aux grands traités du droit musulman¹⁰. Pour certains, la codification a consisté principalement à panacher entre les solutions plus ou moins différentes des écoles juridiques du moyen âge.

Au cours de notre recherche, nous avons prêté un égard particulier au droit Maghrébin qui a entrepris des réformes de taille. Toutefois, les droits des autres pays musulmans seront aussi évoqués lorsqu'ils présentent des particularités dignes d'intérêt. Bien qu'ayant apporté certains changements notables dans le droit familial, les réformes Maghrébines n'ont pas remis en cause la prééminence de la famille légitime¹¹. L'institutionnalisation de la famille légitime a eu pour conséquence le maintien du modèle familial issu du droit musulman classique. La démarche, selon laquelle la solution des problèmes sociaux est juridique, est rarement utilisée¹². Autrement dit, la loi n'est pas comprise comme un instrument au service de l'évolution sociale. Cet état de fait n'a pas satisfait l'espoir de ceux qui voyaient dans la codification une occasion de renouveler les idées du droit musulman classique en matière familiale.

Le système juridique des pays musulmans se caractérise par un pluralisme des sources. A côté des Codes de statut personnels, les Codes civils, souvent inspirés du droit occidental, véhiculent des normes contraires au droit musulman. Ces normes régissent l'état civil et ont des effets paradoxaux sur l'application du droit musulman.

⁹ Pour la question du rôle du juge dans l'application du droit musulman voir, « *La tohfat d'Ebn Acem* », traduite de l'arabe par O. Houdas et F. Martel, Gavault, Alger 1882.

¹⁰ B. Botiveau, *La loi islamique dans les sociétés arabes*, L'Harmattan 1991, p. 144.

¹¹ G. Graba et Z. Haddab, « Femmes-objets ou femmes-sujets : les enjeux du code de la famille en Algérie », in Amsatou Sow Sidibé et Mamadou Badji (ss dir.), *Genre, inégalités et Religion*, archives contemporaines 2007, p. 41.

¹² A. El Mahdi, « De l'influence du droit musulman sur le droit positif en Égypte », *Rev. Jur. Pol et coop.* 1984, p. 77.

Parfois, elles constituent un moyen de contourner le rigorisme du droit musulman. En matière de filiation, alors que le droit musulman ne connaît qu'un modèle de filiation légitime et biologique, il existe des possibilités de filiation hors mariage par la reconnaissance de paternité avec des règles de preuve de droit occidental¹³. D'autres fois, il arrive que l'exigence d'un mariage enregistré rende rigide le système de preuve laquelle paralyse² l'esprit de souplesse du droit musulman.

En second lieu, la fermeture de l'*ijtihad* est un des facteurs de l'engourdissement du droit musulman. Les raisons de l'arrêt de l'effort intellectuel sur la loi sont nombreuses. Il y a les raisons politiques : il faut marginaliser les réformateurs susceptibles de faire naître des courants sectaires. En effet, la crainte des musulmans a toujours été l'altération des principes de l'Islam et la dispersion des interprétations de nature à diviser la communauté des croyants. Les effets de l'absence de l'*ijtihad* sont importants. La sclérose du droit musulman, souvent regrettée, a son origine dans cette crainte de l'innovation laquelle paralyse l'obligation islamique de mener un effort intellectuel sur la règle de droit. Cet immobilisme contredit la créativité féconde des premières écoles de l'Islam qui avaient compris l'*ijtihad* comme un instrument indispensable à la compréhension de la loi révélée¹⁴. L'*ijtihad* jouait alors le rôle d'adaptation de la loi aux réalités sociales. Aujourd'hui, les codifications, malgré leur modernisme affiché, ont pour source directe des enseignements développés par les grandes écoles du moyen âge. Le courant moderniste voyait dans la codification un moyen pour le droit de se détacher de la tutelle du religieux. Or il s'est produit le contraire puisque les règles contenues dans les Codes de statut personnel sont directement tirées du *fiqh* islamique¹⁵. Le droit de la filiation est une parfaite illustration de ce retour aux sources puisque le modèle de la filiation fondé exclusivement sur le mariage est commun à l'ensemble des pays musulmans. Si le droit pénal et le droit patrimonial ont échappé à l'emprise de la religion, le statut personnel demeure la forteresse imprenable du droit religieux sans doute parce que c'est là que s'expriment avec le plus d'intensité les particularismes et les identités culturelles.

L'étude du droit musulman de la filiation, dans les différents États musulmans, révèle un attachement de principe à la tradition musulman. Le droit de ces États appréhende l'enfant à travers le groupe familial, lequel présente des différences notables avec la famille européenne. On est très loin de la tolérance à l'égard des modèles familiaux différents de la famille légitime. Le droit musulman de la famille n'obéit pas à une logique sociale, son objectif semble être l'instauration d'un ordre moral intemporel. Pourtant les études anthropologiques menées au le Maghreb mettent en évidence une mutation profonde de la société sous l'effet conjugué de l'urbanisation et de l'influence de plus en plus forte de la mondialisation. Comme en Europe, la natalité tend à baisser. Ainsi, au Maroc, en 1960 le taux de natalité était de 7 enfants par femme, ce taux est passé de 5,5 en

¹³ Pour le droit algérien voir G. Graba et Z. Haddab, « Femmes-objets ou femmes-sujets : les enjeux du code de la famille en Algérie », art. préc., p. 44.

¹⁴ E. Chaumont, « Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'*ijtihad* », in F. Frégosi (ss dir.) *Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde Arabe*, Presse universitaire de Strasbourg, 2004, p. 74.

¹⁵ M-D. Charlier-Dagras, « La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne », L'Harmattan 2002, p. 270.

1982 à 3,1 en l'an 2000¹⁶. En Algérie, la tendance est identique avec un indice de fécondité passé de 8,36 en 1970 à 4,4 en 1992 pour se situer à 2,1 en 2001¹⁷. A cela s'ajoute une transformation profonde des structures familiales avec la disparition progressive de la famille lignagère au profit de la famille foyer. Cette nouvelle forme de famille constitue « la toile de fond » de la société civile maghrébine¹⁸.

L'évolution sociale a contribué aussi à l'émergence des pratiques sexuelles transgressives qui avec l'absence de sensibilisation sur la contraception favorise les naissances hors mariage. Les règles morales traditionnelles ont du mal à être assimilées dans une société en mutation. Les pratiques matrimoniales ont considérablement changé. Alors que l'accès au mariage se faisait très tôt dans la société traditionnelle, l'âge matrimonial est retardé du fait des études et de la crise économique. Dans ce contexte particulier, de nouvelles configurations des rapports sociaux entre les sexes se sont établies dans les jeunes générations, en décalage complet avec les pratiques normatives traditionnelles¹⁹. La famille reste incontestablement la cellule de base de la société maghrébine et le mariage l'unique moyen de la fonder, mais les évolutions sociologiques récentes ont repoussé dans le temps cette vie sexuelle socialement légitime²⁰. Cette mutation de la société maghrébine tranche nettement avec la permanence de certaines coutumes relatives au comportement sexuel notamment le tabou de la virginité. Il faut remarquer par là le paradoxe de la société musulmane partagée entre l'influence du temps moderne et la culture religieuse. Ce décalage entre règle et évolution de la société est à l'origine d'un enchaînement dramatique passant par la transgression de la norme sexuelle et allant jusqu'à l'abandon des enfants issus des relations hors mariage. Craignant le regard social, les pères naturels de ces enfants sont peu enclins à assumer leur paternité. Dès lors apparaît le phénomène des mères célibataires. La mère célibataire relève d'une catégorie sociale qui contredit le modèle familial officiellement agréé, c'est-à-dire la famille légitime, elle trouble les équilibres sociaux, scandalisent la collectivité qui, par souci d'autoprotection, ne peut lui reconnaître le droit d'exister.

L'accès restreint à la contraception²¹ des femmes ainsi que l'interdiction de l'avortement débouchent sur le drame de l'abandon. Les règles du droit musulman, notamment celle de la filiation, ne sont pas conçues pour appréhender ces phénomènes, car elles sont construites sur le

¹⁶ P. Vermeren, *Le Maroc en transition, La découverte*, Paris 2002, p. 106.

¹⁷ B. Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandon en Algérie*, Karthala, Paris 2001, p. 30.

¹⁸ C. Lacoste-Dujardin, *Des mères contre les femmes, Maternité et Patriarcat au Maghreb*, La découverte, Paris 1985, p. 191.

¹⁹ E. Barraud, *Kafala et Migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb*, Thèse Aix-Marseille, p. 344.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ La question de la contraception dépend énormément de l'alphabétisation des femmes, car l'usage de la pilule nécessite une capacité de compréhension des phénomènes biologiques et une compétence de comptabilité. Les études sociologiques révèlent que la plupart des femmes analphabètes opposent des sérieuses résistances à la contraception. Elles cultiveraient des préconçus tenaces et auraient intégré le modèle de fécondité traditionnelle selon lequel une femme acquiert un statut social par son rôle de mère. Voir, F. Souad, *L'incontournable désir de la contraception au Maroc*, EDDIF, Casablanca 1991, p. 183.

modèle de la famille légitime. La situation est aujourd'hui exaspérée avec l'obsolescence des mécanismes traditionnels de protection de la femme et de l'enfant. La théorie de l'enfant endormi et bien d'autres subterfuges permettaient d'excuser la transgression. Ces mécanismes avaient la vertu de constituer un compromis glorieux entre, d'une part, les règles juridiques et, d'autre part, les comportements transgressifs des individus. Leur véritable motivation était l'intégration dans la norme de ces comportements socialement inadaptés. Avec la disparition de ces stratagèmes, le piège se referme sur les mères célibataires.

Sur le plan juridique, la sacralisation de la famille légitime handicape toute forme de réponse politique pour solutionner le phénomène des mères célibataires. La catégorie d'enfant naturel et de mère célibataire n'est pas mentionnée dans le droit. Ces catégories sociales ne figurent pas dans les registres civils, elles demeurent dans une totale invisibilité administrative. La finalité poursuivie par les politiques législatives est la reproduction d'un modèle social et moral qui attribue à chaque individu une fonction précise dans la société. La fonction de mère étant socialement, juridiquement et moralement incompatible avec le statut de célibataire, il ne peut être construit de catégorie juridique spécifique. Cette absence de reconnaissance juridique ne permet pas une prise en compte des situations hors mariage dans le cadre des recensements officiels²². L'interdiction de toute action en recherche de paternité est fondée sur la volonté de ne pas fragiliser le modèle dominant, à savoir la famille légitime. L'attachement à ce modèle précarise le sort de l'enfant naturel compris comme partie intégrante des maux sociaux. Dans notre développement, nous tenterons de mettre en évidence que le système musulman de filiation tel que construit par les anciens légistes pouvait mieux assurer l'intégration de ces situations hors mariage. Une bonne compréhension de la dimension libérale du système musulman de la filiation aurait le mérite de permettre une bonne réception du droit musulman en France. Mais cette heureuse perspective est-elle réalisable ? Ne serait-il pas difficile pour le juge français de voir au-delà des Codes de statut personnel ?

Les deux principes fondateurs du système musulman de la filiation, à savoir le principe du sang et celui de la légitimité, sont aujourd'hui mis à mal par l'évolution sociale marquée par l'accroissement des naissances hors mariage. L'exclusivité du principe de légitimité largement, ancrée dans la mentalité musulmane, est à l'origine de l'abandon d'enfants. Ce drame ne peut être résolu en aval par l'adoption, car l'exclusivité du lien de sang interdit la pratique de l'adoption.

Le sort précaire de l'enfant naturel a poussé les États du Maghreb à solutionner cette marginalité sociale dans le respect de normes. Ce difficile exercice de transaction entre le respect de la tradition et l'obligation de commisération à l'égard de l'enfant naturel a donné naissance à la *kafala*. Cette dernière est un concept singulier construit contre le modèle de l'adoption. Au fond, il s'agit d'une adoption amputée de l'essentiel, c'est-à-dire de la création du lien de filiation artificielle. Elle respecte le principe du lien de sang tout en permettant à un enfant d'intégrer un milieu familial qui remplace sa famille d'origine. Mais la *kafala* est regardée par certains comme une institution

²² M. Nasraoui, *Les enfants abandonnés en Tunisie : analyses de la situation de l'enfant et de la mère*, Cahiers du CERES, série psychologie, 1990, p. 139.

précaire en ce que l'intégration qu'elle opère dans la famille d'accueil est partielle et provisoire²³. En effet, la prise en charge ne dure que pendant la minorité de l'enfant, elle est aussi révocable. L'absolutisme du lien de sang²⁴ en Islam a marqué l'institution, l'enfant recueilli ne peut être juridiquement assimilé à l'enfant légitime de la famille nourricière. Le régime de la *kafala* illustre à sa manière l'ambivalence qui caractérise la société musulmane contemporaine partagée entre tradition religieuse et désir de modernité. Ainsi la *kafala* a connu une mutation profonde consécutive à la transformation de la société. Initialement conçue pour assurer une prise en charge des orphelins, elle est devenue une institution pour les enfants abandonnés. Par exemple, le législateur marocain a entériné cette tendance dans la loi du 13 juin 2002 relative à la *kafala* des enfants abandonnés, qui remplace la loi 22 septembre 1993. On a souvent tendance à distinguer la *kafala notariale* destinée aux enfants de filiation connue et la *kafala* judiciaire qui joue le rôle de quasi-adoption pour les enfants abandonnés. Or au fond, sous réserve de la possibilité de concordance de noms reconnue pour les enfants trouvés, le régime de la *kafala* est unitaire. Autrement dit, la distinction entre la *kafala* prise en charge et la *kafala* quasi-adoption, connue dans le fait, n'a aucune portée juridique.

Cette institution semble insuffisante et le désir de passer au modèle de l'adoption plénière est affiché par ceux qui militent pour l'abandon de la prohibition de l'adoption²⁵. Ce désir va de pair avec une pratique de l'adoption repérée par les orientalistes au Maghreb, lors de la colonisation française. La pratique de l'adoption officieuse semble persister malgré son interdiction officielle²⁶.

C'est l'occasion de souligner combien il est très difficile de mener sereinement une recherche en droit musulman en raison du décalage existant entre le droit tel qu'il se présente et son application réelle. La tâche est compliquée en raison de l'absence d'une connaissance de la pratique du droit musulman. Le défaut de publication systématique des décisions judiciaires ne satisfait guère la curiosité de celui qui veut savoir sur le droit musulman. Depuis, la fermeture de la porte de l'*ijtihad*, il semblerait que la relation du droit avec la pratique semble distendue. La sclérose actuelle du droit tranche nettement avec l'ingéniosité des premiers savants de l'Islam.

Sous la poussée du phénomène migratoire, avant toute autre chose, l'ordre juridique français s'est trouvé confronté au droit musulman²⁷. L'histoire des relations entre l'Islam et l'Europe, spécialement l'Europe occidentale, apparaît comme une longue suite d'affrontements sur le plan politique, économique, idéologique²⁸. Le caractère conflictuel de cette relation trouve naturellement

²³ M. Merdaci, *Enfants abandonnés en Algérie, clinique des origines*, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 144.

²⁴ A-M. Moulin, *L'Islam et révolutions médicales, le labyrinthe du corps*, L'Harmattan, Paris 2013, p. 142.

²⁵ E. Barraud, *Kafala et Migrations, l'adoption entre la France et le Maghreb*, thèse préc. p. 440.

²⁶ *Idem*, p. 437.

²⁷ B. Dupret, « La charia dans l'altérité : Europe et Amérique du nord », in B. Dupret (ss dir.), *La charia aujourd'hui*, La Découverte, Paris, 2012, p. 225.

²⁸ J. Déprez : « *droit international privé et conflits de civilisations* », cours de la Haye 1988 T IV p. 19.

son prolongement dans le droit international privé français qui est l'espace juridique de rencontre entre deux civilisations pour le moins antinomiques. La rencontre entre ces deux mondes s'est amplifiée à la suite de l'immigration massive des ressortissants musulmans, issus des anciennes colonies françaises devenues indépendantes, qui avaient dans leurs bagages une culture juridique substantiellement opposée aux valeurs de la France. Ce faisant, la politique d'intégration de ces nouveaux venus devient un véritable défi avec un sérieux dilemme entre le respect de la loi du milieu d'accueil au nom du maintien de l'ordre public et le respect de la loi nationale source d'enrichissement réciproque dont la France, État moderne et pluraliste ne pourrait se passer.

Le droit de la famille, puisant ses origines dans la culture et les mœurs des peuples, constitue un terrain de prédilection pour l'étude des rencontres des civilisations²⁹. L'antagonisme entre les systèmes musulmans et français est l'occasion de mettre à l'épreuve les règles et techniques du droit international privé préoccupées par la coordination des systèmes. Des nombreuses études ont été entreprises sur le thème de la rencontre des civilisations en droit international privé. Elles ont le mérite de mettre en lumière les oppositions entre droit confessionnel et droit laïc³⁰. Toutefois, ces études ont pour faiblesse d'aborder le problème sous angle purement technique sans faire l'effort de comprendre les richesses du droit musulman. L'attention est concentrée sur les solutions du droit positif telles que reflétées par les Codes des statuts personnels. Il est regrettable qu'aucune recherche n'essaie de dépasser le stade de la règle codifiée pour examiner son origine religieuse. La plupart des études se contentent d'analyser le droit positif dans telle ou telle matière en annonçant péremptoirement l'origine coranique de l'institution en cause³¹. Or toutes les recherches des sociologues, anthropologues et orientalistes mettent l'accent sur le décalage entre les règles strictes et les pratiques souples en droit musulman. Le droit de la filiation est très révélateur de cette compréhension limitée du droit musulman. En effet, l'attention semble obnubilée par la règle interdisant l'établissement de la filiation sans égard à son application réelle dans le milieu d'origine. Cette règle est souvent disqualifiée au nom de la contrariété avec les valeurs du droit français de la filiation. L'idéal aurait été de rechercher comment est-elle appliquée réellement dans son milieu d'origine ? Les deux systèmes juridiques en présence auraient trouvé avantage et s'y retrouverait en vue d'une meilleure coordination. En effet, le droit ne se résume pas aux normes ni à la science juridique comme le veut le kelsénisme³². Le droit international privé connaît cet idéal, car la loi étrangère doit être placée dans son contexte et appliquée comme le juge étranger. Isolée de son environnement social³³, la règle juridique est condamnée au dépérissement. La coordination des systèmes est largement tributaire de cette approche sociojuridique qui elle-même dépend d'une

²⁹ F. Rigaux, préface du livre de M. Taverne, *Le droit familial maghrébin, Algérie, Maroc, Tunisie et son application en Belgique*, Larcier, Bruxelles, 1981, p. 8.

³⁰ A. Kessmat Elgeddawy, *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, D. 1971.

³¹ K. Zaher, *Conflit de civilisations et droit international privé*, L'Harmattan, Paris 2009, p. 20.

³² B. Oppetit, *Le droit international privé, droit savant*, RCADI 1992. III, vol. 234, p. 433.

³³ Un auteur a pu dire « rend on compte fidèlement d'un droit si l'on se borne à décrire, même objectivement, la législation ? La réponse est bien sûr négative. LE droit s'insère dans une culture et il est appliqué en fonction de cette culture. C'est dire toute l'importance du contexte ». J. Pradel, « Le piège du Droit comparé », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique*, écrits en l'hommage de Gérard Cornu, PUF 1994, p. 351.

connaissance suffisante du droit étranger³⁴. La recherche de cette harmonie est souvent contrariée par la prise en compte d'éléments superficiels qui dissimulent parfois des soucis communs. Le droit de la filiation illustre parfaitement cette affirmation, car dans ce domaine la considération des solutions textuelles empêche de voir la finalité commune des droits en présence. Il va de soi que les normes sont différentes puisque les contextes historiques et sociaux, les équilibres recherchés ne sont pas les mêmes. En France, le droit de la filiation a été soumis à une marche inexorable vers l'égalité des filiations³⁵, elle-même facilitée par une mutation sociale et économique qui a profondément bouleversé la configuration de la famille et des mentalités. L'égalité des filiations est un concept utilitaire qui a permis de mettre fin à l'infériorité de l'enfant né hors mariage. Le droit musulman ne met pas l'accent sur l'égalité dans la mesure où il ne connaît pas la filiation hors mariage qui est censée ne pas exister. Nous verrons que son objectif est de couvrir tous les enfants du voile de la légitimité à travers des instruments que nous mettrons en évidence dans notre développement. Cette différence du droit musulman par rapport au droit français se justifie par le fait que la législation musulmane cherche un équilibre entre la protection du mariage comme fondement exclusif de la famille et l'intérêt de l'enfant naturel. L'esprit des deux droits est en somme le même, il s'agit de ne pas discriminer les enfants. Le droit français, depuis l'ordonnance de 2005 est devenu unitaire et à abandonner la distinction filiation légitime et filiation naturelle. Même si la mise en œuvre de l'unité de filiation est différente dans les deux systèmes, un rapprochement n'est-il pas possible ?

La réception du droit musulman en France semble privilégier une lecture stricte du droit musulman de la filiation. L'interdiction d'établir la filiation naturelle est comprise à l'aune des concepts du droit français. Cette approche du droit musulman ne conduit qu'à un constat d'incompatibilité obligeant au déclenchement de l'ordre public. Au fond, ce déclenchement de l'ordre public procède lui-même de la réduction du droit musulman à la religion musulmane. Certaines études qui ont porté sur le droit international privé sous l'angle du conflit de civilisations utilisent cette logique simplificatrice. A les lire, le monde musulman se réduirait à l'Islam³⁶. Cette vision de l'Islam alimente la thèse du conflit de civilisations qui présentent le droit musulman avec des traits caricaturaux. Il s'agirait d'un droit opposé à « l'individualisme » qui « asservit la personne à la religion »³⁷. Un tel regard sur le droit musulman attise le conflit, il renferme le droit français dans un préjugé contrariant l'effort de coordination des systèmes. Son effet sur l'ordre public est dévastateur puisqu'il contribue à l'inflation de son intervention. Les auteurs ont montré que le recours au droit comparé est indispensable tout à la fois pour cerner la notion d'ordre public et pour

³⁴ Une approche uniquement juridique serait en effet insuffisante dans le droit de la famille où s'entremêlent les données historiques, religieuses, philosophiques. Prendre en compte seulement la norme sans le contexte serait un contresens.

³⁵ N. Ferré et L. Sinopoli, « D'un modèle (famille) l'autre », *plein droit* n° 95 2012, p. 3.

³⁶ J. Déprez écrit « il est vrai qu'en Islam tout est religion et que la formule rend bien compte de l'ordre juridique global ». J. Déprez, « Droit international privé et conflit de civilisations », *Cours préc.*, p. 86. Cette présentation semble ignorer l'extrême diversité du monde musulman et l'influence des coutumes des peuples sur l'interprétation du droit musulman.

³⁷ M. Hunter-Henin, *pour une redéfinition du statut personnel*, Presse universitaire d'Aix Marseille 2004, p. 75 et s.

lui faire produire des effets corrects³⁸. Le jeu de l'ordre public impose de connaître le droit étranger afin d'apprécier s'il est contraire ou non à l'ordre public. Cette remarque montre que le droit international privé ne saurait se dispenser d'une bonne connaissance du droit comparé.

Cela étant, il y a des différences culturelles qui se manifestent aussi dans la sphère juridique. Elles sont le produit de l'histoire et ne doivent pas être niées. Si la religion a eu un impact fort dans le droit musulman contemporain, son influence est loin d'être exclusive. L'origine confessionnelle du droit musulman et la laïcité du droit français ne sont pas un obstacle au rapprochement et la compréhension. Le mouvement continu de libéralisation du droit français de la filiation est inspiré l'humanisme. Sa finalité est d'inscrire chaque personne dans son véritable rapport de filiation sans discrimination. L'effacement de la discrimination par le mariage et la faveur à l'adoption sont autant de positions qui méritent à bien des égards les louanges. Le même souci d'humanisme a guidé le droit musulman de la filiation. La recherche de cohérence dans le système juridique explique le lien étroit entre filiation et mariage. De même, ses positions sur l'adoption sont toutes aussi défendables puisque son souci premier est de ne pas couper l'enfant de ses origines. L'importance de l'origine pour la construction de l'individu est étayée par les études de psychanalyse³⁹. L'objet de cette thèse sera de lever certains préjugés sur le droit musulman de nature à exaspérer le conflit avec le droit français. On essaiera de présenter le droit musulman de façon authentique pour savoir dans quelle mesure sa réception en France peut être possible.

Dans cette perspective, il faut mener l'analyse à travers les deux principaux piliers du système musulman à savoir, le principe de légitimité (*Partie 1*) et le principe du lien de sang (*Partie 2*).

³⁸ Y. Loussouarn, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 307.

³⁹ P. Verdier et G. Delaisi de Perceval, *Enfant de personne*, Odile Jacob, 1994.

Partie 1- Le principe de légitimité

En droit musulman, le mariage constitue le seul cadre reconnu pour la constitution des liens familiaux. L'importance du mariage est telle que la famille musulmane se définit uniquement par le mariage. Cette exclusivité du mariage a un impact significatif sur la filiation qui ne peut être que légitime. Aucune donnée scripturaire ne lie le mariage à la filiation, mais pour des raisons de cohérence, l'interdiction des rapports sexuels hors mariage impliquait nécessairement que la filiation soit arrimée au mariage⁴⁰. Ainsi, le système musulman de la filiation est unitaire et construit autour du mariage. De plus, la reconnaissance de paternité est étroitement liée au mariage, elle établit une filiation considérée comme légitime. On comprend dès lors que le principe de légitimité est central en droit musulman. Ce système emporte une conséquence naturelle qui est l'exclusion de la filiation hors mariage. Les Codes de statut personnel interdisent tous l'établissement de la filiation illégitime. Le droit de la famille dans les pays musulmans est largement influencé par le droit musulman classique. Cette influence est très palpable en matière de filiation, car le système du droit musulman classique demeure.

Le droit musulman et le droit français vont se rencontrer dans le cadre du droit international privé. Les règles du droit international privé sur la filiation sont inspirées du droit interne français pluraliste. En France, le mariage n'est plus la source exclusive de la filiation, il n'y a pas des restrictions particulières pour l'établissement de la filiation. Marqués par leur environnement juridique libéral, les juristes français ont compris le système Islamique comme trop restrictif et discriminatoire. Cela étant, il est légitime de se demander si le droit musulman, souvent présenté comme antagoniste au droit français, est irréductiblement opposé au droit français. Pour mesurer la réalité du conflit entre droit musulman et droit français, il faut une étude approfondie du droit musulman. Cet examen du droit musulman est d'autant plus important qu'il permettra de vérifier si le droit musulman tel que compris et appliqué par le juge français est exact. En effet, il est évident qu'une bonne compréhension du droit étranger est la condition nécessaire pour atteindre l'harmonie des solutions chère au droit international privé. Il apparaîtra au fil de notre développement que les interprétations souvent données du droit musulman ne sont pas conformes à la réalité. Concernant la filiation, le caractère fondamental du principe de légitimité impose sa compréhension dans le cadre du droit musulman (*Titre 1*). Cette compréhension permettra d'ouvrir des nouvelles perspectives pour la réception de ce principe dans l'ordre juridique français où il bénéficie d'une réception limitée (*Titre 2*).

⁴⁰ H. Mahdi, *Précis de droit des personnes en Islam*, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 53.

Titre 1- La compréhension du principe de légitimité en droit musulman

Le système musulman lie intimement mariage et filiation de façon exclusive pour ne pas dire perpétuelle. Le système français issu du Code napoléon n'était pas très loin de la conception musulmane, mais, contrairement à cette dernière, la conception française a évolué sensiblement sur certaines questions comme celle de la filiation naturelle. Après avoir accordé des fragments de droits à l'enfant naturel, le droit positif français est aujourd'hui arrivé à un stade où la filiation n'a pas de valeur particulière en fonction de la naissance en mariage ou hors mariage. La conception musulmane est frappée d'un statisme puisque le lien entre filiation et mariage n'est pas rompu en vue d'une intégration de la filiation naturelle. Les universitaires⁴¹ du monde musulman lorsqu'ils étudient l'évolution du droit dans les contrées musulmanes puisent leurs exemples dans les réformes relatives au mariage. Si le droit de la filiation n'est jamais évoqué sous cet aspect évolutif, c'est sans doute parce qu'il n'a pas changé.

Le contexte sociologique éclaire largement sur les causes de cette permanence. Dès son origine, la société musulmane en raison de son caractère foncièrement religieux n'était pas confrontée aux naissances hors mariage. Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir les ouvrages du *fiqh* relatifs à la preuve de la filiation qui traitent le souci majeur qui animait les légistes : il s'agissait toujours de trouver une solution aux prétentions opposées de deux hommes sur la paternité d'un même enfant. En droit occidental, la distinction en matière de filiation s'est traditionnellement construite sur l'existence ou l'absence de mariage si bien que cette distinction avait pour conséquence l'apparition d'une dualité de famille, la famille légitime et la famille naturelle. L'art législatif musulman en matière de famille a joué un rôle dans la fixation du concept de filiation. Le droit musulman ne fait des catégories pas en matière de famille. Les deux institutions fondatrices de la famille à savoir la filiation et le mariage sont uniques. Il n'est de mode de conjugalité que le mariage tout comme il n'est de filiation que la filiation légitime.

Lorsque son régime est unitaire, la filiation peut prendre deux significations. Dans un premier temps, seule la filiation légitime est admise. Le sang n'est pas le seul déterminant puisqu'il faut aussi être légitime. La seconde figure du régime unitaire met fin à la dichotomie filiation naturelle/filiation légitime. Un seul régime est établi pour tous avec les mêmes droits pour tous les enfants. La première forme de régime unitaire est celle du droit musulman qui a bâti son modèle unitaire autour du mariage. La seconde est celle du droit français, qui a construit un modèle de filiation unitaire en taisant toute référence au mariage. La logique unitaire du droit musulman privilégie le rôle du mariage, lorsque celle du droit français a le souci de la non-discrimination entre enfants. Le

⁴¹ Chafik Chehata : « L'évolution moderne du droit de la famille en pays d'Islam », *Revue d'étude Islamique* 1969, p 103 et s. toujours pour un même constat, mais plus récent voir l'article de N. Mahieddin, « L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi 4 mai 2005 », *Revue l'année du Maghreb* 2005, p. 99.

principe de légitimité du droit musulman a des caractéristiques propres. D'une part, il est un principe exclusif ne protégeant que les enfants nés dans le mariage (*Chapitre 1*). D'autre part, il est souple, car il a vocation à protéger des enfants qui ne sont pas nés en mariage (*Chapitre 2*).

Chapitre 1- L'exclusivité du principe de légitimité

Le principe de légitimité reste la pierre angulaire du droit de la famille dans le pays musulman. Ce principe régit la famille aussi bien dans sa dimension horizontale, c'est-à-dire la relation de couple, que dans sa dimension verticale, le lien parent enfant. Il en résulte un modèle familial unique dont le mariage est en apparence la raison explicite. Contrairement aux autres institutions juridiques, le mariage dérive d'une éthique sociale et d'une croyance religieuse où les notions de bien et de mal résultent de la révélation divine et non de la raison humaine⁴². Alors que le droit contractuel est abordé sous l'angle des principes rationnels, tout ce qui touche au mariage prend un appui précis dans le coran. Les textes dans ce domaine doivent être utilisés d'une façon « obvie, conforme à l'intention et à la destination évidente des versets pris en eux-mêmes »⁴³ et dans leur contexte. Ainsi tandis que la liberté du législateur en matière de contrat reste large, elle se trouve particulièrement réduite lorsqu'il s'agit du mariage où les contraintes morales sont présentes. La consubstantialité entre droit et moral fait que les obligations imposées par le droit ne sont pas seulement des devoirs civils. Elles deviennent obligation religieuses et tirent ainsi de leur source une force accrue pour les individus eux-mêmes⁴⁴.

Si les sources religieuses régissent le mariage, ou du moins certains de ses aspects, il n'en est pas de même pour la filiation. En effet, rien ne permet de déterminer les sources religieuses du droit de la filiation. Les règles en matière de filiation sont le fruit de la construction des légistes qui l'ont bâtie à partir des normes punitives de la *zina*⁴⁵. La morale islamique condamne fermement la fornication et conformément au principe selon lequel le fait illicite ne saurait servir à créer un acte juridique licite, il refuse l'établissement de la filiation hors mariage. Cette confusion entre morale et droit est donc à l'origine du système unitaire où la filiation est fondée uniquement sur le mariage (*Section 1*). L'alignement de la filiation sur le mariage a pour conséquence l'exclusion de la filiation hors mariage (*Section 2*)

Section 1- Une filiation fondée uniquement sur le mariage

L'étude de la filiation ne saurait faire abstraction du mariage. Le droit musulman lie inséparablement ces deux actes fondateurs de la famille. L'institution matrimoniale précède la

⁴² CF H.A.R. GIBB : « *Les tendances modernes de l'Islam* », Paris, Librairie orientale et américaine, 1949, p. 117 à 119.

⁴³ R. Arnaldez, « La place du coran dans le usûl al fiqh d'après le Muhalla d'Ibn Hazm » *Studia Islamica* 1970, p 37.

⁴⁴ L. Prévost « *L'établissement de la filiation en droit tunisien* », thèse Paris, 1977, p. 7.

⁴⁵ L'usage de ce terme sera constant dans notre travail pour désigner la fornication, il désigne la relation sexuelle hors mariage.

filiation, elle en est la cause préparatoire qui légitime l'acte sexuel⁴⁶. L'exercice du rapport sexuel en dehors de ce cadre est proscrit⁴⁷. Les Codes de statut personnel des pays musulmans insistent beaucoup sur le mariage et sur sa relation exclusive avec la filiation. Il est le seul moyen juridiquement reconnu de faire une descendance pour accroître les familles. Le mariage comme fondement de la filiation présente deux traits : il est, d'une part, un fondement ambivalent (§1) ; il est, d'autre part, un fondement permanent (§2).

§1- Le mariage : un fondement ambivalent

Comme dans tous systèmes juridiques, la question de la part du biologique et du social se pose. Cette conciliation que l'on trouve aussi dans le droit français n'est pas expliquée par le droit musulman. Elle s'explique par l'importance des enjeux. Partout et toujours ceux-ci sont considérables. En réalité, de la filiation dépend un pan entier du droit : la tutelle de l'enfant, le droit de la succession, les droits et les devoirs respectifs des parents de l'enfant, les liens avec des collatéraux, etc. A cela s'ajoutent des considérations d'ordre moral comme la sexualité. De ce fait, avec la filiation on touche véritablement aux aspects les plus importants du statut des personnes, car le droit familial est, somme toute, le premier facteur de l'organisation sociale. Dans ces conditions, la société ne laisse pas livrer à la seule nature la détermination de la filiation d'un enfant⁴⁸. Il arrive parfois que la société s'intercale entre le géniteur et l'enfant⁴⁹, empêchant ainsi l'établissement du lien juridique. Ainsi le droit musulman ne laisse pas dépendre la filiation paternelle du seul fait biologique en raison de la prohibition de la relation sexuelle hors mariage. Pour que la filiation de l'enfant s'établisse, il doit être conçu dans le mariage. Le mariage assume le caractère biologique de la filiation. Toutefois, la filiation établie dans le mariage est une filiation insusceptible de désaveu en raison du caractère impossible de l'action en désaveu. Le mariage est donc un fondement ambivalent : il est d'une part, un révélateur du lien biologique (A) ; il est, d'autre part, un facteur de solidité du lien de filiation (B).

⁴⁶ F-P. Blanc, « Introduction à l'étude du droit musulman », D. 2001, p. 403.

⁴⁷ Ibn Abi Zayd Al-Qayrawani, « La Risala ou Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite malékite », 8^e éd, édition populaire de l'armée, Alger 1983, p. 255 et s.

⁴⁸ J. Colin, « Le concept firâch en Islam » art. préc., p. 70.

⁴⁹ J.-P. Branlard, « La sexualité obstacle au lien juridique en droit français », *Revue praxis juridique et religion* 1992, p. 126.

A- Le mariage : révélateur du lien biologique

En France aujourd'hui, il y a dissociation, d'une part, entre le mariage et la filiation et d'autre part, entre le fait d'être géniteur et le fait d'être père. A l'origine de cet état du droit se trouvent des mutations à la fois sociales et scientifiques. Dans le processus de la détermination de la filiation, le problème posé a toujours été de trouver un père à un nouveau-né. Faute de solution certaine, le droit a toujours eu recours à des présomptions. L'existence d'une union dans les formes légales a toujours été, la seule manière de rattacher au mari les enfants qui naissaient de sa femme. L'exclusivité des rapports sexuels avec l'épouse, consentie par le mari, laissait présumer la volonté de se rattacher les enfants.

Néanmoins, même en la présence de cette volonté, la solution demeure abstraite et ne procède que d'une fiction, en l'absence des méthodes scientifiques permettant de désigner le père. Certains auteurs définissent juridiquement la filiation comme une fiction par nature⁵⁰.

Elaborée dans le droit musulman classique avec une expression métaphorique, la présomption de paternité demeure dans le monde musulman le mode de rattachement par excellence. Le régime de la présomption de paternité est strict dans le droit musulman classique pour préserver le lien de sang (1). D'ailleurs, ce souci de filiation biologique apparaît aussi dans le droit musulman contemporain (2).

1- Le régime strict de la présomption de paternité dans le droit musulman classique

Pour une bonne compréhension de la présomption de paternité du droit musulman, il faut la présenter brièvement. Ensuite, pour qu'elle opère, le droit musulman exige la preuve d'une cohabitation. Enfin, son point de départ est le même qu'en droit français.

D'abord, la présomption de paternité du droit musulman date du moyen âge. L'idée que l'enfant né a pour père le mari de la femme est connue aussi dans d'autres systèmes juridiques. Le droit romain primitif exigeait que l'enfant soit né de « justes noces ». A l'époque classique s'ajoutent des conditions de délais. On relève certaines analogies, au demeurant purement accidentelles, entre ce droit et le droit musulman classique. Ce dernier, en effet, reprend sous l'influence de la prohibition coranique de la fornication, les conditions de la cohabitation et de délais⁵¹. A l'instar du droit Romain, la présomption de paternité en droit musulman est exprimée dans l'adage *al-walad lil firas*

⁵⁰ J. Mulliez, « La désignation du père, in histoire des pères et de la paternité », J. Delumeau, et D. Roche, Larousse, 1990, p. 30.

⁵¹ L. Prévost, « La filiation en droit tunisien », thèse préc., p. 30.

« l'enfant appartient au lit conjugal⁵² ». Cet adage a une signification assez profonde. Un auteur le qualifiait de « pivot » de la filiation légitime⁵³. L'origine de l'adage est fort discutée, l'approche Islamologique diffère de l'approche musulmane. Les Islamologues anciens comme Robertson Smith, Welhausen et Lammens avaient en leur temps expliqué qu'il s'agissait d'un adage connu de la société arabe préislamique⁵⁴. Plus proche de nous, Joseph Schacht était en désaccord avec ses aînés ; il y voyait un adage étranger à la culture arabe, mais que la nouvelle religion avait islamisé. Selon lui « *des concepts et maximes issus des droits romain et byzantin, du droit canon des églises orientales, de la loi talmudique et rabbinique s'infiltrèrent dans la loi religieuse naissante de l'Islam pendant la période d'incubation, pour se faire jour dans les doctrines du II siècle de l'hégire* »⁵⁵. Cette vision qui relève de l'histoire du droit est contestée par la perception musulmane développée dans le cadre d'une discipline qu'on appelle *usûl al-fiqh*. L'origine de l'adage est placée dans le cadre d'une jurisprudence prophétique qui l'avait instituée. Ladite jurisprudence est le fondement de tout le système de filiation du droit musulman. Il s'agissait d'un litige opposant deux hommes qui réclamaient un enfant né d'une femme esclave. L'un d'eux dans ses prétentions se fondait sur l'élément biologique, la ressemblance de l'enfant avec lui, l'autre s'appuyait sur le fait qu'il était le seul maître de l'esclave par conséquent le seul à même d'avoir des relations intimes avec cette dernière⁵⁶. Pour comprendre cette jurisprudence, il faut expliquer que cette présomption de paternité (*firâch*) s'appliquait à l'enfant né dans le mariage, mais aussi à celui qui est né dans le concubinage légal qui découlait des droits du maître sur son esclave.

Ensuite, la présomption de paternité ne résulte pas uniquement du mariage en tant que tel. Elle repose elle-même sur une double présomption de cohabitation sexuelle entre les époux et de fidélité de l'épouse. Sans doute pourrait-on tirer une présomption de paternité de tous les cas où la stabilité de la relation de la mère est constatée⁵⁷ ? Cette relation s'entend de toute situation exempte de *zina*, c'est-à-dire de fornication. Cette notion de *zina* est souvent traduite de façon impropre par le mot adultère. Elle correspond en réalité à une notion très différente de ce que ce terme peut évoquer pour un Occidental. L'adultère est en général compris comme une infraction à l'obligation de fidélité réciproque que la morale et la loi imposent aux époux dans le cadre du mariage. La *zina* englobe l'adultère, mais signifie de façon large toute relation sexuelle en dehors du cadre licite.

⁵² Al-Kâsânî (543/1148), dans un ouvrage « *badâ'i as-sanâ'i* » publié au Caire entre 1909/ 1912 analyse cet adage avec des outils grammaticaux et selon lui le mot lit signifie par métonymie la femme. Et cette analyse fait ressortir qu'en réalité le vrai sens de l'adage c'est « l'enfant appartient au maître du lit ».

⁵³ Expression de Linant de Bellefonds, « *Droit musulman comparé* » T 3, Mouton, 1973, p. 9.

⁵⁴ J. Colin, « Al firâch/ le lit. Un concept juridique en Islam », *Revue Praxis juridique et religion*, 1993, p. 61.

⁵⁵ J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, Paris, Maisonneuve et Larose 1983, p. 29.

⁵⁶ On ne peut sous-estimer l'importance de ce hadith prophétique rapporté dans les plus sûrs des références Islamiques. Dans ce hadith on voit le prophète en situation d'arbitrage entre deux hommes, Sa'ad et Zama'a qui se disputaient à propos d'un garçon. Sa'ad dit « ô envoyé de Dieu ! Ce garçon est le fils de mon frère « Utba, il m'a jadis confié qu'il était son fils ; regarde comme il lui ressemble. » Zama'a dit « c'est mon frère, ô envoyé de Dieu ; il est né sur le lit/Firâch de mon père, de sa femme esclave ». Le prophète regarda l'enfant et remarqua la ressemblance avec le frère de Sa'ad mais néanmoins affilia l'enfant au père de zama'a en disant « il est pour toi Zama'a, l'enfant pour le lit et pour le fornicateur la pierre ». La présomption de paternité en Islam est fondée sur cet arbitrage rendu par le prophète dans une affaire d'esclavage. Cette jurisprudence recèle un dynamisme interprétatif qui est très peu exploité à l'heure d'aujourd'hui.

⁵⁷ L. Prévost, « La filiation en droit tunisien », thèse préc., p 28.

Du reste, il est communément admis que le mot *firas* désigne le mariage, mais pour certains il désigne directement le rapport sexuel. L'obligation de fidélité imposée à l'épouse dans le cadre du mariage constitue un moyen juridique pour s'assurer, autant que faire se peut, que cette dernière n'a pas introduit du sang étranger dans la famille. L'instauration de ce modèle qui construit le lien de filiation sur le mariage répond, outre la préservation du lignage, au souci d'assurer au mariage une primauté sur toute autre forme d'union. Ainsi pour le droit musulman, le lien de sang est un principe directeur de la filiation, l'enfant doit avoir la filiation de son père biologique, mais le mariage demeure le cadre obligé de la procréation. Nous verrons plus loin que les légistes⁵⁸ ont d'ores et déjà refusé toute forme de distinction en matière de filiation pour consacrer la filiation naturelle. La motivation de ce refus était tout simplement de ne pas affaiblir la place du mariage. Néanmoins, le système n'ignore pas l'enfant naturel, son statut doit se mouler dans la filiation légitime moyennant un élargissement de la notion de mariage.

Enfin, le droit musulman fixe un point de départ pour la présomption de paternité. Elle ne couvre que les enfants nés six mois après le mariage. La doctrine classique a eu à réfléchir sur l'hypothèse suivante : le mariage ayant été conclu, les deux époux ont légalement le droit de cohabiter. Mais dans les faits cette cohabitation est repoussée au jour de la fête qui consacre le début de la cohabitation. Un enfant naît moins de six mois après les rites sociaux. Ce cas concret soulève la question du point de départ de la présomption de paternité.

Le point de départ de la présomption de paternité présente un certain intérêt si l'on considère la doctrine classique. En effets, les auteurs se sont partagés entre deux positions⁵⁹.

Le premier courant adopte une position restrictive, il s'agit des écoles malékites, hanbalite et chaféite. Pour leurs auteurs fixent le point de départ de la présomption de paternité au jour de la conclusion du mariage. Néanmoins pour que la filiation s'établisse, il faut que la cohabitation, rendue possible sur le plan juridique, soit réalisée en fait. Ces auteurs excluent la présomption de paternité dans le cas où la consommation du mariage, bien que théoriquement possible, a été rendue pratiquement impossible. On peut penser à l'hypothèse des époux séparés qui n'ont jamais eu l'occasion de se rencontrer. Si dans une telle hypothèse l'épouse accouche plus de six mois après la conclusion du mariage, l'enfant mis au monde n'est pas couvert par la présomption. Il ne s'agit pas d'un cas d'école en raison du fait que le droit musulman admet aisément le mariage à distance, car la femme est représentée par son tuteur matrimonial.

On peut aussi parfaitement penser à l'hypothèse où la répudiation et la conclusion du mariage se font au cours d'une même séance contractuelle⁶⁰. Là aussi le cas est loin d'être théorique, car on peut imaginer les cas des concubins, mus par la volonté de protéger la filiation de leur enfant né ou

⁵⁸ Voir infra.

⁵⁹ L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, T 3, p. 30 et s.

⁶⁰ Cette hypothèse dans un premier temps conçue s'est réellement réalisée avec un arrêt de la Cour de cassation tunisienne du 2 avril 1968, *RTD* 1969-1970 p. 214.

à naître, mais voulant néanmoins se séparer, concluent le mariage et le dissolvent au cours d'une même séance.

Lorsque la situation est douteuse, le doute profitera à l'enfant qui se verra attribuer une filiation. Il en va autrement lorsque l'impossibilité de cohabitation est évidente comme en cas d'impuissance ou de minorité, ou lorsque le mari est privé d'organe génital. Ce courant doctrinal privilégie sans aucun doute la vérité biologique puisque le point de départ de la présomption de paternité est le jour où la cohabitation est effective. La présomption résulte alors d'une présomption de consommation résultant de la cohabitation.

Le second courant est minoritaire ; il s'agit du courant hanafite. Il propose une toute autre solution qui semble négliger l'aspect biologique de la filiation. Le point de départ de la présomption de paternité varie selon que le mariage est nul ou valide. Dans l'hypothèse du mariage valide, ce point de départ est situé à la date de la conclusion du mariage. Néanmoins la solution est originale en raison du rôle minime que ce courant donne à la cohabitation. En réalité, la cohabitation n'est pas ici le critère fondamental du jeu de la présomption de paternité, car il suffit qu'elle soit théoriquement concevable. Concrètement, la présomption de paternité couvre l'enfant d'une femme mariée même en cas de non-cohabitation notoire. La solution est vraiment caricaturale en cas de séparation entre les époux, l'un habitant en Orient l'autre en Occident. Mais cette conception a l'indéniable avantage de donner une filiation à un enfant qui risque d'en être privé. De même, la présomption s'applique alors que le mariage et la répudiation ont été concomitants⁶¹.

Mais les hanafites atténuent cependant leur insouciance relative à la vérité biologique pour le cas de l'impubère à moins qu'il y ait de doute. Cette thèse est vraiment originale dans un système juridique soucieux de réalisme en même temps que de licéité.

Ce réalisme, de façon paradoxale, retrouve sa rigueur pour le mariage nul. Ici le jeu de la présomption de paternité est subordonné à la consommation du mariage et à la naissance six mois après la conclusion du mariage nul. La consommation reste le critère déterminant de la filiation dans le mariage nul, sa simple conclusion étant insuffisante.

Les choses se compliquent dans la pratique puisque les deux moments de référence pour la présomption de paternité, à savoir la conclusion du contrat et la consommation, obéissent à des règles différentes. La doctrine de façon unanime exige la publicité lors de la conclusion du mariage. La publicité est une condition de validité du contrat réalisée par la présence de deux témoins. Contrairement à la conclusion du contrat, la consommation est un fait intime qui est pour certains le point de départ de la présomption. Le choix d'un fait caché au détriment de la conclusion du mariage qui est public est étrange.

La thèse des hanafites est plus logique de ce point de vue puisque le point de départ de la présomption est pour le mariage valide, le jour de la conclusion du mariage. Pour le mariage nul, il

⁶¹ L. De Bellefonds, « *Traité de droit musulman comparé* », *op. cit.*, p. 30.

revient à l'enfant qui réclame l'établissement de la filiation de prouver que la naissance a lieu six mois après la consommation du mariage.

Le moins qu'on puisse dire est que le raisonnement est complexe. Le risque est d'aboutir à des difficultés particulièrement insolubles. Cette subtilité du raisonnement a néanmoins l'avantage d'être un moyen d'établir la filiation de celui qui est né dans des circonstances douteuses. La majorité des codifications contemporaines ont fait l'économie de cette distinction.

2- Le souci de la filiation biologique dans le droit musulman contemporain

Après les indépendances, les pays musulmans se sont attelés à une œuvre de codification en matière familiale. L'Algérie, le Maroc, la Mauritanie et bien d'autres ont confectionné des législations en matière de statut personnel⁶² directement inspirées du droit musulman classique. Ces codifications intervenues dans des espaces culturels différents ont pour dénominateur commun la mise en place d'un système familial fondé exclusivement sur le principe de la légitimité. Ce dernier constitue l'épine dorsale du modèle familial. Ce système issu du droit musulman classique fait de la présomption de paternité le mode exclusif de l'établissement de la filiation.

Le Code marocain précise que la filiation naît de la procréation de l'enfant par ses parents. Elle est conçue comme un événement naturel qui doit être légitime c'est-à-dire sur « la base d'une situation permettant les relations sexuelles entre l'homme et la femme »⁶³ c'est-à-dire le mariage légal.

Le Code algérien, quant à lui, prévoit que l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal. L'exigence du mariage en matière de filiation est forte dans ce pays dans la mesure où l'enfant doit naître dans le cadre du mariage pour avoir une filiation. Le délai minimal de grossesse est fixé à 6 mois et tout enfant né avant ces six mois de mariage est réputé illégitime. La Cour suprême algérienne a eu l'occasion de se prononcer sur le respect de ce délai, elle a déclaré illégitime un enfant né 64 jours après la conclusion du mariage⁶⁴. Dans le même sens, elle a affirmé : « *ne commet pas une contradiction l'arrêt qui valide le mariage et refuse d'attribuer la paternité à l'époux lorsque l'enfant est né moins de six mois après le mariage, car les rapports sexuels antérieurs au mariage ne constituent pas une consommation du mariage*⁶⁵ ».

⁶² L'expression statut personnel dans un système confessionnel englobe l'ensemble de droits de la personne (statut individuel). Elle appartient au domaine du droit international privé, son contenu est en revanche déterminé par le droit interne.

⁶³ Article 142 du Code marocain de la famille.

⁶⁴ Cet arrêt a été cité par N. Aït Zaï dans « L'enfant algérien entre le droit musulman et la convention internationale des droits de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman*, acte de colloque du 14 janvier 2008. Lucette Khaïat et Cécile Marchal (ss dir.), p. 91.

⁶⁵ Cour suprême algérienne arrêt du 19 novembre 1984, cité par N. Aït Zaït, « L'enfant algérien entre le droit musulman et la convention internationale des droits de l'enfant », art. préc., p. 91.

Le droit marocain et le droit algérien expriment le souci de vérité biologique dans le sens où ils retiennent un délai de grossesse scientifiquement correct et font de la cohabitation une condition de la filiation⁶⁶.

Le souci de modernité inhérent à la codification n'a pas altéré les grandes caractéristiques du *firâch* (présomption de paternité). La filiation établie est avant tout une filiation légitime, néanmoins ce terme est impropre ici dans la mesure où il renvoie au système occidental où l'on faisait une distinction en matière de filiation. En Islam, la légitimité est plus qu'un critère de distinction, elle est consubstantielle à la filiation. De même pour un esprit conditionné au droit français l'expression peut entraîner une seconde inexactitude dans le sens où elle peut laisser entendre que le *firâch* établit la filiation de façon indivisible chez les deux parents. La particularité de *firâch* est qu'ici il est seulement utile pour établir la filiation paternelle. Lien juridique avec la mère est automatique du seul fait de l'accouchement sans la moindre référence à la licéité de la relation avec le père. On doit néanmoins aujourd'hui constater que certains pays ont abandonné cette preuve par le fait, c'est du moins ce qui semble ressortir de l'analyse du droit tunisien où la jurisprudence applique à l'établissement de la filiation maternelle les règles relatives à l'aveu de filiation⁶⁷.

Le jeu de la présomption de paternité est rendu complexe par la souplesse du mariage musulman qui se forme du seul fait de l'échange de consentement et peut être dissous par la volonté exprimée verbalement et en dehors du juge. L'introduction de l'état civil dans le pays musulman n'a en rien résolu cette complexité avec la persistance ce qu'on appelle le mariage coutumier conclu en dehors des formalités posées par la loi.

La consécration du principe de légitimité en matière de filiation aboutie à l'instauration d'un modèle familial unitaire solide qui n'a pas encore éclaté. Le mariage est la source de cette unité du modèle dans la mesure où son rôle en matière de filiation ne se limite pas à la création. Il est une forteresse qui protège l'enfant de l'anéantissement de son lien filial.

B- Le mariage : facteur de solidité du lien de filiation

En droit musulman lorsque la filiation est établie par mariage, elle est protégée par le caractère sacré du mariage. Ce rôle protecteur du mariage touche une catégorie large d'enfants en raison du domaine large et des conditions souples d'application de la présomption de paternité. Toutefois, la force impérative de la présomption se trouve atténuée pour le mari chaque fois qu'il n'est pas

⁶⁶ L'article 154 du Code marocain et l'article 41 du Code algérien exige « la possibilité des rapports conjugaux entre les époux » pour que l'enfant soit affilié à son père.

⁶⁷ C'est le cas du droit tunisien, voir L. Prévost « La filiation en droit tunisien thèse », thèse préc., p. 200 et s.

convaincu de sa paternité à l'égard de l'enfant. En effet, le droit met à sa disposition une procédure spécifique (*li'an*) de désaveu de paternité. Sur le régime du désaveu proprement dit, ses conditions de fond comme de forme, la doctrine du droit classique n'est pas sans équivoque. L'objectif recherché est de rendre impossible le désaveu de paternité. C'est pourquoi la présomption de paternité est quasi irréfragable (1). La volonté de ne pas remettre en cause facilement la présomption de paternité explique l'absence de valeur des tests génétiques (2).

1- Une présomption de paternité quasi irréfragable

La procédure de désaveu de paternité puise son fondement dans le Coran. A l'origine il s'agit d'une accusation d'adultère, qui aboutit directement à la répudiation de la femme par son mari⁶⁸. Mais incidemment celui-ci a la faculté de joindre à sa demande principale un désaveu lorsque la femme est enceinte ou quand elle vient d'accoucher. En principe la procédure globalement est à l'initiative du mari. L'enseignement des écoles prévoit que le mari doit avoir des raisons sérieuses de penser que sa femme l'a trompé, néanmoins aucune preuve légale n'est exigée de lui. L'absence de rigueur des règles du désaveu invite à croire que ce dernier est un droit arbitraire et subjectif du mari qui pourrait en user à tout bout de champ. Or, il n'en est rien, tout indique que le désaveu n'a été usité que dans des cas tout à fait exceptionnels. La raison principale est que le désaveu est atteint d'une déficience interne à son régime. Les conditions de l'action en désaveu sont difficiles à réunir. Il en résulte qu'il est difficile de désavouer l'enfant né dans le mariage. Le mariage a donc ce rôle de protéger la filiation établie.

Du reste, le désaveu montre aussi le lien qui existe entre mariage et filiation. Ce lien résulte du fait que *le li'an* est une espèce de serment d'anathème qui peut être établi par l'aveu du père ou par témoignage⁶⁹ pour écarter la présomption de paternité qui pèse sur lui⁷⁰(a). Toutefois, il est difficile de remettre en cause la présomption de paternité par ce moyen en raison de l'inefficacité congénitale du désaveu (b).

a- Présentation du serment d'anathème

En vérité, on hésiterait à voir dans le désaveu du droit musulman une institution juridique en raison de l'appel à la notion de serment qui paraît relever beaucoup plus du domaine de la morale et des mœurs que de la sphère purement juridique.

⁶⁸ Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, T 2, Le mariage, La dissolution du mariage, n° 1001.

⁶⁹ Voir recueil de la jurisprudence chérifien p. 103, cité par Ayoubi Idriss, *La protection du droit de l'enfant au Maroc : constances et défis*, thèse Grenoble, 1998.

⁷⁰ Abrégé d'AL Qudri, p. 146.

Quand la procédure du *li'an* se noue⁷¹, le mari est appelé, à la demande de sa femme, à prêter cinq serments, en présence du juge, et éventuellement des gens connus pour leur honorabilité, attestant que son épouse est fornicatrice⁷². Dans l'hypothèse où le mari rechignerait à prêter serment pour appuyer l'accusation qu'il avait initialement proférée à l'égard de sa femme, il est passible de la peine prévue à cet effet pour les calomnieurs⁷³. Cette peine est sensiblement la même que celle qui est prévue pour le fornicateur⁷⁴. Tout acte de désaveu doit s'appuyer, pour être valable, sur une accusation d'adultère de la femme. Lorsque le mari accuse simplement sa femme d'avoir violée l'obligation de fidélité, il n'y aura pas de serment d'anathème, le mari a la faculté de recourir à la répudiation. On comprend ici que si la procédure du *li'an*, principalement destinée à annuler le lien de filiation aboutit à la dissolution du lien conjugal.

En dehors de cette hypothèse qui relève de l'incident, après le serment du mari c'est à la femme de prêter serment pour contredire les propos de son mari. En cas d'abstention de la femme pour ne pas contredire le mari, son silence s'interprétera comme un aveu de culpabilité ; le désaveu de l'enfant n'est pas acquis pour le mari d'autant qu'il n'obtiendra pas la dissolution du mariage⁷⁵.

La filiation de l'enfant avec le mari est rompue, il sera rattaché à sa famille maternelle. Mais de façon curieuse, il reste quand même un fragment de lien dans la mesure où en cas de procès, sur le plan de la preuve, on fera comme si le désavoué était l'enfant du désavouant et par conséquent le premier ne saurait témoigner en faveur du deuxième. De même en cas de meurtre du désavoué sur l'auteur du désaveu, la peine de talion ne sera pas appliquée.

Ici on voit bien que le *li'an* est avant toute chose une procédure d'accusation d'adultère⁷⁶, l'épouse est accusée d'adultère, toutefois le mari a la possibilité d'adjoindre de façon incidente un désaveu de paternité en cas de grossesse de son épouse.

Pour Linant de Bellefonds⁷⁷ ce serait le deuxième volet de l'opération c'est-à-dire le désaveu qui donne au *li'an* toute son ampleur, autrement dit c'est le désaveu qui serait le noyau de l'action du moment que la répudiation plus souple ou le divorce aurait suffi pour sanctionner la femme adultère sans passer par une procédure si contraignante et si lourde qu'est le *li'an*. Le *li'an* se caractérise donc par son effet radical emportant à la fois dissolution du mariage et du le lien de filiation.

⁷¹ Y. el Quardhawi, « *Le licite et l'illicite en Islam* », 2^e éd. Traduit de l'arabe par S. Kechrid.

⁷² H. Ferkh, « *L'unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français* », thèse préc., p. 241.

⁷³ Dans la sourate XXIV verset quatre il est dit « ceux qui accuseront d'adultère une femme vertueuse, sans pouvoir produire quatre témoins, seront punis de quatre-vingts coups de fouet ; de surcroît vous n'admettez jamais leurs témoignages en quoi que ce soit, car ils sont pervers

⁷⁴ Les hanafites, eux ont une solution assez extravagante il propose d'emprisonner le mari jusqu'à ce qu'il se mène la procédure jusqu'à son terme c'est-à-dire à l'accomplissement du serment.

⁷⁵ Cette solution n'est pas aussi celle des hanafites qui eux proposent l'emprisonnement de la femme au même titre que dans l'hypothèse du mari récalcitrant, jusqu'à ce qu'elle se plie elle aussi au cérémonial du *li'an*.

⁷⁶ L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, T 2, p. 15 n° 1001.

⁷⁷ L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman*, T 3, n°1149.

Probablement du fait du caractère mystérieux de la paternité à l'époque de l'élaboration du droit musulman, la procédure peut être déclenchée par le mari. Il doit avoir des raisons sérieuses ou des indices graves laissant entrevoir le délit d'adultère de son épouse. Ici la preuve n'est quand même pas certaine pour accepter le déclenchement de la procédure, mais les légistes s'en remettent à la conscience du mari en révélant à travers les cérémonials qui entourent le *li'an*, l'extrême gravité de l'acte. La présence de la femme qui fera un contre serment et le risque de dissolution définitive du mariage sont aussi des éléments de dissuasion pour le mari.

Le lien entre le mariage est donc le principal obstacle qui se dresse devant un fonctionnement à la légère du désaveu de paternité. L'expérience prouve que le recours à la procédure du *li'an* a été très marginal dans le monde musulman⁷⁸.

b- L'inefficacité congénitale du désaveu de paternité

L'institution même du *li'an* révèle ses propres défauts qui font d'elle une institution sans âme. Les conditions posées elles-mêmes ne sont pas un obstacle pour son exercice, elles sont au nombre de deux, l'enfant doit d'abord être couvert par la présomption de paternité, ensuite il doit être désigné de façon précise. Mais le régime est assez « obstruant » de par l'absence d'une définition précise de son domaine et le bref délai dans lequel le désaveu doit être exercé. L'échec de sa mise en œuvre peut aussi venir d'une espèce d'aveu de culpabilité de la femme qui reconnaîtrait les faits reprochés pour sauver aussi bien son ménage que la filiation paternelle son enfant.

D'abord, le domaine du désaveu de paternité est imprécis. Les légistes ont omis de préciser des cas d'ouverture au désaveu de paternité. La procédure peut être déclenchée à la demande du mari qui aurait des forts soupçons sur l'adultère de sa femme. Mais logiquement ces soupçons doivent être fondés sur des faits matériels précis par exemple l'éloignement du mari pendant la période de la conception. Certaines catégories d'enfants, nés dans des conditions douteuses, sont dotées d'une filiation insusceptible de désaveu. C'est le cas de l'enfant né dans le cadre d'un mariage nul et ceux dont la filiation résulte de la mise en application de la théorie de l'enfant endormi. Il faut remarquer que ceux-ci, du moins théoriquement, sont mieux traités que les enfants nés dans le cadre d'un mariage valide dans les délais légaux de conception. Sans doute l'ouverture du désaveu à ces catégories d'enfants dont la vérité en matière de filiation n'est pas sûre, aurait-elle fait vaciller la politique d'intégration poursuivie par les légistes. Le législateur sénégalais s'est évertué à éclaircir les choses, en essayant de définir un domaine pour l'action en désaveu. L'article 203 du Code de la famille innove en énumérant des cas d'ouverture à l'action en désaveu, il s'agit entre autres, des cas d'impossibilité physique de cohabitation entre les époux pendant la période légale de conception, de l'incompatibilité des facteurs sanguins ou de caractère physique entre l'enfant et son

⁷⁸ Hassan Ferkh, « *L'unicité de la notion de famille et sa pluralité en droit français* », thèse préc., p. 238 et s.

père prétendu. Pour les enfants nés avant le 180^e jour du mariage, le principe est qu'ils peuvent être désavoués sauf lorsque le mari avait connaissance de la grossesse avant le mariage, ou dans le cas où il a signé l'acte de naissance⁷⁹.

Ensuite l'action en désaveu est enfermée dans un bref délai. Le seul moyen pour combattre la présomption de paternité est le désaveu et sur ce point, les législations en matière de statut personnel ont reconduit la procédure sans grande modification. Dans le droit algérien, l'article 41 du Code de la famille permet la contestation d'une filiation selon « les procédures légales ». Le législateur ne donne pas davantage de précision sur cette formule assez vague. La jurisprudence relevée sur la question nous donne plus d'éclairage en affirmant qu'il s'agit de la procédure du serment d'anathème (*li'an*) prévue par le droit musulman⁸⁰.

La Cour suprême d'Algérie dans un arrêt du 28 octobre 1997 casse une décision d'une cour d'appel pour avoir donné effets aux serments d'anathème dans son double volet à savoir dissolution du mariage et du lien de filiation. L'arrêt d'appel est sanctionné sur un vice de forme, car la procédure s'est déroulée dans une mosquée, mais aussi sur le fait que les juges du fond ont tiré une conséquence d'une expertise médicale et du poids de l'enfant pour donner suite au désaveu de paternité. Selon la Cour suprême, la Cour d'appel devait prendre en considération le fait que l'enfant était né dans le délai légal et que le délai de huit jours suivant la connaissance de la grossesse par le mari, pour contester la paternité, n'était pas respecté. Cette jurisprudence a apporté deux éléments permettant d'éclaircir le mécanisme sombre du *li'an*, d'abord elle a institué le délai de huit jours, ensuite on peut comprendre que le mariage est une institution qui fonde et protège la filiation⁸¹.

Le Code sénégalais retient quant à lui le délai assez long de deux mois qui court à partir de la naissance si le mari est présent sur les lieux de l'accouchement, ou à son retour s'il est absent⁸².

S'agissant de l'action en désaveu on peut comprendre que le régime juridique de l'institution répond indirectement à une volonté d'en limiter l'usage en semant sur le chemin de cette action un nombre considérable d'embûches. La majorité de la doctrine à l'exception des hanafites exige que l'action soit exercée le plus rapidement possible, à l'instant où le mari a connaissance de la grossesse ou au plus tard au moment de l'accouchement. Pour l'école hanafite, ce délai est prolongé jusqu'au jour des compliments pour la naissance, ce faisant elle fait jouer la notion de reconnaissance implicite : l'acceptation de ces compliments par le mari est interprétée comme une acceptation de l'enfant.

⁷⁹ Art 192 du Code sénégalais, qui pour la remarque, est identique à l'ancien article 314 du Code napoléon, on se demande si le législateur sénégalais ne renvoie pas implicitement à la solution jurisprudentielle de l'époque coloniale.

⁸⁰ Voir Coran (XXIV), 6 et suivant), aussi L. Milliot et F. P Blanc « *Introduction à l'étude du droit musulman* » Dalloz, 2001., p. 403 et s.

⁸¹ Cour suprême algérienne, 28 octobre 1997, revue *Al-ijtihād Al Qadaï*, numéros spécial 2001, p. 70. Ce délai de huit jours est impératif sauf circonstances exceptionnelles, voir sur ce point Cour suprême algérienne, 16 juillet 1990, inédit.

⁸² Art. 204 al 2 du Code sénégalais de la famille. Voir pour une application de cet article, voir cour d'appel de Dakar 17 avril 1971 cité dans *JurisClasseur droit comparé 2007*, V°. *Sénégal*.

Enfin, la femme peut faire échec à l'action du mari. Une fois l'action introduite avec l'accusation du mari, la femme, au lieu de passer par la voie du serment pour assurer son innocence, peut au contraire plaider sa culpabilité pour sauver son lien conjugal et la filiation de son enfant.

De façon étrange, car dans un contexte islamique allergique à tout acte impudique, la reconnaissance par la femme de sa culpabilité est un moyen de sauver sa famille et la légitimité de son enfant. Pourquoi donc prononcer la dissolution du mariage lorsque la femme ne reconnaît pas sa culpabilité ? La raison principale est que par son aveu, la femme reconnaît sa faute et cette reconnaissance efface la sanction lourde qui aurait pu la frapper. Dans le cas où la femme rejette l'accusation par le *li'an* en jurant qu'elle n'a pas commis l'adultère, cela revient à dire que l'un des époux ment, ce qui est en soi une faute grave dans une telle circonstance. La gravité de la sanction encourue aussi bien par l'accusée que l'accusateur ainsi que la marque laissée par un tel scandale dans les consciences sont autant des freins au déclenchement à la légère d'une telle procédure.

La solution hanafite que nous avons évoquée précédemment est un moyen offert à la femme pour reconnaître sa faute auquel cas elle sera sauvée ou pour prêter serment afin d'éviter une peine sévère. Mais, quelle que soit l'option de la femme, elle ne se subira pas la peine de *hudûd*⁸³.

Finalement le désaveu n'est pas accessible tant le cérémonial est dissuasif. Elle révèle une concomitance entre le droit, la religion et la morale dans le système musulman. La morale est patente dans la mesure où, outre l'appel à la conscience, la réalisation du cérémonial est noyée dans une atmosphère d'au-delà qui vise à attirer les époux sur la gravité de l'instant. La personne qu'on veut faire renoncer est le mari qui a pris l'initiative de l'action : la femme est la seule accusée et par conséquent sait mieux que toute autre personne, le fondement ou le non-fondement de cette accusation, sauf dans l'hypothèse d'école du flagrant délit⁸⁴.

La nature publique du procès est aussi un empêchement, car l'accusation est grave et en quelque sorte c'est l'ordre public qui a été atteint, il faut donc la présence de personnes connues pour leur honorabilité. Le cérémonial constitue en quelque sorte une sanction préliminaire qui est infligée au mari accusateur qui paraît fautif dès lors qu'il a porté cette affaire, si intime et si grave, dans l'arène d'un tribunal.

2- L'absence de valeur de la preuve scientifique

La filiation établie par mariage est quasiment insusceptible de désaveu en raison des obstacles qui se dressent devant l'exercice de l'action en désaveu. Aujourd'hui avec le progrès scientifique, la

⁸³ Le mot désigne les peines les plus graves allant de la flagellation à la peine de mort.

⁸⁴ Dans un colloque, relatif à la relation entre le droit de l'homme et l'Islam on a déclaré que depuis le début de l'Islam il n'y a pas eu un seul cas d'adultère et que l'application de la peine de l'adultère est plus qu'illusoire. Acte du colloque de Ryad « *le dogme musulman et le droit de l'homme en Islam* », 1972.

paternité peut être établie avec certitude et il est permis de se demander si la vérité biologique doit l'emporter inéluctablement sur la présomption de paternité. Le droit musulman a tout fait pour limiter le désaveu en s'appuyant sur l'impossibilité d'établir la paternité avec certitude. Sur le principe, beaucoup de pays musulmans ont admis la possibilité de recourir aux techniques scientifiques dans le procès en matière de filiation. Toutefois, les dispositions sur la preuve scientifique ont été accueillies avec scepticisme comme le montre l'affaire Bellakhdim, tristement célèbre pour ses péripéties judiciaires.

Deux époux franco-marocains se marient en 1995 au Maroc. Le 2 février 1996, un tribunal marocain prononce le divorce. En 1997, l'époux reçoit une assignation du tribunal de grande instance de Mulhouse. Son ex-épouse qui a donné naissance à une fille le 13 septembre 1996 lui réclame une pension alimentaire. D'ailleurs, l'épouse a déclaré l'enfant à l'état civil sous le nom du mari. L'époux convaincu de ne pas être le père de la fillette saisit le tribunal de grande instance de Mulhouse pour désavouer sa paternité et demande une expertise médicale. Les résultats du test ADN sont connus en février 2000 et concluent que M. Bellakhdim n'est pas le père de la fillette. Le tribunal en tire les conséquences et demande à ce que son jugement soit porté à l'acte de naissance de la jeune fille. L'affaire ne s'est pas terminée puisque la femme avait dès 1998 introduit une instance devant un juge marocain. L'époux produit les résultats des tests ADN et la décision du tribunal français devant le juge marocain. Le juge marocain a refusé de prendre en considération les analyses génétiques qui excluent la paternité du prétendu père et condamne ce dernier à payer une pension alimentaire à la mère de la fillette.

Pour rejeter l'expertise scientifique, le juge s'est appuyé sur l'article 76 de l'ancien Code de la famille marocain qui posait une durée maximale d'une année pour la grossesse. La fille étant née moins d'une année après le prononcé du divorce, elle était couverte par la présomption de paternité. Par conséquent, le jugement français a été déclaré contraire à la loi marocaine. Par ailleurs, le tribunal marocain a avancé un deuxième argument fondé sur la tradition musulmane. Le juge a en effet déclaré que le désaveu ne peut se faire que selon la procédure du serment d'anathème du droit musulman classique. La cour d'appel⁸⁵ et la Cour suprême⁸⁶ marocaine n'ont pas voulu remettre en cause la pertinence de ce jugement. La position du juge marocain a le mérite de révéler l'importance du mariage dans le droit musulman de la filiation. Le mariage n'a pas seulement un rôle biologique, il a aussi le rôle social de protéger la filiation de l'enfant.

Même si la position du juge marocain est contestable, elle a un fondement juridique incontestable. En effet, les juges n'ont pas voulu recourir aux nouvelles dispositions du Code de la famille marocaine entrée en vigueur en 2005 puisque les faits s'étaient déroulés sous l'empire de l'ancien

⁸⁵ CA El-Jadida, chambre de statut personnel, jugement n° 496/98 rendu le 20 mars 2002. Pour plus de détail sur cette affaire voir F-P. Blanc « La présomption walad lil firâs et les tests ADN, la position du droit marocain », *La revue franco-Maghrébine de droit*, 2004, p. 243.

⁸⁶ Cour suprême du Maroc, 30/12/2004, voir la note de M. Rousset « Du refus d'admettre la preuve génétique par la cour », *Gazette du Maroc*, numéros du 21 février 2005.

Code. L'article 153 du Code de la famille issu de la réforme de 2005 prévoit que la présomption de paternité peut être combattue par les tests ADN. Cet article dispose : « Les rapports conjugaux sont prouvés par les mêmes moyens que le mariage. Les rapports conjugaux, assortis de leurs conditions, constituent une preuve irréfutable établissant la filiation paternelle. Ils ne peuvent être contestés que par le mari, suivant la procédure du serment d'anathème ou par le moyen d'une expertise formelle, et ce à condition :

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

Cette solution jurisprudentielle n'est pas à l'abri de toute critique puisque sa contrariété avec le droit musulman est patente. En effet, la cohabitation joue un rôle fondamental dans la présomption de paternité en droit musulman de sorte que toutes les fois où l'impossibilité de cohabitation est prouvée la paternité de l'époux est exclue. Dans le même ordre d'idées, la présomption de paternité ne joue pas dès lors que la stérilité de l'époux est constatée par une attestation médicale. D'ailleurs, la doctrine marocaine fait constater qu'il est impossible de procéder à un test ADN chaque fois que la stérilité de l'époux est médicalement attestée. Ainsi, la seule production de ce certificat médical ferait l'économie d'un recours au test ADN. Si la certitude sur la stérilité de l'époux permet d'exclure la paternité, rien n'empêche a fortiori d'aboutir à la même conclusion lorsqu'il y a une preuve scientifique irréfutable. Ne pas en tenir compte conduirait à rendre une décision injuste pour le père, mais qui a le mérite de protéger la réputation de l'enfant et de sa mère dans une société hostile à ce genre de scandale.

La décision du juge marocain est en décalage par rapport aux recommandations de l'académie islamique du *fiqh* réputée conservatrice, mais qui a incité les pays musulmans à adopter la preuve scientifique dans les conflits de filiations⁸⁷. Les recommandations de cette académie ont été largement approuvées par beaucoup de pays musulmans qui ont adopté la preuve génétique comme moyen de preuve. Ainsi, le test ADN constitue en Tunisie⁸⁸ et en Algérie un mode légal de contestation de la paternité.

Dans un arrêt du 9 mars 2005, la Cour suprême marocaine⁸⁹ a infléchi sa position en sanctionnant les juges du fond qui avaient refusé d'ordonner une expertise ADN. Elle a considéré qu'il n'existait « aucun texte légal interdisant cette expertise ». Dans cet arrêt, la Cour suprême marocaine s'est appuyée sur un certificat attestant de la stérilité de l'époux. On peut se demander si la cour aurait adopté cette attitude sans cet élément.

⁸⁷ Voir les recommandations de la 16^e session de cette académie qui s'est déroulée à la Mecque du 5 au 10 janvier. www.inanews.com. Elles sont publiées aussi dans *la revue conscience islamique* (en arabe), n° 439 2002

⁸⁸ Cour de cassation tunisienne, arrêt du 26 janvier 1993, RTD 1993, p. 155 et s.

⁸⁹ Cour suprême marocaine 9 mars 2005, chambre de statut personnel dossier n° 615/1/2/2003 inédit. La jurisprudence marocaine a été sensible à la critique de la doctrine qui estimait que la position de la Cour suprême violait ouvertement des textes très clairs. V° M. Jowhar, « L'établissement de la filiation et le désaveu de paternité entre la médecine et le pittoresque », *Rev mar. Dr. éco. Dévelop.* 2004, p. 152.

§2- Le mariage : un fondement permanent

Contrairement au système français où le mot pluralisme est associé à la conjugalité, le système musulman reste très attaché à l'unicité du mariage. Pour un auteur⁹⁰, les réformes pluralistes en France, apparaissent, dans une grande mesure, comme le résultat des mutations profondes qui ont affecté les structures familiales de l'ensemble des pays industrialisés. En droit français, le mariage, seule institution auparavant reconnue par la loi pour fonder une famille coexiste désormais avec d'autres modes de conjugalité. Le droit de la filiation en France a intégré cette évolution et la filiation connaît une existence autonome par rapport au couple. Sur ce point, le droit musulman contraste avec le droit français puisque le mariage demeure la seule source de filiation reconnue. Le mariage est une institution protégée autant par le droit que par les mœurs.

Le progrès scientifique en matière de procréation n'a pas su affaiblir ce principe qui continue d'être la pierre angulaire du système familial. Le droit reste toujours retors à une adaptation au progrès de la science, c'est au contraire ce dernier qui a été assujéti au modèle familial musulman. Les raisons de la permanence du mariage doivent être expliquées (A). De plus, la légalisation de la procréation médicalement assistée en droit musulman est une illustration du rôle important du mariage en matière de filiation (B).

A- Les raisons de la permanence

En droit musulman, la norme de la filiation est constituée exclusivement à partir du mariage. Le modèle de la filiation sur le mariage a perduré dans le temps sans jamais connaître la moindre remise en cause. L'importance du mariage est telle qu'en droit musulman ni la volonté individuelle ni la vérité biologique n'ont un rôle autonome dans la création du lien de filiation. La situation du droit musulman est la même que celle du droit français, à l'époque où le mariage avait encore le monopole de la procréation. Si le droit français a évolué, le concept de la filiation légitime est resté intact en droit musulman. Le statisme du droit musulman s'explique à la fois par des raisons d'ordre institutionnel (1) et par des raisons d'ordre culturel (2).

1- Les raisons d'ordre institutionnel

Dans le monde musulman d'aujourd'hui, le mariage demeure la seule institution qui peut juridiquement unir les sexes. Les réformes menées dans beaucoup de contrées musulmanes n'ont

⁹⁰ C. Labrusse-Riou, Encyclopaedia universalis T 9 *Famille*, droit de la famille.

jamais eu l'audace de remettre en cause ni le régime du mariage musulman ni son rôle prééminent dans la filiation. Ce statisme tranche nettement avec l'évolution du système français où le mariage est aujourd'hui affaibli et concurrencé. La comparaison avec le système musulman aboutit à une remarque édifiante. On comprend que la politique adoptée en matière de filiation ait des effets certains dans le renforcement ou la désagrégation du mode de conjugalité. En France, après les récentes réformes, il y a eu une disparition de la légitimité en vue d'une égalisation des filiations. Ce mouvement a eu tour à tour des impacts directs sur la fragilisation du mariage. Ce constat est une vérité : lorsque le mariage avait le monopole de la procréation, la filiation était solide et le système avait une certaine unité. Les deux institutions fondamentales que sont le mariage et la filiation trouvaient appui l'une sur l'autre.

Dans le monde musulman, le mariage n'a jamais été remis en cause aussi bien juridiquement que socialement et cela a été un grand soutien au modèle de la filiation légitime. Cette force du mariage est due essentiellement au sens de la morale conservée dans le pays musulman depuis des siècles et à une incitation forte au mariage pour les plus jeunes afin d'éviter toute liaison hors mariage. Le principe de la légitimité joue un rôle absolu dans le sens où même dans les situations où en réalité il n'a pas joué, on fait comme s'il a été. Ainsi l'auteur d'une reconnaissance de paternité, pour la validité de cette dernière, doit se garder de toute divulgation de l'origine illicite de l'enfant qui doit être en apparence légitime.

Le droit musulman n'a jamais reconnu d'autre modèle de filiation que la filiation légitime. Les causes de l'unité du modèle de filiation musulman sont à rechercher ailleurs que dans la perdurance de l'institution matrimoniale. En effet, d'autres facteurs ont joué un rôle direct dans la consolidation du lien entre la filiation et le mariage. Le modèle agnatique de parenté globalement accepté dans les sociétés musulmanes ainsi que la très forte connotation religieuse du mariage et de la filiation qui correspond à la conscience collective des musulmans a permis la solidité du lien entre mariage et filiation.

La permanence du lien entre filiation et mariage est certes due au statisme du mariage musulman lui-même engendré par la tradition du mariage endogamique. L'endogamie est l'obligation d'une personne de se marier avec une autre personne de la même tribu. Les règles de l'endogamie contribuent dans une grande mesure au maintien du mariage, en limitant les effets du hasard. Malgré la critique récurrente de certains auteurs à l'égard de l'endogamie⁹¹, il faut concéder certains avantages à celle-ci, surtout lorsque la conclusion d'un mariage ne repose pas sur l'aléa d'une rencontre, mais sur la certitude d'un lien de parenté⁹². On réduit à la fois le risque de célibat et celui de la dissolution du mariage par répudiation.

⁹¹ P. Fargue, « La démographie du mariage arabomusulman : tradition et changement ». In *Machrek, Maghreb*, 1987. n°116, p. 68.

⁹² H. Ferkh, « *Unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français* », thèse préc., p. 187.

Les règles de la morale islamiques en matière de sexualité jouent aussi un rôle non négligeable dans l'attachement de la filiation au mariage. Le bannissement de toute relation hors mariage dans la société musulmane entraîne l'intolérance vis-à-vis du concubinage et de ses éventuels produits⁹³. Dans l'inconscient musulman, la sexualité dans le mariage est source d'enrichissement morale et matériel. L'Islam a une conception très négative de la sexualité hors mariage et cela est confirmé par le discours officiel de l'orthodoxie musulmane. L'attitude est en revanche positive lorsque la sexualité est accomplie dans un cadre licite et cela est vrai lorsqu'on se rapporte au discours érotique développé par une partie de savants musulmans à l'époque du concubinat légal⁹⁴. Dans ce système, la virginité et la fertilité sont hautement appréciées. La fertilité est un bon augure pour la femme qui promettra ainsi une descendance nombreuse. La virginité quant à elle est un gage de chasteté et de la haute moralité de la femme qui garantit une capacité à produire sans introduire du sang étranger dans la famille.

Si le droit musulman classique ne reconnaît aucune place pour le concubinage, il peut arriver que le mariage musulman de par son régime juridique souple soit difficile à distinguer du concubinage. Il est effectivement difficile de distinguer l'état du mariage de celui du non-mariage. En réalité, la publicité du mariage exigée par le droit musulman consiste en la présence de témoins. L'écrit n'est pas nécessaire, son absence ne vicie nullement le mariage. Ces incertitudes en matière de preuve du mariage font qu'une filiation en réalité naturelle devient facilement légitime. Pour cela, il suffit de se prévaloir d'un mariage hypothétique et il est peu probable que le juge se hasarde à en vérifier l'existence. Le lien ainsi établi est à l'abri d'un éventuel anéantissement en raison de la quasi-impossibilité du désaveu. Malgré la volonté des États musulmans d'éradiquer ce mariage traditionnel pour lui préférer un mariage enregistré, beaucoup de gens, surtout ceux qui habitent dans les milieux ruraux, font le choix de ce mariage au régime souple.

2- Les raisons d'ordre culturel

La résistance du modèle de la filiation légitime dans le droit musulman est due principalement à des facteurs culturels. A la différence de la société occidentale, la société musulmane connaît un modèle familial patriarcal et agnatique qui se caractérise aussi par sa permanence. L'enracinement de ce modèle familial dans les mentalités musulmanes (a) a un impact sur le droit de la filiation (b).

⁹³ Il faut rappeler ici que le principe de la légitimité fonde la famille musulmane. C'est au nom de ce même principe que le concubinage et l'enfant naturel sont écartés sur le plan juridique.

⁹⁴ F. Aït-Sabbah. « *La femme dans l'inconscient musulman* », Albin Michel, 1986, p. 35.

a- L'enracinement du modèle patriarcal et agnatique dans les mentalités musulmanes

Il faut dépasser le stade juridique pour rechercher les causes de la pérennité du modèle musulman de la filiation. Les caractéristiques du mariage musulman ne sont qu'une infime partie de l'explication. Il est légitime de s'interroger sur l'absence de réforme de ce modèle depuis son élaboration dans le droit classique. La raison la plus plausible expliquant la perdurance de ce modèle est l'affinité entre les mœurs des populations concernées et le modèle consacré depuis plus de quatorze siècles. Toutefois, cette sympathie entre mœurs et société ne veut pas dire que les mœurs n'ont jamais évolué. L'évolution est constatée, mais n'a pas été suffisante pour toucher les structures profondes des mentalités. Bien entendu, il est très difficile, en raison de l'absence d'études de montrer le décalage entre les pratiques et la norme. Néanmoins, plusieurs facteurs sont de nature à favoriser une évolution des mœurs : l'emprise puissante des médias qui véhiculent un mode de vie différent, la réduction du temps des voyages par les nouveaux moyens de transport qui facilitent l'accès à des sociétés fondées sur des modèles pluralistes.

Le droit et le devoir dans le mariage musulman sont de nature différente pour l'homme et la femme. Il s'avère que l'époux a plus de devoirs que l'épouse. La prédominance du statut de l'homme n'est qu'une application des valeurs patriarcales parfaitement assimilées et acceptées par les sociétés musulmanes. Les études menées par d'éminents sociologues ont démontré la persévérance dans les mentalités arabo-musulmanes des valeurs patriarcales y compris chez les femmes qui les acceptent avec un certain accommodement⁹⁵.

Le régime du mariage musulman n'est qu'un élément de l'édifice du système social qui imprègne foncièrement les mentalités. Les facteurs théologiques entrent largement en ligne de compte pour justifier la persistance du patriarcat. L'homme est institué responsable de la famille, il doit la pourvoir en subsistance et en affection. Il doit rendre des comptes à Dieu de ses œuvres. Le mariage des filles montre la force et la persistance du modèle patriarcal. La règle qui veut que le tuteur de la jeune fille organise le mariage de celle-ci peine à disparaître⁹⁶. La teneur et le sens de cette règle ont été altérés par les codifications contemporaines. Dans un premier temps, la tutelle matrimoniale a été comprise comme une institution d'assujettissement de la femme qui devrait être privée de son consentement. C'est du moins le sens que certains ont donné à l'ancien article 12 du Code marocain de la famille qui reconnaissait aux orphelines seules le droit de consentir à leur mariage. Cet article était une interprétation déformante du droit classique qui dispose que la représentation

⁹⁵ W. Zenie-Ziegler. « *La face voilée des femmes d'Égypte*. », Mercure de France, 1985, p. 99.

⁹⁶ Comme beaucoup d'autres questions liées au droit musulman, cette règle de la tutelle matrimoniale est présentée de façon caricaturale. Le droit musulman refusait catégoriquement la contrainte matrimoniale et privilégiait le consentement de la jeune fille. Ce qui est appelé grossièrement contrainte matrimoniale n'est en réalité qu'une représentation de la jeune fille.

des filles est une règle dont l'objet principal est de représenter la femme. Cette représentation peut s'analyser comme un mandat.

Ce système patriarcal de la famille trouve un appui de taille dans le modèle agnatique de parenté. Tout comme le modèle patriarcal, son enracinement est encore solide dans les mœurs musulmanes. La conception agnatique du rapport familial est très forte dans le droit successoral. Les conceptions patriarcales et agnatiques ont toutes les deux eu leurs influences sur le système de filiation.

b- L'impact sur le droit de la filiation

Le droit de la filiation est globalement sous l'influence du modèle agnatique. L'organisation générale de la famille en terre d'Islam consacre les liens agnatiques. Le système de filiation est patrilinéaire ; la transmission passe par le père, l'individu appartient au groupe de son père et acquiert uniquement une légitimité à l'égard du père. Toute la structure sociale est fondée sur la généalogie des lignes masculines avec des pères qui font autorité et des fils qui leur succèdent⁹⁷. Dans un tel modèle, pour se définir socialement et assurer sa légitimité une personne doit impérativement citer les noms de ses ascendants mâles. Autrement dit, la filiation est un concept intimement lié à la généalogie, il est avant tout l'histoire du nom⁹⁸. Le meilleur des hommes est celui qui sait remonter sa filiation jusqu'aux premiers hommes en la faisant passer par les plus nobles des humains à savoir les prophètes.

La filiation maternelle a très peu d'importance contrairement aux devoirs de l'enfant à l'égard de sa mère qui sont paradoxalement plus importants qu'à l'égard du père⁹⁹. La filiation maternelle est établie facilement quoique d'importance minimale. Dans la politique du système, contrairement à ce qui est allégué ici et là¹⁰⁰, la valorisation de la filiation paternelle va de pair avec une facilitation dans l'établissement. Pour cela le système a mis en place des fictions parfois peu raisonnables afin de permettre au père de se rattacher l'enfant¹⁰¹.

Dans la littérature juridique musulmane, il y a une distinction qui est faite au sein de la catégorie des enfants illégitimes. Il y a celui qui est l'enfant d'une femme célibataire et de père inconnu et

⁹⁷ E. Barraud, « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Revue droit et culture* n° 59, 2010, p. 256.

⁹⁸ N. Saadi, « Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le droit », *RASJEP*, Vol. 29, p. 57.

⁹⁹ Les codifications ont eu l'inconvénient de fragmenter le droit musulman, ne reprenant que ce qui pouvait sembler relever de l'ordre du juridique. Or dans ce système juridique, la morale et le droit sont consubstantiels. Le droit et le devoir entre l'enfant et ses parents n'ont pas été correctement repris.

¹⁰⁰ Une lecture du système musulman, à travers les concepts du droit français, a fait que celui-ci soit compris comme un système rigoureux en matière de preuve dans l'établissement de la parenté.

¹⁰¹ Les modes de rattachement sont pluriels, avec, cohabitation, etc. Voir infra.

l'enfant désavoué par son père. Si sur le plan théorique, il n'y a pas vraiment de distinction, dans la pratique celui qui est désavoué ne peut être reconnu par un autre que celui qui l'a rejeté. Ce dernier peut facilement revenir sur sa décision comme il a été mentionné plus haut. Pour l'enfant naturel simple, son vrai père s'il est connu, a la possibilité de le reconnaître. En définitive, l'enfant illégitime, maudit et rejeté, est celui de père inconnu et non celui qui est engendré par un père non uni par le lien sacré du mariage.

Contrairement au système occidental où le mariage est un critère de distinction entre l'enfant légitime et l'enfant naturel, le droit musulman fait de l'institution matrimoniale un cadre nécessaire à toute naissance. Dans la logique du droit musulman, tout enfant est légitime ou présumé tel. Ce système impliquant, une intégration sans douleur des enfants naturels dans la catégorie des enfants légitimes, a fait que le bâtard est en réalité celui dont le père n'est pas vraiment connu. Le vide occasionné par l'absence de filiation paternelle est comblé par la filiation maternelle qui jouera le même rôle que la filiation paternelle, car l'enfant est affilié à sa mère et à la parentèle de celle-ci. Le jeu du modèle agnatique reprendra ses droits parce que l'enfant outre le nom de la mère portera celui de son grand-père quand il n'est pas directement affilié à celui-ci pour éviter le port du nom maternel révélateur de son origine illégitime.

Outre l'établissement de la filiation, où l'emprise du modèle agnatique est flagrante, les effets de la filiation sont aussi atteints par le privilège masculin. Le système successoral du droit musulman a été reconduit sans grande modification dans les Codes de statuts personnels. D'abord dans les trois catégories d'héritiers connues en droit successoral, les réservataires *fardh*, les héritiers par les cognats *zaw-el-arham*, et les héritiers de la ligne paternelle *açabat*, seuls ces derniers tous mâles ont vocation à recevoir la totalité de la succession¹⁰². La préférence masculine en matière de succession se manifeste ensuite par le fait que la parenté par les femmes a une vocation subsidiaire dans la succession. En effet, c'est à défaut d'héritiers réservataires et universels *açabat* que la parenté par la femme est appelée à hériter. Le droit successoral tunisien a cassé ce déséquilibre en faveur des héritiers mâles. Aux termes de l'article 143 bis¹⁰³ du Code de statut personnel, dans l'hypothèse où le *de cuius* laisse que des filles, ces dernières peuvent évincer de la succession de leur parent, certains héritiers agnats de la catégorie des oncles paternels et leurs descendants.

B- L'illustration de la permanence : la procréation médicalement assisté

Le progrès de la médecine a ouvert la voie à des méthodes de reproduction scientifiques. Ces procédés artificiels, appelés encore procréation médicalement assistée, telles que l'insémination

¹⁰² L. De Bellefonds, *Législation comparée*, Égypte 1982, n°204.

¹⁰³ Ajouté par une réforme du 19 juin 1959.

artificielle avec ou sans tiers donneur, la fécondation *in vitro* et le transfert d'embryon ont révolutionné entièrement le système de parenté en Occident.

La technique a été tout d'abord utilisée à l'intérieur du couple puisque la fécondation de la femme se faisait avec le sperme du mari. Ensuite sont apparues les inséminations artificielles avec le sperme d'un donneur étranger au couple par la fécondation *in vitro* (consistant à un prélèvement d'ovule chez la femme et sa fécondation par le sperme d'un tiers). Et enfin la technique des mères porteuses.

Pour les musulmans, la procréation artificielle surtout lorsqu'elle est extraconjugale pose de nombreux et insolubles problèmes éthico-théologiques. Le principe consistant à privilégier le fait social sur le fait biologique en matière de filiation est, dans une certaine mesure, commun au droit français et au droit musulman dans les cas des procréations « naturelles » où le mari de la mère est reconnu comme le père de l'enfant. Mais lorsqu'il s'agit d'un type de procréation par don du sperme où la conception est maîtrisée par les médecins et où l'intervention d'un tiers est connue, le droit musulman ne fait pas prévaloir, comme c'est le cas en France, une détermination purement sociale de la filiation, parce que celle-ci est alors en inadéquation manifeste avec le fait biologique¹⁰⁴.

La force du principe de la légitimité apparaît ici au grand jour puisque le droit musulman admet les formes de PMA renforçant le mariage (1) et refuse les types de PMA affaiblissant le mariage (2).

1- La légalisation des techniques de PMA renforçant le mariage

L'intervention de la médecine dans le domaine de la procréation soulève des problèmes multiples et complexes. En effet, les pratiques cliniques associées aux techniques biologiques en permettant la création de la vie humaine dans les éprouvettes d'un laboratoire, bouleversent les concepts les plus familiers : procréation, grossesse, paternité, descendance, généalogie.

La PMA est une aubaine inespérée dans un monde musulman où la stérilité est vue comme le pire des fléaux et la plus grande malédiction qui peut frapper l'espèce humaine. C'est pourquoi d'énormes sacrifices pécuniaires sont consentis par les couples stériles, impliquant parfois un départ à l'étranger en raison de l'inexistence dans le pays d'origine aussi bien de la technique elle-même que des garanties suffisantes tant juridiques que médicales.

En terre d'Islam, une telle pratique qui touche de près à la procréation et en conséquence à la filiation, domaine profondément imprégné par la morale et la religion depuis des siècles, doit

¹⁰⁴ C. Fortier « Le don de sperme et le don d'ovocyte ou « trois font un » sexualité, inceste et procréation ». in *Anthropologie et Psychanalyse : regards croisés*. P. Bidou, J. Galinier et B. Juillerat., éd EHESS Cahier de l'Homme, Paris 2005, p. 59.

d'abord être éprouvée par la doctrine (a). L'aval doctrinal donné à la procréation médicalement assistée a eu une influence décisive dans les législations contemporaines (b).

a- La PMA et la doctrine

En Europe, l'Eglise catholique est hostile à la fécondation in vitro en raison de la dissociation de la procréation avec l'acte sexuel et de la production d'embryon surnuméraire qui aboutirait à une réification de l'embryon. Evidemment, elle refuse aussi l'insémination artificielle avec tiers donneur¹⁰⁵. Ces vues purement religieuses n'ont pas beaucoup inspirées les pays européens qui ont fait des choix distincts de ceux de l'Eglise, ce qui a abouti à une certaine libéralisation du phénomène.

Dans la majorité des pays musulman, le législateur n'a pas une telle latitude pour choisir à contre-courant des autorités religieuses. L'impact de la religion est non négligeable. Par rapport aux autres religions, l'Islam se veut législateur et définit des règles ayant vocation à gouverner les rapports sociaux, c'est l'explication rationnelle de son influence déterminante et de son omniprésence dans l'espace juridique.

Le droit religieux est en grande partie un droit élaboré à la suite des interprétations des textes sacrés par le premier juriste de l'Islam vers les 9 et 10^e siècle, qui s'est caractérisé par le dynamisme de son interprétation¹⁰⁶ offrant une solution à toute forme d'hypothèses. Cependant depuis, le XI siècle, pour pallier toute interprétation de nature à altérer la substance de l'Islam, il a été décidé de fermer la porte de « *l'iljtihâd* », c'est-à-dire à l'effort intellectuel en la matière. *L'iljtihâd* est une initiative jurisprudentielle qui permet la réflexion et qui élimine toute solution figée en autorisant l'évolution du comportement des croyants musulmans pour s'adapter aux prodigieux progrès dans le domaine de la médecine et de la biologie.

Néanmoins, pour les sujets de société les plus importants, l'avis de la majorité des savants compte énormément et constitue une source capitale dans l'élaboration du droit.

Pour une question où l'enjeu est de taille, comme la procréation médicalement assistée, un séminaire réunissant les plus éminents savants contemporains de l'Islam s'est tenu en Arabie Saoudite en vue d'un effort intellectuel collectif visant à étudier la réponse du droit musulman à cette forme de procréation détachée de l'acte sexuel.

¹⁰⁵ J-M Aubert, « L'insémination artificielle devant la conscience chrétienne », *Revue de science religieuse* 1981, p. 254. Toujours avec le même auteur « à propos de l'insémination », *Revue de science religieuse* 1983.

¹⁰⁶ Voir Ch. Chehata, « Nature, structure et division de l'Islam », *RASJEP*, 1973 p 555 ; voir aussi du même auteur, « *Etude du droit musulman* », PUF, Paris 1971, p. 42.

Il s'agissait pour les savants et juristes de mettre en lumière la vision de l'Islam sur cette nouvelle donne en matière de procréation et de définir parmi les différentes méthodes celles qui pourraient être rendues licites¹⁰⁷. La difficulté de coexistence des procréations médicalisées et du droit musulman naît de l'atteinte faite par la technique médicale aux concepts « fondamentaux » tels que la présomption de paternité, la généalogie¹⁰⁸.

Dans sa démarche, le séminaire s'est d'abord interrogé sur le principe de l'admission de la procréation artificielle. Pour répondre à cette question, le cheminement a été le suivant. D'une part, le besoin d'un enfant d'une femme mariée ne pouvant pas procréer est considéré comme légitime. Différent du désir, le terme « besoin » est à entendre comme une limite au fait de tomber dans une quête infiniment insatisfaite¹⁰⁹. Le besoin est à rapprocher de la nécessité alors que le désir se situe dans l'espace du luxe et de l'embellissement. Tenant lieu de nécessité, le besoin l'emporte sur ce qui est déclaré illicite en matière de moyens. D'autre part, on a eu recours à la notion de *maslaha*; elle s'apparente à l'intérêt général¹¹⁰ (ou plus exactement à ce qui est bon pour tous). La *maslaha* est un outil jurisprudentiel très dynamique dont la fonction majeure est d'évaluer un acte par sa force coercitive, rompant ainsi avec une interprétation qui ne verrait dans le droit Islamique qu'un modèle désincarné retors à toute possibilité d'actualisation.

Cette approche souple doit cependant respecter, les impératifs du droit musulman de la filiation qui est gouverné par trois principes fondamentaux : le patriarcat, la légitimité et le sang¹¹¹.

En raison de ces fondamentaux, toute forme d'hétéro-insémination, en ce qu'elle fait intervenir une semence d'origine étrangère dans le couple est entièrement bannie et cela d'ailleurs, quelque soit la nature de la semence du tiers, ovule ou sperme¹¹². L'intervention du tiers est sanctionnée en ce qu'elle brouille le système de parenté, en malmenant le rôle du biologique et en démystifiant le lien de sang contribuant ainsi à l'émergence de problèmes délicats comme la place du tiers intervenant dans le processus.

En effet, l'étude du rôle des substances vitales comme le sperme et le sang permet de rendre intelligible le système de filiation. La conception de ces substances surtout celle du sperme nous permet de comprendre pourquoi le sperme est indisponible en dehors du couple. Le sperme est considéré comme une eau¹¹³ qui donne la vie en venant arroser le corps de la femme considérée comme le champ exclusif du mari d'où générera sa descendance future.

¹⁰⁷ Pour ce séminaire, voir le magazine égyptien, al-ahram dans le numéro du 8 juin 1985.

¹⁰⁸ « La santé face aux droits de l'homme, à l'éthique, et aux morales » in « *médecine et droit de l'homme* », publié par le centre européen de coopération scientifique p. 81.

¹⁰⁹ Voir Sandra Houot, « Des usages éthiques du droit islamique : une réponse aux enjeux posés par la reproduction médicalement assistée », *Revue droit et culture* 2010, p. 334.

¹¹⁰ Concept défini par le courant malékite comme l'obligation de répondre aux nécessités du moment.

¹¹¹ S. MERNISSI « *La filiation de l'enfant en droit musulman* » in chr. VON BAR (éd.). *Islamic law and its Reception by the courts in the West*, Khöl, C Heymann 1999, p. 119.

¹¹² C. Fortier, « Le lait, le sperme, le dos. Et le sang », *Cahiers d'études africaines* 2001, p. 100.

¹¹³ *Ibidem*.

Corrélativement, l'insémination avec recours au sperme du mari est tout à fait licite conforme aux principes Islamiques. On peut récolter le sperme du mari et l'injecter dans l'utérus de sa propre femme.

De même en dehors de cette insémination, la fécondation *in vitro*, ou bébé éprouvette est considérée aux yeux des juristes et des théologiens comme un procédé légal à la seule et unique condition que les gamètes soient ceux du couple marié.

b- L'influence décisive sur les législations contemporaines

Suite à l'aval doctrinal, les techniques médicales de procréation assistée développées en occident ont rapidement été adoptées par de nombreux pays musulmans tels l'Egypte, le Maroc, la Tunisie, l'Algérie, le Pakistan, la Jordanie, l'Arabie Saoudite, le Bahreïn, l'Iran, l'Indonésie, la Malaisie, le Qatar, la Turquie. L'adoption de ces pratiques s'est imposée à la suite d'un recours fréquent par des couples infertiles à cette médecine. Nous nous limiterons ici à l'étude de la législation algérienne et tunisienne.

En Tunisie, la loi du 7 aout 2001 relative à la médecine reproductive régleme certaines techniques de procréation médicalement assistée. En Algérie, la reforme de 2005 qui a modifié le Code de la famille a apporté des solutions concrètes à la question de la licéité du recours à la procréation médicalement assistée. En revanche, certains pays comme le Maroc et le Sénégal réfléchissent encore à l'élaboration d'un projet pour régleme la question.

Au Maroc, la PMA existe, mais cette pratique n'a pas pour l'instant de support juridique et se trouve régie uniquement par la profession médicale¹¹⁴. La seule limite est posée à travers les règles déontologiques et les Codes de bonne conduite dénués de toute valeur juridique. Cette absence de législation pour ne pas dire cette indifférence suscite la polémique entre conservateurs hostile à ces techniques jugées trop menaçantes pour le système de parenté et le courant réformateur qui y voit une opportunité atténuant la douleur de la stérilité.

L'Algérie et la Tunisie ont donc fait le choix de se doter des normes clarifiant les conditions pour accéder à l'insémination artificielle. Une carence normative en la matière pourrait ouvrir la porte à des manipulations immorales qui mettraient à mal les valeurs de ces pays.

Parmi les possibilités offertes par la science, certaines risquent de susciter un bouleversement qui brouillerait les principes fondamentaux de ces sociétés musulmanes en matière de parenté.

¹¹⁴ Ce qui est paradoxal, ce que le recours au PMA est très fréquent malgré le vide juridique puisque en 2006 en dénombrait 3000 milles couple candidats au PMA. 300 bébés ont vue le jour grâce à la fécondation *in vitro*. Pour plus de détails voir : www.Maroc-hebdo.press.ma/MHinternet/Archives_726.html 726infertilité.

C'est pourquoi, toute forme de manipulation dans le cadre de PMA qui troublerait le jeu de la légitimité avec l'introduction d'une semence étrangère au couple est tout simplement interdite. Seul le liquide séminal de l'époux peut être utilisé pour féconder l'ovule de l'épouse ; le sperme est conçu comme un vecteur de la filiation

Plus que qu'un régime d'autorisation, les législations algérienne et tunisienne déterminent les conditions pour accéder aux techniques de procréation artificielles. Déjà, la pratique, avant les interventions législatives, imposait comme condition le lien sacré du mariage entre le couple qui sollicite la PMA. Il n'était donc pas possible d'inséminer une femme non mariée. L'intervention d'une mère porteuse était strictement interdite.

Les législations reprennent cette exigence en s'assurant de la réalité matrimoniale entre les personnes désireuses. Néanmoins, le principe est que les législations algériennes et Tunisienne sont toutes le deux favorables aussi bien à l'insémination artificielle qu'à la fécondation *in vitro*¹¹⁵. Ces deux techniques sont en effet, vues comme un remède efficace à la stérilité masculine et féminine.

Pour ce qui concerne la technique de PMA que l'on qualifie d'insémination artificielle consistant à déposer les gamètes de l'époux dans l'utérus de la femme, elle est acceptée aussi bien par la loi tunisienne qu'algérienne dans la mesure où le principe de la légitimité, principe cardinal en droit de la filiation, est sauf.

L'hypothèse d'une fécondation de l'épouse avec des gamètes autres que celles du mari, est qualifiée d'adultère et entraîne aussitôt les sanctions prévues dans cette situation à savoir la dissolution du mariage par divorce et partant la rupture du lien de filiation.

Dans le même ordre de logique, la fécondation *in vitro*¹¹⁶ n'est pas interdite à partir du moment où les gamètes réunies dans une même éprouvette sont celles issues des époux eux-mêmes. La force du mariage est telle que son inexistence ou sa dissolution est un obstacle à la réalisation des ces techniques reproductives, ainsi une fécondation *in vitro* n'est pas envisageable pour une veuve ou une divorcée avec une semence conservée du mari.

La logique et les valeurs de la société musulmane ont conduit la loi à limiter le recours au PMA. C'est pourquoi toute personne désireuse d'y recourir doit remplir un certain nombre de conditions posées par la loi. Ce faisant le système s'articule autour de deux exigences : d'abord la démarche visant une PMA doit nécessairement s'inscrire dans un cadre matrimonial sans équivoque. Ensuite il faut un encadrement médical sûr qui protège aussi bien les époux que l'enfant à naître.

Pour que l'introduction des PMA n'entraîne pas une ruine du système familial, il fallait nécessairement soumettre la technique elle-même au système, et non le système à la technique. Le

¹¹⁵ « Infertilité des couples : une nouvelle technique présentée », *le Quotidien d'Oran* numéros du 3 mai 2004.

¹¹⁶ Une variante de la fécondation *in vitro* consiste à injecter un spermatozoïde à l'intérieur de l'ovocyte de l'épouse, il s'agit de l'ICSI (injection intra cytoplasmique du spermatozoïde) qui a vocation à traiter les stérilités masculines sévères.

nouvel article 45 bis du Code algérien est un garde fou essentiel pour la perpétuation du système de la filiation en mettant en avant la condition *sine qua none* du lien matrimonial.

S'agissant de l'âge des époux candidats aux PMA les législateurs algérien et tunisien n'ont prévu aucune limite d'âge, il suffit que les époux soient en âge de procréer.

Si aucune condition particulière ne tient à l'âge des époux, ceux-ci doivent néanmoins donner leur consentement à la réalisation de la PMA. Le consentement doit forcément être éclairé afin que les parents puissent mesurer l'étendue des conséquences de leur engagement.

La procréation médicalement assistée étant un acte purement volontaire la loi met l'accent sur l'importance des consentements des époux. Ainsi l'article 5 de la loi tunisienne 7 août 2001 prévoit que : « *la fécondation des gamètes et l'implantation des embryons dans le cadre de la médecine de la reproduction ne peuvent être effectuées qu'après avoir constaté et après avoir recueilli leurs consentements écrits* ». Pour lever tout doute, la loi exige que le consentement soit éclairé de sorte que des entretiens sont rendus obligatoires entre les parents potentiels et le médecin traitant. Ce dernier informe les époux des avancées récentes de la science en matière des PMA, des résultats obtenus dans le passé, des effets sur la santé de la mère et des risques qui pèsent sur l'enfant à naître.

L'article 23 de la loi tunisienne de 2001 exige que le consentement soit recueilli par écrit.

Le droit français, est plus complet en imposant un délai de réflexion d'un mois au cours duquel la rétractation du consentement est possible, mais aussi arbitraire et unilatérale.

Le système mis en place en Algérie et en Tunisie a le mérite de la souplesse puisque le PMA est possible dès que le consentement est donné. Ici la protection du consentement n'est pas une priorité absolue¹¹⁷ puisque ceux qui sollicitent le procédé sont souvent des époux liés par mariage qui évoluent dans un milieu où la descendance est le but ultime et suprême du mariage et où l'absence de descendance entraîne des frustrations énormes.

Lorsque l'existence de la vie conjugale est incertaine ou n'a plus de raison d'être, le consentement est caduc, notamment en cas de décès de l'un des époux, de cessation de la vie commune ou de dépôt d'une requête en divorce.

Lorsque, les époux auront donné leur consentement en bonne et due forme, la procréation médicalement assistée pourra débuter. Le corps médical pourra agir dans la responsabilité et dans le respect de l'éthique.

¹¹⁷ Les législateurs tunisien et algérien ne se sont pas prononcés sur ce point, on peut en déduire que la complexité de la forme du consentement a été évitée ; un écrit quelconque suffit. Cela n'empêche pas le praticien d'exiger certaines conditions de forme supplémentaire en vue de responsabiliser les intéressés.

2- Le refus des formes de PMA affaiblissant le mariage

L'exclusivité du principe de légitimité se manifeste aussi dans les règles relatives à la procréation médicalement assistée. Elle se traduit par l'interdiction de tout recours à la PMA hors du cadre matrimonial. Ainsi le don de sperme (*a*) et la technique des mères porteuses (*b*) sont interdits.

a- L'interdiction du don de sperme

La particularité des PMA est d'enlever aux relations charnelles le monopole de la procréation et de faire de cette dernière un processus maîtrisé par des médecins. Laissée à l'état sauvage, la technique risque de malmener la dignité de l'homme. Ce faisant, l'emploi de la technique doit être encadré juridiquement.

L'intrusion d'un tiers dans le processus de la conception de l'enfant a une répercussion sur le système symbolique de la parenté et de la filiation.

Le fond du problème est de savoir si la dissociation entre sexualité et procréation peut conduire à une transformation des repères symboliques de la parenté. La filiation est un système normatif complexe construit autour d'un modèle qui combine le biologique et le social. La construction du système de filiation musulman sur le modèle unitaire de la filiation légitime implique, pour qu'il ne soit pas ébranlé, un refus de tout don de sperme.

L'arrière fond religieux s'est greffé dans l'architecture législative en matière de médecine reproductive. C'est pourquoi les perspectives larges ouvertes par la science ne doivent pas toutes être consacrées sauf à gangrener la conception musulmane de la parenté et de la famille fondée sur le mariage. Une paternité qui reposerait uniquement sur le biologique sans le social est impensable, le droit musulman n'admet pas que le donneur de sperme puisse être considéré comme le père de l'enfant dans la mesure où il n'est pas l'époux de la mère. De surcroît, si le social ne suffit pas indépendamment du biologique à créer la filiation, le biologique ne suffit pas à lui seul à créer la filiation.

L'article 45 bis du Code de la famille algérien démontre opportunément que la filiation naît de la conjonction du sociale et du biologique. Cet article prévoit que « *l'insémination artificielle doit se faire avec le consentement des deux époux et de leur vivant.*

Il doit être recouru aux spermatozoïdes de l'époux et l'ovule de l'épouse à l'exclusion de toute autre personne.

Il ne peut être recouru à l'insémination artificielle par le procédé de la mère porteuse. »

Cet article est respectueux du système musulman de parenté fondé cumulativement sur le mariage et le lien de sang et, par la même, refuse toute forme de procréation artificielle avec des gamètes étrangères au couple marié.

Pour valider juridiquement certaines pratiques et en prohiber d'autres, les législateurs algérien et tunisien ont dû confronter celles-ci aux principes généraux gouvernant le droit de la filiation, le respect de l'être humain et de sa dignité. Ainsi la logique qui sous-tend l'interdiction de procréation avec donneur est tout à fait conforme à la logique de la filiation traditionnelle¹¹⁸, qui tout en étant définie par l'alliance du père et de la mère, se fonde parallèlement sur un principe biologique, en l'occurrence le sperme, dans la mesure où cette substance est considérée comme le véhicule de la filiation.

La crainte ressentie par le droit musulman en face de cette procréation en dehors de rapports charnels est immense dans le sens où certaines idées sur le rôle et la hiérarchie des sexes sont malmenées. Les techniques de la procréation médicalement assistée, mises à la disposition de la femme pourrait en effet menacer le fondement de la filiation. Même légale, cette forme de procréation peut aussi entraîner une rupture affective entre les parents et l'enfant.

b- L'interdiction de la technique des mères porteuses

L'interdiction à l'égard de la maternité de substitution est expresse dans les deux législations. La loi tunisienne du 7 août 2001 prévoit dans son article 15 que « *l'embryon conçu dans le cadre de la médecine de reproduction, ne peut être placé, à quelque titre que ce soit, dans l'utérus d'une autre femme* ». La même interdiction est posée par l'article 45 du Code algérien *in fine*.

En l'état actuel des législations de ces deux pays, cette pratique des mères porteuses est formellement interdite. Néanmoins, d'autres pays arabo-musulmans, plus enclins à l'effort d'innovation en matière de sciences religieuses et juridique, pourraient à terme autoriser le recours aux mères de substitution. En effet, M. Fakher Ben Hamida¹¹⁹, dans son étude consacrée aux rapports entre la bioéthique et la morale musulmane, estime que la gestation pour autrui pourrait être permise dans la seule hypothèse où la génitrice et la gestatrice sont unies maritalement à un même époux. L'ouverture d'une telle brèche suppose de comprendre les structures de la parenté

¹¹⁸ Le droit musulman a rompu avec une méthode de procréation avec tiers donneur qui était admis par les Arabes. Cette méthode qui n'impliquait pas un recueil de sperme, consistait à la cohabitation d'une femme avec un homme avec lequel elle n'avait point de lien matrimonial, à la seule fin d'obtenir de lui un enfant. Cette pratique pouvait parfois concerner les femmes mariées qui sous autorisation de leurs maris avaient des rapports sexuels avec un homme désigné pour ses qualités reproductives.

¹¹⁹ Cité par Rhayamine Siham, « *La filiation en droit algérien, marocain et tunisien..* », thèse préc., p. 295.

dans le monde arabo-musulman où traditionnellement la filiation est agnatique. Cette dernière s'inspirerait d'un discours implicite qui attribue un rôle essentiel au père dans le processus de la parentalité puisque toutes les dispositions en la matière s'agencent autour de l'idée de rattachement de l'enfant au père. Une éventuelle légalisation de la pratique des mères de substitution dans le cadre strict de la polygamie pourrait trouver un appui dans la conception du sperme que nous avons précédemment évoquée.

En vertu de l'importance donnée au sperme et à la filiation paternelle, un transfert d'ovocyte entre femmes de polygame ne porte en rien atteinte à la vérité de la filiation paternelle. Concernant la question de la maternité, ce n'est pas l'épouse qui a donné l'ovocyte, mais celle qui a porté et a accouché qui sera la mère¹²⁰.

La maternité de substitution peut prendre deux formes. La première consiste pour la mère porteuse à mettre une partie de son patrimoine génétique à la disposition du couple demandeur pour ainsi assurer la conception et la gestation de l'enfant qu'elle va livrer à la naissance. Dans la seconde forme, le rôle de la femme porteuse se limite à assurer la gestation de l'enfant avec un matériel génétique appartenant au couple demandeur.

L'article 45 bis du Code algérien ne prévoit aucune nuance et préfère un refus systématique.

Dans la traduction en arabe du texte, le législateur utilise la notion de mère de substitution qui fait référence davantage à la première forme. Cet article est un obstacle au dédoublement de la maternité avec ou sans le matériel génétique de la mère porteuse. Une telle interdiction a été salubre, outre la protection de la famille légitime et de l'intérêt de l'enfant, elle évite une complication factuelle et juridique qui obligerait le législateur à tomber dans des errements sans fin à la recherche de solutions pour des cas inextricables. La mère porteuse est une mère génétique lorsqu'elle assure la conception de l'enfant, une mère gestatrice lorsqu'elle mène que la grossesse. Rendre licite une telle pratique amènerait sans doute à poser le droit de la mère porteuse à travers la notion de l'intérêt de l'enfant, celui probablement de l'enfant à connaître celle qui lui a rendu service en l'aidant à avoir la vie.

Le droit iranien est singulier concernant le don des substances vitales. Le don de sperme est interdit alors que le don d'ovocyte est permis depuis une loi de 2003. Une disposition juridique du droit iranien permet de contourner l'adultère impliqué par un don d'ovocyte. Dans le droit iranien, en effet, un homme célibataire ou marié qui veut avoir une relation sexuelle légitime avec une femme peut contracter un mariage dit temporaire¹²¹ (*mut'a*), assorti de témoins et comportant le versement d'une dot, pour une période donnée sans que ce mariage soit rendu public par une cérémonie. Il

¹²⁰ Et cela en vertu d'un principe coranique qui définit la maternité à partir de l'idée de la gestation et de l'accouchement, « *leurs mères sont seulement celles qui les ont enfantés* ». Coran LVIII.

¹²¹ Ce type de mariage s'apparente à un contrat à durée déterminée puisque le mariage durera le temps stipulé dans l'acte de mariage. Ce mariage est licite dans les pays chiite et interdit formellement par les pays sunnites.

importe peu que l'homme qui contracte ce mariage soit lié par un mariage précédent, puisque la polygamie est autorisée ; en revanche la femme doit être célibataire, car la polyandrie est strictement interdite. L'existence de ce type de mariage a facilité la légalisation du don d'ovocyte et de la gestation pour autrui puisqu'il constitue un moyen de rendre licite l'union sexuelle qui résulte du contact entre le sperme de l'homme et l'ovocyte d'une femme autre que son épouse. La donneuse d'ovocyte doit être célibataire, et le mariage temporaire dure le temps du processus médical de la procréation.

En France après une condamnation de la cour de cassation par le truchement de l'ordre public, la loi bioéthique de 1994 a inséré l'article 16-7 dans le Code civil disposant : « toute convention portant sur la procréation et la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Toute convention est prohibée peu importe qu'elle soit conclue à titre gratuit ou onéreux¹²². Par ailleurs, la condamnation est assortie des sanctions pénales.

Le souci du droit français n'est pas d'ordre religieux, mais se fonde sur la volonté de protéger la dignité de la personne humaine à travers les principes de l'indisponibilité du corps humain, de sa non commercialité, heurtés par la gestation pour autrui, en ce qu'elle consiste à une mise à disposition du corps humain dans son intégralité avec parfois une contrepartie pécuniaire¹²³.

Section 2- L'interdiction de la filiation hors mariage

On parle de filiation légitime lorsque le lien filial s'établit dans le cadre matrimonial, elle est qualifiée de naturelle lorsqu'elle s'établit en dehors du mariage, adultérine lorsque l'un des parents est encore dans les liens d'un précédent mariage non dissout. Cette distinction du droit occidental ne se trouve pas, du moins dans la netteté de ses contours, en tant que telle dans le système musulman¹²⁴. Ce dernier ne régit pas la situation de l'enfant né hors mariage, qualifié de *waladu zina* qui veut dire littéralement enfant de la fornication, sauf à énoncer que celui-ci a une filiation à l'égard de sa mère. En effet, c'est seulement la filiation paternelle qui est interdite à l'enfant naturel parce que son établissement jetterait un trouble sur la société patriarcale. L'établissement de la filiation hors mariage risque de mettre en cause la stabilité des rapports familiaux définis sur la base de règles et du comportement qui renvoient au mariage¹²⁵.

¹²² Voir R. Chendeb, « *La convention de mère porteuse* », Defrénois 2008, p. 291.

¹²³ M. GOBERT, « Réflexion sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état de personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 504.

¹²⁴ Ben Halima, « L'enfant naturel en droit tunisien », in *mélange en l'honneur de Mohamed Charfi*, CPU 2001, p. 468.

¹²⁵ El-Hadi Chalabi et Charef Merkarbech, « L'enfant conçu et né hors mariage ». *RASJEP*. Vol 25. juin 1987, p. 229.

Le droit musulman classique ne consacre pas une place pour l'enfant naturel parce que le système, du moins dans sa conception originelle, faisait en sorte que cette catégorie d'enfants ne puisse exister en instaurant une tradition empêchant sa manifestation, tel que le mariage des filles dès leurs jeunes âge, facilité du divorce avec facilité du remariage, raccourcissement du veuvage et même la polygamie¹²⁶. Ainsi ces correctifs sur le plan social et certains montages juridiques assez extravagants telle la théorie de l'enfant endormi, contribuaient ensemble à réduire la profondeur du stigmate qui frappe l'enfant dont la filiation n'est pas couverte par le mariage. Aujourd'hui, ces correctifs, aussi bien sociaux que juridiques, n'ont plus de raison d'être en raison de la profonde mutation qui a frappé la société mondiale entraînant une remise en cause de certains subterfuges juridiques condamnés à disparaître du fait de leur hiatus avec une vérité biologique facilement accessible. Ce bouleversement social de la société musulmane explique lui aussi la multiplication des pratiques sexuelles hors mariage qui a créé des situations de non droit¹²⁷ comme les grossesses hors mariage dont le géniteur ne veut pas s'encombrer. La mère sous la contrainte sociale et parfois familiale abandonne l'enfant à son tour¹²⁸. Le père naturel de l'enfant n'est nullement contraint de le reconnaître puisque les textes interdisent l'action en recherche de paternité. Cette règle interdisant à l'enfant né hors mariage d'établir sa filiation a un caractère intempestif (§1). Les politiques menées par les États musulmans pour redresser le tort subi par l'enfant hors mariage sont pour le moment timorées (§2).

§1- Le caractère intempestif de la prohibition de la filiation hors mariage

Contrairement à ce qu'on peut penser, l'exclusion de l'enfant naturel ne résulte pas d'une règle clairement établie. Elle résulte d'une interprétation des textes très contestable. Les légistes musulmans l'ont déduite d'une règle condamnant la *zina*. Les codifications actuelles ont repris cette interprétation à la lettre sans prêter égard à son fondement textuel. De plus, la règle elle-même paraissait déjà sévère pour les savants musulmans qui ont mis en place des stratagèmes pour éviter ses conséquences désastreuses dans la pratique. Les législations musulmanes actuelles ont repris l'interdiction de la filiation hors mariage tout en supprimant les techniques anciennes permettant l'intégration de l'enfant naturel. Du coup, le piège s'est refermé sur l'enfant naturel qui devient ainsi sans famille connue. Les enfants nés hors mariage constituent la majorité des enfants abandonnés. Le bannissement de l'enfant naturel n'est pas doté d'une assise juridique solide. Pour s'en convaincre, il suffit de voir les opinions divergentes des premiers légistes musulmans. Cette fragilité de la règle (A) a des conséquences particulièrement néfastes (B).

¹²⁶ N. Aït Zaït, « L'abandon d'enfants et la loi », *RASJEP*. Vol 29 1993, p 1147.

¹²⁷ Expression de J. Carbonnier, *Flexible droit*, p. 29.

¹²⁸ A. Ahmed, « *L'Islam et la morale de sexe* », O.P.U, Alger 1999, p. 53.

A- La fragilité de la règle prohibant la filiation naturelle

Les Codes de statut personnel ont tous aujourd'hui pour dénominateur commun le refus de toute filiation naturelle paternelle. Cette ignorance contrairement à certaines lectures erronées ne concerne pas l'enfant naturel lui-même, mais sa filiation paternelle. Cette exclusion est considérée comme le fruit du modèle unitaire de filiation. Ce dernier est décrié et remis en cause par beaucoup qui réclament des réformes urgentes réparant les torts juridiques infligés à l'enfant né hors mariage. Aujourd'hui, une série de réformes a été menée dans certains pays musulmans sous l'impératif de la modernité. Néanmoins, leur impact est sujet à discussion dans la mesure où elles ont été parcellaires. Le modèle de la filiation n'a pas été touché malgré les reproches qui lui ont été faits. Les Codes de statut personnel contiennent toujours la règle interdisant à l'enfant naturel d'établir sa filiation malgré son défaut de fondement juridique (1) et son caractère socialement injuste (2).

1- Une règle sans fondement juridique valable

Pour une utile compréhension de la question de l'enfant naturel en droit musulman, on doit nécessairement esquisser une analyse de la conception musulmane de la sexualité. En effet, l'appréhension du phénomène de la sexualité en terre d'Islam est fort différente de la vision occidentale.

Dans les pays musulmans la liberté sexuelle ne peut être revendiquée comme une liberté individuelle, elle est une licence que l'individu s'accorde et que la société en générale lui accorde. Néanmoins la justification d'un tel comportement ne passera jamais par l'affirmation d'un droit, car cela sonnerait comme la remise en cause de l'Islam comme ordre social. Par ailleurs, l'acte sexuel hors mariage est frappé d'une forte réprobation sociale et familiale qui touche davantage la femme qui n'a pas su sauvegarder sa virginité et sa bonne réputation. En effet, seule une grossesse, fruit d'une union légitime lui accorde une place adéquate dans la société en tant que mère.

Le contraste est patent avec le système occidental où la liberté des relations sexuelles hors mariage est au contraire, reconnue comme un droit relevant de la vie privée, car l'acte sexuel est de l'ordre de la vie privé¹²⁹. La différence entre droit musulman et droit occidental est d'ordre systémique. Les racines religieuses du droit ont fait que le droit et la morale sont consubstantiels en Islam. L'acte sexuel à l'origine de la descendance doit s'accomplir dans le cadre du mariage, le seul berceau de la

¹²⁹ Ferrie Jean Noël, Boïtsch Gilles, Ouafik Amina, « Vécu juridique, norme et sens de la justice à propos de l'avortement au Maroc », *Droit et Société*, n° 28- 1994, p. 683.

filiation. L'acte sexuel hors mariage est sanctionné de façon sévère qualifié de *zina* classé parmi les fautes les plus lourdes qui peuvent entraîner des sanctions mortelles¹³⁰.

Cette interdiction a une assise coranique puisque le Coran évoque la fornication en ces termes « ceux qui se maintiennent dans la chasteté et n'ont de commerce qu'avec leurs femmes ou les esclaves qu'ils ont acquises, car alors ils n'encourent aucun blâme ; et quiconque porte son désir au-delà est transgresseur »¹³¹. La question est de savoir si ces prescriptions punitives de la fornication doivent concerner le droit de la filiation. Rien n'indique de façon claire que des conséquences doivent être tirées de ce verset pour l'établissement de la filiation. D'ailleurs, s'il y avait interdiction d'établir la filiation naturelle à l'égard du père, cette interdiction devrait s'appliquer à la mère naturelle de l'enfant. Or, il n'en est rien puisque l'enfant naturel est affilié à sa mère. Logiquement, le couple ayant conçu l'enfant illégalement devrait être sanctionné de la même façon. Et par conséquent, l'enfant n'aurait ni filiation maternelle ni filiation paternelle. La prohibition de la fornication ne peut donc être un fondement solide pour la prohibition de la filiation paternelle de l'enfant né hors mariage. D'ailleurs, les commentateurs du Coran les plus classiques et les plus fondamentalistes refusent l'extension des règles coraniques sur la fornication à l'établissement de la filiation¹³². Le Coran principal source du droit musulman ne peut donc servir de fondement à l'interdiction de la filiation hors mariage.

En outre, l'interdiction de la filiation hors mariage n'a pas de justification dans la Sunna qui est la deuxième source du droit musulman. Pour justifier l'interdiction de la filiation naturelle, on s'appuie sur un adage prophétique qui dit « l'enfant doit être rattaché au lit, l'amant doit être lapidé ». En effet, cet adage est intervenu dans le cadre d'un litige relatif à un conflit de filiations entre deux hommes. L'un s'appuyait sur la ressemblance de l'enfant avec lui, l'autre prétendait que l'enfant était né dans son mariage. Le prophète trancha le litige en faveur de ce dernier et posa l'adage selon laquelle « l'enfant appartient au lit conjugal ». Il est clair que cette affaire ne concernait aucunement une action en recherche de paternité. Le prophète a seulement tranché un conflit entre une filiation légitime et une filiation adultérine¹³³. La préférence pour la filiation légitime témoigne de la volonté de maintenir la paix de famille¹³⁴. L'amant fornicateur qui a l'outrecuidance de réclamer la paternité de l'enfant devrait être lapidé ou du moins débouté si on est

¹³⁰ Selon Ibn Hazm, savant musulman, la *zina* est péché grave, le péché par excellence « sans doute les savants ne sont-ils pas d'accord par ce qu'il faut entendre par péchés capitaux, mais le certain est que tout sont d'accord pour considérer la fornication *zina* comme venant en première ligne de ces péchés. Allah tout puissant et grand n'a dans son livre menacé de feu ... que pour sept fautes qui sont des péchés capitaux et la fornication en est un ». Cité par G. H. Bousquet : « *la morale de l'Islam son éthique sexuelle* », Moissonneuve, Paris 1953, p. 49.

¹³¹ L XX, 29-30 Coran traduit de l'arabe par Kasimirski, Flammarion 1970, p. 452.

¹³² C'est le cas de Hassan el Bastri qui considère qu'en vertu de la Sourate disant qu'aucune « âme ne portera le fardeau d'autrui » (Sourate 6 verset 164) l'enfant naturel ne doit pas se voir interdire sa filiation paternelle pour la faute de ses parents.

¹³³ S. Ben Halima, « *La filiation paternelle légitime en droit tunisien* », thèse Tunis 1976, p. 317.

¹³⁴ K. Zaher, « *Conflit de civilisations et droit international privé* », thèse Paris 2009, p. 63.

dans le cadre d'un procès civil¹³⁵. L'extension de cet adage à l'établissement de la filiation naturelle est tout aussi contestable que le verset relatif à la fornication. L'intention du prophète n'était pas de conférer à son *hadith* sur le conflit de filiations une portée générale condamnant inévitablement la filiation naturelle. La volonté des premiers légistes était de ne pas se montrer tolérants envers l'acte de fornication. Permettre l'établissement de la filiation naturelle revenait à valider les conséquences d'un acte répréhensible par la législation. D'ailleurs, pour appréhender les conséquences de l'interdiction de la *zina* sur la filiation, il faut scinder la cause et la conséquence. Il est certain que du point de vue du droit musulman, l'acte sexuel hors mariage qui a causé la naissance de l'enfant est condamnable. Toutefois, la naissance de l'enfant et l'interdiction de le rattacher à son père, conséquence du délit de la fornication, vont au-delà du religieux pour toucher le social. Obliger l'homme musulman à réparer les conséquences de sa faute religieuse n'a rien de choquant.

De plus, l'interdiction totale d'établir la filiation paternelle de l'enfant naturel est en porte-à-faux avec l'esprit vertueux du droit musulman en matière de filiation. En effet, si le principe de la prohibition de la filiation hors mariage est certain, il ne peut être contesté que l'esprit qui anime cette législation et les techniques notamment de preuve employées par elle, permettent d'intégrer le maximum d'enfants dans le giron de la légitimité. Sur ce point un auteur faisait déjà remarquer qu'il n'y avait pas d'enfant naturel en terre d'Islam¹³⁶. De ce fait, les États musulmans devraient s'interroger sur la conformité, de leur attitude, vis-à-vis de l'enfant naturel, au droit musulman.

Pour finir, observons que la prohibition de la filiation naturelle ne repose pas sur un fondement juridique indiscutable contrairement à l'interdiction de l'adoption clairement édictée par le Coran. L'absence de contrainte textuelle permet d'adopter des règles plutôt libérales en matière d'établissement filiation naturelle. La suppression de la règle privative de filiation ne devrait pas poser de problèmes compte tenu du fait que la plupart des pays musulmans n'appliquent pas certaines normes pourtant affirmées dans la *Sharia*.

2- Une règle socialement injuste

L'interdiction de l'action en recherche de paternité présente des conséquences néfastes sur le plan social. Une chose est certaine, elle profite au père prétendu qui refuse d'assumer sa paternité et l'incite à l'irresponsabilité. Elle est évidemment discriminatoire à l'égard de la femme qui va assumer seule la charge de l'enfant. La cause de l'infanticide vient du fait qu'une femme seule avec un enfant est très mal vue dans la société musulmane. L'interdiction de la filiation paternelle fait de l'enfant un délinquant potentiel. Il est bien connu aujourd'hui que le défaut d'une famille unie est

¹³⁵ S. Ben Halima « La filiation naturelle en droit tunisien », *Mélanges en l'honneur de M. Charfi*, CPU Tunis 2001, p. 468.

¹³⁶ L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman*, op. cit., p. 23.

une cause de la délinquance¹³⁷. Les mutations actuelles du monde renforcent davantage la pertinence des arguments contre cette règle privative et injuste.

Les arguments en faveur de la prohibition de la filiation naturelle trouvent leur appui dans le domaine social. Il est souvent avancé l'idée qu'une paternité assumée vaut mieux qu'une paternité imposée. L'intérêt de l'enfant serait donc de rester sans filiation lorsque son père ne veut pas le reconnaître. Cet argument en apparence solide n'est pas valable. On peut d'abord faire remarquer qu'une paternité assumée ne présente pas plus de gage d'affection qu'une paternité niée. Des enfants conçus dans le mariage peuvent être abandonnés par leur parent, c'est d'ailleurs la raison d'être du délit d'abandon de famille. Une filiation légalement établie ne préjuge en rien de l'attitude future des parents. Il peut arriver qu'une paternité niée dans un premier temps soit ensuite reconnue.

Dans le passé, le refus de l'établissement de la paternité naturelle s'expliquait en grande partie par le mystère entourant la paternité que seul le mariage pouvait désigner. Aujourd'hui, la levée de ce mystère par la science condamne cet argument. La certitude que l'on peut avoir sur la parenté permet de désigner le véritable père et évite les traumatismes et les frustrations liés à l'absence d'un père légalement désigné.

Aujourd'hui, l'interdiction de la recherche judiciaire de paternité semble justifiée par la volonté de ne pas susciter des scandales. Autrement dit, on ne veut pas porter atteinte à la paix de famille et à la tranquillité des honnêtes gens. Le risque d'erreur judiciaire est minime aujourd'hui dans le procès sur la recherche de paternité de sorte que c'est le véritable père qui sera désigné.

Il est intéressant de noter que des artifices sociaux sont apparus pour mettre en échec la règle qui prohibe la filiation naturelle. Les études sociologiques révèlent l'existence des pratiques officieuses dans les sociétés musulmanes destinées à réparer l'irréparable : l'adultère¹³⁸. Pour légitimer un enfant né hors mariage, la pratique actuelle consiste à obliger le père à accepter le mariage lorsque la grossesse est connue précocement. Une telle pratique est proscrite religieusement puisqu'une femme enceinte ne peut se marier. Mais cette interdiction a été atténuée par une culture qui considère que ce mariage est correct sur le plan religieux puisqu'il sert un plus grand bien, celui de la dignité de la femme et la filiation de l'enfant. Ces deux fins, participants de cinq objectifs supérieurs comme la religion, la vie et la propriété.

¹³⁷ L. Mucchielli, « La place de la famille dans la genèse de la délinquance », *Regards sur l'actualité* 2001, p. 31-32.

¹³⁸ C. Fortier, « Filiation versus inceste en Islam », in *L'argument de la filiation aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, P. Bonte et J Wilgaux (ss dir.) éd. MSH, p. 243.

B- Les conséquences néfastes de la règle prohibant la filiation naturelle

La règle prohibant tout rattachement de l'enfant naturel à son père biologique a pour conséquence regrettable de ne pas sanctionner les parents considérés comme fautifs, mais l'enfant. En effet, c'est comme si l'enfant payait intégralement la faute de ses parents qui eux ne sont pas sanctionnés. Cette règle prohibant la filiation naturelle comporte deux aspects : un aspect pénal sanctionnant le crime de la *zina* passible d'une peine de flagellation ou de mort et un aspect civil interdisant d'établir la filiation d'un enfant illégitime. Aujourd'hui la dimension pénale de la règle est occultée contrairement à la conséquence civile de celle-ci qui, elle, demeure. L'application des conséquences civiles de la règle lèse doublement l'enfant. D'une part, il est le seul à subir la sanction (1), d'autre part le rattachement de l'enfant à sa mère est lui-même source de préjudice au regard du système musulman qui valorise la filiation paternelle (2).

1- Une sanction contre l'enfant

En suivant la logique des choses, l'interdiction de l'acte sexuel hors mariage emporte interdiction de la filiation hors mariage. La sanction du crime de fornication a une assise coranique incontestable, celle de la filiation paternelle hors mariage n'a pas de fondement textuel, elle découle de l'interprétation de la règle interdisant la *zina*. Or, dans les pays musulmans¹³⁹ la *zina* n'est pas sanctionnée pénalement, elle demeure une notion inexistante.

Il y a un grand paradoxe à appliquer rigoureusement l'interprétation d'une règle qui n'est pas appliquée. L'absence d'effets de la règle relative à la fornication devrait entraînée inévitablement la neutralisation de sa conséquence, à savoir l'interdiction de la filiation hors mariage. Cette dissociation des conséquences pénales et civiles de la règle est injuste et contraire au droit musulman classique. L'amant de la femme marié devrait en principe être lapidé, mais la règle a été jugé archaïque et inhumaine¹⁴⁰. L'attachement des pays musulmans à la conséquence civile de cette règle qui prive un enfant de sa filiation paternelle est plus qu'étonnant. Cela revient au fond à croire que la règle privative de filiation serait plus humaine que l'application de la sanction de lapidation inhérente au crime de la fornication. Le droit pénal musulman connaît le principe fondamental de la personnalité de la sanction¹⁴¹. En vertu de ce principe, il est fortement injuste de faire subir à l'enfant les conséquences d'une faute pénale commise par ses parents. En d'autres termes l'enfant

¹³⁹ A l'exception de quelques-uns comme les pays du golfe, la *zina* n'est pas sanctionnée dans les pays musulmans.

¹⁴⁰ K Zaher, « *Conflit de civilisation et droit international privé* », thèse préc., p. 66.

¹⁴¹ N. Hosni, « Le droit pénal musulman » *RIDP* 1985, p. 408. Sur le défaut d'application du droit pénal musulman dans les pays musulmans, voir S. Papi, « Islam et droit musulman au Maghreb », *L'année du Maghreb* 2004, p. 429.

paye pour la faute du père qui fuit sa responsabilité. Au-delà de l'enfant, c'est la société qui risque de supporter les effets désastreux qui naissent de l'interdiction de rattacher l'enfant naturel à son père. En effet, ce sont les contribuables qui finalement assumeront l'éducation de l'enfant lequel risque d'être abandonné par sa mère lorsqu'il n'est pas reconnu par son père.

2- Un rattachement à la mère source de préjudice

Le schéma du législateur musulman reconnaît la filiation maternelle qui se trouve consacrée dans tous les Codes musulmans de la famille. Néanmoins, à la différence de la filiation paternelle, elle n'a pas de connotation particulière par rapport au mariage ; elle s'établit aussi bien dans le mariage qu'en dehors de celui-ci. Cela dit, la filiation à l'égard de la mère ne s'établit qu'accessoirement à la filiation paternelle dans le mariage. En raison de ce rôle accessoire, elle ne semble pas susciter un intérêt particulier chez les auteurs qui traitent toujours de la filiation paternelle. Cette quasi-ignorance en doctrine s'explique non seulement par le fait que la filiation maternelle pose très peu de problèmes, mais aussi parce qu'elle occupe un rang inférieur par rapport à la filiation paternelle. De ce fait, le refus de la filiation paternelle de l'enfant illégitime et le rattachement à la mère constituent un préjudice pour l'enfant. L'infériorité de la filiation maternelle peut s'observer doublement. En premier lieu dans le sens où le rapport de maternité est subordonné à la filiation paternelle (*a*), en second lieu les effets produits par la filiation maternelle par rapport à la filiation paternelle sont très réduits (*b*).

a- La subordination de la filiation maternelle à la filiation paternelle

Le système musulman de filiation n'opère pas trop de distinctions, la figure unique est la filiation paternelle légitime. Aucune distinction ne se fait selon que la filiation intervient dans le mariage ou hors mariage : de même qu'il n'y a pas distinction entre filiation paternelle et filiation maternelle. Cette dernière ne s'établira qu'à défaut, c'est-à-dire lorsque le rapport juridique avec le père est impossible à nouer.

En effet, comme nous le verrons plus loin le droit musulman en faisant de la reconnaissance de paternité une institution qui produit les mêmes effets que le mariage en terme de filiation, réduit le domaine de la filiation maternelle à la filiation naturelle. Cela ne veut nullement dire que le droit sous-estime la filiation maternelle parce qu'elle est par essence naturelle. Dire que la filiation maternelle est toujours naturelle est maladroit et inadéquat.

Aussi bien pour la femme mariée que pour la femme célibataire, les règles sont telles que, lorsque la filiation est établie, elle ne l'est qu'à la suite de l'établissement de la filiation paternelle. S'agissant d'abord de la femme mariée, elle n'a pas le droit d'aller inscrire son enfant sans l'indication du nom de son mari. L'inscription sans le nom du mari n'a aucune valeur. Le rôle de la mère dans le désaveu est très limité, elle ne peut pas contester la paternité de son mari quand bien même elle serait convaincue de sa non-paternité de son mari. Le désaveu est une prérogative exclusivement maritale.

Pour l'enfant désavoué par le mari de sa mère, sa filiation maternelle est établie après que la question de paternité a été tranchée. S'agissant de la femme non mariée, selon les principes généraux qui régissent la reconnaissance de filiation, il n'y a aucun obstacle à ce qu'elle puisse reconnaître son enfant et établir en droit, le rapport de maternité. Néanmoins, il n'est pas interdit de penser qu'une telle reconnaissance est un cas d'école dans la pratique du droit musulman.

D'abord, dans les hypothèses envisagées par les concepteurs du droit musulman, la reconnaissance de maternité ne peut venir que d'une femme mariée ou d'une femme esclave.

Ensuite, parmi les écoles juridiques, les malékites excluent toute reconnaissance de ce genre¹⁴².

Enfin, il est communément admis par les courants de pensée qui autorisent la reconnaissance de maternité, comme les hanéfites, que cette institution est marquée par le dualisme¹⁴³ ; autrement dit, la reconnaissance de maternité ne produit d'effets que dans la mesure où elle est suivie d'une reconnaissance de paternité.

A la lecture des Codes de statut personnel, on comprend qu'il y a deux tendances. La première, d'obédience malékite, est représentée par la *Mudawwana* marocaine. Elle ne traite que de la filiation paternelle¹⁴⁴. La seconde tendance se manifeste dans les Codes d'obédience hanafite¹⁴⁵ qui subordonnent l'efficacité de la reconnaissance de maternité à une ratification du père. A travers ces deux tendances on comprend le souci de limiter toute filiation unilinéaire à l'égard de la mère. Avoir une filiation de ce genre dans un pays musulman est stigmatisant et marginalise celui qui en est dotée. L'intérêt de l'enfant est sans conteste d'avoir une filiation paternelle qui l'insérera sans gêne dans le corps social. D'où l'accent qui est mis sur le lien de l'enfant avec son père dans les Codes de la famille. Le souci premier du système est avant tout d'assurer une filiation bilinéaire permettant à l'enfant d'avoir un lien avec ses deux parents. Néanmoins, ces dispositions ont l'inconvénient de ne pas permettre à la filiation maternelle une existence autonome. De surcroît, l'avantage que l'enfant peut tirer d'une filiation maternelle seule est très minime parce que son autonomie sous-entend qu'il s'agit d'une filiation naturelle par essence hautement négative dans le

¹⁴² L. de Bellefonds, *Traité de droit musulman, op cit.*, p. 54.

¹⁴³ Louis Milliot et F-P Blanc, *introduction à ...*, *op cit*, p. 412.

¹⁴⁴ Malgré les récentes réformes de la *Mudawwana* marocaine placées sous le signe de l'égalité entre l'homme et la femme, l'égalité devant l'établissement de la filiation de l'enfant ne semble pas avoir préoccupé le législateur marocain qui s'est inscrit sur ce point dans la tradition.

¹⁴⁵ Code syrien et égyptien.

milieu musulman. A cet inconvénient s'ajoute les effets très limités attachés à la filiation maternelle.

b- Les effets limités de la filiation maternelle

La filiation dite « illégitime » ne s'établit guère du côté du père, elle reste une filiation maternelle lorsqu'une reconnaissance de paternité n'intervient pas ou lorsque l'enfant a été désavoué. Les effets que le droit musulman fait produire à la filiation maternelle sont très limités.

Parmi les problèmes épineux posés par la filiation maternelle, il y a le nom. Sur la question du nom, l'enfant naturel (*walad el zina*) et l'enfant désavoué (*walad el moula 'ana'*) porteront celui de leur mère. Néanmoins, comme la généalogie compte pour beaucoup on se demande si cette généalogie sera celle de sa famille maternelle. La doctrine n'a pas de réponse uniforme, certains auteurs soutiennent qu'il n'aura pas de lien généalogique avec la famille de la mère lorsque d'autres défendent qu'il entre pleinement dans la famille maternelle au même titre que l'enfant mâle de l'oncle maternel. Les Codes de statut personnel sont muets sur le sujet en raison de l'infime préoccupation accordée aux effets de la filiation maternelle hors mariage. L'objectif des autorités est restée invariable, il s'agit, comme le montrent nombre de textes spéciaux de donner à l'enfant, au moins pour la forme, un nom quelconque laissant supposer l'existence d'une filiation paternelle¹⁴⁶.

Sur le plan patrimonial la filiation maternelle ne produit que des droits très limités notamment en matière de succession. Le droit successoral musulman fait des distinctions entre les héritiers mâles et les héritiers femelles.

La part successorale de l'enfant illégitime a suscité une littérature abondante de la part des savants musulmans. La doctrine sur cette question s'est répartie en deux tendances.

Le premier courant donne à l'enfant naturel le nom de sa mère et soutient que cet enfant peut avoir vis-à-vis de cette dernière un statut successoral identique à celui qu'un enfant légitime aurait à l'égard de ses deux parents. En effet, les héritiers à fard (réservataire) de cet enfant sont exactement ceux qu'il aurait eu si, légitime, il était, et décédé sans laisser des successibles du côté de son père.

¹⁴⁶ Par exemple le décret algérien du n° 92-24 du 13 janvier 1992 portant sur la question de concordance du nom dans le cadre de la *kafala*. De même la loi tunisienne n° 1998-0075 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution du nom patronymique aux enfants abandonnés. Cette loi modifiée par la loi n° 2003-0051 du 7 juillet 2003 permet à la mère de donner son nom à l'enfant ou de demander au président du tribunal l'attribution d'un nom masculin qui est celui du grand-père maternel. Au Maroc une circulaire ministérielle du 18 septembre 1978 donne à l'enfant naturel le droit à un livret de famille. L'enfant naturel prendra le nom patronymique de sa mère.

Cette tendance doctrinale a été vigoureusement combattue par les chaféites et les malékites qui considèrent illogique de traiter les parents par la femme (*mawali*) comme des parents par le mâle puisqu'ils ne remplissent pas les fonctions caractéristique des agnats. Pour cette opinion, l'enfant naturel n'a pas de vocation successorale dans le patrimoine des membres de la famille de sa mère dans l'hypothèse où ceux-ci venaient à décéder. Cependant cette disposition n'est pas réciproque, puisque les parents de la femme peuvent remplir la fonction *d'açabat*, si les héritiers réservataires (*fard*) n'existent pas ou n'absorbent pas la totalité de l'héritage de l'enfant naturel.

Ce second courant sévère a influencé la majorité des Codes de statut personnel à l'exception du Code égyptien de la famille qui a privilégié le premier courant qui intègre totalement l'enfant naturel dans sa famille maternelle.

§2- L'attitude timorée des législateurs musulmans vis-à-vis de l'enfant naturel

Malgré son défaut de fondement juridique, la règle prohibant la filiation naturelle demeure dans les Codes de statut personnel. Aucun législateur n'a pris l'initiative de la supprimer pour obliger les pères récalcitrants à assumer leur paternité. Il semblerait que la prohibition de la filiation naturelle soit comprise comme un élément fondamental pour la pérennité du modèle de la famille légitime. Malgré l'ampleur prise par le phénomène des abandons d'enfants causés directement par le rejet social de l'enfant naturel, les politiques législatives demeurent timides. Ces dernières esquivent les problèmes de l'enfant naturel pour proposer des solutions en demi-mesure. Pour ne pas mettre à mal le modèle familial dominant, elles mettent l'accent sur la prise en charge de ses enfants plutôt que l'établissement de leur filiation (A). Elles utilisent parfois le non-dit comme méthode législative (B).

A- La préférence à la prise en charge plutôt qu'à l'établissement de la filiation

Les législateurs contemporains sont confrontés à un véritable dilemme ; la compassion à l'égard de l'enfant naturel qui le pousse à lui chercher un statut protecteur et la volonté de ne pas ébranler les fondements normatifs de la société. L'abandon d'enfant illégitime est devenu un phénomène de plus en plus massif interrogeant les pouvoirs publics contraints de trouver une certaine légitimité pour la maternité célibataire. Cette solution est ardue et impensable dans une société qui se veut conforme à « la normativité Islamique »¹⁴⁷. Consacrer une protection d'ordre juridique à celle qui a

¹⁴⁷ B. Mohammed, « *L'amour de la loi, essai sur la normativité en Islam* », PUF, Paris 1997, p. 409.

transgressé une norme fondamentale de la société ainsi qu'à celui qui est issu de l'interdit violé est vu comme une véritable rupture de l'équilibre de la société.

Cette marge de manœuvre réduite du législateur a poussé ce dernier à emprunter des chemins tortueux. Il a dû user des formules édulcorées, pleines d'euphémisme, évitant ainsi de nommer cette catégorie si détestée par la société. Le courroux de la société est calmé lorsque le « bâtard », « l'enfant illégitime » prend la qualification « d'enfant abandonné », ou « d'enfant assisté »¹⁴⁸. Ces expressions ont l'habileté d'induire la responsabilité du corps social qui est implicitement désignée. Ces formules impliquent aussi la notion d'injustice qui doit être réparée.

En Algérie, on a cru bon d'attaquer le problème par la voie juridique, en intégrant dans le Code de la santé publique de 1976 une action en recherche de paternité et quelques dispositions qui protègent la maternité célibataire. Ces dispositions étaient vues comme une véritable « effraction de l'ordre légitime sacralisé »¹⁴⁹ dans le sens où elle risquait de faire vaciller la conception légitime de la famille. La loi sur la promotion de la santé du 16 février 1985 a abrogé ces dispositions audacieuses. Le Code algérien de la famille n'osant pas aborder clairement le statut de l'enfant naturel a prévu en faveur de l'enfant mineur de filiation connue ou inconnue une institution de prise en charge appelée *kafala*¹⁵⁰.

Nous refusons de concevoir la *kafala* comme une institution du droit musulman classique contrairement à ce qui est annoncé partout et de façon systématique. Elle est avant tout un instrument moderne de prise en charge au service de l'enfant naturel surtout lorsque ce dernier est abandonné¹⁵¹. La *kafala* symbolise la reconnaissance d'une crise au sein des sociétés musulmanes, la crise des valeurs suscitées par la question de l'enfant naturel, une catégorie cachée et jusqu'à là frappée de bannissement. L'objectif ultime de la création de la *kafala* serait de sauvegarder la conception unitaire de la famille. A défaut d'un lien de filiation on s'accommode d'une prise en charge dans un but de survie pour l'enfant naturel. Les lois sur la *kafala* introduisent une problématique sociale qui se heurte à la vision de la famille légitime et qui concourt à l'immixtion d'une dimension réaliste dans l'idéal traditionnel¹⁵².

¹⁴⁸ Ainsi la loi marocaine issue du dahir n° 1-93-165 du 10 septembre 1993 relatif aux enfants abandonnés est une solution parmi d'autres pour un règlement durable de la question de l'enfant naturel. Toutes ces dispositions qu'on trouve dans les Codes des statuts personnels relatives à la *kafala* font aussi partie des moyens pour atténuer le drame des enfants naturels

¹⁴⁹ N. Saadi, « Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le droit », *RASJEP* 1991, Vol. 29, p. 63.

¹⁵⁰ Voir livre II du chapitre VII.

¹⁵¹ Voir N. Aït. Zaït, « la *kafala* en droit algérien », in *Les institutions traditionnelles du monde arabe*. Karthala, Paris 1996, p. 98

¹⁵² E. Barraud, « *Kafala et Migration ...* », thèse préc., p. 389.

B- Le non-dit comme méthode législative

L'enfant né hors mariage est très mal perçu dans la mentalité collective musulmane. Cela se comprend, à en croire les connotations péjoratives des mots qui le désignent. Ces enfants naturels issus de la *zina* sont des bâtards qui sont des *ferkh* (oisillons)¹⁵³, de *ferkh hammam* (petit pigeon), l'enfant du péché ou du bandit. On anticipe parfois sur leurs comportements futurs, celui qui est né hors mariage est un *kaboul* (mal élevé), un *ha rami* (malhonnête).

Cette attitude négative a justifié l'entrée du législateur dans une logique de pudeur évitant de parler de filiation naturelle et encore moins d'enfant naturel. C'est le cas du législateur tunisien dans l'ambitieuse loi du 28 octobre 1998, modifiée en 2003, relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue. Comme son intitulé l'indique la loi vise une catégorie particulière d'enfants, les enfants abandonnés ou de filiation inconnue. Il s'agit, dans le premier cas de ceux qui sont nés sous X et dont ni la filiation maternelle, ni la filiation paternelle, ne sont connues. Dans le deuxième cas, il s'agit des enfants dont seule la filiation maternelle est établie. En lisant attentivement cette loi, on peut aisément comprendre que son objet est plus large que ce qui est indiqué dans l'intitulé et va au-delà de la simple attribution du nom. L'objet de cette loi est de permettre d'établir la filiation paternelle. La loi s'est voulue discrète. On remarque aussi qu'elle est lacunaire et c'est là une rançon de la casuistique¹⁵⁴. Ces lacunes permettront aux juges, pourvu qu'ils jouent le jeu, de la faire parler, d'en faire une lecture conceptuelle pour corriger ses faiblesses, pour la débrider. Le législateur tunisien n'a pas voulu s'appuyer sur des catégories juridiques abstraites et notamment celle de la filiation. Ce silence est accompagné par une inversion « irrationnelle » entre le fondement (filiation) et les effets (le nom, pension alimentaire). Apparemment c'est le nom qui semble être le fondement puisque l'article 1 alinéa 3 prévoit que l'attribution du nom « ouvre droit à la pension alimentaire, à un droit de regard tel que la tutelle et la garde ».

L'effet subversif de la loi n'est pas manifeste. Pour le découvrir, il faut disséquer ses dispositions pour comprendre les véritables intentions du législateur tunisien. Pour déterminer le véritable objet de cette loi une analyse terminologique est ici capitale. Certes l'expression « filiation naturelle » ne figure pas dans le texte. L'expression employée est celle de filiation et on peut se demander s'il ne s'agit pas purement et simplement de la filiation légitime¹⁵⁵. Mais la question ne résiste pas à l'examen. En effet, l'expression employée « *bonnoua* » veut dire filiation alors que si le législateur tunisien avait entendu viser la filiation légitime il aurait employé le mot *nasab* qui se trouve dans l'article 68 du Code des statuts personnels tunisiens. Ce terme *bonnoua* induit l'idée d'une certaine

¹⁵³ Voir Farida Chabib Zidani, « *L'enfant né hors mariage en Algérie* » thèse Lyon, 1992, p. 94.

¹⁵⁴ Ali Mezghani, « Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels » in *Mélanges au doyen Sassi Ben Halima CPU* 2005, p. 664.

¹⁵⁵ Sassi Ben Halima « La filiation naturelle en droit tunisien », in *mélanges en l'honneur M. Charfi*, CPU Tunis 2001, p. 12.

neutralité de la filiation par rapport à la nature du lien entre les deux parents de l'enfant. Autrement dit, cette notion implique la rupture du lien automatique entre filiation et mariage. Ce faisant le droit tunisien se rapproche vers une conception française de l'unité en matière de filiation et ne suit plus les règles du *Fiqh* traditionnel et la doctrine classique dans leur subtile nuance. Dans le droit français tel qu'il a été réécrit par l'ordonnance du 4 juillet 2005 la filiation est indépendante des modes de conjugalité¹⁵⁶. Cette réforme s'inscrivait dans une démarche égalitaire visant à effacer toute forme de discrimination.

Ce nouveau régime de la filiation légitime est un retour en quelque sorte aux sources arabes. Les arabes dans la période préislamique entendaient le mot *nasab* comme correspondant à l'appartenance d'une personne à une tribu. Dans cet esprit, Antara, héros, et poète de la période préislamique portait le nom de sa mère esclave, il n'a été autorisé à porter le nom de son père que grâce à ses faits d'armes contre les tribus ennemis. Avec la disparition de la société tribale le *nasab* est défini comme étant l'attribution de l'enfant à ses parents. Le *nasab* est le même que l'enfant soit né dans le mariage ou hors du cadre matrimonial. C'est la présomption de l'existence d'un lien de sang qui établit la filiation. Le mariage n'est autre chose qu'un moyen d'assurer cette présomption.

Cette loi tunisienne qui assure la primauté du lien de sang au détriment de la légitimité fait figure d'exception. N'étant pas intégrée au Code du statut personnel et n'ayant pas conduit à une révision des dispositions relatives à la filiation, elle pose un ensemble de questions « douloureuses » notamment celle de l'héritage qui explique son caractère discret, lacunaire, de même que l'emploi de l'euphémisme et le silence politique qui l'accompagne, la loi n'ayant fait l'objet d'aucun débat public¹⁵⁷. La question de l'héritage se pose parce que la méthode législative a été défailante et incohérente en raison de l'inversement de la cause (filiation) et l'effet (attribution du nom).

De plus, La timidité du législateur tunisien n'a pas vraiment incité le juge à dire tout haut ce que le législateur n'a pas voulu exprimer. Ainsi, la volonté des juges du fond de donner au texte l'intégralité de son sens, est censurée par la cour de cassation tunisienne dans deux affaires. La cour a affirmé clairement que « la loi du 28 octobre 1998 permet d'attribuer le nom patronymique du père à l'enfant dont la filiation est prouvée par aveu, témoignage ou empreintes génétiques »¹⁵⁸. Cette jurisprudence enlève donc à la réforme tout son intérêt.

¹⁵⁶ La classification juridique tunisienne unificatrice du statut de la filiation s'inspirait, semble-t-il, du droit du Québec et s'opposait au droit français qui connaissait à l'époque la distinction moyenâgeuse entre filiation naturelle et filiation légitime.

¹⁵⁷ Emilie Barraud « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb » *Revue droit et culture* 2010, p. 300.

¹⁵⁸ Voir décisions du 16 novembre 2000 et 11 mai 2001 citées par L. Gannagé, « synthèse du colloque », in *L'enfant en droit musulman*, *op. cit.*, p. 423.

Conclusion du chapitre 1

L'étude de la filiation en droit musulman est en rapport direct avec l'étude du mariage. Les deux notions, filiation et mariage, sont liées à la définition de la famille. En effet, le régime unitaire de la filiation a influencé le modèle familial qui devient à son tour unitaire. Ce modèle familial fondé exclusivement sur le mariage n'a pas évolué en raison la permanence du système de la filiation unitaire, mais aussi à cause de la force du mariage qui n'a pas subi la concurrence d'autres modes de conjugalité licite. Le choix de ce modèle par les premiers légistes était motivé par une volonté de consolidation de la famille. De ce point de vue, le système de l'unicité du modèle familial a certains avantages, néanmoins il a pour conséquence une certaine exclusion pour ne pas dire une certaine discrimination à l'égard de l'enfant naturel et des concubins.

Si l'exclusivité du mariage est un objectif qui peut être opposé au couple voulant le défier, l'argument est trop faible pour justifier l'interdiction de la filiation d'un enfant né hors mariage. Les Codes de statut personnel, dans l'ensemble des pays musulmans¹⁵⁹, ont tous procédé au bannissement de la filiation naturelle. Ces textes, interprétés la plupart de temps dans le sens le plus restrictif par la jurisprudence, précarisent tragiquement le sort de l'enfant naturel notamment en le privant de toute possibilité de recherche de paternité par la voie judiciaire. Un aperçu sur le droit tunisien réputé pour ses innovations audacieuses nous a permis de mesurer le degré d'ancrage de cette prohibition dans les pays musulmans.

La tragédie qui frappe l'enfant né hors mariage impose une réforme intelligente susceptible de s'adapter à un environnement musulman. Un mimétisme des règles occidentales serait en l'occurrence inefficace dans la mesure où leur greffe dans le corps social s'avérerait délicate et déboucherait sur un rejet. Les réformes menées à ce jour relèvent de la demi mesure puisque peu de législations sont allées jusqu'à consacrer une action en recherche de paternité. Entre la volonté de ne pas froisser les règles traditionnelles et la compassion envers l'enfant hors mariage, les États musulmans peinent à trouver un équilibre. Les réformes récentes des Codes de la famille de certains pays musulmans malékites, par exemple la nouvelle *Mudawwana* marocaine de 2004, ou l'article 40 du Code algérien de 2005, introduisent la preuve biologique en donnant la possibilité à des hommes mariés, ou simplement fiancés, de se référer au résultat négatif d'un test ADN pour désavouer l'enfant¹⁶⁰. Ces mesures viennent ébranler la logique traditionnelle de la filiation étant donné que l'argument biologique peut être invoqué pour porter un coup à la filiation sociale

¹⁵⁹ Sauf une infime partie d'entre eux comme le Mali. Voir à cet égard la contribution de Ch. Wague dans le colloque du 14 janvier 2008, in *L'enfant en droit musulman op. cit.*, p. 203.

¹⁶⁰ C. Fortier, « La filiation versus inceste en Islam », in *L'argument de la filiation aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, P. Bonte, Enric Porqueres i Gené, Jérôme Wilgaux (ss dir.), p. 240.

auparavant considérée comme intangible ou tout au moins difficilement attaquable¹⁶¹. Lorsqu'on connaît les conséquences de ces mesures dans ce type de société, à savoir les difficultés et la stigmatisation sociales rencontrées à la fois par l'enfant sans filiation et par sa mère accusée d'adultère, on peut être légitimement amené à se demander si ces réformes juridiques apportent un progrès sur le long terme ou si elles ne vont pas accroître la vulnérabilité des catégories des personnes les plus fragiles de la société, à savoir les femmes et les enfants, personnes qui étaient paradoxalement mieux protégées dans le droit classique.

La réforme que nous souhaitons ne devrait pas rencontrer d'objection sur le plan juridique. En effet, l'interdiction de la filiation illégitime n'est pas fondée sur un texte juridique fondamental contrairement à l'interdiction de la filiation élective. Elle est au service de la cohérence législative voulue par les premiers légistes qui n'ont pas cherché à légiférer sur les conséquences de l'acte de fornication interdit par le Coran. La levée de la prohibition de la filiation naturelle est une nécessité pour casser le processus infernal allant du rejet de l'enfant naturel jusqu'à son abandon ou sa mise à mort.

Pour l'efficacité de la réforme, une réactualisation de l'esprit du droit musulman s'impose. En effet, ce dernier est animé par l'idée de faveur et d'égalité entre les enfants. Le droit musulman classique avait certes initié le modèle unitaire, mais il avait ménagé des ouvertures en vue de l'intégration de l'enfant né hors mariage.

¹⁶¹ *Ibidem.*

Chapitre 2- La souplesse du principe de légitimité

Tout rapport sexuel en dehors du mariage étant sévèrement condamné par la loi, les premiers juristes musulmans ont été contraints de poser une règle de principe interdisant à l'enfant issu de telle relation d'avoir un lien juridique avec son père.

A un esprit occidental, la règle paraît bien injuste, surtout pour le cas de l'enfant naturel simple qui peut voir sa filiation établie sans que cela n'atteigne ni le droit de la famille légitime, ni même la morale sociale.

Le droit musulman, soucieux de ne pas créer un grand écart entre un contexte social, qui accueille toujours chaleureusement la venue d'un enfant au monde, et ses propres règles, a largement assoupli le système de preuve de la filiation. La règle qui enlève à l'enfant naturel toute possibilité d'établir sa filiation ne s'appliquera que dans des rares hypothèses. En droit français lorsque la distinction filiation légitime et filiation naturelle avait encore cours, la preuve de la filiation légitime nécessitait comme préalable la preuve du mariage. Le droit musulman quant à lui ne s'embarrasse pas de cette logique beaucoup trop formelle¹⁶².

En effet, dans leur littérature juridique, les auteurs musulmans du droit classique ne se sont pas montrés exigeants dans la preuve du mariage. Ces derniers ont fait du mariage un mode de rattachement de l'enfant très flexible qui joue toujours en faveur de l'établissement de la filiation. De ce fait, un mariage douteux, nul, voire qui a cessé de produire ses effets, ne constitue jamais un obstacle pour l'établissement de la filiation.

Sur le principe, aucune filiation n'est censée exister en dehors du cadre matrimonial : néanmoins, pour des raisons liées aux difficultés de preuve inhérente au mariage ou pour alléger l'exigence du mariage comme condition de la filiation, le droit musulman connaît la reconnaissance de paternité qui n'est pas ouvertement une institution réservée à l'enfant naturel contrairement au droit français¹⁶³. Il n'est pas ici nécessaire de rapporter la preuve d'un mariage antérieur¹⁶⁴ ou toute autre condition.

La critique contemporaine à l'endroit du droit musulman se fonde particulièrement sur le sort qui est fait à l'enfant naturel. Or, il n'y pas d'enfant naturel en terre d'Islam¹⁶⁵ en raison d'une politique législative tolérante et clémente qui efface tous les stigmates de l'illégitimité.

¹⁶² Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman*, T 3, p. 18.

¹⁶³ Jusqu'à l'ordonnance de 2005, la reconnaissance de paternité était un mode d'établissement de la paternité réservé à l'enfant naturel. L'ordonnance de 2005 ayant supprimé la distinction entre filiation légitime et naturelle, la reconnaissance est ainsi devenue un mode d'établissement commun à la filiation en mariage et hors mariage. La loi du 16 janvier 2009 est venue explicitement confirmer que le mari a la possibilité de reconnaître l'enfant né en mariage (art. 315 *in fine*, du C. civ.)

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ G-H Bousquet, « *La morale de l'Islam* », *op. cit.*, p. 62.

Cette politique use de deux instruments : une définition large du mariage qui facilite l'établissement de la filiation (*Section 1*) ainsi que le rôle de légitimation joué par la volonté (*Section 2*).

Section 1- Une définition large du mariage au service de la filiation

La filiation est d'abord établie par le mariage ; il est normal dans tout système de faire du mariage la source par excellence de la filiation. Le mariage musulman accuse beaucoup de différences par rapport au mariage occidental. C'est d'abord un mariage qui peut être polygamique, ce qui permet à un homme de se rattacher des enfants issus de plusieurs épouses. C'est aussi un mariage largement consensuel, c'est-à-dire un mariage dont on ne sait rien parfois sur sa date de conclusion et sur sa date de dissolution, encore moins sur sa nature et sa validité¹⁶⁶. Une telle souplesse est un facteur de confusion qui empêche un fonctionnement normal et correct de la présomption de paternité issue du mariage. De ce point de vue, il est légitime de penser que la vérité biologique n'est pas au centre des préoccupations du droit musulman en matière de filiation.

Le caractère consensuel du mariage musulman supposerait une certaine fragilité de l'institution qui aurait des incidences négatives sur le système de filiation. Il n'en est rien puisque, malgré sa fragilité structurelle, le mariage musulman est marqué par une certaine consolidation qui prend appui sur l'unicité de la notion de filiation. Néanmoins la remarque est vraie dans le sens contraire dans la mesure où l'unité du mariage a contribué au maintien d'un régime unique pour la filiation.

La permanence du système musulman de filiation doit beaucoup au système de la preuve de la filiation qui, comme nous l'avons dit plus haut, n'est pas très rigoureuse. Pour les questions de filiation, les légistes musulmans ont dès le début fait le choix d'une conception large du mariage. La source de la filiation n'est pas seulement le mariage en cours, mieux, le droit musulman établit la filiation alors que l'existence du mariage est anéantie (§1) ou douteuse (§2).

§1- L'anéantissement du mariage et la création d'un lien de filiation

Au vu de la démonstration ci-dessus sur l'impossibilité d'introduire une action en recherche de paternité dans le pays musulmans, le statut de l'enfant naturel doit obligatoirement se mouler sur celui de l'enfant légitime. Autrement dit le voile de la légitimité doit couvrir cet enfant non seulement pour lui octroyer un lien de filiation, mais aussi pour le protéger d'une éventuelle

¹⁶⁶ H. Ferkh, « *L'unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français* », thèse préc., p. 223.

réprobation sociale. Dans cette perspective, le droit assimile le mariage nul au mariage valable chaque fois qu'il est question de filiation (A). De même que l'enfant, né plusieurs années après la dissolution du mariage, pourra être considéré comme légitime (B).

A- La considération du mariage nul comme mariage valide

Le mariage nul (*fasid*)¹⁶⁷ est compté pour mariage valide dans l'unique but d'établir la filiation d'un enfant. Le mari, même s'il est obligé de se séparer de son épouse, en raison de la nullité de l'union, est réputé être le père des enfants issus de cet union, sous réserve du respect de délais minimum et maximum de grossesse.

La règle de l'assimilation du mariage nul à un mariage valable est agréée par l'ensemble des légistes musulmans. Néanmoins, les écoles juridiques divergent, sur la date à partir de laquelle le délai minimum de grossesse qui est de six mois pour toutes les écoles, débute. Trois des grandes écoles juridique (Chaféite, Malékite, Hanbalite) fixent le point de départ du délai minimum de grossesse à partir de la conclusion du mariage. Les Hanafites¹⁶⁸ ont un point de vue différent puisqu'ils considèrent que ce délai commence à courir à partir de la consommation du mariage. Pour Shaybani, le grand maître de cette école, tous les effets susceptibles de naître d'un mariage nul sont liés à la consommation.

On ne peut s'empêcher de voir ici dans la disposition hanafite, une priorité nette donnée au biologique puisque d'après les partisans de cette école c'est le lien de sang qui doit l'emporter et non le lien juridique issu du mariage.

Ainsi, pour les hanafites chaque fois qu'il y a une distance entre la date de la conclusion du mariage et la date de sa consommation, l'enfant né moins de 180 jours après la consommation du mariage est considéré comme un enfant illégitime et par conséquent ne peut être rattaché à son père, même s'il est conçu après la conclusion du mariage nul.

Si l'on peut remarquer la sévérité de la position hanafite, elle assure toutefois à l'enfant issu d'un mariage nul une filiation stable insusceptible de désaveu. L'enfant issu de ce mariage précaire sera à l'abri d'un éventuel désaveu. L'avantage réside très certainement dans cette stabilité, mais ce qui n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant dans cette thèse, c'est le choix de la date de consommation qui posera sans aucun doute d'insolubles problèmes probatoires.

¹⁶⁷ L'exemple de mariage nul le plus couramment cité dans les ouvrages relatifs à la question est celui d'une femme qui croit, trompée par des informations erronées, que son mari en déplacement, est décédé et qui sur cette base épouse un autre homme avec qui elle aura des enfants. L'ancien mari réapparaissant, le deuxième mariage sera annulé en raison de son caractère *fasid*. le fondateur de l'école hanafite (non suivi par ses adeptes) rattache cet enfant au premier mari.

¹⁶⁸ La thèse hanafite est détaillée dans les ouvrages de Ramli. « *Nihayât el muhtâj* », T 6, p. 269.

Ainsi, en traitant différemment l'enfant né plus de 180 jours après la consommation du mariage et celui né moins de 180 jours après cette date, le choix hanafite risque de générer des injustices, car le premier peut voir sa filiation établie d'une manière absolue, alors que le second est privé de son lien filial de manière toute aussi absolue. Le droit algérien semble apporter une caution à la doctrine hanafite puisque la notion de consommation est déterminante comme on peut le comprendre à travers les différentes positions de la Cour suprême algérienne qui, au cours d'une même année, a rendu deux arrêts¹⁶⁹. Il ne s'agissait pas de mariages nuls, mais la cour a usé d'une conception stricte de la consommation qui l'inscrit dans le cadre du mariage. Le droit tunisien quant à lui semble moins enclin à s'intéresser à la notion de consommation et instrumentalise le concept de mariage nul pour ramener des enfants qui sont, en réalité, naturels¹⁷⁰ vers la légitimité. Par ailleurs, l'article 71 du Code du statut personnel affirme que la présomption de paternité joue « *abstraction faite de la validité ou de l'invalidité du mariage* ». Cette disposition est confortée par l'article 22 du même Code qui prévoit expressément, parmi les effets du mariage nul, l'établissement de la filiation. En droit tunisien, pour établir la filiation il suffit de rapporter la preuve de l'existence d'un lien conjugal. Dans un premier temps, la Cour de cassation tunisienne admet une preuve par tous moyens. Sans doute depuis la loi du 1^{er} août 1957, le mariage ne peut être constaté que par acte authentique. Mais cette preuve, indispensable pour permettre à l'union de porter ses effets entre les époux, ne présente pas le même intérêt pour les questions de filiation¹⁷¹.

B- La théorie de l'enfant endormi

A coté de la répudiation, de la polygamie, de l'interdiction de l'adoption, les longues durées de grossesse et les conséquences qui en ressortent sur la filiation paternelle font partie de l'originalité du droit musulman. Les anciens juristes musulmans se sont longuement interrogés sur l'établissement d'une durée maximale de grossesse qui, alliée à la présomption de paternité, indiquerait la voie à suivre et réglerait, à sa manière, le problème de la légitimation de l'enfant dont accouche une femme qui n'a plus de mari¹⁷². Concrètement, on s'est penché sur le sort de l'enfant né bien longtemps après la mort de son père ou la répudiation de sa mère. Il fallait proposer un délai maximal de grossesse qui se devait de prendre nécessairement en compte l'intérêt de l'enfant. Les réponses proposées sont variées, de neuf mois à une durée illimitée en passant par des valeurs intermédiaires. La théorie de l'enfant endormi a pour origine une croyance assez

¹⁶⁹ Voir cour suprême algérienne 19 novembre 1984, et 17 décembre 1984 cité dans l'article de N. Aït Zaï, « L'enfant algérien entre le droit musulman et la convention de droit de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman op.cit.*, p. 91.

¹⁷⁰ S. Ben Achour, « L'enfant en droit tunisien », in *L'enfant en droit musulman, op. cit.*, p. 290.

¹⁷¹ Cour de cassation tunisienne, 2 avril 1968, *RJL* 1969, p. 25.

¹⁷² L'élaboration de cette théorie est avant tout la preuve que le droit musulman contrairement à une croyance répandue n'a pas uniquement pour fondement le Coran et la sunna. Un pan entier du droit est le fruit de l'effort jurisprudentiel et de la coutume. Voir J. Colin, « *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Étude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb* », Perpignan : presse universitaire de Perpignan 1998, p. 69.

répandue en terre d'Islam selon laquelle durant la grossesse, le fœtus peut suspendre son développement et rester ainsi dans la matrice de sa mère, pour reprendre son développement des années après : ce qui a pour effet sur le plan juridique d'allonger anormalement le délai de grossesse.

Aussi contestable soit-elle sur le plan scientifique, cette théorie présente un indéniable avantage dans un contexte culturel hostile aux naissances hors mariage. Notre objectif n'est pas de plaider pour une réactualisation de cette théorie, mais de présenter ses avantages et ses inconvénients. Il est nécessaire donc de mettre l'accent sur son efficacité (1). Néanmoins, cela n'est pas une justification suffisante pour défendre ce stratagème juridique devenu obsolète (2)

1- L'efficacité de la théorie de l'enfant endormi

Le stratagème de l'enfant endormi n'a aucune justification scientifique et légale. Son origine coutumière est connue. L'absence de fondement textuel pour ce stratagème montre bien la liberté dont disposait les anciens légistes pour légiférer. Aujourd'hui, la théorie de l'enfant endormi n'apparaît plus dans les Codes des pays musulmans. Cette suppression n'a pas été compensée par la création d'un autre mécanisme permettant d'établir la filiation de l'enfant naturel. La sévérité du droit musulman de la filiation, souvent dénoncée vient de là. La théorie de l'enfant endormi avait pour avantage de légitimer les enfants (a). Elle constituait aussi pour les femmes un moyen pour atténuer la force du patriarcat en matière de filiation (b).

a- Les vertus légitimantes de la théorie de l'enfant endormi

La théorie de l'enfant endormi se présente comme une solution face aux cas exceptionnels de maternité interdite. Dans un passé encore très récent, si une femme tombait enceinte neuf mois après la séparation avec son mari, une coutume appuyée par les docteurs en droit musulman permettait le recours à cette théorie admise par l'ensemble de grandes écoles.

Autant s'est faite facilement l'unanimité des docteurs sur les délais le plus courts (six mois)¹⁷³ en raison des données scripturaires en la matière, autant les légistes se sont divisés sur le choix d'un délai maximal de grossesse en raison de l'absence d'un fondement textuel. S'agissant en effet de ce délai maximal, dans l'hypothèse où l'enfant serait né bien longtemps après la dissolution du

¹⁷³ Cette unanimité résulte du fait que le coran cite deux versets dont l'interprétation intelligente est conforme aux données acquises de la science. Il s'agit du verset 15 de la sourate XLVI et le verset 14 de la sourate WWI ; L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman op cit.*, p. 35.

mariage de ses parents, les avis des grands savants du droit ont largement divergé. La durée maximale de grossesse fut établie à deux ans pour les hanafites, quatre ans pour les chaféites et hanbalites, et de quatre ans à sept ans pour les malékites.

La théorie de l'enfant endormi n'est pas le fruit d'une quelconque ignorance¹⁷⁴, il s'agit bel et bien d'une volonté d'agir dans le sens de l'intérêt de l'enfant conçu dans des conditions irrégulières. Le but poursuivi était la préservation de la paix des familles et la protection de la femme qui encourait, au début de l'Islam, la peine de mort ou sinon la réprobation sociale.

Ce subterfuge juridique, qui joue des incertitudes du temps de la grossesse, attribuait la concession de la paternité à des maris absents ou décédés et permettait aux femmes de choisir le père de leurs enfants. Il pouvait conduire une lignée paternelle à reconnaître les fruits d'une relation illégitime¹⁷⁵.

Cette théorie contredite par les données scientifiques en matière de gestation est enracinée dans l'inconscient des populations musulmanes en raison du crédit qu'elle s'est vue octroyer par les docteurs en droit les plus éminents. Elle est en quelque sorte la preuve vivante que l'enfance illégitime est une réalité ancienne dans le monde musulman. Cette réalité ancienne a suscité des mécanismes de défense qui n'ont d'autre but que de protéger la cohésion du groupe. Germaine Tillion présente cette croyance à une époque où les institutions les plus contestées du droit islamique étaient peu pratiquées et « où jamais on ne voyait un enfant abandonné par son père ».¹⁷⁶

Ce mécanisme de protection est une mesure de tolérance sociale qui cohabite avec d'autres coutumes plus atroces comme le crime d'honneur¹⁷⁷ et la lapidation. Ce mécanisme a l'avantage « d'apporter un certain apaisement là où une situation est exacerbée, d'ouvrir une porte de sortie là où on se serait cru dans l'impasse »¹⁷⁸. Alors que le droit musulman développe des attitudes extrêmes, « un rigorisme violent et agressif » face au crime de la fornication, la théorie de l'enfant endormi est conçue comme un antidote « porteur de détente (...) capable de rétablir l'ordre par des solutions apaisantes ». Cette fiction rendue licite par le droit est finalement un mécanisme de régulation visant à atténuer les sanctions sévères du droit.

Aujourd'hui, la théorie de l'enfant endormi, tout comme la fiction de « l'enfant du *hammam* »¹⁷⁹, ne peut plus prospérer en raison de la vérité scientifique pour laisser la place à davantage de rigueur et de brutalité dans les législations de pratiquement tous les pays musulmans. Les Codes de statut

¹⁷⁴ Les légistes à l'époque savaient pertinemment que la durée de grossesse ne dépassait pas neuf mois lunaires. La meilleure preuve en est qu'à la même époque certains de ces légistes comme les Zâhirites ont fait le choix de neuf mois lunaires. Ibn Hazm, *Muhalla*, tome 10, p. 316 et s.

¹⁷⁵ E. Barraud, « *Kafala et Migrations. L'adoption entre la France et le Maghreb* », thèse préc., p. 350.

¹⁷⁶ G. Tillion, « *Le harem et les cousins* », Seuil, Paris, 1966, p. 154.

¹⁷⁷ J. Colin, *L'enfant endormi...*, op. cit., p. 383.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ Il s'agit ici aussi d'une fiction selon laquelle une jeune fille vierge peut être fécondée par une semence mâle, issue d'une femme mariée, véhiculée par l'eau des toilettes (*hammam*).

personnel ont fait le choix d'une durée de neuf à dix mois¹⁸⁰. Dès lors une femme qui a conçu un enfant dans des circonstances irrégulières, quand bien même a-t-elle les possibilités d'assumer sa maternité n'a aujourd'hui d'autres choix que l'abandon. L'abandon dans le secret, la plupart du temps sans structure d'accueil, est la seule façon d'effacer le produit de la transgression.

Si l'abandon est l'unique alternative qui permet d'échapper à l'opprobre que constitue la violation de l'interdit et de se prémunir contre une éventuelle exclusion familiale, il est néanmoins un drame incurable dans les pays musulmans. L'ampleur de ce drame est d'autant plus sensible en terre d'Islam qu'il n'y a pas une institution d'insertion de l'enfant sans famille comparable à l'adoption. La meilleure vertu de la fiction de l'enfant endormi résidait dans l'insertion de l'enfant dans une famille avant même sa naissance, tel un enfant issu d'un couple marié. De ce point de vue e, elle constituait un moyen efficace de dissimuler la vraie nature de la filiation de l'enfant naturel.

Aujourd'hui un dilemme existe entre d'un côté le choix d'une consécration juridique de cette fiction en faisant fi de la vérité scientifique et de l'autre, le respect des normes de la science naturelle qui se traduira par des abandons, des infanticides. A notre sens, il n'y aurait rien de choquant de réintroduire la règle de l'enfant endormi dans le sens où elle jouera dans les pays musulmans le même rôle que l'adoption, avec une efficacité d'une intensité supérieure. Après tout l'adoption et la théorie de l'enfant endormi ne sont que des fictions portant sur le lien de sang.

L'abandon de la théorie de l'enfant endormi peut se comprendre par le fait que la croyance qui la fondait n'a cessé de s'éroder au fil du temps. En outre, les législations actuelles n'ont pas l'habitude de s'appuyer sur les coutumes pour atténuer l'interdiction de la filiation hors mariage.

L'expérience prouve le rôle capital de la coutume dans la création du droit. Pour toutes les matières qui touchent de près ou de loin la famille, la loi doit impérativement s'inspirer de la coutume si elle veut être effective. A titre d'exemple les innovations qui ont touché le droit de la famille en France, apparaissent, à première vue comme législatives ou jurisprudentielles : en réalité elles sont coutumières¹⁸¹. La force et la solidité du droit français de la famille sont à rechercher dans le lien entre coutume et loi.

La théorie de l'enfant endormi encore vivace dans certains pays¹⁸² est entravée par des Codes de la famille sous l'influence occidentale. Cette influence occidentale très forte en raison de l'époque

¹⁸⁰ L'article 42 du Code algérien la fixe à 10 mois, l'article 69 du Code tunisien et l'article 154 du Code marocain retient le même délai d'une année.

¹⁸¹ Dans le droit français, les rédacteurs du Code civil concevaient le mariage comme une association, certes, mais une association où la femme est loin d'être l'égale de l'homme. Il est le chef de la communauté conjugal et l'épouse ne peut procéder à la plupart des actes juridiques. Une évolution devrait se produire en sa faveur au cours des années soixante. Des lois nouvelles ainsi que des décisions jurisprudentielles hardies ont introduit dans le système français une conception bien plus libérale des droits de la femme mariée : elle avait été préparée par la coutume. H. Lévy-Bruhl, « *Sociologie du droit* », PUF 1961, p. 49.

¹⁸² La coutume de l'enfant endormi connaît une grande vitalité dans certains pays musulmans surtout ceux du Maghreb. L'enfant endormi est désigné sous le nom « *raged* », « *le bou mergoud* », ou encore au Maroc « *amexour* » voir J. Colin « Au Maghreb un contre-pouvoir du côté des femmes : l'enfant endormi dans le ventre de sa mère », *L'année sociologique*, p. 109 à 110.

coloniale n'a pas eu raison de la profondeur de l'enracinement social de la fiction de l'enfant endormi. Sur ce point, l'histoire algérienne est très révélatrice. Lors de l'Algérie française, d'obédience malékite, la question de l'abolition des longues durées de grossesse se posa et très vite et le débat pris très vite une tournure pratique après qu'il s'est agi de statuer sur la filiation paternelle d'enfants maghrébins dont les mères étaient séparées depuis des années de leurs maris¹⁸³. La question donna lieu à la création du conseil supérieur du droit musulman¹⁸⁴ pour régler les divergences entre droit français et droit musulman.

Le droit français s'imposa officiellement si bien que le délai maximal de grossesse a été ramené à une limite conforme au droit français. Mais l'application n'a pas été au rendez-vous, compliquée sans doute par la dualité des juridictions, car les cadis qui statuaient en matière de statut personnel continuaient de rendre leur jugement sur la base de la doctrine malékite.

Le système algérien à l'époque coloniale était pluraliste et hiérarchisé, le droit français occupait le haut de l'échelle ensuite venait le droit musulman qui était supérieur au droit coutumier.

Sur le plan de l'organisation judiciaire, la justice des cadis, chargée de l'application du droit musulman, était subordonnée en vertu de l'ordonnance du 28 février 1841 à la cour d'appel d'Alger qui statuait sur les recours formés contre la sentence des juridictions du droit musulman. Plus tard par un décret impérial du 13 décembre 1866, on créa le conseil supérieur du droit musulman composé de cinq membres. Le conseil avait une place de choix dans l'échiquier judiciaire : les juridictions d'appel étaient tenues de le consulter chaque fois que le litige portait sur une question de statut personnel et après cet éclairage la cour d'appel avait l'obligation de se conformer à l'avis de ce conseil.

Et chaque fois qu'ils en avaient la possibilité, les magistrats français n'hésitaient point à faire triompher le point de vue français en matière de durée maximale de grossesse. Cette attitude ne plaisait guère aux juristes autochtones puisqu'elle enterrait une tradition ou même une règle sacrée. La position du conseil n'a pas été constante dans un premier temps après avoir opté pour un alignement derrière la doctrine malékite, il ne put résister à « la nécessité » de se conformer à la solution du droit français en la matière.

Dans deux affaires rendues le 8 et 10 juin 1868 par la Cour d'appel d'Alger, après avis du conseil, la Cour d'appel appliquait le droit musulman.

Dans la première affaire, il y avait un litige entre deux familles à propos de la paternité d'un enfant né d'une femme qui s'était remariée moins de six mois après le décès de son premier mari. Compte tenu du jeu de la présomption de paternité, la filiation de l'enfant avec le premier mari ne devait pas soulever des doutes aussi bien dans l'esprit français que musulman. Dans cet arrêt d'autres

¹⁸³ Voir J. Colin, « *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère...* », *op.cit.*, p. 138 et s.

¹⁸⁴ *Idem* p. 134.

questions étaient posées comme la durée de la période de la retraite de continence et la cour d'appel ne manqua pas de consulter le conseil qui rendu des solutions musulmanes.

Dans une seconde affaire du 9 juillet 1869, tranchée après un avis du conseil, la cour d'appel d'Alger a écarté l'application du droit musulman¹⁸⁵.

Les faits étaient les suivants : une femme du nom de kheira était devenue veuve en raison du décès son mari Ali. Cette femme, au lendemain du deuil, a fait constater son état de grossesse à la suite d'un examen effectué par une matrone. Six mois après l'expiration de la retraite de continence, elle rétracta sa déclaration de grossesse pour permettre un partage de la succession qui autrement serait suspendu jusqu'à la délivrance de l'enfant. Après un délai d'un an et trois mois kheira donna naissance à un enfant qui après un jugement d'un cadî a été considéré comme le fils d'Ali, donc susceptible de prétendre à l'héritage de celui-ci.

Les héritiers d'Ali ont fait appel d'une telle décision et la cour décida de leur donner gain de cause. Le conseil, en effet, avait rendu un avis dans lequel il optât fermement sans la moindre atténuation pour une durée de neuf mois¹⁸⁶. Ce qui a poussé la Cour d'appel d'Alger à rejeter l'action de kheira et l'enfant ne fut pas affilié au défunt.

Même si cela n'apparaissait pas dans le débat l'enjeu était double ici, il s'agissait non seulement de légitimer l'enfant et de lui assurer une part dans la succession de celui dont la paternité était recherchée. Un auteur¹⁸⁷ n'exclut pas la corruption comme explication de ce revirement. Cet avis peut être corroboré par le fait que les cadîs avaient dans leur jugement continué de se fonder sur la doctrine malékite¹⁸⁸. Cependant, on ne peut exclure une possible influence des juges français sur leurs collègues musulmans.

Le désir de moderniser la législation familiale s'est avéré à l'heure actuelle catastrophique dans la mesure où les institutions les plus décriées du droit musulman sont encore en place d'autant plus que l'effort réformateur s'est acharné pour ruiner les institutions les plus humaines comme la coutume de l'enfant endormi. C'est là la preuve que tout dépeçage du droit musulman est contreproductif et source de complication.

¹⁸⁵ Jurisprudence rapportée dans l'ouvrage J. Colin, « *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère* », *op. cit.*, p. 135.

¹⁸⁶ Un auteur à propos de cet avis du conseil a remarqué que le conseil avec cette option était « plus royaliste que le roi et plus français que le juge français. Voir R. Maunier, « *Coutume algérienne* », Paris, Domat, Montchrestien. 1935, p. 58.

¹⁸⁷ J. Colin. « *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère* », *op. cit.*, p. 151, voir aussi E. Norès qui a un avis négatif plus franc sur le conseil. « *L'œuvre de la France en Algérie* », F. Alcan, Paris 1931, p. 478.

¹⁸⁸ C'est le cas d'un jugement du cadî de d'Aflou du 20 juin 1929, préc.

b- Un stratagème féminin pour atténuer la force du patriarcat

La filiation est le domaine où les valeurs patriarcales s'affirment les plus. Le nom, la reconnaissance de paternité, le désaveu sont des institutions marquées très fortement par la prédominance du mari. Dans un tel contexte, caractérisé par la toute-puissance de l'homme, la théorie de l'enfant endormi se présente comme un moyen de se délivrer du joug masculin. Pour un auteur¹⁸⁹, cette fiction d'origine féminine¹⁹⁰, est une forme de résistance de la part des femmes face aux abus du système patriarcal. La croyance en l'enfant endormi serait l'expression d'une vaillance féminine nourrie d'une profonde intolérance à l'oppression masculine¹⁹¹. Conscientes que l'avenir de l'humanité est subordonné à leur fécondité, mais déterminées à obtenir une reconnaissance de leur place, les femmes auraient su exprimer leur résistance en manipulant leurs privilèges naturels (la gestation). Elles entendent de la sorte opposer un contre-pouvoir juridique, dans le fief où s'enracine le pouvoir des hommes et dont elles sont exclues : la parenté.

Elles ont su imposer grâce à leur ruse cet instrument qui leur permet aussi de cacher une relation sexuelle adultérine dans un contexte social allergique à cette faute. La dissimulation de l'adultère est le cas de figure le plus fréquent que l'immigration des hommes a largement favorisé¹⁹². Devenir enceinte alors que le mari est absent, telle est la situation dans laquelle se sont retrouvées de femmes. Faire remonter cette grossesse à l'époque du dernier retour au pays du mari, expliquer sa manifestation relativement tardive par le réveil d'un enfant endormi, puis faire admettre le tout par le mari et la belle famille, tel est le parcours difficile qu'il leur a fallu accomplir pour traverser « une période à haut risque »¹⁹³.

De plus, il existe un autre cas de figure aux conséquences moins dramatiques, mais graves tout de même : la stérilité. Dans une société où le rôle des femmes est de procréer, l'épouse qui ne met pas d'enfants au monde est dans une situation fragile. Elle s'expose à une répudiation qui l'a stigmatisera éternellement. Là encore, l'enfant endormi est invoqué. Plaçant la femme qui n'enfante pas quelque part entre fertilité et stérilité, c'est une demi-mesure qui peut se prolonger pendant

¹⁸⁹ C. Lacoste-Dujardin, « *La vaillance des femmes, relation entre femmes et hommes Berbère de Kabylie* », La découverte, éd. La découverte, Paris 2008, p. 90.

¹⁹⁰ Cette fiction a été acceptée par le droit à la suite d'une affaire qui a eu lieu à l'époque du califat d'Omar ibn Khattab (634-644). Un homme est venu voir Omar à propos de sa femme qui aurait accouché quatre mois et demi après son mariage. Omar, pour avoir plus d'éclaircissement à propos de cette affaire consulta de vieilles femmes connues pour leur savoir dans le domaine de la gestation. Elles lui dirent « la femme était enceinte au moment où son premier mari est mort, l'enfant s'est endormi, lui laissant les menstrues normales ; lors du nouveau mariage, le sperme du nouveau mari l'a réveillé ». Omar agréa cette explication et affilia l'enfant au défunt mari. Voir B. Mimouni Moutassem ; « *Naissance et abandon en Algérie* », Karthala, Paris, 2001, p. 25.

¹⁹¹ C. Lacoste-Dujardin, « *La vaillance des femmes, relation entre femmes et hommes Berbères de Kabylie* », *op. cit.*, p. 90.

¹⁹² J. Colin, « Au Maghreb, un contre-pouvoir du côté des femmes : l'enfant endormi dans le ventre de sa mère », *art. préc.*, p. 120.

¹⁹³ *Ibidem*.

plusieurs années dans l'attente de l'enfant espéré. Le fait d'avoir ses règles est certes un handicap pour la femme qui voudrait faire croire à une grossesse, mais il n'est pas insurmontable, car on admet qu'une femme puisse être enceinte sans aménorrhée¹⁹⁴.

2- L'obsolescence de la théorie de l'enfant endormi

La durée maximale de grossesse retenue en droit musulman fut très tôt remise en cause au sein même de l'orthodoxie musulmane pour revenir vers ce qui est le principe en matière de grossesse, la durée de neuf mois. En effet l'école des zâhirite qui n'est pas vraiment connue en raison de la réduction de sa sphère d'influence et du nombre de ses adeptes, a contesté vigoureusement le délai proposé par les autres écoles¹⁹⁵.

Les enseignements de cette école nous sont parvenus essentiellement par les écrits d'Ibn Hazm,¹⁹⁶ un fervent opposant à toute théorie fondée sur l'opinion personnelle et au raisonnement par analogie qui ont été les instruments par excellence utilisés par les autres écoles. Ibn Hazm dans un de ses ouvrages de *fiqh* pose la position de son école par rapport aux autres. Et dans une formule sans ambiguïté, énonce que la grossesse ne peut durer plus de neuf mois et moins de six mois¹⁹⁷. Ce qui est original chez lui ce qu'il utilise les versets utilisés pour la durée minimale de la grossesse pour déduire que la grossesse ne dure pas au-delà de neuf mois. Il s'exclame « comment la grossesse et l'allaitement peuvent durer plus de trente mois ! ».

Il renvoie dos à dos les autres écoles en affaiblissant la crédibilité de leur raisonnement qui serait tantôt fondé sur un hadith dont la véracité est douteuse, tantôt sur l'opinion personnelle.

A partir du XIX siècle, une bonne partie du monde musulman est colonisé, ce qui a été l'occasion d'une double confrontation à la fois entre cultures, mais aussi entre sciences religieuses et savoir scientifique en avance en matière de physiologie. Les universités de la théologie n'échappaient point à la fascination que la science pouvait exercer sur les esprits.

La plus célèbre d'entre elles demandait à ce que l'on prenne en compte ce savoir renouvelé de la science pour une parfaite application de la religion.

¹⁹⁴ J. Colin, « Au Maghreb, un contrepouvoir du côté des femmes : l'enfant endormi dans le ventre de sa mère » *art. préc.*, p. 120.

¹⁹⁵ Cette école de droit a été fondée par Dawud .Ben. Halaf né vers 815 à Kufa et mort aux alentours de 884 à Bagdad. Cette école doit son nom à sa manière de traiter les questions juridiques. Elle utilisait une méthode qu'on appelait Zahir qui veut dire que pour chaque problème posé la réponse doit être rapportée en suivant la signification littérale du coran et de la tradition prophétique. Ecole qui a connu son éphémère moment de gloire entre 1184 et 1199.

¹⁹⁶ Ali .b Ahmad b, Sa 'id b. Hazm, né à Cordoue vers 994. il fut un poète, historien, juriste, et théologien mort vers 1064.

¹⁹⁷ Ibn Hazm, el-Muhalla, Le Caire, el Mouniriya, X. 316.

Des voix se sont faites entendre ici et là pour que l'on procède à un ajustement. On peut citer entre autres Abu Zahra¹⁹⁸, célèbre juriste, qui appartenait au courant hanafite et qui demanda une réforme de la théorie en matière de gestation.

Est-ce qu'aujourd'hui, malgré le renoncement de tous les États musulmans¹⁹⁹ à la tradition coutumière musulmane des longues durées, peut-on continuer à la défendre ?

Au-delà des arguments scientifiques qui plaident contre le maintien de ce système, des motifs sociaux poussent à considérer ces délais absolument nuisibles. Avec ces longs délais de grossesse beaucoup de droits risquent de se perdre de même que la filiation, elle-même, risque de devenir l'enjeu de « combinaisons » qui constituaient les tares de la société musulmane ainsi les femmes pouvaient continuer à percevoir son entretien aussi longtemps que l'on doutait de leurs grossesses, ce qui sur le plan successoral obligeait à ne pas apurer la masse successorale d'un défunt jusqu'à l'écoulement du délai de deux ans, trois ans, voir sept ans²⁰⁰.

D'autant que cette théorie avait un sens assez pertinent dans le contexte du droit musulman classique en répondant à un souci d'humanisme aussi bien à l'égard de la femme que de l'enfant en le sauvant d'un double drame celui de la sanction pénale sévère et celui du rejet social. À l'heure du progrès scientifique et de l'abandon de l'aspect pénal du droit musulman qui s'applique que dans une infime minorité de pays, cette théorie perd beaucoup de son utilité surtout que d'autres subterfuges²⁰¹ plus adaptés ont été inventés.

§2- L'incertitude sur le mariage et la faveur à la filiation

Toujours dans la logique de faveur à la filiation, le droit musulman joue sur le doute qui peut entourer l'existence du mariage pour établir la filiation. La notion de mariage ne se limite pas uniquement au cas du mariage dont la preuve peut être établie par écrit ou par témoignage. On part d'une définition souple de celle-ci pour englober dans le mariage des situations qui présentent l'apparence du mariage. Le but recherché n'est pas de produire un quelconque droit pour les époux, il s'agit à travers cette manipulation de faire rentrer un enfant dans le statut d'enfant légitime.

Cet assouplissement de la notion de mariage est un moyen d'élargir le voile de la légitimité qui doit entourer l'enfant afin de lui assurer une intégration familiale et sociale parfaite. Lorsqu'une situation a l'apparence du mariage, le droit musulman interdit au juge de se montrer curieux pour vérifier la réalité matrimoniale, du moins lorsque l'établissement de la filiation est en cause (I).

¹⁹⁸ Abû Zahra, *Mâlik*, Le Caire, Maktaba l-anglû l-misriyya, , p. 11 et 12.

¹⁹⁹ Retenons que l'Égypte a renoncé très tôt à cette tradition par une loi du 12 juillet 1920, car très tôt on s'est aperçu que l'enjeu patrimonial qui s'attachait à la question pouvait ouvrir la voie à des fraudes.

²⁰⁰ Voir discours du ministre marocain de la Justice rapporté par M. Borrmans, dans « *Le statut personnel et famille au Maghreb en 1940 à nos jours* », *op. cit.*, p. 234.

²⁰¹ Voir *infra*.

Dans le même ordre d'esprit lorsqu'on une personne se trompe sur son état matrimonial et entretient un rapport intime avec une autre qu'elle croit son conjoint ; l'enfant issu de ce rapport par erreur verra sa filiation établie (2).

A- L'apparence de mariage assimilée au mariage

Le droit musulman classique a mis un accent particulier sur le caractère consensuel du mariage. Il ne suppose pas la présence d'un officier public ou religieux, juge ou autre²⁰².

Mais, c'est dans la théorie du droit classique que le consensualisme connaît ses visages les plus divers et les plus extrêmes²⁰³. La tendance de la doctrine classique en la matière est de valider des unions qui ne répondent pas aux conditions posées par la loi pour la conclusion du mariage. De plus, ce consensualisme est renforcé par l'absence de toute forme d'écrit²⁰⁴, d'autant plus que les conditions de forme exigées ne sont qu'à des proportions variables²⁰⁵, ce qui fait que la preuve en matière de mariage se fait par tous moyens.

L'absence de preuve préconstituée concomitante au mariage fait que la ligne de démarcation entre mariage et concubinage n'est pas très nette sur le plan juridique. D'une certaine manière, le flou sur l'existence du mariage pondère l'absence de statut d'enfant naturel et facilite ainsi la création d'un point de confluence entre la parenté naturelle et la parenté légitime. Par conséquent, il suffit d'un mariage apparent pour que la filiation soit établie (1).

Aujourd'hui, malgré la volonté des États musulmans d'effacer ce flou en introduisant un formalisme dans les conditions du mariage, la pratique du mariage coutumier qui échappe à tout contrôle étatique n'a pas disparu (2).

1- Le mariage, apparent source de filiation

Dans les législations musulmanes contemporaines, le mariage valide ou légal est le seul qui puisse établir la filiation. Or dans un pays musulman, il y a une difficulté à propos de la preuve du mariage. En effet, si dans la religion musulmane le mariage est un contrat consensuel qui est avant tout un acte purement domestique, les États exigent l'établissement d'un acte de mariage pour des raisons de preuve. Ainsi un mariage valable sur le plan religieux ne l'est pas sur le plan civil. D'où

²⁰² Voir L. Milliot et F-P blanc, *Introduction au droit musulman*, op. cit., p. 298.

²⁰³ H. Ferkh, « *L'unicité de la notion de famille et sa pluralité en droit français* », thèse préc., p. 237.

²⁰⁴ G. H. Bousquet « *Précis du droit musulman* », T.1, 3^e éd. préc., p 116.

²⁰⁵ Par exemple, le mariage malékite se passe du témoignage si le mariage a été accompagné d'une manifestation qui le rend public. Les autres écoles voient dans le témoignage un élément de la formation du mariage.

la nécessité parfois de se rabattre sur l'apparence de mariage en matière de preuve. La théorie du mariage apparent admise par les premiers légistes de l'Islam, ne vise pas à maintenir le mariage, son véritable objectif est d'éviter une sanction d'ordre pénal et de produire des effets juridiques notamment en matière de filiation. C'est pourquoi cette notion de mariage apparent demeure toujours dans certains Codes de statut personnel.

Selon M Borrmans, il apparaît quant à la filiation que les juridictions algériennes font fréquemment intervenir le principe du *subha*²⁰⁶ : pour éviter que ne soit divulguée l'existence des rapports illicites qui entraîneraient l'impossibilité de toute filiation légitime, la jurisprudence tend à valider les unions douteuses pour en rendre légitimes les enfants²⁰⁷. L'article 40 du Code de la famille algérien est le fondement de l'assimilation du mariage apparent au mariage puisqu'il prévoit : « *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* ». Le mariage apparent implique toute situation laissant présumée l'existence d'un mariage. Dans la logique libérale du droit musulman classique, rien ne s'oppose à ce que l'apparence de mariage soit déduite de l'entretien d'un enfant²⁰⁸. De ce constat, on peut tirer la conséquence qu'il suffirait, pour établir la filiation, de prouver les trois éléments de la possession état (*nomen, tractatus, fama.*), à savoir la réunion de certains faits qui établissent apparemment une relation conjugale entre le père et la mère de l'enfant. Les juridictions algériennes mues par des sentiments humanitaires ont tendance à reconnaître facilement l'existence d'un mariage²⁰⁹.

Néanmoins, cette notion de mariage apparent gêne parfois les magistrats algériens qui préfèrent la réserver au mariage domestique. Cette assimilation, pourtant critiquable sur le plan juridique, a été reprise par la Cour suprême à propos de la demande, présentée par une femme, aux fins d'établir la filiation de son enfant par le mariage apparent. Dans cet arrêt du 21 mai 1991²¹⁰, la Cour suprême algérienne a affirmé : « *Attendu que la demanderesse a prétendu, qu'en application des dispositions de l'article 40 du Code de la famille, la filiation s'établit, par le mariage apparent, et, qu'il est de notoriété publique, qu'elle voyait régulièrement le défendeur au pourvoi, qu'il se rendait souvent à son domicile, au vu et au su de son entourage. La demanderesse au pourvoi soutient que les juges du fond auraient dû qualifier cette situation de mariage apparent. Mais attendu que ce faisant, elle n'a pas apporté la preuve de la réalisation de l'un des cas prévus par l'article 40 du Code de la famille, son pourvoi doit être rejeté* ». Cet attendu, qui est loin d'être exceptionnel, est éloquent quant à la place réservée au mariage apparent comme moyen d'établir la filiation. Il est tout simplement ignoré en tant que tel, malgré la clarté de la loi en la matière. L'esprit compassionnel du

²⁰⁶ Le terme signifie ici doute sur l'existence du mariage.

²⁰⁷ M. Borrmans : « Perspectives algériennes », *Studia Islamica* 1973, p. 147.

²⁰⁸ M. Boulouar, « Le droit algérien de la famille : Le statut de la femme et le statut de l'enfant », in J. Pousson-Petit (ss dir.), *Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français.*, L'Harmattan, 2009, p. 110.

²⁰⁹ H. Ahmed, « Les causes modernes d'instabilité du mariage » *RASJEP*, 1968 p. 1047

²¹⁰ Arrêt de la Cour suprême chambre du statut personnel 21 mai 1991, cité dans *la revue jurisprudentielle* 1994, p. 54.

droit musulman est ici altéré par une interprétation judiciaire qui nage à contre-courant de la politique d'intégration poursuivie par le droit musulman classique.

Les juges sont animés par la peur d'une éventuelle instrumentalisation de ce texte pour faire échec à certaines règles prohibitives. Certains²¹¹ voient ainsi dans cette conception large du mariage faisant produire effet à l'apparence, un remède à l'interdiction de l'adoption dans la mesure où il s'agit de faire rentrer un enfant dans une famille, taisant toute vérité biologique et matrimoniale.

Un arrêt de la Cour d'appel de Mostaganem a exigé la constitution d'une nouvelle dot pour que la réconciliation puisse être qualifiée de mariage afin que les enfants nés après celle-ci soient légitimes²¹².

Dans un autre cas, la jurisprudence algérienne a pu considérer que la reprise de la vie commune après divorce était une espèce de remariage, la motivation n'était rien d'autre que l'opportunité, car était en question la filiation des enfants nés après la reprise de la vie commune²¹³.

En Algérie cette politique jurisprudentielle a été, semble-t-il, initiée par l'ordonnance du 22 septembre 1971 relative à la preuve de certains mariages qui n'ont pas fait l'objet d'actes dressés ou transcrits sur le registre de l'état civil. Cette ordonnance a été précédée d'une *fatwa* qui laissait transparaître la volonté du législateur algérien d'assurer une filiation légitime à tout enfant né d'un rapport où il y a le moindre soupçon de *subha*²¹⁴.

L'ordonnance de 1976 relative à la protection des mères célibataires, abrogée par la loi de 1985, accordait une espèce de légitimation à l'enfant né hors mariage. Une espèce de mariage subséquent suffisait. L'ordonnance allait plus loin, car dans l'article 243 alinéa 4 la légitimation pouvait se faire par une simple désignation du père prétendu par la mère. Ce texte était résolument révolutionnaire assurément très en décalage par rapport au droit musulman qui fonde la législation familiale en Algérie.

Par elle, le législateur voulait apporter une solution au drame de l'infanticide et de l'abandon d'enfants. Cette politique n'a pas survécu à l'adoption d'un Code de la famille de 1984.

²¹¹ B. Houari, « *L'enfant né hors mariage en Algérie* », thèse Lyon, 2002, p. 169.

²¹² Cour d'appel de Mostaganem, 15 décembre 1966 arrêt publié dans la *RASEJ*, 1968, p. 1123. Il s'agissait de la filiation des enfants nés après la rupture du mariage de leur parent.

²¹³ Voir Cour suprême 27 novembre 1968, *RASJP*, Vol. 4, décembre 1969, p. 72. Cette politique jurisprudentielle a été une constante et beaucoup d'arrêts postérieurs en sont la preuve vivante :

Cour suprême algérienne, 24 février 1986 dossier n° 39473 inédit, cité par Belarbi, « *L'enfant né hors mariage et le droit algérien* », thèse préc., p 169.

Toujours de la même juridiction 25 décembre 1989, *RASJEP* 1991, vol. 4, p110. Voir 11 décembre 1989 *RASJEP* 1992, vol. 1, p. 48. Voir 23 septembre 1985, *RASJEP* 1989, vol. 1, p. 95.

²¹⁴ Voir M. Borrmans, « La famille algérienne et le droit positif maghrébin, » *RASJP* V XI n° 3, septembre 1974 p. 48.

Le droit tunisien emploie la notion de cohabitation qui au sens où elle est employée désigne la cohabitation légale fondée sur le mariage quitte à admettre l'existence d'un mariage par le moyen de la théorie du mariage consensuel²¹⁵.

En effet, le Code du statut personnel de la Tunisie considère que le mariage n'est formé que par le consentement de deux époux (art 3 de la *Magalla*). Si un enfant est né d'une telle union non formée, suivant la forme légale exigée par l'article 4 du même Code, il sera attribué auxdits contractants.

Dans un arrêt de la Cour de cassation tunisienne du 2 avril 1968, le demandeur en pourvoi fait la connaissance de la dame au mois d'octobre 1963 et lui parle de son désir de se marier avec elle. Après avoir consulté sa mère, cette dernière accepte l'offre. De ce fait, il commence à vivre maritalement, et ce, jusqu'au 27 août 1964, date à laquelle la dame donne naissance à un enfant qu'elle inscrit à l'état civil comme le fils du demandeur au pourvoi.

Le trois octobre 1964, un mariage en bonne et du forme est conclu. Quelques temps après les époux divorcent et le monsieur agit en désaveu de paternité en se fondant justement sur le défaut de lien matrimonial lors de la naissance de l'enfant.

La Cour de cassation avait un choix à faire entre, d'un côté, l'accueil du pourvoi se fondant sur l'illicéité du rapport entre lui et la mère, ce qui aurait comporté l'inconvénient de donner gain de cause à un homme voulant nier la responsabilité d'une paternité dont il ne conteste pas la véracité, et de l'autre côté un débouté pur et simple du moyen en se fondant justement sur l'existence du consentement qui est la condition du mariage.

Le moyen a été fermement rejeté par la Cour de cassation en faisant une distinction entre la formation du mariage et les conditions exigées pour en constater la validité²¹⁶.

Si on ne peut que se féliciter de l'opportunité de cette décision, on peut toutefois regretter sa défaillance sur le plan de la logique, car à supposer même que l'existence des fiançailles ne fasse pas de doute et qu'il ne s'agisse pas d'une promesse faite à la sauvette ou dans une alcôve, leur valeur juridique ne soulèvent aucune discussion : elles ne valent pas mariage, pas même mariage nul.

Dans le même sens, la jurisprudence tunisienne a eu recours à la théorie du mariage consensuel pour établir la filiation paternelle d'un enfant dans une hypothèse où l'absence de mariage entre les parents était notoire. La cour d'appel de Sousse²¹⁷ a adopté cette solution fort libérale. Une femme se marie le 2 septembre 1968 et donne naissance à un enfant le 7 avril suivant. Les époux divorcent par consentement mutuel le 13 novembre 1969 et la femme se remarie le 24 mars 1970. Le 25 novembre 1974, le premier mari obtient gain de cause dans une action en désaveu. Le deuxième mari reconnaît l'enfant. Sa demande est fondée sur son propre aveu. Le tribunal accueille la

²¹⁵ Lucie Prévost, « La filiation en droit tunisien » thèse préc. p. 263.

²¹⁶ Voir Gabriel Salem « *problèmes de la filiation en droit musulman et solutions de la jurisprudence tunisienne.* » In *Mitteinlugen des deutschen. Orient-instituts, Hamburg, 1973, p. 10.*

²¹⁷ Cour d'appel de Sousse, jugement n°18839, 17 mars 1975, *RJL* déc. 1975, p. 47.

demande et établit le lien de filiation avec le deuxième mari. Cette solution a reçu les hommages de la doctrine en ce qu'elle permettait à un enfant d'accéder à la filiation du mari de sa mère²¹⁸. Cependant, sa pertinence sur le plan juridique est contestable, car le juge tunisien a pris une liberté dans l'interprétation qui n'était pas du tout autorisée par la pratique traditionnelle. Dans l'espèce en question l'enfant était adultérin et la relation illicite des parents était patente.

2- Le mariage domestique, source de légitimité

Au sein de la doctrine musulmane, la nature du mariage est fort discutée en raison de l'opposition de deux tendances, l'une voyant dans le mariage un contrat purement privé avec un droit de regard limité de l'État (c'est là la conception traditionnelle du mariage) ; l'autre, dite, moderne qui conçoit le mariage comme un acte dont la validité est subordonnée à des conditions formelles comme le passage devant un officier de l'état civil ou devant un notaire. Cette vision moderne du mariage fait fi de l'extrême souplesse du droit classique en matière de preuve. Ces deux visions du mariage confrontées au droit de la filiation donnent des résultats fort inégaux.

La conception traditionnelle, si elle a l'inconvénient de l'incertitude en matière de preuve, présente l'indéniable mérite d'être souple et de faire entrer dans le cadre de la légitimité des enfants qui par la nature des rapports dont ils sont issus seraient illégitimes et partant sans filiation. La vision moderne du mariage, si elle a l'avantage d'inscrire avec précision la date du mariage dans le temps pour prévenir toute tentative de fraude, se montre néanmoins plus rigide sur la filiation des enfants dont les parents ne peuvent pas apporter la preuve du caractère matrimonial de leur lien. On est amené à conclure de façon tranchée que le mariage traditionnel doit l'emporter dans les litiges où il est question de filiation.

La conception classique du mariage est en effet très flexible en termes de conditions de validité. Pour que le mariage soit valable, il faut que certains éléments soient présents²¹⁹, il s'agit entre autres de la présence du tuteur matrimonial, du consentement des époux, et de la constitution d'une dot qui valident le mariage en dehors de toutes autres conditions²²⁰.

Le mariage coutumier est un mariage qui a été célébré selon la coutume du droit musulman en dehors de l'intervention d'une quelconque autorité étatique. Certaines études ont montré que ce type de mariage, loin d'être daté, est une pratique effective dans le milieu rural comme dans le milieu citadin²²¹. Ce mariage ressemble quelque peu au concubinage, néanmoins, il s'en différencie dans la mesure où il est accompagné par des solennités²²². Il a lieu au cours d'une séance

²¹⁸ Sassi Ben Halima « *La filiation paternelle légitime en droit tunisien* », thèse Tunis 1976, p. 135.

²¹⁹ Liant de Bellefonds, *Traité de droit comparé*, op. cit., T 3 1973, p. 56.

²²⁰ Voir Salah Bey : *Législation comparée : Algérie*, JurisClasseur, 1993.

²²¹ Chafika Dib Maarouf : « *La fonction de la dot dans la cité algérienne* », OPU, Alger, 1984, p. 73.

²²² Lucie Prévost « *La filiation dans le droit tunisien* », thèse préc., p. 202.

contractuelle laquelle on bénit par des paroles l'union pour qu'elle prospère à l'avenir²²³. Ce type de mariage est assimilé par le droit marocain et algérien aux fiançailles²²⁴. Le droit musulman n'attache aucune valeur aux fiançailles qui ne sont, après tout, que des promesses auxquelles on peut renoncer en raison de l'absence de contrat²²⁵.

La présence de ce type de mariage met à mal l'application du Code de la famille notamment dans le respect strict de l'âge matrimonial qui peut être inférieur à l'âge requis pour le mariage dans le Code de la famille. Le mariage sera inscrit qu'à partir du moment où cette violation de l'âge légal cessera²²⁶. Le résultat de ce système est, selon certains, une plus grande instabilité et la crise profonde de l'institution du mariage dans le droit musulman²²⁷.

Le législateur algérien a essayé, à travers plusieurs textes, de faire rentrer dans les habitudes la nécessité d'inscrire le mariage à l'état civil²²⁸.

La jurisprudence algérienne s'est montrée très ferme à l'égard de la non-inscription à l'état civil et elle l'a montré dans une décision du 23 juillet 1965 où elle a affirmé « *le djemaa qui n'était pas déclaré en mairie, ni transcrit dans le registre de l'état civil est par conséquent inexistant au regard de la loi et ne peut pas faire l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil*²²⁹ ». Cette jurisprudence était l'application de l'article 5 de la loi du 29 juin 1963 qui a annulé le décret du 17 septembre 1959, laquelle était très souple en matière d'établissement de la preuve du mariage puisqu'il prévoyait la validité du mariage traditionnel en dépit de sa non-inscription dans les registres de l'état civil.

La loi du 29 juin 1963 s'est montrée très rigoureuse en matière de transcription du mariage en prévoyant que « nul ne peut se prévaloir du titre d'époux ni des effets du mariage, s'il ne présente pas un acte de mariage dressé et transcrit dans les registres de l'état civil ».

Mais cette volonté d'éclaircir le système a été tenue en échec par une tradition toujours attachée aux mariages traditionnels. En effets, les textes ne reflétaient que la volonté du législateur qui voulait plus d'ordre et qui n'a pas tenu compte sur ce point de la coutume.

²²³ En effet, le mariage a lieu au jour fixé d'un commun accord par les deux familles. l'imam qui préside la séance prononce « Dieu a donné untel tel fille selon la loi de Dieu le très haut, pour le mariage et l'accroissement de la famille, selon l'ensemble des conditions » tous répondent « nous sommes d'accord que Dieu les bénissent et la rende heureuse, plaise au ciel qu'elle garnisse la maison et aient des enfants qui marchent dans la voie droit et qui porte le coran dans leur cœur » ensuite l'imam clôture la séance par la lecture de la première sourate *el Fatiha*. D'où le nom de ce type de mariage appelé mariage *el Fatiha*.

²²⁴ Article 6 du Code algérien de la famille et article 5 al 2 du Code marocain.

²²⁵ Voir cou suprême algérienne, 2 décembre 1985 dossier n° 38341, bulletin des magistrats 1987 n° 44, p. 90.

Idem 25 décembre 1989 dossier n° 56097, bulletin de magistrat 1991, p. 102.

²²⁶ H. Vandeveldt : « Y a-t-il des concubinages au Maghreb ? in *Des concubinages dans le monde* J. Rubellini Devichi (ss dir.) Ed. CNRS, Paris 1990, p. 35 et s.

²²⁷ Voir Larbi Belhadji, « *Essaie sur la formation du lien matrimonial en droit maghrébin* » thèse Rennes 1984, p. 792.

²²⁸ Voir M. Borrmans « La famille et le droit positif maghrébin » *RASJEP* 1992, V. XI N° 3 1974, p. 39. Voir aussi, C. Bontems : « L'influence française dans le projet de Code de la famille algérienne ». *RASJEP* 1992, p. 639.

²²⁹ Il s'agit d'une décision des juges du fond TGI 23 juillet 1965, *RASJEP*, vol.4, Décembre 1968.

Vu cette expérience, la loi du 24 mai 1984 portant Code de la famille tient une position qui relève du compromis : le mariage traditionnel en lui-même est valide, seulement il doit être inscrit dans les registres de l'état civil à des fins de preuve²³⁰.

Si le mariage coutumier est un mariage non légal, qui de ce point de vue e, en principe, n'a aucune valeur juridique, il n'est pas moins considéré comme valable lorsqu'il s'agit des litiges qui concernent la filiation comme le montre une récente décision de la Cour d'appel de Meknès du 20 octobre 2005²³¹ où la Cour a établi la filiation paternelle de deux enfants aux motifs que douze témoins ont attesté « *qu'ils connaissent les parents, que les deux parties vivaient conjugalement depuis sept ans ; qu'ils ont donné naissance à deux enfants ; que des circonstances impérieuses ont empêché de dresser l'acte de mariage ; qu'ils ont organisé des fiançailles auxquels ont été conviées les familles des deux parties...* ».

Toujours pour établir la filiation, la Cour de cassation tunisienne dans un arrêt du 27 février 2003²³² a décidé que la filiation d'un enfant né d'un mariage coutumier peut être établie à l'égard de son père en application de l'article 68 du Code de statut personnel.

Dans cette espèce, l'existence du mariage était fort probable dans la mesure où la cour s'est appuyée sur un témoignage pour confirmer la conclusion du mariage coutumier et en conséquence établir la filiation. La jurisprudence algérienne, quant à elle, considère le témoignage comme un moyen de preuve suffisant pour prouver le mariage coutumier²³³.

Cette relative tolérance à l'égard des situations matrimoniales douteuses indique la volonté législative et jurisprudentielle d'assurer une filiation légitime à tout enfant né des rapports où il y a le moindre soupçon de subhah²³⁴. L'impossibilité de fournir une preuve formelle du mariage est une aubaine pour l'établissement de la filiation naturelle. Ainsi pour établir la filiation de celui qui est issu d'une relation passagère ou du concubinage, les parents naturels peuvent se prévaloir d'un hypothétique mariage coutumier. La ruse est d'autant plus facile que dans certains pays musulmans, il existe à la charge du père une obligation morale de se marier avec la mère de l'enfant. Dans cette hypothèse, la filiation de l'enfant s'établira par la voie de la reconnaissance ou celle du mariage puisque l'autorité qui reçoit la déclaration de l'enfant ne s'attardera pas à chercher si la conception de l'enfant se situe bien dans la période légale²³⁵.

²³⁰ Voir Salah bey JurisClasseur droit comparé, Algérie 1993, p. 7.

²³¹ Cour d'appel de Meknès, n° dossier 4832, le 20/10/2005 cité dans la thèse de R. Siham « *la filiation dans le droit algérien, marocain, tunisien et en droit français* » thèse Perpignan 2008, p. 100.

²³² *ibidem*

²³³ Cour suprême algérienne, 5/11/1990, *Revue juridique* 1990, p. 82.

Cour suprême algérienne, 27/ 03/ 1989. *Idem*, p. 83.

²³⁴ Le terme signifie apparence en arabe. M. Borrmans « *perspective algérienne en matière de droit familial* », *Studia Islamica* 1973 n° 37, p. 149.

²³⁵ C'est le cas du système djiboutien confronté au mariage après grossesse. La pratique administrative est justement de ne pas vérifier si l'enfant est né six mois après le mariage de ses parents. L'existence d'un mariage laisse présumer la conception de l'enfant dans la période légale.

B- Le lien de filiation découlant d'une erreur sur le lien matrimonial

Le droit musulman classique s'est toujours inscrit dans une perspective d'élargissement de la catégorie enfant légitime. Outre l'enfant né dans le mariage valide ou nul et celui qui a fait l'objet d'une reconnaissance de paternité, le principe de la légitimité couvre l'enfant qui est né à la suite d'une erreur portant sur le lien matrimonial.

Fruit de l'ingéniosité des premiers légistes musulmans, la notion d'erreur sur le lien matrimonial poursuit une finalité humanitaire évidente (1). La notion a été reprise par certains législateurs modernes sous d'autres formes, toujours dans le même dessein (2).

1- Les finalités humanitaires de la notion d'erreur dans le droit musulman classique

Dans cette hypothèse, il n'y a en réalité aucun lien matrimonial entre les deux parents qui ont conçu l'enfant. L'enfant est né d'un rapport illicite, qui résulte selon les légistes, d'une erreur (*subha*). Ainsi en est-il classiquement lorsqu'un homme a entretenu un rapport sexuel avec une femme qu'il croit être la sienne. Le *subha*, doute ou ambigüité, est l'apparence de légalité que confèrent certaines circonstances à des rapports sexuels hors mariage.

L'application du *subha*, admise par l'ensemble des quatre écoles, n'a pas pour effet de maintenir la situation en cause, mais constitue une échappatoire pour éviter l'application des peines pénales les plus sévères. Et cela toutes les fois où, en raison des circonstances, il peut y avoir une ressemblance entre cette situation et l'union légitime.

Les innombrables hypothèses envisagées à l'origine par les docteurs anciens sont toutes axées sur l'erreur de droit et l'erreur de fait²³⁶. Pour illustrer le cas de l'erreur de droit, l'exemple puisé dans les grands ouvrages de *fiqh* est celui d'un homme qui a eu des rapports intimes avec la femme (qui peut être éventuellement l'esclave) de son fils, convaincu qu'il a des droits de propriété sur elle. Pour l'erreur de fait, l'hypothèse la plus citée est celle d'un homme qui a eu des rapports intimes avec une femme qu'il croit être la sienne. Les solutions proposées sont abondantes et divergentes chez les écoles. Cette erreur pouvait être invoquée dans un procès pénal, lorsque l'homme qui a commis l'erreur est accusé de fornication et risque la lapidation. Si cette prétention était bien accueillie par le juge, l'*errans* versait une dot à la femme qui devait observer une période de continence

²³⁶ Cette question est très bien développée dans l'ouvrage, Y. de Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, *op. cit.*, T.3, p. 29.

Concernant les effets de l'erreur de droit, trois des quatre écoles (chaféites, malékites, hanbalites) rattachent l'enfant directement à l'homme qui a commis l'erreur si celui-ci est de bonne foi. Le courant hanafite, quant à lui, ne permet pas ce rattachement automatique, néanmoins le géniteur peut reconnaître l'enfant comme si la femme avait été la sienne.

Dans l'hypothèse de l'erreur de fait, l'ensemble de la doctrine classique s'accorde pour dire que l'enfant issu d'une telle relation aura sa filiation établie à l'égard de l'auteur de l'erreur, si sa naissance se situe 6 mois après l'erreur²³⁷.

Le traitement juridique de celui qui est né d'une erreur ne peut qu'étonner dans un système juridique qui donne toujours l'avantage au mariage. Ce même système qui interdit à un homme de réclamer l'enfant né d'une femme liée maritalement à un autre homme. Le cas de l'enfant fruit de l'erreur est dérogatoire, son exemple est celui selon l'expression arabe, « de l'oiseau qui chante en dehors de son groupe »²³⁸. Ici, le mariage n'avantage pas le mari de la femme, l'enfant est affilié à l'homme qui a commis l'erreur.

2- L'instrumentalisation du concept d'erreur par le législateur moderne

Les législations contemporaines reprennent cette notion de rapports sexuels par erreur qui, dans le contexte actuel est un cas d'école en raison de l'improbabilité de l'erreur aussi bien de fait que de droit. Cette notion d'erreur a connu un renouveau en matière d'établissement de la parenté à travers le nouvel article 156²³⁹ issu de la réforme de 2004 du Code marocain de la famille. Ce texte a élargi la catégorie d'enfant légitime, en y incluant l'enfant né avant le mariage c'est-à-dire pendant la période des fiançailles. Le nouveau Code de la famille marocain a introduit cette innovation fondamentale en permettant de donner une filiation paternelle à l'enfant né de la grossesse pendant les fiançailles, le fiancé est présumé être le père de l'enfant sous certaines conditions (art. 156) ; la constatation de ces conditions s'effectue par décision judiciaire non susceptible de recours. Il s'agit en fait de la reconnaissance législative d'un concept préexistant, le rapport sexuel "par erreur": il y a eu conception à la suite de rapports "par erreur" en ce sens que l'acte de mariage n'avait pas

²³⁷ La doctrine hanafite moderne conteste cette solution de rattachement automatique et avance la nécessité d'une reconnaissance de la part de l'homme qui a commis l'erreur. Voir ibn Abîdîn. Radd al-Muhtâr, T. 2. p. 625 en arabe.

²³⁸ Voir H. Ferkh, « *L'unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français* » thèse préc., p. 251.

²³⁹ Cet article dispose : « si les fiançailles ont eu lieu et qu'il y ait eu consentement mutuel, mais que des circonstances impérieuses ont empêché de dresser l'acte de mariage et que des signes de grossesse apparaissent chez la fiancée, cette grossesse est imputée au fiancé pour rapports sexuels par erreur, si les conditions suivantes sont réunies :

- les fiançailles ont été connues des deux familles et approuvées, le cas échéant, par le tuteur matrimonial de la fiancée ;

-il s'avère que la fiancée est tombée enceinte pendant les fiançailles ;

- les deux fiancés ont reconnu que la grossesse est de leur fait. Ces conditions sont établies par décision judiciaire non susceptible de recours ».

encore été dressé et que le mariage n'était pas contracté, mais par suite de circonstances indépendantes de la volonté du couple. Une seconde innovation est introduite: si le fiancé nie la grossesse, on peut recourir à tous moyens de preuve légaux pour établir la filiation paternelle, dont l'expertise judiciaire.

Aucune définition n'est donnée de ce que peuvent être des rapports sexuels par erreur. Cette disposition est bien lacunaire, mais une telle carence n'est pas à regretter puisque, c'est un moyen comme les autres aux mains des juges pour contourner l'interdiction de filiation qui frappe l'enfant naturel.

Un auteur²⁴⁰ y voit le signe d'un excès de pudeur du législateur ; pour lui il ne s'agirait pas de l'erreur sur le partenaire pas plus qu'il ne s'agirait de l'erreur tout court, mais plutôt de l'erreur d'avoir contracté un rapport sexuel qu'on ne devait pas avoir, en somme des relations hors mariage. Dans l'hypothèse de l'article 156 du Code marocain, l'existence d'un mariage légal n'est pas exigée pour établir la parenté. Cette circonstance est utile pour les enfants nés des fiancés qui, conformément aux dispositions de l'article 156, sont des enfants légitimes parce que le législateur marocain considère qu'ils sont issus de rapports par erreur sous réserve de certaines conditions²⁴¹.

Comme toute législation d'inspiration musulmane, la législation marocaine peine à trouver un équilibre entre deux impératifs, maintenir un certain ordre moral qui implique le refus de la *zina* et l'exigence de l'intérêt de l'enfant qui commande à ce que l'enfant ait une filiation paternelle établie. L'usage du concept d'erreur aux fins d'établir un lien de filiation légitime est un procédé extrêmement intelligent dans la mesure où la morale est sauvée en raison de la nature légitime de la filiation ; de plus l'intérêt de l'enfant est respecté, car ce dernier a une filiation socialement saine. L'interprétation positive de cet article dépend entièrement du juge.

Néanmoins, notre enthousiasme doit être doublement tempéré. En premier lieu, l'esprit novateur du Code marocain tel qu'insufflé par la réforme de 4 février 2004 risque fort d'être contrarié par le conservatisme patriarcaliste de certains juges qui pourraient s'opposer à la volonté de changement imprimée au nouveau Code de la famille²⁴². Déjà que sous l'empire de l'ancienne législation, des voix progressistes dénonçaient la créativité fort timide du juge marocain dans le domaine de la filiation²⁴³.

²⁴⁰ O. Mounir « *Le nouveau droit de la famille au Maroc : essai analytique, le sort des mariages mixtes, des Marocains à l'étranger.* » édit. Cheminement, p. 111.

²⁴¹ Les conditions sont au nombre de trois : d'abord les fiançailles doivent avoir été acceptées par les deux familles, ensuite, il faut qu'il soit établi que la fiancée est tombée enceinte pendant la période de fiançailles, enfin, il faut que les fiancés reconnaissent la grossesse comme leur fait.

²⁴² Voir M. Mouaquit, « *L'idéal égalitaire féminin à l'œuvre au Maroc : féminisme Islamisme sécularisme* », L'Harmattan 2008, p. 165.

²⁴³ Voir M. Rachid « *La magistrature marocaine et l'évolution de la Mudawwana* », in *femme et sciences sociales au Maroc. Tradition, mutation, aspiration. Revue maghrébine du livre*, n° 9 mai 1997, p. 45.

En second lieu, l'efficacité d'une telle disposition est limitée²⁴⁴ par le préambule du Code marocain qui donne à cette disposition un caractère transitoire puisqu'elle ne vaut que pour « *cinq ans (...)* pour régler les questions restées en suspens dans ce domaine, et ce pour épargner les souffrances et les privations aux enfants dans une telle situation ».

Ce caractère transitoire semble interdire toute action en recherche de paternité intentée à la majorité de l'enfant par l'enfant lui-même ou sa mère.

Mais la jurisprudence peut en décider autrement lorsqu'elle aura à se prononcer sur cette question²⁴⁵. Il serait quand même assez surprenant que la jurisprudence étende la portée de cet article en intégrant des enfants nés des rapports passagers qu'on ne saurait qualifier de fiançailles stables. Une orientation des décisions des juges dans ce sens serait une révolution parce qu'une telle généralisation équivaudrait à une espèce d'action en recherche de paternité déguisée.

Le cas du Maroc nous montre bien que le législateur n'est pas insensible à la question de l'intégration de l'enfant naturel dans la société à travers des moyens assez particuliers qui ménagent la tradition musulmane de la primauté du mariage en matière de filiation.

La recherche de cet équilibre difficile à trouver est aussi perceptible dans le régime de la reconnaissance de paternité, qui s'il ne fait pas du mariage le fondement de la filiation ne tolère pas son absence avérée.

Section 2- La volonté source de légitimité

Malgré l'énumération des modes d'établissement de la filiation, le droit musulman ne crée pas plusieurs catégories de filiation avec des effets différents. Le mariage, l'aveu, le témoignage sont les modes d'établissement de la filiation qu'on trouve dans la plupart des Codes d'inspiration musulmane. Ils établissent tous une filiation de même nature, présumée légitime, sous peine de ne pas exister²⁴⁶. Lorsque la filiation est fondée sur la cohabitation, l'établissement de la filiation se fait de façon indivisible et bilinéaire. Tandis que son établissement par la volonté est source d'une filiation unilinéaire à l'égard de l'un ou l'autre des parents.

A l'origine, le droit musulman classique prévoit deux formes de reconnaissance de paternité : la première, volontaire (*iqrar*), tacite ou explicite, et la deuxième judiciaire (*bayyina*) sous forme de constatation²⁴⁷. La reconnaissance de paternité volontaire est moins exigeante en terme de conditions que la reconnaissance judiciaire puisqu'aucune authenticité n'est requise pour sa validité.

²⁴⁴ B. Khalid, « Le Code marocain de la famille d'un point de vue e du droit international privé », *Revue al Morâfa 'a* n° 16 p. 61 et s.

²⁴⁵ R. Siham, « *La filiation dans le droit algérien, marocain et tunisien...* », thèse préc., p. 177.

²⁴⁶ Voir L. Prévost « *La filiation en droit tunisien* », thèse préc., p. 289.

²⁴⁷ La *bayyina* est une espèce de reconnaissance de paternité qui se fait par témoignage. Voir L. Milliot et F.P Blanc, « *Introduction à l'étude du droit musulman* », Dalloz, 2^{ème} édition p. 410 et s.

C'est un acte extrajudiciaire, personnel, unilatéral, mais il est toujours déclaratif, irrévocable et absolu. Par voie de conséquence, il confère à l'enfant reconnu, un titre de légitimité qui remonte à la naissance quant à ses effets²⁴⁸.

Néanmoins, l'interrogation fondamentale est de savoir si la preuve de la filiation pouvait se faire en dehors du mariage. En réalité, poser la question de la subordination de la reconnaissance au mariage est crucial. En effet, l'intérêt de la reconnaissance est tributaire du lien qu'elle entretient avec le mariage. L'absence d'autonomie de la reconnaissance par rapport au mariage lui enlèverait toute forme d'utilité ; il s'agirait à ce moment-là d'un mode d'établissement qui consoliderait le mariage notamment lorsqu'il est nul.

Cette question est d'autant plus essentielle que la rupture du lien entre mariage et reconnaissance conférerait à cette dernière une souplesse énorme qui l'amènerait à s'apparenter à certaines institutions étrangères au droit musulman, comme la reconnaissance de paternité du droit français, l'adoption ou la possession d'état. Même le droit musulman classique n'avait pas fait de la preuve du mariage une condition expresse de la reconnaissance de paternité, son lien avec le mariage est ambigu (§1). D'ailleurs, les conditions de la reconnaissance de paternité sont tellement souples qu'elles peuvent cacher une adoption (§2).

§1- Le lien ambigu de la reconnaissance de paternité avec le mariage

Pour ceux qui soutiennent une application stricte des principes du droit musulman, la filiation ne s'admettant que dans le cadre d'un mariage légal, il est inconcevable qu'il en soit autrement pour la reconnaissance de paternité²⁴⁹. Dans cette optique, la reconnaissance de paternité doit, pour sa validité, s'accompagner de la preuve du mariage autrement elle serait inopérante. Cette interprétation réductrice de l'institution obligera l'auteur de la reconnaissance à ramener la preuve d'un mariage au moins nul. La crainte quasi obsessionnelle des juristes musulmans d'avoir en toute connaissance de cause à légitimer une relation extraconjugale les a conduites à recourir à certains artifices. Il fallait trouver un compromis entre la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant et l'interdiction de la relation hors mariage. L'intérêt de l'enfant étant incompatible avec le rejet de la filiation naturelle, il fallait trouver un moyen de le garantir sans remettre en cause les principes du droit musulman. La recherche de cet équilibre a entraîné un doute sur le lien entre le mariage et cette institution : l'interprétation la plus rigoureuse, subordonnant la reconnaissance de paternité au mariage (A), coexiste avec celle qui réserve une certaine autonomie à la reconnaissance de paternité (B).

²⁴⁸ H. Ferkh, « L'unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français », thèse préc. p. 245.

²⁴⁹ C. Merkarbech, « *L'enfant conçu et né hors mariage* », RASJEP 1987, p. 299.

A- La subordination de la reconnaissance au mariage

L'édification de la filiation sur le mariage dans le système de filiation a eu pour corollaire la création d'un lien étroit entre la reconnaissance et le mariage. La reconnaissance présume l'existence d'un mariage légalement conclu c'est pourquoi toute affirmation de l'absence de celui-ci empêche l'établissement de la filiation. La jurisprudence dans les pays musulmans veille à ce que ce lien ne soit pas rompu. L'occasion est ratée pour assouplir le système afin de le rendre plus humain vis-à-vis de ceux qui naissent en dehors du mariage. La condition de licéité de la relation parentale semble être exigée pour l'efficacité de la reconnaissance de paternité (1). La jurisprudence de son côté approuve le lien entre le mariage et la reconnaissance de paternité (2).

1- La condition de la licéité de la relation parentale

Le régime traditionnel de la reconnaissance de paternité du droit musulman est fondé sur des règles originales qui ne sauraient être confondues avec celles de la reconnaissance de paternité du droit français²⁵⁰. Comparé à la reconnaissance de paternité du droit français, l'aveu du droit musulman présente plus de différences que de ressemblances. En effet, la différence concerne la relation entretenue avec le mariage. L'aveu du droit musulman, même s'il n'investit pas le mariage comme condition *sine qua non*, établit néanmoins une filiation de même nature, à savoir une filiation légitime. On peut déduire de ce postulat que le mariage, répudié au niveau des conditions, n'est toutefois pas absent, parce que l'institution de la reconnaissance est présumée fondée sur le mariage. Et pour cause toute révélation du caractère illicite du rapport du père avec la mère constituera un obstacle dirimant à l'établissement de la parenté.

A titre d'exemple, lorsque l'origine illicite de la relation des parents est connue à la suite d'un procès pénal, l'enfant ou son représentant ne peuvent se prévaloir de l'aveu du père obtenu à cette occasion pour établir la filiation. C'est pour cette raison que la Cour de cassation tunisienne a déclaré que « *l'aveu qui laisse apparaître l'origine illicite de la filiation est nul et non avenue parce que contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »²⁵¹.

²⁵⁰ L. Prévost, « La filiation en droit tunisien », thèse préc., p. 300.

²⁵¹ Cour de cassation tunisienne 31 décembre 1963 rapporté dans l'article de S. Ben Halima « *Filiation naturelle en droit tunisien* » in mélange en l'honneur du doyen Mohamed Charfi CPU 2001. Il s'agissait d'une jeune femme âgée de moins de vingt ans qui a donné naissance à un enfant déclaré à l'état civil sans mention du nom du père. Celui-ci est poursuivi devant le tribunal correctionnel pour détournement de mineur. Au cours de l'instance, il reconnaît sa paternité. La mère intente alors une action en réclamation de paternité. Elle invoque l'aveu du père. Les juges du fond ont établi la filiation sur le fondement de l'aveu du père. La cour de cassation casse l'arrêt en fondant sa décision sur l'illicéité de l'objet de l'aveu.

On peut faire à cet arrêt une première critique qui porte sur le résultat paradoxal auquel il aboutit : un père peut échapper aux conséquences de sa paternité en avouant à la fois cette paternité et l'illicéité de la conception de l'enfant. Ensuite, la reconnaissance est un acte unilatéral, il n'y a donc pas lieu de s'interroger pour savoir si la relation des parents au moment de la conception a été ou non illicite.

De plus, le mariage entretient des relations plus fortes avec la forme de la reconnaissance avec témoin. Pour la *bayyina* (reconnaissance avec témoin), on ne peut nier que le profil du mariage ou d'une certaine union apparaît surtout dans les procès contentieux lorsqu'une des parties soulève l'illicéité du rapport entre les parents de l'enfant. Les circonstances dans lesquelles le témoignage interviendra détermineront pour beaucoup l'autonomie ou la dépendance du témoignage par rapport au mariage. Hors de tout conflit de filiation, le témoignage devient un mode autonome d'établissement de la filiation puisqu'il importera peu au juge de connaître si l'enfant est issu d'un mariage ou non. Dans le cadre d'un contentieux la nature du témoignage changera, d'un mode autonome d'établissement de la filiation il deviendra un mode de preuve de la filiation. Son véritable objet à ce moment-là sera d'établir la réalité de l'aveu du père ou celle de la présomption de paternité.

Concernant la reconnaissance de maternité, paradoxalement son efficacité n'est point subordonnée à la preuve du mariage. L'origine illicite de la conception de l'enfant révélée ou non n'obstrue guère l'établissement de filiation maternelle par la reconnaissance. La règle prohibant la *zina* ne s'applique pas à la filiation maternelle. L'intérêt que l'enfant peut avoir dans l'établissement de sa filiation maternelle est immense surtout lorsque sa filiation paternelle est impossible. Il est intégré à la famille agnatique de sa mère de façon complète²⁵².

Qu'il s'agisse de la filiation maternelle en mariage ou hors mariage, l'objet du témoignage reste le même. Le demandeur à l'action en réclamation de maternité doit prouver l'accouchement de la mère et l'identité de l'enfant. Ce sont là des éléments de faits aisément rapportables pour la preuve desquels la législation musulmane, dans un esprit de faveur à la filiation, n'est guère exigeante. Les déclarations des témoins sont d'une grande efficacité et se suffisent à elles-mêmes pour établir la filiation²⁵³.

En vertu de cette règle traditionnelle, la maternité s'imposait à la mère une fois prouvée. Aujourd'hui, on peut douter de la pertinence de cette règle dans certains pays comme l'Algérie ayant une législation qui admet l'accouchement sous X. Une jeune femme dont la maternité ne fait point de doute est admise à abandonner son enfant si telle est sa volonté. Ainsi la filiation maternelle si elle est facile dans son établissement ne s'impose guère à la mère. L'inquiétude demeure entière concernant le devenir de cet enfant forcément naturel et qui n'aura aucune filiation établie vu que sa filiation paternelle est aussi prohibée.

²⁵² R.. Brunschvig, « *Etude d'Islamologie* », Moissonneuve et Rose, Paris 1976, p. 55.

²⁵³ J. Lapanne-Joinville, « *La filiation maternelle naturelle en droit musulman malékite* », *Revue marocaine de droit*. 1952. p. 262.

2- Un lien approuvé par la jurisprudence

On prendra l'exemple de la jurisprudence tunisienne qui, la plupart de temps, lie la reconnaissance de paternité au mariage.

La jurisprudence tunisienne a fluctué dans le temps concernant l'objet du témoignage. Est-ce que ce dernier a pour objet de prouver directement le lien de filiation en apportant la preuve ni plus ni moins que tel enfant est le fils de tel homme ? Ou, au contraire, est-ce, un moyen destiné à la mise en œuvre de la présomption de paternité ?

Un arrêt rendu le 21 août 1963 est particulièrement édifiant sur cette interrogation. Une femme célibataire donne naissance à deux enfants. Leur filiation n'étant pas établie, elle intente alors une action en réclamation de paternité contre son concubin. Ce dernier décède en cours d'instance. Mais l'action est reprise contre ses héritiers. La demande de la femme se fonde sur le témoignage qui lui permettait de prouver qu'elle a bel et bien vécu avec le père. La décision des juges du fond établit la filiation sur le fondement des indices (dépenses au profit du ménage, repas pris ensemble, les visites continues, etc...) prouvant le lien du *de cuius* avec la mère.

Le pourvoi intenté par les héritiers du *de cuius* se fondait sur la violation de l'article 68²⁵⁴ du Code tunisien de statut personnel. Le moyen présenté devant la Cour de cassation tunisienne s'appuyait sur l'argument selon lequel le témoignage doit directement établir la filiation, alors qu'en l'espèce aucun témoin n'affirme l'existence du lien qui unit les deux enfants au *de cuius*. Le moyen fut admis par la Cour qui cassa la décision des juges du fond. Pour la haute Cour tunisienne, « *les déclarations des témoins ne relatent qu'un ensemble de faits qui en eux même ne concernent aucunement l'établissement de la filiation*²⁵⁵ ».

Cette jurisprudence qui exprime le conservatisme judiciaire s'est maintenue jusqu'à un passé encore récent²⁵⁶. Elle est évidemment déformante en ce qu'elle viole l'esprit fécond insufflé au droit musulman par les premiers jurisconsultes. C'est pourquoi d'ailleurs elle a été critiquée à juste titre par la doctrine tunisienne qui l'a qualifiée d'inutile, d'erronée, d'inopportune²⁵⁷. Inutile, car la Cour de cassation élargit le débat en donnant une interprétation de l'ensemble de l'article 68 du Code tunisien qui prévoit un mode pluriel d'établissement de la filiation²⁵⁸. Erronée, car elle lie

²⁵⁴ Art. 68 du Code de statut personnel tunisien dispose que : « la filiation est établie par la cohabitation, l'aveu du père ou par le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables ».

²⁵⁵ Cour de cassation tunisienne, 21 Aout 1968, *RJL* 1969, p. 75, publiée dans la *RTD* 1969-1970, p. 194.

²⁵⁶ En Tunisie certaines juridictions du fond ont admis l'établissement de la filiation sur la base du témoignage, mais la Cour de cassation a toujours montés une hostilité franche à l'égard de ce mode d'établissement de la filiation en considérant ni plus ni moins qu'il ne pouvait servir qu'à prouver l'existence d'une relation licite, c'est-à-dire, un mariage valable. Voir notamment à propos de cette jurisprudence tunisienne, civ, 6 janvier 1981, n° 4339, *RJL*. 1981 n° 1, p. 61. Civ, 2 juin 1992 n° 26431, bull. 1992, p. 183, civ 18 nov. 1996 n° 43-354, bull. 1996, II, p, 225. Civ, 26 nov. 1996 n°51-346, bull. 1996, II, p. 228, Civ 7 mai 1996, n°49-089, bull. 1996 II, p. 231.

²⁵⁷ S. Ben. Halima « *La filiation paternelle légitime en droit tunisien* », thèse de doctorat, Tunis 1976, p. 170.

²⁵⁸ Cet article déclare que la filiation est établie « par la cohabitation, l'aveu du père ou le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables ».

l'établissement de la filiation au mariage des parents. Inopportunité, enfin, car elle est en contradiction avec certaines décisions qui ont eu l'audace de donner effet à un aveu de filiation dans des hypothèses de filiation hors mariage.

Ces solutions jurisprudentielles sont regrettables parce qu'elle semble retirer au témoignage son autonomie par rapport au mariage. Cette autonomie était voulue par les *fuqhaha*. Ces derniers ont distingué deux fonctions concernant le témoignage qui vient corroborer une action en réclamation de filiation de la part d'un enfant²⁵⁹. Parfois le témoignage fait naître la filiation, d'autres fois elle en confirme l'existence²⁶⁰. La première fonction concerne une hypothèse où la reconnaissance de paternité ne peut jouer à défaut d'une volonté du père qui est décédé. L'enfant fait alors appel à deux témoins connus pour leur honorabilité dont l'affirmation va créer un droit jusque là inexistant. Néanmoins aujourd'hui cette fonction semble être caduque en raison de l'existence de l'état civil.

La seconde fonction attribuée au témoignage concerne l'hypothèse où l'enfant dépourvu de titre réclame un état que nul ne conteste et dont le père prétendu a même créé l'apparence. Le témoignage doit alors établir « les circonstances de fait dont dépend la mise en œuvre de la présomption de paternité ». Cette dernière dimension du témoignage qui semble influencer la jurisprudence est fort contestable dans la mesure où il subordonne son efficacité à l'existence d'un mariage.

Néanmoins, récemment le vent semble tourner dans le sens inverse, dans la mesure où la jurisprudence semble adopter une position favorable à la déconnexion du lien entre la reconnaissance et le mariage pour ouvrir la voie à un système libéral de filiation. L'examen de la jurisprudence tunisienne révèle que le témoignage est une preuve suffisante pour établir la filiation. A cet égard la Cour de cassation dans une décision du 18 octobre 2002²⁶¹ s'est exprimée ainsi « attendu que l'article 68 du Code de statut personnel stipule que la filiation est établie par la cohabitation, l'aveu du père ou le témoignage de deux ou plusieurs personnes honorables. *Qu'il ressort de cet article que chacun de trois moyens constitue, à lui seul, une preuve suffisante pour établir la filiation, puisqu'ils sont reliés par la conjonction de coordination « ou » qui exprime une alternative* ».

Dans le contexte tunisien, il est permis de douter d'un éventuel affermissement de cette solution dans le sens où des décisions similaires ont été rendues dans le passé lesquelles ont été très vite anéanties par des décisions contraires²⁶².

²⁵⁹ Le témoignage n'est pas seulement un moyen au service du père qui veut reconnaître son enfant. C'est aussi un moyen à la disposition des enfants sans filiation qui réclament leur filiation.

²⁶⁰ Y. Linant de Bellefonds, *Traité droit musulman, op. cit.*, p. 75.

²⁶¹ Cour de cassation tunisienne, n° du dossier 16757/2002 du 18 octobre 2002, inédit.

²⁶² Les solutions jurisprudentielles tunisiennes sont pour le moins contradictoires sur cette question. Déjà dans un arrêt du 5 décembre 1963 la Cour de cassation commençait déjà à donner à l'aveu une valeur probatoire indépendamment du mariage. Cette position a été reformée par un arrêt du 15 mai 1984 (publié au bulletin de la Cour de cassation tunisienne

La jurisprudence marocaine semble abonder dans le sens d'une rupture du lien entre mariage et reconnaissance. La Cour d'appel de Meknès dans un arrêt du 20 octobre 2005 a établi la filiation paternelle de deux enfants aux motifs que douze témoins ont attesté « *qu'ils connaissaient les parents, que le deux parties vivaient conjugalement depuis sept ans ; qu'ils ont donné naissance à deux enfants* »²⁶³. Ici les témoins n'ont pas évoqué l'existence d'un mariage conclu en la forme authentique et la Cour s'est contentée d'éléments de faits qui donnent l'apparence d'un mariage.

B- L'autonomie de la reconnaissance par rapport au mariage

Les spécialistes du droit musulman dans leur grande majorité soutiennent inlassablement la consécration de la reconnaissance de paternité comme un mode autonome d'établissement de la filiation. De ce fait, il ne faut pas faire de la preuve du mariage une condition pour la validité de la reconnaissance de paternité (1). Cela parce que le droit musulman interdit le mariage subséquent à une reconnaissance de paternité (2). D'ailleurs, au vu des conditions de la reconnaissance de paternité en droit musulman classique l'acte de naissance doit avoir un effet positif (3).

1- Le refus du mariage comme condition

L'autonomie de deux institutions apparaît clairement dans le sens où le mariage n'est pas une condition de la validité de la reconnaissance de paternité. En effet, pour qu'une reconnaissance de paternité soit admise, il faut la réunion de trois conditions de fond. D'abord, la différence d'âge : en imposant cette exigence, le droit musulman cherche à rendre vraisemblable la paternité de l'auteur de la reconnaissance. C'est-à-dire que pour que ce dernier puisse être réellement le père de l'enfant reconnu, il doit y avoir entre eux, une différence d'âge qui ne rende pas impossible, de fait, que l'un soit le père de l'autre²⁶⁴.

Ensuite, l'enfant reconnu ne doit pas avoir une filiation déjà connue, quand bien même ses parents seraient morts ou l'auraient abandonné. De ce fait, l'enfant déjà désavoué par une autre personne est insusceptible d'être reconnu par une autre, même si cette dernière serait le vrai père. Cette

de l'année 1984 tome 1 page 198). Selon cet arrêt l'aveu est fondé sur le mariage. La Cour de cassation revient ensuite à sa première position dans une décision du 13 juin 1989 (publié au bulletin 1989 p. 292). Enfin, avant cet arrêt libéral de 2002, la même cour avait, dans un arrêt du 13 mai 1997, affirmé que l'aveu de l'article 68 ne permet pas d'établir une filiation adultérine.

²⁶³ Cour d'appel de Meknès dossier n° 4832/05/05. Le 20/10/05 inédit.

²⁶⁴ Voir Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman. op. cit* p. 51.

impossibilité de reconnaître celui qui est déjà désavoué vient du fait que le désaveu lui-même est de nature à rendre saillante l'irrégularité²⁶⁵.

Enfin, l'enfant objet de la reconnaissance doit y acquiescer s'il a atteint l'âge du discernement.

A ces trois conditions, le malékisme ajoute une quatrième. Pour ce courant, les circonstances de la naissance doivent rendre plausible la paternité de l'auteur de la reconnaissance.

A la lecture de ces conditions de validité de la reconnaissance, on comprend très bien que le souci majeur des concepteurs du droit musulman est loin d'être le mariage. La confection de ce régime répond beaucoup à une volonté de faire de la reconnaissance un mode alternatif d'établissement de la filiation qui vise les enfants illégitimes. De ce point de vue, ces conditions répondent beaucoup plus à la nécessité d'un lien de sang entre le géniteur et l'enfant.

L'origine de l'institution nous persuade qu'il s'agissait d'un mode d'établissement de la filiation hors mariage. La reconnaissance de paternité était un instrument qui permettait aux maîtres, à l'époque de l'esclavage, de reconnaître les enfants qu'ils avaient eus avec leurs esclaves. La cohabitation entre maître et esclave bien que légale ne bénéficiait pas d'un mécanisme d'établissement de la filiation similaire à la présomption de paternité dans le mariage. Pour que la filiation s'établisse entre le maître et l'enfant de l'esclave, une reconnaissance de paternité était nécessaire. En réalité, la situation en droit classique est telle qu'une femme esclave ne peut, à la différence d'une femme libre, accéder au mariage, qu'après l'arrivée d'un enfant²⁶⁶. La nécessité de reconnaissance pour le maître est issue d'une disposition prévue par le courant hanafite²⁶⁷ et ne concerne que le premier enfant de la concubine mère²⁶⁸.

Cette règle a été par la suite étendue aux enfants d'une femme mariée nés moins de six mois après la conclusion du mariage de ses parents. Cet enfant est pour toutes les écoles illégitime ; cependant il est permis au mari de la mère de le reconnaître. De la même façon, la reconnaissance peut jouer pour les enfants nés après la durée maximale de grossesse si telle est la volonté du mari.

Concernant le témoignage, on peut développer une conception plus souple le dégageant de la tutelle du mariage, contraire à celle que nous avons mentionnée plus haut. Evidemment, malgré les formalités et les termes exigés lors du témoignage sur la légitimité de la filiation, il s'agit bien là

²⁶⁵ N'est pas non plus valable, la reconnaissance destinée à dissimuler une fraude, frustrer un héritier, ou modifier l'ordre légal d'une succession. La majorité des savants sont unanimes sur ce point. Voir Yousef Moussa « *statut personnel* » ouvrage en arabe p.381.

²⁶⁶ Lorsque la femme esclave est enceinte des œuvres du maître, ce dernier doit reconnaître l'enfant. La mère de l'enfant accède à un statut particulier, celui d'Oum *al walad*, concubine mère qui lui confère un statut particulier à la limite de l'affranchissement. Elle n'est plus une chose, car elle ne peut faire l'objet d'un quelconque contrat. Elle se trouve affranchie *de jure* à la mort du maître. Pour plus de détails sur la notion de concubine mère voir F.P. Blanc et A. Lourde, « *les conditions juridiques de l'accès au statut de concubine mère en droit malékite* » *Revue de l'occident musulman et de la méditerranée*, n° 36, p. 164 à 165.

²⁶⁷ Pour les autres écoles, le rattachement de l'enfant se fait de plein droit. Mais il est toujours possible à maître de désavouer l'enfant.

²⁶⁸ Voir encyclopédie de l'Islam, V° *l'Oum al walad*.

d'une reconnaissance de filiation naturelle puisque le témoin dans la plupart des cas évoquera des circonstances de faits ne prouvant pas directement le mariage.

Pour la reconnaissance de paternité simple (*iqrar*), sans témoin, elle se subdivise en deux versions, selon que l'auteur tend à reconnaître une parenté directe ou indirecte. On entend par parenté directe celle qui est établie entre deux personnes sans l'intervention d'une tierce personne, par exemple entre un père et un fils. Pour la parenté directe sous réserve de la révélation du caractère illicite de la relation entre le père et la mère, l'autorité qui enregistre le lien de filiation s'abstiendra de demander l'acte de mariage.

La parenté indirecte bénéficie aux collatéraux. Elle permet de reconnaître une personne comme son frère, son cousin, ou son neveu. Ainsi la parenté indirecte sous-entend l'existence d'un tiers, le fils, le père par exemple. L'établissement de la parenté indirecte ne nécessite aucune preuve sur la légitimité de celui qu'on reconnaît. D'ailleurs, ses effets sont très limités puisque les droits susceptibles de naître d'une parenté indirecte ne sont que d'ordre patrimonial. En cas de besoin, l'auteur de la reconnaissance comme le bénéficiaire seront tenus d'une obligation alimentaire réciproque²⁶⁹. De la même façon qu'ils auront une vocation successorale réciproque. Néanmoins la parenté ainsi créée ne s'impose à aucune autre personne.

Tous ces éléments, nous montrent bien que le fondement de la reconnaissance est assurément lien de sang et non le mariage. C'est sur ce fondement que les premiers légistes se sont appuyés pour rattacher l'enfant à l'auteur de la reconnaissance. L'invalidation de la reconnaissance chaque fois où l'illicéité de la conception de l'enfant apparaît, ne vise qu'à maintenir dans la société un minimum de morale. L'esprit même du droit autorise à chercher tous les subterfuges possibles pour étouffer la révélation de la nature illicite de la relation parentale.

2- L'inutilité d'un mariage subséquent

Il ne fait aucun doute que la reconnaissance de paternité est appelée à jouer un rôle capital dans le système de droit musulman. Faire du mariage le mode unique de rattachement des enfants serait une source de complexité énorme, nombre d'enfants demeureraient sans filiation. Pour éviter cette impasse, il fallait imaginer un autre mode d'établissement de la filiation que le mariage qui aurait les mêmes effets, mais destinés aux enfants nés hors mariage.

On s'interroge sur l'exigence d'un mariage postérieur entre l'auteur de la reconnaissance et la mère de l'enfant afin que la filiation de l'enfant soit établie. Evidemment, un tel mariage est très souhaitable dans la mesure où il ne peut que servir l'intérêt de l'enfant qui aura une situation

²⁶⁹ Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman, op. cit.*, p. 25.

normale et stable dans un foyer. Dans l'enseignement des premiers légistes, la reconnaissance laisse présumer le mariage entre le père et la mère. Autrement dit, la reconnaissance vise à déclencher la présomption de paternité ou selon l'expression de Linant de Bellefonds²⁷⁰, à préparer les conditions de son application, ou plutôt à créer une présomption de régularité de naissance²⁷¹ destinée à suppléer l'absence de preuve pour ne pas atteindre l'ordre public²⁷².

En menant une étude approfondie de la position hanafite, on comprend que la reconnaissance de paternité est destinée à des catégories d'enfants bien marquées. Il s'agirait des enfants nés moins de six mois après le mariage de leurs parents ainsi que les enfants nés plus de deux ans après la rupture du mariage de leurs parents. Outre les enfants nés en dehors de la période légale, la reconnaissance est aussi un moyen qui sert les enfants désavoués qui peuvent être reconnus par leur père qui se rétracte.

Il semble que la disposition hanafite concernant la reconnaissance de paternité ne soit pas dénuée de toute logique juridique²⁷³. Un rapprochement avec la légitimation du droit occidental, inventée sous l'égide du droit canonique, peut même être possible. Ainsi en présumant la légitimité de l'enfant dans la reconnaissance de paternité, quand bien même ce dernier peut être naturel, le légiste le couvre de la légitimité pour l'avenir. Toutefois, le système musulman se distingue du système canonique sur la vision qu'il a de la période de l'avant-mariage²⁷⁴. En droit canonique, l'enfant dont les parents se marient après sa naissance est un enfant légitimé et non légitime alors que dans le droit musulman, ignore cette forme de légitimation et laisse agir la légitimité en la dotant d'un effet rétroactif qui remonte à sa naissance.

Le mécanisme de la légitimité par reconnaissance repose tout entier sur la fiction de la régularité de naissance, c'est-à-dire sur le silence dûment maintenu, au sujet du nom de la mère et de l'absence de lien matrimoniale²⁷⁵. Cette fiction est absolument nécessaire pour éviter la gêne occasionnée par les règles qui prohibent les relations sexuelles hors mariage.

Le régime de la reconnaissance de paternité n'exige nullement le mariage subséquent en raison du fait que ce dernier n'est pas possible en toute hypothèse. L'impossibilité du mariage entre les parents de l'enfant reconnu pouvait résulter d'une différence de conditions des parents, le père étant de condition libre tandis que la mère est esclave. De nos jours l'impossibilité d'un mariage subséquent peut découler d'une différence de religion. L'auteur de la reconnaissance ne pourrait se marier avec la mère de l'enfant quand cette dernière est païenne²⁷⁶.

²⁷⁰ *Idem* p. 25

²⁷¹ M. Borrmans «*Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*», *op. cit.*, p. 377.

²⁷² R. Brunschvig «*Le système de preuve en droit musulman*» in *Etudes d'Islamologie op. cit.* T. 2 p. 207.

²⁷³ H. Ferkh, «*L'unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français*», thèse *op. cit* p. 249

²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ *Ibidem*.

²⁷⁶ Notant, que certains Codes de statut personnel annulent le mariage pour cause de disparité religieuse.

Une partie de la doctrine, surtout hanafite, semble inciter au mariage avec la mère de l'enfant. Cette opinion, qui n'est pas très bien établie dans le système musulman, aurait pour effet d'introduire en droit musulman le mécanisme de la légitimation que ce droit n'a pas voulu consacrer en tant que tel. Le droit algérien exclu expressément le mariage subséquent en cas de reconnaissance selon une jurisprudence²⁷⁷ bien affirmée, aux termes de laquelle « *la reconnaissance judiciaire de la validité d'un mariage n'implique pas et n'entraîne pas l'établissement d'une filiation légitime pour les enfants né des relations entre les époux antérieurement à la date établie comme celle où l'union reconnue a été conclue. La légitimation d'enfants par mariage subséquent n'est pas admise* ».

3- Le rôle positif de l'acte de naissance en matière d'établissement de la filiation

A l'instar du droit français, les législations musulmanes rendent obligatoire la rédaction d'un acte de naissance. L'acte de naissance exprime une volonté personnelle d'établir la filiation, c'est pourquoi il peut jouer un rôle privilégié en tant que preuve de la reconnaissance de paternité. Néanmoins, on peut douter que les mentions contenues dans l'acte de naissance expriment une volonté de rattachement. La désignation du père dans l'acte de naissance peut avoir pour objectif de retracer une réalité biologique. Cette dernière ne rend pas compte de la volonté d'assumer les conséquences juridiques de la paternité inscrite dans l'acte de naissance.

L'acte de reconnaissance quant à lui, qu'il soit oral ou écrit, est dénué de toute ambiguïté dans la mesure où il est un acte de volonté libre qui a pour principal objet la création de la filiation. Le droit musulman classique ne connaissait pas un système organisé de l'état civil. L'influence occidentale et les impératifs de modernité en ont fait une nécessité qui a posé la question de sa valeur dans le droit de la filiation. Est-ce que la mention du père dans l'acte a valeur de reconnaissance de paternité ?

A cette question les législations musulmanes n'ont pas toutes répondu par un oui à l'exception de quelques-unes. Lorsqu'on parcourt les nouvelles lois civiles²⁷⁸ mises en place dans la plupart des pays musulmans après les codifications, on lit que les déclarations de naissance doivent être faites par le mari de la femme, père de l'enfant ou par d'autres à l'officier d'état civil.

En réalité, ces lois qui prévoient la mise en place de l'état civil sont toutes le produit de l'influence occidentale liée aux nécessités du monde moderne. L'adoption de ce système d'état civil ne s'est

²⁷⁷ Voir M. Boulouar, « Le droit algérien de la famille : le statut de la femme et de l'enfant » in *Le droit maghrébin des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, Jacqueline Pousson-Petit (ss dir.), p. 111. Voir aussi cour suprême 19 novembre 1984, *al-madjalla al-qadâ'iyya* 1990, toujours de la même juridiction et dans la même revue 23 avril 1994, la décision de la Cour suprême 17 novembre 1998.

²⁷⁸ Il s'agit entre autres de ces lois qui n'ont rien d'islamique et qui régissent l'état civil dans nombre de pays comme la loi tunisienne du 1^{er} août 1957 et la loi libanaise du 7 décembre 1951 commune à tous les Libanais.

pas accompagnée d'une mise en conformité des textes avec la pratique en matière de filiation. Ce mimétisme à la lettre est source de complexité et d'ambiguïté. Cela dit, lorsqu'on essaie de voir l'utilité de l'acte de naissance dans la logique du droit musulman, on s'aperçoit que la déclaration de naissance faite par le père lui-même équivaut à une reconnaissance de paternité. Cette affirmation repose sur le fait que le droit musulman connaît la notion de « reconnaissance tacite »²⁷⁹. Et à *fortiori* dans l'hypothèse d'un père qui déclare son enfant, l'établissement de la filiation devrait en principe résulter du seul fait de la déclaration.

Conformément à cette interprétation, la Cour de cassation tunisienne admet ordinairement que la déclaration de naissance faite par le père avec mention de son propre nom suffit à exprimer sa volonté de se voir rattacher l'enfant²⁸⁰. L'acte de naissance a donc un rôle positif dans l'établissement de la filiation. Assimilé à un acte extrajudiciaire, cet acte devrait toujours être établi sur la déclaration du père²⁸¹.

Toujours en droit tunisien, l'acte de naissance établit la filiation lorsque la déclaration a été faite par un parent du père²⁸². Ce parent qui déclare n'est pas considéré comme un mandataire tacite. Il s'agit plutôt de quelqu'un qui a intérêt à l'aveu et qui en supportera une partie des conséquences patrimoniales. Cependant, lorsque la déclaration a été faite par un autre que le mari, il est logique de permettre à ce dernier de combattre les inscriptions à l'état civil. La Cour de cassation tunisienne a sur ce point déclaré que ni l'inscription à l'état civil ni l'absence d'inscription ne touchent à la présomption de paternité. Le mari peut toujours désavouer l'enfant²⁸³.

Dans le droit positif libanais, l'acte de naissance sert à prouver d'abord la filiation maternelle selon les dispositions des articles 11 à 14 de la loi du 7 décembre 1951 relative à l'état civil. Cependant, cette même loi ajoute que l'inscription de l'acte de naissance sur le registre de l'état civil n'a pas de force péremptoire pour l'établissement de la filiation. Selon l'article 346 du Code *Akham el Chari*, lorsque l'inscription est combattue ou quand elle fait défaut, les techniques de preuve prévues dans le droit musulman classique s'appliqueront.

Néanmoins, il est à signaler que dans le système libanais la preuve par acte de naissance n'est invoquée que pour appuyer une action en réclamation d'état présentée par l'enfant contre ses père et mère ou contre l'un d'eux²⁸⁴. Elle servira aussi l'enfant ou sa mère pour repousser l'action en contestation d'état intentée par le mari ou ses héritiers pour mettre en doute la présomption de

²⁷⁹ En matière de désaveu le père qui accepte les félicitations et s'abstient de désavouer son enfant pendant un certain temps ne peut plus désavouer puisque l'abstention est analysée comme une forme de reconnaissance tacite.

²⁸⁰ Cour de cassation tunisienne 18 juillet 1968, *RJL* 1969, p. 271.

²⁸¹ L. Prévost, « La filiation en droit tunisien », thèse préc., p. 358.

²⁸² Cour de cassation 23 février 1965 bull 1965, p. 9, *RJL* 1965, p. 475.

²⁸³ Cour de cassation tunisienne, 14 avril 1984. Bull cassation 1985. I p. 196.

²⁸⁴ P. Gannagé, « Liban, Mariage, Filiation », *J.-C., Législation comparée fasc. 2* n° 261.

paternité. Autrement dit, le système libanais ne tient compte de l'acte de naissance que lorsque la filiation est contestée par le mari.

§2- Le possible de déguisement de la reconnaissance de paternité en adoption

A travers le développement précédent, on a compris que le droit islamique consacre une place importante à la reconnaissance de paternité. Le Code marocain de la famille consacre treize articles (art. 150 à 160 du chapitre 2 du titre 1 dans livre III) qui traitent des moyens permettant à un homme de se rattacher un enfant²⁸⁵. La filiation hors mariage est interdite, mais il n'y a pas d'obstacles juridiques pouvant interdire à un homme de s'attacher juridiquement un enfant quand bien il l'aurait conçu en dehors de tout lien matrimonial. Ces articles du Code marocain sont détaillés et sont sous-tendus par une politique de faveur à la filiation naturelle.

La flexibilité du droit marocain tranche nettement avec l'ambiguïté du Code algérien de la famille qui consacre la reconnaissance de paternité à l'article 44 dans une formule péremptoire sujette à des interprétations multiples. Cet article 44 déclare : « la reconnaissance de filiation, celles de paternité ou de maternité, même prononcées durant la maladie précédant la mort, établissent la filiation d'une personne d'ascendants inconnus pour peu que la raison et la coutume l'admettent ».

L'institution était à l'origine conçue dans une perspective humanitaire visant entre autres à sortir un enfant et sa mère de la condition de l'esclavage. La reconnaissance de l'enfant par un homme libre entraînait *ipso facto* l'affranchissement de l'enfant et sa mère. Toujours pour la même finalité humanitaire l'institution est aujourd'hui un palliatif au rejet de la filiation naturelle. Néanmoins, vu la prohibition totale de l'adoption par le droit musulman la question est de savoir si la reconnaissance de paternité peut être un expédient qui sert aussi à remédier à l'interdiction de l'adoption. Nous avons démontré plus haut que le droit musulman s'opposant à la création de tout lien de filiation naturelle a toutefois construit le régime de cette institution pour qu'elle devienne un moyen d'intégration pour l'enfant naturel. Sur un plan exclusivement théorique, la souplesse du régime de la reconnaissance autorise ce rapprochement avec l'adoption (A). Cependant, la ruse consistant à déguiser une reconnaissance de paternité en adoption est non opérante dans les pays de rite malékite (B).

²⁸⁵ E. Barraud, « *kafala et Migration...* », thèse préc., p. 181.

A- Le rapprochement entre adoption et reconnaissance

Les deux institutions ont un objet commun : l'enfant. Leur point commun est de créer un lien de filiation à partir d'une manifestation de volonté. Elles relient un homme ou une femme à un enfant. Le droit musulman bannit l'adoption et consacre la reconnaissance de paternité. L'étude du régime de la reconnaissance montre que ce dernier ne contredit pas celui de l'adoption ; rien n'interdit l'instrumentalisation de la reconnaissance de paternité à des fins d'adoption. D'ailleurs, la reconnaissance de paternité est souvent évoquée les ouvrages consacrés à l'adoption en droit musulman²⁸⁶. En effet, les règles des deux institutions ne se contredisent pas (1), d'autant que le droit musulman connaît des instruments juridiques pouvant les rapprocher (2).

1- Des règles qui ne se contredisent pas

Le régime de la reconnaissance de paternité du droit musulman comme celui de la reconnaissance de paternité encadre une manifestation de volonté concernant un enfant. Le régime de la reconnaissance de paternité ne comporte pas de règles détaillées. Les trois conditions à savoir l'absence d'un lien de filiation de l'enfant, la différence d'âge entre l'enfant et celui qui veut le reconnaître ainsi que le recueil du consentement de l'enfant lorsqu'il a le discernement, font de la reconnaissance une institution à tout faire²⁸⁷. Ces conditions de la reconnaissance sont les conditions le plus souvent posées pour l'adoption dans les pays qui la pratiquent.

Bien que la reconnaissance de paternité ait été conçue à la base pour donner un support juridique à un lien biologique préexistant, l'hypothèse de l'absence de ce lien biologique n'est pas à exclure. Lorsque la reconnaissance n'est pas conforme aux données biologiques, le droit français établit un contrôle *a posteriori* ; c'est-à-dire que l'exactitude de la reconnaissance peut librement être contestée. Sur ce point le droit musulman accuse sa différence avec le droit français dans la mesure où il est extrêmement difficile de prouver la fausseté d'une reconnaissance de paternité en droit musulman. Le seul conflit de filiation traité dans le droit musulman est celui qui oppose une reconnaissance volontaire de paternité à une reconnaissance judiciaire avec témoin. La première forme de reconnaissance est fondée sur la déclaration de l'auteur, la seconde s'appuie sur les allégations d'un témoin. Il appartient au juge de s'appuyer sur les éléments qui lui sont fournis pour rechercher le vrai rapport de paternité.

²⁸⁶ Voir O. Pesle, « *L'adoption en droit musulman* », thèse Alger 1919, p. 201.

²⁸⁷ Le terme est de P. Raynaud à propos de l'adoption, voir *D.* 1987, Chron. p 205.

L'adoption et la reconnaissance de paternité du système musulman ont donc pour dénominateur commun, leur caractère irrévocable. Cette irrévocabilité de la reconnaissance a été consacrée par le droit musulman classique qui prévoit que ni l'enfant ni l'auteur de la reconnaissance ne pourront remettre en question²⁸⁸.

Sur la question de la révocabilité, le droit algérien semble s'inscrire dans la logique du droit classique en raison de la formulation laconique de l'article 44 du Code de la famille.

L'irrévocabilité du droit semble ouvrir la voie à un usage de la reconnaissance de paternité à des visées autres que la consécration d'un lien de sang préexistant. Un arrêt de la Cour de cassation tunisienne²⁸⁹ a validé une reconnaissance de paternité sans support biologique.

En 1936 un nouveau-né est déclaré à l'état civil comme un enfant sans filiation, treize ans plus tard, c'est-à-dire en 1959, un homme l'a reconnu comme son fils. Le père établit alors un certificat de naissance conformément aux dispositions de la loi du 4 juillet 1958. Le père lors de la déclaration n'a jamais prétendu que l'enfant était issu de son mariage avec son épouse. Il n'était pas caché au juge que l'enfant était dans un premier inscrit comme dénué de filiation. Néanmoins, le procédé pour créer ce lien de filiation artificiel a été la reconnaissance.

L'arrêt précité n'est pas isolé. Cette même Cour de cassation, dans d'autres occasions s'est prononcée dans des adoptions déguisées²⁹⁰. L'objectif de cette jurisprudence était de maintenir un lien de filiation sans que le procédé mis en œuvre ne soit assimilé à une adoption. Sur la forme, l'établissement de la filiation repose sur l'aveu. La Cour de cassation tunisienne met ici l'accent sur le rôle de suppléance que jouent l'aveu et le témoignage par rapport à l'absence de filiation.

2- Les instruments du rapprochement entre adoption et reconnaissance de paternité

Ce qui rapproche l'adoption et la reconnaissance de paternité c'est leur finalité. En vérité, cette dernière est double comme la montre la formule en chiasme²⁹¹ utilisée pour l'adoption. Il s'agit de donner une famille à un enfant et un enfant à une famille. La reconnaissance de paternité a cette double motivation, elle constitue une mesure successorale aussi bien qu'une institution d'héritier. Ces deux aspects de la reconnaissance de paternité sont aujourd'hui encore présents dans les monuments législatifs des pays musulmans. La reconnaissance de paternité indirecte²⁹² n'établit

²⁸⁸ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman, op. cit.* T. 3 p. 51. La reconnaissance de filiation ou encore la reconnaissance de la parenté indirecte qui ne produit que des effets patrimoniaux est révocable puisqu'il s'agit en quelque sorte d'un testament. Une partie de la doctrine malékite semble indiquer que la reconnaissance de paternité est révocable.

²⁸⁹ Cour de cassation tunisienne 29 octobre 1968, *RTD*, 1969/1970, p. 210.

²⁹⁰ De la même juridiction 18 juillet 1968, *RTD* 1969/1970, p. 200, note E. Delagrange.

²⁹¹ Pierre Murat « Les transformations de la famille : quel impact sur les finalités de l'adoption » *Info. social.* n° 146 2008, p. 21.

²⁹² C'est la faculté pour une personne de reconnaître une autre personne comme un parent (neveu, petit fils).

guère la filiation, elle a des avantages certains en matière de succession qui varient selon les courants doctrinaux.

De plus, celui qui a bénéficié d'une reconnaissance de paternité indirecte, que ce soit à titre de frère, d'oncle ou de petit fils, pourra réclamer s'il est dans les besoins, des aliments à l'auteur de la reconnaissance. Toutefois contrairement à l'adoption, la reconnaissance indirecte est révocable. Aujourd'hui dans le monde musulman contemporain cette forme de reconnaissance à but successoral est tombée en désuétude et de ce fait très peu pratiquée²⁹³.

Ce caractère révocable fait défaut dans la reconnaissance de paternité directe. Sans prétendre créer ouvertement un lien de filiation paternelle artificiel comme l'adoption, la reconnaissance de paternité vise de par sa souplesse à donner à l'enfant dépourvu de famille une protection de remplacement. Tout comme l'adoption, la reconnaissance de paternité met au centre de ses préoccupations l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi l'enfant qui a fait l'objet d'une reconnaissance de paternité doit y acquiescer s'il est en mesure de le faire. L'accord de l'enfant est nécessaire dans le sens où la reconnaissance comme l'adoption se situe dans la catégorie d'actes susceptibles d'être aussi bien avantageux que nuisibles aux mineurs.

Outre l'identification par le but, il existe une technique juridique bien connue en droit musulman pour tourner une prohibition légale. Il s'agit du *hiyâl* qui est un expédient juridique²⁹⁴ qui permet d'esquiver l'impasse devant une prohibition à laquelle la société tient énormément. Le *hiyâl* n'est pas une fraude à la loi. Elle est destinée à permettre à « des personnes qui n'auraient d'autre choix que d'agir à l'encontre des dispositions de la loi sacrée de parvenir cependant à un résultat désiré tout en se conformant en apparence à la lettre de la loi »²⁹⁵. La fréquence du recours à cette méthode est fort limitée, dans certains cas elle est extrêmement interdite comme en matière de divorce.

Les *hiyâl* peuvent être assimilées à une véritable fiction légale. Dans le droit romain la fiction avait pour but de fournir un cadre légal aux nouvelles exigences de la pratique courante, dans le droit musulman son rôle est de contourner une interdiction légale²⁹⁶.

B- Un rapprochement non opérant dans les pays d'obédience malékite

La proximité de régime entre adoption et reconnaissance est en grande partie artificielle : et pour cause le droit musulman répudie fermement la première et consacre la deuxième. D'autant plus que

²⁹³ L.de Bellefonds, *Traité de droit musulman*, T 2, *op. cit.*, p. 68.

²⁹⁴ N. J. Coulson, « *Histoire du droit islamique* », PUF, 1995, p. 97.

²⁹⁵ J. Schacht, *Encyclopédie de l'Islam* article sur le *hiyâl*, T. 3, p. 529.

²⁹⁶ R. Brunschvig : « De la fiction légale dans l'Islam médiéval », *Revue Studia Islamica*. 1970, p. 42. J. Schacht « *Esquisse d'une histoire du droit musulman* », Librairie orientale et américaine, Paris 1953, p. 73.

l'adoption contrevient aux principes directeurs de la filiation que sont la légitimité et le sang. La reconnaissance de paternité et ses règles laxistes nous convainquent que l'assouplissement est sournoisement destiné à éviter le principe de la légitimité et non l'exigence du lien de sang. Cette affirmation est attestée dans le droit malékite²⁹⁷ qui, déjà à l'époque du droit classique a apporté une condition supplémentaire qui fait de l'aveu un moyen de donner un fait biologique une consistance juridique. Il repose sinon sur la vérité, du moins sur une situation de fait vraisemblable. Il faut donc que les circonstances de la naissance rendent au moins plausible le lien de parenté reconnu²⁹⁸. Cette vraisemblance est de deux ordres, elle est d'abord juridique (1) avant d'être physiologique (2).

1- La vraisemblance juridique

Comme on l'a montré plus haut, l'aveu est un mode d'établissement de la filiation concurrent au mariage. Sa raison d'être est de donner une filiation aux enfants nés hors mariage. Néanmoins ce mode d'établissement risque de créer des conflits de paternité. Pour pallier ce risque, la reconnaissance de paternité directe est réservée à la seule hypothèse des enfants de filiation inconnue (*walad majhûl al nasab*). C'est là, une exigence destinée à assurer un minimum de vraisemblance sur plan juridique. Cette vraisemblance n'existe pas lorsque l'origine illégitime de l'enfant est d'une évidence incontestable comme c'est le cas lorsqu'il y a eu désaveu. Un enfant désavoué par celui qui est marié à sa mère est irrémédiablement repoussé à la catégorie d'enfant naturel. Aucun autre homme ne peut le reconnaître à part celui qui l'a désavoué. Un autre homme serait-il son véritable père, ne saurait donc être admis à reconnaître sa paternité sans que soit établi du même coup le caractère adultérin de l'enfant. Néanmoins, sur la filiation de l'enfant désavoué, il faut mentionner une interprétation audacieuse qui en permet l'établissement à l'égard d'un autre que celui qui l'a désavoué. En effet, un jugement du tribunal de Sousse²⁹⁹ a fait sienne de cette interprétation innovante dans une espèce où les circonstances la facilitaient. Dans cette affaire, deux époux ont divorcé, quelque temps après, l'homme désavouait l'enfant né au cours du mariage alors que la mère était dans un second mariage avec un autre homme. L'enfant ainsi désavoué était reconnu par le second mari, néanmoins le tribunal usait de la théorie du mariage consensuel pour établir la filiation à l'égard du second mari. Le raisonnement utilisé est pour le moins cocasse. Comme l'enfant était né moins de neuf mois après la conclusion du premier mariage, le juge présume, en fait, qu'il a été conçu avant le premier mariage. Ils ont déduisent que la femme et son deuxième mari avaient déjà consenti à une union qui, en réalité, ne devrait être célébrée qu'après un premier mariage suivi d'un divorce.

²⁹⁷ Il faut garder à l'esprit que le droit maghrébin est en grande partie d'inspiration malékite.

²⁹⁸ L. Prévost, « La filiation en droit tunisien », thèse préc., p. 343.

²⁹⁹ Tribunal d'instance de Sousse, jugement n° 18839 du 17 mars 1975, *RJL* 1975 p. 47 cité par Sassi Ben Halima, « L'établissement de la filiation légitime en droit tunisien », thèse préc., p. 135.

On entend par « enfant de filiation inconnue », l'enfant qui n'a pas de filiation paternelle connue. Il faut noter aussi que le fait d'avoir une filiation maternelle connue ne ruine pas la condition de la vraisemblance juridique de sa portée et ne constitue point un obstacle à la reconnaissance de paternité du moment que la présomption de licéité de la relation parentale joue. Cette reconnaissance de paternité ne donne pas à la mère la qualité d'épouse par rapport à l'auteur de la reconnaissance. Seul le courant hanafite donne à la mère cette qualité³⁰⁰ si la question se pose après la mort du « père ».

Réciproquement, on pourrait admettre que la reconnaissance de filiation maternelle ait pour bénéficiaire un enfant dont la filiation paternelle est déjà établie par l'aveu. Mais une telle reconnaissance risque de poser un grave problème si elle émane d'une femme qui n'a jamais été mariée avec le père. Dans un système où l'application des règles de l'état civil n'est pas rigoureuse, une telle hypothèse n'est pas sûre de rencontrer des objections. La probable absence d'objection se justifierait aussi par l'intérêt très relatif de la filiation maternelle. Déjà, la doctrine classique a traité de cette hypothèse et elle a fait une distinction selon que la mère est mariée ou non³⁰¹. Lorsque la femme est mariée au moment de la naissance de l'enfant, sa reconnaissance est subordonnée à celle de son mari. En effet, la reconnaissance par la mère établie par le jeu de la présomption de paternité la filiation paternelle. Toutefois cette hypothèse demeure purement théorique dans le sens où dans le mariage, la présomption de paternité suffit à établir la filiation. Lorsque la mère est célibataire, son aveu établit la filiation maternelle.

Contrairement à l'adoption qui peut effacer le lien de filiation biologique ou le doubler avec un autre lien artificiel, l'aveu ne peut créer de filiation lorsque l'enfant est déjà affilié. L'enfant doté d'un lien de filiation ne peut voir ce lien supprimé ou complété, fut-il abandonné ou maltraité par ses parents. Le comportement néfaste des parents ne peut être donc une cause de désaffiliation.

2- La vraisemblance physiologique

Le régime ouvert de la reconnaissance de paternité est très critiqué dans le sens où il peut masquer toute sorte de fraudes. Cette faiblesse a incité l'école malékite à se prémunir contre des éventuelles manipulations malhonnêtes. En effet, ce courant prévoit une condition supplémentaire, constituant un garde-fou contre l'adoption, qui prévoit que les circonstances de la naissance de l'enfant doivent rendre plausible la paternité de l'auteur de la reconnaissance. L'article 70 du Code de statut personnel tunisien reprend nettement cette exigence. Il prévoit *l'iqrar* ou aveu de paternité n'a d'effet que dans la mesure où la paternité de l'auteur de la reconnaissance est vraisemblable, c'est-à-dire celui-ci doit être susceptible d'engendrer l'enfant.

³⁰⁰ Y Linant De Bellefonds, « *Traité de droit musulman* », *op. cit.*, p. 53.

³⁰¹ *Idem.* p. 54.

Déjà, pour que la reconnaissance puisse avoir un sens sur le plan logique, le droit classique a posé la nécessité d'une différence d'âge entre l'enfant et la personne qui le reconnaît. Cette différence d'âge suppose que l'enfant soit né à une époque où le père et la mère prétendus étaient aptes à engendrer. Toutefois aujourd'hui, la question est de savoir s'il s'agit là d'une aptitude physique ou juridique. Pour les auteurs classiques, la différence d'âge résultait d'une appréciation d'ordre physiologique, l'âge moyen de la puberté était l'unique référence. Sur ce point se pose la question de l'articulation de cette appréciation avec les dispositions des Codes de statut personnel qui posent un âge pour la nuptialité qui ne correspond pas à celui de la puberté. D'un point de vue purement théorique, cette question n'a pas un grand intérêt puisque cela reviendrait à transférer l'aveu de son propre terrain à celui du mariage. En réalité, c'est à quoi risque d'aboutir, la jurisprudence qui subordonne l'efficacité de l'aveu à la preuve du mariage³⁰².

L'aptitude physique d'engendrer résulte d'une présomption dont la preuve contraire est difficile à fournir. Le seul moyen pour combattre cette preuve est de démontrer l'impossibilité physique d'engendrer. Cette interprétation de l'aptitude physique facilite l'établissement de la filiation et de ce point de vue e est conforme à l'esprit originel droit musulman.

³⁰² L. Prévost, « La filiation en droit tunisien », thèse préc., p. 343.

Conclusion du chapitre 2

Le droit musulman de la filiation est compris dans l’imaginaire des juristes occidentaux comme un droit strict qui lie l’établissement de la filiation à la preuve du mariage. Une telle représentation n’est pas fautive, car dans le système juridique musulman, la filiation est par essence légitime. Néanmoins, pour bien comprendre la conception musulmane de la filiation, il faut éviter de l’analyser à l’aune des concepts autres que musulmans. Le modèle musulman de filiation est unitaire comme le système français. La filiation du droit musulman est construite autour du mariage alors que le droit français ne fait pas du mariage la source unique de la filiation. A première vue, le système musulman paraît très rigide. Cela étant, le droit musulman s’est montré souple s’agissant de la preuve du mariage. Le mariage n’est pas conçu uniquement comme un moyen de protection des enfants légitimes, son autre rôle est d’intégrer ceux qui sont nés en dehors du cadre matrimonial. Ainsi dans la logique de ce droit, il suffit de se référer à un mariage, peu importe s’il est réel ou fictif, pour établir la filiation. Cette instrumentalisation du mariage, outre ses finalités humanitaires en matière filiation, vise aussi à préserver la survie de l’institution du mariage elle-même, car elle est comprise comme un élément structurant de la famille³⁰³. Si la famille musulmane est aisément définissable, c’est en partie parce que le mariage demeure un critère fondamental et incontournable. De plus, la reconnaissance de paternité connue par le droit musulman contribue à la souplesse du système de filiation. Elle est source de légitimité, elle crée une filiation de même qualité que le mariage. Son régime juridique, tel que posé dans le droit musulman classique, n’est pas très contraignant et permet à chaque homme de reconnaître et d’assumer sa paternité sans avoir à apporter la preuve d’un mariage. Cette reconnaissance de paternité, de par son régime juridique libéral, peut facilement être instrumentalisée à des fins d’adoption. Dans les Codes de statut personnel, elle est conçue comme un mode alternatif d’établissement de la paternité à côté du mariage. Toutefois, une jurisprudence maladroite a perverti ces textes en subordonnant l’efficacité de la reconnaissance de paternité à la preuve d’un mariage. Ce lien créé entre mariage et reconnaissance est contraire à l’esprit du droit musulman classique infiniment plus libéral en matière de filiation.

L’abandon des subterfuges du droit musulman classique ne laisse guère le choix aux législateurs contemporains qui par humanisme doivent consacrer l’action en recherche de paternité. Il s’agit là d’un moyen de pousser le père biologique de l’enfant à assumer sa paternité conformément à l’intérêt de l’enfant. Les textes juridiques fondamentaux du droit musulman ne contiennent aucune objection et peuvent être interprétés dans ce sens.

Une autre solution consiste à officialiser certaines coutumes contemporaines permettant à l’enfant né hors mariage d’accéder à sa filiation paternelle, comme la pratique du mariage légitimant. Cette dernière solution est conforme aux techniques du droit musulman classique qui a instrumentalisé le

³⁰³ E. Barraud, « *Kafala et Migrations...* », thèse préc., p. 175-176.

mariage pour favoriser l'établissement de la filiation. Mais il n'est pas sûr qu'elle puisse être comprise.

Conclusion du titre 1

En droit musulman, la filiation est cumulativement fondée sur le lien de sang et sur le mariage. En effet, la filiation ne peut être réduite à sa seule composante biologique. Les liens biologiques, pour être valables, doivent se tisser dans le cadre du mariage. Il est difficile pour un esprit non-initié de comprendre le système musulman en raison de la consubstantialité entre la religion et le droit. L'influence de la morale islamique sur le droit fait du mariage la seule source de la filiation. Dans ce modèle la famille naturelle est exclue juridiquement dans toutes ses dimensions. L'enfant naturel, étant conçu en dehors du mariage, n'a, en principe aucune filiation. La règle de droit, dans le système législatif musulman, a pour mission de faire triompher un mode de comportement jugé idéal, peu importe ses conséquences pratiques. La rigueur des normes en matière de filiation répond au désir d'ancrer dans les mentalités l'importance de la famille légitime. Mais la réalité est que l'idéal de la famille légitime est mis à mal par le nombre grandissant d'enfants hors mariage. Contrairement aux idées reçues, le droit musulman n'est pas figé, il porte en lui les instruments permettant de restreindre ou de modérer la rigueur des règles posées. Le principe de légitimité, théoriquement exclusif, sera atténué par la pratique pour éviter de sanctionner l'enfant naturel innocent. Le souci d'éviter des solutions brutales avait déjà incité les premiers légistes de l'Islam à adopter des stratagèmes pour offrir la légitimité à l'enfant issu de la fornication. D'une manière générale, dans la pratique du monde musulman, on s'est toujours arrangé pour rattacher l'enfant naturel à sa famille naturelle en masquant son origine illicite. La dissimulation de l'origine illicite s'effectue à l'aide d'une conception large du fondement de la filiation, c'est-à-dire le mariage. La reconnaissance de paternité, quant à elle, crée une filiation présumée légitime pour autant que l'illégitimité de l'enfant soit cachée. Aujourd'hui, les dispositions relatives à la filiation dans le Code de statut personnel ont repris les règles strictes du droit musulman classiques tout en délaissant les techniques du droit musulman classique qui permettaient d'atténuer la rigueur de ces règles. Par conséquent, il est difficile pour un non-musulman de comprendre les tenants et aboutissants du système musulman. Il est indispensable de susciter la réflexion dans les pays musulmans sur la tragédie frappant l'enfant naturel. Deux pistes de réflexions paraissent intéressantes : d'une part une consécration juridique de certaines coutumes favorables à l'enfant naturel et d'autre part une ouverture de l'action en recherche de paternité. Cette clarification permettra de mettre fin à la réception limitée du droit musulman en France.

Titre 2- La réception limitée du principe de légitimité en France

Dans les chapitres précédents, nous avons montré le rôle central du mariage dans le droit musulman de la filiation. En effet, le mariage est le fondement constant de la filiation. Ce système accuse un contraste avec le droit français de la filiation qui ne fait pas du mariage l'unique source de la filiation. Dans le cadre d'un litige affecté d'un élément d'extranéité peut se poser la question de l'application du droit musulman en France. Le droit de la filiation étant un compartiment du statut personnel, il est soumis en principe à la loi nationale, à la suite d'une interprétation de l'article 3 du Code civil en règle bilatérale de type « Savignienne » dont la principale caractéristique est l'égalité de la loi étrangère et la loi du *for* ainsi qu'une neutralité quant à leurs contenus. Un large champ d'application est donc ouvert, au moins sur le plan du principe, au statut musulman, en tant que loi nationale de la personne. Néanmoins, confrontée au droit musulman, la règle de conflit classique s'est très vite montrée inadaptée et parfois injuste. De ce fait, les cas d'empiètement de la loi française sur la loi musulmane se sont multipliés, aucun compartiment du statut personnel n'échappe à l'assaut de la loi française. Le droit de la filiation est lourdement touché de sorte que l'application de la loi nationale est extrêmement rare.

Qu'il s'agisse du statut personnel de l'enfant ou de la loi applicable à une action introduite devant un tribunal français pour établir une filiation, comme l'action en recherche de paternité, le juge est chaque fois amené à délimiter le degré d'acceptation des règles ou des procédures issues du droit musulman dans l'ordre juridique français. En matière de filiation, depuis la loi de 4 juillet 1972, le législateur a mis entre les mains du juge des règles pour déterminer la loi compétente lorsque la situation litigieuse, en cause, a une dimension internationale et que plusieurs lois nationales sont susceptibles de s'appliquer. Les règles de conflit issues de cette loi traduisent l'état d'esprit du législateur qui oscille entre la volonté d'ouverture³⁰⁴ et le désir de faire prévaloir certaines de ses conceptions dans les relations privées internationales.

Néanmoins, la tendance constatée dans cette loi sur le plan de l'organisation des rattachements est susceptible de marginaliser l'application du droit musulman au profit de la loi française. La loi de 1972 sur la filiation est la preuve concrète que la méthode classique de répartition de compétence montre « des signes d'agonie »³⁰⁵. Théoriquement, le système français de conflit de lois opte pour le rattachement à la loi nationale pour les questions de statut personnel, mais beaucoup d'institutions sont déjà soumises à la loi du milieu d'accueil.

³⁰⁴ Catherine Hochart, « La reconnaissance du statut personnel des musulmans en France », in *Questions sensibles* Paris, PUF 1998, p. 279.

³⁰⁵ D. Mayer, « Evolution du statut de la famille en droit international privé », *Clunet*, 1977 p. 447

Le rattachement à la loi du domicile, déjà défendu par d'éminents auteurs, trouve un argument supplémentaire dans le droit de la filiation qui est un creuset de symboles et de valeurs. Eu égard à la divergence des solutions, c'est surtout sur ce terrain que les systèmes juridiques appartenant à des familles différentes vont s'affronter, le conflit de lois se transformera en conflits de civilisations³⁰⁶. Pour une meilleure appréhension de cette place, l'analyse doit porter dans un premier temps sur la désignation du droit musulman (*Chapitre 1*) avant d'envisager dans un second temps son éviction (*Chapitre 2*).

³⁰⁶ J. Déprez, « Droit international privé et conflits de civilisations », RCADI 1988, T. IV, p. 19, voir aussi sur ce point P. Mercier « *Conflits de civilisations et droit international privé* », polygamie et répudiation, Droz, Genève 1972 ; M.-C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*, D. 2005, p. 705

Chapitre 1- La désignation du droit musulman

S'interroger sur la place du droit musulman de la filiation nécessite une compréhension préalable de la méthode française de traitement du conflit de lois. Après la grande réforme de la loi de 1972 relative à la filiation, l'homogénéité de la catégorie de statut personnel a subi un coup très rude³⁰⁷. Cette désagrégation de la catégorie du statut personnel qui va se faire au profit de la *lex fori* est le fruit de la décadence de la méthode savignienne dont le reproche principal portait sur le fait qu'elle conduisait à une justice aux yeux bandés. Cette méthode reposait, en effet, sur un postulat implicite : la loi désignée, comme étant le siège de la matière, était présumée convenir parfaitement au rapport de droit en cause, sous réserve de l'exception de l'ordre public³⁰⁸. La méthode savignienne utilisait des critères territoriaux qui visaient à mettre en œuvre la loi qui semblait convenir au mieux au rapport de droit en cause. Confrontée à la réalité, la mécanicité inhérente à cette méthode est jugée inadaptée voir injuste. Une nouvelle préoccupation, pour ne pas dire obsession, s'est emparée du législateur et des juges français pour les questions touchant de près ou de loin l'enfant ; il s'agit de la question de son intérêt. La notion d'intérêt de l'enfant, douée d'une valeur universelle, s'accommodait mal avec les méthodes traditionnelles. Cette dernière, il faut le dire, était neutre par rapport aux données du droit matériel.

Les règles de conflits de lois incorporées dans la loi de 1972 relatives à la filiation avaient pour finalité d'éviter le saut dans l'inconnu de la méthode traditionnelle qui ne présentait pas de garanties pour la personne à protéger. Il fallait trouver une méthode qui permet une certaine prévision quant au fond du droit pour pallier toute incertitude. Même si la règle de conflit classique n'a pas été abandonnée totalement, les nouvelles règles de conflits ne retiennent pas comme critère le siège idéal des rapports de droit, mais le contenu des ordres juridiques auxquels une situation est rattachée et le résultat concret qu'ils offrent aux fins de la localisation³⁰⁹. Par conséquent, le système de règlement des conflits de lois français est défavorable à l'accueil droit musulman (*Section 1*). Mais en réalité, cette affirmation doit être nuancée dans le sens où la méthode utilisée n'empêche pas le droit musulman de prospérer (*Section 2*).

Section 1- Un système *a priori* défavorable à l'application du droit musulman

La loi musulmane est une loi étrangère en France, son application dépendra du degré d'ouverture du système de conflit de lois français. Les règles de conflit de lois françaises en matière de filiation

³⁰⁷ S. Bostanji « *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel* », thèse Dijon 2000.

³⁰⁸ J. Foyer, « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation » RCADI 1985, T 4, p. 27

³⁰⁹ A. Von Overbeck « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé ». *Recueils de cours*, 1982 t 176, p. 36.

sont issues de la loi du 3 janvier 1972. C'est au demeurant la méthode classique de résolution de conflit de lois qui a été remise en cause. Sa neutralité, tant à l'égard de la nationalité des lois (les rattachements bilatéraux ne privilégient pas la loi du *for*) qu'à l'égard de la solution qu'elles imposent (les règles de conflit de lois désignent une loi abstraction faite de son contenu) a paru difficilement acceptable pour les auteurs³¹⁰. Les normes issues de la loi du 3 janvier 1972 sont justement inspirées par les reproches de neutralité à l'encontre de la méthode savignienne et ont une préoccupation de justice matérielle. Ce souci de justice matérielle a conduit le législateur à mettre en place des règles de conflits à finalité matérielle, également désignées sous les expressions « *de règles de rattachement à caractère substantiel*³¹¹ » ou « *à rattachement alternatif*³¹² » ou encore « *règles de conflit engagées*³¹³ ». Quel que soit le qualificatif dont elles sont affublées, ces nouvelles normes ont pour but avoué de désigner l'ordre juridique qui permettra d'obtenir le résultat voulu par l'auteur de la règle de conflit³¹⁴. Leurs structures diffèrent de la règle de conflit classique puisqu'elles comportent des rattachements alternatifs, subsidiaires ou cumulatifs. Malgré la pluralité de rattachements retenus dans cette nouvelle méthode, la préférence nette aux solutions du droit français est palpable puisque l'application de la règle de conflit alternatif est censée produire un résultat concret qui est très certainement celui du droit français. Ce faisant, la nature substantielle de la règle de conflit à finalité matérielle ne fait aucun doute, néanmoins son degré de matérialité est moindre que la règle unilatérale de l'article 311-15 du Code civil qui ne laisse aucune place au jeu du conflit de loi. Les règles de conflit à finalité matérielle (§1) sont souvent comprises comme ayant une nature substantielle. Le rattachement unilatéral de l'article 311-15 (§2) exprime ouvertement une volonté de voir appliquer le droit français.

§1- Les règles de conflit à finalité matérielle

Les règles posées par l'article 311-17 et les anciens articles 311-16 et 311-18 du Code civil contiennent un rattachement alternatif. Elles ont pour caractéristique principale d'appliquer à la situation à régir l'une ou l'autre des lois en présence³¹⁵. Outre cet éventail de lois, le système se singularise par la recherche d'un effet matériel introduit dans le présupposé de la règle. De prime abord, la multiplication des branches laisse penser que la règle est une règle bilatérale puisque les lois en présence ont autant de chance de s'appliquer. La nature des règles à finalité matérielle a été discutée en doctrine. La conception bilatéraliste s'oppose à la conception substantialiste. La résurrection de ce vieux débat a une importance particulière dans la confrontation avec le droit musulman de la filiation. Comme on le sait, les règles musulmanes en matière de filiation

³¹⁰ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, éd. Domat 10 éd., p.460.

³¹¹ A. Bûcher, « *Les règles de conflit à rattachement substantiel*, » Mélanges Schnitzer, Genève, 1979, p. 37.

³¹² J.-P Laborde « *La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit* » thèse Bordeaux, 1981 n° 284 et s.

³¹³ D. Mayer, « *L'évolution de la famille en droit international privé* », JDI 1977, p. 457.

³¹⁴ P. Lagarde « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », RCADI 1986 T 1 n°41.

³¹⁵ J.-P. Laborde thèse, « *La pluralité du point de rattachement...* », thèse, préc., p. 215, n°308.

développent des conceptions opposées au droit français de telle sorte que les objectifs du droit français de la filiation sont largement contredits. Cette confrontation avec le droit musulman (A) révèle la nature matérielle de la règle de conflit à finalité matérielle. La raison est que la politique promue par le biais de cette règle est aux antipodes des valeurs du musulman de la filiation (B).

A- La confrontation avec le droit musulman

La nature de la règle de conflit à finalité matérielle a donné lieu à un débat ardent entre les auteurs qui l'ont comprise comme une règle de conflit et ceux qui voient en elle une règle substantielle. Les tenants de la conception conflictualiste s'appuient sur sa physionomie pour légitimer son appartenance à la catégorie de règle de conflit. Les substantialistes s'appuient sur sa structure particulière pour réfuter la nature conflictuelle de cette règle. Le droit musulman de la filiation a une importance puisqu'il est souvent compris en France comme un droit ne connaissant que la filiation légitime. De ce fait, les objectifs de faveur à la filiation contenus dans l'article 311-17 et l'ancien article 311-16 seront malmenés par l'application du droit musulman. Dans le passé, il a été soulevé l'hypothèse des règles étrangères n'apportant pas les résultats spécifiés dans ces articles. Cette hypothèse se concrétise lorsqu'un père algérien ou marocain veut reconnaître un enfant de la même nationalité. Le blocage engendré par le fait que le droit musulman ne répond pas à la finalité des ces règles montre très bien la faiblesse de la conception conflictualiste (1). De plus, leur caractère matériel impose de s'interroger sur leur interopérabilité avec l'ordre public (2).

1- La faiblesse de la conception conflictualiste

Les règles à finalité matérielle sont des règles qui « *retiennent un éventail plus ou moins étendu de lois potentiellement applicables. A l'intérieur de cet éventail, la loi applicable est déterminée par le juge en fonction de l'effet de droit matériel que la règle de rattachement entend promouvoir* »³¹⁶. La structure de ces règles, comme l'indique cette définition, est un peu particulière et de ce point de vue elles ne sont assimilables ni à des règles de conflit classique, ni à des règles purement substantielles. En premier lieu, le système alternatif adopté par le droit français dans l'article 311-17 diffère de la règle conflit classique en ce qu'il met en concurrence plusieurs lois alors que la règle de conflit savignienne n'en désigne qu'une seule.

³¹⁶ -P. M. Patocchi, « Les règles de rattachement localisatrice et règle de conflit à caractère substantiel ». Thèse Genève 1985, p. 256.

De plus, si l'effort de localisation n'est pas totalement absent dans ces règles, étant donné qu'elles adoptent des critères de rattachement classique dans la détermination des lois qui vont s'appliquer au rapport de droit en cause, il n'en reste pas moins que cet effort ne saurait se dispenser de la consultation *a priori* du contenu des lois en présence. Cette dernière opération permet de choisir parmi ces lois celle qui s'appliquera à l'espèce, ce choix étant déterminé par l'effet matériel recherché. Dans ce contexte, on est loin de l'opération de localisation classique qui consiste à déterminer la loi applicable uniquement en raison des liens étroits qu'elle entretient avec la relation juridique³¹⁷.

L'originalité structurelle de la règle de conflit à finalité matérielle tient à son présupposé. Composite, il associe des critères de références et un élément matériel³¹⁸. Cet élément matériel est un effet juridique défini dont la règle commande de rechercher s'il est ou non produit par les lois indiquées par le critère de référence³¹⁹. Dans l'exemple de l'article 311-17, la règle commande de rechercher si la personne de l'auteur de la reconnaissance ou la loi personnelle de l'enfant valide la reconnaissance. Si ce constat ne laisse aucune place au doute, la nature de la règle à finalité matérielle est très mal connue. Certes, la majorité de la doctrine française considère que c'est une règle de conflit. Néanmoins elle n'est pas vue comme une règle de conflit classique dans la mesure où elle n'est pas indifférente au résultat. Le doute relatif à sa nature est à l'origine du débat entre les auteurs qui ont une lecture conflictualiste et ceux qui ont une conception substantialiste. Pour les tenants de la thèse conflictualiste, l'incorporation d'une règle matérielle dans le présupposé de la règle à finalité matérielle ne fait pas de cette dernière une règle substantielle. Pour réfuter cette qualification de norme substantielle, les auteurs français ont recouru à une justification négative en montrant que la règle de conflit à finalité matérielle n'était pas une règle substantielle.

Pour comprendre la nature matérielle de ces règles, il suffit de les confronter à un droit étranger ne poursuivant pas le même objectif que le droit français. Prenons l'hypothèse d'une reconnaissance de paternité engagée par un musulman pour s'affilier un enfant naturel lui aussi originaire d'un pays musulman. Dans cette situation, les lois rendues compétentes par l'article 311-17 du Code civil ont la particularité de s'opposer à la directive matérielle contenue dans le présupposé de cet article, à savoir la validité de la reconnaissance de paternité, puisque la filiation hors mariage est interdite dans tous les pays musulmans. Que doit faire le juge dans cette hypothèse où les lois désignées n'offrent pas le résultat attendu ? Pour réfuter le caractère intrinsèquement substantiel de la règle à finalité matérielle de l'article 311-17, les arguments avancés mettent l'accent sur le rôle des lois désignées dans le présupposé. Or ces derniers sont loin d'être convaincants du moins en présence du droit musulman qui accuse une différence d'ordre systémique avec le droit français.

³¹⁷ B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit » *RCADI* 1984, T 3, p. 272.

³¹⁸ F. Soirat, « Les règles de rattachement à caractère substantiel », thèse Paris, 1995, p. 16.

³¹⁹ *Ibidem*.

D'abord, pour justifier le caractère conflictuel de la règle à finalité matérielle, on a avancé la volonté du législateur comme argument. Ainsi on ne saurait imputer au législateur de 1972 la volonté de regrouper au sein d'un même *corpus*, des règles de conflit (311-14, 311-16, 311-17, et 311-18) et des règles substantielles. Cet argument opposé à la lecture substantialiste initiée par M Mayer³²⁰ refuse de faire prévaloir la lettre du texte sur son esprit. D'ailleurs, si la volonté du législateur apparaît ici, plus que nulle part ailleurs, comme un élément structurel de la règle alternative, elle n'est pas clairement décelable, il peut en résulter une distorsion dans l'application de la règle. La volonté du législateur depuis la réforme de 1972 est de favoriser l'établissement de la filiation sans distinction tenant à la nature de la relation parentale. Ainsi, l'évolution de la législation française s'est orientée dans un sens opposé aux prescriptions du droit musulman de la filiation qui ne connaît que la filiation dans le mariage.

Ensuite le deuxième argument est avancé par M. Fadlallah. Étudiant la règle de l'article 311-16 relative à la légitimation, l'auteur fait remarquer que « *les conditions du résultat poursuivi ne sont pas spécifiées par la loi elle-même, mais par une loi désignée par cette règle* »³²¹. Cette observation est vraie dans la mesure où la règle à finalité matérielle ne prescrit pas le régime de l'institution en question, lequel dépendra entièrement de la loi qui sera retenue. Cela étant, lorsque la loi étrangère ne connaît pas le principe de la légitimation il y aura opposition entre la directive matérielle et les lois rendues compétentes. La loi musulmane opposée à la légitimation sera assurément évincée en ce qu'elle contredit la faveur à la légitimation. La Cour de cassation a montré l'importance de l'élément validant contenu dans l'article 311-16 en censurant les juges du fond qui ont prononcé une légitimation sur le fondement du droit tunisien lequel ignore l'institution de la légitimation. L'idée principale étant que les considérations substantielles doivent primer dans la mise en œuvre de l'article 311-16 du Code civil.

Enfin, il y a un troisième argument tiré de la liberté du juge, avancé par M Foyer³²². Pour lui, ce que le législateur impose, c'est un résultat, mais le juge est laissé libre des moyens pour y parvenir avec le choix qui lui est donné entre deux ou plusieurs lois. L'auteur fait remarquer aussi que la règle substantielle unit la fin et les moyens, or ce n'est pas le cas de la règle à finalité matérielle qui conserve le caractère indirect propre à toute règle de rattachement. Cet argument de la liberté du juge ne fait pas le poids. En effet, la liberté du juge est très réduite lorsque les lois rendues compétentes s'opposent aux valeurs fondamentales du droit français comme l'égalité. Par conséquent, il n'aura pas d'autre choix que d'écarter la loi d'obédience musulmane par l'ordre public.

³²⁰ Voir P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°605.

³²¹ I. Fadallah « *La famille légitime en droit international privé* », thèse Paris 1977, p. 296.

³²² J. Foyer « Problèmes de conflits de lois en matière de filiation », RCADI 19985, T. 4, p. 46.

Pas très loin de cet argument, Patocchi considère qu'en raison de son caractère indirect, la règle de conflit à finalité matérielle appartient au genre « règle de conflit »³²³. Pour réfuter la conception substantialiste de la règle à finalité matérielle, l'auteur met en évidence le fait que cette conception ne rend pas compte du rôle exercé par les lois consultées dans la réalisation de l'objectif poursuivi. De ce fait, si la règle à finalité matérielle est à l'origine « d'un régime de droit international privé », celui-ci, « *se distingue d'une réglementation de droit international privé matériel au sens strict non seulement par sa dépendance par rapport au droit interne, mais aussi par son contenu en quelque sorte indéterminé. Sa teneur dépend en effets du contenu des lois potentiellement applicables : elle varie pour chaque situation concrète selon les États avec lesquels celle-ci présente des liens* »³²⁴. Étant donné ce lien entre la règle à finalité matérielle et le droit interne, il y a un risque de conflit de systèmes lorsque le droit substantiel étranger poursuit des objectifs opposés à ceux du droit interne. Il va falloir à ce moment-là résoudre un conflit de lois. Le résultat sera sans aucun doute l'éviction du droit étranger différent du droit interne surtout lorsque le principe sous-entendu par la règle à finalité matérielle est fondamental.

Ces arguments que nous venons de disqualifier prennent appui sur la présence des lois étrangères dans le présupposé de la règle à finalité matérielle. La présence de ces lois de référence éventuellement étrangères ne fait pas de la règle à finalité matérielle, une règle de conflit. Pour s'en convaincre, il faut se rappeler que le procédé de consultation des lois étrangères est consacré par d'autres règles qui ne sont pas des règles de conflits. Ainsi en est-il de l'article 113-6 alinéa 2 du Code pénal prévoit que la loi pénale française s'applique aux délits commis à l'étranger par des Français, « si les faits sont punis par la législation du pays où ils sont commis ». De même le droit de la nationalité déclare français « l'enfant né en France de parents étrangers et à qui n'est attribuée par les lois étrangères la nationalité d'aucun de deux parents ». La nature substantielle de ces règles est patente puisque leur auteur ne résout pas seulement les questions de droit qu'il envisage, mais dans l'exemple de l'article 311-17 il manifeste une faveur nette en faveur de la validité de la reconnaissance³²⁵. La règle à finalité matérielle de l'article 311-17 et de l'ancien article 311-18 du Code civil ne cherche pas la loi ayant les liens le plus étroits avec la situation, mais une loi permettant d'atteindre la solution la plus appropriée aux yeux de l'ordre juridique français³²⁶. Confectionnée par le législateur français, cette réglementation de nature substantielle transpose dans les relations internationales des exigences purement nationales³²⁷.

³²³ P-M. Patocchi, thèse préc., p. 260.

³²⁴ *Ibidem*.

³²⁵ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n°140.

³²⁶ M. Farge, « *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle* », thèse Grenoble 2000, p 123, n°152.

³²⁷ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international » in, T. Revet (ss dir.), *L'ordre public à la fin du vingtième siècle*, Dalloz 1996, p. 70.

Ceux³²⁸ qui ont défendu la thèse conflictualiste, proposent d'écarter le mécanisme du renvoi. Ils affirment que la remise en cause du paradigme savignien de la règle de conflit par la loi de 1972 condamnait par la même le recours au renvoi. L'exclusion du renvoi serait due au fait que le rattachement alternatif est une technique au service d'un résultat bien déterminé. D'autres auteurs³²⁹ ont nuancé le danger du renvoi pour la réussite de l'objectif poursuivi, car même si le perfectionnement progressif de la règle de conflit conduit à une réduction du domaine du renvoi, celui-ci peut contribuer à atteindre le résultat matériel voulu par le législateur. La logique de cette admission du renvoi conduit à l'acceptation d'un renvoi un peu particulier, le renvoi *in favorem*, ce dernier pouvant contribuer à atteindre le résultat attendu. Cette présentation des choses met en relief, l'importance du présupposé de droit matériel dans la nouvelle méthode, ce qui d'une certaine façon sert la cause du courant substantialiste. Tout ce qui précède démontre que la règle de conflit est aujourd'hui appliquée, sinon véritablement conçue, en France comme un instrument permettant de parvenir à une réglementation jugée satisfaisante des rapports privés internationaux³³⁰. Le procédé ne se borne pas à une attribution purement géographique, mais fait la part à des éléments de justice matérielle.

Le renvoi peut être une voie de sortie lorsque les deux lois désignées par l'article 311-17 sont d'obédience musulmane et qu'elles ne fournissent pas le résultat souhaité. Dans cette hypothèse, le recours au renvoi peut aboutir à l'intervention d'une autre loi plus favorable aux résultats attendus. Ainsi, la Cour d'appel de Paris³³¹, dans un arrêt du 18 mars 2004, a mis en œuvre le renvoi dans une affaire dans laquelle un enfant français, mis au monde par une mère de même nationalité, avait été reconnu par un Égyptien. La mère contestait la reconnaissance afin de pouvoir exercer une action en recherche de paternité. La loi égyptienne de l'auteur ne connaissant pas la reconnaissance de filiation, la cour d'appel de Paris utilise l'article 906 du Code égyptien de statut personnel donne compétence à la loi française.

L'usage du renvoi était discuté au sein de la doctrine française. Des auteurs³³² s'en méfient en ce que ce mécanisme risque de faire échec aux objectifs de faveur à la filiation poursuivis par le législateur à travers l'article 311-17. D'autres auteurs adoptent une position plus nuancée en observant que le renvoi pourrait, parfois, au contraire, servir les desseins du législateur. Aussi préconisent-ils un renvoi *in favorem* ou sélectif : le mécanisme doit être admis lorsque la loi à laquelle il est renvoyé permet de valider la reconnaissance. Pour l'heure, la question n'a guère été tranchée par la Cour de cassation. Un jugement du tribunal de grande instance de Paris du 29 novembre 1994³³³ avait écarté le renvoi pour la mise en œuvre de l'article 311-17 lorsqu'il est

³²⁸ J. Foyer, « Requiem pour le renvoi », travaux du comité français de droit international privé (1980-1981), 1982, p. 104.

³²⁹ P. Lagarde réagissant au propos de J. Foyer, travaux du comité français de droit international privé (1980-1981), 1982, p. 131.

³³⁰ B. Audit, « Le droit international privé à la fin du XX siècle : progrès ou recul », *RIDC*. Vol 50, 1998, p. 427.

³³¹ CA Paris, 18 mars 2004, *Dr fam.* 2004 comm. 45, note M. Farge.

³³² V. Notamment P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n° 226.

³³³ TGI Paris, 29 novembre 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 708, note J. Foyer.

transformé en rattachement cumulatif en vertu duquel la contestation, comme la nullité de la reconnaissance, ne peuvent être admises que si elles sont autorisées par la loi personnelle de l'auteur de la reconnaissance et par celle de l'enfant. Ce litige s'était d'ailleurs poursuivi jusqu'à la Cour de cassation, laquelle avait consacré la métamorphose de l'article 311-17 en rattachement cumulatif³³⁴.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris montre très bien que les considérations substantielles sont d'une importance capitale. L'application de la loi étrangère n'est pas une fin en soi, mais dépend entièrement du résultat spécifié dans la règle 311-17 du Code civil à savoir la validité de la reconnaissance de paternité. Le droit musulman tel que compris dans le milieu juridique français ne peut trouver une application par le truchement de l'article 311-17. Outre le renvoi, comme moyen pour sortir de l'impasse lorsque les deux lois ne permettent pas d'atteindre le résultat, le juge a la possibilité d'utiliser l'ordre public.

2- L'interopérabilité avec l'ordre public

La nature substantielle de la règle à coloration matérielle est tellement vraie qu'on peut s'interroger sur le lien avec l'ordre public. La réserve d'ordre public comme les règles de rattachement à caractère substantiel ont pour finalité commune la sauvegarde d'une certaine justice matérielle. La source de cette justice matérielle, aussi bien pour les règles à finalité matérielle que pour l'ordre public, est le droit interne dans le sens où la communication avec ce dernier est nettement visible. Ce lien atteste que la fin recherchée est bel et bien de faire triompher certaines conceptions du *for* douées d'une valeur suprême. De ce point de vue, la raison d'être de ces règles substantielles est de prêter main-forte aux objectifs législatifs du *for*.

Toutefois, l'ordre public, comme les règles à caractère substantiel sont bien animées d'une volonté d'hégémonie, voire d'impérialisme, du droit national lui-même. Le motif de rejet porte sur l'incompatibilité entre les règles nationales et la teneur de la loi étrangère³³⁵. Si l'ordre public intervient, c'est parce que le règne absolu de la règle de conflit classique neutre et abstraite l'avait investie dans ce rôle de sentinelle rapproché de l'ordre juridique national. Cette mission de sauvegarde des valeurs essentielles du *for* est la finalité de la règle à coloration matérielle, cependant, la différence avec l'ordre public tient au moment de son intervention. Dans les règles à coloration matérielle, les considérations matérielles ne sont pas reléguées à l'issue du processus,

³³⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1999 : Juris-Data n° 1999-002786 ; *Dr. fam.* 2000, comm. H. Fulchiron ; *Deffrénois* 2000, p. 109, note J. Massip ; *JCP G* 2000, II, 10353, note T. Vignal ; *D.* 1999, p. 483, J. Sainte-Rose.

³³⁵ L'éviction de la loi étrangère, aussi bien dans par le fait de l'ordre public que par le fait des règles à coloration matérielle est due à sa teneur. Si la mise en œuvre de la règle de conflit classique aboutit à un résultat qui ne froisse pas les valeurs du *for* alors la loi étrangère bénéficie d'un accueil favorable. De même si le choix d'une loi étrangère par le juge dans le cadre de la mise en œuvre d'une règle à finalité matérielle répond aux objectifs de la loi française, la loi étrangère s'appliquera.

mais opèrent au sein même de la règle de conflit³³⁶. Il en résulte, somme toute, que l'ordre public intervient ici en amont. On peut d'une certaine manière mettre en évidence que le choix de la loi applicable en fonction de la teneur des règles matérielles introduit en quelque sorte un élément de censure matérielle dans la règle de rattachement, dont l'effet est d'écarter l'application des lois moins évoluées dans un domaine déterminé et de réduire ainsi la fréquence de la mise en œuvre de la réserve d'ordre public³³⁷.

Ainsi si l'ordre public a pu devenir moins sensible depuis les années soixante à une certaine impérativité des lois internes, c'est en grande partie parce que ces règles à coloration matérielle sont peu à peu apparues pour se charger directement de la tâche de sauvegarder certaines politiques du *for*. Leur déploiement dans ce rôle nouveau a ainsi dégagé l'ordre public d'une tâche qui n'était pas véritablement la sienne, et l'a ramené à ses fonctions originelles³³⁸.

Cela étant, on peut toujours s'interpeller sur l'aptitude de la nouvelle règle de conflit à absorber en totalité le rôle de l'ordre public au point où le recours à ce dernier deviendrait superfétatoire. Rappelons que la nouvelle méthode est hybride et tient autant de la règle de conflit des lois que de la règle matérielle : de ce fait, elle peut emporter des résultats paradoxaux, puisqu'elle conduit tout à la fois à la mise à l'écart d'un ordre public traditionnel, les objectifs du *for* étant coulés dans la règle de conflit, et à un possible renouvellement de la conception de l'ordre public, en ce qu'il viendrait parachever en cas de besoin les objectifs matériels mis en œuvre. Le droit français à accorder une place centrale à la faveur en matière de filiation à travers l'article 311-17 qui énonce que « *la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité soit la loi personnelle de l'auteur, soit la loi personnelle de l'enfant* ». Ici l'option ouverte pour le juge a, à l'évidence, pour objet de favoriser l'établissement volontaire de la filiation. On voit bien que l'objectif de faveur qui devrait obligatoirement inspirer l'ordre public se trouve ici diffuser par le canal de cette règle à coloration matérielle. Se pose donc la question de savoir si l'ordre public est définitivement écarté pour les litiges relatifs à la reconnaissance.

Les choses ne sont pas aussi certaines qu'elles puissent paraître, car l'aptitude de la règle de conflit à finalité matérielle à s'acquitter de la tâche dévolue à l'ordre public est loin d'être parfaite. Loin de trahir le sens de la règle à finalité matérielle, l'ordre public viendrait en quelque sorte masquer cette inaptitude de la nouvelle de conflit à dénouer le conflit de lois. Cette substitution de l'ordre public à la règle à finalité matérielle est concevable dans l'hypothèse où aucune des lois recensées ne permet d'atteindre l'objectif visé. Cette faiblesse de la nouvelle règle de conflit est résorbée lorsque parmi

³³⁶ M. Farge, « *Le statut familial des étrangers en France de la loi personnelle à la loi de la résidence habituelle* », thèse préc., p. 124.

³³⁷ P.-M. Patocchi, « *Les règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantielles* », thèse préc., n°547.

³³⁸ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. Rivet (ss dir.), D. 1996, p. 68.

les lois en présence figure la loi française³³⁹. L'intervention de la réserve de l'ordre public est attachée au caractère imprévisible de cette méthode à caractère substantielle dans le sens où celle-ci ne désigne pas directement la loi française. Tout dépendra de la nationalité commune ou différente de l'auteur et de l'enfant. Si celles-ci sont étrangères, il faudra appliquer un droit étranger autrement programmé. Pour certains³⁴⁰ le défaut de mention de la loi française par le législateur peut sous-entendre que ce dernier n'ait pas voulu l'application de la loi française à tous points.

Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 octobre 2003³⁴¹ a voulu user de l'ordre public afin de corriger, semble-t-il, les ratés de la règle de conflit de l'article 311-17. Il s'agissait en l'espèce de la contestation de la filiation paternelle d'un enfant français établie par une reconnaissance souscrite par un Tunisien. La filiation était adultérine et elle était contestée par les héritiers de ce Tunisien mort et enterré en Israël. Concernant la résolution du conflit de lois, il faut rappeler que, depuis un arrêt du 6 juillet 1999, la contestation de reconnaissance est soumise à la règle de conflit à coloration matérielle de l'article 311-17 du Code civil. Ce texte ne vise pourtant que la validité de la reconnaissance, qui, dans un objectif de faveur, doit être admise si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant. Mais, la Cour de cassation a consacré une sorte d'interprétation *a contrario* en vertu de laquelle l'article 311-17 du Code civil est également applicable tant à l'action en nullité qu'à l'action en contestation d'une reconnaissance. La métamorphose de l'article 311-17 du Code civil en rattachement cumulatif conduit à rechercher si la contestation est possible aussi bien au regard du droit personnel de l'auteur de la reconnaissance (en l'occurrence le droit tunisien), qu'au regard de celui de l'enfant (ici le droit français). Suivant scrupuleusement ce programme, la Cour d'appel de Paris commence par aller consulter le droit tunisien pour voir s'il permet la contestation d'une reconnaissance naturelle. Au bout de cette démarche, les juges observent que l'application du droit tunisien conduirait à rendre impossible toute contestation. Pour la Cour d'appel, le droit tunisien serait « contraire à la conception française de l'ordre public international, car elle aurait pour effet à l'égard d'un enfant français ou résidant en France de rendre impossible la recherche d'une filiation conforme à la vérité biologique »³⁴². Cette position appelle deux remarques : une première relative au recours à l'ordre public dans cette espèce et une seconde sur l'aptitude de l'article 311-17 à assumer entièrement le rôle de l'ordre public. En premier lieu, l'intervention de l'ordre public était inutile est propre au cas d'espèce. Dans cette affaire, les rattachements de l'article 311-17 du Code civil désignaient, l'un, la loi française de l'enfant, l'autre, la loi tunisienne de l'auteur de la reconnaissance. Or, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, il suffit que l'une des deux lois désignées s'oppose à l'annulation ou à la contestation de la reconnaissance pour que la filiation naturelle ne puisse être anéantie. Dès lors, la cour d'appel disposait d'une démarche, beaucoup plus simple que celle qu'elle a adoptée, pour

³³⁹ A. E. Overbeck, « Etude de quelques questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », R.C.A.D.I 1982, T 3, p 9.

³⁴⁰ I. Fadallah, « *La famille légitime en droit international privé* », D. 1977, p. 296.

³⁴¹ Paris, 23 octobre 2003, Juris-Data n°2003-231188, *Dr. fam*, 2004, étude 12, M. Farge.

³⁴² *Ibidem*.

résoudre le litige. Il suffisait de commencer par consulter le droit français, compétent au titre de la loi personnelle de l'enfant pour ensuite observer que celui-ci ne permettait pas sa contestation.

En second lieu, dans cette approche logique qui subordonne l'anéantissement de la filiation à son établissement, le recours à l'ordre public semble incontournable pour atteindre l'objectif de faveur à la reconnaissance de paternité. Mais pour éviter l'usage de l'ordre public lorsque le juge est face à une loi conforme aux préceptes de l'Islam, dans le procès en contestation de la reconnaissance, il serait préférable de ne pas consulter la loi d'obédience musulmane et de considérer que le droit étranger à décliner l'offre faite par le législateur français à travers l'article 311-17³⁴³.

B- La promotion d'une politique législative aux antipodes des valeurs du droit musulman de la filiation

La loi du 3 janvier 1972 a remis en question l'efficacité de la méthode savignienne sur certains aspects en matière de l'établissement de la filiation. Ce renouveau de la méthode qui s'est traduit par une altération de cette méthode classique correspondait à une volonté de promouvoir les solutions et tendances du droit français dans l'ordre international. La règle de conflit des articles 311-16 et suivants a été l'outil de cette promotion. L'effet de droit matériel intégré dans le présupposé de la règle de droit ainsi que la multiplication des lois susceptibles de s'appliquer sont autant d'éléments qui favorisent l'application massive du droit français. Ainsi les deux idées maîtresses de la loi 72, la faveur à l'établissement de la filiation et l'égalité des filiations se trouvent projetées dans le droit international privé avec la nouvelle méthode. L'idée de faveur existe en droit musulman, mais les modalités de mise en œuvre sont différentes par rapport au droit français (1). Concernant le concept d'égalité, il est étranger au droit musulman (2).

1- Une mise en œuvre différente de l'idée de faveur à la filiation

Le rôle dévolu à la règle de conflit engagée est avant tout de favoriser un effet matériel qui est défini au sein de la règle. Concrètement, le législateur isole un effet matériel dont la réalisation dépend de la réunion des conditions posées par les règles substantielles de l'ordre juridique indiqué par les lois choisies. A partir du moment où une des lois en présence fournit le résultat attendu, cette loi s'applique, quelle que soit son origine. Neutre en la forme, le rattachement alternatif est au fond un instrument promotionnel lorsque la loi étrangère est éliminée pour son incapacité à atteindre le

³⁴³ Cette suggestion est de M. Farge, voir note préc.

résultat voulu malgré sa vocation à régir le rapport de droit en raison du lien étroit de ce dernier avec elle. A titre d'exemple, la règle de l'article 311-17, et celles des anciens articles 311-16 et 311-18 n'aménagent aucun espace de liberté pour le juge ou pour les parties. Le choix de la loi doit être dicté inexorablement par l'idée de la faveur. Cette systématisation de la faveur dans la règle de conflit française est issue de l'influence du droit interne sur le droit international privé. On peut certes reprocher à l'élection de la faveur comme présupposé d'une règle de conflit son caractère mécanique, néanmoins il y a dans ce choix des justifications solides. La loi de 1972 avait pour finalité de promouvoir la vérité biologique pour restituer les enfants dans leur généalogie comme l'évoque la célèbre maxime du Doyen Carbonnier, « attribuer à chacun le sien, à chaque être humain son vrai rapport de filiation³⁴⁴ ».

L'élection de la faveur comme principe au sein de la règle de conflit n'est pas un obstacle à l'accueil du droit musulman. Comme il a été dit, la notion de faveur à la filiation n'est pas étrangère au droit musulman qui favorise à sa manière l'établissement de la filiation. Toutefois, les méthodes de promotion de cette idée sont profondément différentes de sorte l'accueil du droit musulman dans la cadre de l'article 311-17 s'avère problématique. La logique mise en avant par le droit musulman veut que la promotion de la faveur ne puisse se passer d'une référence au mariage. En effet, l'importance accordée dans les sociétés musulmanes au mariage explique que ce dernier est l'épine dorsale de toute relation familiale³⁴⁵. Le mariage ne légitime pas seulement la filiation, il fait mieux : il est la condition principale de son existence. Sans mariage, pas de filiation paternelle. Le moyen trouvé pour secourir l'enfant conçu hors mariage passe indiscutablement par une extension de la légitimité. Autrement dit même si l'enfant est en réalité naturel, sa filiation doit trouver une justification au moins illusoire par rapport au mariage. La reconnaissance de paternité du droit musulman classique exigeait pour sa validité un silence sur l'illicéité de l'origine de l'enfant. Les Codes de statut personnel ont repris ce régime souple, mais comme il a été mentionné plus haut, cette souplesse a été niée par un juge aux interprétations rigoristes³⁴⁶.

Ce système ne peut pas être reçu par le biais de l'article 311-17 qui défend un concept de faveur à la filiation autrement élaborée. Dans le contexte français, le mariage a perdu depuis longtemps l'importance qui était la sienne dans le cadre de la filiation³⁴⁷. Si bien que les sources de la filiation sont aujourd'hui diversifiées. D'ailleurs, le principe de l'égalité des filiations, amplifié depuis la réforme de 1972, condamne toute discrimination des enfants en raison de leur naissance. L'ordonnance de 2005 a mis ce principe dans l'article 311-17 puisque les mentions « filiation naturelle » et « filiation légitime » ont été supprimées. De ce fait, l'objectif de validation de la reconnaissance de paternité implique aussi le refus de toute législation interdisant la reconnaissance

³⁴⁴ J. Carbonnier « *Essais sur les lois* », Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd. 1995, p. 118.

³⁴⁵ G. Ascha, « *Mariage, Polygamie et Répudiation en Islam, justifications des auteurs arabomusulmans* », L'Harmattan, Paris 1998, p. 13.

³⁴⁶ Voir supra titre 1 chapitre 2.

³⁴⁷ V. Larribau- Terneyre, « Feu les enfants légitimes et naturels, vive la présomption de paternité », *Dr. fam.*, 2005, repère 9.

d'enfant naturel. Certaines juridictions françaises ont écarté la loi musulmane en ce qu'elle ne permettait pas d'atteindre cet objectif de faveur³⁴⁸.

On comprend dès lors que le mot conflit ne sied pas à l'article 311-17 dont l'objectif n'est pas de résoudre un différend, mais de réduire les hypothèses dans lesquelles un père ne pourra établir une paternité qu'il accepte³⁴⁹. L'article 311-17 ne peut pas toujours remplir sa mission de faveur dans la mesure où les lois élues sont au nombre de deux, le risque de conflits négatifs n'est pas exclu. Tel est le cas si aucune loi n'est favorable à la filiation. Pour pallier ce risque, certains auteurs³⁵⁰ proposent de se tourner vers l'article 311-14 du Code civil en raison de sa vocation générale lorsque la loi de la mère n'admet pas l'établissement de la filiation. Une telle suggestion répond au besoin de la cause en ce que le recours au 311-14 ajoutera la loi de la mère aux deux lois prévues par l'article 311-17³⁵¹, renforçant ainsi l'intensité de la politique de faveur³⁵². L'intension de la politique de faveur est plus forte dans l'article 311-17 qu'elle ne l'était dans l'ancien article 311-18, en raison du fait que dans le premier texte, le choix incombe au juge et non à la partie dont l'intérêt est promu. Le juge, tenu de mettre en œuvre la règle de conflit, doit comparer les contenus des différentes lois en présence avant de faire le choix de celle qui procure au mieux le résultat³⁵³.

A l'heure d'aujourd'hui, l'évolution des idées laisse une grande place au concept de faveur qui se présente comme une donnée solidement ancrée dans nombre de branches du droit et qui participe de l'idée qu'il faut remédier à certaines inégalités de fait. Cet acquis irréversible est largement au-dessus de l'argument de la neutralité du droit. Cette neutralité est un argument faible surtout que la faveur est destinée à favoriser l'établissement volontaire ayant pour vertu la création d'un lien de famille voulu et assumé qui donnera naissance à une famille authentique. En refusant cette faveur à l'action en recherche de paternité, le législateur n'aurait pas estimé nécessaire de promouvoir, dans les relations internationales, un mode d'établissement qui, parce qu'il repose sur un contentieux, sur un combat, ne pourra donner naissance à une authentique famille³⁵⁴. Pour le cas de l'enfant naturel, il n'a pas été jugé commode de créer d'un lien de filiation forcée qui en tout état de cause se résumerait à des effets patrimoniaux. Reste pour lui le droit aux aliments favorisés par le protocole de La Haye.

³⁴⁸ CA Paris, 23 oct. 2003, préc.

³⁴⁹ M. Farge, « *Le statut familial des étrangers en France...* », thèse préc., p. 184.

³⁵⁰ I. Fadlallah, note sous Paris, 11 mai 1976, préc.

³⁵¹ La Cour de cassation a fermé la porte à une telle éventualité en matière de contestation de reconnaissance de paternité en affirmant que : « étant saisie d'une action en contestation de reconnaissance de paternité de chacun des enfants, la cour d'appel n'avait pas à faire application de l'article 311-14 du Code civil ». Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, *Dr. fam* 2013, comm 104, note C. Neirinck.

³⁵² P-M. Patocchi, « *Les règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantielles* », thèse préc., n° 90.

³⁵³ Nous développerons plus loin les incidences de cette obligation qui pèse sur le juge.

³⁵⁴ M. Farge, « *Le statut personnel des étrangers en France de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle* », thèse préc., p. 190.

2- L'égalité de filiation : un concept étranger au droit musulman

La loi de 1972 avait pour principe directeur l'égalité des filiations avec une disposition qui énonçait que l'enfant naturel a en général « les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ces rapports avec ses père et mère. Il entre dans la famille de son auteur ». Cette loi n'a pas osé pousser le principe de l'égalité jusqu'à ses extrêmes limites en raison des équilibres que la loi cherchait à atteindre. L'enfant était intégré dans le groupe de ses parents. Néanmoins la famille légitime avait encore des relents de faveur puisqu'il était admis que l'enfant naturel, s'il avait le même droit que l'enfant légitime, avait un grand intérêt à devenir légitime, d'où une certaine faveur de la loi pour la légitimation de l'enfant naturel. Cette physionomie du droit interne a largement influencé les articles destinés à régir les situations présentant un caractère international, accréditant ainsi les reproches de narcissisme assésés à l'encontre du droit international privé construit en contemplation du droit interne³⁵⁵. Cette approche autocontemplative, théorisée par certains auteurs³⁵⁶, se retrouve dans le droit international privé français qui nous permet de mesurer l'ampleur de l'influence des réformes internes. Les dimensions données par le législateur à l'égalité de filiation dans le droit interne sont les mêmes dans le droit international. Certes, la loi de 1972 a fait un grand pas vers l'égalité des enfants, quelles que soient leurs conditions de naissance, cependant elle n'avait pas effacé totalement les catégories enfant naturel et enfant légitime : loin d'une unification de deux statuts, elle facilitait et favorisait le passage du statut d'enfant naturel à celle d'enfant légitime par le biais d'une faveur prononcée pour l'institution de la légitimation. Cette même logique triomphait dans le droit international à travers l'article 311-16³⁵⁷ qui avait pour but de favoriser la légitimation à travers une option de législation avec un choix possible entre quatre lois pour la légitimation post *nuptias* et une option entre deux lois pour la légitimation par autorité de justice.

Cette faveur à la légitimation impliquait la supériorité de la filiation légitime sur la filiation naturelle ou du moins une certaine attraction de la première. Ce sous-entendu de l'institution nourrissait le débat de son maintien. Or, au regard de la condition juridique de l'enfant, la catégorisation de la filiation était plus que condamnable. Au-delà du reproche de discrimination, cette dichotomie était superflue dans la mesure où la distinction n'a d'intérêt qu'à partir du moment où elle appelle une différence de régime³⁵⁸. De plus, la suppression de cette différence de qualification condamnée par l'évolution de mœurs n'aurait été que l'aboutissement logique de l'unification progressive de deux statuts. Une adaptation du droit était nécessaire pour la

³⁵⁵ J. Déprez, « Droit international privé conflits de civilisations », art préc., n° 147.

³⁵⁶ E. Martin, « *Principes de droit international privé dans la loi et la jurisprudence française* », Paris, Domat-Montchrestien, 1930, p. 239

³⁵⁷ Qui ouvre une série d'options de législation avec un premier alinéa qui dispose, « le mariage emporte légitimation lorsque, au jour où l'union est célébrée, cette conséquence est admise, soit par la loi régissant les effets du mariage, soit par la loi personnelle de l'un des époux, soit par celle de l'enfant ».

³⁵⁸ J. Hauser, « Vers une théorie générale du droit de la famille ? », *D* 1991, Chron. 56.

coïncidence des mœurs avec le droit et cette exigence devrait passer par la suppression de l'article 311-16. En droit international privé, le juge est traditionnellement le modulateur de la règle de conflit à travers le jeu de l'ordre public qu'il fait fluctuer au gré de l'évolution du droit interne. Toutefois, le juge n'a pas eu le choix en matière de légitimation ; l'institution était directement prise en charge par une règle de conflit engagée. Lorsque la politique législative qui sous-tendait la règle de conflit à caractère substantiel perd de sa pertinence, sa raison d'être devient moins évidente. Il fallait donc nécessairement une réforme législative abrogeant la légitimation et ses insinuations discriminatoires. L'ordonnance du 4 juillet 2005 est venue parachever l'égalité largement amorcée par la loi du 3 janvier 1972. Elle donne une dimension nouvelle au principe d'égalité puisqu'elle a supprimé la catégorie d'enfant naturel et d'enfant légitime³⁵⁹. Le choix de l'unité de qualification condamnait par conséquent la légitimation qui était ainsi désavouée. Avec la fin de la dichotomie enfant naturel/enfant légitime, le système français de la filiation est devenu unitaire.

Ce système est incompatible avec le droit musulman qui n'a pas une approche égalitaire de la filiation. Plusieurs raisons expliquent cette incompatibilité.

D'abord, le droit musulman n'a pas connu une dualité des filiations comme le droit français. Pour lui, il n'y a qu'une seule catégorie les enfants légitimes. Concernant les enfants naturels, il a soigneusement aménagé des expédients juridiques pour les classer dans cette catégorie³⁶⁰. Les techniques comme la fiction de l'enfant endormi et la reconnaissance de paternité avaient vocation à atténuer le principe de l'interdiction de l'enfant naturel. L'existence de ce dernier rend difficile toute coordination des deux systèmes puisque l'égalité est un droit fondamental en France. Le fossé entre droit français et droit musulman s'est encore élargi depuis que les législations musulmanes actuelles ont altéré l'esprit du droit musulman classique en supprimant ses correctifs³⁶¹. Le tort qui en résulte pour l'enfant naturel n'a pas de quoi satisfaire l'attachement du droit français à ce principe d'égalité³⁶². Une décision française déclarant une paternité hors mariage ne passera pas devant un juge algérien ou marocain. De même que le juge français sera mal à l'aise devant les dispositions interdisant à l'enfant naturel d'établir sa filiation.

³⁵⁹ P. Malaurie et L. Aynès, *La famille* 4^e éd. Defrénois 2011, n° 946.

³⁶⁰ « Notre législation ignore l'enfant naturel en tant que tel, car elle ne veut pas en faire une caste à part... Car dès l'origine de notre droit, la filiation était établie indépendamment du mariage. L'enfant était né de telle femme, de tel homme. Le problème qui se posait était celui de la preuve. Pour établir que l'enfant était né de telle femme, il n'y avait aucune difficulté. Pour le père la preuve était plus difficile à apporter ». C'est la réponse du ministre tunisien de la Justice en réponse à une question posée par la représentante des femmes. *Revue trimestrielle de l'union nationale des femmes tunisiennes* n° 6, 1966, p. 13.

³⁶¹ Comme il a été dit, la théorie de l'enfant endormi a été supprimée de même que le régime souple de la reconnaissance de paternité est compromis par une jurisprudence sévère.

³⁶² F. Munoz-Péres, « Aspects comportementaux et dans l'évolution des naissances hors mariage en France et en Espagne », in *Enfants d'aujourd'hui, diversité des contextes, pluralité des parcours*, acte de colloque de Dakar 12 décembre 2002, AIDELF.

Ensuite, le mariage, seule source de la filiation en droit musulman, ne bénéficie pas en droit français de la même prééminence. L'accomplissement de l'égalité de filiations en droit français s'est traduit par une désaffection vis-à-vis du mariage. La perte de valeur du mariage est le fruit d'une mutation sociale profonde qui a eu son impact sur le droit de la filiation. L'augmentation du nombre de naissances hors mariage et la montée du nombre des unions libres sont la cause directe de cet affaiblissement du mariage³⁶³. Il en résulte un pluralisme familial tolérant à l'égard des différents modèles familiaux. Cet état de fait contraste avec l'unicité de la notion de famille en droit musulman qui se définit que par le mariage. L'unicité du système familial musulman a imprimé sa marque sur le droit de filiation qui est unitaire puisque la filiation est par essence légitime. Or dans le droit français, il y a une diversification des sources de la filiation qui ne repose pas seulement sur le mariage.

Dès lors l'égalité qui fonde le droit de la filiation français est une finalité étrangère au droit musulman³⁶⁴. C'est pourquoi la réception du droit musulman par le droit français pose de sérieux problèmes.

Enfin, historiquement le droit français et le musulman ont suivi deux trajectoires opposées. En droit français le juge et le législateur ont tous contribué depuis la loi de 1912 à améliorer le sort de l'enfant naturel jusqu'à l'égalité totale apportée par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Le caractère laïc du droit a donné au législateur français une grande liberté dans ses choix législatifs qu'il a souvent claqués sur l'évolution de mœurs³⁶⁵. La situation est différente dans les pays musulmans dont les codifications des normes familiales sont très récentes³⁶⁶. Ces codifications faites sous l'influence occidentale ont eu un effet réducteur en matière de filiation dans le sens où elles n'ont repris que le principe coranique de la primauté du mariage et les conséquences qui en découlent sur la filiation illégitime. Elles privent ainsi le juge de la possibilité de se replier sur la coutume et les usages pour atténuer la rigueur de l'interdiction de la filiation naturelle³⁶⁷.

L'ensemble de ces remarques indique qu'au-delà des dissemblances normatives en matière de filiation, c'est la différence de modèle familial qui explique l'incompatibilité du droit français et du droit musulman. Les règles de droit international privé issues de la loi de 1972 ne sont que le reflet du droit interne très avancé sur le principe d'égalité. La nature substantielle des règles à finalité matérielle ne faisant plus de doute, c'est le droit français qui triomphera du droit musulman dans les litiges internationaux soumis au juge français.

³⁶³ F. Prioux, « *Les couples mariés en 2005 : quelles différences avec les couples mariés* », *Polit. soc. familiale* juin 2009, p. 87 et s.

³⁶⁴ C. NTAMPAKA, « *Introduction aux systèmes juridiques africains* », Presse universitaire de Namur, p. 163.

³⁶⁵ J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, Répertoire du Notariat Defrénois 1995, p. 203.

³⁶⁶ C. Chehata, « *Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien* », *RIDC* 1965, p. 841

³⁶⁷ Avant que le droit musulman ne soit codifié, le juge disposait d'un pouvoir conséquent pour atténuer la rigueur de certains principes. C. Chehata, *op. cit.* p. 840.

§2- La règle unilatérale de l'article 311-15 du Code civil

Les règles de droit international privé posées par le législateur en 1972 trahissent la volonté de faire triompher le droit français dans les litiges internationaux en matière de filiation. Il a été montré plus haut que les règles à caractère substantiel poursuivaient à travers leur configuration une politique d'égalité et de faveur. Toutefois, il y a une gradation dans les considérations substantielles puisque la méthode choisie est hétérogène. Il y a d'abord la règle de conflit classique de l'article 311-14 qui met sur un même pied d'égalité la loi française et la loi étrangère. Viennent ensuite les règles à finalité matérielle qui en quelque sorte autorisent l'application de la loi étrangère sous la condition qu'elle fournisse un résultat spécifié dans la règle elle-même. Enfin l'exception la plus significative à l'article 311-14 se trouve dans l'article 311-15 qui pose une règle d'application nécessaire en matière de possession d'état. Ce texte prévoit sommairement que toutes les règles françaises relatives aux effets de la possession d'état s'appliquent aux familles présentes sur le territoire français, quelles que soient leurs nationalités. Par cette disposition d'application nécessaire, le législateur, dans une approche unilatéraliste, a voulu étendre les règles internes de la possession d'état aux litiges de droit international privé indépendamment de la règle de conflit régissant la matière.

Cette approche fondamentalement substantielle donne à cet article une vocation hégémonique susceptible d'absorber la règle générale donnant compétence à la loi personnelle (A). Néanmoins, vis-à-vis du droit musulman, les récentes mutations de l'ordre public international semblent réduire les applications de cet article (B).

A- La vocation hégémonique de l'article 311-15

Modifié légèrement par l'ordonnance du 4 juillet 2005, afin de le rendre conforme à la suppression de la distinction entre filiation naturelle et filiation légitime, l'article 311-15 dispose : « *toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un deux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère* ».

En dépit des doutes émis par une bonne partie de la doctrine, on comprend, après analyse de l'article 311-15, que ce texte confère aux dispositions inhérentes à la possession d'état, le caractère de règle d'application nécessaire. Pour M. Foyer, l'intention du législateur est sans ambiguïté, « *les*

lois sur la possession d'état seraient des lois de police et de sûreté au sens de l'article 3, alinéa 1 du Code civil, ou selon une terminologie plus moderne, des lois d'application immédiate »³⁶⁸.

La promotion de la possession d'état dans l'ordre international par la voie des lois d'application immédiate présente des risques sérieux au regard de l'applicabilité de la loi étrangère. On sait, en effet, que cette méthode contrarie l'objectif de coordination des systèmes juridiques poursuivi par le droit international privé en privilégiant ouvertement dans les relations internationales des conceptions françaises au détriment de celles proposées par les systèmes étrangers qui ne sont jamais consultés. Cette remarque est d'autant plus vraie que la possession d'état occupe une grande place dans le droit français. L'élévation des règles inhérentes à la possession d'état au rang de loi de police risque de faire échapper à la loi nationale une large frange des contentieux de la filiation. Ce risque est réel en raison de l'interprétation large que l'on peut donner au texte et du caractère envahissant que présente la possession d'état par rapport aux autres modes d'établissement de la filiation.

En premier lieu, une interprétation large du texte est possible dans la mesure où l'article 311-15 parle de « *toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française* ». Se fondant sur une lecture restrictive, des auteurs ont avancé que la disposition de l'article 311-15 ne visait que les règles du droit interne qui font produire un effet à l'existence de la possession d'état à l'exclusion de celles faisant découler des conséquences juridiques à son absence³⁶⁹. Pour étayer une telle prétention, ils invoquent le caractère exceptionnel de l'article 311-15, qui comme toute exception doit s'interpréter restrictivement³⁷⁰. La jurisprudence est allée à l'encontre de cette orientation et a préféré donner au texte une interprétation large, soumettant à la loi française, tous les effets de la possession d'état qu'ils soient liés à son existence ou à son absence. Dans son jugement du 1^{er} mars 1977, le tribunal de grande instance de Paris a appliqué l'article 311-15 du Code civil pour écarter la présomption de paternité en raison de l'absence de possession d'état des enfants à l'égard du mari³⁷¹. La même juridiction, quelques années plus tard³⁷², a donné la même interprétation extensive en estimant que la loi française est applicable à une contestation de paternité légitime en l'absence de possession d'état. La conception large de l'article 311-15 aboutit en quelque sorte à une extension du domaine de la loi française qui sera compétente pour régir les litiges relatifs à la

³⁶⁸ J. FOYER, JO, débats assemblée nationale, 1^{ère} séance du 6 octobre 1971, p. 4301.

³⁶⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, article préc., p. 11.

³⁷⁰ A. Ponsard « la loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation ». *JDI* 1972, p. n°21. Dans sa thèse M. Fadlallah écrit « *le dernier membre de l'article signifie que la possession d'état doit être réalisée en France. On tiendra compte à cette fin, d'éléments survenus à l'étranger, mais on ne pourra se prévaloir en France d'une possession d'état réalisée à l'étranger, mais contredite en France* », thèse préc., n°

³⁷¹ En l'espèce le tribunal avait fait une application de l'article 313-1 du Code civil et avait estimé que les enfants d'une mère autrichienne déclarée à l'état civil sous le seul nom de celle-ci et qui résidaient en France avec elle n'étaient pas les enfants légitimes du mari en raison de l'absence de possession d'état à son égard. V. TGI. Paris 1^{er} Mars 1977, *Rev. crit. DIP* 1978, note Y. Lequette. *D.* 1978. p. 3.

³⁷² TGI. Paris, 12 juillet 1982, *JDI* 1983, p. 374, note A. Huet. *D.* 1983, p. 200, note B. Audit. *Rev. crit. DIP* 1983, p. 461, note Santa-Croce. Toujours dans le même sens voir, TGI. Paris 30 avril 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 313, note Y. Lequette.

filiation pour les familles installées en France. Ainsi en est-il des hypothèses de rétablissement de la présomption de paternité³⁷³, de certaines actions en contestation de paternité.

En second lieu, l'importance du rôle joué par la possession d'état³⁷⁴ dans le droit interne en matière d'établissement de la filiation lui donne un caractère envahissant sur l'échelle internationale. Dans le système de la loi du 3 janvier 1972, l'article 311-15 du Code civil est censé être une simple dérogation à l'article 311-14, néanmoins, le domaine large que la jurisprudence lui a édifié semble lui enlever le caractère d'une simple exception. D'ailleurs, la généralité de l'expression « *toutes les conséquences* » laisse à penser qu'il s'agit d'une exception à toutes les autres règles de conflit relatives à l'établissement de la filiation. Contrairement à la thèse de certains³⁷⁵, l'exception ne concerne pas seulement l'article 311-14. Cette interprétation large de l'article 311-15 étend le domaine de la *lex fori* au détriment de toute loi étrangère à partir du moment où la famille a sa résidence habituelle en France.

L'expansionnisme de la loi française se fait en premier lieu au détriment de l'article 311-14 du Code civil. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 juin 1982, la combinaison des articles 311-15 et 334-8³⁷⁶ du Code civil favorise l'établissement de la filiation naturelle d'un enfant issu de l'immigration, par la seule possession d'état. Cette combinaison présente un intérêt évident pour un enfant dont la loi nationale prohibe l'établissement de la filiation naturelle. Dans cette hypothèse, la loi d'application nécessaire équivaudra à une sorte d'ordre public préventif puisqu'elle évince *a priori* la loi nationale de la mère, désignée par l'article 311-14, qui n'aurait pas permis l'établissement de la filiation³⁷⁷.

De surcroît, les dispositions de l'article 311-15 empiéteront sur le domaine de l'article 311-17 du Code civil. Il est clair que la reconnaissance n'aura aucun effet lorsque l'enfant bénéficie déjà d'une possession d'état quinquennale avec titre, malgré la validité de la reconnaissance au regard d'une loi étrangère ignorant la possession d'état. Le principe chronologique de l'article 320 rend inattaquable la filiation une fois qu'elle est établie par possession d'état.

Les lois d'application nécessaire sont conçues en général pour sauvegarder certaines politiques législatives du *for*. A travers l'article 311-15 du Code civil, le législateur a choisi de conférer le statut de loi d'application nécessaire à une institution du droit interne. Ce choix a été largement critiqué par la doctrine.

³⁷³ Art. 329 du Code civil.

³⁷⁴ Sur l'importance de la filiation en droit interne, voir J. Groslières, « La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique ». *D.* 1991, p. 149, F. Granet-Lambrechts, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006 p. 17, spécialement p. 23.

³⁷⁵ C'est le cas de Monsieur A. Huet, « *Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972* », Rapport sur le conflit de lois en matière de filiation, Travaux de l'institut de droit comparé de Strasbourg, 1973, p. 42.

³⁷⁶ Cet article a été abrogé par l'ordonnance de 2005 en raison de l'égalité des filiations, néanmoins la remarque est toujours valable avec l'article 330 qui énonce que « *La possession d'état peut être constatée à la demande de toute personne qui y a intérêt dans les délais mentionnés à l'article 321* ».

³⁷⁷ M. Farge, « *Le statut familial des étrangers en France...* » thèse préc., n° 339.

En réalité, trois fonctions sont assignées à la possession d'état : elle est d'abord un élément subsidiaire pour la résolution des conflits de filiation, elle est ensuite un moyen de preuve et enfin un moyen servant à protéger la paix de famille. Pour la majorité des auteurs, c'est sa seconde fonction qui aurait poussé le législateur à promouvoir cette institution dans les relations internationales. Dans son rôle de commodité probatoire, l'article 311-15 serait le moyen de transposer dans l'ordre international une politique de faveur pour l'établissement de la filiation conformément à l'idée directrice de la réforme du 3 janvier 1972. Si le législateur a eu une telle préférence pour la possession d'état, c'est parce que, semble-t-il, la filiation vécue est digne d'être protégée de toute loi étrangère susceptible de l'entraver.

L'affirmation selon laquelle « les lois sur la possession seront des lois de police » est une explication qui ne donne pas les véritables raisons de cette qualification. Dans cette situation, l'idée de protection qu'on appelait à l'époque « la paix de famille », a été avancée par une partie de la doctrine³⁷⁸ pour expliquer l'impérativité des dispositions relatives à la possession d'état. Pour le tenant de cette thèse, la promotion de la possession d'état se justifierait par l'idée que si des effets sont rattachés à la possession d'état, c'est dans le but de protéger la paix des familles étrangères installées en France contre les lois étrangères³⁷⁹. Néanmoins, l'explication selon laquelle la possession d'état cherche à assurer la paix des familles jette un doute sur la cohérence législative. En effet, il semblait que l'objectif de la loi de 1972 était « d'attribuer à chacun le sien, à chaque être humain son véritable rapport de filiation ». De plus, si la notion de « paix de famille » inspirait le législateur de 1804 pour interdire en principe l'établissement de la filiation naturelle (art 340 ancien), quelle valeur peut-elle avoir dans un droit positif qui, expressément inspiré de l'intérêt de l'enfant, pose le principe de l'égalité de tous les enfants ?

Au regard des arguments ci-dessus, on peut douter de la pertinence de la thèse selon laquelle l'institution de la possession d'état cherche à assurer la paix de famille³⁸⁰. On peut néanmoins se demander si la nécessité de la règle est due au fait qu'elle prend en charge un principe fondamental du droit français. Répondre à cette interrogation positivement implique que la vérité sociologique est une valeur centrale en droit français. Or, cette opinion est fort contestable dans le sens où même si son rôle est non négligeable en droit interne³⁸¹, il serait difficile d'y voir un principe fondamental du droit français³⁸².

³⁷⁸ En ce sens, voir J. Massip, J.-L. Aubert, G. Morin, « La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », Rép. Defrénois, 1972, n° 208.

³⁷⁹ E. Gallant, « Établissement de la filiation : mise en œuvre de la règle de conflit », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 548-10 n° 65.

³⁸⁰ E. Gallant, « Filiation-Etablissement de la filiation », *J.-Cl. préc.*, n° 53.

³⁸¹ -M-T. Meulders-Klein, « Réflexion sur la destinée de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges D. Huet-Weiller*, LGDJ 1994, p. 319 et 321.

³⁸² Surtout lorsqu'on sait que c'est une institution qui symbolise « la démission de l'État dans le modèles familiaux au nom de la dictature du fait », J. Hausser : état des lieux, in *Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales*, la réforme du 8 janvier 1993, actes du colloque, journée D. Huet-Weiller, presse universitaire de Strasbourg, 1995, p. 136

Devant à l'origine permettre aux enfants étrangers installés en France d'établir facilement leur filiation, l'article 311-15 du Code civil, issu de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, fait partie des dispositions guère appliquées en pratique³⁸³. A l'origine, le législateur avait mis beaucoup d'espoir sur cet article pour offrir, aux enfants dont les familles sont insérées dans le territoire français un droit à la filiation. Toutefois, l'efficacité de cet article pour écarter une loi étrangère prohibitive en matière d'établissement de filiation, rendue compétente par l'article 311-14, est subordonnée à la réunion des conditions de la possession d'état. La Cour d'appel de Versailles a jugé qu'une mère naturelle de nationalité marocaine agissant en déclaration de paternité naturelle et se trouvant confrontée à la prohibition édictée par sa loi nationale ne pouvait valablement se fonder sur l'article 311-15 dès lors qu'elle « *n'établissait pas qu'il n'y ait jamais eu entre sa fille et le père prétendu un rapport de filiation fondé sur la possession d'état* »³⁸⁴. De plus, la condition d'intégration de la famille est une autre limite à l'article 311-15. Avant l'ordonnance de 2005, l'article 311-15 exigeait pour la filiation légitime que l'enfant et les deux parents aient leur résidence habituelle en France ; pour l'enfant naturel, il se contentait de la résidence habituelle en France de l'enfant et de l'un seulement de ses père et mère. L'unité de filiation issue de l'ordonnance de 2005 a fait que, dans la nouvelle rédaction, on opte pour le rattachement le moins strict. Il suffit aujourd'hui que « *l'enfant ("naturel" ou "légitime") et ses père et mère ou l'un d'eux* » aient en France leur résidence habituelle pour que soient applicables les dispositions françaises relatives à la possession d'état. La Cour d'appel de Nîmes a jugé que « *la règle de conflit posée par l'article 311-14 ne peut être écartée lorsque ces conditions de résidence ne sont pas remplies, et que les effets de la possession d'état selon le droit français ne pourront alors bénéficier à l'intéressé* »³⁸⁵.

Il est assez surprenant que les affaires dans lesquelles l'article 311-15 a été discuté aient été liées paradoxalement non pas à la présence, mais à l'absence de possession d'état³⁸⁶. Les applications jurisprudentielles de cet article sont modestes et les décisions recensées attestent que le législateur a raté son objectif de faveur à la filiation parce qu'aucun lien de filiation ne s'est établi à la faveur du 311-15. Cette idée de faveur semble être mieux assurée par la nouvelle figure de l'ordre public qui utilise les mêmes critères que la règle de l'article 311-15 du Code civil.

B- L'ordre public de proximité et l'article 311-15

Il est habituellement remarqué que les lois de police ont un caractère commun avec l'ordre public territorial. L'ordre public territorial recourt à la référence que l'article 315-15 à savoir la résidence. De plus, la prise en compte des particularités de chaque litige est bannie par l'application générale

³⁸³ J. Foyer, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges D. Huet-Weiller* p. 129.

³⁸⁴ CA. Versailles, 8 juin 1980, Juris-Data n° 080311, cité par M. Farge thèse préc., p. 252.

³⁸⁵ CA Nîmes, 2 sept. 2009, Juris-Data n° 2009-015546, *Dr. fam.* 2010, comm. n° 91, note M. Farge.

³⁸⁶ Voir TGI, Paris 1^{er} Mars 1977 et 12 juillet 1982 préc.

d'un principe apprécié *in abstracto*. En outre, l'éviction de la loi étrangère, aussi bien par le biais de l'ordre public que celui de loi de police, est motivée essentiellement par la protection d'un principe fondamental du *for* qui ne supporte aucune transaction lorsque les litiges à un rattachement suffisant avec le territoire français. Par exemple en matière de filiation, les récents développements de l'ordre public font apparaître que la prohibition de la filiation hors mariage, retenue par certaines lois d'obédience musulmane, est intolérable lorsqu'elle empêche l'établissement de la filiation des enfants ayant leur résidence habituelle en France. Le recours à l'ordre public de proximité en pareille hypothèse est systématique à partir du moment où la condition de la résidence en France existe. Or, ce caractère rappelle indéniablement celui de l'article 311-15³⁸⁷.

Le recours à cet article ne semble pas avoir la faveur des juges du fond qui préfèrent déclencher l'ordre public de proximité pour écarter les lois musulmanes prohibitives de filiation. La Cour d'appel de Paris³⁸⁸, dans une affaire jugée le 13 octobre 1989, a préféré l'ordre public pour évincer la loi algérienne normalement compétente au profit de la loi française pour établir la paternité d'un enfant de mère tunisienne à l'égard d'un père tunisien. Dans cette affaire, le recours à l'article 311-15 était possible, mais la Cour ne l'a évoqué que subsidiairement.

La Cour de cassation elle-même a suivi cette démarche des juges du fond. Dans un arrêt du 10 février 1993, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel pour s'être placée exclusivement sur le terrain de l'ordre public de proximité. La mise à l'écart de la règle unilatérale a été critiquée par la doctrine en ce que le recours à l'ordre public est inutile dans la mesure où cette règle d'application territoriale fait jouer un rôle direct à la loi française lorsque l'enfant et au moins un de ses parents résident en France³⁸⁹. Cette préférence pour l'ordre public est regrettable aussi comme une technique vicieuse, car on ne doit recourir à l'éviction de la loi étrangère au nom de l'ordre public « *que si cette loi étrangère est nécessairement compétente, que si la compétence de la loi française ne peut être retenue par le jeu normal des règles de conflit* »³⁹⁰.

Peut-on comprendre cette préférence de la Cour de cassation pour l'ordre public comme un message aux juges du fond qui seraient invités à ne pas recourir à l'article 311-15 y compris dans sa fonction probatoire dans laquelle le législateur de 1972 avait mis beaucoup d'espoir ? Rien n'est moins sûr et on pourrait *a priori* comprendre ce recours à l'ordre public comme un moyen d'éviter l'encombrement des Cours d'appel de renvoi. La réponse pourrait se trouver dans la similitude qu'il y a entre la figure de l'ordre public introduite en matière de filiation par cet arrêt du 10 février 1993

³⁸⁷ Traditionnellement, il est assigné à l'ordre public deux missions qui sont la sanction d'un défaut de communauté juridique et la protection de certaines politiques législatives. Ces deux missions, surtout la deuxième est parfaitement l'objectif des lois de police, même si Francescakis a fait la distinction entre l'objectif de l'ordre public qui se limiterait à la sauvegarde des principes généraux et celui des lois de police qui ne concernerait que la protection de certaines politiques législatives. V. PH. Francescakis, « *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public* », *TCFDIP* 1966-1969, p. 166.

³⁸⁸ CA de Paris, 13 octobre 1989, *Juris-Data*, n° 026180.

³⁸⁹ F. Monèger, « Les musulmans devant le juge français », *JDI* 1994, p. 345.

³⁹⁰ J. Massip, note sous Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *D.* 1994, p.68.

et la règle de l'article 311-15. L'ordre public territorial a en effet les mêmes caractéristiques qu'une loi de police. Le critère de résidence est le même et dans les deux cas le rôle du juge est sensiblement limité à partir du moment où cette condition est réunie.

D'ailleurs, le résultat récolté *in fine* est le même à savoir l'application de la loi française : et c'est l'essentiel.

Section 2- Un système en réalité favorable à l'application du droit musulman

Le droit positif français est construit l'idée de soumettre les relations internationales à la loi avec lesquelles elles entretiennent les liens les plus étroits n'est pas totalement bannie³⁹¹. Contrairement à ses voisins, la France n'a pas codifié les règles de droit international privé³⁹², sauf en matière de filiation où la loi du 3 janvier 1972 a consacré à travers les articles, 311-14 à 311-18, des dispositions de droit international privé. Ces dernières, du moins conformément à une lecture littéraliste et sauf l'hypothèse de l'article 311-15, ne font pas totalement fi de l'application de la loi étrangère. Que son intervention soit conditionnée à la réalisation d'un résultat (article 311-17, 311-16 ancien et 311-18 ancien), ou à un lien étroit avec la situation (article 311-14), la loi étrangère trouvera à s'appliquer.

L'établissement en France d'une importante population ressortissante des pays musulmans favorise l'application du droit musulman qui n'est pas sans problème en raison de son organisation du modèle familial très soucieuse de morale religieuse. De fait, l'application du droit musulman en France bute contre deux obstacles : un premier obstacle d'ordre général dû au morcellement du statut personnel allant de pair avec une réduction du domaine de la loi nationale, et un obstacle particulier découlant du recours à l'ordre public corrigeant la règle de conflit quand son application risque de choquer les valeurs du for³⁹³. L'éviction du droit musulman n'est pas le fait de toutes les dispositions légales qui dans leur structure, certaines sont favorables à l'application du droit musulman, son éviction est le fruit d'une interprétation. Pour la mise en œuvre des articles 311-14 et 311-17, la première étape obligatoire du raisonnement conflictuel peut conduire à une consultation du droit musulman, à ce stade, il n'y a pas d'obstacle. Néanmoins, la mise à l'écart du droit musulman intervient dans la seconde phase du raisonnement où le juge doit en effet vérifier que la mise en œuvre de la règle étrangère n'a pas des effets concrets incompatibles avec les valeurs jugées fondamentales dans la société française d'aujourd'hui. Cela étant, certaines règles de conflit françaises en matière de filiation ne sont pas nécessairement un obstacle à l'application du droit

³⁹¹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, Paris, LGDJ 1993, T1, n° 265.

³⁹² H. Muir. Watt, « *Les codifications en droit international privé* », Droits 1998, p 149.

³⁹³ S. Jahel, « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », *RDIC* 1994, p. 32.

musulman (§1), il y a lieu de voir s'il y a un moyen d'articuler le droit substantiel musulman avec le droit français (§2)

§1- L'ouverture des règles de conflit françaises à la réception du droit musulman

La loi du 3 janvier 1972 contient des règles de conflits de nature différente³⁹⁴. Globalement, le législateur a posé une règle de conflit classique avec un rattachement principal et un rattachement subsidiaire (311-14), une loi de police (311-15), et trois autres règles usant d'un rattachement alternatif. Hormis le cas de la règle unilatérale de l'article 311-15, ces règles issues de la loi de 1972 ont pour dénominateur commun un rattachement de principe à la loi nationale même si dernier est parfois conditionné. Le droit de la filiation est un compartiment du statut personnel, son rattachement à la loi nationale répond à la volonté d'assurer une certaine stabilité à l'état de la personne. Il serait en effet incohérent et néfaste qu'une personne puisse changer d'état au gré de ses déplacements transfrontaliers. Ainsi l'article 311-14 pose un principe général puisqu'aux termes de cet article « *la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; si la mère n'est pas connue, par la loi personnelle de l'enfant* ». La règle de conflit posée dans cet article est de nature bilatérale : sa vertu tient à son aptitude à soumettre un rapport international à la loi avec laquelle il entretient le rapport le plus étroit³⁹⁵. Cette méthode classique de résolution du conflit de lois se caractérise par le fait que le droit étranger et le droit du *for* sont placés sur un même pied d'égalité. Mais, l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit française est souvent malaisée. Il arrive même qu'elle s'avère impossible³⁹⁶. Il peut arriver que les lois étrangères donnent à un problème d'espèce une solution incompatible avec les conceptions fondamentales du *for*. C'est souvent le cas lorsque le droit international privé est confronté au droit musulman. On pourrait se demander en l'occurrence si cette incompatibilité peut conduire à une rupture du bilatéralisme au détriment de la loi nationale de l'immigré musulman.

Plusieurs décisions³⁹⁷ des juridictions françaises ont mis en œuvre l'article 311-14 à propos des cas où la mère était ressortissante d'un pays musulman qui prohibe l'action en recherche de paternité. Il en ressort généralement que le jeu de la règle de conflit de l'article 311-14 n'a pas abouti à un rejet total du droit musulman (A). Le bilatéralisme de cette règle de conflit n'a donc pas été totalement

³⁹⁴ J.-P. Laborde, « La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit », thèse préc., n°405.

³⁹⁵ M. Farge, « La détermination du droit applicable », in *Droit de la famille*, P. Murat (ss. Dir), *op. cit.* n°412.51

³⁹⁶ D. Holleaux, J. Foyer, *Droit international privé, op. cit.*, p. 289.

³⁹⁷ Voir, TGI. Paris 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 83 note P. Lagarde, TGI Paris, 30 avril 1985, *Rev. crit. DIP* 1986 p. 313, note d'Y. Lequette. Cass. 1^{re} civ.3 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 495, note Jacques foyers, TGI. Paris, 23 nov. 1993, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 703, note J. Foyer. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006, *Dr fam.* 2006, comm. 117.

ruiné de son intérêt par la jurisprudence. De même que le droit musulman peut trouver son application par le truchement des règles de conflit à finalité matérielle (B).

A- L'application du droit musulman par le truchement de l'article 311-14

Le statut personnel constitue le domaine par excellence de la loi nationale. Le droit français ne saurait se substituer systématiquement à la législation étrangère désignée par la règle de conflit sans nier le sens de sa propre catégorie de rattachement. Pour que l'application de la loi étrangère soit effective, il ne faut pas que son parcours soit semé d'obstacles. Son accueil dépend de l'autorité que revêt la règle de conflit et de l'absence de contrariété dans sa mise en œuvre. L'office du juge dans un litige international se décompose en deux : l'application de la règle de conflit et la recherche du contenu du droit étranger. Ces deux étapes sont liées, car obliger le juge à mettre en œuvre la règle de conflit et l'affranchir de toute obligation de recherche du contenu du droit étranger n'aurait guère de sens. Cette double obligation ne garantit en rien l'effectivité de la loi étrangère puisqu'après sa découverte son contenu risque d'être jugé contraire à l'ordre public.

Concernant l'impérativité de la règle de conflit, elle semble acquise dans le droit positif puisque le juge doit mettre en œuvre la règle de conflit (1). De plus, le jugement sur son contenu est devenu moins sévère en raison de la mutation de l'ordre public. La figure classique de l'ordre public d'éviction cède la place à un ordre public de localisation (2).

1- Le caractère impératif de la règle de conflit

Le bilatéralisme de la règle de conflit de loi est renforcé par le caractère impératif de la règle de conflit surtout lorsqu'il est question de droit indisponible comme le droit de la filiation. La solution de l'arrêt Bisbal³⁹⁸ menaçait la substance de la règle 311-14 du Code civil dans le sens où il posait un principe de non impérativité de la règle de conflit pour le juge surtout lorsque sa mise en œuvre aboutissait à l'application d'une loi étrangère. L'effet radical de cet arrêt sur l'existence même des conflits de lois³⁹⁹ était copieusement dénoncé par la doctrine qui a mettait en garde contre le risque de nationalisme. En effet, dénier tout caractère obligatoire à la règle de conflit de lois revient en quelque sorte à enlever au droit international privé son objectif principal qui est de résoudre avec

³⁹⁸En effet, la Cour de cassation s'exprimait ainsi : « les règles de conflit de loi, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi. Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1959, Bisbal, *JCP* 1960. II. 11734, note, Motulsky.

³⁹⁹ Voir. B. Fauvarque-Cosson, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, p. 539.

une certaine objectivité les conflits qui naissent des relations privées internationales. Sous l'angle de la connaissance de la loi étrangère, cette solution avait une incidence directe sur la détermination de l'étendue de l'office du juge⁴⁰⁰. Puisque le juge était, en vertu de l'arrêt Bisbal, dispensé de relever la vocation des lois étrangères compétentes, il allait de soi qu'il ne pouvait se voir *a fortiori* imposer l'obligation de procéder à la recherche de la teneur de la loi étrangère. La Cour de cassation a pendant longtemps refusé de s'engager dans la voie d'un élargissement du champ d'intervention du juge. Pourtant deux arguments solides plaidaient dans ce sens : en premier lieu du point de vue des principes, ne pas imposer une application d'office revient à faire de la règle de conflit dans sa forme bilatérale, une règle dépourvue de sanction, une espèce de *lex imperfecta*⁴⁰¹ ; en second lieu, du point de vue de la pratique, la même attitude est de nature à encourager les *law shopping* qui signifie la faculté pour le justiciable de rechercher dans un ordre juridique donné la loi qui répond le mieux à ses intérêts et la plupart de temps ce sera la loi du *for* en vu d'obtenir un résultat différent de celui de la loi applicable en principe. D'autant plus que l'application effective du règlement de conflit de l'État du *for* risque de dépendre du tempérament plus ou moins internationaliste de chaque juge ainsi que sa capacité intellectuelle à appréhender les difficultés pratiques liées à l'application des lois étrangères.

La Cour de cassation a mis fin à la jurisprudence Bisbal. Le caractère facultatif que revêtaient traditionnellement pour le juge tant l'applicabilité de la règle de conflit de lois que la recherche du contenu de la loi étrangère a été remis en cause pour la première fois en matière de légitimation⁴⁰². Si la nouvelle rigueur affectant les devoirs du juge aurait pu trouver une explication dans la seule spécificité méthodologique de l'article 311-16 du Code civil (abrogé)⁴⁰³, la Cour de cassation conféra à l'obligation de mise en œuvre de la règle de conflit une portée générale dans les arrêts Rebouh⁴⁰⁴ et Shule⁴⁰⁵. La Cour de cassation posait ainsi l'obligation pour le juge d'appliquer la règle de droit sans tenir compte de sa source (nationale ou conventionnelle), de sa structure (bilatérale ou unilatérale) et de la nature de droit (indisponibles ou disponibles)⁴⁰⁶. L'arrêt Rebouh est particulièrement intéressant puisqu'il s'agissait d'une action en recherche de paternité qui, par le jeu de la règle de l'article 311-14, se trouvait soumise à la compétence d'une loi étrangère prohibant cette action. La Cour de cassation avait reproché aux juges du fond de ne pas avoir recherché « d'office » ou au « besoin d'office » quelle suite devrait être donnée à l'action en application de la loi étrangère. Aujourd'hui, la jurisprudence de la Cour de cassation semble stabilisée autour de

⁴⁰⁰ F. Mélin « La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (recherche sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil) », PUAM 2002, p. 160.

⁴⁰¹ B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 2006, p. 221.

⁴⁰² Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, Ameur, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 383, note B. Ancel et Y. Lequette.

⁴⁰³ E. Gallant, « Filiation-Etablissement de la filiation », *J.-Cl. Internat.*, fasc. 548-20, n° 20.

⁴⁰⁴ Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1988, Rebouh, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 368, Répertoire Defrénois 1989, p. 310, obs., J. Massip. B. Ancel et Y. Lequette, *GADJDIP* 2006, p. 672.

⁴⁰⁵ Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 1988, Shule, *JDI* 1989, p. 349, note D. Alexandre, *GADJEDIP* préc., p. 673, voir aussi Y. Lequette, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la 1^{re} chambre civile du 11 et 18 octobre 1988) », *Rev. crit. DIP*. 1989, p.277.

⁴⁰⁶ F. Mélin, « La connaissance de la loi étrangère... », *op. cit.*, p. 161.

l'idée que la règle de conflit est obligatoire dès lors que les droits sont indisponibles⁴⁰⁷. L'appartenance du droit de la filiation au domaine de droit indisponible assure aux articles 311-14 et 311-17, l'expression de leur nature conflictuelle⁴⁰⁸.

2- L'apparition d'un ordre public de localisation

Généralement, l'ordre public est perçu avec irritation⁴⁰⁹ par les internationalistes qui le comprennent comme un élément perturbateur des mécanismes du droit international privé⁴¹⁰. Ce rôle d'éviction lui était déjà reconnu à l'époque de Savigny où on lui assignait la fonction d'évincer la loi étrangère au profit de la *lex fori* lorsque le droit étranger était inconciliable avec les conceptions du *for*. Le jeu de l'ordre public est dominé par des considérations matérielles : c'est au regard du contenu de la loi étrangère et du résultat concret de son application à l'espèce que le juge français pourra poser un diagnostic de contrariété avec les exigences du *for*. Face aux lois étrangères prohibant l'établissement de la filiation, la Cour de cassation a adopté cette figure de l'ordre public se caractérisant par la recherche du contenu de la loi étrangère. Dans un arrêt du 3 novembre 1988, elle estimait que « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international, dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires* ». La Cour de cassation avait mis en œuvre les dispositions de l'article 311-14 qui donne compétence à la loi algérienne connue pour interdire l'établissement de la filiation naturelle. Elle refuse d'intégrer le droit à la filiation dans les exigences de l'ordre public et préfère réduire cette exigence à l'obligation alimentaire. Cette configuration de l'ordre public est très sévère pour l'application des lois d'obédience musulmane qui font découler le droit à aliment d'un lien de filiation préétabli. Suite au raisonnement qui sera mené, la consultation de la loi musulmane ne permettant pas d'obtenir des aliments alors le juge se rabattra sur la loi française en vertu de sa vocation subsidiaire.

Pour la même question, un arrêt du 10 février 1993⁴¹¹ est venu appuyer cette orientation sauf qu'il modifiait la formulation, en adoptant une lecture totalement « objective » de l'ordre public en la

⁴⁰⁷ Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, Société mutuelle du Mans, GAJDIP, préc., p. 687.

⁴⁰⁸ Sur le contenu de l'expression droit indisponible voir B. Fauvarque-Cosson « Libre disponibilité de droit et conflits de lois », thèse, Paris, II 1994.

⁴⁰⁹ Ph. Francescakis, « *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?* », TCFDIP 1966-1969, p. 153.

⁴¹⁰ B. Rémy, « *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé* », thèse Paris 2, 2006, p. 1.

⁴¹¹ Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *Rev. crit DIP* 1993, p 620, note J. Foyer, *JDI* 1994, p. 126, note I. Barrière-Brousse. *D.* 1994, p. 66, note J. Massip. *JCP*, G, 1993, I, 3688, note H. Fulchiron. *D.* 1994, somm, p. 33, note kersckhove. Cette solution a été retenue par plusieurs autres décisions comme TGI Paris, 5 avril 1994, *D.* 1995 comm, p.118. Cour d'appel de paris 13 Janvier 2000, *D.* 2000 IR, p. 50.

matière⁴¹². La Cour de cassation indiquait que « *si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont en principe pas contraire à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement quand ces lois ont pour effets de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi étrangère normalement compétente* ». On assiste ici à une « objectivation » de l'ordre public qui consiste à donner aux juges des paramètres d'évaluation permettant de déclencher la réserve d'ordre public. Comme cet arrêt le montre, ces éléments d'appréciation sont la nationalité et la résidence. Cette objectivation de l'ordre public laisse place à une éventuelle application de la loi étrangère prohibitive de filiation puisqu'à l'ordre public est intimé l'ordre de s'abstenir pour cause de non-proximité. Cette non-intervention de l'ordre public justifiée par le défaut de proximité est clairement affirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mai 2006⁴¹³. Pour la haute juridiction, « *Attendu que la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant ; qu'une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* ». La Cour de cassation conceptualise ainsi la face négative de l'ordre public de proximité qualifiée aussi d'ordre public d'éloignement.

Cette nouvelle silhouette de l'ordre public international n'est pas totalement hostile à la loi étrangère véhiculant des normes intrinsèquement opposées à celles du *for*. Elle participe, d'une certaine manière, de l'essence même de la règle bilatérale dont la vocation première est de soumettre le rapport de droit à la loi avec laquelle il entretient les liens les plus étroits. Or, la nationalité et la résidence sont les deux critères les plus fiables. En s'appuyant sur ces deux critères, le rôle de l'ordre public n'est pas de promouvoir l'application de la loi du *for*. Ou plus exactement, s'il y a promotion de certaines valeurs, elles le sont pour ceux qu'elles ont vocation à régir. De ce point de vue e l'ordre public n'a pas l'effet « rouleau compresseur » des lois d'application nécessaires. La conception défensive de l'ordre public mise en avant la plupart de temps pour justifier son intervention ne semble pas être déterminante au profit de la recherche de la loi la plus proche, si on raisonne en termes de justice conflictuelle. Ainsi l'ordre public en s'objectivant se préoccupe notamment d'opérer le choix de l'ordre juridique le plus adéquat au rapport de droit de nature hétérogène. Quelle autre loi que la loi nationale de la mère est plus adéquate pour régir la filiation d'un enfant n'ayant ni nationalité française ni résidence française ? De surcroît, la justice en droit international privé est d'une nature éminemment formelle, son véritable but est de promouvoir la stabilité des situations des individus. Cette continuité ne peut être assurée qu'en soumettant chaque individu à la loi à laquelle il sera soumis la plupart de temps. L'ordre public devient donc ce correcteur de la règle de conflit désignant la loi la plus pertinente pour le rapport de droit en cause. Paul Lagarde avait déjà montré que la fin poursuivie par l'ordre public n'était pas

⁴¹² F. Cadet, *L'ordre public en droit international privé*, *op cit.*, n° 115.

⁴¹³ Cass. 1^{re} civ. 10 mai 2006, Arrêt préc.

seulement de damer le pion à la loi étrangère quand cette dernière est en opposition à des principes fondamentaux. Si la loi étrangère est évincée c'est « *parce que l'élimination de la loi étrangère en cause est due à la constatation que la loi étrangère est inapte à se combiner avec la loi du for, à s'ajuster avec elle* »⁴¹⁴. Ce n'est que lorsque les lois en présence sont totalement opposées que le jeu de l'ordre public sera intéressant. Dans cette hypothèse, la fonction dévolue à l'ordre public en matière de filiation semble être la recherche de la loi ayant le lien suffisant avec le litige. Il ne s'agit donc pas seulement d'un ordre public d'éviction, mais d'un ordre public de désignation. Cette nouvelle tâche de l'ordre public s'inscrit dans la tendance actuelle de prise en compte accrue des intérêts étatiques par les règles de droit international privé⁴¹⁵.

La dévaluation contemporaine de la méthode classique est due à l'inaptitude de la règle de conflit savignienne à jouer efficacement dans le contexte actuel où coexistent des gens n'ayant pas un lien de communauté juridique. Le changement méthodologique affectant l'ordre public semble être un moyen de localisation adapté à ce genre de circonstance.

B- L'application du droit musulman par le truchement des règles à finalité matérielle

Les règles de conflit prenant en compte la loi étrangère sont les règles de conflit à caractère substantiel⁴¹⁶ qui dans leurs structures sont différentes de la règle de conflit savignienne. Ces règles ordonnant la prise en considération des lois étrangères sont celles qui énoncent un résultat matériel et des critères de référence indiquant cumulativement, alternativement ou subsidiairement, les lois auxquels doivent être empruntées les conditions de ce résultat⁴¹⁷. On rencontre les règles de conflit de cette nature dans diverses normes d'origine nationale ou conventionnelle. Les plus connues qui méritent l'étude sont incontestablement l'article 311-17 et les anciens articles 311-18 et 311-16 du Code civil⁴¹⁸. Comme il a été démontré antérieurement les structures de ces règles ont donné lieu à un débat enflammé entre les conflictualistes s'appuyant sur sa physionomie familière et les substantialistes mettant l'accent sur la présence d'un présupposé de droit matériel.

⁴¹⁴ Thèse de P. Lagarde citée par J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception de l'ordre public », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, D. 2003, p. 295.

⁴¹⁵ P. Hammje, « *L'ordre public de rattachement* », *TCFDIP*, 2006-2008, p. 154.

⁴¹⁶ H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (exemple de la convention de La Haye) », in *L'internalisation des du droit*, mélanges Loussouarn, D. 1994, p. 181. F. Soirat, « *Les règles de rattachement à caractère substantiel* », thèse préc.

⁴¹⁷ F. Soirat, « *Les règles de rattachement à caractère substantiel* », thèse, préc., p. n° 16.

⁴¹⁸ Nous reprenons ces articles pour leur intérêt méthodologique.

Si on part dans notre raisonnement d'une décomposition de la structure de la règle de conflit engagée, elle énonce un résultat avec des lois susceptibles de s'appliquer pourvu que l'une d'entre elles contienne ce résultat. En observant l'ossature de la règle l'article 311-17, on voit que rien ne la distingue d'une règle de conflit : elle s'énonce ainsi : « si la loi désignée par le rattachement X permet d'obtenir le résultat, cette loi est applicable ; dans l'hypothèse où cette dernière ne permet pas d'atteindre ce résultat et que la loi Y le permet, c'est celle-ci qui va s'appliquer »⁴¹⁹. Le courant conflictualiste considère que la mise en œuvre d'une telle règle se subordonne à la désignation d'une loi chargée de réaliser l'effet de droit. D'autant plus que le juge dispose d'un véritable choix entre deux lois⁴²⁰. A cet argument, il faut ajouter la remarque selon laquelle, la règle de l'article 311-17 n'opère pas le choix d'une loi qu'elle rend applicable, elle se contente d'entériner, d'enregistrer ou de valider la prétention par réception⁴²¹. De façon directe, l'ordre juridique français se contente de valider le contenu de la loi étrangère, en y souscrivant lorsque celle-ci fournit le résultat.

L'analyse du résultat lui-même démontre le manque de fondement des prétentions substantialistes. Le résultat d'une règle substantielle est en principe celui du droit interne. A titre d'exemple, l'article 311-15, règle substantielle, consacre un résultat du droit français, or l'effet de droit inséré dans le présumé de la règle de l'article 311-17 n'est pas forcément un résultat du droit français, pire il peut conduire à la consécration d'un résultat aux antipodes du droit interne comme le cas où l'application de la loi étrangère consacrerait un lien de filiation incestueux réprouvé par le droit français. Ainsi comme le mentionnait F. Soirat la règle de prise en considération blesse son ordre juridique et anéantit ses fondements⁴²². En relevant que parfois le contenu du droit musulman de la filiation et celui du droit français sont sur certains points analogues, un auteur se demande à juste titre si la reconnaissance de paternité du droit musulman peut constituer la prémisse de la règle alternative de l'article 311-17⁴²³. Cette intuition n'est pas fautive, il sera montré plus loin qu'il est possible d'articuler la substance du droit musulman avec le droit français.

Il est donc artificiel de recourir à l'élément de validation inclus dans le corps de la règle alternative en vue de la qualifier de règle substantielle et de nationaliser ensuite le résultat prescrit par une loi étrangère.

Les applications jurisprudentielles accréditent largement le caractère conflictuel de la règle de conflit alternative. D'une part, comme pour la règle de conflit classique, la recherche du contenu de

⁴¹⁹ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, op. cit., n° 269.

⁴²⁰ H. Batiffol et P. Lagarde, « L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », art. préc., p.1.

⁴²¹ C. Chabert, « *L'intérêt de l'enfant et le conflit de lois* », PUAM 2001, p. 212.

⁴²² F. Soirat, « *Les règles de rattachement à caractère substantiel* », thèse préc. p 145.

⁴²³ M. Farge, « *Le statut familial des étrangers en France...* », thèse préc., n°88, p.74.

la loi étrangère est obligatoire pour le juge. Dans un arrêt du 25 novembre 1986⁴²⁴, en visant l'article 311-16 et l'article 12 du NCPC, la Cour de cassation a reproché aux juges du fond de ne pas avoir cherché, au besoin, d'office, si la loi tunisienne du père ne légitimait pas l'enfant. La Cour n'est pas en train de censurer la cour d'appel sur l'élément validant, elle a d'ailleurs visé conjointement l'article 12 et 311-16. D'autre part, cette décision semble anéantir la lecture substantielle de l'article 311-16, notamment à la faveur d'une manipulation neutre de la lettre de l'article 311-16 dont la disposition « le mariage emporte légitimation lorsqu'au jour de l'union cette conséquence est prévue... par la loi personnelle de l'un des époux » est transformée sans altération du sens en « la loi personnelle du père... a vocation à régir la légitimation par mariage »⁴²⁵. Ici l'accent est mis sur la loi personnelle du père en dehors de l'effet de droit inséré dans le présupposé de la règle. Escamotant l'élément validant, la Cour y substitue un élément de désignation. Elle rejoint ainsi un important mouvement de fond opposant l'ordre public international ou parlant de loi applicable désignée par la règle validant⁴²⁶.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 14 avril 2010⁴²⁷ insiste sur l'importance de l'application de la loi étrangère puisqu'elle annule la décision de la cour d'appel de Versailles pour avoir déclaré que l'article 311-17 ne définit pas une règle de conflit de lois, mais se contente de poser les conditions de validité de la reconnaissance au regard de la loi française. Les juges du fond sont censurés pour ne pas avoir déclenché le raisonnement conflictuel. Interprétée *a contrario*, la décision Cour de cassation signifie que la règle de l'article 311-17 est une règle de conflit.

Si l'expression de « règle de prise en considération » était plus juste pour le tenant de la thèse substantialiste, l'interprétation prétorienne propose une interprétation téléologique délivrant à la règle de conflit alternative le titre de règle de conflit, la soumettant par conséquent au régime de cette dernière. De plus, une lecture substantialiste, prétendant que le droit étranger est nové en droit français, aurait permis, comme le souligne M. Ancel, le contrôle par la cour régulatrice de l'interprétation de la loi étrangère puisque la structure la « francise »⁴²⁸.

Parvenu à ce point du raisonnement, on s'aperçoit que contrairement à l'impression donnée par sa physionomie, la règle à finalité matérielle de l'article 311-17 n'est pas hostile à l'accueil du droit musulman à condition que la substance de ce dernier soit interprétée de façon éclairée.

⁴²⁴ Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 1986, *Rev. crit. DIP*. 1987, note B. Ancel et Y. Lequette, p. 383 ; *JCP* 1988, II 20967, note P. Courbe, *D.* 1987 somm, p. 351 note B. Audit, Defrénois 1987 note, p. 772, note J. Massip.

⁴²⁵ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, dans l'attendu de principe la Cour dit exactement que : « la loi du père n'a vocation à régir la légitimation par mariage, que dans la mesure où, au jour de l'union, cette loi admet un tel effet à l'égard des père et mère de l'enfant naturel ». *JDI* 1994, p. 124, note Barrière-Brousse, *D.* 1994 somm. p. 33, obs. Kerchhove.

⁴²⁶ Voir C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, *op. cit.*, p. 214 avec les nombreuses citations.

⁴²⁷ Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, *D.* 2010 p. 1076, obs. I. Gallmeister.

⁴²⁸ B. Ancel note sous l'arrêt du 10 mars 1993, *Rev crit DIP* 1993, p. 459.

§2- L'articulation du système musulman avec l'ordre juridique français

L'articulation du système musulman de type confessionnel avec le système français profondément laïc n'est pas chose facile. Les frictions lors de leur contact sont fréquentes au point où leur coordination semble relever de la gageure. Cet antagonisme n'est pas seulement que théorique, il touche aux intérêts des personnes appartenant à l'un ou à l'autre de système. Le droit de la filiation fait partie des disciplines qui mettent en exergue cet antagonisme entre un système où la filiation semble exclusivement une émanation du mariage et un autre qui consacre quasiment un droit de l'enfant à la filiation indépendamment de la relation des parents. Toutefois juger inexorable cette opposition est excessif dans le sens où des moyens de coordination sont susceptibles d'apparaître (A). Néanmoins des limites sérieuses se dressent devant cette coordination (B).

A- Les méthodes de coordination

La coordination des systèmes est une nécessité qui se trouve à un niveau supérieur à celui de la règle de conflit. Cette nécessité est imposée par les difficultés suscitées par l'insertion de la loi étrangère dans le système de conflit du *for*. En effet, il arrive souvent que des normes, poursuivant les mêmes objectifs, soient différemment construites par les systèmes en présence. Et cela est naturel puisque les règles et les institutions sont adaptées aux spécificités du milieu pour lesquelles elles sont conçues. L'objet du droit international privé étant l'harmonisation des systèmes, il faut trouver une technique de coordination. Aussi, les méthodes du droit international ont-elles pour but de faire travailler ensemble des systèmes différents, d'articuler, de coordonner les systèmes en présence pour aboutir à un résultat viable⁴²⁹. Les méthodes de coordination sont diverses. On peut recourir indifféremment à l'internalisation des normes (1), à la théorie de l'équivalence (2) ou enfin la théorie du renvoi (3)

1- L'internalisation des concepts

L'une des principales causes de l'impasse entre le système juridique confessionnel musulman est le système laïc français réside dans l'optique avec laquelle ces deux systèmes envisagent les textes juridiques. Ils sont pour le premier sacré et pour le second laïc. Afin de coordonner ces deux systèmes ainsi opposés, il faut procéder à un rapprochement entre ces deux optiques divergentes.

⁴²⁹ P. Courbe, « Les objectifs temporels des règles droit international privé », PUF 1981, p. 216.

Du côté du droit français, ce rapprochement peut se faire sans même qu'il ait lieu de délaisser le principe de la qualification *lege fori*, en vue d'assouplir les catégories de rattachement. Les auteurs du droit international privé français y ont pensé, mais l'ont envisagé sous des angles différents. Pour Batiffol, il faut opérer « une extension des catégories de qualification en fonction du droit comparé »⁴³⁰. M. Malaurie envisage cette opération dans le cadre de la théorie de l'équivalence, pour lui « être différent n'empêche pas que l'on puisse être analogue, et cette considération par le droit international privé de l'équivalence va croissant depuis une trentaine d'années : elle permet de reconnaître à la loi étrangère une place de plus en plus importante »⁴³¹. Enfin, Francescakis parle d'une internationalisation des institutions juridiques⁴³². L'internationalisation recherchée ici n'est pas conforme à la doctrine de Rabel qui a proposé une qualification selon le droit comparé. Le fond de la théorie de Rabel est de constituer des institutions à vocation internationale confectionnée à partir d'une synthèse des différents systèmes juridiques.

Cet idéal de rapprochement, bien que théorisé de différente manière, peine à prendre corps entre les deux systèmes dans le sens où, bien que la volonté ne soit pas absente, la jurisprudence ainsi que la doctrine ont eu souvent tendance à retenir un traitement mécanique de la différence comme nous le montre le recours fréquent à l'ordre public. Ce recours à l'ordre public lui-même procédant d'une lecture parcellaire du droit musulman de la filiation le réduisant souvent à un modèle de filiation trop rigide exclusivement fondé sur le mariage.

La mise en œuvre de règle de conflit ne peut se passer rationnellement d'une analyse du droit étranger sans *a priori* et sans dénaturation. Or, la compréhension de la reconnaissance⁴³³ de paternité du droit musulman par le juge français est insuffisante, ce qui a des conséquences réelles dans la mise en œuvre de l'article 311-17. Une lecture à l'aune des concepts français a conduit à voir la reconnaissance du droit musulman comme subordonnée à la preuve d'un mariage quant à sa validité, ce qui immanquablement la rendait incompatible avec la reconnaissance du droit français. Or, il s'avère que l'étude du régime de la reconnaissance du droit musulman ne fait pas du mariage une condition *sine qua non*, d'autant plus qu'elle établit une filiation légitime comme le mariage. La reconnaître comme une source de légitimité au même titre que le mariage n'est donc pas une dénaturation. Toujours, sans volonté de dénaturation, elle est plus complète que la légitimation qui était celle du droit français dans le sens où la reconnaissance du droit musulman, par sa nature, est une forme de légitimation avec des effets rétroactifs. Sous cet angle, elle ne devrait pas poser en France des difficultés particulières pour sa réception puisqu'elle est aussi bien assimilable à la reconnaissance de filiation naturelle du droit français qu'à la légitimation. La Cour de cassation a parfois validé une interprétation du droit musulman conforme à son esprit originel. C'est le cas d'un

⁴³⁰ H. Batiffol, P. Lagarde, traité préc., n° 297.

⁴³¹ Ph. Malaurie « *L'équivalence en droit international privé* », *D.* 1962, p. 215.

⁴³² Francescakis, *La théorie du renvoi*, *op. cit.*, p. 20.

⁴³³ Voir *supra*, notre développement dans le titre 1.

arrêt du 20 novembre 1979⁴³⁴ qui s'est retranché derrière l'appréciation souveraine des juges du fond quant à l'interprétation du droit tunisien, pour valider une déclaration de paternité faite par un Français non marié devant un cheik⁴³⁵. Il a été fait à cet arrêt le grief de l'interprétation dénaturante du droit musulman faisant le lien avec une jurisprudence ancienne qui a admis, en matière de filiation, que les conditions de forme sont, en principe, soumis à la loi régissant le fond⁴³⁶. Du reste, ce rapprochement était favorisé par l'attendu de l'arrêt selon lequel « *en vertu de l'article 311-17 du Code civil, la reconnaissance de paternité contenue dans cet acte était valable au regard de la loi française, loi personnelle de l'auteur de ladite reconnaissance* ». Contrairement à ce qu'on pourrait penser, l'issue du litige aurait été la même si un juge tunisien avait eu à trancher cette affaire, compte tenu de la jurisprudence tunisienne qui n'est pas très exigeante en matière de preuve⁴³⁷ du mariage, surtout pour une reconnaissance de paternité qui, une fois prononcée, est irrévocable.

Ces interprétations des juges du fond, acceptées par la Cour de cassation, nous révèlent que la coordination entre droit français et système musulman est possible. Dans certaines hypothèses, elle peut se faire sans que la transposition du droit musulman passe par un élargissement des catégories du for.

Pour cette coordination, il faut une compréhension de l'esprit du droit musulman dont l'analyse doit nécessairement échapper à une lecture à l'aune des concepts français. Ainsi, l'erreur d'assimiler le mariage musulman au mariage français conduit assez souvent à fausser l'application du droit musulman en France. Cette assimilation génère des résultats incompatibles avec le droit français. Le mariage français est un lien qui ne prête guère au doute et par conséquent avant l'ordonnance de 2005 le droit de la filiation était construit sur l'absence ou l'existence du mariage.

Confronté à un ordre moral rigoureux, le droit musulman joue sur l'équivoque afin de ne pas irriter la morale⁴³⁸. Cela ne signifie pas que le système n'établit jamais des filiations naturelles, elles prennent l'apparence d'une filiation légitime à la faveur d'un système matrimonial moins scrupuleux en matière de preuve. Le jeu sur l'apparence pour donner une apparence de légitimité à une reconnaissance d'enfant naturel est une technique souvent empruntée par le droit musulman, ce qui prouve que l'hostilité à l'égard de la filiation naturelle n'est que façade. D'un point de vue méthodologique, pour la reconnaissance de paternité musulmane et celle du droit français, la ressemblance est telle qu'il serait utile de recourir à la technique de la substitution⁴³⁹ impliquant un

⁴³⁴ Cass. 1^{re} civ., 20 novembre 1979, bull. civ. I, n° 287.

⁴³⁵ Selon le pourvoi la déclaration devant le cheik ne valait pas ni acte de naissance ni acte authentique. Le cheik était un collecteur d'acte chargé de le transmettre à l'officier de l'état civil.

⁴³⁶ M. Farge thèse, « *Le statut familial des étrangers en France...* », thèse préc., n° 87.

⁴³⁷ S. ben Halima, « *La filiation naturelle en droit tunisien* », art préc., p. 472.

⁴³⁸ Sur ce point voir notre titre 2 sur la conception large du mariage. Voir aussi L. De Bellefonds, « *Traité de droit musulman comparé* », *op. cit.* n° 1128.

⁴³⁹ Voir D. Holleaux, J. Foyer, et G. Gouffre de la Pradelle, *op. cit.*, p. 306.

élargissement des concepts français comme en matière de qualification. La substitution des formes de reconnaissances est raisonnable dans le sens où il y a entre elles une identité de finalité c'est-à-dire l'établissement de la filiation.

Cette substitution est d'autant plus possible qu'il y a eu un certain rapprochement entre le droit français de la filiation et le droit musulman. L'identité de deux modèles ne fait aucun doute aujourd'hui au niveau de leur structure puisqu'ils sont tous les deux unitaires. Cette unité est différemment orchestrée, le droit musulman a fait le choix de fonder cette unité sur le mariage lorsque le récent modèle français a voulu une filiation indépendante des modes de conjugalité. L'intérêt de l'enfant est au centre de leurs préoccupations, néanmoins des considérations sociologiques font que ce dernier est différemment apprécié. Pour le droit français, l'intérêt de l'enfant passe par une filiation qualitativement neutre ; quant au droit musulman, l'intérêt de l'enfant est d'avoir une filiation légitime puisque son insertion sociale est à ce prix. En partant de ces similitudes de fond, on est amené à se demander si les juridictions françaises obligées à appliquer le droit musulman doivent l'appliquer⁴⁴⁰ tel que reflété littéralement par les Codes des pays musulmans ou si elles doivent recourir aux enseignements du droit classique infiniment plus favorables à sa manière à l'établissement de la filiation. Appliquer intégralement le droit d'origine de l'enfant musulman serait délicat pour le juge français, l'évincer d'une façon ou d'une autre par les mécanismes du droit international privé serait source de rapport boiteux avec tous les inconvénients qui peuvent en découler. Ainsi la transposition du droit musulman ne saurait se passer d'un minimum d'ajustements se situant entre fidélité et modelage. Pour une reconnaissance de paternité, le juge français doit s'interdire d'opérer des distinctions selon qu'il existe un lien conjugal entre les parents. Cette distinction n'est plus connue en droit français ni voulue par le droit musulman. D'ailleurs, la lecture du droit musulman par le juge français ne fait pas l'économie de cette distinction, ce qui inévitablement aboutit à des complications surtout en matière de contestation de reconnaissance. Le raisonnement qui part de cette distinction pour une contestation de paternité est confronté à une première impasse puisque le système musulman prohibe la filiation naturelle. Pour contourner ce blocage, les juges ont souvent eu recours à l'ordre public comme nous le montrent plusieurs décisions de la Cour d'appel de Paris⁴⁴¹. Si ces décisions semblent fondées en ce qu'elles sont intervenues avant la réforme de 2005, elles sont *a priori* dénuées de pertinence avec l'ordonnance de 4 juillet 2005, car le juge doit, en principe, abandonner l'analyse du droit étranger à travers la distinction filiation naturelle, filiation légitime. Ainsi pour savoir si la filiation est contestable, le juge doit directement s'intéresser aux articles relatifs à la contestation⁴⁴² pour en tirer que la contestation est possible selon le droit musulman.

⁴⁴⁰ Précisons que le statut de la loi étrangère comprend l'ensemble des sources législatives, judiciaires, coutumières du droit étranger. Voir Cass. 1^{re} civ., 2 février 1982, *Rev. crit. DIP*, p. 706, note P. Mayer.

⁴⁴¹ Voir CA Paris, 17 octobre 1996 (inédit), CA Paris 17 juin 1997 *Juris-Data* n° 022354, *JCP* 1998, I, p. 151, note M. Farge, CA Paris 23 octobre 2003, arrêt préc.

⁴⁴² Comme l'art 74 du Code tunisien du statut personnel. Le recours à ces articles, admettant la contestation de reconnaissance, est obligé surtout lorsqu'il s'agit de rétablir le vrai rapport de filiation.

La Cour de cassation française a raté cet idéal de coordination dans des situations où pourtant, il semblait être à portée de main. Dans l'arrêt du 10 mars 1993⁴⁴³, la première chambre civile casse une décision d'appel ayant jugé qu'un enfant était légitimé en vertu de la loi personnelle du père, de nationalité tunisienne, au motif que « *la loi personnelle du père n'a vocation à régir la légitimation par mariage que, dans la mesure où, au jour de l'union, cette loi admet un tel effet à l'égard des père et mère de l'enfant* » et que, des énonciations mêmes des juges du fond, il résultait que « *la loi tunisienne ne connaît pas l'institution de la légitimation par mariage* ». Cet arrêt qui visait l'ancien article 311-16 a d'une certaine manière, appauvri ce texte en le purgeant de son intention de faveur⁴⁴⁴. La Cour s'est livrée à un contrôle de qualification qui, s'il avait été mené correctement aurait pu aboutir non seulement à légitimer l'enfant, mais aussi à mieux coordonner les deux systèmes. Cette faille du raisonnement de la Cour de cassation était probablement due à une motivation fragile de l'arrêt de la Cour d'appel qui se contentait de relever que l'enfant avait toujours été considéré par les autorités tunisiennes comme la fille du père. La Cour de cassation s'est abstenue d'invoquer une dénaturation du droit tunisien et a reproché aux juges du fond d'avoir méconnu la nature de la légitimation, une espèce de passerelle entre la filiation légitime et la filiation naturelle. L'intérêt de l'enfant était incontestablement d'avoir un lien de filiation de bonne qualité et doté d'une certaine stabilité. Cet intérêt aurait trouvé très certainement la plénitude de son expression dans une internationalisation de la notion de légitimation. Le droit tunisien était ouvert à cette technique puisqu'il a une conception particulièrement extensive de la légitimation qui aurait permis une coordination des systèmes. Cette décision développe une conception quelque peu ethnocentrique de la faveur inhérente aux dispositions de la loi 1972 en matière de filiation. Un raccourci aurait pu consister à raisonner en terme d'équivalence, ce qui aurait permis de rapprocher la légitimation du droit français avec la reconnaissance de paternité du droit musulman qui sont sur le plan du résultat d'une similitude parfaite. La reconnaissance du droit tunisien étant plus efficace que la légitimation dans la mesure où la première n'implique pas un changement de statut de l'enfant.

2- L'application de la théorie de l'équivalence

De prime abord, il peut paraître surréaliste de chercher une équivalence entre deux systèmes qui sont le plus souvent de façon quasi systématique décrits comme irréconciliables. Toutefois, rien n'empêche de chercher à faire disparaître cet antagonisme ou du moins à le réduire par une articulation. En effet, entre l'opposition des deux systèmes juridiques et leur identité, il y a place pour tous les degrés de leurs similitudes et de leur équivalence⁴⁴⁵. Le concept d'équivalence est

⁴⁴³ Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, arrêt préc.

⁴⁴⁴ B. Ancel, note préc., *Rev crit DIP* 1993, p. 460.

⁴⁴⁵ P. Louis-Lucas, « La portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé », *JDI* 1962

familier en droit international privé, son usage était bien connu en matière d'*exequatur* des jugements étrangers. Si le juge étranger a appliqué une loi qui n'était pas celle désignée par la règle de conflit française mais que le résultat, auquel elle aboutissait, était équivalent à celui qui aurait été obtenu par l'application de cette loi, l'*exequatur* était possible. Outre cette utilisation bien connue, le recours à cette notion peut intervenir dans d'autres situations comme celle de la qualification ou la résolution de certains conflits de conventions⁴⁴⁶. Le mérite de l'équivalence est bien connu, sa finalité est d'assurer un règlement harmonieux du rapport litigieux en s'efforçant de ménager l'application des différentes lois désignées par la règle de conflit. Des études ont montré⁴⁴⁷ que les différences existant entre les systèmes juridiques peuvent être résorbées par la voie de l'équivalence. A cette fin il suffit de voir dans les institutions étrangères les réponses apportées à des problèmes que le droit français résout autrement⁴⁴⁸.

En matière de conflit de lois, le jeu de l'équivalence est embryonnaire et la Cour de cassation s'est prononcée par cinq arrêts⁴⁴⁹. Une analyse globale de ces décisions montre que la cour de cassation a opté pour une conception large de la notion d'équivalence. Il n'y a pas de précision sur le type d'équivalence voulue. Dans un arrêt du 11 juillet 1988, la haute cour parle de « *résultats équivalents* » auxquels auraient conduit tant la loi française que la loi vietnamienne. Le second arrêt du 16 février 1994 se contente d'une vague référence⁴⁵⁰ « *aux règles communes aux deux systèmes juridiques français et saoudien* ».

En s'appuyant sur ces paramètres dégagés par la Cour de cassation pour l'équivalence peut-on envisager cette notion pour l'articulation entre droit confessionnel et droit laïc en matière de filiation ? Rien n'est moins sûr puisque tout ce qui est étranger est plus ou moins différent de ce qui est en français. Mais être différent n'empêche pas que l'on puisse être analogue. Ainsi la réussite de la coordination dépendra en grande partie de la conception que l'on se fait de l'équivalence : l'exigence d'une équivalence stricte se soldera par un échec de l'intégration du droit étranger alors qu'une conception souple de cette notion est un excellent facteur de coordination. La considération de cette équivalence a pour objet d'élargir le domaine de la loi étrangère, qu'elle soit préalable à la solution des conflits, qu'elle en soit la solution ou qu'elle intervienne lors de l'*exequatur*⁴⁵¹.

p. 864.

⁴⁴⁶ Sur ce point voir D. Bureau, « Les conflits de conventions », *TCFDIP*, 1998-2000.

⁴⁴⁷ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit. p. 17.

⁴⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁴⁹ Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 1988 *Bao-Daï*, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 81, note P.-Y. Gautier ; 2^e arrêt 14 février 1994, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 341, note H. Muir. Watt. 3^e arrêt 13 avril 1999, *Cie Royale Belg.* *Rev. crit. DIP* 1999, p. 698, note B. Ancel et H. Muir. Watt. 4^e arrêt 3 avril 2001, *Gaz. Pal.* 12-13 décembre 2001, n° 346-347 p. 34, obs. de T. Habu. Groud. 5^e arrêt, Cass. 1^{re} civ., 11 janvier 2005, *Dr. fam.* 2005 comm. 197, note. M. Farge.

⁴⁵⁰ H. Gaudemet-Tallon « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », *Mélanges en l'honneur* de P. Lagarde, D. 2003, p. 308.

⁴⁵¹ Ph. Malaurie « l'équivalence en droit international privé », art préc., p. 216.

En matière de filiation, le droit français a eu du mal à assimiler la prohibition de filiation naturelle par le droit musulman, reconduite par la plupart des Codes de statut personnel, se matérialisant par l'absence de toute action en recherche de paternité. *A priori*, et en apparence, les deux systèmes semblent retors à tout rapprochement. Cependant, cette difficulté aurait pu être surmontée lors de l'opération de qualification qui consiste en réalité à classer des institutions étrangères dans les concepts des catégories de la loi du *for*. Cette opération de qualification ne peut jamais être réglée par le principe de l'identité au sens strict du terme : en raison de son extranéité, il va de soi qu'une institution étrangère ne peut pas être rigoureusement conforme à une institution de la *lex fori*. La démarche qui consiste pour un enfant à agir en justice pour établir son lien de parenté est qualifiée en droit français « d'action en recherche de paternité ». Autrement analysée, cette action en justice est une forme de recherche de reconnaissance forcée de filiation. Aussi surprenant que cela puisse paraître, le droit musulman connaît cette reconnaissance de filiation à l'initiative de l'enfant. Linant de Bellefonds dans son célèbre traité de droit comparé décrit une forme de reconnaissance à l'initiative de l'enfant et obéissant aux mêmes conditions que la reconnaissance entreprise par le père⁴⁵². L'action menée par l'enfant pour établir son lien de paternité connaît deux issues possibles : soit le père désigné n'oppose aucune contestation et la filiation est établie, soit le père se refuse à admettre cette filiation à son égard. La seconde hypothèse ouvre droit selon le courant malékite à une espèce de filiation à dimension patrimoniale⁴⁵³.

Finalement une observation de la « recherche de paternité » du droit français et « la reconnaissance de filiation » du droit musulman sont des institutions voisines de sorte que l'appel à la notion d'équivalence ne serait pas saugrenu. Donc, le juge français, lorsque le droit musulman est désigné ne devrait pas forcément brandir l'exception d'ordre public, mais constater qu'il y a bien équivalence.

L'équivalence est d'autant plus utile que la qualification se fera, non pas d'après les structures formelles ou même conceptuelles de l'institution du droit musulman, mais selon son sens fonctionnel. L'assimilation entre les actions est possible dans le sens où en droit musulman, la qualité naturelle de la filiation n'est pas une fin de non-recevoir, c'est seulement si cette qualité devient évidente au cours du procès que la filiation ne sera pas établie en raison du trouble à l'ordre moral. Il va de soi que le juge français a peu à se préoccuper de cette morale pour refuser l'analogie des actions. Face à des situations présentant plus de ressemblances que de différences, comme c'est le cas ici, les principes philosophiques et les techniques juridiques du *for* doivent s'adapter sans rigorisme. Une application des règles étrangères dénuée de tout esprit comparatiste se termine toujours par la conclusion péremptoire de l'incompatibilité. Ce qui donne à l'institution sa vraie nature, ce n'est pas son apparence extérieure, mais le résultat qu'elle poursuit.

⁴⁵² Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman, op. cit.*, p. 55 n° 1163.

⁴⁵³ *Ibidem*.

L'admission de l'équivalence accroît le domaine de la loi étrangère et fait reculer les exigences de l'ordre public puisqu'une institution jugée comparable aux structures fondamentales du droit français ne saurait évidemment être contraire à l'ordre public français. Toutefois, pour bien manier le mécanisme de l'équivalence, il faut un juge bien formé en droit musulman.

3- L'usage du renvoi à des fins de coordination

En effet, il est certain que dans l'application de l'article 311-14, le renvoi est techniquement possible⁴⁵⁴. Néanmoins, l'issue de la technique du renvoi est incertaine dans le sens où elle partage le même défaut que la règle bilatérale, celui du saut dans l'inconnu. Toutefois, son admission comme son exclusion ne sont pas un obstacle au caractère bilatéral de la règle de conflit. La tendance majoritaire est aujourd'hui à l'exclusion du renvoi pour l'article 311-14. Reproduisant un motif péremptoire, les juges du fond⁴⁵⁵ estiment que l'article 311-14 « *contient une désignation directe et impérative de la loi applicable* ». En réalité, cette affirmation ne paraît pas saisir la complexité du mécanisme du renvoi. Le renvoi est susceptible de deux acceptions, il y a le renvoi-délégation et le renvoi-coordination. Le premier veut que la règle de conflit étrangère soit appliquée aveuglément sans avoir égard au résultat final. Il va de soi que ce type de renvoi est défavorable à la coordination des systèmes, car la notion même de coordination s'oppose à tel usage du renvoi. La théorie du renvoi coordination, quant à elle, admet le principe du renvoi quitte à l'écarter quand son application s'avère problématique.

L'exclusion de principe du renvoi est une occasion ratée pour la coordination des systèmes surtout lorsque la règle étrangère désignée par la règle de conflit française offre un résultat qui n'est pas de nature à satisfaire l'attente du *for*. La technique pourrait être utile dans l'hypothèse d'une règle étrangère d'obédience musulmane ne connaissant pas l'action en recherche de paternité. N'est-il pas ici raisonnable de tenir compte de la règle de conflit étrangère pour voir si elle donne compétence à la loi du *for* ou plus généralement à une loi plus libérale sur la question de l'établissement de la filiation. La doctrine classique considérait le renvoi comme un abandon de la règle de conflit française au profit de la règle étrangère⁴⁵⁶. Un tel raisonnement ne force pas l'adhésion dans la mesure où le renvoi est susceptible d'être analysé comme un mécanisme correcteur au même titre que l'ordre public toutefois plus diplomate que ce dernier dans le sens où le renvoi est dénué de

⁴⁵⁴ J. Foyer, « Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », Mélanges Daniel Huet-Weiller, presse universitaire de Strasbourg et LGDJ 1994, p. 139.

⁴⁵⁵ V. CA de Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. DIP*. 1977, p. 109, note I. Fadallah, *JDI* 1977, p. 656 note J Foyer, CA de Paris 20 janvier 1986, *Rev. crit DIP* 1988, somm. p. 828.

⁴⁵⁶ H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé, op. cit.*, p. 497. Dans la thèse de la souveraineté, le renvoi se présente essentiellement comme une contradiction à la règle de conflit du *for*. Il est en effet compris comme la négation du rattachement choisi par le système du *for*. Pour plus de détails voir R. Sfeir « *Aspects contemporains du renvoi en droit international privé* », LGDJ 2009, p. 172 et s.

jugement de valeur sur la loi étrangère. De fait, contrairement à la critique précédente, la règle étrangère n'entre pas en jeu par l'effet du miracle, mais bien par la désignation de la règle de conflit française ; il y a bien coordination de systèmes⁴⁵⁷.

Voyons le résultat de l'éventuelle application du renvoi sur l'article 311-14 dans le cas où la loi étrangère en question ne connaît pas d'action en recherche de paternité. Que prévoient les règles de conflit dans les législations d'inspiration musulmane ? Malgré la présence d'un lourd héritage personnaliste⁴⁵⁸, les solutions des conflits de lois dans les pays musulmans sont très diversifiées entre ceux qui n'ont aucune disposition en la matière et les dispositions laïques comme celles du droit tunisien tendant vers le territorialisme. Par exemple, en Algérie aucun rattachement n'est prévu. Partant de l'idée que la filiation est par nature légitime ; c'est la loi du père ou des effets du mariage qui s'appliquera. Au Maroc, le Dahir sur la condition civile des étrangers ne traite pas de la relation parents et enfant ; mais relevant du statut personnel, elle est soumise à la loi nationale. La jurisprudence marocaine penche en faveur d'une application de la loi de l'enfant⁴⁵⁹. Malgré la prohibition de principe, la jurisprudence marocaine n'hésite pas à ajuster ses solutions à l'intérêt de l'enfant bravant ainsi l'interdiction de principe frappant l'établissement de la filiation naturelle. Surtout lorsque la loi désignée par la règle de conflit (même si c'est la loi marocaine), aboutirait à refuser les aliments, le juge essaie de trouver un subterfuge juridique pour contourner l'impasse. Cela a été le cas pour un enfant naturel, né d'une mère marocaine et d'un père français : l'action en recherche de paternité n'a pas pu aboutir en raison de l'interdit du droit marocain de la mère. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel de Rabat a pourtant accordé à l'enfant des aliments sur le fondement du délit civil. Cette décision a été confirmée par la Cour suprême marocaine⁴⁶⁰. Le droit tunisien, quant à lui, dans l'article 4 du décret du 12 juillet 1956 soumet la filiation à la loi personnelle du père⁴⁶¹. Néanmoins ce décret semble caduc dans la mesure où l'article 52 de la loi tunisienne portant promulgation du Code de droit international privé prévoit que « *le juge appliquera la loi la plus favorable à l'établissement de la filiation, entre la loi nationale du défendeur ou celle de son domicile, la loi nationale de l'enfant et celle de son domicile* ».

La mise en œuvre du renvoi pour l'article 311-14 peut aboutir à l'établissement de la filiation du moins si on adopte le raisonnement suivant : pour les pays dénués de règle de conflit pour la filiation naturelle, on peut considérer que l'absence des dispositions relative à la filiation naturelle est un vide qui doit être comblé par l'application de la loi française dans sa vocation subsidiaire. Pour le droit tunisien qui déploie un zèle intense vis-à-vis de la notion de faveur à la filiation. De par la multiplication des lois qui entrent en ligne de compte cet esprit de faveur est renforcé. Le

⁴⁵⁷ Idem p. 498, aussi dans le même sens Ph. Francescakis, « *La théorie du renvoi* », Sirey 1958, p. 95 et s

⁴⁵⁸ J. Déprez, *op. cit.* p. 60

⁴⁵⁹ Cour d'appel de Rabat, 10 mars 1960, *Revue marocaine de droit* 1961, p. 310, V. Cour suprême marocaine 10 mars 1961, *Revue marocaine de droit* 1961, p. 3.

⁴⁶⁰ 13 novembre 1962, *Revue marocaine de droit* 1963, p. 267.

⁴⁶¹ A. Moulay Rachid, « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et solutions retenues dans les pays arabomusulmans », *RCADI* 1997, vol 268, n° 344, p. 177.

renvoi est ici une nécessité absolue, il constitue un instrument de coordination. Consulter uniquement le droit matériel tunisien lors de la mise en œuvre de l'article 311-14 pour ensuite le disqualifier au nom de l'ordre public paraît regrettable, car il est possible de vivifier la règle de conflit tunisienne.

Pourquoi donc répudier ce mécanisme de coordination sans déformation qui sert si bien une exigence fondamentale de la vie internationale à savoir la continuité juridique. Prendre en compte, à sa juste valeur, la spécificité des rapports internationaux, c'est faire en sorte que les rapports qui se développent à cheval entre plusieurs ordres juridiques y soient traités de façon telle qu'une discontinuité radicale ne se creuse pas entre ces ordres⁴⁶².

B- Les limites de la coordination

L'idéal de coordination est possible lorsque les systèmes en cause ont quelque chose de commun. Entre le droit musulman et le droit français, il n'y a ni communauté de valeur ni identité de méthodes. La difficulté de coordonner les règles en matière de filiation vient, d'une part, de la différence systémique qui existe entre les systèmes juridiques (1) et, d'autre part, de la difficulté d'appréhension du droit musulman de la filiation (2).

1- Une différence systémique

L'idéal de coordination implique une ressemblance de fond ou du moins une certaine unité dans la conception du droit. Tel ne semble pas être le cas dans la relation entre le système laïc français et le système confessionnel musulman. Si une évolution est perceptible dans les législations qui s'inspirent du droit musulman, il n'en reste pas moins que certaines des conceptions musulmanes de la famille sont comprises comme heurtant les conceptions françaises de la famille comme les principes de liberté et de non-discrimination qui ont été reconnus aux membres de la famille et, en particulier, à la femme et à l'enfant⁴⁶³. Le modèle d'organisation de la famille procède d'un système relativement figé où la loi n'est pas uniquement le produit de la rationalité de l'homme, mais aussi et avant tout une émanation divine. La famille est appréhendée en tant que groupe cimenté par un lien socialement reconnu, le mariage. Ce dernier est la clé de voûte exclusive de la relation

⁴⁶² Y. Lequette, « L'évolution du droit international privé du divorce et de la filiation », *TCFDIP*, 1988, T XXXIX, p 468.

⁴⁶³ Fanny Vasseur-Lambry, « Le statut des mineurs maghrébins en France » in Jacqueline Pousson-Petit, *Le droit maghrébin des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, Paris 2009, p. 382.

familiale. Un tel modèle est difficilement recevable par un système pluraliste appartenant à une autre communauté juridique. Ce concept de communauté juridique est fort essentiel pour la doctrine du droit international privé et conditionne, à certains égards, la réception de la loi étrangère. La communauté juridique était visiblement un axiome reçu depuis la doctrine savignienne et qui semble faire obstacle à l'application de toutes les lois d'un pays de civilisation éloignée⁴⁶⁴. Pour certains, ce concept est au fondement de l'ordre public, il indiquerait une filiation juridique ou plus largement une unité de civilisation proche ou voisine⁴⁶⁵. Dès lors, la question reste entière sur le point de savoir, si les pays liant les choses temporelles et spirituelles ont une communauté juridique avec les pays laïcs qui distinguent ces deux ordres.

A priori pour certains,⁴⁶⁶ le recours à l'ordre public doit être l'instrument de restitution de la compétence du *for*. Ainsi, la communauté juridique entre systèmes, fondée jadis essentiellement, en Occident, sur une communauté de foi religieuse, celle du christianisme, se fonde aujourd'hui, dans une large mesure, sur la notion de laïcité⁴⁶⁷. Les pays à système laïcisé constituent aujourd'hui un cercle qui a pour socle des engagements portant sur les droits fondamentaux dont la garantie est assurée notamment par la Cour européenne de droit de l'homme qui d'une certaine manière, assure un minimum de convergences. En effet, le rapprochement des législations internes observé dans certaines matières, auquel la Cour européenne de droit de l'homme n'est pas étrangère, aboutit à la constitution d'une communauté de droit au sens savignien du terme. La loi étrangère peut être appliquée plus facilement et les cas d'intervention de l'ordre public se réduisent. Entre ces États, les problèmes de conflit de lois perdent beaucoup de leur importance⁴⁶⁸.

L'idée d'un défaut de communauté juridique n'est pas conceptualisée en tant que telle, toutefois elle explique l'intervention des instruments destinés à protéger les intérêts de la collectivité nationale comme l'ordre public international qui est l'expression la plus achevée de cette protection⁴⁶⁹. Voilà un garde fou qui fait bien peu de cas de l'objectif pluriséculaire du droit international privé à savoir

⁴⁶⁴ H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 4 éd 1967, n° 405.

⁴⁶⁵ C'est la cas de Bartin, « *Etudes de droit international privé* », Paris 1899, n° 217. De façon plus restrictive, Niboyet, écrivait « *il faut entre les pays, une certaine communauté, une parenté suffisante de droit pour que l'on puisse appliquer respectivement le droit de l'un chez l'autre* ». J.-P. Niboyet, *Cours de droit international privé français*, 2 éd. Paris 1949.

⁴⁶⁶ Niboyet, note sous Paris 9 janvier 1943, *Rev. cri. DIP* 1946, p. 93. Dans le même sens, Savatier propose une éviction par l'ordre public sur le fondement de l'absence de parenté juridique. Il propose une méthode de détermination de l'ordre public d'après les cercles de civilisation. Traitant de la relation entre système musulman et système français il l'expose ainsi : « un autre cercle de civilisations donnant prise aux réactions de l'ordre public français est celui de la civilisation religieuse. Ainsi, dans plusieurs pays mahométans, règne, en qualité de droit civil, le droit musulman, dont le coran est le principe. La législation de ces pays s'oppose au caractère laïc du droit civil français. Celui-ci rejette comme contraire à son ordre public l'idée que le mariage et la famille pourraient continuer, pour des étrangers vivant en France, à dépendre de leur religion. » René Savatier, *cours de droit international privé*, 2 éd. 1953, p.237.

⁴⁶⁷ A. Kessmat Elgeddawy, *Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, Dalloz 1971, p 126.

⁴⁶⁸ Voir, J.-M. Bischoff, « Rapport général » in travaux de l'association Henri Capitant. *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille (journées turques)*, Tome XXXIX 1988, Economica, 1990. p. 404.

⁴⁶⁹ F. Marchadier, « *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la CEDH* », thèse Limoges 2005, p 27.

la coordination entre systèmes. Selon un auteur, il n'est que le remède désespéré que l'on devrait écarter lorsqu'il est question de formuler les finalités de la règle de conflit⁴⁷⁰.

2- La difficulté d'appréhension du droit musulman de la filiation

Des nombreux auteurs ont mis en évidence le caractère souple du système musulman de la filiation malgré l'apparente rigueur des règles posées⁴⁷¹. Ces dernières subissent les effets de la pratique qui atténue la sévérité des règles. Le droit musulman classique, en matière de filiation, a été influencé par des coutumes parfois aux antipodes du rationnel qui traduisaient l'aspect libéral. Les Codes de statut personnel n'ont en général repris que les règles strictes du droit musulman tout en délaissant les normes coutumières. Le juge musulman connaît parfaitement son milieu, il a la possibilité de recourir non seulement à ses propres techniques d'interprétation, mais aussi aux usages pour faire échec à la rigidité des règles interdisant à l'enfant naturel d'établir sa filiation. Autrement dit, il peut adapter les textes au contexte pour éviter toute solution inhumaine. L'instabilité de la jurisprudence évoquée précédemment a pour origine⁴⁷² cette grande liberté d'appréciation dont dispose le juge musulman par rapport au juge français⁴⁷³.

Le juge français n'a pas la possibilité d'atténuer la rigueur de texte puisque sa connaissance du droit musulman, réputé pour sa complexité, est limitée. La plupart du temps, il ne dispose pas d'autre référence que les articles du Code et par conséquent il n'est pas toujours sûr que ses décisions soient identiques à celles rendues dans le pays d'origine. D'ailleurs, l'usage des nombreux écrits par le magistrat français⁴⁷⁴ ne permet pas de rendre compte de la pratique du droit musulman dans les différents pays musulmans. Le juge français recourt rarement aux textes de doctrine et aux décisions judiciaires étrangères, malgré l'obligation qui lui est faite d'appliquer le droit étranger tel qu'il s'applique dans son pays d'origine⁴⁷⁵. Or, l'application du droit musulman n'est pas uniforme malgré des règles substantielles identiques. Par exemple, les règles en matière de filiation ne sont pas appliquées de la même façon dans les sociétés musulmanes. Ainsi, l'influence coutumière est plus grande dans les pays musulmans d'Afrique noire que dans les pays du Maghreb alors que les Codes qui régissent ces pays excluent la filiation naturelle. Dans beaucoup de pays africains d'obédience musulmane, le droit tel que posé officiellement par les Codes n'est pas conforme à la

⁴⁷⁰ H. E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », *Rev. crit DIP*. 1959, p. 19.

⁴⁷¹ L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman, op. cit.*, p. 15, n° 1127.

⁴⁷² Voir *supra*.

⁴⁷³ B. Botiveau, « *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes* », Karthala 1991, p. 220.

⁴⁷⁴ N. Joubert, « L'application de la loi étrangère : modes de fonctionnement des magistrats français dans leur confrontation aux droits des pays arabes », in *Ordre public et droit musulman de la famille*, N. Bernard-Maugiron et B. Dupret (ss dir.), Bruylant, Bruxelles 2012, p. 356.

⁴⁷⁵ *Idem*, p. 356.

pratique⁴⁷⁶. Il existe de nombreuses pratiques visant à légitimer un enfant naturel et qui contredisent la règle prohibant la filiation hors mariage. L'absence de consécration normative de ces pratiques empêche le juge français de les prendre en considération. Il peut arriver que le juge français, après lecture de ces Codes, interdise à un enfant naturel d'établir sa filiation alors que grâce à ces mécanismes coutumiers il aurait bénéficié d'une filiation dans son pays d'origine⁴⁷⁷. Le pluralisme juridique, existant dans certains pays, fait que la prohibition de la filiation naturelle est concurrencée parfois par une autre règle venant d'une autre source qui permet l'établissement de la filiation⁴⁷⁸. La reconnaissance de paternité est un mode d'établissement de la paternité énoncé par la plupart des Codes dans les pays musulmans. Son régime juridique est construit différemment dans ces pays. Le juge français l'a toujours comprise comme subordonnée au mariage alors que dans certains pays elle dépend d'autres facteurs comme l'acceptation de l'épouse⁴⁷⁹ ou la manifestation du père de sa volonté de reconnaître l'enfant⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ A. Sow Sidibé, « Politique juridique et État de droit au Sénégal », in *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, J. Luc Chabot, P. Arzac et H. Pallard (ss dir.), L'Harmattan 1999, p. 183. Dans le même sens voir L. Messaoudi, « Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc », *RIDC* 1995, Vol. n° 1 1995, p. 147.

⁴⁷⁷ Nous avons souligné l'importance de la coutume du mariage légitimant qui permet à un enfant conçu hors mariage de devenir légitime après le mariage de ses parents. Dans les pays comme la Mauritanie, Djibouti et bien d'autres, cette coutume existe bel et bien, mais elle n'a eu aucune consécration juridique. De ce fait, un juge étranger appliquant le droit de ces pays ne peut que se tromper lorsqu'il applique la règle prohibant la filiation naturelle.

⁴⁷⁸ Je fais référence ici à mon pays, la République de Djibouti qui est dotée d'un système juridique aux sources multiples. En matière de filiation, le Code de la famille d'inspiration musulmane interdit la filiation naturelle. Or cette règle ne s'applique pas en raison de la règle coutumière du mariage légitimant, mais aussi du fait d'une pratique administrative régie par des lois d'inspiration française.

⁴⁷⁹ C'est le cas du Mali et du Sénégal. Pour plus de détail voir C. Wague, « L'enfant en droit malien », in *L'enfant en droit musulman*, n actes du colloque préc., p.203.

⁴⁸⁰ C'est le cas avec le droit Sénégalais, voir I. Y. Ndiaye, « Sénégal : L'enfant hors mariage », in *L'enfant en droit musulman*, actes du colloque préc., p. 330.

Conclusion du chapitre 1

Les difficultés soulevées par la réception du droit musulman ne sont pas liées aux règles de conflit françaises elles-mêmes. La règle de conflit bilatérale de l'article 311-14 est dotée à la fois d'une neutralité répartitrice et d'une neutralité téléologique. De ce point de vue aucun obstacle ne se dresse devant l'accueil du droit musulman. Pour les règles de conflit à finalité matérielle, elles ne sont pas entièrement défavorables au droit musulman puisque, abstraction faite du présupposé ou de l'élément validant qu'elles contiennent, elles peuvent donner compétence à une législation d'obédience musulmane. Si le droit musulman est parfois refoulé, c'est notamment à cause de sa compréhension limitée par le juge français qui adopte une lecture purement littérale de ce droit qui s'oppose aux prémices de la règle de conflit engagée. L'incompatibilité ne vient pas de la règle de conflit, mais de la représentation retenue du droit musulman. Le plus souvent on oppose le but social poursuivi par la règle de conflit française en matière de filiation au rigorisme du droit musulman préoccupé par la sauvegarde d'un modèle familial. Or, dans les sociétés musulmanes, à côté des règles juridiques rigoureuses, il existe des mécanismes d'ordre coutumier qui légitime les enfants avant de leur donner une filiation juridique. Pour éviter l'application des règles prohibant la filiation naturelle, le droit international privé peut user des techniques de coordination. Le recours à l'équivalence permet de rapprocher des notions qui sont présentées comme inassimilables. Ainsi la reconnaissance de paternité du droit musulman et celle du droit français sont parfaitement assimilables. Un tel rapprochement ne constitue en rien une manipulation car l'esprit des deux institutions est identique. Par ailleurs, le recours au renvoi peut être une échappatoire aux lois prohibitives lorsque la règle de conflit musulmane rend compétente la loi française ou une autre loi favorable à l'établissement de la filiation naturelle.

L'application du droit musulman est en effet compliquée puisque la rigueur des règles exprimées dans les Codes de statut personnel est toujours atténuée dans la pratique. Elle demande un gros effort de compréhension et d'analyse au juge français.

Chapitre 2- L'éviction du droit musulman

La règle de conflit à finalité matérielle contient dans son présumé un élément matériel dont dépend l'application de la loi étrangère. Les préoccupations de justice matérielle sont prises en charge par la règle de conflit elle-même, raréfiant ainsi le recours à l'ordre public. L'intervention de ce dernier garde en revanche toute son utilité pour la règle de conflit bilatérale qui n'a pas pour objet d'édicter une réglementation substantielle des relations internationales, mais de désigner l'ordre juridique auquel celle-ci sera empruntée⁴⁸¹. Cette neutralité, quant au droit matériel, peut être source de complication lorsque l'ordre juridique désigné contient des solutions contredisant les perceptions fondamentales du *for*.

L'ordre public est un instrument aux mains du juge, utilisé *a posteriori* lorsque l'application de la loi étrangère se révèle choquante. Ce recours à l'ordre public est critiquable sur plusieurs points. D'une part, en tant qu'élément troublant le jeu normal de la règle de conflit, il est le révélateur de l'absence de pertinence du rattachement adopté par celle-ci. A cet égard le recours fréquent à ce correctif pourrait être interprété comme la preuve du caractère insatisfaisant du rattachement à la loi nationale. D'autre part en tant qu'outil d'éviction de la loi étrangère il remet en question le postulat d'égalité entre le droit interne et le droit étranger.

Peu importe ces inconvénients, la réserve d'ordre public présente pour le juge l'avantage de le prémunir contre « *le saut dans l'inconnu* ». L'incertitude quant au droit substantiel, c'est justement, ce que le système de la loi de 1972 sur la filiation a voulu prévenir en rénovant la méthode même de résolution des conflits de lois avec la multiplication des normes désignant la loi du milieu d'accueil. Les choix des rattachements à caractère substantiel et la technique des lois de police ont pour finalité de manifester dans les relations internationales des objectifs essentiels du *for*, ce qui a rétréci de façon conséquente la fréquence d'intervention de l'ordre public⁴⁸². Dans la loi du 4 janvier 1972, l'article 311-14 est le seul à poser une règle de conflit de facture classique avec un rattachement de l'établissement de la filiation à la loi nationale de la mère. Le caractère neutre de cette règle de conflit a ouvert à l'ordre public un canal d'intervention pour faire échec à l'application des lois d'obédience musulmane qui refusent à l'enfant naturel tout droit d'établir sa filiation. L'éviction du droit musulman et son remplacement par le droit français traduisent l'intrusion des considérations matérielles dans le jeu des conflits des lois. Ainsi l'ordre public apparaît comme une notion intrinsèquement substantielle dont le but est de remédier à l'excessive abstraction de la règle de conflit bilatérale et à son détachement de toute justice de droit matériel. Suite à l'accroissement constant de l'importance du principe d'égalité, on assiste à une inflation du recours à l'ordre public contre les lois d'obédience musulmane (*Section 1*). Néanmoins, tout compte fait, il apparaît évident que ce recours à l'ordre public est inadapté (*Section 2*).

⁴⁸¹ B. Ancel et Y. Lequette, « *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé* », 5^e éd 2006, Sirey Paris.

⁴⁸² R. Libchaber « L'exception de l'ordre public en droit international privé », art préc., p 68.

Section 1- L'inflation du recours à l'ordre public

La doctrine est unanime sur la difficulté à préciser les contours de l'ordre public⁴⁸³. L'absence de catégorie de rattachement propre au mécanisme et l'origine jurisprudentielle de la notion prennent une part importante dans son indétermination⁴⁸⁴. C'est la raison pour laquelle les auteurs⁴⁸⁵ ne parviennent à s'accorder sur une définition unique de l'ordre public. Néanmoins, après un effort de synthèse la doctrine lui reconnaît un double fondement : le recours à l'ordre public se justifierait en premier lieu par l'absence de communauté juridique qui commande une éviction du droit étranger afin d'assurer la protection des principes communs « aux nations civilisées »⁴⁸⁶ et par la sauvegarde d'une politique législative dans le but de perpétuer un certain nombre de principes impératifs.

La Cour de cassation, elle-même, avait souligné cette difficile appréhension de l'ordre public en estimant que sa définition dépendait dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France⁴⁸⁷. Dans un récent arrêt, elle l'a défini comme étant les principes essentiels du droit français⁴⁸⁸. Ces principes essentiels sont ceux du droit français et la Haute juridiction a refusé au nom de ces principes d'admettre les effets en France d'une adoption par un couple homosexuel, ou d'une filiation établie par le biais d'une gestation pour autrui. Si la formulation a changé, cette nouvelle définition reste, comme celle donnée dans l'arrêt Lautour, creuse. Elle donne aux juges du fonds la faculté d'user de cette arme en fonction des circonstances. L'absence de critère précis trouve en effet son origine dans la variabilité temporelle de l'ordre public. Ce dernier étant fondé sur l'existence d'une opposition fondamentale entre la loi étrangère normalement compétente et la loi du *for*, tout changement de la loi étrangère comme de la loi du *for*, est de nature à modifier les données du problème. La réforme du 3 juillet 1972 en matière de filiation est significative à cet égard. La valorisation constante du principe d'égalité depuis cette loi explique l'intervention fréquente de l'ordre public à l'égard des lois musulmanes jugées inégalitaires. Il faut donc s'interroger sur les causes de cette inflation (§1) ainsi que ses effets (§2).

⁴⁸³ Y. Loussouarn et P. Bourel, P. de Vareilles-Sommière, *Droit international, op. cit.*, p. 333, n° 248, B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, p. 269.

⁴⁸⁴ M. Azavant, *L'ordre public et l'état des personnes*, thèse Pau 2002, p. 694.

⁴⁸⁵ Pour Ph. Malaurie, il s'agirait « *des principes généraux, voir des sentiments, plus souvent que des règles, qui appellent l'éviction de la loi étrangère* », Ph. Malaurie, « Les contrats contraires à l'ordre public : étude du droit comparé, France, Angleterre, URSS », Matot-Braine, 1953, p. 3.

⁴⁸⁶ M. Azavant, « *L'ordre public et l'état des personnes* ».. thèse préc., p. 694.

⁴⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1944, *D.* 1945, p. 77, note Niboyet,. Quelques années plus tard dans l'arrêt Lautour la Cour de cassation parlera « *des principes de justices universelles considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1948, *Rev. crit. DIP.* 1949, p. 89, note H. Batiffol. Ces deux définitions ont pour dénominateur commun le caractère relatif de l'ordre public.

⁴⁸⁸ Cass. 1^{re} civ 8 juillet 2010, *Rev. crit. DIP*, p. 747, note P. Hammje.

§1- Les causes de l'inflation

L'ordre public est le vecteur d'une atteinte relative à la compétence de la loi nationale puisque cette dernière sera évincée si son contenu substantiel s'avère choquant pour l'ordre juridique du *for*. Le juge renonce à donner effet à la règle de conflit et se replie sur le droit français. En principe, l'ordre public ne doit pas servir à éluder une règle de conflit jugée malheureuse. C'est pourtant ce que l'internationaliste constate souvent dans le droit de la filiation internationale. L'examen attentif de la jurisprudence montre que, dans nombre de situations, l'ordre public, ne répond pas à sa fonction classique de sauvegarde des intérêts fondamentaux du *for* mais remplit, en réalité, une fonction également correctrice. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le terme d'ordre public à fonction correctrice est employé quelques fois⁴⁸⁹.

A vrai dire, la corrélation entre la pertinence du rattachement retenu et l'intensité d'intervention de l'ordre public est évidente. Il est logique que lorsque la règle de conflit est adaptée et qu'elle repartit de façon harmonieuse les compétences entre la loi du *for* et la loi étrangère, l'ordre public n'a pas à intervenir fréquemment. Il ne sera utilisé qu'exceptionnellement lorsque la règle de conflit n'a pas désigné correctement la loi compétente.

En matière de filiation, l'une des raisons d'intervention de l'ordre public tient à la défaillance de l'article 311-14 (A) qui ne joue qu'imparfaitement son rôle localisateur. A cela s'ajoute la libéralisation du droit français de la filiation (B) incompatible avec le droit musulman conçu comme restrictif sur la question.

A- L'inadaptation de l'article 311-14 du Code civil

L'article 311-14 du Code civil prévoit un double rattachement de la filiation : un rattachement principal à la loi de la mère et un rattachement subsidiaire à la loi de l'enfant. Ce rattachement en faveur de la loi de la mère est justifié par le rôle prépondérant reconnu à la mère dans l'organisation des rapports de famille et plus particulièrement dans le procès de filiation. Il manque néanmoins de justification lorsqu'il s'agit d'établir la paternité. Au-delà du privilège donné à la mère, la principale faiblesse de cette disposition est son indifférence quant aux droits matériels. Les propriétés de cette règle de conflit, à savoir abstraction, généralité et neutralité, sont des éléments caractéristiques d'un raisonnement totalement coupé de la réalité. Si cette conception savignienne du conflit de lois a pu se trouver adaptée au contexte international du XIX siècle, le nouveau choc entre les droits fondamentaux et l'application du droit musulman fortement différent de la culture juridique européenne a rendu la neutralité de la règle de conflit savignienne totalement inappropriée. L'étude

⁴⁸⁹ F. Cadet, « *L'ordre public en droit international privé* », *op. cit.*, n° 196.

de cette neutralité (1) montrera qu'elle n'est pas conforme aux tendances actuelles du droit international privé qui privilégie une approche substantielle surtout dans la protection des parties faibles. C'est en réalité l'explication donnée à la fréquente intervention de l'ordre public qui corrige cette neutralité incompatible avec l'intérêt de l'enfant (2).

1- Analyse de la neutralité de l'article 311-14

La règle de conflit posée dans l'article 311-14 est une règle de conflit de facture classique, elle se caractérise donc par une neutralité. Cette dernière peut être localisée à un double niveau.

D'une part la neutralité est inhérente à la lettre même de cette règle qui fait une répartition de compétence en matière d'établissement de la filiation. A cet effet, elle indique, par l'entremise du rattachement à la nationalité de la mère, quel est l'ordre juridique avec lequel la filiation est censée entretenir le lien le plus étroit. On observe ici une neutralité certaine dans la répartition de compétence en ce que l'ordre juridique susceptible d'être désigné peut être aussi bien celui du *for* que celui d'un État étranger.

D'autre part, cette règle de conflit est neutre du point de vue et de son esprit : ce dernier est totalement neutre puisque cet article ne poursuit aucun résultat particulier. Cette neutralité vient du fait que la loi désignée par la règle de conflit est choisie pour ses liens objectifs avec le rapport de droit considéré et non pour son contenu concret. L'idée de faveur qui a animé le législateur de 1972 n'a donc pu servir de fondement à l'article 311-14 du Code civil⁴⁹⁰. Avant cette réforme, la jurisprudence soumettait la filiation naturelle à la loi nationale de l'enfant. Si le juge avait pris cette option, ce n'est pas parce qu'il s'agissait de la loi la plus favorable à celui-ci, ce qui ne pouvait pas se savoir à l'avance, mais simplement parce que l'enfant était le centre de gravité du rapport de filiation.

Cette neutralité tranche pourtant avec les arrière-pensées d'une frange de la doctrine qui invoquait le fait que cette disposition présentait l'avantage de permettre une application fréquente du droit français plus favorable à l'enfant. Cet argument s'appuyait sur des données statistiques qui montraient que dans le cas de mariages mixte, la plupart des femmes étrangères acquièrent la nationalité française⁴⁹¹. Sous l'influence de cette donnée le législateur a retenu la loi nationale de la mère, en règle de principe, pour ne pas avoir à favoriser l'application des lois étrangères plus sévères pour l'enfant⁴⁹². Toutefois la mise en œuvre de cette règle a produit des ratées puisque dans

⁴⁹⁰ A. Huet, « *Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972* », annales de la faculté de droit de Strasbourg, p. 50.

⁴⁹¹ Bostangi, « *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel* », thèse Dijon 2000., p. 533.

⁴⁹² E. Gallant, « *Filiation : détermination des règles de conflit* », *J.-C droit international* fasc. 548-1 n°22.

certaines hypothèses la localisation s'est montrée défectueuse. En dehors du fait que la nécessité de protection de l'enfant disqualifie l'adoption abstraite et *a priori* d'un rattachement, il faut observer que l'article 311-14 n'a pas conduit une compétence majoritaire de la loi française. Nombre de décisions relatives à des affaires de filiation ont en effet retenu la compétence de principe de la loi étrangère étant donné que la mère était, dans ces espèces, de nationalité étrangère. La situation devient intolérable⁴⁹³ lorsque l'enfant de nationalité française est issu de l'union d'un couple étranger qui par la suite acquiert la nationalité française, alors que la famille réside en France. Alors que tous les éléments convergent vers l'application de la loi française, il n'est pas impossible que la situation tombe sous l'empire d'une loi étrangère par le jeu de l'article 311-14 du Code civil. D'une manière générale, la solution apparaît artificielle et irréaliste dans la mesure où la relation entre un père et son enfant est régie par la loi de l'État dont la mère possède la nationalité⁴⁹⁴.

De plus, le rattachement retenu par l'article 311-14 est désincarné et totalement coupé de l'esprit de l'immigration contemporaine. En effet, il n'est pas rare que la mère ait quitté définitivement son pays d'origine sans être animée par l'esprit de retour. Sa nationalité si importante pour les conflits de lois se trouve reléguée au rang d'un pur souvenir⁴⁹⁵. Le manque de pertinence de ce rattachement atteint son point culminant lorsqu'il soumet à une loi étrangère un rapport de droit intégralement inscrit dans la société française. C'est l'hypothèse d'une femme étrangère, naturalisée française, qui assigne un Français aux fins de le voir déclarer père de son enfant également français.

En raison de ces dysfonctionnements, l'ordre public est venu pallier les défaillances du rattachement de la filiation à la loi nationale de la mère opéré par l'article 311-14 du Code civil. En fait, c'est l'irruption d'un droit substantiel promouvant un système de filiation foncièrement différent de ceux d'inspiration européenne qui a incité le juge à remettre en cause la neutralité de la règle de conflit.

Confronté au droit musulman la thèse de Savigny a montré ses limites. Dans la construction de Savigny, les droits substantiels étaient proches, en tout cas de la même inspiration, le juge du *for* pouvait facilement accepter l'égalité de la loi étrangère et de la loi du *for*. Désormais, le droit français de la filiation, au nom de l'intérêt de l'enfant, a choisi de supprimer la distinction entre la filiation naturelle et la filiation légitime. Ce faisant, le droit substantiel français s'oppose radicalement au droit musulman inspiré par des motifs différents, c'est pourquoi le juge français accepte avec moins de facilité de sacrifier la *lex fori* au profit de la loi étrangère. Dès lors, la tentation de donner une suprématie aux conceptions défendues par la loi française aboutit à la remise en cause de la neutralité de l'article 311-14 du Code civil dans ses deux acceptations.

⁴⁹³ B. Audit emploie l'expression « irréaliste ».

⁴⁹⁴ H. Batiffol et P. Lagarde, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁹⁵ *Idem*, p. 7.

2- Une neutralité incompatible avec l'intérêt de l'enfant

Les réformes françaises de la filiation, de l'autorité parentale et de la tutelle ont eu pour principe directeur la notion d'intérêt de l'enfant. Or, la neutralité de l'article 311-14 du Code civil fait que la notion d'intérêt de l'enfant ne peut jamais servir comme référence à la désignation de la loi applicable. C'est précisément cette incapacité à produire un résultat favorable à l'enfant qui crée une distorsion entre cette règle de conflit classique et le fondement actuel du droit français de la filiation.

Pour que la notion d'intérêt de l'enfant devienne une notion réelle et concrète en droit international privé⁴⁹⁶, il est nécessaire de renoncer à l'incertitude quant au droit substantiel qui caractérise la règle de conflit. Concrètement, l'abandon de la neutralité se traduira par la recherche d'un objectif matériel par deux voies possibles : favoriser l'application de la loi française par l'intermédiaire de l'ordre public, ou rechercher un résultat substantiel déterminé qui peut être obtenu indifféremment par le droit du *for* ou le droit étranger. Autrement dit, au lieu que la désignation abstraite d'une loi applicable aboutisse à un résultat imprévisible, on part d'un résultat identifié par avance pour déterminer la loi applicable. Concernant l'établissement de la filiation, pour trouver une loi favorable il faut élargir les cercles des lois qui ont vocation à s'appliquer.

On pourrait certes objecter que la notion d'intérêt de l'enfant est floue de même que celle de « faveur » est fuyante⁴⁹⁷.

En premier lieu, la notion d'intérêt est difficilement cernable puisqu'il est malaisé de comparer les différentes lois qui ont des titres à s'appliquer pour élire celle qui servira le mieux l'intérêt de l'enfant.

En second lieu, au-delà de la recherche de la loi répondant à l'intérêt de l'enfant, la notion même d'intérêt est susceptible de deux acceptions. Il y a d'un côté l'intérêt substantiel⁴⁹⁸ de l'enfant qui consiste à avoir une filiation et l'intérêt conflictuel visant à soumettre l'enfant à la loi avec laquelle il entretient un lien étroit. Le fondement de l'intérêt substantiel incite à regarder la règle de conflit comme un instrument au service de la prétention de l'enfant. Concrètement, l'intérêt prédominant étant celui de l'enfant en matière de recherche de paternité, on doit reconnaître que l'esprit de la règle de conflit commande d'élire celle des lois garantissant la création du lien de filiation⁴⁹⁹.

Certains ont critiqué cette conception substantielle de l'intérêt de l'enfant en ce qu'elle conduit à choisir la loi la plus favorable à l'enfant⁵⁰⁰. Abandonner la règle de conflit classique en matière

⁴⁹⁶ D. Mayer, « Evolution du statut de la famille en droit international privé », art. préc., p. 461.

⁴⁹⁷ J. Foyer, « *Filiation illégitime et changement de la loi applicable* ». Thèse Paris, 1965, p. 117.

⁴⁹⁸ C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, PUAM, p. 200.

⁴⁹⁹ F. Rigaux, « Le conflit mobile en droit international privé », RCADI 1966, Tome 1 Vol, 177, p. 329 et 390

⁵⁰⁰ Y. Loussouarn, note sous CA Paris 22 février 1957, *Zand. Rev. crit. DIP*, 1958, p. 92. Dans le même sens Francescakis dénonce « il est fâcheux de faire dépendre une question d'état de la présence ou de l'absence d'un intérêt

d'établissement de filiation au profit d'une règle de conflit orientée en faveur de l'intérêt de l'enfant comporte le risque de figer celui-ci dans le sens de l'établissement de ce lien. Or il n'est pas toujours acquis que l'établissement d'une filiation est toujours conforme de l'intérêt de l'enfant⁵⁰¹. Cette fixation de l'intérêt de l'enfant est encore source d'injustice lorsque l'établissement de la filiation est contesté par le père. Dans une telle hypothèse, un déséquilibre fâcheux risque de se produire enlevant au juge toute perspective de redressement.

De ce point de vue, la règle de conflit classique est source de souplesse pour l'intérêt de l'enfant puisque le juge aura à arbitrer entre l'application de la loi nationale de l'enfant et son éviction par le biais de l'ordre public. Ainsi la règle de conflit classique n'est pas toujours incompatible avec l'intérêt de l'enfant. En l'occurrence, l'article 311-14 respecte l'intérêt de l'enfant surtout son intérêt « de droit international privé », celui de se voir appliquer la loi qui lui est la plus proche⁵⁰².

Cette soumission de la filiation de l'enfant à la loi nationale de la mère a été louée par les auteurs à plusieurs titres : outre les racines personnalistes mancinienne, il faut observer que la permanence de son état est partie intégrante de son intérêt⁵⁰³. Cette permanence est indispensable dans la mesure où elle assure une certaine effectivité au droit. Sur cette nécessité Batiffol avait écrit : « *De ce que nous avons des lois sur le mariage ou la filiation, nous déduisons la convenance du rattachement du statut personnel à la loi nationale pour assurer à ces lois leurs effets* »⁵⁰⁴. Par conséquent, l'intérêt de l'enfant n'est pas totalement absent dans l'élaboration de la règle de conflit classique. C'est la protection de cet intérêt qui explique le rattachement à la loi de la mère dans l'article 311-14 du Code civil⁵⁰⁵.

Toutefois, l'intérêt de l'enfant n'est pas immuablement lié à sa loi nationale, il se présente parfois des hypothèses où les effets de la décision intéressent faiblement l'ordre public étranger. Le refus de reconnaître une filiation paternelle à l'enfant naturel dans les pays musulmans peut être interprété comme un désintérêt de leur part sur cette question. Il ne serait pas injuste d'ignorer la loi nationale sur ce point. D'autant plus que sur certaines questions, le souci de permanence de l'état passe au second plan. Ainsi, concernant la protection de l'enfant, il n'est pas dangereux de renoncer à

matériel, lequel peut au surplus être éphémère et changeant », Ph. Francescakis, « une extension discutable de la jurisprudence rivièrè. L'application du domicile commun à la filiation légitime ». *JDI* 1956, p. 280.

⁵⁰¹ TGI Paris 1^{er} mars 1977, il s'agissait de l'hypothèse d'une reconnaissance émanant d'un homme à la réputation sulfureuse, exemple cité par J. Foyer cours préc., p. 44.

⁵⁰² P. Lalive, « *Tendances et méthodes en droit international privé* », *RCADI*, 1977 T.2 V. 155, p. 348.

⁵⁰³ Cette nécessité de permanence a été retenue ouvertement par la cour d'appel de Fort-de-France qui a déclaré « que la permanence de la réglementation de son état exige qu'elle le suive en tout lieu où il se déplace. CA de Fort-de-France, 24 avril 1952, *JDI* 1953, p. 671 note J. De Soto.

⁵⁰⁴ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit. p. 282. Dans le même sens abonde monsieur VONKEN qui affirme que l'intérêt à ne pas avoir un statut juridique boiteux recommande « le rattachement à la loi nationale... qui tiendra compte de cet intérêt de d'une manière presque idéale, puisque, dans la patrie des intéressés et ailleurs, le rapport de filiation établi conformément au droit national sera généralement reconnu. A. P. M. J. VONKEN, *Le droit international de la filiation : perspectives*, Gouda Quint, Nimègue, 1987 trad. A. DONKER et G. DELVAUX, p. 454.

⁵⁰⁵ Y. Loussouarn et Bourel, *Droit international privé*, op. cit., p. 404.

l'application de la loi nationale⁵⁰⁶. Le changement de modalités de protection importera très peu du moment que le mineur jouit d'une protection efficace. De surcroît, l'intérêt de l'enfant est souvent concentré dans le lieu de sa résidence habituelle de sorte qu'il n'existe pas un besoin pratique de faire reconnaître la décision par son État d'origine⁵⁰⁷.

B- La libéralisation du droit français de la filiation

L'ordre public international est régi par un principe d'actualité le liant aux conceptions du droit interne. L'histoire du droit français de la filiation est celle d'une évolution progressive vers la consécration du principe d'égalité. Avant 1972, l'ordre public était le gardien d'une certaine conception de la filiation privilégiant le groupe au détriment de l'individu. S'agissant de l'action en recherche de paternité, avant 1912, l'article 340 était qualifié d'ordre public interdisant ainsi toute instance⁵⁰⁸. A la suite de l'intervention de la loi du 16 novembre 1912, la loi interne française fixa un seuil minimum pour cette action. L'article 340 ne devint d'ordre public qu'en tant qu'il refuse l'action en recherche de paternité en dehors des cas qu'il énumère limitativement⁵⁰⁹. Cette conception de l'ordre public n'était pas défavorable à l'accueil du droit musulman puisque le modèle de filiation qu'il défendait n'était pas incompatible avec ce dernier. Le fondement de la filiation était le mariage, conçu par les deux systèmes comme le principal mode de vie conjugale. L'établissement de la filiation était pensé par référence à l'existence ou à l'absence de mariage. Avant 1972, la jurisprudence très abondante avait été synthétisée par la doctrine autour de deux principes : éviction des lois étrangères plus libérales, tolérances à l'égard des lois plus restrictives⁵¹⁰.

Depuis cette date, cette double orientation s'est infléchie en raison de l'impact de l'évolution de mœurs sur le droit de la famille qui a condamné la primauté du mariage et la dualité des filiations. La mutation du droit français de la filiation a pour cause une constatation sociologique : le lien entre mariage et filiation serait de plus en plus distant. Le mariage serait de moins en moins lié à la procréation avec l'augmentation des nombres de naissance hors mariage⁵¹¹. La filiation a enlevé au mariage sa vocation juridique et sociale de fondateur de la famille. L'importance accrue accordée à

⁵⁰⁶ D. Mayer, « Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international de la famille », thèse Paris 1972. p. 220.

⁵⁰⁷ A.E. VON. OVERBECK, « La reconnaissance des rapports d'autorité 'ex lege' selon la convention de la Haye sur la protection des mineurs », *Mélanges en l'honneur* de Henri Deschenaux, éditions universitaires de Fribourg 1977, p. 455.

⁵⁰⁸ CA Aix 27 mars 1890, *JDI* 1891, p. 210. Cass. req. 25 mai 1868, *De Civry* 1868, p. I. 365.

⁵⁰⁹ Cass. 1^{er} civ. 8 décembre 1953, *Sommer Rev. crit. DIP* 1955 p. 133, note Motulsky.

⁵¹⁰ Concernant cette question voir, J.-Y. Chevallier, « Filiation d'état et filiation alimentaire en droit international privé », Paris. 1967, p. 258.

⁵¹¹ 54% en 2010 voir, *www. Ined. Fr.*

la protection de l'enfant donne une certaine prééminence au droit vertical de la famille fondé sur la filiation et la parenté et relègue à l'arrière-plan le droit horizontal régissant exclusivement le rapport entre couple⁵¹². Cet affaiblissement du mariage par rapport à la filiation est aussi attesté par l'affaiblissement de la présomption de paternité. Cette fragilisation de la présomption de paternité a fait que le lien de filiation paternelle prend une plus grande autonomie par rapport au mariage. Sur le plan juridique cette dépréciation du mariage enlevait tout intérêt au maintien de la dichotomie filiation légitime et filiation naturelle. D'ailleurs, l'unité de filiation est présentée comme conforme aux aspirations de la société française et comme un moyen de cohésion des rapports familiaux⁵¹³. L'acceptation de la pluralité des modes de conjugalité ne pouvait se passer de cette suppression de la dualité de filiation.

Cette mutation capitale du droit de la filiation a influé énormément sur le droit international privé aussi bien sur la méthode que sur les solutions retenues. Dans ce contexte, les solutions musulmanes en matière de filiation sont perçues comme moins protectrices des droits de l'enfant et, à ce titre, tendent à se heurter aux exigences du droit français progressivement plus préoccupé par l'égalité de filiation et l'amélioration du statut de l'enfant adultérin.

Le droit interne⁵¹⁴ offre un accueil meilleur aux lois admettant facilement l'établissement de la filiation. Concrètement, cela se traduit par un tarissement de l'ordre public à l'égard des lois plus libérales que la loi française et son renforcement contre les lois plus restrictives. Le principe de l'actualité de l'exception d'ordre public oblige le juge, pour s'assurer de la contrariété de la loi étrangère applicable à l'ordre public, à tenir compte de l'état de la législation du *for* au jour de la décision et donc des modifications introduites entre temps par celle-ci en faveur de l'établissement de la filiation⁵¹⁵.

⁵¹² F. Dekeuwer-Défossez, « Modèles et normes du droit contemporain de la famille », in *Mélanges C. Mouly*, p. 292.

⁵¹³ I. Théry, rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde de sceaux, « couple filiation et parenté », la documentation française p. 63. Dans ce rapport l'auteur fait remarquer que « *l'accompagnement par le droit de l'assimilation entre enfant naturel et légitime a été un puissant facteur de cohésion sociale. Le conforter encore est l'un des enjeux essentiels non seulement de l'égalité entre enfants, mais de la resécurisation du lien familial tout entier* ». p. 63.

⁵¹⁴ La tendance à cette libéralisation a été continue avec la libéralisation des moyens de preuve de la filiation (par la possession d'état, depuis la loi n°82-536 du 25 juin 1982, par l'identification génétique, depuis la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994). De même que la suppression du système des administricules pour les recherches de paternité et de maternité depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 ; la suppression des cas d'ouverture de l'ancien article 340 par la loi du 8 janvier 1993.

⁵¹⁵ Voir notamment, Cass. 1^{er} civ, 23 nov. 1976 *Rev. crit. DIP* 1977, p. 746 note J. Foyer. La Cour de cassation approuve les juges du fond pour avoir décidé que la compatibilité d'une contestation de paternité adultérine avec l'ordre public international tel qu'il est conçu en France, doit être apprécié au jour où statue le juge français de l'*exequatur* et non le jour de la décision étrangère.

§2- La mesure de l'inflation

Mettant en cause l'organisation de la famille, entité éminemment culturelle, la filiation a toujours été avec le mariage et le divorce le domaine d'élection de l'ordre public, comme le montre le nombre important de décisions rendues en cette matière. En raison de l'accélération des flux migratoires, le juge français est appelé à appliquer un droit étranger sensiblement différent de celui du *for* et en contradiction avec ses principes fondamentaux. La nécessaire prise en compte du droit de l'étranger d'une part, et l'impératif du respect des principes fondamentaux du droit français d'autre part, sont devenus deux exigences inconciliables. Or, face à la diversification des problèmes liés à l'ordre public, la jurisprudence s'est trouvée limitée dans l'utilisation de ce correctif⁵¹⁶. Autrement dit, la nature très diverse des difficultés soulevées par l'application du droit étranger appelle une diversification et un affinement de la notion. En effet, si la référence au droit naturel ainsi qu'aux principes généraux de la société française lui confère une stabilité incontestable, les objectifs les plus immédiats que recouvrent la notion de politique législative en font le reflet au moins partiel du droit interne et donc de ses transformations⁵¹⁷. L'ordre public est donc une notion fonctionnelle rebelle à toute définition exhaustive⁵¹⁸.

Le droit de la filiation, plus particulièrement l'établissement de la filiation naturelle, est l'une des meilleures illustrations de cette évolution. Après l'ordre public alimentaire (A), la jurisprudence a consacré l'ordre public de proximité (B).

A- L'ordre public alimentaire

La première conception moderne de l'ordre public se dégage d'un arrêt du 3 novembre 1988⁵¹⁹ dans lequel la Cour de cassation s'exprimait ainsi « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires* ». L'exigence de l'ordre public porte ici non pas sur l'établissement de la filiation, mais sur la nécessité de reconnaître à l'enfant le droit aux subsides. Le juge doit centrer son raisonnement sur cet élément sans se soucier de la nationalité de l'enfant. Formulé ainsi, l'ordre public ne laissait aucun titre de considération à la loi étrangère d'obédience musulmane puisque le droit aux subsides découle de

⁵¹⁶ F. Cadet, *L'ordre public en droit international*, op. cit. p. 69.

⁵¹⁷ B. Ancel et Y. Lequette, GADJEDIP, 2006, p. 533.

⁵¹⁸ G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative » *JCP*, 1950. I. p. 851.

⁵¹⁹ Civ. 1^{re}, 3 novembre 1988, note Jacques Foyers préc. *JDI* 1989, p. 703, note F. Monèger.

l'établissement de la filiation en droit musulman. Il est intéressant de comparer l'attendu de l'arrêt du 3 novembre 1988 à celui de la cour d'appel de Paris en date du 13 octobre 1989⁵²⁰ qui déclare clairement que « *la conception actuelle de l'ordre public international, dont l'exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires, s'oppose à l'application en France de la loi tunisienne normalement compétente qui ne connaît que la filiation issue du mariage* ». La loi tunisienne d'obédience musulmane est refoulée en ce qu'elle ne permet pas à l'enfant d'obtenir le fondamental, c'est-à-dire les subsides. A l'égard de la loi étrangère d'obédience musulmane, cette conception de l'ordre public est sévère parce que le système musulman ne connaît pas le concept de filiation alimentaire. De ce point de vue e, c'est à tort que l'on a qualifié cet ordre public « d'ordre public au rabais »⁵²¹ dans la mesure où lorsque la loi étrangère ne connaît pas la filiation alimentaire, sa mise à l'écart au profit de la loi française est naturelle suite au raisonnement logique qui sera mené par le juge.

Cet ordre public alimentaire peut être qualifié de subjectif dans la mesure où le rôle d'évaluation du juge est central dans l'application de l'ordre public qui pourra varier d'un cas à l'autre. Le critère oblige le juge à aller chercher dans le droit étranger les éléments relatifs à la fixation des subsides et à mesurer le degré de dissemblance avec la loi française. A l'égard de la loi prohibitive, l'éviction est justifiée par le vide juridique en matière de filiation auquel le juge est confronté. Dans une telle hypothèse, la loi française doit être appliquée dans sa vocation subsidiaire. Cette conception traditionnelle de l'ordre public exigeant un minimum a le mérite de la variabilité qui donne à ce concept un certain dynamisme. Cette flexibilité de l'ordre public le lie à la conception sociale et politique de chaque moment historique. En effet, cette orientation de l'ordre public trouve ses racines dans des jurisprudences antérieures en matière d'aliment qualifiant le droit à aliment d'ordre public⁵²².

La subjectivation de l'ordre public, source de souplesse, s'accorde parfaitement avec la notion d'intérêt de l'enfant, valeur déterminante en droit français⁵²³. Cette notion cadre est tout à fait subjective susceptible de varier d'un droit à l'autre, d'un cas à l'autre, d'un juge à l'autre. Sa véritable concrétisation a lieu lors de son application par le juge.

⁵²⁰ Paris 13 octobre 1989, *Rev. crit. DIP*. 1989, somm. P. 789. A voir avec une décision de la Cour suprême algérienne du 7 février 1987 qui cassa une décision de la Cour d'appel d'Oran qui avait condamné un monsieur à verser à sa fille naturelle une pension alimentaire aux motifs : « qu'il est constant que le père a une obligation d'entretien envers ses enfants lorsqu'ils sont nés d'une relation conjugale résultant d'un contrat de mariage légal, que la fille à laquelle la cour a reconnu le droit d'entretien ne fait pas partie de cette catégorie. Attendu que la décision de lui octroyer un droit aux subsides avant de prouver qu'elle est née d'un mariage légal est contraire aux règles de la charia », revue jurisprudentielle 1990, p. 66.

⁵²¹ J. Foyer faisait observer que « *l'enfant ne vit pas seulement des subsides en argent, il vit aussi, on peut l'espérer de la connaissance volontaire d'un père de chair. Tous les psychologues et psychiatres connaissent bien l'importance du « roman familial » et de la quête parfois éperdue du père par le sang* » la réduction de l'ordre public aux aliments était qualifiée par cet auteur d'ordre public au rabais. Note sous Cass. 1^{re} civ. 10 février 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 621.

⁵²² Civ. 1^{re} 17 décembre 1958, *Rev. crit. DIP*. 1959. p. 691, note J. Deprez.

⁵²³ J. Rubellin-Devichi, « L'adoption est l'intérêt supérieur de l'enfant », *JPC* 1999, p. 160.

De plus, on peut trouver un autre argument pour étayer la solution adoptée en 1988. En matière de filiation, deux perceptions s'opposent. Une première fondée uniquement sur la biologie, conduit à admettre que l'enfant doit toujours pouvoir rechercher ceux dont il est issu. La seconde privilégie la dimension sociale de la filiation et considère que l'enfant doit être accepté. C'est la solution traditionnelle du droit français dans le Code civil de 1804 qui prohibait la recherche judiciaire de paternité et admettait la reconnaissance de paternité. Cette position était compréhensible puisqu'on ne crée pas une filiation par le procès.

Peut-on dire que l'une et l'autre de ces conceptions soient fondamentalement choquantes au point d'être contraire à l'ordre public ?

L'arrêt du 3 novembre 1988 n'a pas voulu à juste titre consacrer un droit à la filiation. Si un tel droit avait existé, il aurait vocation à s'appliquer en matière d'action en recherche de maternité. Or, avec l'accouchement anonyme, le droit français prohibe d'une certaine façon l'établissement de la filiation maternelle.

Mais on doit reconnaître que l'évolution des idées dans législation française a contribué à la régression de la thèse favorisant l'aspect social de la filiation⁵²⁴. Déjà, la loi de 1912 avait ouvert, dans cinq cas l'action en recherche de paternité, et les conditions légales avaient été singulièrement édulcorées par la jurisprudence⁵²⁵ de sorte que l'action était largement ouverte. Cette tendance a été définitivement entérinée par la loi du 8 janvier 1993 qui a supprimé les cas d'ouverture et les fins de non-recevoir. Le triomphe de la filiation biologique est évident avec pour corollaire un principe, informulé, mais indiscuté, du droit à la filiation⁵²⁶. Ce droit à la filiation s'induit des principes ayant inspiré la loi de 1972 comme l'égalité entre enfant naturel et légitime⁵²⁷. Depuis l'ordonnance de 2005, il est impossible de soutenir que ce principe ne joue pas au niveau de l'établissement de la filiation.

Ce développement du droit de la filiation ne peut rester sans influence sur la conception que se font les juges du seuil d'intervention de l'ordre public international. A partir du moment où les enfants de nationalité française ont la possibilité d'établir leur filiation à l'égard de leur vrai père lorsqu'il existe des « présomptions ou indices graves », il paraît difficilement acceptable que les enfants français, nés d'une mère étrangère, se voient refuser un tel droit. D'ailleurs, le droit international

⁵²⁴ P. Murat, note sous Cass. 1^{re} civ., 11 février 1997, *Dr. fam.* 1997, n° 57, (à propos de la pertinence des adnificules de l'ancien article 340). L'auteur écrit, « *il faut clarifier le but poursuivi par notre législateur : ou bien l'on reste peu ou prou à la conception qui a été celle du XIX siècle et qui admet qu'un homme puisse faire des enfants sans être tenu de participer à leur éducation ou de révéler officiellement sa paternité, et l'établissement du lien dépend alors de la toute puissance créatrice de l'homme qui fait l'enfant : ou bien il faut admettre que la création du lien dépasse la volonté de l'homme, qu'elle est affaire de responsabilité, et il faut accepter, à une époque où la biologie permet de connaître la vérité au sujet de l'engendrement, d'en tirer les conséquences, fussent-elles seulement d'ordre patrimonial.* ».

⁵²⁵ J. Massip, note sous l'arrêt du 10 février 1993, *D.* 1994, p. 67.

⁵²⁶ J. Foyer, notes sous l'arrêt du 10 février 1993, *Rev. crit. DIP.* 1993, p. 626.

⁵²⁷ Voir P. Raynaud, « L'inégalité des filiations légitime et naturelle quant à leur mode d'établissement. *D.* 1981. Chron. p. 1.

privé français a, depuis longtemps consacré un droit au divorce⁵²⁸ d'ordre public. Ce faisant, une conception de l'ordre public ne protégeant pas les enfants naturels « qui ne sont pour rien dans ce qui leur arrive »⁵²⁹ est fortement curieuse.

C'est avec raison que la Cour de cassation a abandonné aujourd'hui l'ordre public alimentaire parce qu'il induit la notion de responsabilité⁵³⁰ en lui donnant des effets exclusivement patrimoniaux. Même si l'idée de responsabilité n'a pas été formellement consacrée par le droit français, elle est de plus en plus perçue comme l'un des principes directeurs sous-jacents du droit de la filiation⁵³¹. Lui donner des effets purement pécuniaires serait absolument incompatible avec l'intérêt de l'enfant qui entend prouver sa filiation. L'ordre public doit se nourrir des dispositions du droit interne où la notion de responsabilité est suffisamment admise pour qu'il existe une certaine incohérence à la négliger dans les litiges internationaux portant sur la filiation.

Admettre une différence de traitements fondée sur la nationalité de la mère est difficilement acceptable face aux droits fondamentaux de l'enfant. La convention internationale sur les droits de l'enfant dans son article 7, alinéa 1^{er}, stipule que « *l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux* ». L'exigence timorée de l'ordre public alimentaire ne permet donc pas d'assurer à l'enfant le droit fondamental de connaître ses parents.

Au niveau européen, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme condamne toute différence de traitement sans justification objective et raisonnable, c'est-à-dire celles qui ne poursuivent pas un « but légitime » ou qui n'organise pas un « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés et le but visé »⁵³². Les décisions des juges de Strasbourg ne concernaient que les effets de la filiation, mais il est vraisemblable que la solution aurait été la même pour l'établissement de la filiation.

B- L'avènement de l'ordre public de proximité

L'ordre public est traditionnellement compris comme une notion intrinsèquement substantielle. Il traduit d'une certaine manière l'introduction d'un souci de droit matériel à l'issue de la mise en

⁵²⁸ Cass. 1^{re} civ., 1 avril 1981, *JDI* 1981, p. 812.

⁵²⁹ P. Lagarde, note sous TGI Paris, 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP.* 1981, p.84.

⁵³⁰ Pour plus de développement sur cette question, voir la thèse de P. Nicoleau, « Le rôle de la faute dans la preuve judiciaire de la paternité naturelle », thèse Bordeaux 1990.

⁵³¹ D. Huet-Weiller et J. Hauser, *Traité de droit civil-La famille, fondation de la famille*, LGDJ, Paris 1993, p. 710 et s.

⁵³² Voir CEDH, 13 juin 1979, requête n°6833/74 *Marckx c/ Belgique*, *JDI* 1981, p. 181, obs. P. Rolland, dans le même sens CEDH 28 octobre 1987 n°8695/79 *INZE/ Autriche* ; 1^{er} février 2000 *MAZUREK/ France*.

œuvre de la règle de conflit. Les considérations matérielles sont absentes au stade de la désignation du droit applicable, mais apparaissent lors de l'application de la loi étrangère désignée.

Classiquement, la notion d'ordre public était indifférente à toute considération de rattachement⁵³³. Ce qui importait, au demeurant, était le contenu de la loi étrangère et non le lien du litige avec l'une des lois en présence⁵³⁴. Cet aspect de l'ordre public est abandonné au profit d'une figure de l'ordre public intégrant des paramètres spatiaux avec l'apparition de l'ordre public de proximité. En subordonnant l'intervention de l'ordre public à l'existence d'un lien étroit avec l'ordre juridique français, la Cour de cassation laisse une place au droit musulman qui s'applique lorsque le litige n'a pas des liens caractérisés avec la France. Dans un arrêt récent du 26 octobre 2011, la Cour de cassation s'est ensuite abstenue de toute référence à l'ordre public de proximité en jugeant que la loi étrangère désignée par l'article 311-14 du Code civil qui prive l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle est contraire à l'ordre public international français. Il est difficile de désigner cet arrêt comme un arrêt de revirement puisqu'il est fort probable que la juridiction suprême s'est contentée de répondre au pourvoi sans prêter égard à la condition de proximité qui était évidente dans cette affaire. Il y a lieu, par conséquent, de considérer la solution retenue par la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 février 1993 comme toujours valable. De ce fait, le principe de proximité continue de donner à l'ordre public des particularités (1) qui contribuent à ses mérites (2).

1- Les particularités de l'ordre public de proximité

L'ordre public de proximité consiste, pour le juge français, à écarter une norme étrangère qu'il estime contraire aux valeurs essentielles du *for*, mais uniquement pour les situations entretenant avec la France des liens caractérisés. Inversement, la Cour de cassation a pu appliquer le principe de proximité dans le déclenchement de l'ordre public, mais cette fois pour refuser de l'opposer à la loi étrangère en raison de son éloignement. Ce faisant l'ordre public de proximité se décline en deux facettes. Une facette servant à évincer la loi étrangère (a) et une autre qui sauvegarde le droit étranger lorsque le droit du *for* n'est pas concerné (b).

a- Un ordre public d'éviction

En matière d'établissement de la filiation naturelle, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1993 déclare que « *si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne*

⁵³³ S. Bostangi, « *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel* », thèse préc ., p. 535.

⁵³⁴ P. Courbe, « *L'ordre public de proximité* » in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde D.* 2005, p. 227.

sont en principe pas contraire à l'ordre public à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement quand ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi normalement compétente »⁵³⁵. Les juges de la Cour de cassation s'appuient sur le critère de la nationalité ou de la résidence pour dénier à la loi étrangère désignée sa compétence. Certains auteurs ont vu dans cette solution la reprise par la jurisprudence française de la condition allemande *inlandsbeziehung*⁵³⁶. Elle a été initialement conçue par Kahn comme un rattachement subsidiaire conditionnant l'application de certaines règles matérielles⁵³⁷. Paul Lagarde définit ce principe de proximité comme « *un ensemble de circonstances appréciées au cas par cas, qui contribuent à attacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de la loi étrangère* »⁵³⁸.

L'invention de ce nouvel ordre public répond à la volonté de permettre aux principes directeurs du droit français de triompher face aux lois étrangères au contenu choquant. Néanmoins, le choc d'une loi étrangère n'atteint un degré critique que lorsque celle-ci doit se réaliser sur le territoire français. On comprend par cette condition de proximité le caractère nationaliste de l'ordre public, sa vocation de défense des citoyens français ou les personnes résidentes en France.

Souhaitée par une partie importante de la doctrine, cette théorie de l'ordre public n'est pas étrangère à la promotion d'une certaine conception des rapports familiaux en France en accord avec un idéal d'intégration refusant l'importation des pratiques contredisant les récentes tendances du droit français de la famille⁵³⁹.

De plus, on pourrait lire dans l'exigence de lien avec le territoire, l'affermissement d'une tendance désormais classique en droit international privé qui privilégie la prise en considération de la solution concrète à laquelle conduit l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Dans ce sens, l'ordre public s'analyse comme une dérogation apportée à la règle de conflit dans un cas particulier, compte tenu des circonstances concrètes de l'espèce qui permettent de mesurer le lien fort du litige avec le territoire français.

Dans le droit de la filiation, l'arrêt de principe est celui du 10 février 1993, mais il y a lieu de souligner que la référence à l'étroitesse de lien avec la France a été inaugurée par un jugement du tribunal de grande instance du 23 avril 1979. Ce jugement avait écarté la loi algérienne de la mère

⁵³⁵ Cass. 1^{er} civ., 10 février 1993, préc.

⁵³⁶ Voir H. Muir. Watt, note sous, Cass. 1^{re} civ. 10 février 1994, *Rev. crit. DIP.* 1994, p. 84. J. Foyer, note préc., p. 622.

⁵³⁷ Pour cet auteur, il n'y a pas des lois qui s'appliquent de façon absolue lorsque le litige présente plusieurs points de rattachement. A côté du rattachement principal qui joue aussi bien pour la loi étrangère que la loi du for, existe un rattachement subsidiaire pour le droit national.

⁵³⁸ P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation : l'expérience française » in *Nouveaux itinéraires en droit, hommage à F. Rigaux*, Bruylant (1993), p. 263.

⁵³⁹ J. Hauser, Rapport de synthèse, in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, actes des journées d'études du 3 et 4 décembre 1992, Lille, LGDJ 1993, p. 260.

compétente en vertu de l'article 311-14 du Code civil interdisant l'action en recherche de paternité. L'application de ce droit s'est avérée choquante pour le tribunal qui l'écarta au nom de l'ordre public après avoir énuméré les points d'attache du litige avec le droit français. Le tribunal avait présenté son attendu de la façon suivante : « *Que l'on ne peut s'empêcher d'observer qu'ainsi, à la faveur de la loi personnelle de la mère demanderesse, le défendeur citoyen français, domicilié en France, serait en droit d'interdire à un enfant lui-même français et résidant en France, de faire reconnaître sa filiation par une juridiction française ; mais attendu qu'il convient d'examiner si, en toute hypothèse, la loi algérienne n'est pas en ce qu'elle interdit absolument tout mode d'établissement d'une filiation naturelle, intrinsèquement contraire à l'ordre public français ; que les réformes instaurées par la loi du 3 janvier 1972 témoignent de la volonté du législateur de favoriser l'enfant en lui facilitant l'établissement de sa filiation réelle et en assimilant, autant que faire se peut, le sort de l'enfant naturel à celui de l'enfant légitime ; qu'une disposition légale étrangère déniait à un enfant, au motif qu'il est né hors mariage, tout droit à établir sa filiation, est fondamentalement opposée à la conception moderne des droits de l'enfant, et comme telle, heurte l'ordre public ; attendu qu'il convient en conséquence d'écarter l'application de la loi algérienne et d'y substituer celle de la loi française...* »

Quoique se prêtant à des interprétations contradictoires, la décision semble avoir conditionné le déclenchement de l'ordre public par la proximité spatiale. Mais la rédaction confuse de l'attendu laisse penser que le rejet de la loi algérienne est motivé par des considérations objectives dues à ce que l'ordre public s'oppose à ce qu'un enfant soit privé de filiation. S'il est vrai que la confrontation abstraite du contenu de la loi algérienne avec les principes fondamentaux du *for* en matière de filiation est indéniable, il faut voir que cette confrontation est précédée d'un recensement des points de contacts de la situation avec l'ordre public⁵⁴⁰. De ce point de vue e, il est impensable que le tribunal ait eu recours au critère de la proximité pour ne pas le prendre en compte. Rien ne plaide pour une interprétation du jugement qui réduirait à rien les références faites aux divers rattachements de la relation de filiation avec l'ordre juridique français. Il faut retenir donc l'interprétation subjective qui dit que c'est en considération de l'existence d'un lien très fort avec la France que l'ordre public est particulièrement exigeant. De ce fait, il ne peut tolérer qu'une loi étrangère prohibant l'établissement de la filiation puisse trouver droit de cité devant le juge français⁵⁴¹.

L'arrêt du 10 février 1993 a levé le doute en consacrant explicitement l'*inlandsbeziehung* du droit allemand. Dans cette affaire, il était question d'établissement de filiation naturelle d'un enfant, français et résidant habituellement en France, né d'une mère de nationalité tunisienne. La haute juridiction reconnaissait l'applicabilité de l'article 311-14 du Code civil et la compétence de la loi

⁵⁴⁰ P. Lagarde, notes sous TGI Paris 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP.* 1980, p. 23.

⁵⁴¹ *Ibidem.*

tunisienne, mais décida néanmoins l'éviction de la loi tunisienne en raison du lien étroit du rapport de droit avec le droit français.

Cette décision s'inscrit dans la logique de l'arrêt du 3 novembre 1988, mais décide de modifier le paramètre d'intervention de l'ordre public ; de l'exigence d'un principe fondamental, l'ordre public se focalise sur le concept de lien étroit. D'ailleurs, les critères de l'intensité de la proximité du rapport de droit avec le *for* sont fixés ; la nationalité française et la résidence habituelle en France. L'agencement de ces deux critères trahit un durcissement de l'ordre public. Les deux critères retenus par l'arrêt sont articulés de manière alternative. L'usage de la conjonction de coordination « ou » signifie que la protection de l'ordre public concerne l'enfant français et celui présent sur le territoire français⁵⁴².

b- Un ordre public d'éloignement

L'ordre public d'éloignement⁵⁴³ traduit un apaisement de l'ordre public lorsque le litige en question n'a pas son siège dans le territoire français. Dès lors, la situation litigieuse se trouve fortement implantée dans un ordre juridique étranger où elle est amenée à déployer ses effets, le pendant négatif de l'ordre public de proximité permet de maintenir la compétence de la loi étrangère bien que son contenu gênerait fortement les valeurs fondamentales de la loi française. C'est la signification de l'ordre public d'éloignement auquel est assigné un domaine double⁵⁴⁴. Il comprend dans un premier temps toutes les questions dans lesquelles il apparaît inutile de protéger les intérêts localisés en France. Il comprend aussi les zones sensibles dans lesquelles aucun intérêt rattaché en France n'est en cause.

Cet autre visage de l'ordre public se caractérise par son inactivité, il s'abstient d'agir pour évincer la loi étrangère. Son rôle est semble-t-il de conforter l'application de la loi étrangère. Ce qui paralyse la fonction d'éviction c'est le défaut de proximité de la relation juridique avec l'ordre juridique du *for*.

En toute logique, si la localisation effective d'une situation en France vient suppléer, par le biais de l'ordre public, les défauts du principe de nationalité, celui-ci devrait corrélativement s'abstenir de venir modifier un rapport de droit entièrement soumis à la loi étrangère du pays dans lequel il se développe. La contrariété du droit substantiel étranger par rapport au droit français devient, en principe, insuffisante à déclencher l'intervention de la réserve d'ordre public qui dépendra

⁵⁴² Cette approche n'a pas été celle de l'arrêt du 1^{er} avril 1981 qui a préféré un ordonnancement cumulatif des critères avec l'utilisation de la conjonction « et ». Il en résulte que la sévérité de l'ordre public est moindre puisque les deux conditions de résidence et de nationalité doivent être cumulativement réunies.

⁵⁴³ Le terme est inventé par la doctrine, voir J. Foyer, note sous l'arrêt du 10 février 1993, préc., p. 629.

⁵⁴⁴ *Ibidem*.

principalement d'une condition de proximité avec l'ordre juridique français. Cette approche de l'ordre public tend à favoriser le rôle localisateur de l'ordre public au détriment de la considération de la loi étrangère.

Il apparaît que l'ordre public se présente clairement comme un substitut à un rattachement⁵⁴⁵ territorial dans le domaine où le principe de nationalité n'a pas été remis en question à la faveur d'autres méthodes. De ce point de vue, il tranche nettement avec la notion classique d'ordre public. Dans sa conception classique, le déclenchement de l'ordre public dépendait entièrement de l'incompatibilité entre la loi étrangère et les principes fondamentaux du *for*. La nationalité des personnes en cause, la localisation de leur résidence ou de leur domicile n'étaient pas des éléments qui entraient en ligne de compte.

La modération de l'ordre public en face des situations n'ayant pas des contacts avec l'espace français ne va pas sans nous rappeler un aspect très discuté de l'ordre public, à savoir l'effet atténué de l'ordre public⁵⁴⁶. L'ordre public atténué implique une pondération des exigences de l'ordre public lorsqu'il est question de permettre à une situation régulièrement créée à l'étranger de déployer ses effets en France⁵⁴⁷. L'ordre public atténué n'est pas très différent de l'ordre public d'éloignement puisqu'au fond l'idée de référence, la même, est que l'ordre public n'est menacé que pour autant que la société française est en cause. Lorsque cette dernière n'est pas concernée, l'exception ne jouera pas. Néanmoins deux différences demeurent entre ces deux variantes de l'ordre public. La première concerne la localisation géographique. La notion d'ordre public d'éloignement concerne des rapports de droit qui peuvent naître en France alors que l'ordre public atténué ne vise exclusivement que des situations nées à l'étranger. Une seconde différence apparaît sur le plan temporel. L'ordre public d'éloignement développe ses effets au stade de la création de droit alors que l'effet atténué de l'ordre public vise à donner effets à des droits acquis à l'étranger.

L'ordre public d'éloignement a trouvé des consécutions jurisprudentielles en matière de filiation. C'est le tribunal de grande instance de Paris⁵⁴⁸, dans un jugement du 3 juin 1980, qui y a pour la première fois eu recours en acceptant d'appliquer la loi sénégalaise à une action en recherche de paternité au profit d'un enfant français de mère sénégalaise contre un père prétendu de nationalité française. La loi sénégalaise applicable en tant que loi personnelle de la mère ne permettait qu'une

⁵⁴⁵ M. Farge, « *Le statut familial des étrangers en France...* », thèse préc. p. 441, n° 624.

⁵⁴⁶ C'est l'arrêt Burkley (Chambre civile 28 février 1860) qui amorça pour la première fois cette solution. L'ordre public atténué a été ensuite consacré par l'arrêt Rivière (civ. 1^{ère} 17 avril 1953).

⁵⁴⁷ G. Légiér l'explique de la façon suivante : « l'intervention de l'ordre public ne dépend pas seulement des caractères de l'institution : polygamie, répudiation ou autre. D'autres circonstances jouent un rôle. Le première admise depuis longtemps, est d'ordre géographique : une distinction est à opérer selon que le droit a été acquis en France ou à l'étranger. Dans le dernier cas l'ordre public sera moins sensible : on parle d'ordre public atténué ». G. Légiér, « Les rapports familiaux et l'ordre public au sens du droit international privé ». *RRJ* 1999, p. 293.

⁵⁴⁸ TGI Paris, 3 juin 1980, jugement inédit cité par G. Sutton, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *TCFDIP* 1983-1984 p. 198. Voir aussi P. Lagarde, « Le principe de proximité en droit international privé » *RCADI* 1986, T 196, p. 111.

action alimentaire. Le raisonnement utilisé est identique à celui entériné dans une affaire précédente⁵⁴⁹. Le tribunal, après avoir apprécié la réalité des liens de l'affaire tant avec la France que le Sénégal, déclare « *mais attendu que, peu de temps après le décès de sa mère, la petite Tinéhinan a été amenée à Dakar, qu'elle y est élevée auprès de sa grand-mère maternelle et tutrice, qui est sénégalaise, et sous les auspices d'un conseil de famille composé de parents ou alliés de sa mère, tous sénégalais et résidant à Dakar ; qu'ainsi, il apparaît bien que l'enfant est appelée à vivre et à s'intégrer dans le pays et le milieu dont sa mère était originaire ; que, dans ces conditions, l'on ne saurait considérer que l'ordre public français serait heurté par l'application de la loi personnelle de la mère, alors que par ailleurs, cette loi, si elle interdit la proclamation de la filiation paternelle de l'enfant n'en reconnaît pas moins à celle-ci le droit d'obtenir des aliments de son père présumé* ».

Dans cette espèce, l'éloignement de la relation litigieuse a conduit à cet « *inlandsbeziehung* à rebours ». Elle s'inscrivait entièrement dans l'espace juridique sénégalais.

Cette ligne a toujours été gardée par le tribunal de grande instance de Paris⁵⁵⁰, plusieurs années après cette affaire, il a continué à user de l'ordre public d'éloignement. Dans une autre affaire jugée par le même tribunal, une Péruvienne résidant en France avait donné naissance à un enfant. Un homme de nationalité allemande avait reconnu l'enfant devant ses autorités consulaires. La mère l'ayant assigné pour qu'il verse des subsides à l'enfant, l'homme souhaitait revenir sur sa déclaration comme l'y autorise le droit allemand. De son côté la mère faisait valoir l'application de la loi péruvienne interdisant la contestation de paternité. La règle de conflit applicable, l'article 311-17 donne compétence à la loi personnelle de l'auteur, en l'occurrence la loi allemande et la loi de l'enfant (la loi péruvienne). Cette règle de conflit alternative se muant en rattachement cumulatif en matière de contestation, il fallait favoriser la loi la plus sévère, c'est-à-dire la loi péruvienne qui interdit la contestation de paternité naturelle. Cependant, le père soutenait que la loi péruvienne qui interdisait la contestation d'une reconnaissance de paternité était contraire aux perceptions fondamentales de l'ordre juridique français, en ce qu'elle empêchait l'établissement du véritable lien de filiation⁵⁵¹. Cette argumentation ne trouva pas de grâce devant le tribunal qui s'appuyait sur le fait que « *la situation juridique en cause ne présente quasiment aucun lien de rattachement avec la France* ». En effet, la mère n'était venue en France que temporairement ; de même, le père n'était que de passage en France au moment de la naissance.

Dans un arrêt du 10 mai 2006⁵⁵², la Cour de cassation valide cette abstention de l'ordre public pour cause de non-proximité. Dans cette affaire, une femme algérienne vivant en Algérie avec sa fille, n'ayant pas la nationalité française, a agi devant le juge français en recherche de paternité naturelle. Or, la loi algérienne, loi personnelle de la mère désignée par l'article 311-14 du Code civil, est

⁵⁴⁹ TGI Paris 23 avril 1979, jugement préc.

⁵⁵⁰ TGI Paris 23 novembre 1993, *Rev crit DIP* 1995, p. 703 note J. Foyer *D.* 1995 p. 307, note S. Aubert.

⁵⁵¹ CA Paris 5 décembre 1991 inédit.

⁵⁵² Civ. 1^{ère} civ. 10 mai 2006, *Dr fam.* 2006 comm 178. M. Farge, *adde*, T. Azzi, « Précisions sur l'ordre public de proximité », *JCP*, 2006 ,II, 1065, *Juris-Data* n° 2006-033389.

hostile à la filiation naturelle. La Cour d'appel de Versailles l'a dès lors écartée, comme contraire à l'ordre public. Elle est censurée par la Cour de cassation : l'exception d'ordre public ne peut jouer qu'en faveur d'« un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France ».

Cet arrêt montre la volonté des hauts magistrats de consacrer l'indifférence de l'ordre public en matière de filiation naturelle à l'égard des lois prohibitives dès lors que la situation litigieuse est pour une raison ou pour une autre, éloignée du territoire français.

2- Les mérites de l'ordre public de proximité

Théoriquement, l'ordre public de proximité est défendable, c'est un moyen d'équilibre entre deux impératifs inconciliables. En effet, les décisions ayant usé de l'ordre public de proximité traduisent un souci de concilier deux considérations essentielles en droit international privé : d'un côté le respect de certains principes fondamentaux du *for* en matière de filiation et de l'autre l'objectif d'harmonie internationale des solutions nécessaire pour éviter des filiations boiteuses⁵⁵³. En effet, soumettre un rapport de droit, fortement ancré à l'étranger, à la compétence de loi française a pour inconvénient majeur de créer un clivage insupportable entre la situation litigieuse telle que reconnue par l'ordre juridique français et les conceptions de l'ordre juridique où elle est amenée à produire ses effets. Un *lex forisme* exorbitant élèverait des cloisons hermétiques entre les systèmes juridiques ; ce faisant il desservirait l'objectif d'harmonie internationale des solutions, lequel suppose la circulation des décisions judiciaires⁵⁵⁴.

De plus, il est logique que l'ordre public ne soit pas déclenché dès lors que la relation en cause est perçue comme très éloignée de la France. Il serait inutile de faire triompher des valeurs qui ne sont pas celles du milieu culturel des personnes concernées. Si l'on veut se préserver de condamner les conceptions musulmanes dans leur principe, il faut nécessairement motiver leur rejet par des considérations de proximité. D'ailleurs, la société française elle-même n'étant que très peu concernée, elle sera moins sensible au choc provoqué par une décision mettant en œuvre un droit étranger contrariant ses valeurs⁵⁵⁵.

En maintenant la compétence de la loi étrangère normalement compétente en tant que majeur du syllogisme juridique, l'ordre de proximité, dans sa version négative, est un moyen d'asseoir une justice de droit international privé laquelle répond aux exigences de prévisibilité et d'effectivité des

⁵⁵³ Batiffol faisait observer « *qu'en l'état actuel du monde et en l'absence d'un pouvoir supra national, cette branche du droit donne le spectacle d'une entreprise de nature apparemment contradictoire menée par chaque État pour son propre compte. La réalisation de cette coordination dépend de l'initiative individuelle des États et plus précisément de leurs organes législatifs et judiciaires* ». H. Batiffol, « *Aspects philosophiques du droit international privé* », D.1956, p. 102 et 103.

⁵⁵⁴ Voir Y. Lequette, note sous CA Paris, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 316.

⁵⁵⁵ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommière, *Droit international privé*, éd. Dalloz, 2007 p. 358.

solutions⁵⁵⁶. La prévisibilité est un objectif incontournable pour toutes les branches du droit et en particulier pour le droit international. Les justiciables ont le droit de connaître avec la plus grande certitude, le droit que le juge leur appliquera. Ainsi, en s'abstenant de faire échec à la règle de conflit compétente lorsque l'affaire est liée à un autre État, l'ordre public d'éloignement contribue au respect d'un « droit à la certitude du droit »⁵⁵⁷. Cette orientation de l'ordre public garantit l'intérêt de partie dans le sens où elle est conforme à leur attente.

Pour l'État étranger qui a édicté la solution, il se sentira honoré par le respect de son droit. La forme classique de l'ordre public écartait la loi étrangère en raison de son contenu jugé inacceptable. Sous cet angle, il pouvait être compris comme impliquant un jugement de valeur portant sur la culture juridique de l'ordre juridique étranger. L'ordre public de proximité est exempt de cette critique. Le jugement de valeur porté sur la loi étrangère à un caractère moins choquant pour l'État étranger en cause lorsque le juge invoque la présence d'intérêts français. De surcroît, le grief d'impérialisme juridique n'a pas lieu d'être puisque l'interdit étranger n'est pas condamné en lui-même, mais seulement évincé lorsque l'enfant est intégré dans la société française⁵⁵⁸.

Pour l'enfant en cause, il n'a guère d'avantages à tirer de la solution d'un juge français lorsqu'il ne réside pas en France. Si le juge français prononce une décision favorable à l'enfant, il y aura vraisemblablement un blocage au stade de l'exécution de la décision. C'est pourquoi un auteur faisait remarquer, au sujet des laissés pour compte de l'ordre public de proximité, qu'ils n'ont guère « *d'avantage à retirer du recours à l'ordre public, du fait que la loi française applicable par substitution ne produirait sans doute pas ses effets dans le pays de résidence du mineur où, par hypothèse, la filiation naturelle est méconnue* »⁵⁵⁹.

L'invocation des droits contenus dans la Convention internationale des droits de l'enfant, avancée contre les lois musulmanes prohibitives, pour discréditer le recours à l'ordre public de non-proximité est discutable. Au préalable, il faut souligner de pays arabo-musulmans ont ratifié la Convention. Remarquons que les dispositions de la Convention entretiennent une certaine ambiguïté. L'article 7, alinéa 2, dispose « *l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ». L'interprétation de cet article dépendra de la conception de chaque législation en matière de filiation. Dans un système libéral, on le comprendra comme la consécration d'un droit pour chaque enfant naturel d'établir sa filiation. Dans le système musulman restrictif, on l'analysera, le jeu des réserves aidant⁵⁶⁰, comme un droit exclusif à l'enfant légitime.

⁵⁵⁶ S. Bostangi, « *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel* », thèse préc. p. 567.

⁵⁵⁷ W. Wengler, « *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable* ». *Rev. crit. DIP* 1990, p. 668.

⁵⁵⁸ Kessler et Salamé note sous Cass. 1^{re} cciv., 10 mai 2006, *D.* 2006. p. 2890, *Adde*, sous le même arrêt voir note V.L. Corbion, *JCP* 2007, I, p. 109.

⁵⁵⁹ I. Barrière-Brousse, note sous Cass. 1^{re} civ. 10 février 1993, *JDI* 1994, p. 125.

⁵⁶⁰ Pratiquement tous les États musulmans ont posé une réserve qui implique que la convention s'applique sous réserve de sa conformité avec les principes du droit musulman.

Il faut tenir compte de cette divergence d'interprétation, parce qu'adopter une interprétation de la Convention conforme au système français de filiation pour éliminer la loi musulmane prohibitive, lorsque le rapport de droit s'inscrit dans un espace culturel différent, c'est créer une discontinuité radicale entre les ordres juridiques en présence et favoriser ainsi l'apparition des situations boiteuses⁵⁶¹.

Section 2- L'inadaptation du recours à l'ordre public

Lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit française contient des dispositions heurtant les conceptions juridiques françaises, son application est écartée au nom de l'ordre public. Le déclenchement de l'ordre public suppose donc un défaut de communauté juridique entre la loi du *for* et la loi étrangère. Concrètement, l'application du droit étranger sera écartée au profit de la *lex fori* et cette éviction apparaît alors comme un instrument de protection de la vie interne contre les inconvénients de l'intrusion des lois étrangères. De fait, la finalité de l'ordre public est d'assurer la défense des valeurs fondamentales purement françaises. La sévérité de la réaction à l'encontre de la loi étrangère est accrue avec l'intrusion du principe de la proximité dans le mécanisme de l'ordre public. Le contenu de la loi étrangère n'est pas le paramètre essentiel, l'important est la proximité de la situation avec la France.

En matière de filiation l'exigence d'une proximité avec la France, à travers les conditions de résidence et de nationalité, exprime bien la volonté d'étendre l'empire de la loi française. Le rapprochement avec les lois de police ouvertement nationaliste est par conséquent justifié⁵⁶². La défense du droit français s'ajuste mal avec la finalité de coordination des ordres juridiques ne reposant pas sur les mêmes valeurs⁵⁶³ poursuivi par le droit international privé. Cette critique de l'ordre public (§1) oblige à chercher des alternatives à son recours pouvant pallier ses faiblesses (§2)

§1- Critiques de l'ordre public de proximité

Il est certain que si le juge français avait à connaître d'une décision étrangère faisant application d'une loi particulièrement choquante en ce qu'elle autorise des discriminations raciales, l'ordre public s'opposerait à la reconnaissance d'une telle décision même si la situation ne présentait que

⁵⁶¹ Voir note de G.A.L Droz, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602.

⁵⁶² R. Libchabert, « L'ordre public en droit international privé », art. préc., p. 76.

⁵⁶³ P. Mayer, « Droit au procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 1996, p. 133.

des liens très lâches avec l'ordre juridique du *for*. L'ordre public de proximité se rapproche quelque peu de la notion anglo-saxonne des points de contacts dénoncée pour ses incidences discriminatoires⁵⁶⁴. L'effet discriminatoire est incontestable et provient de la modulation des exigences de l'ordre public en fonction de la proximité du litige avec le *for*. Refuser le droit à la filiation aux enfants étrangers lorsque ce même droit est reconnu aux enfants ayant un lien avec le territoire français est intrinsèquement discriminatoire. Il faut aussi remarquer que, entre la discrimination à raison du sexe et la discrimination à raison de la naissance, il n'y a qu'une différence de critère. Ces deux formes de discrimination vont à l'encontre d'impératifs moraux tellement fondamentaux que leur protection ne peut varier pour de raison des liens avec le territoire. Le caractère fondamental et universel du principe d'égalité est réfractaire à un effet variable de l'ordre public. L'insertion des paramètres de proximité dans l'ordre public affaiblit ce mécanisme. En effet, il est constaté une incapacité de l'ordre public à défendre les valeurs françaises (A). De plus, ces critères de proximité constituent un obstacle à l'application de la loi étrangère (B).

A- L'incapacité de l'ordre public de proximité à défendre correctement les valeurs françaises

La correction de l'ordre public atténué par le biais de l'ordre public de proximité était destinée à mieux défendre les valeurs du droit français. L'ordre public de proximité a montré son efficacité dans le sens où il a permis à des enfants naturels d'établir leur filiation. De ce point de vue, il constitue une rupture très nette par rapport aux effets réduits de l'ordre public alimentaire. Cela dit, l'ordre public de proximité n'est pas l'ordre public plein, son déclenchement est lié à des critères. Lorsque ces critères ne sont pas réunis, il s'abstient. Ce tarissement de l'ordre public pour des raisons de non-proximité signifie que l'ordre public a démissionné de sa fonction de défense. En matière de filiation, il s'agit de protéger le principe d'égalité dont le caractère impératif est évident depuis l'ordonnance de 2005. De plus, en matière de filiation, les droits fondamentaux ne se trouvent pas dans les références de l'ordre public. Ainsi, l'efficacité de l'ordre public est limitée aussi bien dans la défense de valeurs du droit interne (1) que dans la protection des droits fondamentaux (2).

⁵⁶⁴ Un auteur anglais parle à cet effet « *d'un type intermédiaire de lois qui comme les lois racistes seraient intrinsèquement répugnantes* », P. B. Carter « The Role of Public Policy in English P.I.L », 42 ICLQ 1,2 (1993) cité par F. Cadet, *L'ordre public en droit international*, thèse préc. p. 291.

1- Une défense limitée des principes essentiels du droit français

L'intégration du critère spatial dans le régime de l'ordre public a suscité de très nombreuses critiques. Une doctrine autorisée a, entre autres, déploré au sujet des arrêts postérieurs à l'arrêt Latouz⁵⁶⁵ un usage défectueux de l'ordre public de proximité dans l'hypothèse d'un enfant établi à l'étranger et cherchant à établir sa filiation à l'égard d'un père français pour se voir transmettre sa nationalité *jure sanguinis*⁵⁶⁶. La nationalité du père devrait entrer en ligne de compte dans l'appréciation de la proximité avec la France. Le lien de filiation ne concerne pas que l'enfant en quête de ses origines, il constitue aussi une dette pour celui qui l'a mis au monde⁵⁶⁷. L'appréhension actuelle de la proximité par les juridictions françaises « laisse au père » le loisir de fuir, dans une certaine mesure, ses responsabilités⁵⁶⁸. Dans l'arrêt du 10 mai 2006, la Cour de cassation était saisie du cas d'une enfant algérienne de mère algérienne qui intentait une action en recherche de paternité contre un père prétendu français de nationalité française et ayant sa résidence en France. La Cour d'appel de Versailles avait mis en œuvre l'article 311-14 qui rendait applicable la loi algérienne laquelle interdisait cette action. De ce constat la Cour d'appel tirait que la loi algérienne en tant qu'elle refuse l'établissement de la filiation naturelle contrarie le principe d'égalité de filiation qui est d'ordre public. L'arrêt est cassé par la première chambre civile au motif « *qu'une loi étrangère qui ne permet pas l'établissement d'une filiation n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* ». Le motif de la Cour d'appel était sans doute pertinent dans le sens où, en dépit de la jurisprudence antérieure, il était très délicat aujourd'hui de décider du contraire après l'ordonnance du 4 juillet 2005 qui a poussé l'égalité entre enfants jusqu'à ses dernières limites puisque la distinction est même abolie jusqu'à la terminologie⁵⁶⁹. Le changement introduit par ce texte fournissait l'occasion de recourir à l'ordre public plein pour évincer la loi étrangère.

Sur le plan méthodologique, il semblerait que le passage à un ordre public de proximité traduit une évolution profonde de l'ordre public. Il avait, en effet, été montré que ce mécanisme rompait de manière problématique avec la classique opposition entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué⁵⁷⁰ systématisée par la jurisprudence Rivière⁵⁷¹. En effet, l'ordre public sous sa forme atténuée était plus souple que l'ordre public de proximité dans la mesure où il se limitait au stade

⁵⁶⁵ Cass. 1^{re} civ, 10 février 1993, préc.

⁵⁶⁶ Voir P. Lagarde, note sous Cass. 1^{re} civ. 13 mars et 27 avril 2007, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 87. Voir aussi les débats ayant suivis la communication de L. Gannagé devant le comité français de droit international privé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP* 2006-2008, p. 234.

⁵⁶⁷ M. Farge, note sous Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 2006, préc.

⁵⁶⁸ *Ibidem*.

⁵⁶⁹ Voir Y. Lequette, « Observation sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation », *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ 2008, p. 647.

⁵⁷⁰ K. Zaher, « *Conflicts de civilisations et droit international privé* », thèse Paris 2007, n°192.

⁵⁷¹ Cass. 1^{re} civ. 17 avril 1953 : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 421, note H. Batiffol, *JDI* 1953, p. 860, note Plaisant.

de la création du droit et ne faisait pas du lien avec le territoire l'unique critère de référence⁵⁷². Avec l'ordre public de proximité, le lien avec le *for* devient le seul facteur de déclenchement de l'ordre public. Il résulte de ce mécanisme un appauvrissement de ce mécanisme : la flexibilité inhérente à l'ordre public atténué cède le pas à la mécanicité de l'ordre public de proximité⁵⁷³. Nous avons mis l'accent précédemment sur les vertus coordinatrices de la proximité⁵⁷⁴, cette affirmation est discutable dans la mesure où il peut s'avérer que cet avatar de l'ordre public ne sert ni l'intérêt de la France, ni celui de l'ordre juridique étranger. L'ordre juridique français n'a pas intérêt dans la mise en œuvre de l'ordre public de proximité. Le déclenchement de l'effet atténué de l'ordre public suppose que la situation ait été créée à l'étranger et que sa reconnaissance soit sollicitée en France, l'ordre public de proximité intervient indifféremment au stade de la création et de la reconnaissance en France de la situation. Or l'intervention de l'ordre public de proximité au stade de la création de la situation porte en germe un risque d'affaiblissement de l'ordre public international du *for*. Avant l'avènement de l'ordre public de proximité, la constitution en France des situations était contrôlée à l'aide de l'ordre public plein, lequel avait pour seule référence les principes fondamentaux du droit français ; le lien avec la France n'entraînait pas en ligne de compte⁵⁷⁵. L'avènement de l'ordre public de proximité subordonne la protection de ces principes au lien de la situation avec la France. On peut dès lors comprendre que les verrous⁵⁷⁶ de l'ordre public plein ont sauté chaque fois que le rapport de droit n'entretient pas de lien de proximité avec le *for*. Des lois vues comme discriminatoires par l'opinion publique française peuvent s'appliquer sur le territoire français pour peu que le litige en question n'ait pas de lien étroit avec la France.

Cet affaiblissement dans la protection des valeurs du *for* en matière de filiation risque d'affecter l'ensemble du système français. Rien ne justifie que la tolérance à l'égard des lois étrangères contrariant les valeurs françaises se limite à la filiation naturelle. Elle peut désormais concerner la polygamie comme la répudiation, malmenant ainsi le principe de l'égalité des sexes si cher au droit français. De même que d'autres règles substantielles du droit musulman contenant de solutions vues comme discriminatoires, telles que les lois successorales risquent de s'appliquer sur le sol français. Pour cela il suffit que le litige en cause ne présente pas des liens forts avec le *for*.

La crainte de la contagion de cette tolérance est vraie, si l'on raisonne *a fortiori*. En effet, dès lors que l'ordre public (version proximité) renonce à défendre les droits fondamentaux de l'enfant étranger à la filiation, si sensibles, ne serait-il pas plus facile d'accepter la polygamie pour des étrangers de passage en France ? Les époux concernés étant de passage en France, le mariage a vocation à déployer ses effets hors France. La gêne occasionnée par cette interrogation s'explique

⁵⁷² D. Sindre, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité », *JDI*, n°3 juillet 2012.

⁵⁷³ R. Libchaber, « L'exception de l'ordre public en droit international privé », art préc., p. 72.

⁵⁷⁴ Voir *infra*, chapitre précédent, section 2.

⁵⁷⁵ A propos de l'indifférence des liens de la situation avec le *for* dans le déclenchement de l'ordre public M. N-Jobard-Bachelier, *J-CL. International*, Ordre public international, fasc. 534-4, n° 35.

⁵⁷⁶ L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », art préc., p. 219.

par le fait qu'il est question des valeurs fortes du droit français. Or, c'est précisément la place des valeurs françaises dans la réglementation des relations internationales qui se trouve au cœur de cette évolution. Ces valeurs ont-elles un caractère absolu ou relatif. De l'arrêt Rivière à l'arrêt Latouz, on est passé d'une conception absolue à une conception relative de ces valeurs au moins au stade de la constitution de droit. La jurisprudence Rivière, en mettant en avant l'ordre public plein, faisait de la protection des valeurs du droit français une fin en soi parce que le seul fait de leur transgression par une loi étrangère justifiait l'éviction de cette dernière. S'agissant de l'ordre public de proximité, la protection des principes essentiels du *for* n'est légitime que si le rapport de droit présente des liens suffisants avec le *for*, à défaut desquels l'ordre juridique français se désintéresse de la situation et, au-delà de ses propres valeurs.

Il faut voir dans cette orientation de l'ordre public, la poursuite par la Cour de cassation d'une politique d'ouverture qu'elle avait initiée en matière de répudiation et qui se poursuit en matière de filiation. L'argument étayant cette politique de tolérance est la recherche de l'harmonie internationale afin d'éviter la naissance de tout rapport boiteux. Néanmoins, cet argument ne résiste pas à la critique. L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 10 mai 2006 est vraiment révélatrice de l'enjeu du débat. Les juges de la Cour de cassation ont sacrifié le principe d'égalité de filiations sur l'autel de l'harmonie internationale. Un tel choix est, d'un point de vue français, fâcheux parce que l'harmonie internationale des solutions n'est ni l'objectif exclusif du droit international privé⁵⁷⁷ ni une exigence d'ordre esthétique, mais un simple instrument au service de l'intérêt des personnes privées⁵⁷⁸. Dans l'arrêt du 10 mai 2006, l'impact du statut boiteux serait minime dans le sens où le père prétendu était français et que de toute façon il n'y avait aucun avantage pour l'enfant à ne pas avoir une filiation paternelle.

Il serait préférable dans cette circonstance de redonner à l'ordre public sa fonction classique : celle de garantir la protection des valeurs fondamentales du droit français sans se soucier de ce qui peut être essentiel pour les autres. La crainte du reproche d'impérialisme a abouti à cette application restreinte, dans les litiges internationaux, des principes importants du droit français. Cette timidité du droit français est très critiquée en ce qu'il assure aux effets contestés du droit musulman un rayonnement au niveau international. Dans la posture qui est la sienne, le juge français, sans le savoir, contribue aux arguments des conservateurs musulmans dans le débat qui les oppose aux modernistes. De ce point de vue la condition de proximité dans l'ordre public n'avantage guère les sociétés musulmanes.

⁵⁷⁷ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, op. cit. p. 213, dans le même sens voir L. Juillot de la Morandière, cité par H. Batiffol, réflexion sur une préface, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis* L.GDJ 1976, p. 167.

⁵⁷⁸ *Ibidem*.

2- Une abstention dans la défense des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux ne constituent pas une référence expresse dans la jurisprudence en matière de filiation. Or, ce constat contraste avec le traitement de la répudiation qui pourtant est rejetée au nom du principe d'égalité comme pourrait l'être le modèle musulman de filiation. La source de l'ordre public est clairement identifiée pour la répudiation. Il s'agit de l'article 5 du Protocole 7 du 22 novembre 1984 additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui fixe un principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage. L'arrêt du 10 février 1993 sur la filiation est en revanche muet sur la question des rapports entre droits fondamentaux et l'ordre public. Sans doute le principe d'égalité a acquis une telle force en droit interne de la filiation qu'il est superflu de faire appel aux droits fondamentaux. Toutefois, cette explication n'est pas convaincante, l'utilisation des droits fondamentaux est fréquente en droit international privé⁵⁷⁹ et des principes bien établis en droit interne continuent à être protégés au nom des droits fondamentaux. Sur le plan technique, aucun obstacle ne se dressait devant un usage des droits fondamentaux par le canal de l'ordre public pour l'évincement des lois prohibitives de filiation. Il suffisait de recourir à la Convention internationale de droit de l'enfant et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

En vérité, la confrontation du droit français au droit musulman interdisant l'établissement de la filiation naturelle pose la question du droit à la filiation. Ce droit semble largement acquis dans le droit interne avec l'ordonnance du 4 juillet 2005. En droit international, l'arrêt de 1993 l'a posé sous condition de proximité. Certains ont avancé que la Cour de cassation avait défini dans cet arrêt une notion uniquement française de l'ordre public international avec comme sous-entendu l'idée que cette exception servait à protéger la cohésion de la société française à défaut de société européenne ou internationale mieux constituée⁵⁸⁰. D'autres auteurs⁵⁸¹ n'ont pas hésité à voir l'influence des normes fondamentales dans cette évolution jurisprudentielle.

Le droit de la Convention européenne pose le principe de l'égalité des filiations et, à ce titre, il condamne la timidité de l'ordre public et devrait conduire à évincer totalement les lois vues comme discriminatoires en la matière. Ainsi est-il nécessaire de rappeler que l'article 14 de la convention européenne de droit de l'homme bannit toute discrimination fondée sur la naissance de même que l'article 8 du même texte ne fait pas de distinction selon la naissance lorsqu'il énonce le droit de toute personne à une vie familiale. D'ailleurs, ce principe d'égalité est une tendance irréversible de la jurisprudence de la Cour européenne qui, exige au nom de l'article 8, l'existence en droit national

⁵⁷⁹ Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M. –A. Frison-Roche et Th. Rivet (ss dir) *Liberté et droits fondamentaux*, D. 2006, p. 99.

⁵⁸⁰ P. Courbe, débat après sa communication sur « le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention dans le système française », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant 1996, p. 303.

⁵⁸¹ H. Fulchiron, notes sous Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *JCP* 1993 G, I 3688 n° 10. Sous le même arrêt voir J. Foyer, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 623.

d'une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille⁵⁸². L'arrêt Inze de la Cour européenne des droits de l'homme condamne ouvertement la discrimination à raison de la naissance en condamnant le droit autrichien qui désavantage les enfants adultérins au profit des enfants légitimes avec des considérations qui pourraient fort bien condamner une loi étrangère prohibitive de filiation naturelle⁵⁸³. Si la Cour européenne ne s'est prononcée que sur les effets de la filiation, il est quasiment sûr que la solution serait identique pour la question de l'établissement. De fait, aujourd'hui le principe de l'égalité en matière de filiation semble largement acquis en Europe⁵⁸⁴. Cette unanimité des législations pourrait à terme amener la Cour à une consécration ouverte de ce principe concernant l'établissement. La Cour de cassation a donc raté une occasion pour intégrer les droits fondamentaux dans les paramètres d'intervention de l'ordre public pour la filiation.

Il est malaisé de percer les raisons de cette abstention alors qu'en matière de répudiation la même juridiction n'a pas résisté à la tentation d'un européanisme avoué⁵⁸⁵. On peut néanmoins comprendre ce refus de recourir au droit européen comme la volonté de ne pas malmener certains aménagements posés dans le droit interne de la filiation. Ceux-ci s'expliquent par la crainte de consacrer la filiation incestueuse que même la morale laïque réproouve ainsi que la concession faite à la détresse féminine à travers l'accouchement anonyme.

Enfin, la technique de l'ordre public de proximité est elle-même contraire à l'article 14 de la convention européenne des droits de l'homme par son traitement différencié des situations internes et internationales. Cela revient très clairement à poser la question de la légitimité du traitement différencié des relations internes et internationales au regard du principe d'égalité. L'ordre public est « une règle de rattachement » venant corriger une défaillance de la règle de conflit : face à l'inadéquation de la règle de rattachement principal, l'ordre public justifierait la désignation à titre subsidiaire de l'ordre juridique de *for*. De ce point de vue e, il est comparable à une règle matérielle. Contrairement aux autres types de règles matérielles (loi de police, règles à finalité matérielle), il prend en compte des considérations de proximité qui impliquent un traitement différencié des litiges internes et internationaux. Or, la convention n'a-t-elle pas vocation à protéger toute personne dont le litige est soumis à une juridiction des États membres ?

Ce raisonnement, en apparence solide, est contestable. D'une part, il aboutit à nier purement et simplement l'élément d'extranéité. D'autre part, il n'est pas conforme à l'idéal d'harmonie qui est censé animer toute règle de conflit.

⁵⁸² Voir arrêt Marckx préc.

⁵⁸³ Voir arrêt Inze préc., pour les juges de la Cour européenne, la solution Inze se fondait sur « *le mépris traditionnel de toute sorte de minorités que l'article 14 entend combattre* », ils poursuivaient que « *la présente affaire révèle un cas classique de discrimination, à savoir une législation désavantageant une minorité en fonction d'un critère : la naissance...* ».

⁵⁸⁴ Voir F. Granet-Lambrechts, « L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des droits de l'homme dans les États de la CIEC », *RD européen* 1997 p. 653 et s, *adde* du même auteur et plus récent voir, « Panorama européen de droit de la filiation », *Dr fam.* 2007, étude n° 30.

⁵⁸⁵ M. Farge thèse, « *Le statut familial des étrangers en France...* », thèse préc., n° 544.

B- Un obstacle à l'application du droit étranger

Il a été soutenu plus haut que l'ordre public de proximité avait pour mérite de permettre l'application du droit étranger contrairement à l'ordre public plein qui ne laisse aucune chance d'application à la loi étrangère. Ce constat doit être nuancé dans le sens où l'ordre public de proximité se fonde sur des critères différents de l'ordre public atténué. Ce dernier permettait de neutraliser l'ordre public plein lorsque la situation était constituée à l'étranger.

L'ordre public de proximité s'oppose à l'effet atténué de l'ordre public lors de l'instance indirecte menée devant le juge français⁵⁸⁶. Une décision étrangère qui, grâce à cet effet atténué, devrait produire des effets en France va pourtant être repoussée par le juge français si elle concerne une personne française ou demeurant en France⁵⁸⁷. Il y a là sans doute un paradoxe en ce que le recours à la méthode de la reconnaissance repose sur le choix politique d'un effacement des intérêts du *for* et de ses règles de conflit de lois⁵⁸⁸, en faveur de la reconnaissance d'une situation « cristallisée » dans un ordre juridique étranger. De ce point de vue e, l'ordre public est une limite à la méthode de reconnaissance. La vocation de l'ordre juridique étranger à régir la relation est remise en cause par la volonté du *for* qui refuse le raisonnement en termes de reconnaissance. La sévérité de l'ordre public de proximité est double. Sur le plan temporel, il est amené à intervenir aussi bien pour la constitution de la situation que pour la reconnaissance. Sur le plan de la localisation spatiale, la conjugaison d'un lien actuel étroit avec l'ordre juridique du *for* et de la défense d'impératifs fondamentaux ne laisse aucune chance d'application aux lois et aux décisions étrangères. De ce constat, on comprend que l'ordre public a une coloration nationaliste et territorialiste, ce qui constitue un pied de nez pour la thèse qui l'avait vu comme un moyen de tolérance vis-à-vis du droit étranger différent.

D'ailleurs, le choix de la résidence habituelle comme critère du lien étroit laisse sceptique. Contrairement à la nationalité qui exprime incontestablement le lien d'une personne avec des conceptions familiales de façon permanente⁵⁸⁹, la résidence habituelle se caractérise par son instabilité. Appliquer le droit français à la filiation d'enfant étranger résidant temporairement en France aboutit *in fine* à lui appliquer inopportunément une loi n'ayant aucun lien avec lui. Ainsi le choix de la résidence comme critère de la proximité est contestable en ce que la résidence ne traduit pas forcément un enracinement, elle peut conduire à des situations étranges⁵⁹⁰. Par exemple, l'état

⁵⁸⁶ T. Azzi, note sous Cass. 1^{re} civ. 10 mai 2006, *JCP*, G, 2006, II, 10165.

⁵⁸⁷ Les arrêts de la Cour de cassation relatifs à la répudiation et à la polygamie sont très illustratifs de cet effet de l'ordre public de proximité. Dans l'arrêt Baaziz du 6 juillet 1988, on pouvait lire « *la conception française de l'ordre public international (...) s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* », *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71 note Y. Lequette.

⁵⁸⁸ P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *TCFDIP* 2006-2008 p. 162, voir aussi P. Mayer, « La méthode de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Paul. Lagarde, op. cit.*, p 547.

⁵⁸⁹ F. Boulanger « *Droit civil de la famille tome I- aspects comparatifs et internationaux* », 3^e éd. Economica 1997, p. 96.

⁵⁹⁰ P. Lagarde, note sous TGI. Paris 23 avril 1979, préc. p. 90.

actuel de la jurisprudence française permet à un enfant naturel étranger résidant en France, né de mère étrangère non résidante en France, d'établir sa filiation à l'égard de son prétendu père étranger résidant en France tout en refusant à un enfant naturel étranger non résidant en France, né de mère étrangère résidante en France, d'établir sa filiation à l'égard d'un prétendu père français.

Le choix de ce critère insaisissable soustrait à l'ordre juridique étranger de litiges en matière de filiation qui, pourtant, devrait naturellement rentrer dans sa compétence. De fait, la localisation objective du rapport de droit est un but secondaire pour l'ordre public de proximité qui, sous couvert de lien étroit avec la France, fait échapper les litiges en matière de filiation à la compétence de la loi étrangère. Il ne serait pas surprenant de voir la condition de la proximité comme une réponse au malaise suscité par les lois étrangères véhiculant un modèle de filiation discriminatoire. Cette volonté de lutter contre les modèles de filiation discriminatoires renferme elle-même des contradictions. Comment peut-on prétendre s'opposer au système de filiation inégalitaire lorsque le juge français utilise un moyen (ordre public de proximité) qui crée lui-même l'inégalité (entre enfants ayant des liens avec la France et celui qui n'en a pas). Le raisonnement en termes de proximité est ouvertement rejeté par certains pays musulmans en raison de ses incidences discriminatoires. Ainsi, l'article 36 al. 3 du Code tunisien de droit international privé dispose « *l'exception d'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige* »⁵⁹¹.

Ce grief de discrimination peut aussi être asséné à l'encontre de la nationalité retenue par l'arrêt du 10 février 1993. Si la critique à l'égard du critère territorial (résidence) peut être atténuée en ce qu'il poursuit un but louable du système juridique à savoir l'intégration des étrangers résidant habituellement en France dans le milieu culturel auquel ils ont vacation à appartenir un jour par l'obtention de la nationalité ; la nationalité présente pour certains auteurs une dimension discriminatoire incontestable⁵⁹² qui nuit aux nationaux de l'État étranger. En effet, à partir du moment où elle constitue le point de rattachement conditionnant le déclenchement de l'ordre public, on se trouve dans l'obligation de faire varier l'ordre public d'après la nationalité des parties au procès⁵⁹³. Et de ce fait, il est normal que la nationalité française l'emporte sur le reste. Pour faire apparaître cet effet discriminatoire, transposons la solution dans le droit des contrats. Ainsi, une règle étrangère serait seulement contraire à l'ordre public quand elle désavantagerait un créancier de nationalité française.

⁵⁹¹ Un commentateur tunisien de cet article explique justement cette exclusion de l'ordre public par les effets discriminatoires qu'il peut avoir : il s'interroge « *mais on peut alors se demander pourquoi l'ordre public doit profiter aux uns (nationaux ou résidents sur le territoire national) et non aux autres* », A. Mezghani, *Commentaires du Code du Code de droit international privé*, CPU, Tunis 1999, p. 84.

⁵⁹² D. Alexandre, *JDI* 1979, p. 613. Cette faiblesse de la nationalité est contestée par Batiffol et Lagarde qui affirme que la crainte de l'effet discriminatoire de la nationalité est inexistante « *dès lors que le critère de la nationalité n'est pas considéré comme discriminatoire lorsqu'il est utilisé comme rattachement principal du statut personnel* ». H. Batiffol et P. Lagarde *op. cit.*, p. 578.

⁵⁹³ S. Bostangi, « *L'évolution du traitement de la loi étrangère...* », thèse préc., p. 551.

En matière de filiation, la règle de conflit de l'article 311-14 du Code civil reprend cette différence fondée sur la nationalité. En disposant que la filiation est régie par la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant, le droit français entérine cette différenciation. Selon que la nationalité de la mère est française ou étrangère, les dispositions substantielles applicables ne seront pas les mêmes.

En partant des inconvénients de ces critères, n'est-il pas raisonnable de passer à une conception moins rigide du lien étroit qui déduirait la localisation d'un faisceau de circonstances⁵⁹⁴. Cette démarche n'est pas nouvelle puisqu'elle est utilisée en matière de répudiation⁵⁹⁵. En matière de filiation, elle constitue un facteur de souplesse dans la recherche de la loi ayant le lien le plus étroit avec la situation en même temps qu'un juste équilibre entre protections des principes du *for* et l'impératif, de l'harmonie des solutions.

§2- Les alternatives au recours à l'ordre public

Confronté à des lois issues d'une civilisation non occidentale, le mécanisme d'ordre public montre ses limites en posant des problèmes de mise en œuvre, lesquels rendent souhaitable une modification des solutions actuelles. Aujourd'hui le constat est que l'intervention de l'ordre public est très fréquente contre le modèle musulman de filiation. On pourrait comprendre ce renforcement du rôle correctif de l'ordre public comme la preuve d'une inadaptation de la règle de conflit aux nouvelles données du droit international privé de la famille. Lorsque les juges sont face à la nécessité de redéfinir le domaine d'application de la loi du *for*, afin de mieux tenir compte de ses objectifs, ils recourent à l'ordre public pour aboutir à une meilleure définition de la sphère d'efficacité de la loi du *for*. Or, le choix de l'ordre public renferme une contradiction, il est décrit comme un mécanisme correcteur ayant en principe un caractère exceptionnel alors qu'il intervient de façon quasi systématique dans certains domaines comme celui de la filiation. Au fond, la difficulté provient de la rédaction inadaptée de la règle de conflit.

D'où les suggestions mises en avant par une partie de la doctrine selon lesquelles, pour limiter le jeu de l'ordre public, il faut prendre acte de la défaillance de la règle de conflit classique et donc proposer des alternatives. Nous présenterons les substituts envisageables selon leur degré de pertinence. Ainsi, il peut être proposé en premier lieu un aménagement de la règle de conflit (*A*) ou en second lieu son abandon pur et simple (*B*).

⁵⁹⁴ H. Batiffol et P. Lagarde *op. cit.* n° 358. Adde, P. Lagarde, « la théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française », *Mélanges Rigaux*, Bruylant 1993. p. 27. Dans cet article, la notion d'*Inlandsbeziehung* était définie « *comme un ensemble de circonstances, appréciée au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère, et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for, provoquée par cette loi étrangère* ». p. 27.

⁵⁹⁵ Voir la note de M. Farge, sous Cass. 1^{re} civ. 20 sept 2006, *Dr fam.* n°4 avril 2007 comm. 95, n° 4.

A- L'aménagement de la règle de conflit

L'idée de redéfinir la règle de conflit pour éviter le jeu brutal et incertain de l'ordre public a été maintes fois réitérée. Pour parvenir à un meilleur résultat de la règle de conflit, la doctrine a été séduite par les avantages d'une règle à coloration matérielle dont la vertu première est une simplification du système de prise en compte des principes fondamentaux du *for*. Toutefois, cette méthode présente des inconvénients dirimants quant à sa possible généralisation⁵⁹⁶. D'abord, l'efficacité de la méthode matérielle requiert un champ d'application large qui doit être assuré par une convention internationale. Et sur ce point, l'exemple de la protection de l'enfant montre les limites de la règle matérielle quand elle est circonscrite au plan national. Ensuite, elle partage un même inconvénient avec l'ordre public, celui de ne pas prendre en compte, un vœu en droit international : l'harmonie des solutions. Enfin, pour réaliser plus en avant une justice de droit international privé, il ne suffit pas de troquer une technique d'exception pour une règle de principe qui ménagerait à la loi du *for* ou à ses solutions substantielles un champ exorbitant⁵⁹⁷.

Une localisation correcte exige de ne pas céder au souci de faire prévaloir à tous les coups la loi du *for*. Pour une alternative réelle, la meilleure solution serait d'adjoindre au rattachement de principe à la loi nationale de mère, une clause d'exception qui ménagerait la compétence de la loi du domicile de la mère lorsque cette domiciliation marque l'intégration de la mère et, par cet effet, celle de l'enfant, actuelle et à venir dans un autre milieu que celui de l'État d'origine⁵⁹⁸.

La clause d'exception est différente de la notion de l'*Inlandsbeziehung*, elle se définit comme « un mécanisme correcteur de la règle de conflit qui permet de déclasser le rattachement initialement adopté pour régir le rapport de droit au profit d'un rattachement mieux approprié »⁵⁹⁹. Adjoindre une clause d'exception au rattachement à la loi de la mère revient à faire de ce rattachement une simple présomption réfragable qui permettra au juge de lutter contre le caractère mécanique de la règle de conflit en instaurant une sorte d'instance de vérité qui trouve son inspiration directe dans le principe de proximité »⁶⁰⁰.

La clause spéciale et l'ordre public de proximité sont tous deux des mécanismes d'exclusion du droit désigné fondé sur l'idée de proximité. Néanmoins, la doctrine a montré leur différence sur deux points. En premier lieu, l'ordre public de proximité apparaît comme une réaction au contenu de la loi étrangère et se situe au niveau substantiel alors que la clause d'exception est indifférente au contenu du droit étranger qui sera écarté non pas parce qu'il contredit un objectif de politique

⁵⁹⁶ F. Cadet, « *L'ordre public en droit international* », *op. cit.* p. 218.

⁵⁹⁷ G. Kessler et G. Salamé, note préc., p. 2880.

⁵⁹⁸ *Ibidem*.

⁵⁹⁹ Bostangi, « *L'évolution du traitement de la loi étrangère...* », thèse préc., p. 533.

⁶⁰⁰ Voir P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », préc., p.97.

législative, mais plus simplement du fait que le droit étranger n'est pas celui qui présente les liens les plus étroits avec le litige. La seconde différence concerne leurs résultats. Pour l'ordre public de proximité, la loi qui se verra appliquée est toujours la loi du *for* alors que dans le cas de la clause d'exception la loi retenue sera celle ayant les liens les plus étroits, celle-ci pouvant être indifféremment la loi étrangère ou celle du *for*.

Contrairement à l'ordre public, la clause d'exception n'est pas une exception à la règle de conflit, mais plutôt un aménagement destiné à mieux l'orienter dans la recherche de son objectif à savoir soumettre le rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il entretient le lien le plus fort. Cette solution ne remettrait pas en cause la dimension neutre de la règle de conflit c'est-à-dire son indifférence au droit matériel.

Elle présente des atouts sûrs par rapport à l'ordre public de proximité dans la recherche d'une localisation objective du rapport de droit. Son mérite le plus significatif réside dans une conception large de la proximité. Le juge a une grande latitude pour rechercher la loi la plus proche, il n'est, en réalité, pas limité par un critère précis comme la nationalité ou le domicile⁶⁰¹. De ce point de vue e, le principal problème de l'ordre public de proximité est qu'il peut manquer parfois à ses objectifs de proximité en raison de l'élection des critères du domicile et de la nationalité comme seuls référence de la proximité. Pour illustrer cela, prenons quelques exemples. Un enfant domicilié en France de parents algériens domiciliés en Algérie, une action en recherche de paternité est engagée devant le juge français. Ce dernier soumettra le litige au droit français après avoir mis en œuvre l'ordre public de proximité parce que l'enfant a sa résidence en France. Or, si on appréhende le litige de façon globale sans se focaliser uniquement sur le domicile de l'enfant, il apparaît que la désignation de la France, comme l'État avec qui l'affaire entretient le rapport le plus fort, est contestable. La rigidité de l'ordre public est aussi patente si ce même enfant résidait dans un autre pays de l'Union européenne, mais que ces parents algériens résidaient en France. L'ordre public s'abstiendrait alors que le litige est ancré dans le même espace culturel que la France⁶⁰². L'adjonction d'une clause d'exception à l'article 311-14 n'altérerait ni le bilatéralisme ni la neutralité de cet article. De surcroît, sur le plan de la répartition de compétences, il y aurait une préservation de l'équilibre entre la loi du *for* et la loi étrangère en même temps qu'elle donnerait au juge la possibilité d'appliquer le droit du *for* en fonction du degré d'intégration des étrangers dans la société française.

⁶⁰¹ La nationalité et la résidence habituelle sont deux critères comme tant d'autres que le juge peut utiliser pour rechercher la loi ayant le rapport le plus fort avec le litige. Le principe de proximité serait une « grille de lecture pour interpréter un certain nombre de règles de conflit, mais qui n'a rien d'explicite. Elle s'inspire de l'idée qu'il ne faut pas laisser un État régir des situations sur lesquelles il ne doit normalement pas avoir prise parce qu'elles sont trop éloignées de lui », P. Lagarde, in « vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP*, préc p. 230.

⁶⁰² Il n'est alors pas nécessaire que soit en cause « un national de l'État du *for* ou, une personne résidant habituellement dans cet État ; il suffit que soit concernée une personne qui a la nationalité d'un État ou qui réside habituellement dans un État qui a la même institution que celle à laquelle le *for* reconnaît une valeur fondamentale ». H. Gaudemet-Tallon *RCADI* 2005 art. préc., p. 433.

Toutefois, comme pour la méthode des intérêts, la souplesse inhérente à la clause d'exception est source d'inquiétude en ce que, là aussi, le risque d'insécurité juridique est grand. La clause d'exception est en quelque sorte la version européenne de la notion américaine de « points de contacts ». La notion de lien étroit est en réalité difficile à mettre en œuvre⁶⁰³. Cette crainte est également fondée si on prend en compte l'importance du droit à la certitude du droit⁶⁰⁴. Pour instaurer une dose de certitude dans l'usage de la clause d'exception, un auteur propose d'avoir recours aux principes généraux du droit⁶⁰⁵.

B- L'abandon de la règle de conflit classique

Le recours à l'ordre public est le signe révélateur d'une inadaptation de la règle de conflit qui a en quelque sorte failli à sa mission de désigner l'ordre juridique adéquat puisque la loi normalement compétente se trouve remplacée par celle du *for*. Cette inaptitude de la règle de conflit traduit l'incapacité du modèle savignien à fonctionner dans le contexte actuel de mondialisation. Le fond du problème est l'impossibilité de trancher de manière décisive entre nationalité et domicile. Cette difficulté amène à la recherche de nouveaux procédés de rattachement plus pragmatique⁶⁰⁶. Or, plutôt que jouer sur les paramètres d'intervention de l'ordre public, comme l'a fait la jurisprudence en consacrant le principe de proximité, ne serait-il pas correct d'adopter directement une règle matérielle ? L'adoption d'une règle matérielle aurait pour avantage l'économie d'un vain et difficile raisonnement conflictuel qui se solde par la compétence de la loi française. A cette fin il pourrait être proposé l'adoption de la méthode des intérêts (1), mais cette dernière présente certains inconvénients qui pourraient justifier son abandon au profit d'une règle à finalité matérielle (2).

1- L'adoption de la méthode des intérêts

Traditionnellement, il est attribué à la règle de conflit bilatéral le mérite d'être moins nationaliste que les autres méthodes du règlement de conflit des lois. Or, la règle bilatérale ne respecterait les intérêts des États étrangers dans l'application de la *lex fori* que dans les cas où ces intérêts

⁶⁰³ F. Boulanger, *Droit civil de la famille, tome I- Aspects comparatifs et internationaux*, op. cit., p. 99

⁶⁰⁴ W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », art. préc., p. 668.

⁶⁰⁵ Pour H. Muir Watt, « Il pourrait être utile, au vu des caractéristiques contemporaines des règles conventionnelles de conflit, de reconnaître l'existence de principes généraux régissant la mise en œuvre des clauses d'exception ou la concrétisation du rattachement par les « liens le plus étroit », H. Muir. Watt, Les principes généraux en droit international privé, *Clunet* 1997, p. 410.

⁶⁰⁶ F. Boulanger, *Droit civil de la famille, T I-aspects comparatifs et internationaux*, op. cit., p. 135.

coïncident avec ceux du *for*⁶⁰⁷. L'ordre public n'a d'autre fonction que de corriger la règle bilatérale quand elle manque aux objectifs du *for*. On peut aussi adresser à la méthode traditionnelle de règlement de conflit, son indifférence à la position des États étrangers lorsqu'ils veulent que leurs normes impératives continuent de régir leurs ressortissants y compris en pays étrangers. Il est possible aussi que la règle bilatérale donne compétence à la législation d'un État étranger alors qu'il n'a pas intérêt à ce que sa loi régisse la situation. Enfin, la règle bilatérale ne prend pas en compte l'intérêt des personnes concernées, quand bien même ces dernières méritent protection⁶⁰⁸. Pour corriger cette faiblesse de la règle bilatérale, certains auteurs proposent d'orienter le droit international privé vers une approche finaliste du droit. A cette fin, ils proposent de sortir de la logique formelle des méthodes classiques pour prendre en compte la finalité des règles des États en présence⁶⁰⁹. En d'autres termes, le droit applicable serait celui qui présenterait l'intérêt d'application le plus fort, compte tenu des finalités et des intérêts recherchés par la règle de conflit. La prise en compte des intérêts des États dans la mise en œuvre de la règle de conflit est primordiale et permettrait de sortir du dilemme que constitue le respect de la loi étrangère et la sauvegarde de certains impératifs du *for*. On se demandera dans un conflit donné quel sera l'intérêt respectif des États à l'application de leur loi. Le recours à cette méthode est possible en matière d'établissement de filiation. La recherche portera non pas sur la loi ayant les liens le plus étroits, mais sur l'intérêt des États dans l'application de leur propre loi. Il faut donc procéder à une évaluation de ces intérêts pour un règlement optimal des conflits des lois. Dans la plupart des États musulmans, l'enfant naturel est un phénomène de plus en plus fréquent face auquel ces états sont démunis. Il a été démontré précédemment, l'option difficile entre les respects des traditions prohibitives de filiation et la nécessité d'insérer l'enfant dans une famille⁶¹⁰. La volonté de ces États et, par conséquent leurs intérêts semblent pencher en faveur de la seconde branche de l'alternative. A titre d'exemple, le droit libanais joue sur l'échappatoire que constitue le multiculturalisme en enlevant aux tribunaux communautaires la compétence en matière de filiation naturelle⁶¹¹.

Le déclenchement de l'ordre public de non-proximité contre une loi prohibitive finit par appliquer, de façon paradoxale, une loi contraignante qui ne correspond pas à la réelle volonté de l'État l'ayant

⁶⁰⁷ A. Bucher fait remarquer à ce propos que « *le raisonnement bilatéral est nécessairement boiteux dès qu'il prend pour point de départ la position de l'État du for face au domaine d'application de son propre droit* », vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes, art. préc., p. 219. Adde F. Cadet, *L'ordre public en droit international*, op. cit., n° 315.

⁶⁰⁸ D. Mayer explique qu'« *à mesure que l'on a pris conscience des liens étroits existants entre le droit des personnes et la vie quotidienne, le droit de rapport de famille est apparu comme un droit concret et individualisé, dont la solution pourrait varier en fonction des cas* », D. Mayer art. art. préc., p 469.

⁶⁰⁹ Cette méthode est connue aux États-Unis, H. Muir Watt la présente ainsi : « *le legs du réalisme au États-Unis a été d'imprimer au discours juridique américain deux orientations, que n'emprunte pas le droit français. Il s'agit d'abord du développement considérable du raisonnement de type « conséquentialiste », en ce sens qu'une solution sera jugée bonne ou mauvaise non pas exclusivement par rapport à sa conformité à une norme abstraite ou son rattachement à un précédent, mais en fonction de ses conséquences économiques et sociales* ». H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*. 2000, p. 512.

⁶¹⁰ Voir supra, titre précédent chapitre 1.

⁶¹¹ Article 12 de la loi libanaise du 7 décembre 1951, relative à l'état civil, attribue aux juridictions civiles, la compétence en matière de contestations provoquées par l'inscription de déclarations (mariage, filiation, divorce).

édictee. De fait, la jurisprudence du 10 février 1993 en n'écartant pas totalement les lois prohibitives se fait l'écho de ces traditions prohibitives.

Le remplacement de l'ordre public par la méthode des intérêts correspond à l'intérêt de l'enfant puisqu'il échappera à la loi prohibitive pour avoir accès à la filiation de son père. Après consultation des lois en présence, il est normal que l'on ait choisie la loi qui offre le meilleur résultat. Cette façon de procéder est typiquement américaine. Une illustration est fournie par la célèbre affaire Babcock⁶¹², dans une affaire d'accident de la circulation. La Cour suprême de l'État de New York avait écarté la loi canadienne normalement applicable en tant que *lex loci delicti*. Elle lui substitua la loi de l'État de New York au motif que seul le lieu du délit rattachait la situation au Canada et que seule la loi new-yorkaise permettait une indemnisation des victimes, objectif primordial que n'assurait pas la loi canadienne. Non seulement l'intérêt de l'État new-yorkais était caractérisé, mais aussi celui des parties.

Le dépassement de la mécanicité de l'ordre public est primordial ici dans la mesure où l'intérêt supérieur du droit, désigné par la règle de conflit ou applicable directement justifie une application entière et sans restriction de cette méthode. Il conviendra de ne plus faire de distinction entre la règle bilatérale de conflit, d'un côté, et le régime des règles matérielles ou à finalité matérielle, de l'autre. Il faut en quelque sorte réunir au lieu de séparer les deux ordres⁶¹³. De surcroît, la méthode des intérêts se caractérise par une grande capacité d'adaptation aux litiges particuliers. C'est sa grande qualité, mais aussi son grand défaut, car elle risque de générer une grande insécurité juridique

La critique, généralement adressée à la méthode des intérêts met l'accent principalement sur le risque d'insécurité juridique. Dans un litige portant sur la filiation ou sur un quelconque autre domaine touchant l'enfant, la question de l'évaluation de l'intérêt de celui-ci se posera et, comme à l'accoutumée, nul n'osera donner un contenu certain à cette notion. Une généralisation de cette méthode susciterait beaucoup plus de difficultés qu'elle n'en résoudrait. Une première étape de cette méthode consisterait à identifier d'abord l'intérêt des États. Cette première étape est difficilement franchissable dans la mesure où les règles du *for* et les règles étrangères recouvrent souvent des intérêts divers, entremêlés, parfois opposés. Ainsi, comment serait-il possible de concilier le système musulman de filiation soucieux de l'intérêt du groupe avec le modèle français centré sur l'intérêt de l'enfant. S'agissant de l'intérêt des États, tous ont intérêt à la préservation de leur modèle familial. D'ailleurs, il serait difficile de prévoir le résultat de l'évaluation, ce qui est contraire à l'intérêt des parties à une bonne prévisibilité du droit⁶¹⁴.

⁶¹² Cour suprême de New-York, Babcock v. Jackson. 9 mai 1963, *Rev. crit. DIP* 1964, p. 284, note Castel.

⁶¹³ A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts... », art. préc., p. 231.

⁶¹⁴ W. Wengler « L'évolution moderne de du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990, p. 657.

La difficulté s'intensifiera encore au moment de la comparaison des différents intérêts en cause pour choisir celui qui présente le titre d'application le plus fort. Cette deuxième étape est extrêmement subjective, en ce que dans de nombreux domaines les intérêts sont d'importances équivalentes et il s'avère difficile d'en faire prévaloir un sur les autres⁶¹⁵.

L'appréciation des intérêts par la juge ne se fera pas sans une certaine subjectivité qui contribuera indéniablement à fausser le système. En effet, le juge, humain avant tout, manifestera de façon consciente ou inconsciente une propension à favoriser les intérêts de son ordre juridique lors de l'évaluation des intérêts en cause. Imprégné de sa culture juridique, engagé dans un contexte moral, social et politique propre à son État, il décidera que les intérêts défendus par la *lex fori* présentent un intérêt d'application supérieur aux lois étrangères. Cette prévision est quasi-certaine en observant la fréquence de l'intervention de l'ordre public. Alors même que le caractère exceptionnel de l'ordre public impose son utilisation parcimonieuse lorsque le droit étranger est manifestement contraire aux principes fondamentaux du *for*, le juge a naturellement tendance à les faire prévaloir plus souvent que de raison. Il est donc illusoire de penser que le juge mettra sur le même pied d'égalité les intérêts du *for* et ceux des ordres juridiques étrangers.

2- L'adoption d'une règle à finalité matérielle

Le rattachement de la filiation hors mariage à la loi nationale de la mère, au jour de la naissance de l'enfant, a généré des impasses lorsque le père et l'enfant étaient français ou résidaient habituellement en France. Dans ce cas, il suffisait que la loi étrangère prohibe l'établissement du lien de filiation pour que l'enfant français ou résidant en France soit privé de père. Pour corriger ce facteur de rattachement inapproprié, la Cour de cassation a eu recours à l'ordre public de proximité. Ainsi que nous l'avons vu, le fond du problème est que l'établissement de la filiation contentieuse est régi par cette règle de type savignienne. Or, le système savignienne ne peut servir de fondement au droit international privé contemporain. Traditionnellement la doctrine attribue à la méthode savignienne un détachement complet par rapport au droit matériel. Son souci premier est la localisation du rapport de droit. Autrement dit, elle ne réglerait que le problème international en se désintéressant de la résolution du problème juridique substantiel qui relève du droit matériel désigné. S'il est vrai que la règle de conflit *stricto sensu* est indifférente au droit matériel, ce n'est qu'à la condition préalable que l'ordre public ne s'oppose pas à l'application du droit matériel désigné. Dès lors on peut souligner l'incohérence de la règle bilatérale qui refuse l'influence des droits matériels en conflit sur la règle de conflit alors qu'elle subordonne cette même règle à la

⁶¹⁵ A. Bucher explique « ce n'est dès lors qu'une pure affirmation, voir une fiction, de constater dans une matière déterminer que l'un de ces intérêts en présence devrait l'emporter et dégager lui-même la précision nécessaire à la définition d'un rattachement déterminé ». Art. préc., p. 214.

réserve d'ordre public⁶¹⁶. De ce fait, il est pertinent de s'interroger sur l'avantage qu'il y aurait à conserver la règle de conflit en matière d'établissement contentieux de la filiation à partir du moment où son établissement non contentieux a fait l'objet des règles à finalité matérielle. Pourquoi maintenir la règle de conflit bilatéral pour la filiation hors mariage, domaine si sensible où les objectifs du *for* ne doivent souffrir d'aucune forme d'aléa ?

Le passage de la règle bilatérale à une règle matérielle ou à finalité matérielle est parfaitement envisageable. Ce changement est d'autant plus aisé à introduire que la primauté des règles matérielles est déjà largement assurée par la perméabilité des méthodes de l'ordre public et du droit matériel⁶¹⁷. Il peut en effet, être souligné une certaine identité entre règle matérielle et ordre public⁶¹⁸. L'ordre public de proximité a posé la question de la signification de cette modalité d'intervention. Pour reprendre l'interrogation de M. Foyer : « est-ce toujours une exception au jeu de la règle de conflit du *for* ? Est-ce l'apparition d'une nouvelle règle de conflit à caractère unilatéral ? On ne sait »⁶¹⁹.

La ligne de démarcation entre ordre public et règle matérielle est parfois délicate à établir. Ainsi l'arrêt du 10 février 1993 de la Cour de cassation déclare que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont en principe pas contraire à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement quand ces lois ont pour effets de priver un enfant français ou résidant en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi étrangère normalement compétente »⁶²⁰. Il s'agit ici d'une règle d'ordre public qui pose un droit à la filiation, au moins pour les enfants ayant une attache avec le territoire du *for*. Cette règle aurait pu s'écrire de la façon suivante « l'enfant a le droit d'établir sa filiation lorsqu'il est français ou réside en France ». Il apparaît clairement que l'adoption d'une règle matérielle peut constituer un substitut à la mise en œuvre de l'ordre public de proximité. De ce constat d'identité peut être tirée la conséquence suivante : qu'on ait recours à l'ordre public ou à une quelque autre règle matérielle, le résultat récolté *in fine* est pratiquement le même, ce qui est la preuve tangible que ces méthodes poursuivent un même objectif. La différence entre règle matérielle et ordre public n'est que temporelle ; la finalité est la même.

⁶¹⁶ A. Bucher, « *Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexion à la lumière des codifications récentes* ». TCFDIP 1994-1995. p. 216, l'auteur fait remarquer « alors, la belle valeur de la théorie sur la valeur des règles bilatérales de conflit, en réalité, n'a plus qu'une existence toute relative dès lors que la règle de conflit ne peut s'appliquer que si, au départ, on a résolu par la négative la question de savoir s'il existe une règle d'ordre public ou d'application nécessaire du *for* qui veut s'appliquer ».

⁶¹⁷ F. Cadet, *L'ordre public en droit international*, op. cit. n° 294.

⁶¹⁸ H. Gaudemet-Tallon, « *L'utilisation des règles de conflits à caractère substantiel dans les conventions internationales* ». In « *L'internalisation du droit* », mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, Dalloz 1994, p. 186.

⁶¹⁹ J. Foyer, « *Remarques sur l'évolution de l'ordre public international depuis la thèse de P. Lagarde* », Mélanges en l'honneur de P. Lagarde p. 298, Adde, A. Bucher « *L'ordre public et le but social des loi* », RCADI 1993, T. 239, p. 68, sur le manque de cohérence de la doctrine classique dans son affirmation de l'indépendance des règles de conflits vis-à-vis de la teneur du droit matériel.

⁶²⁰ Cass, 1^{re} civ., 10 février 1993 arrêt préc.

Le législateur de 1972 n'a pas fait le choix d'une réglementation matérielle pour l'établissement forcé de la filiation alors qu'il s'agit d'un domaine où l'intérêt de l'enfant est suffisamment caractérisé pour que la règle de conflit perde sa neutralité. L'approche matérielle a été limitée à l'hypothèse de l'établissement volontaire. Or, la faveur à l'établissement de la filiation ne peut plus seulement être limitée aux hypothèses dans lesquelles elle présente une dimension volontaire ou s'analyse comme une consécration de l'apparence d'un état. La perception de l'intérêt de la famille a changé, les droits de ses membres ne sont plus envisagés par rapport au groupe, il faut aujourd'hui raisonner en termes de droits subjectifs. Le premier intéressé par la filiation est l'enfant, d'où la nécessité d'un droit de la filiation tourné vers l'enfant. Ce changement de perspective peut être déduit non seulement des différents engagements internationaux ratifiés par la France, mais encore de l'évolution du droit interne.

D'ailleurs, l'édiction d'une règle à coloration matérielle pour l'établissement forcé de la filiation aurait pour avantage la limitation du jeu de l'ordre public qui verrait ses exigences coulées dans le présupposé de la règle. Cette approche substantielle éviterait le jugement de valeur inhérent à l'ordre public qui n'est que la version moderne du statut odieux théorisé par Bartole⁶²¹. L'ordre public de proximité, tel qu'il avait été consacré par l'arrêt du 10 février 1993, se verrait ainsi évincé par ce rattachement à caractère substantiel comme la règle de conflit de l'article 311-18 du Code civil⁶²² avait suppléé le recours à la jurisprudence qui écartait la loi étrangère ne fournissant pas le minimum alimentaire.

Pour mettre fin au recours fréquent à l'ordre public contre les lois prohibitives de filiation, il faut envisager une réforme qui permette à l'enfant naturel de statut personnel musulman d'accéder à sa filiation. A vrai dire, plusieurs suggestions de réformes ont été proposées. Certaines propositions se situent à mi-chemin entre la recherche d'un résultat substantiel et le souci de promouvoir une localisation concrète des rapports de famille. Ces propositions s'inspirent de l'article 20 de la loi fédérale allemande du 25 juillet 1986 qui dispose « *la filiation d'un enfant naturel est régie par la loi de l'État dont la mère est ressortissante au moment de la naissance de l'enfant... La paternité peut aussi être établie selon la loi de l'État dont le père est ressortissant au moment de la naissance ou selon la loi de la résidence habituelle de l'enfant* »⁶²³. En s'appuyant sur cet exemple, on pourrait envisager un article 311-17 bis disposant que « *l'établissement judiciaire de la paternité est régi par la loi personnelle du père ou de la mère au moment de la naissance de l'enfant ou par la loi de la résidence habituelle de l'enfant* ». Il s'agit là d'une règle à finalité matérielle qui s'inscrit dans l'idée de faveur qui correspond aux objectifs contemporains du droit français de la filiation. La loi nationale du père et celle de la mère sont mises en concurrence, celle de deux qui fournira le

⁶²¹ Bartole distinguait au XIV^e siècle, les statuts qui disposent relativement aux personnes et s'adressent à elles où qu'elles soient, les statuts qui disposent relativement aux choses, territoriaux par essence, et les statuts odieux auxquels le juge ne saurait conférer aucune valeur. Voir P. Mayer et V. Heuzé, *droit international privé*, éd Montchrestien, Domat droit privé, p. 46.

⁶²² Le protocole de La Haye aujourd'hui puisque cet article a été abrogé.

⁶²³ Cité par M. Farge, « *Le statut familial des étrangers...* », thèse préc. p 193.

résultat attendu l'emportera sur l'autre. De plus, même si la loi commune des parents est prohibitive, la loi du milieu d'accueil l'emportera *in fine*. Ce rattachement est en réalité centré sur la personne de l'enfant. Et correspond de ce fait à une proposition doctrinale⁶²⁴ qui prônait un retour à un centrage de la règle de conflit sur la personne de l'enfant.

Néanmoins, l'inconvénient d'une telle suggestion est de maintenir une distinction de régime juridique selon que l'établissement de la filiation est volontaire ou forcé. Ce double régime est regrettable au nom de l'idéal de simplification du droit souhaitée en la matière. On pourrait aussi lui reprocher de favoriser la loi française. Cette remarque est particulièrement vraie, néanmoins, il suffit d'observer que la France est un pays d'immigration et appliquer une loi étrangère à une question d'état de personne pour des enfants censés devenir français un jour renferme des difficultés certaines. L'intérêt de l'enfant ne commande pas à ce qu'il soit poursuivi par une loi prohibitive même après qu'il ait rompu tout lien avec son milieu d'origine. En ce sens, l'application des normes dont le but avoué ou caché est l'application du droit interne français dont l'idée maîtresse est de permettre à chacun d'accéder à son vrai rapport de filiation, constitue une politique de faveur. Cette dernière, sous réserve des techniques utilisées, est identique à la politique de faveur poursuivie par les légistes du droit musulman classique⁶²⁵.

Sur le plan méthodologique, la substitution de l'ordre public par une règle matérielle aura au moins l'avantage de mettre fin à la contradiction qu'il peut y avoir à adopter une règle de conflit bilatérale donnant compétence à un droit étranger et l'éviction de ce dernier au nom de l'ordre public.

⁶²⁴ B. Ancel et Y. Lequette GAJDIP préc p. 165, les auteurs expliquent que « le rapport juridique de la filiation naturelle intéressant au premier chef l'enfant, celui-ci constitue « le centre de gravité de la matière », ce qui selon la méthode classique héritée de Savigny justifiait le choix de sa loi ».

⁶²⁵ Ce thème est largement développé par L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman, op. cit.*, p. 61 et s.

Conclusion du chapitre 2

Le recours fréquent à l'ordre public par la jurisprudence française contre les lois musulmanes prohibitives de la filiation hors mariage s'explique par la nature de l'article 311-14 du Code civil qui est une règle de conflit classique. Le caractère mécanique et neutre de cet article a trahi l'attente de ses défenseurs qui pensaient que sa mise en œuvre permettrait d'étendre l'empire de la loi française. Cet échec vient en grande partie de l'évolution du contexte du droit international privé confronté aujourd'hui à des lois venant des systèmes n'ayant aucune parenté avec l'ordre juridique français. Ces systèmes véhiculent des normes juridiques jugées inadmissibles par le droit français comme l'exclusivité du principe de légitimité dans le droit musulman de la filiation, compris comme discriminatoire à l'égard de l'enfant naturel. De plus, la lutte contre cette discrimination a servi de ligne directrice à toutes les réformes ayant touché le droit familial français. De même, son corollaire le principe d'égalité a été élevé au rang de droit fondamental et, de ce fait, a modifié en profondeur le système français de filiation qui, depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, est devenu unitaire. Cet achèvement de l'égalité a influencé largement l'intervention de l'ordre public. Initialement moins sévère à l'égard des lois d'obédience musulmane en raison de leur contenu restrictif, le contenu de l'ordre public s'est durci à leur égard. Ce durcissement de l'ordre public est induit par le principe d'actualité de l'ordre public qui impose au juge, pour s'assurer de la contrariété de la loi étrangère applicable à l'ordre public, de tenir compte de l'état de la législation du *for* au jour de la décision. Cette sévérité de l'ordre public à l'égard des lois musulmanes va de pair avec un changement de ses modalités d'intervention. L'avènement de l'ordre public de proximité marque la volonté de la jurisprudence française de trouver un équilibre entre la nécessité de faire triompher certains principes fondamentaux et le souci d'un règlement harmonieux des litiges internationaux. En matière de filiation, la Cour de cassation semble privilégier le relativisme culturel dans ses décisions ; la preuve en est qu'elle s'est abstenue de recourir aux droits fondamentaux pour évincer la loi étrangère. Parfois elle admet même la non-contrariété des lois musulmanes en se fondant sur la non-proximité du rapport de droit avec l'ordre juridique français. Toutefois cette tolérance n'est que de façade en raison d'une conception large de la proximité avec le cumul alternatif de la nationalité et de la résidence.

Le recours à l'ordre public soulève beaucoup d'interrogations quant au but poursuivi. A vrai dire la Cour de cassation oscille entre ouverture et nationalisme. Il aurait été préférable que la jurisprudence clarifie l'objectif recherché. Si on veut la soumission des litiges à la loi avec laquelle ils entretiennent le lien le plus fort ; il faut opter pour une clause d'exception avec pour inconvénient le risque d'insécurité juridique. Si l'effet attendu du recours à l'ordre public est de faire triompher le droit substantiel français, le choix d'une règle à finalité matérielle est pertinent.

Conclusion du titre 2

L'étude de l'accueil réservé par le droit international privé français au système musulman de la filiation contredit certains préjugés. Les règles de conflit régissant la filiation sont essentiellement issues de la réforme de 1972 relative à la filiation. A part l'article 311-15, ouvertement nationaliste, les articles 311-14 et, dans une moindre mesure, 311-17 manifestent une approche localisatrice dont l'objectif est de soumettre chaque rapport de droit à la loi avec laquelle il a le lien le plus étroit. L'article 311-14 est une règle de conflit de facture classique et comme telle ne donne aucune préférence au droit français. De ce fait, elle n'est pas, en principe, un obstacle à l'application du droit musulman. Pour la règle à finalité matérielle de l'article 311-17, elle soumet la validité de la reconnaissance au droit musulman lorsque les parties concernées par la reconnaissance de paternité relèvent toutes d'une loi d'obédience musulmane. De ce constat, la conclusion s'impose : en principe, les règles de conflit françaises ne posent pas un obstacle particulier à l'application du droit musulman en France. Toutefois, les règles de conflit françaises relatives à la filiation poursuivent un but social évident qui est la protection de l'intérêt de l'enfant à travers l'établissement de la filiation. Elles ont été largement influencées par le droit interne français marqué par une poussée des idées d'égalité et de faveur à la filiation. De ce fait, le droit musulman, souvent compris en France comme contradictoire avec ces idées, ne pouvait être accueilli favorablement. Cette opposition entre le droit français et le droit musulman est analysée comme l'illustration la plus convaincante du phénomène du conflit de civilisation. L'éloignement du droit français et du droit musulman serait *in fine* le produit des conceptions opposées en matière de filiation. Cette compréhension est à l'origine du recours de l'ordre public dont le rôle principal est d'évincer le contenu choquant de la loi musulmane. D'ailleurs, la confrontation avec le droit musulman a permis à ce mécanisme de s'affiner. On est passé d'un ordre public alimentaire vu comme moins sévère à un ordre public de proximité. L'ordre public de proximité poursuit la finalité d'appliquer le droit français que dans les litiges présentant un lien étroit avec la France. Pour les enfants n'ayant pas un lien de proximité avec la France, ils seront régis par leur loi nationale. Outre l'aspect discriminatoire de cette figure de l'ordre public, son postulat de départ est erroné puisque le droit musulman et le droit français sont animés par le même souci de faveur pour la filiation. Le droit musulman ne connaît pas l'égalité parce qu'il n'a jamais connu, à la différence du droit français, la catégorie d'enfant naturel. Le souci de l'égalité lui a été étranger depuis toujours ; son objectif a été plutôt de rendre légitime le maximum d'enfants. La règle interdisant à l'enfant naturel sa filiation n'est pas appliquée en raison des mécanismes sociaux qui la contrarient.

Pour sortir de l'impasse actuelle deux méthodes sont concevables. Dans un premier temps, l'idéal serait que le juge mobilise les ressources du droit musulman classique pour une bonne réception du droit musulman contemporain. Il y aurait là sans doute un bon moyen d'assurer la coordination entre deux systèmes présentés comme opposés. Toutefois cette réception positive du droit musulman est illusoire dans la mesure où elle demanderait beaucoup au juge français. D'où notre

deuxième proposition qui n'est pas contradictoire avec la première et qui consiste à l'adoption d'une règle à finalité matérielle dont le résultat serait l'établissement de la filiation.

Conclusion de la partie 1

Au moment où le droit français a adopté un système unitaire entre les filiations, le droit musulman perpétue un modèle moniste de filiation liant la filiation au mariage. Malgré le refus d'admettre dans le principe la filiation naturelle, le système musulman est fait pour être libéral puisque le principe de légitimité est conçu de façon large pour embrasser aussi les enfants nés hors mariage. Pendant longtemps, le droit musulman, par la multiplication des fictions (allongement de la durée de la grossesse, système de preuve souple) a cru résoudre le problème de ces enfants en les intégrant dans des situations qui ont l'apparence de la régularité. Les codifications du droit musulman ont altéré l'esprit du droit musulman classique en le purgeant de ses techniques d'intégration. Aujourd'hui, en matière de filiation, les législations contemporaines se caractérisent par une grande rigueur puisque le modèle du droit musulman classique est reconduit sans grand changement. Cette situation de fait contraste avec les réformes de la polygamie et de la répudiation. Alors que dans la relation entre époux, les lignes semblent bouger en raison de la nécessité d'adaptation imposée par l'évolution de la société, le droit de la filiation n'a pas subi de changement notable malgré l'augmentation des naissances hors mariage et les conséquences désastreuses de l'interdiction de la recherche de paternité. Pourtant, la réforme serait plus facile en matière de filiation où les contraintes textuelles sont moins prononcées que pour la polygamie et la répudiation. Cette absence de changement contredit aussi parfois la pratique qui développe un faisceau de moyens pour affilier les enfants naturels avec leur père. Ce décalage entre l'énoncé de la règle et la pratique désoriente toute personne étrangère à la culture musulmane. Les difficultés d'appréhension du droit musulman expliquent sa difficile réception en France. Le droit musulman de la filiation est compris en France comme un système rigide et inégalitaire en raison de l'absence de reconnaissance de l'enfant naturel. En effet, le concept musulman de la filiation légitime rappelle au juge français l'état du droit français avant l'adoption de la loi de 1972 sur la filiation. L'affermissement du principe d'égalité dans le droit français s'oppose à la réception d'un tel système dans l'ordre juridique français. Cette vision du droit musulman a mis le juge français devant un dilemme : l'accueil du droit musulman au nom du relativisme culturel ou son refoulement pour contrariété aux valeurs fondamentales du droit français. Face à cette alternative, il a été trouvé un compromis avec le recours à l'ordre public de proximité qui n'accepte l'éviction du droit musulman que lorsque l'enfant, en cause, a des liens caractérisés avec le territoire français. Dans son principe, l'ordre public de proximité n'est pas critiquable puisqu'il aboutit *in fine* à soumettre chaque individu à la loi avec laquelle il entretient les liens le plus étroits. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que son postulat de départ dans le cadre du droit musulman est erroné puisque la règle interdisant la filiation naturelle n'a pas dans les pays musulmans la portée que lui donne le juge français. Et de ce fait, l'ordre public de proximité peut priver de filiation un enfant qui aurait eu une filiation dans son pays d'origine.

Partie 2- Le principe du lien de sang

Le droit musulman donne une importance exclusive au lien de sang, parmi ses conceptions de la famille il y a l'idée que celle-ci est une œuvre divine. La conception organisationnelle est partie intégrante du droit, et de l'ethnologie religieuse. Les données scripturaires du droit musulman ne sont pas très denses concernant la famille, elles se contentent de donner les directives fondamentales⁶²⁶. Parmi ces directives figure l'interdiction de l'adoption qui n'est pas un simple principe édicté, mais un fondement incontournable de la famille. L'adoption a été privée expressément de beaucoup de ses effets. D'abord, l'assimilation entre enfant légitime et enfant adoptif qu'elle engendre est strictement interdite⁶²⁷. Ensuite, elle ne constitue pas une cause d'empêchement à mariage⁶²⁸. Enfin, les textes interdisent la transmission de nom que l'adoption peut permettre⁶²⁹. La consécration coranique confère à l'interdiction un caractère immuable, c'est pourquoi elle est largement reprise par les législations actuelles d'obédience musulmane. L'écho donné à la prohibition de l'adoption par le droit musulman contemporain interroge le droit français dans le cadre de l'adoption internationale où s'affrontent deux visions de l'adoption. La vision négative du droit musulman s'oppose à une conception positive du droit français. En effet, en droit français l'adoption a connu une évolution notable, elle est passée d'une institution à but successoral à un moyen de donner une famille à un enfant⁶³⁰. Elle est devenue un instrument de bienfaisance pour l'enfance malheureuse et ancrée comme telle dans les mentalités⁶³¹. Elle répond aussi à l'idée contemporaine selon laquelle l'intérêt de l'enfant est la finalité supérieure de toutes les mesures le concernant⁶³². L'évolution législative de l'adoption française favorise cette dernière pour répondre à un esprit de faveur largement partagé dans la société française. Cependant, la rareté des enfants adoptables en France a obligé les candidats à l'adoption à se tourner vers l'étranger dans les années 70 et notamment vers les pays musulmans hostiles à l'adoption. L'hypothèse de l'adoptant français avec un adopté de statut personnel musulman provoque un conflit de lois au sens fort du terme entre la loi musulmane et la loi française. Le législateur français n'a pas cherché à refouler la loi

⁶²⁶ H. Abel Hamid, *La notion de famille dans la pensée musulmane (famille et vie familiale : deux types de langages juridiques)*, in *La famille*, Jacques Bouineau (ss dir.), L'Harmattan, 2006, p. 218.

⁶²⁷ Sourate XXXIII, verset 4.

⁶²⁸ Sourate XXXIII, verset 37.

⁶²⁹ Sourate XXXIII, verset 5.

⁶³⁰ En France, c'est en 1923 que la loi autorise pour la première fois l'adoption des mineurs. Cette loi ne va pas marcher parce qu'elle ne rompt pas les liens avec les familles de naissance. En fait les Français veulent des enfants sans partage. Une loi de 1939 crée ce qu'on appelle la légitimation adoptive avec rupture de la famille d'origine. D'autres lois suivront, leur objectif est de favoriser l'adoption. Ainsi en est-il de la loi du 11 juillet 1966, celle du 22 décembre 1976 et enfin la récente loi du 5 juillet 1996. Ces lois traduisent un réel esprit de faveur pour l'adoption des mineurs sans famille.

⁶³¹ C. Sageot, « Droit d'origine, les enjeux et les leures », in *Droit d'origine, la parole des acteurs*, C. Sageot (ss dir.) L'Harmattan, 1999, p. 19.

⁶³² M. Parquet, *Droit de la famille*, Lexifac Droit, 2007, 2^e éd, p. 166.

musulmane, il lui offre même un accueil favorable malgré sa contrariété avec l'esprit de faveur dont bénéficie l'adoption dans la société française. L'inexistence d'un droit à l'adoption, la conception subsidiaire de l'adoption dans les textes internationaux et des raisons d'ordre diplomatique justifient la position du droit français. La complexité de l'adoption nécessite une compréhension de l'interdiction musulmane de l'adoption (*Titre 1*). Cette compréhension permettra de comprendre la réception favorable dans le droit français (*Titre 2*).

Titre 1- La compréhension de l'interdiction musulmane de l'adoption

Aujourd'hui, les codes de statut personnel des pays musulmans, à l'exception de quelques-uns, interdisent expressément l'adoption. Cette prohibition a son origine dans l'influence décisive du droit musulman classique dans ces législations. L'aspect de l'adoption le plus irritant pour le droit musulman est la création d'un lien filial par la volonté de l'homme. Pour le droit musulman classique, la filiation est de l'ordre du sacré, elle est une œuvre de Dieu que l'homme ne saurait mimer. Au-delà de la religion, cette prohibition doit se comprendre comme un fait de société en accord avec un modèle normatif de la famille⁶³³. Le mot *nasab* (filiation) renvoie en réalité à « l'origine ou la provenance »⁶³⁴.

L'accent est mis sur la famille paternelle et sur la généalogie. Le *nasab* constitue et délimite les groupes de parenté, mettant en œuvre des catégories généalogiques de père en fils. Ce groupe est fondé exclusivement sur l'institution du mariage dans laquelle se noue le lien de filiation. En somme, la famille musulmane pourrait se définir comme entité issue de l'union légale d'un homme et d'une femme dans le cadre de laquelle naissent des enfants, préférentiellement de sexe masculin, qui assurent la continuité du patrilignage. Les liens de consanguinité, d'abord biologique, constituent le socle sur lequel se tissent des liens socialement reconnus entre les membres du groupe et la communauté de référence.

On comprend dès lors que la composition du groupe de parenté échappe totalement à la maîtrise de l'homme. L'adoption qui est une parenté artificielle s'oppose à ce modèle de famille fondée sur la vérité du lien de sang. Elle est vue comme une subversion qui menace le concept de famille et en particulier le principe du sang dans le droit de la filiation.

Cette conception de la famille est défendue par les codes de la famille des législations affiliées au droit musulman classique qui, sauf quelques exceptions, interdisent l'adoption. Le refus de l'adoption est un principe quasi unanime si l'on excepte la Tunisie qui a osé innover sa législation sur ce point en introduisant l'adoption⁶³⁵. La légalisation de l'adoption en Tunisie témoigne cependant d'une volonté de privilégier des valeurs et des intérêts autres dans la prise en compte de nouvelles réalités sociales. Néanmoins, cette innovation s'appuie sur des arguments juridiques tirés d'une interprétation du droit musulman mettant en avant une conception instrumentale de la loi religieuse. L'adoption en droit tunisien constitue un moyen de prendre en charge des enfants dénués de famille. L'exception tunisienne montre très bien qu'il existe une controverse sur la prohibition de

⁶³³ E. Barraud, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *L'année du Maghreb*, 2008, p. 461.

⁶³⁴ Dictionnaire arabe/français, Larousse n° 4198.

⁶³⁵ L. Prévost, « L'intégration familiale de l'enfant sans famille en Algérie et en Tunisie : kafala ou adoption », *Studi arabo-islamici del PISAI*, n°8, 1996, p. 155.

l'adoption (*Chapitre 1*). La prohibition de l'adoption pose la question de la prise en charge de l'enfance en difficulté. Un substitutif a été trouvé par le biais de la *kafala* (*Chapitre 2*).

Chapitre 1- La controverse sur la prohibition de l'adoption

Le refus de l'adoption est l'expression d'une rupture avec un modèle de famille connu à la période préislamique. En période préislamique, la parenté élective tenait une place importante dans les stratégies de composition familiale. L'adoption telle qu'on la connaît aujourd'hui était ancrée dans la culture arabe de cette époque. En complémentarité avec le lait, l'adoption par le sang prenait une forme aboutie et s'entendait comme une véritable reconnaissance sociale⁶³⁶. Il s'agissait bel et bien d'un moyen de créer artificiellement une descendance pour se dérober au péril que présage un défaut d'héritier. Le prophète de l'Islam lui-même avait usé de cette formule avant la révélation en adoptant un fils du nom de Zayd⁶³⁷. Mais au VII^e siècle, la société arabe change, et sous l'impulsion de nouvelles règles, l'organisation de la famille est modifiée en profondeur⁶³⁸.

L'interdiction de l'adoption prend sa source dans le Coran qui ordonne aux croyants de préserver l'identité de l'enfant par souci d'équité⁶³⁹. Ce faisant, il légitime à tout jamais une conception exclusivement biologique de la filiation⁶⁴⁰. Les orientalistes européens ont beaucoup discuté de la prohibition de l'adoption en droit musulman. Selon certains, l'institution aurait continué à exister en tant que source de filiation, mais elle aurait pris une nouvelle forme. D'autres ont vu une interdiction formelle de l'adoption dans sa fonction de création de lien filial. Ces débats divisent aussi les savants musulmans et ce désaccord se reflète largement dans les législations actuelles. Certains pays comme le Maroc, l'Algérie et bien d'autres ne retiennent que les interprétations les plus restrictives en n'accordant aucune valeur à l'adoption. La Tunisie, l'Indonésie ont choisi la conception opposée en consacrant ouvertement l'institution. Les pays qui l'interdisent adhèrent à la thèse de la prohibition de l'adoption (*Section 1*). Mais aujourd'hui, cette thèse de l'interdiction absolue est contestée (*Section 2*).

⁶³⁶ E. Conte, « Alliances et parenté élective en Arabie ancienne. Éléments d'une problématique », *Revue l'Homme*, 1987, p. 128.

⁶³⁷ Ibn Hicham, *La biographie du prophète Mahomet*, traduit de l'arabe par Wahid Atalallah, Fayard, 2004, p. 192

⁶³⁸ O. Pesle, *L'adoption en droit musulman*, Montégut, Alger, 1919 p. 26.

⁶³⁹ N. Yavari-D'Hellencourt, « L'adoption en droit iranien », in *Adoption et cultures : de la filiation à l'affiliation*, Zerdalia K.S Dahoun (ss dir), L'Harmattan, p. 143. Le Coran, dans la sourate 33 et verset 5 et 6 ordonne : « Dieu n'a pas placé deux cœurs dans la poitrine de l'homme, il n'a pas fait vos enfants adoptifs vos propres enfants, appelez les du nom de leur père, cela est plus équitable auprès de Dieu. Si vous ne connaissez pas leur père, considérez-les comme vos frères en religion. Ils sont des vôtres ». Cette sourate s'adressait au prophète qui avait affranchi un esclave pour ensuite l'adopter. Après la révélation cette sourate, le prophète annula son lien d'adoption avec Zayd et se maria avec la répudiée de son ancien fils adopté. La révélation est venue appuyer ce choix en déclarant : « lorsque Zayd ne la désira plus, nous te donnâmes comme épouse, afin qu'aucun grief ne soit fait aux croyants qui épousent les femmes de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci mettent fin à tout commerce avec elles. L'ordre de Dieu devrait être exécuté ». Sourates 33, verset 37 et 38.

⁶⁴⁰ E. Conte, « Choisir ses parents dans la société arabe. La situation à l'avènement de l'islam », in *Epouser au plus proches. Inceste, prohibitions et stratégies matrimoniales autour de la méditerranée*, P. Bonte (ss dir.), Ehess, Paris, 1994, p. 181.

Section 1- La thèse de la prohibition absolue

Le principe de la prohibition de l'adoption est tiré d'un verset du *Coran* très connu : « *Dieu n'a pas fait que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants* ». Pour les adeptes de la prohibition, ce verset est très clair et condamne toute perspective de création de filiation artificielle. La thèse de l'interdiction pure et simple est développée pour la première fois par les auteurs du droit musulman classique qui la voient en accord avec l'évolution du droit de la famille caractérisée par le retour à l'idée patriarcale. De plus, la prohibition sert une vision de la famille qui fait primer le groupe sur l'individu. L'enfant, s'inscrivant généalogiquement dans une famille, son adoption est en quelque sorte un enlèvement qui lèse fortement sa famille biologique. Enfin, le refus de l'adoption découle d'une morale purement islamique obligeant l'enfant à ne pas se réclamer d'une filiation qui n'est pas la sienne. Linant de Bellefonds trouve une raison historique à cette prohibition. Il établit une corrélation entre le *fiqh* (science juridique musulmane) au 8^e siècle et l'état du droit occidental à la même époque. Il écrit : « *l'adoption est un phénomène propre aux législations primitives, elle fût pratiquement ignorée de l'Europe chrétienne dès l'origine et encore moins au 8^e siècle, au moment où s'élaborait le fiqh* »⁶⁴¹. En droit musulman, l'interdiction a des justifications bien précises (§1) qui expliquent son application (§2).

§1- Les justifications à la thèse de la prohibition

La prohibition posée par le droit musulman est reprise par la législation des pays musulmans. Les textes reconduisent cette interdiction avec une fermeté accrue. Si l'intégration d'un enfant dans une famille étrangère par le sang est possible, l'effet de cette dernière ne restera que factuel, elle n'emportera aucun effet sur le plan juridique⁶⁴². L'enfant n'a droit qu'à un entretien d'ordre alimentaire, éducatif et moral au même titre que les enfants de la famille nourricière. L'adoption étant interdite, il n'y aura ni empêchement à mariage ni droit à l'héritage entre l'enfant et cette famille. L'interdiction de l'adoption fait partie des normes juridiques ayant limité la puissance du patriarcat⁶⁴³. Il a été reproché à l'adoption d'être principalement un moyen permettant au chef de famille d'agrandir son groupe. Avec le droit musulman, c'est le lien du sang qui va gagner en importance en ce que l'on ne saurait y substituer une filiation purement juridique et élective. Cette thèse de l'interdiction répond au souci de protéger l'institution familiale (A) ainsi que la sauvegarde de certaines valeurs propres à l'Islam (B).

⁶⁴¹ L. De Bellefonds, *Traité de droit musulman*, T 3 préc. p. 61.

⁶⁴² S. Papi, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, L'Harmattan, 2009, p. 144.

⁶⁴³ L. Prévost, *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, thèse préc., p. 406, voir aussi L. Milliot, « *Introduction à l'étude du droit musulman* », *op. cit.*, p. 399.

A- La protection de l'institution famille

Comment expliquer cette interdiction formelle de l'adoption qui est pourtant vue comme la manifestation la plus sincère de la générosité humaine ? Pour éclairer cette contradiction, octave Pesle renvoie au caractère unitaire du modèle familial musulman fondé exclusivement sur le mariage. Il montre le danger inhérent à la pratique de l'adoption qui ne dissocie pas l'adopté des descendants légitimes⁶⁴⁴. Le mariage étant l'unique source de filiation, l'admission de l'adoption risque de créer un nouveau fondement pour la famille susceptible de concurrencer le premier. Les fondements de la famille sont les naissances reconnues par le père à l'intérieur du mariage. Or l'adoption permet à la fois de fonder la filiation et d'étendre le champ de la parenté, au détriment parfois des descendants légitimes⁶⁴⁵. A vrai dire, avec l'interdiction de la filiation naturelle et celle dite adoptive, le système musulman de parenté répond au besoin de ne pas faire vaciller le mariage. De fait, l'hostilité est moins prononcée à l'égard de la filiation naturelle en raison des nombreux artifices conçus pour intégrer l'enfant naturel dans son véritable rapport de filiation. Aucune ruse n'est inventée pour contourner l'interdiction de l'adoption dont le bannissement demeure sans appel. Dès lors, la vision musulmane de la filiation légitime à tout jamais une conception exclusivement biologique de la parenté.

Le droit d'origine coranique ne remet pas en cause le droit d'accueillir un enfant sans reconnaissance de paternité, mais affirme la primauté du lien de sang sur le lien affectif⁶⁴⁶. Un privilège est donc donné aux consanguins. L'enjeu de cette règle est explicite, elle vise à protéger les droits successoraux des descendants légitimes. L'originalité du droit musulman est de fonder la vocation successorale uniquement sur la filiation biologique. On peut même dire que c'est à cause du risque de trouble dans le droit des successions que l'adoption a été interdite. Cette affirmation est d'autant plus vraie que les règles musulmanes en matière d'héritage sont d'ordre public. Faire entrer une personne dans la famille par la voie de l'adoption, fait courir le risque de modifier l'ordre de la dévolution successorale⁶⁴⁷. C'est dans cet esprit que l'adoption a été dépouillée de ses effets les plus radicaux. La protection des descendants légitimes est une priorité absolue du droit de la succession.

Outre la menace contre le fondement de la famille, l'adoption risque de porter atteinte au principe d'immutabilité du nom connu en droit musulman. Le système antéislamique autorisait l'adopté à prendre le nom de son adoptant. L'immutabilité du nom a une portée plus large qu'en droit français, elle dépasse le simple nom de famille et s'applique à l'ensemble de la généalogie. La filiation inscrit l'individu dans une lignée généalogique masculine. C'est en citant les prénoms de ses

⁶⁴⁴ O. Pesle, *L'adoption en droit musulman*, thèse préc. p. 39.

⁶⁴⁵ E. Barraud, *Kafala et Migrations*, thèse préc. p. 123.

⁶⁴⁶ Le verset 6 de la sourate 33 dit que : « Les parents naturels ont priorité réciproque sur les croyants ».

⁶⁴⁷ A. Canac, « Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne, marocaine de jurisprudence et législation*, 1959, p. 29.

ascendants mâles jusqu'à un ancêtre commun que toute personne se définit socialement⁶⁴⁸. Le rapport entre les personnes composant cette chaîne généalogique est uniquement un lien biologique. Ce système vise avant tout à préserver une certaine pureté dans la généalogie afin que chacun puisse connaître l'histoire de sa propre famille. Ce caractère fondamental de la généalogie interdit tout acte qui permettrait à l'adopté de rompre ses apparentements et de s'accorder les qualités, les titres et les noms d'ascendants étrangers⁶⁴⁹. Cette interdiction de l'adoption ne connaît aucune brèche et frappe même lorsque la famille biologique de l'enfant demeure inconnue⁶⁵⁰. Au moyen âge, l'Islam connaissait deux types d'enfant sans filiation, les esclaves et les enfants trouvés. Ces enfants ne pouvaient bénéficier d'aucune filiation artificielle, à part leur reconnaissance par des hommes qui se présentaient comme leur père biologique. Bien que l'Islam ait voulu créer une communauté universelle fondée sur d'autres liens que ceux de la parenté, il a néanmoins laissé subsister de communautés sociales telles que le clan et la tribu, en sorte que les liens du sang ont continué longtemps à l'emporter sur ceux qui découlent de l'appartenance à la communauté musulmane⁶⁵¹. L'importance du lien de sang est une donnée solidement ancrée dans les mentalités. C'est la raison pour laquelle, certains⁶⁵² justifient l'interdiction par le traumatisme de la rupture pour la famille biologique et les difficultés d'ordre pratique suscitées par le greffe d'un corps étranger sur la famille adoptante. Dans un tel contexte social, l'adoption peut constituer un motif de discrédit pour la famille biologique en ce qu'elle s'est séparée d'un de ses membres de même qu'elle fera courir sur l'enfant des rumeurs à propos du caractère mensonger de sa filiation.

B- La sauvegarde de certaines valeurs

Au-delà de la controverse sur l'opportunité de sa légalisation, l'adoption permet de mettre en valeur certains impératifs relatifs au lien de sang, au nom, à l'inceste et à l'héritage. Elle est aussi l'occasion de faire émerger certains concepts utiles à la compréhension des règles relatives à la famille. Comme il a été montré, le droit musulman attache une importance particulière à la vérité du sang dans la filiation. L'acceptation de l'adoption est vue comme une entrave à la vérité biologique, puisque la filiation qu'elle établit est manifestement mensongère. Le milieu religieux ajoute à cet argument celui de l'inceste. L'adoption, à travers la rupture juridique avec la famille biologique

⁶⁴⁸ Y. Bettahar, « La pluriparentalité en terre d'islam : l'exemple contrasté des pays du Maghreb », in *La pluriparentalité*, D. Le Gall et Y. Bettahar (ss dir.), PUF, 2001, p. 52.

⁶⁴⁹ L'interdiction est expresse puisque le prophète lui-même a dit que « *il n'est point d'homme prétendant sciemment de descendre d'un autre que son père, qui ne soit un mécréant aux yeux de Dieu* », G. H. Bousquet, *traduction du Sahih d'El Boukhari*, Coll. Sindbab, Paris, 1968, p. 180.

⁶⁵⁰ La sourate 33 précitée est très explicite, « Si vous ne connaissez pas leur père, considérez-les alors comme vos frères en religion ».

⁶⁵¹ P. Bourdieu, *Sociologie de l'Algérie*, PUF, 2001, p. 99.

⁶⁵² A. Fadel, « L'adoption », *RASJEP*, 1968, vol 4, p. 1139.

qu'elle entraîne, permet le mariage entre frères et sœur. Ces valeurs que sont la vérité biologique (1) et le refus de l'inceste sont les causes de l'interdiction de l'adoption (2).

1- La vérité biologique

Les liens familiaux, fondés en droit musulman sur le sang, ont un caractère immuable auquel la volonté humaine ne saurait déroger. Or, l'adoption viole le principe du lien de sang dans la filiation en autorisant l'introduction d'un étranger dans la famille. Elle lui donne le même droit que les descendants biologiques et contribue au mélange des races : conséquence odieuse réprouvée par Dieu parce qu'elle constitue une atteinte à son œuvre⁶⁵³. La famille, dont le seul fondement légal est le mariage, est une institution divine: « *Celui qui de l'eau a créé l'homme, puis l'institua par l'alliance et la consanguinité* »⁶⁵⁴. L'origine divine de l'institution familiale interdit à la volonté humaine de feindre l'œuvre divine. Un juriste libanais traitant du droit de la famille musulmane justifie la prohibition de l'adoption par l'importance de la vérité biologique en droit musulman. Il écrit que : « *l'Islam oblige chacun à se dire le fils de celui dont il est issu. C'est pourquoi je ne vois pas l'utilité de décrire les règles juridiques concernant l'enfant adoptif, puisque le Coran a purement et simplement abrogé l'adoption* »⁶⁵⁵.

Les auteurs contemporains du droit musulman refusent toujours l'adoption en se fondant justement sur l'argument du mensonge sur le lien du sang. Pour eux⁶⁵⁶, la filiation adoptive n'a pour fondement que de simples paroles, et celles-ci ne changent rien à la vérité ni à la réalité. Les paroles ne rendent pas l'étranger un proche parent de la même manière que l'enfant adoptif ne peut pas devenir un enfant par le sang. L'intention d'adopter ne fait pas couler le sang de celui qui adopte dans les veines de l'enfant adoptif. L'adoption est inapte à créer un sentiment d'affection, similaire à celui découlant de la parenté biologique, dans le cœur de l'adoptant. De plus, il est dit que si l'adoptant peut transmettre son patrimoine, il demeure une chose dont l'adopté ne pourra jamais hériter de la famille adoptive à savoir les caractéristiques vertueuses, les traits physiques et psychiques. Cette caution apportée à l'interdiction de l'adoption est sévèrement critiquée par les partisans du droit à l'adoption. D'abord, rien ne préjuge que l'affection de l'adoptant ne sera pas identique à l'amour de vrais parents. Sur ce point, les partisans de l'adoption s'appuient sur le fait que l'adoption est un mode de création du lien de famille semblable au mariage et à la reconnaissance de paternité. Les milliers de familles constituées sur ce fondement en sont la preuve tangible. Ensuite, le caractère absolu du lien de sang défavorise le couple stérile en le privant de

⁶⁵³ O. Pesle, *L'adoption en droit musulman*, thèse préc. p. 39.

⁶⁵⁴ Verset 54 de la sourate 25 du Coran.

⁶⁵⁵ O. A. Farruh, *La famille dans la législation musulmane*, en arabe cité par L. Prévost, thèse préc., p. 402.

⁶⁵⁶ Ces arguments sont développés dans le livre de Youssef al Qardawi, *Le licite et l'illicite de l'islam*, traduit de l'arabe par S. Kecherid, Edition *Al Qalam*, Paris, 1992.

descendance et les enfants sans famille en leur refusant le droit à des parents de substitution. En somme, pour les opposants à la prohibition de l'adoption, l'absolutisme du principe de la vérité biologique est insensible au drame de l'abandon et de l'infécondité⁶⁵⁷. Enfin, ces derniers se demandent en quoi l'attribution d'un nom à un enfant à « la famille inconnue » heurterait l'ordre public en droit musulman.

2- Le risque d'inceste

Les défenseurs de la thèse de l'interdiction comptent l'inceste parmi leurs arguments. Une enquête menée en Algérie montre clairement qu'au sein de la population, c'est la raison principalement invoquée pour expliquer la prohibition de l'adoption⁶⁵⁸. Cette compréhension de la prohibition de l'adoption semble conforme au contexte historique de l'interdiction. Le mariage du prophète avec la divorcée de son ancien fils adoptif⁶⁵⁹ constitue la preuve qu'il n'y a pas d'empêchement à mariage entre des gens ayant seulement un lien affectif. Toutefois, cette explication se trouve largement invalidée par la pratique contemporaine de l'abandon. En effet, si beaucoup s'accordent à justifier l'interdit de l'adoption et la légalisation de la simple prise en charge en recourant à l'évocation de l'inceste, (l'enfant adopté pourrait épouser sa sœur ou sa mère biologique sans le savoir), l'accouchement sous X en Algérie et les expositions d'enfants au Maroc ne prémunissent aucunement de ces risques⁶⁶⁰.

Le droit musulman est très précis sur la question de l'inceste. Il interdit de prendre comme épouse les brus même lorsque le mariage avec le fils est dissous. Cette interdiction ne s'étend pas aux femmes des enfants pris en charge. Alors que dans la coutume antéislamique, le lien d'adoption créant le même effet que la parenté biologique, il était interdit de se marier avec les femmes des enfants adoptifs. On considérait que la nourriture commune entre adoptant et adopté produisait le même sang⁶⁶¹. L'identité de nourriture n'est plus aujourd'hui un motif d'empêchement à mariage, c'est pourquoi deux personnes ayant vécu sous le même toit pendant très longtemps peuvent se marier. Néanmoins, le partage des fluides vitaux comme le lait maternel constitue un motif

⁶⁵⁷ Pour un résumé des objections contre l'inadoptabilité des enfants en droit musulmans voir la thèse de H. Ferkh, « L'unicité de la notion de famille et sa pluralité en droit français », thèse préc., p. 360.

⁶⁵⁸ F. Chabib Zidani, *L'enfant né hors mariage en Algérie*, éd. En. A. P. Alger, 1992, p. 82.

⁶⁵⁹ A la veille de l'islam, le prophète avait affranchi son esclave Zayd et en avait fait son fils adoptif. Cette adoption s'est trouvée par la suite invalidée par l'islam. Le prophète maria sa cousine Zeinab à son ancien fils adoptif. Mais la vie de ce couple n'allait pas bon train. La mésentente conjugale s'aggrava d'autant plus que Zeinab avait une prédilection sentimentale pour le prophète. Après son divorce avec Zayd, Zeinab se maria avec le prophète. En s'appuyant sur cette *sunna*, on peut dire qu'il n'y a pas d'empêchement à mariage entre des personnes étrangères par le sang.

⁶⁶⁰ E. Barraud, *Kafala et Migrations*, thèse préc., p. 117.

⁶⁶¹ F. Héritier, *Les deux sœurs et leur mère*, éd. Odile Jacob, 1994, p. 88.

d'empêchement à mariage. Concrètement, deux enfants de sexe différent ayant bu le même lait maternel ne peuvent pas contracter mariage.

§2- L'application de la thèse de la prohibition

Dans la doctrine des écoles juridiques du moyen âge, l'adoption ne suscite aucun commentaire du fait de la clarté des versets coraniques. La thèse de l'interdiction ne souffre d'aucune atténuation dans la doctrine classique, elle est largement acquise. Ainsi d'une génération à l'autre, ce principe demeure indiscuté dans le monde majoritairement musulman. A la vérité, plusieurs facteurs ont concouru pour que le principe demeure. Le caractère sacré de l'organisation de la famille, entretenu par une mentalité collective imprégnée fortement par les principes religieux, permet de comprendre que l'interdit ne tient que par la religion. Ensuite, un facteur juridique a contribué au maintien pluriséculaire de l'interdiction : la fermeture des portes de l'*ijtihād* (effort intellectuel) au 11^{ème} siècle. Parmi ces facteurs, il est difficile de dire celui qui prime sur les autres⁶⁶². Une chose est sûre, ils ont tous contribué à la situation que nous connaissons aujourd'hui. La thèse de l'interdiction est aujourd'hui majoritairement retenue dans les pays musulmans (A). Néanmoins, dans la pratique, elle n'a cessé de subir des entorses (B).

A- Une thèse majoritaire

A l'exception notoire de la Tunisie qui admit l'adoption dans son droit positif en 1958, les pays du Maghreb s'inscrivent dans l'orthodoxie juridique islamique en adoptant la thèse de la prohibition⁶⁶³. La formule employée dans les dispositions de ces pays reflète le caractère impératif de la prohibition qui sonne comme un martèlement. Ainsi, l'article 46 du code algérien de la famille dispose « l'adoption (*tabanî*) est interdite par la charia et la loi ». La sévérité est également perceptible dans l'article 149 al. 1 de la mudawanna marocaine qui énonce : « l'adoption est nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation légitime ». Le code mauritanien de la famille consacre deux articles à l'interdiction de l'adoption. L'article 69 relatif aux enfants abandonnés, interdit à la personne qui recueille l'enfant tout droit de s'attribuer la paternité de celui-ci à moins que des preuves solides soient apportées⁶⁶⁴. Puis l'article 72 revient sur le principe de l'adoption qui se trouve rejeté catégoriquement.

⁶⁶² R. Herbaut, *L'adoption dans le droit musulman de rites sunnites*, thèse Perpignan 2004, p. 37.

⁶⁶³ S. Papi, *Influence juridique islamique au Maghreb*, op. cit., p.145.

⁶⁶⁴ Voir JurisClasseur droit comparé V° *Mauritanie*.

La prohibition est pour certains intangible, car dans le système juridique musulman le législateur n'a pas la même latitude que son homologue occidentale. La liberté du législateur musulmane est effectivement très circonscrite surtout en matière familiale où la religion lui impose avant tout de sauvegarder le modèle de la famille légitime issu du droit coranique. La codification du droit musulman entreprise dans tous les États a un moment suscité l'espoir des modernistes. Ils y voyaient une aubaine pour l'évolution du droit puisque les principes du droit musulman devenaient ainsi des propositions de loi susceptibles d'être amendées par les parlementaires. Les juges de leur côté retrouveraient une marge de liberté dans l'appréciation du droit musulman et auraient la possibilité d'intégrer dans le droit certaines suggestions doctrinales modernes⁶⁶⁵. Cet espoir s'est très vite évaporé, les codificateurs n'ont pas caché leur volonté de procéder à un retour vers la pureté des textes du droit classique.

La persistance de la prohibition de l'adoption résulte aussi par le peu d'influence de la coutume des peuples musulmans dans l'évolution du droit musulman. La coutume est en effet source de dynamisme pour le droit, c'est un moyen de coïncider les mœurs et le droit. En matière d'adoption, les ouvrages des orientalistes⁶⁶⁶ et anthropologues rapportent qu'elle a toujours subsisté dans la coutume des peuples. Son inaccessibilité à la sphère juridique est due à l'hostilité du droit musulman à l'égard de l'apport coutumier en la matière. Ceci dit la coutume est intégrée dans le droit que lorsqu'elle ne contredit pas un principe express de ce dernier. Pour s'en convaincre, il faut voir que les premiers légistes du droit musulman ont eu recours à la théorie de l'enfant endormi dont le fondement est avant tout coutumier⁶⁶⁷. Le recours à la coutume est très fréquent dans les règles relatives à la dissolution du mariage pour atténuer les dures conséquences de la rupture du mariage à l'égard de la femme. Mais rien de tel n'est admis pour les règles relatives à la filiation et au mariage. Dans ces deux domaines, la coutume est considérée comme ayant un potentiel de subversion susceptible de nuire à l'orientation politique et religieuse du droit musulman.

Face à l'impossibilité de bousculer ce modèle, certains auteurs ont proposé l'idée d'un contournement de l'interdit d'adopter avec des stratagèmes et des arguments puisés dans le droit musulman lui-même⁶⁶⁸. La stratégie est ingénieuse dans le sens où elle est de nature à calmer le courroux des conservateurs qui voient en l'adoption une institution incompatible avec les valeurs musulmanes. De plus, les auteurs du droit musulman ont eu toujours recours à des stratagèmes⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ La plupart des pays ont accompagné la codification par l'intégration des tribunaux communautaires dans la hiérarchie judiciaire.

⁶⁶⁶ G. H. Bousquet, *Le droit musulman par le texte*, T 2, La maison des livres, Alger, 1940, p. 279.

⁶⁶⁷ J. Schacht a démontré qu'à certaines époques la coutume a été un moteur de développement pour le droit et pour les institutions politiques. Parce que selon lui aucun calife n'est parvenu à étendre l'application du droit religieux à tous les groupes de sociétés. J. Schacht, « Ankylose de la loi religieuse », in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'islam : acte du symposium international d'histoire de la civilisation musulmane Bordeaux, 1956*, p. 150.

⁶⁶⁸ H. Vandeveld, « Quelques remarques sur la nature et la fonction du Droit, à propos de l'article 46 du Code algérien de la famille », communication faite au colloque de Oran 23 mai 1986, cité par Reynald Herbaut, thèse préc. p. 41.

⁶⁶⁹ C. Chehata, « L'évolution moderne du droit de la famille en pays d'islam », *Revue des études islamiques*, 1969, p. 105.

pour adapter le droit à l'évolution de la société sans pour autant altérer la substance de l'Islam. Par ailleurs, la théorie de l'enfant endormi n'est pas sans incidence sur l'interdiction de l'adoption. Il a été démontré précédemment que ce stratagème pourrait s'apparenter à une adoption lorsqu'il n'y avait aucun lien biologique entre l'enfant et le père à qui il était affilié⁶⁷⁰. Le principe de la filiation exclusivement biologique est aussi contredit par l'impossibilité de contester une filiation établie dans le cadre du mariage. Le refus de prendre en compte le progrès technique dans le domaine de la recherche de paternité dessert aussi la prohibition de l'adoption⁶⁷¹.

Toutefois, l'idée de contournement de la prohibition avec les outils d'interprétation propre au droit musulman n'a pas encore été concrétisée. Seuls quelques pays comme la Tunisie et l'Indonésie⁶⁷² ont eu le courage de rouvrir la porte de l'effort intellectuel fermée depuis longtemps par peur des innovations qui pourraient en sortir. De plus, la levée de l'interdiction souvent défendue par des auteurs moins radicaux n'a pas d'effet concret du fait de leur absence d'autorité et de crédibilité sur le plan religieux.

B- Les entorses à la thèse de prohibition

Malgré l'interdit, la pratique de l'adoption résiste et persiste. Les nombreuses études menées dans les pays de l'Afrique du Nord le montrent avec exemple à l'appui. Et cela malgré que le système de parenté décrit précédemment impose comme principe essentiel de ne pas rompre la chaîne généalogique. D'ailleurs, l'importance de la fécondité et le caractère éminemment social du désir d'enfant imposent à chaque descendant le devoir de perpétuer la lignée afin d'échapper à l'offense que constitue la stérilité⁶⁷³. Ce qui les oblige à transgresser l'interdiction de l'adoption. En effet, la fécondité est l'une des principales préoccupations des populations soucieuses de perpétuer les lignages, « *la stérilité est vécue comme un drame annonciateur de rejet et de honte, notamment pour la femme (car la stérilité est considérée comme essentiellement féminine)* »⁶⁷⁴. L'infécondité est assurément une catastrophe pouvant marginaliser le couple avant de précipiter sa dislocation⁶⁷⁵. La crainte d'une telle éventualité malheureuse fait que les couples musulmans frappés de stérilité

⁶⁷⁰ Voir *supra*, partie 1, chapitre 2.

⁶⁷¹ Nous avons, en effet, montré que la filiation du droit musulman une fois établie par mariage était insusceptible de désaveu. Les tests génétiques n'ont aucune valeur en droit musulman. Voir *supra*, chapitre 1 de la partie 1.

⁶⁷² Deux des rares pays musulmans à avoir consacré l'adoption dans leur droit positif. Voir S. Pauwels, « L'adoption en Indonésie orientale », in *Enfants et sociétés d'Asie du Sud-est*, J. Koubi et J. Massard-Vincent (ss dir.), L'Harmattan, Paris, 1994 p. 72.

⁶⁷³ E. Barraud, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *Année du Maghreb*, 2008, p. 462. Il faut préciser que cette coutume est contraire à la morale islamique qui voit la stérilité comme une malédiction face à laquelle le musulman doit demeurer patient.

⁶⁷⁴ *Idem*.

⁶⁷⁵ C. Lacoste Dujardin, *Des mères contre les femmes. Maternité et patriarcat au Maghreb*, La découverte, Paris, 1985, p. 94.

ont eu recours continuellement à une diversité de moyens palliatifs dont l'adoption. Pour répondre à l'impératif de fécondité et éviter le regard accusateur de la société, un nombre important de couples n'hésite pas à contourner subtilement l'interdit d'adopter. Les orientalistes rapportent que les pratiques coutumières ont toujours permis de violer sournoisement le principe du droit musulman en matière de filiation élective⁶⁷⁶.

Au Maroc et en Algérie, il existe des coutumes bien connues qui passent outre la prohibition d'adopter. Il y a d'abord la coutume du don intrafamilial. Une famille aux enfants nombreux cède généreusement l'un de ses enfants à une proche parente frappée de stérilité. Toutefois, cette cession informelle se rapproche beaucoup plus du fosterage que de l'adoption pure puisque l'identité de l'enfant demeurera inchangée, il en résultera seulement une forme de pluriparentalité⁶⁷⁷. Le cas le plus topique de la violation du principe de l'inadoptabilité est la fraude à l'état civil. Le processus de la fraude débute par un arrangement entre un couple stérile et une femme tombée enceinte à la suite d'une aventure hors mariage. Après la naissance, l'enfant est remis au couple qui le déclarera à l'état civil sous son nom. Ce phénomène de fraude à l'état civil est de plus fréquent et traduit l'écart subsistant entre les principes du droit musulman et les aspirations d'une frange de ces sociétés. La crainte du regard social ressenti par le couple stérile est à l'origine de cette violation. Il existe donc un lien évident entre, d'une part l'interdiction juridico-sociale de la parenté naturelle qui est une cause d'abandon créant ainsi une catégorie d'enfants propices à l'adoption et d'autre part la pression sociale sur le couple stérile qui pousse à adopter ces mêmes enfants. La prohibition de la filiation naturelle et l'interdiction de la filiation adoptive sont deux normes dont la combinaison est génératrice de complication. La première prive l'enfant d'intégrer sa famille par le sang, la seconde aggrave la conséquence de la première en ce qu'elle interdit à l'enfant sans filiation d'avoir une filiation de substitution.

Cette pratique de la fraude à l'état civil, elle-même présente des inconvénients majeurs dans des pays où tout le monde se côtoie et se connaît. La conception large de la famille est aussi un obstacle : la nouvelle d'une adoption n'est pas toujours réjouissante pour les autres membres de la famille qui n'hésiteront pas à la dénoncer pour des enjeux patrimoniaux.

⁶⁷⁶ J. Chelhod, *Le droit dans la société Bédouine : recherches ethnologiques sur le orf ou droit coutumier des Bédouins*, Paris, 1971, p. 122. Adde, K. Daghestani, *Etudes sociologiques de la famille contemporaine en Syrie*, Paris, 1932, p. 183. G. H. Bousquet, *Précis de droit musulman, op. cit.*, n° 88.

⁶⁷⁷ L. Milliot rapporte que dans les années cinquante l'adoption intrafamiliale existait au Maghreb, il prend comme exemple l'Algérie où la coutume permettait que le frère d'un défunt épouse sa belle sœur et adopte ses neveux, lesquels disposent des mêmes droits que ses enfants. Cette forme d'adoption n'avait aucun effet sur la filiation des enfants, mais permettait de préserver l'union du groupe à travers le sang. L'objectif était, semble-t-il, patrimonial parce qu'on ne voulait pas que les biens composant l'héritage sortent de la famille. L. Milliot, *Introduction à l'étude du droit musulman, op. cit.*, p. 397. Voir aussi, E. Barraud, « *Adoption et kafala...* », thèse préc., p. 462.

Section 2- La contestation de l'interdiction absolue

Il serait peu pertinent de considérer la prohibition comme une pratique coutumière légitimée par le discours religieux. Contrairement à certaines études sociologiques, la religion n'est pas seulement la langue dans laquelle s'énoncent les règles tacites de conduite⁶⁷⁸. Elle est au fondement des règles et des actions des hommes. Si la prohibition de l'adoption n'était qu'une règle élaborée dans un premier temps par la pratique sociale avant d'être cautionnée par les règles religieuses, il serait facile de faire évoluer le droit sur ce point. L'interdit ayant indiscutablement une origine religieuse, la mutation de la règle ne peut venir que d'une interprétation d'ordre religieux. Les versets de l'interdiction n'ont pas été largement commentés dans le passé, car la règle paraissait insusceptible d'exception. L'unanimité des anciens se fissure aujourd'hui par des interprétations contrastées des sourates relatives à la prohibition de l'adoption. La controverse oppose un pôle rigoriste où l'adoption est considérée comme purement et simplement proscrite à un pôle nettement plus nuancé où ces prescriptions se commentent en terme de réglementation⁶⁷⁹. Ceux qui défendent la thèse de l'interdiction se fondent sur des données scripturaires persuasives du moins pour un milieu musulman⁶⁸⁰. Face au caractère très tranché de ce commentaire, le courant moderniste a élaboré une lecture modérée dont la paternité n'en est pas moins attribuée au droit musulman. Cette interprétation souple des textes fondateurs rejette la conception rigide des principes du droit musulman et met l'accent davantage sur leurs potentiels d'adaptabilité aux différents contextes historiques. Par conséquent, l'adoption est vue par ce courant comme une institution seulement réglementée (§1). Cette perception de la position musulmane sur l'adoption justifie l'innovation tunisienne (§2).

§1- L'adoption : une institution seulement réglementée

Pour comprendre au mieux l'interdiction de l'adoption en droit musulman, il faut la replacer dans son contexte historique. Un éclairage sur le système d'adoption dans la société arabe antéislamique est à cet égard nécessaire. Dans ce système, l'adoption n'avait pas de motivation purement humanitaire visant exclusivement l'intérêt de l'enfant⁶⁸¹. Elle répondait beaucoup plus à des

⁶⁷⁸ Certains sociologues considèrent que certaines normes régissant la famille comme la filiation sont le fruit d'une évolution sociale qui s'est imprimée dans le discours religieux. Pour eux, les modifications apportées par le prophète ne seraient qu'une aspiration moderne imposée par son époque. Voir T. Bianquis, *La famille arabe médiévale*, éd. Complexe, Paris, 2005, p. 41 et s. Adde, P. Bourdieu, *Sociologie de l'Algérie*, op. cit., p. 100.

⁶⁷⁹ E. Barraud, « Kafala et Migrations, thèse préc., p. 110.

⁶⁸⁰ Ils se fondent sur des *hadiths* du prophète selon lesquels l'adoption d'un individu dont la filiation est connue est un acte d'apostasie.

⁶⁸¹ A. Canac souligne à ce propos que « *Les mobiles de l'adoption ont changé dans le temps* », Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman, art. préc., p. 30.

stratégies de recomposition familiale dans le but soit d'agrandir la famille soit d'élargir le champ des options matrimoniales⁶⁸². De plus, la filiation élective était complétée par une autre forme d'adoption appelée adoption par le lait. Pratiquée de concert avec l'adoption par le sang, l'adoption par le lait était destinée à fortifier le lien de famille⁶⁸³. Concrètement, lorsqu'un nouveau-né était allaité par une femme autre que sa mère, on considérait que la donneuse de lait était la mère de celui-ci et par conséquent il en résultait une intégration pleine de l'enfant dans la famille de sa mère par le lait. L'avènement de l'Islam condamne l'adoption par le sang et maintient l'adoption par le lait tout en la dotant de certains effets qui rappellent l'adoption par le sang. D'autre part, si l'adoption constituait dans le passé un moyen de se faire un héritier, le *tanzil* est une institution du droit musulman permettant d'instituer une personne comme héritière. Pour ceux qui contestent la prohibition absolue, l'adoption par le lait (A) et le *Tanzil* (B) demeurent deux concepts dont la conjonction donne les mêmes effets que l'adoption.

A- L'adoption par le lait

La parenté par le lait a une grande importance en droit musulman. Elle constitue un mode d'accès à la parenté au même titre que le lien de sang. Dans les législations de différents pays musulmans, elle est prise en compte sous son seul effet de prohibition matrimoniale. Jamais elle n'est envisagée comme une institution d'intégration familiale pour les enfants sans famille. Dans ce domaine, elle est supplantée par la *kafala* ou la tutelle. Or, aux yeux de certains⁶⁸⁴, il s'agirait d'une véritable adoption au sens précis du terme. L'interrogation qui demeure est de savoir pourquoi les premiers légistes musulmans n'ont pas envisagé cette forme de parenté sous le terme d'adoption ? Il semblerait que le statut de l'adopté par le lait n'était pas différencié de celui de l'enfant légitime. Pour étayer cette affirmation, le courant moderniste fait observer que l'abandon d'enfants n'était pas moins fréquent qu'aujourd'hui et que les effets de l'adoption par le lait n'ont pas été envisagés comme ceux d'une simple prise en charge. Cet argument n'est pas dénué d'intérêt, car l'adoption par lait est sur beaucoup de points assimilables à une adoption au sens du droit français (1). Néanmoins sur certains aspects elle demeure une parenté subsidiaire (2).

⁶⁸² En effet, l'adoption est étroitement liée à la gestion matrimoniale en contribuant à élargir la catégorie des femmes épousables. Les ethnologues conçoivent comme un moyen ouvrant la voie à des potentiels de mariage endogamique et agnatique. L'adoption est le début d'un processus, une phase préparatoire à l'établissement futur d'un lien de parenté à travers l'alliance. En clair, l'adopté était destiné à avoir une priorité matrimoniale sur les membres féminins de la famille adoptante.

⁶⁸³ E. Conte, « Entrer dans le sang, perceptions arabes des origines », in P. Bonte, E. Conte, H. Constant, Wedoud Ould Cheikh Abdel, *Al-Ansab, la quête des origines : anthropologie historique de la société tribale arabe*, Paris, éd. La maison des sciences de l'homme, p. 91.

⁶⁸⁴ O. El Kadi, « L'enfant en droit Egyptien », in L. Khaïat et C. Marchal (ss dir.), *L'enfant en droit musulman, op. cit.*, p. 132.

1- Les effets similaires à l'adoption du droit français

Pourquoi parle-t-on d'adoption pour qualifier la relation familiale née entre un enfant et la famille de celle qui l'a allaité ? Parce que les conséquences de ce lien rentrent dans la définition donnée de l'adoption par les sociologues à savoir l'introduction d'un enfant dans une famille avec laquelle il n'entretient aucun lien de consanguinité⁶⁸⁵. Le lien créé par la parenté par le lait a, selon la doctrine du droit musulman, un aspect biologique indéniable qui renforcerait le sentiment d'affection de l'enfant à l'égard de ses parents par le lait. Pour mieux comprendre la profondeur du lien, il suffit de voir les vertus intégratives reconnues au lait maternel. Dans les représentations, la production du lait maternel est déterminée par le sperme de l'homme. Autrement dit, le lait maternel est fabriqué à partir du sperme de l'homme. Par conséquent, un enfant nourri par le sein d'une femme est considéré comme l'enfant du mari de la femme nourricière puisque le lait de cette dernière vient de lui. Le lait est donc pensé comme essentiel pour continuer durablement à la fabrication de l'enfant⁶⁸⁶. Le rôle de l'allaitement dans la genèse du corps de l'enfant semble tenir au fait que le géniteur continue à le « nourrir » de sa substance après sa naissance, par l'intermédiaire du lait maternel⁶⁸⁷.

Le lien consécutif à la parenté par le lait est compris par la doctrine du droit musulman comme un lien biologique. Pour Chatila, le droit musulman considère le fait d'allaiter un enfant comme « *comme une chose semblable au fait de l'avoir porté dans son sein : l'un et l'autre contribuent à le former* »⁶⁸⁸. On peut comprendre que dans le droit musulman, il y a une certaine confusion entre la parenté par le lait et la parenté par le sang comme le montre l'assimilation terminologique du lait et de la chair qui sont désignés par le même vocable⁶⁸⁹. De surcroît, comme le lait a pour origine le sperme, il véhicule certains éléments de l'identité du père qui sont ainsi transmis à l'enfant par l'intermédiaire du lait maternel. Cela implique qu'un enfant étranger par le sang, allaité par une femme mariée hérite certains traits du mari de celle-ci. Et là-dessus, il y a un renseignement précieux sur la conception musulmane de la paternité fondée cumulativement sur la procréation et l'allaitement⁶⁹⁰.

⁶⁸⁵ Le professeur H. Van Loon définit l'adoption comme étant « *la pratique sociale institutionnalisée par laquelle une personne, appartenant par la naissance une famille ou à une parentèle, acquiert des nouveaux parents* », H. Van Loon, « *Adoption internationale et respect de l'enfant* », université de Reims Centre d'études rémois des relations internationales, faculté de droit et des sciences économiques, www.amessi.org. Cité par O. Kadi, art. préc., p. 135.

⁶⁸⁶ Ibn Abî Zayd Qayrawani, *La risâla ou épître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite malékite*, trad. L. Bercher, Alger, 1968, p. 207

⁶⁸⁷ C. Fortier, « Le lait, le sperme, le dos. Et le sang », *Cahiers d'études africaines*, 2001, Vol. 161.

⁶⁸⁸ K. Chatila, *Le mariage chez le musulman en Syrie. Etude de sociologie*, Libr. P. Geuthner, Paris, 1934, p. 209. Dans son étude l'auteur se fonde sur un Hadith disant que le lait est nécessaire au développement de la chair et des os.

⁶⁸⁹ En effet, le terme *lahm* désigne le lait et la chair selon G. H. Bousquet, *L'éthique sexuelle de l'Islam*, Desclée de Brouwer, Paris, 1990, p. 226.

⁶⁹⁰ W.R Smith, « *Kinship and Marriage in Early Arabia* », Cambridge University Press, 1885 p. 150

Sur le plan du régime juridique, le rapprochement de l'adoption par le sang et l'adoption par le lait est palpable surtout au niveau des interdits matrimoniaux. L'adoption par le lait impose à celui qui est allaité le même champ de prohibition matrimoniale que celui qui est adopté pleinement. C'est-à-dire qu'il ne peut épouser non seulement sa nourrice, mais également, la mère, les filles, les sœurs de celle-ci. Cette prohibition s'étend à la parentèle du mari de la nourrice. Sur ce point, il n'y a pas de différence entre le fils biologique et l'enfant allaité. Ce même empêchement à mariage que le fils biologique montre que le degré d'intégration de l'enfant allaité n'est pas différent de celui de l'adopté par le sang, elle est même plus complète eu égard aux mérites que le droit musulman donne au lait maternel⁶⁹¹.

De toute évidence, il s'agit d'une parenté véritable et conçue comme ayant une part biologique. Elle peut être parfaitement institutionnalisée dans les pays musulmans comme réponse à la difficile problématique des enfants trouvés. Pourquoi donc refuser à la pratique de l'allaitement la qualification d'adoption ? Malgré, l'affirmation récurrente de l'interdiction de l'adoption par le droit musulman, il faut bien constater que l'allaitement est ici un moyen d'intégration plus abouti que l'adoption. Par le procédé de l'allaitement, une femme peut intentionnellement décider d'adopter un enfant en remplissant des conditions simples lui déférant cette maternité par le lait⁶⁹². Il faut que l'allaitante ait plus de neuf ans lunaires. Concernant l'enfant, il doit avoir l'âge où la croissance dépend du lait c'est-à-dire moins de deux ans⁶⁹³. L'allaitement offert par la mère adoptive n'empêche pas l'alimentation alternative avec du lait animal ou avec toute autre nourriture. Rien n'empêche la mère par le lait d'arrêter l'allaitement pour nourrir l'enfant avec du lait animal ou artificiel.

Le régime de l'adoption par le lait a été largement facilité par les légistes musulmans. En s'appuyant sur les règles générales du droit musulman, les chaféites et les hanbalites ont réduit à cinq tétées rassasiantes la dose nécessaire à l'établissement de la maternité par le lait⁶⁹⁴. Autrement dit, la dose de cinq tétées est celle nécessaire pour la formation d'un lien biologique entre l'enfant et sa mère par le lait.

⁶⁹¹ Le droit musulman attache une importance juridique à l'allaitement comme mode d'établissement de la parenté. Les données scripturaires sont très explicites. La théorie juridique de l'adoption par le lait est fondée sur le Coran (IV) qui énonce au sujet des empêchements à mariage : « vous sont interdite : (...), vos mères qui vous ont allaités, vos sœurs de lait ». Ce verset du Coran est complété par un hadith du prophète qui déclare : « est interdit par la parenté de lait, ce qui est interdit par la consanguinité », Bukharī, « *L'authentique tradition musulmane* », trad. G. H. Bousquet, *op. cit.*, p. 215.

⁶⁹² O. Kadi, « L'enfant en droit égyptien », art préc., p. 137.

⁶⁹³ Cette condition relative à l'âge de l'enfant est tirée du Coran, « Sa mère l'a porté subissant pour lui peine sur peine : son sevrage a lieu à deux ans ». Sourate 46, versets 15 du Coran.

⁶⁹⁴ De l'esprit du droit musulman se dégage une volonté d'alléger les conditions de la maternité par le lait. Ainsi, les légistes du droit musulman se sont appuyés sur la parole de Aïcha épouse du prophète disant : « Dans le Coran qui se lisait à l'époque du prophète on citait 10 tétées et puis ce nombre a été réduit à cinq tétées ». D'après cette parole, les légistes ont compris que l'idée était de faciliter les conditions de la maternité par le lait.

L'adoption par le lait n'est donc pas très différente de l'adoption connue en occident. Leur noyau est la création d'un lien de famille affectif. L'identité sur l'essentiel des deux institutions a fait qu'une partie de la doctrine musulmane contemporaine s'est élevée contre les différentes réserves, émises par les pays musulmans, à propos des articles 20 et 21 de la convention internationale des droits de l'enfant⁶⁹⁵. Ces réserves sont en réalité inutiles et semblent relever d'une mauvaise lecture des articles 20 et 21. Ces articles prennent en compte la diversité des modes de protections de l'enfance en difficulté dans le monde et ne poussent aucunement les États à consacrer dans leurs législations une adoption à l'occidentale. Au-delà de cette compréhension erronée que traduisent ces réserves, il faut aussi voir qu'elles sous-entendent que le droit musulman n'envisage pas des solutions efficaces pour les enfants abandonnés. Pour un auteur⁶⁹⁶, il n'y a aucun obstacle à classer l'adoption par le lait dans la catégorie d'adoption. Il y voit comme une véritable adoption compatible avec les normes du droit musulman.

2- La nature subsidiaire de la parenté par le lait

L'adoption par le lait ne crée pas un lien de filiation à part entière comme l'adoption. Son principal effet se limite à une interdiction matrimoniale. L'intégration de l'enfant dans la famille nourricière n'est pas totale comme en matière d'adoption. Sur le plan juridique, l'enfant allaité restera dans sa famille biologique. Deux principes expliquent cette affiliation partielle. Le principe d'immutabilité du nom⁶⁹⁷ et celui de la priorité du lien du sang dans les dévolutions successorales.

En premier lieu, le principe de l'immutabilité du nom fait que toute personne ne peut se voir attribuer un autre nom que celui de sa famille biologique. Lorsque les parents par le sang sont légalement connus, l'enfant allaité garde le nom de ces parents biologiques. L'hypothèse de l'absence de père légalement connu a divisé la doctrine, entre partisans d'une conception absolue de l'immutabilité du nom et partisans d'une conception souple. Pour les premiers, le texte fondateur, c'est-à-dire le Coran ordonne à ce que les enfants, même sans père biologique connu, ne soient rattachés nominativement à un autre que leurs vrais pères. Pour les deuxièmes, le contexte actuel, marqué par la nécessité quasi absolue d'avoir un état civil, oblige que l'enfant allaité porte le nom de son père par le lait à défaut de père biologique connu⁶⁹⁸. La dimension biologique de l'adoption

⁶⁹⁵ Prenons le cas de l'Égypte qui a formulé ainsi sa réserve « *attendu que la loi islamique est l'une des principales sources du droit positif égyptien et que tout en considérant qu'il est impératif d'assurer par tous les moyens aux enfants la protection dont ils ont besoin, ladite loi, contrairement à d'autres types de droit positif, ne reconnaît pas l'adoption* ».

⁶⁹⁶ O. Kadi, *L'enfant en droit égyptien*, art préc., p. 134.

⁶⁹⁷ Le Coran lui-même énonce ce principe en même temps qu'il interdit l'adoption par le sang. Il dit « *appelez-le du nom de leur père, c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas le nom de leur père, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés* », Sourate 33 verset 5.

⁶⁹⁸ O. Kadi, *L'enfant en droit égyptien*, art. préc., p. 141.

par le lait faciliterait cette transmission du nom du père biologique dans la mesure où l'enfant allaité n'est pas dans la même situation que celui qui est simplement recueilli. Les partisans de la conception souple du principe de l'immutabilité du nom, se fondent sur le verset suivant : « *appelez-les du nom de leur père, c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés* ». Ce verset qui sert de fondement aussi à la thèse de l'immutabilité absolue est interprété ici de façon large. Le verset parle des pères en général sans faire de distinction. De fait, le mari de l'allaitante est légalement reconnu sous le terme de père par le lait, il faut donc en conclure que, faute de paternité par le sang connu, l'adopté doit porter le nom de son père par le lait. Lorsque le lait provient d'une femme non mariée, le père de celle-ci pourra transmettre son nom à l'adopté par le lait privé de toute autre paternité. Dans le langage coranique, le grand-père est en effet parfois désigné sous le nom de père. Remarquons sur ce point qu'une atténuation de l'immutabilité du nom dans le cas de l'adoption par le lait fera que cette dernière se mue en une véritable adoption à l'Occidentale.

En deuxième lieu, la priorité des parents biologiques dans la dévolution successorale empêche l'adopté par le lait d'être placé au même rang que les véritables enfants de ses parents adoptifs. De la même façon, si l'adopté par le lait venait à décéder, ses parents par le sang ont priorité sur sa famille adoptive. L'héritage en faveur de l'adopté par le lait est subsidiaire en raison du caractère subsidiaire de cette forme de parenté. Une fois que les héritiers par le sang ont reçu leur part, l'adopté par le lait prime toute autre personne dans la quotité disponible qui correspond à un tiers des biens de la succession. De plus, la part des parents par le lait est calculée par analogie avec les règles ordinaires de succession. Le partage des parts entre les bénéficiaires se fera selon les ordres légaux de succession. L'enfant par le lait primera les collatéraux par le lait. Néanmoins, la famille par le lait héritera de l'enfant en cas d'absence en fait ou en droit d'une parenté par le sang ayant juridiquement droit à la succession. De la même manière lorsque les parents existent, mais qu'ils sont frappés d'incapacité, c'est la famille par le lait qui passera en premier⁶⁹⁹.

Lorsque le défunt était un enfant trouvé et n'avait pas d'autre parenté que sa mère par le lait, la succession sera dévolue en totalité à celle-ci et vice versa. Dans cette hypothèse, si le défunt avait sa famille conjugale, sa mère allaitante occupera la même place que la mère biologique.

Dans le cas où l'enfant trouvé a grandi dans la famille par le lait, tous les membres de cette famille seront appelés à lui succéder, même avec sa famille conjugale, car il a été élevé grâce aux ressources de cette famille par le lait⁷⁰⁰.

⁶⁹⁹ Sur ce point on doit tenir compte d'un hadith du prophète consacré à l'héritage de la mère : « La femme acquiert trois héritages, celui de son affranchi, de son enfant trouvé et de son enfant désavoué », Ibn Maja, les *successions* 2732, Termidhi, les *successions*, n° 2040.

⁷⁰⁰ O. Kadi, L'enfant en droit égyptien, art préc., p. 144.

B- Le *tanzil* : une adoption à dimension successorale

La consécration législative du *tanzil* accrédite bien l'idée que l'adoption n'a pas été totalement bannie et qu'elle a tout simplement fait l'objet d'une réglementation. Ce qui est condamné en réalité c'est l'adoption à effet plein. La définition du *tanzil* est malaisée, car la doctrine n'est pas parvenue à se mettre d'accord sur sa véritable nature. Cette divergence doctrinale provient du fait que le *tanzil* a subi les influences sociales au cours de l'histoire. C'est pourquoi des effets très différents lui sont reconnus dans les différents pays. A la fin du 11^e siècle, le *tanzil* est une pratique très connue dans le milieu des praticiens et des hommes d'affaires et autorisée par la doctrine et les juridictions⁷⁰¹. Néanmoins, sa véritable nature fait débat entre l'interprétation la rapprochant du testament et celle qui le considère comme une adoption. Il faut noter que le *tanzil* est né de l'œuvre des juristes musulmans préoccupés de l'adaptation de la loi coranique aux besoins sociaux des différentes époques. Les praticiens devraient répondre à la sollicitation des personnes désireuses d'exprimer leur affection à l'égard d'un enfant biologiquement étranger, mais qui suscitait chez elles le même amour parental que leurs propres enfants. Afin de donner satisfaction à ce désir naturel chez l'homme, ils n'ont pas trouvé mieux que le *tanzil* qui a pour mérite de répondre à ce besoin populaire sans pour autant transgresser l'interdit coranique.

Le *tanzil* rappelle l'adoption testamentaire de l'ancien article 366 du Code civil français de 1804. Ces deux institutions présentent des traits dont la ressemblance est plus que frappante. Elles sont d'abord des adoptions à but exclusivement successoral. Dans les deux cas, l'adoptant, par testament, décide d'instituer héritier quelqu'un qui ne fait pas partie de ses successibles. Ensuite, elles sont destinées à gratifier quelqu'un qui suscite chez l'adoptant un sentiment d'affection corroboré par acte légal. Cet acte étant dans le système musulman la *kafala* car le *tanzil* intervient dans le cadre d'une *kafala*. Pour l'adoption testamentaire du Code civil de 1804, elle était un effet important de la tutelle officieuse⁷⁰². Toutefois, cette adoption n'était permise qu'en prévoyance du cas où le tuteur décéderait pendant la minorité de l'enfant, qui rend impossible l'adoption ordinaire. Enfin dans les deux cas, le testament est révocable.

Au Maroc, il est défini comme une véritable adoption à but successoral destinée à pallier l'interdiction de l'adoption à effet plein. Cette conception est celle qui se dégage nettement de l'article 149 du Code marocain de la famille. Il dispose en effet que « *l'adoption (tabanî) est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime. L'adoption dite de gratification (Jaza) ou testamentaire (Tanzil), par laquelle une personne est placée au rang d'un héritier de premier degré n'établit pas la filiation paternelle et suit les règles du testament (Wassiya)* ». Le régime du *tanzil* suit celui du testament dans la mesure où il faut l'expression de la

⁷⁰¹ Ben Abd El Kader El Fâsi, *Des testaments, tutelles et interdits*, commenté par Sidjilmasi, Fès, éd. Lithographiée de Fès, vol 2, 1921, p. 7.

⁷⁰² A. Marie Demante, *Programme du cours de droit civil fait à l'école de Paris*, Société Typographique Belge, Bruxelles, 1838, p. 185.

volonté du testateur. Néanmoins, il s'en différencie concernant son exécution puisque le bénéficiaire du *tanzil* sera placé au même rang que les héritiers légaux. L'article 315 de la *Moudawana* marocaine donne une définition précise du *tanzil*, il le définit comme « *le fait d'instituer quelqu'un héritier alors qu'il n'en a pas la qualité et de le placer au même rang qu'un héritier* ». Il faut comprendre par là que le bénéficiaire du *tanzil* peut recueillir plus d'un tiers des biens de la succession. Deux indices persuadent qu'il s'agit d'une véritable adoption à but successoral. Premièrement, la teneur de l'acte de *tanzil* qui est rédigé de la façon suivante : « *Louange à Dieu. A la mahakma (tribunal) de ..., par devant le naïb de celle-ci, à savoir le juge, le sieur tel, bâch'adel remplaçant le cadi malade, dans la circonscription de..., et en présence de ses deux assesseurs, ont témoigné : les noms des témoins, demeurant tous à ..., fraction de..., tribu de..., La teneur de leur témoignage est le suivant : ils déclarent qu'ils ont connu de la façon la plus complète, le feu sieur (nom du défunt), demeurant à l'endroit susdit, et que de son vivant, alors qu'il avait sa pleine capacité et sa libre volonté, il a fait témoigner contre sa propre personne, qu'il plaçait telle personne au lieu et place de son fils mort avant lui, pour héritière des immeubles, cheptels, objet de consommation et autres ; cette personne étant : le nom du bénéficiaire* ».

Deuxièmement, le bénéficiaire du *tanzil* profite de la règle du *tafadol*⁷⁰³ qui permet en principe à un héritier de recevoir le double de l'héritière. Cette règle de *tafadol* joue uniquement pour les héritiers légaux, son extension au bénéficiaire du *tanzil* montre que l'assimilation de ce dernier à un héritier légal est totale.

Le droit algérien développe une toute autre conception du *tanzil*, il le voit comme instrument de « représentation successorale »⁷⁰⁴. Il est un moyen pour les enfants d'un fils prédécédé du *de cuius* de venir à la succession au lieu et place de leur père. Aux termes de l'article 169 du code algérien de la famille « *si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation à la succession du de cuius...* » Cette interprétation du *tanzil* est nouvelle, parce que dans le passé, les juridictions algériennes en ont eu une vision typiquement marocaine l'assimilant à une adoption à effet successoral. En effet, un arrêt de la cour d'appel d'Alger en date du 1^{er} mai 1879 valide l'acte de *tanzil* par lequel un homme déclarait adopter et placer au rang de ses enfants mâles, son neveu. La cour déclarait qu'étant donné l'absence de contestation de la part des héritiers légaux, le neveu accédait à ce rang d'héritier⁷⁰⁵. Cette façon d'appréhender le *tanzil* s'explique par la présence des juges français qui, contrairement aux cadis, étaient peu embarrassés par les règles prohibitives du

⁷⁰³ O. Mounir, *Le nouveau droit de la famille au Maroc*, op. cit., p. 172.

⁷⁰⁴ M. Borrmans, « Le nouveau Code de la famille dans l'ensemble des Codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes », *RIDC*, vol. 38 n° 1 janvier- mars 1986, p. 138

⁷⁰⁵ R. Estoublen, *Bulletin judiciaire (jurisprudence algérienne)*, 1881, p. 51 cité par O. Pesle, *L'adoption en droit musulman*, thèse préc., p. 76.

droit musulman classique⁷⁰⁶. Ils préféraient donner effets à la volonté des parties plutôt que de tenir compte des contenus de textes et des observations doctrinales.

§2- L'innovation tunisienne

Au regard du droit islamique, l'adoption tunisienne s'entend comme une exception. Elle crée une filiation élective entre adoptant et adopté qui ont l'un vis-à-vis de l'autre, les droits et les devoirs réciproques de parent et d'enfant légitime. Pourtant, le droit tunisien défend une conception de la famille dont la fondation et le développement ne sont possibles qu'à la condition de découler des liens du sang tissés dans le cadre du mariage⁷⁰⁷. La consécration de la filiation élective par le droit tunisien s'explique par un contexte historique et politique qui lui est particulier. Au lendemain de l'indépendance, l'État tunisien entreprend des réformes résolument modernes qui ont modifié en profondeur les institutions et les règles de base de la société. Par la voie de l'*ijtihad* (effort intellectuel), il a révolutionné le statut de la femme dans la société et sa place dans la famille. La loi sur l'adoption est le fruit de cette politique moderniste et de la volonté d'adapter par la voie du raisonnement les prescriptions religieuses aux exigences sociales de l'époque moderne. Pour l'État tunisien, le respect de la loi religieuse n'est plus une fin en soi, mais un outil de régulation qui doit répondre aux besoins du moment. Si l'adoption a été rendue possible en droit tunisien, c'est justement parce qu'il y a eu un concours des facteurs ayant facilité la transgression de l'interdit du droit musulman (A). Néanmoins, la rupture avec droit musulman n'est pas totale, c'est pourquoi l'adoption tunisienne peut être qualifiée « d'adoption islamique » (B).

A- Les facteurs explicatifs de l'adoption tunisienne

L'introduction de l'adoption dans le droit positif tunisien par la loi du 4 mars 1958, deux ans après l'adoption de son Code de statut personnel, est le fruit d'un grand pragmatisme de l'État tunisien. Saluée par plusieurs auteurs comme révolutionnaire⁷⁰⁸, la loi se donne en réalité pour but de

⁷⁰⁶ Les cadis qui occupaient les juridictions de première instance refusèrent de considérer le *tanzil* autrement que comme un testament. Leur résistance poussa cette même cour d'appel à revoir sa décision. Ce qu'elle fût dans une décision du 19 décembre 1892 (CA d'Alger *revue algérienne, marocaine et tunisienne de la législation* 1893 p. 158). La résistance des cadis a même influencé la Cour de cassation qui refusa d'assimiler le *tanzil* à une adoption dans un arrêt du 20 mars 1906 (*revue algérienne, marocaine et tunisienne de législation*, 1906, p. 348). Toutefois, cette évolution jurisprudentielle a été de courte durée, car la cour d'appel d'Alger est revenue à sa position initiale dans un arrêt de juin 1918 (bulletin des justices de paix de l'Afrique du Nord, mois de juin 1918)

⁷⁰⁷ Emilie Barraud, *Kafala et Migrations*, thèse préc., p. 180.

⁷⁰⁸ L. Bellefonds, *Traité de droit musulman*, op. cit., p. 63 ; M. Borrmans, « *Statut personnel et famille au Maghreb : de 1940 à nos jours* », Mouton, 1977, p. 351.

répondre à une problématique sociale, celle des enfants abandonnés, qui s'est posée avec nettement plus de force que dans les autres pays musulmans. L'apparition de cette précarité infantine (1) et l'existence d'un antécédent coutumier favorable (2) à l'adoption ont favorisé une approche dynamique des textes.

1- L'apparition d'une précarité infantine

La législation sur l'adoption émane surtout d'une prise de conscience de la nécessité d'élaborer une politique de gestion et d'assistance à l'enfant abandonné. En effet, au cours des années 50 la précarité infantile s'est manifestée avec une très grande intensité. L'hiver 1955 est marqué par un froid particulièrement rigoureux. Plusieurs enfants sont trouvés morts dans la rue. Les pouvoirs publics ont pris connaissance de l'ampleur du phénomène. Plusieurs mesures de prise en charge de ces enfants sont adoptées dans l'urgence⁷⁰⁹.

La précarité infantile a en réalité une cause sociale liée directement à la mutation de la famille tunisienne. L'évolution des mœurs est à l'origine de la multiplication des enfants illégitimes qui sont rejetés conformément aux normes sociales en vigueur dans les sociétés musulmanes⁷¹⁰. L'urbanisation a provoqué un détricotage des valeurs traditionnelles qui s'est traduit par un éclatement de la famille patriarcale⁷¹¹. La solidarité inhérente à ce type de famille a subi le contrecoup de ces mutations profondes. L'enfant abandonné a perdu le milieu nourricier qui permettrait autrefois sa prise en charge.

La loi du 4 mars 1958 est profondément marquée par ce contexte particulier pour la Tunisie. Cette loi met en évidence le souci du législateur de trouver le meilleur moyen de prise en charge de l'enfance en détresse. Conscient de la diversité des enfants en difficulté, il a prévu des modes de prise en charge différents pour que le juge puisse choisir pour chaque enfant le mode de protection le plus adéquat. La loi du 4 mars 1958 comporte trois sections, « de la tutelle publique », « de la tutelle officieuse » et de « l'adoption ». La richesse du droit tunisien réside dans cette pluralité des modes de protection destinée à offrir à chaque enfant la protection adaptée à sa situation.

⁷⁰⁹ Parmi ces mesures, il y avait la création des villages pour ces enfants en difficulté et l'adoption du décret du 30 juin 1956 qui résout le problème de financement par la création du « fonds national de l'enfance ». Pour un amplement développement de cette question voir, J. Magnin, « Les enfants de Bourguiba grandissent dans leurs villages », *Revue IBLA*, 1959, p. 73, voir aussi du même auteur dans la même revue, *Au service de l'enfance abandonnée*, IBLA, 1956 p. 387

⁷¹⁰ M. Charfi, « Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité », *RTD*, 1973, p. 11.

⁷¹¹ J. Magnin, « *Au service de l'enfance abandonnée* », *op. cit.*, p. 387 ; A. Bouhdiba, *Criminalité et changements sociaux en Tunisie*, Tunis, 1965, p. 56.

2- L'antécédent coutumier

Bien avant la loi du 4 mars 1958, les islamologues et les sociologues faisaient remarquer combien l'institution de l'adoption était vivante en Tunisie⁷¹². Cependant, elle faisait figure d'institution de fait et non de droit. Cette consécration factuelle de l'adoption était née du conflit entre les textes prohibitifs et le désir d'adopter les enfants sans foyer ou même de proches. Cette contradiction entre les textes et l'aspiration à adopter a donné lieu à une étonnante diversité de pratiques adoptives à laquelle il faut ajouter les fraudes à l'état civil pour donner un semblant de légalité à cette filiation élective.

Avant son indépendance, la Tunisie connaissait plusieurs pratiques adoptives. Les auteurs ont relevé une singulière coutume qui a pour but de marquer l'intention des parents adoptifs de considérer l'enfant comme appartenant désormais à la famille. Dès l'instant de la réception de l'enfant, la mère adoptive, le plus souvent une femme stérile, la dépose sur elle et le fait descendre comme s'il naissait d'elle. Elle signifie par là qu'elle le reconnaît vraiment pour son enfant et qu'elle entend le traiter comme tel et non comme un domestique⁷¹³. Ce rite s'appelait la *Melhafa*, il avait pour but de rendre l'adoption définitive. Dans les régions où ces traditions se pratiquaient, la mère adoptive en accomplissant ce geste rempli de symbole, prononçait une formule de ce genre, « *Je t'ai introduit dans les plis bouffants de ma Melhafa ; que Dieu fasse de toi mon fils légitime* ». Outre cette affiliation dans les symboles, cette adoption coutumière avait besoin d'un support juridique pour assurer l'appartenance définitive de l'enfant à sa famille adoptive. En effet, les parents adoptifs n'étaient pas à l'abri d'une éventuelle revendication des parents biologiques. Il fallait donc que les parents adoptifs s'en prémunissent par des moyens légaux.

Cette coutume n'était pas la seule ruse pour adopter. La pratique inventait souvent des techniques encore plus sophistiquées destinées à dissimuler le plus possible les traces de l'adoption. Les études menées avant l'adoption de la loi tunisienne sur l'adoption, rendent compte d'une étonnante quantité d'expédients légaux ou frauduleux pour garantir l'irrévocabilité de l'adoption⁷¹⁴. Nous nous limiterons à trois exemples.

D'abord, les parents adoptifs avaient la possibilité de déclarer l'enfant à la municipalité sous leur nom. Ce procédé était le plus utilisé quand deux frères se mariaient à deux sœurs et que l'une d'elles donnait naissance à des jumeaux. Au septième jour de la naissance, la mère donnait à sa sœur l'un de deux enfants. L'enfant était inscrit sous le nom de la récipiendaire.

⁷¹² E. de Gaudin de Lagrange, « L'adoption ou une ancienne pratique tunisienne devenue loi », RASJP, 1968 vol. 4, décembre 1968, p. 10.

⁷¹³ G. H. Bousquet et R. P. Demeerseman, « L'adoption dans la famille tunisienne », *Revue africaine*, 1937, p. 129.

⁷¹⁴ *Idem*.

Ensuite, lorsque les enfants de plus d'un mois, le père adoptif demande au Cadi la désignation de deux notaires devant lesquels il amenait deux témoins et deux garants. Les deux témoins affirmeront que l'enfant est bien le sien, qu'il est né tel jour à telle heure dans telle maison et qu'il a tel nom. Les deux garants, quant à eux, auront pour mission de dire que les témoins jouissent d'une bonne moralité. Cette preuve est déférée devant le Cadi qui confirme la filiation de l'enfant et le dossier est envoyé par voie hiérarchique.

Enfin, une ruse consistait aussi à créer un procès afin de provoquer un jugement prouvant de manière indirecte la filiation. Une femme portait plainte contre son mari devant le Cadi, prétendant qu'il négligeait son devoir d'entretien envers elle et son enfant. Le Cadi appelait l'époux, lequel inventait une excuse quelconque tout en reconnaissant la femme et l'enfant. Le Cadi prononçait un jugement obligeant le père à remplir le devoir d'entretien envers sa femme et son enfant considéré comme légitime. Il arrivait aussi que le père adoptif s'entende avec un complice se présentant en homme sincère mu par sa foi pour dénoncer l'absence d'entretien de la part du père adoptif vis-à-vis de l'enfant. Le père feignait de nier sa paternité pour expliquer. Le Cadi chargeait « l'homme sincère » de prouver la filiation par témoignage.

Il est évident que ces différentes stratégies ne peuvent réussir que si elles sont conduites dans le plus grand secret. Ni le Cadi ni toute autre personne intéressée ne doivent avoir le moindre vent de cette adoption, sinon la procédure sera inutile.

A côté de ces procédés illégaux, il existait un autre moyen qui semblait plus légal. Pour garantir l'irrévocabilité de l'adoption pour la nouvelle famille et afin de se prémunir de la famille d'origine, l'adoption pouvait également prendre la forme d'un contrat notarié : « *le père s'engage par acte notarié et devant témoins à renoncer à l'exercice de son droit paternel et à rembourser, au cas où il reviendrait sur sa décision, les frais d'entretien de l'enfant durant le laps de temps écoulé depuis l'adoption* »⁷¹⁵. Mais cet accord entre les deux parties se faisait souvent par la parole. La famille adoptive accordait souvent aux parents naturels de l'enfant une compensation financière destinée à éviter toute remise en cause de l'adoption. Certains auteurs parlent « d'enfants achetés »⁷¹⁶, or il s'agit moins d'une vente que d'une forme de dédommagement consenti aux donneurs ; un moyen de prémunir les adoptants du repentir des géniteurs qui exprimeraient la volonté de récupérer l'enfant⁷¹⁷. La plupart des Tunisiens, les familles citadines même pauvres et les bonnes familles de campagne, s'offusquaient d'un tel marché et n'y consentaient jamais. Mais la crise que traverse le Maghreb depuis les années trente tend toutefois à accentuer le phénomène.

Notons que la transgression du principe de l'inadoptabilité, par les familles tunisiennes, est motivée uniquement par le désir de s'assurer un héritier mâle. C'est pourquoi l'adoption coutumière

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 133.

⁷¹⁶ *Idem.*

⁷¹⁷ E. Barraud, *Kafala et Migration*, thèse préc., p. 324.

concernait beaucoup plus les garçons que les filles. Adopter un héritier, c'est d'une part éviter que la fortune ne soit récupérée par le Trésor public, « *c'est là la grande calamité redoutée par l'opinion courante* », expliquent Bousquet et Demeerseman⁷¹⁸ à propos de la société tunisienne : « que Dieu nous préserve, s'exclame-t-on, s'il meurt, le Trésor s'emparera de ses biens ». L'adoption officielle d'un garçon est aussi le moyen pour certains, dépourvu de descendant et en mauvaise intelligence avec leurs proches, de favoriser l'adopté aux dépens de ce proche et, selon l'expression courante, de « fermer la porte aux héritiers ».

L'accueil dans le droit positif tunisien de l'adoption pourtant prohibée par le droit musulman classique est largement facilité par ces pratiques coutumières. Par la loi du 4 mars 1958, l'État tunisien a voulu résorber l'écart existant entre le droit (les normes) et les aspirations sociales d'une part et visait, d'autre part, à faciliter l'intégration des couples infertiles dans la norme de la fécondité en leur accordant l'adoption.

B- Le caractère islamique de l'adoption tunisienne

La consécration de l'adoption par le droit tunisien est souvent avancée comme l'exemple illustratif de la rupture du droit tunisien avec le droit musulman⁷¹⁹. Cette affirmation doit être nuancée dans le sens où cette rupture concerne les solutions et non la source du droit restée inchangée. Les particularités du droit tunisien s'expliquent par l'impact de la codification qui a abouti à une étatisation du droit. Le législateur tunisien a trouvé dès lors une grande maîtrise sur le droit substantiel lui ayant permis de moduler le droit en fonction de l'évolution de la société. Pour faire évoluer le droit, la Tunisie a réactivé l'effort intellectuel resté paralysé pendant des siècles. L'adoption tunisienne n'est pas la transposition d'un modèle étranger, elle est avant tout le fruit d'une interprétation extensive des textes du droit musulman (1). Son régime juridique montre la nature islamique de cette adoption (2).

1- L'interprétation extensive des textes

L'institution de l'adoption dans le droit tunisien est la conséquence d'une interprétation dynamique des textes refusant d'enclôser irrévocablement leur lecture dans leur contexte originel. La doctrine

⁷¹⁸ *Idem.*

⁷¹⁹ Sur de la codification, voir A. Mezghani, « Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003, p. 721. Sur l'évolution du droit musulman, voir R. El. Husseini Begdache, De la fixité du droit musulman face aux droits de l'homme, fiction ou réalité, in *Le droit en mouvement*, mélanges offerts à Méliné Topakian, Bruylant, 2005, p. 155.

tunisienne justifie la loi révolutionnaire du 4 mars 1958 par le Coran. En effet, elle donne une interprétation large du verset disant « *appelez-les du nom de leur père ce sera plus juste devant Dieu ; si vous ne connaissez pas leurs pères, ils sont vos frères dans la religion* ». L'esprit de ce verset n'interdit pas de donner un nom à un enfant de filiation inconnue. Le terme frère indique selon la doctrine le fait que les enfants sans filiation doivent jouir d'un statut identique à ceux dont la filiation est connue. Autrement dit, l'absence de père connu leur donne le droit à un père de substitution.

L'évolution du droit tunisien par rapport aux autres législations de la même communauté juridique est due à sa proximité avec la culture de l'*ijtihad*. L'*ijtihad*, que l'on peut traduire par « production d'un effort rationnel », est juridiquement « *l'action de tendre toutes les forces de son esprit jusqu'à leur extrême limite afin de pénétrer le sens intime de la Charia pour en déduire une règle conjecturale applicable au cas concret à résoudre* »⁷²⁰. L'*ijtihad* est nécessaire pour le développement du droit puisque, selon ses défenseurs, il constitue un outil d'actualisation du droit permettant de mieux cerner les problèmes d'une société en constante évolution. Sans cet effort intellectuel, les codes de pays de droit musulman ne peuvent être complétés dans le sens du progrès. L'adoption ne peut être isolée de son contexte, elle demeure l'instrument d'une politique générale de l'État visant à atténuer le drame de la mère célibataire et de l'enfant abandonné.

L'*ijtihad* a été initié par les premiers juristes musulmans qui ont mis en place des instruments efficaces d'interprétation du droit pour surmonter les problèmes de rigidité du droit. C'est Malik (fondateur de l'école malékite), par exemple, qui a mis en valeur pour la première fois la technique de « *mursala* » consistant à justifier, à trouver avantageux tout acte permettant de sauvegarder l'un des cinq biens fondamentaux⁷²¹. Cette technique est une manière convenable de justifier un statut légal, sans que cette motivation fasse appel à un fondement déterminé de la loi, mais bien plutôt en faisant appel à l'intérêt commun ainsi qu'au jugement de la raison. Toujours dans un souci de souplesse, l'école Hanafite propose une autre méthode d'élaboration des statuts légaux, qu'elle nomme *istihsan* et qui pourrait se traduire par « recherche du bien; effort vers le meilleur; ou perfectionnement ». Cette technique vise à favoriser la création des règles nouvelles fondées sur la nécessité (*darura*), le besoin (*haja*), l'intérêt (*maslaha*), les convenances (*munasaba*), et l'aisance (*suhula*).

Les normes novatrices en matière d'adoption sont issues de ces différentes méthodes qui ont permis de réconcilier l'Islam avec les nouvelles nécessités du monde contemporain⁷²². La position du

⁷²⁰ Sami Aldeeb Abu-Sahlieh, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presse universitaire de Bordeaux, 2009, p. 38.

⁷²¹ Les cinq biens fondamentaux sont : la vie, la raison, l'honneur, les biens et la religion.

⁷²² Habib Bourguiba l'instigateur des réformes tunisiennes les justifiait de la façon suivante : « *de même que nos ancêtres ont fait un effort de réflexion sur les moyens d'atteindre les fins assignées par l'Islam, nous devons à notre tour fournir le même effort pour adapter la vie de la communauté aux impératifs de notre temps, dans le cadre des principes généraux de l'Islam. L'esprit humain, dans son évolution, donne à la notion de droit un contenu variable selon l'époque : ce qui était admis il y a quatorze siècle ne l'est plus en notre temps. La raison manquerait à son rôle si elle se fermait à des conceptions qui, différentes dans leur contingence des conceptions traditionnelles, répondent dans*

législateur tunisien se rapprocherait-elle de celle des grands juristes si proches des sources ? Serait-elle à l'époque moderne, un exemple pour les autres pays de la même communauté juridique dans l'exégèse de sources du droit musulman ? Au-delà de ces interrogations intéressantes, il faut remarquer qu'une conception instrumentale de la loi religieuse est à l'origine de ces innovations. Cette conception est vraie dans le sens où l'adoption tunisienne se singularise par son régime juridique différent de l'adoption française.

2- Le régime juridique de l'adoption tunisienne

Contrairement à toutes les idées reçues, l'adoption du droit tunisien n'est pas comparable à celle connue en France. Le régime juridique n'est pas le même, beaucoup de différences peuvent être mises en évidence. Il s'agit manifestement d'un entre-deux, le principe de l'établissement de la filiation est admis dans la loi du 4 mars 1958, néanmoins certaines règles sont directement influencées par le droit musulman. Les lacunes de la loi ainsi que l'absence d'harmonisation avec les autres textes relatifs aux effets de la filiation font que l'adoption tunisienne est particulière. Les lacunes de la loi ont été comblées par le juge à l'aide des normes du droit musulman⁷²³. Cette influence du droit musulman est palpable (a) et rapproche l'adoption tunisienne d'une *kafala* (b).

a- L'influence palpable du droit musulman

La loi du 4 mars 1958 considère que l'adoption est permise sous certaines conditions relatives à l'adoptant et à l'adopté. L'article 9 pose les conditions relatives aux adoptants. L'adoptant doit être majeur, sain de corps et d'esprit, de bonne moralité et capable de subvenir aux besoins de l'adopté. Ces conditions n'ont rien de spécifiques, comme toute institution de protection, elles visent à assurer à l'enfant un milieu et des conditions propices à son développement. Sur le plan des effets, la loi est radicale par rapport aux prescriptions du droit musulman classique puisqu'elle assimile l'enfant adopté à l'enfant légitime⁷²⁴. De ce fait, adopté et adoptant ont les droits et les devoirs classiques qui découlent d'une filiation normale. Néanmoins, il existe des éléments laissant penser que l'intégration de l'enfant dans sa famille adoptive n'est pas totale. Il ne semble pas que

leur essence aux impératifs de justice, d'équité et de respect de la personnalité humaine ». H. Bourguiba, « discours du 3 août 1956 », in Discours de 1956 à 1976 publication du secrétariat d'État à l'information, Tunis, 1975-1981.

⁷²³ Cette lacune est dénoncée par un auteur qui considère que « la solution prônée par la jurisprudence tunisienne concernant l'adoption d'un Tunisien musulman relève de la schizophrénie juridique, voici une norme à la fois laïque et religieuse, une règle qui rejette l'islam et s'y réfère à la fois », S. Ben Achour, « L'adoption tunisienne : réflexion sur la condition d'islamité », in *L'enfant en droit musulman*, op. cit., p. 334.

⁷²⁴ Art 15 de la loi du 4 mars 1958.

l'adoption entraîne des empêchements à mariage fondés sur le nouveau lien de parenté. C'est du moins dans ce sens qu'on a interprété le silence de la loi sur ce point⁷²⁵. Cette interprétation est d'autant plus pertinente que subsistent les empêchements à mariage avec la famille biologique lorsqu'elle est connue. De surcroît, sur le plan successoral, il n'est pas certain que l'adopté puisse être considéré comme un héritier naturel de l'adoptant et de ses ascendants. Parmi les successibles cités dans l'article 90 n'apparaît pas l'enfant adopté. Ce régime juridique lacunaire montre que certaines règles du droit musulman classique comme celles relatives à l'inceste ont infléchi les effets radicaux emportés par l'adoption. D'ailleurs, la condition de l'islamité confirme nettement l'idée que l'adoption tunisienne reste largement sous l'influence de la *Charia*. Le législateur tunisien de 1958 n'a pas prévu que les adoptants soient de confession musulmane. D'ailleurs, l'article 10 de loi semble faciliter les conditions pour les adoptants en déclarant que les Tunisiens peuvent adopter des enfants étrangers. Cet article n'interdit rien, il se contente d'énoncer qu'un Tunisien peut adopter un étranger ». Les juges tunisiens ont vu dans cet article une lacune et l'ont comblée en décidant à deux reprises⁷²⁶ que l'adoption d'un Tunisien par un étranger est possible à condition que l'adoptant ou les adoptants soient de confession musulmane. La rupture entre le droit tunisien et le droit musulman a donc subi la résistance de la pratique. Pour certains, cette islamisation de l'adoption ne se justifie pas au regard du droit positif tunisien malgré la volonté du juge. Elle a aussi l'inconvénient d'aboutir à une discrimination entre nationaux pour cause de religion. Lorsqu'on affirme qu'il doit y avoir une identité de religion entre adopté et adoptant, cela veut dire qu'un Tunisien de confession israélite ou chrétienne ne peut adopter un Tunisien musulman.

Sur le plan des relations internationales, la condition de l'islamité risque d'accorder une primauté du rattachement religieux sur le rattachement national. Concernant les rapports entre étrangers, on pourrait penser que le facteur religieux pourrait empêcher le prononcé de l'adoption. Ainsi, l'adoption d'un enfant français de confession musulmane par un adoptant français non musulman ne serait pas possible au regard des solutions affirmées par le juge tunisien, même si la loi nationale commune de l'adoptant et de l'adopté autorise l'adoption. Toutefois, un changement d'attitude des juges sur la condition de l'islamité est possible eu égard à l'importance prise par les principes fondamentaux de la non-discrimination, d'égalité et de liberté religieuse. Plusieurs dispositions du droit positif sont mises à profit et développent leur potentiel émancipateur, celles que véhiculent certaines dispositions du statut personnel dans les rapports de droit international privé pour écarter la polygamie, rejeter la répudiation, imposer le libre et plein consentement des époux, valider le

⁷²⁵ M. Sammam, « L'adoption », *RJL*, 1959, p. 169.

⁷²⁶ Il existe deux décisions rendues à plus de vingt-cinq années d'intervalles par les juges du fond. La première décision a été rendue par le tribunal de justice cantonale de Tunis le 26 décembre 1974. La deuxième de la même juridiction a été rendue le 26 juin 2000. La première a permis l'adoption après avoir constaté que la condition de la conversion à l'islam était réunie. La seconde a refusé de donner l'exequatur à une décision autrichienne ayant accordé l'adoption d'un enfant tunisien par un Autrichien non musulman. Pour ces deux décisions, voir S. Ben Achour « L'adoption en droit tunisien : à propos de la condition de l'islamité », in *L'enfant en droit musulman*, *op. cit.*, p. 334 et 335.

mariage de la musulmane avec un non-musulman⁷²⁷. Les autres, tirées de la Constitution dans ses dispositions sur la liberté de conscience, le libre exercice des cultes et l'égalité en droits et en devoirs des citoyens devant la loi jouent efficacement contre la disparité de culte comme cause d'empêchement à succession, la répudiation. Ce sont les juges du fond qui ont pour la première fois amorcé cette nouvelle orientation. Deux décisions⁷²⁸ ont introduit une vision révolutionnaire en apportant à la question des empêchements religieux à héritage, de nouveaux contours jamais atteints. Les principes constitutionnels d'égalité devant la loi et de liberté confessionnelle ont été érigés en principes fondateurs de l'ordre juridique tunisien par les juges⁷²⁹. Cette évolution du droit tunisien pourrait à terme supprimer la condition de l'islamité.

b- Les ressemblances avec la *kafala*

Le régime juridique de l'adoption en droit tunisien tel que posé par la loi du 4 mars 1958 met en évidence d'autres lacunes qui contribuent à la spécificité de l'adoption tunisienne. Certains points non évoqués par le législateur comme la question de la révocation rapproche l'adoption tunisienne à la *kafala*. En effet, la non-prohibition de la révocation de l'adoption pourrait être interprétée comme une autorisation implicite⁷³⁰. La question se pose généralement lorsque la famille biologique réclame le retour de l'enfant. Ce problème est réellement créateur de tensions entre certaines cours d'appel tunisiennes qui se prononcent sur l'irrévocabilité et la Cour de cassation tunisienne attachée à une interprétation traditionnelle de l'adoption. Cette révocabilité ne contredit pas l'importance que la mentalité collective musulmane accorde au lien de sang. Cette valeur reconnue au lien de sang entraîne la plupart du temps un renoncement des parents adoptifs toutes les fois que la famille biologique se présente. Le juge tunisien adhère aussi à cette idéologie du sang puisqu'il considère l'intérêt de l'enfant comme étant de vivre avec ses parents biologiques. Le juge est conforté dans sa position par le nombre de prises en charge par *kafala* dont la hausse n'est plus à confirmer⁷³¹. La *kafala* commence à jouir d'un grand attrait par rapport à l'adoption en raison d'un regain de religiosité dans la société tunisien.

⁷²⁷ S. Ben Achour, « Le Code tunisien de statut personnel 50 après : les dimensions de l'ambivalence », *L'année du Maghreb*, 2005-2006, p. 61.

⁷²⁸ La première est rendue par le tribunal de première instance de Tunis le 18 mai 2000. Dans cette décision on peut lire que « la non-discrimination sur des bases religieuses est un des principes fondateurs de l'ordre juridique tunisien et représente un des impératifs de la liberté de conscience ». *RTD*, 2002, note A. Mezghani, p. 247. La deuxième par la cour d'appel de Tunis 14 juin 2002 cité par S. Ben Achour art préc., p. 61. Cette tendance se poursuivra avec d'autres décisions de la cour d'appel de Tunis du 6 janvier 2004 et du 4 mai 2004.

⁷²⁹ Pour les incidences de ces principes sur l'adoption en droit tunisien, voir « L'interprétation de l'article 1^{er} de la constitution tunisienne au regard de la liberté de conscience : quels risques ? », in Placide M. Mabaka (ss dir.) *Constitution et risques*, L'Harmattan, 2010, p. 308.

⁷³⁰ Ben Hadj Yahia Béchir, « La révocation de l'adoption en droit tunisien », *RTD*, 1979, p. 84.

⁷³¹ E. Barraud, « *Kafala et Migration* », thèse préc., p. 448.

Conclusion du chapitre 1

Second pilier du modèle familial musulman, l'interdiction de l'adoption découle d'une norme juridique mise en évidence dans le Coran. La clarté de cette règle coranique a poussé les grands auteurs du droit musulman à éviter toute forme d'aménagement de cet interdit. Cette absence de remise en cause par les premiers légistes explique aujourd'hui l'affermissement de la prohibition dans les codes de statuts personnels. L'interdit vise principalement à prévenir les menaces d'une pratique adoptive qui risque de faire vaciller le mariage comme fondement du lien familial et le lien de sang comme source de parenté.

Toutefois, la doctrine montre parfois que le principe est doublement fragilisé. D'une part, il est mis à mal dans la pratique, depuis longtemps, par des coutumes de moins en moins scrupuleuses. D'autre part, certaines interprétations fondées sur les grandes sources du droit musulman et leurs techniques d'interprétation le contestent fortement. Cette vision innovatrice du droit est concrétisée par le droit tunisien lequel se singularise dans le monde musulman par sa consécration de l'adoption. Compte tenu de cette remise en cause, il est légitime de s'interroger sur l'avenir de cette prohibition. A notre avis, il est clair que ce principe n'est pas voué à disparaître, et cela pour plusieurs raisons. D'abord, la thèse de l'interdiction a trouvé son écho dans plusieurs codes de la famille qui la défendent ouvertement. D'ailleurs, beaucoup de pays musulmans l'ont protégée par les réserves qu'ils ont émises sur ce point dans la convention internationale des droits des enfants. Ensuite, elle n'a jamais été atteinte par les interprétations des anciens légistes. La position des premiers jurisconsultes est une référence constante dans les pays musulmans. Leur unanimité sur cette question ne sera pas entamée par les récentes interprétations qui sont en réalité marginales. Enfin, les réformes dans les pays qui l'ont transgressée ne tiennent que pour des raisons politiques⁷³². L'adoption tunisienne a été introduite après l'indépendance à une époque où les laïcs étaient au pouvoir. Les récents bouleversements politiques risquent d'entraîner un retour vers le religieux, c'est-à-dire vers l'interdiction. Il est déjà question de la disparition de l'adoption⁷³³.

Pour solutionner la controverse sur l'adoption, il serait préférable de poser autrement le problème en recherchant s'il est nécessaire de maintenir le lien avec la famille d'origine lorsqu'elle n'existe pas. La réponse qui fera le consensus déterminera la forme d'adoption qu'il convient d'approuver dans un pays musulman. On peut songer aussi à une institution empruntant ses traits à la fois à l'adoption et à la *kafala*.

⁷³² S. Ben Halima, « Religion et statut personnel en Tunisie », *RTD*, 2000, p. 135.

⁷³³ Voir sur ce point les pétitions signées contre son interdiction ; www.petitions24.net/non_a_linterdiction_de_ladoption_en_tunisie.

Chapitre 2- La kafala comme substitutif au modèle de l'adoption

Depuis ces dernières années, la *kafala* suscite un intérêt marqué et toujours grandissant chez les juristes, les professionnels de droit de l'enfant et les personnes ayant un projet d'adoption en tête. Son caractère exotique rend complexe sa compréhension en France. Recueil légal, tutelle, délégation d'autorité parentale, adoption, ou peut être un mélange de ces différents modes de prise en charge, la *kafala* intrigue et irrite à la fois les juristes. Souvent incomprise et parfois caricaturée, elle pâtit également de son lien direct avec la charia. Le terme *kafala* est polysémique, étymologiquement il signifie tout aussi bien cautionnement et prise en charge et le fait de prendre soin⁷³⁴. Il est aujourd'hui utilisé pour désigner les différentes formes de prise en charge notamment la prise en charge d'un enfant, d'un sportif ou d'un étranger. La prise en charge qui retiendra notre attention est celle des mineurs. Cette *kafala* pour mineur est un substitut à l'adoption. Par souci de complétude dans la définition, on pourrait dire qu'elle est : « *une mesure d'accueil légal d'un enfant mineur dit makfûl, qui n'altère pas sa filiation biologique ou procréatique, par une famille, par une organisation ou un établissement, la personne recueillant l'enfant prenant l'engagement, révoquant à tout moment et sans motif, de prendre en charge bénévolement son entretien, son éducation et sa protection* »⁷³⁵.

Contrairement à la présentation qui en est faite par les journalistes et les juristes français, il ne s'agit pas « d'une adoption coranique » ou « de droit musulman ». Pour s'en convaincre, il faut voir que la *kafala* est une invention maghrébine qui n'est pas pratiquée par l'ensemble de pays musulmans⁷³⁶. S'il fut essentiellement tenu compte de la directive religieuse pour prohiber l'adoption, aucune référence n'est cependant faite à la religion pour l'instituer. D'ailleurs, sans mentionner le droit musulman, les instigateurs de la *kafala* l'ont présenté ainsi : « comme il est interdit d'adopter, la *kafala* remplace légalement l'adoption »⁷³⁷. En réalité, il s'agit d'un compromis adopté par le pays maghrébin entre la nécessité de donner une famille aux enfants abandonnés et l'interdiction d'adopter. La recherche de ce compromis se reflète sur l'institution elle-même qui emprunte certains aspects à l'adoption et à la tutelle. Il s'agit en réalité d'une adoption à qui il manque le noyau dur c'est-à-dire le lien de filiation artificielle. L'engagement découlant de la *kafala* est

⁷³⁴ O. El-Kettani, « Le mandat et le cautionnement et la *jouala* ». *Les sciences de la Charia pour les économistes. Les sources du Fiqh, ses principes et ses théories. Le Fiqh des transactions financières et des sociétés et son application contemporaine*. Actes de séminaires sur les sciences de la Charia. Niger du 20 au 29 avril 1998, p. 247.

⁷³⁵ M.-C. Le Boursicot, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », *Revue droit et culture* n° 59, 2010, p. 284.

⁷³⁶ A titre d'exemple, elle est inconnue en Iran, Pakistan. Certaines législations en ont une conception réduite puisque la *kafala* se résume en une prise en charge d'ordre financier. C'est le cas de la Jordanie, République de Djibouti, Arabie Saoudite.

⁷³⁷ N. Aït Zaït, « La kafala en droit algérienne, Les institutions traditionnelles du monde arabe », khartala, Paris 1996, p. 98. En réalité, la *kafala* obéit à un même schéma que le droit musulman qui interdit l'adoption de l'enfant abandonné et ordonne sa prise en charge. La religion musulmane incite à la prise en charge de l'enfant abandonné.

humanitaire (*Section 1*), toutefois, le défaut d'un lien de filiation donne à l'institution un caractère incomplet qui a obligé les États à entreprendre certaines améliorations législatives (*Section 2*).

Section 1- Un engagement à finalité humanitaire

La *kafala* est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le feraient des parents pour leurs enfants⁷³⁸. Comme le montre cette définition, c'est une mesure purement charitable qui s'adresse aux enfants en difficulté et particulièrement aux enfants abandonnés. L'objectif de la *kafala* est de prodiguer à l'enfant, une prise en charge similaire à celle que tout enfant trouve chez ses vrais parents. Le *makfoul* doit être considéré par la famille *kafilate* comme leur propre « fils légitime ». Toutefois, cette présentation risque d'induire en erreur, car elle sous-entend qu'il y a une assimilation totale avec le fils légitime comme en matière d'adoption. L'enfant recueilli est certes protégé comme un enfant légitime, mais autour de la question de l'héritage et du nom il y a une rupture. Si la situation du *makfoul* n'est juridiquement pas identique à celle de l'enfant légitime, l'enfant doit la ressentir comme telle dans la relation qu'il entretient avec ceux qui l'ont recueilli. L'on peut éventuellement y voir une indication donnée par le législateur à l'adresse du juge et de la société quant à la manière d'interpréter la responsabilité du *kafil*⁷³⁹. En vérité, la finalité de la *kafala* est de protéger l'enfant contre le drame de l'abandon, mais aussi contre la mésestime sociale qui le frappe lorsqu'il est un enfant naturel. Conforme aux principes du droit musulman de la filiation, la *kafala* a des caractéristiques propres à elle (§1). L'absence de la création d'un lien de filiation est compensée par un régime juridique entièrement tourné vers l'intérêt de l'enfant (§2).

§1- Les singularités de la *kafala*

L'adoption étant interdite dans le monde musulman, les législateurs ont été confrontés à l'absence d'un cadre de protection pour les enfants sans famille. Il fallait trouver une institution qui sans être comparable à l'adoption jouerait le même rôle. La *kafala* a été bâtie sur le modèle de l'adoption. D'ailleurs, sur le plan factuel, les effets des deux institutions sont les mêmes, ils consistent à accueillir un enfant sans famille dans un foyer qui lui procurera des soins multiformes nécessaires à

⁷³⁸ L'article 116 du Code algérien de la famille et l'article 2 de la loi marocaine relative à la prise en charge des enfants abandonnés mettent l'accent sur sa nature « d'engagement ».

⁷³⁹ S. Laffineur, « La *kafala* de droit marocain », in *Les nouveaux aspects juridiques de l'adoption : quelques thématiques spécifiques*, Marie Bedoret, Hélène Crockart, Anaïs Demanet, Emilie Derouaux, Laura Dive et Simon Laffineur, éd. Larcier, Les cahiers du CeFAP, p. 271.

son développement physique et mentale. Sur le plan juridique, les adoptants ou les *kafils* exercent l'autorité parentale avec toutes les incidences qui en découlent. Toutefois, la différence est que l'autorité parentale découlant de l'adoption est fondée sur un lien de filiation fictive alors qu'il n'y a pas de lien filial entre l'enfant pris en charge et le *kafils*. En réalité, le droit musulman fait jouer au lien de sang un rôle absolu en matière de filiation. Les droits découlant du sang comme le nom, l'héritage sont indisponibles. La *kafala* intègre ses exigences et il n'y a aucun lien de filiation entre *kafil* et *makfoul*. Elle se caractérise par une pluralité de ses fonctions (A). Malgré l'interdiction de filiation élective, elle présente des similitudes avec l'adoption : on pourrait parler à son égard d'adoption sans filiation (B).

A- Une institution aux fonctions plurielles

L'origine de la *kafala* est très incertaine. Elle est souvent affiliée au droit musulman qui l'aurait élaborée pour assurer une certaine pérennité à la famille patriarcale. Un auteur faisait remarquer qu'elle n'était qu'« *un succédané à la filiation patriarcale biologique ; elle en est l'envers qui permet au système de se reproduire en intégrant ce qui excède* »⁷⁴⁰. Une telle présentation n'est pas erronée, toutefois il paraît qu'elle a été d'abord une coutume avant d'intégrer la sphère juridique. Certains⁷⁴¹ démontrent que la *kafala* prend sa source dans la coutume des bédouins arabes, elle désignait la protection offerte par une tribu à un étranger venu s'installer dans sa terre. Elle était une forme d'intégration qui tout en reconnaissant à l'étranger un statut d'extériorité lui permettait de vivre parmi la tribu. Le noyau de la *kafala* est donc l'affiliation partielle à un groupe, ce trait essentiel se retrouve aujourd'hui dans la *kafala* pour mineur. Le concept de *kafala* est donc un outil de protection souple, apte être adapter à des situations variées. En premier lieu, elle remplit une fonction de substitut à l'adoption pour les mineurs abandonnés (1), elle s'emploie également pour des mineurs qui ne sont pas en situation d'abandon (2).

1- Un substitut à l'adoption pour les mineurs abandonnés

Il existe un lien très fort entre la *kafala* et l'absence de statut de l'enfant naturel. L'enfant issu d'une liaison illicite est très mal accepté par les sociétés musulmanes qui en général le marginalisent avec

⁷⁴⁰ N. Saadi, « Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le droit », RASEP 1991, vol. 29 n°3, p. 53.

⁷⁴¹ G. Beauge, « *La kafala : un système de gestion transitoire de la main-d'œuvre et du capital dans les pays du golfe* », RMI. 1986, p. 110.

celle qui l'a enfanté⁷⁴². Naître en dehors de la structure matrimoniale signifie juridiquement être sans famille. Les préjugés pesant sur l'enfant naturel⁷⁴³ font que celui-ci est mal vu et rejeté par la famille de ses parents⁷⁴⁴. La réalité de l'abandon est restée très longtemps taboue et inavouée. En Algérie par exemple, ces enfants étaient littéralement cachés dans des institutions éloignées de la ville⁷⁴⁵.

Aujourd'hui avec les revendications des associations de protection des droits de l'homme, les États ont accepté de prendre en charge l'abandon des enfants à travers des lois spécifiques à cette catégorie. Dans les pays du Maghreb, les récentes réformes⁷⁴⁶ ont contribué à atténuer certaines inégalités relatives au sexe. Les règles concernant l'enfant n'ont pas évolué et sont restées fidèles au droit musulman classique. Ainsi, les réponses à la problématique des enfants abandonnés n'ont pas été sensibles à l'influence des courants modernistes qui réclamaient une protection solide intégrant l'enfant définitivement dans une famille de substitution. L'adoption n'a pas été retenue par les États par peur de porter atteinte au modèle familial dominant. La *kafala* est destinée à réfréner le phénomène d'abandon notamment en donnant à la mère célibataire de l'enfant naturel la possibilité de prendre en *kafala* son propre enfant. Lorsque la mère de l'enfant est inconnue, il est confié à une pouponnière dans l'attente d'un jugement qui le confiera à une famille d'accueil⁷⁴⁷. La *kafala* octroie à l'enfant une forme de légitimation sociale, elle le soustrait des pulsions hostiles attachées aux circonstances de sa naissance⁷⁴⁸.

En Algérie, la prise en charge de la marginalité s'est d'abord construite dans une perspective moderne. Le Code de la santé publique de 1976⁷⁴⁹, précédemment évoqué, voulait éviter l'abandon en agissant sur ses causes à travers, des mesures d'assistance à la mère célibataire, ainsi qu'en présentant la *kafala* comme remède pour les enfants abandonnés. La *kafala* apparaît à trois reprises dans ce code. D'abord à l'article 252 déclarant que « *l'engagement de recueillir un enfant privé de famille, de l'élever, de l'éduquer, est consacré par acte de kafala* ». Ensuite l'article 256 donne au conseil de famille ou au tuteur le droit de consentir à la *kafala*. Enfin, il est dit à l'article 257 que les enfants qui ne font pas l'objet d'un acte de *kafala* doivent être confiés à une famille dans la mesure du possible, soit en placement gratuit ou à défaut, en placement rétribué. Aux yeux de certains le défaut de ce code, était son contenu libéral qui donnait une légitimité à la famille naturelle à travers l'action en recherche de paternité et la reconnaissance de la mère célibataire. Après l'adoption de ce

⁷⁴² N. Ait Zaït, « L'enfant illégitime dans la société musulmane », *Revue droit de l'enfance et de la famille*, n° 1990, p. 287.

⁷⁴³ M. Benkheirah, « L'amour de la loi. Essai sur la normativité en islam », *op. cit.*, p. 329.

⁷⁴⁴ *La kafala : une famille pour tout enfant*, Le reporter – hebdomadaire marocain d'informations générales, 9 juillet 2006, voir www.lereporter.ma.

⁷⁴⁵ Badra Moutassem-Mimouni, « *Naissances et abandons en Algérie* », Paris, Karthala, 2001, p. 11.

⁷⁴⁶ En Algérie, voir l'ordonnance n° 05-01 du 27 février 2005. Pour le Maroc voir loi n°70-03 du 3 février 2004.

⁷⁴⁷ M. Merdaci, « *Enfants abandonnés en Algérie : clinique des origines* », L'Harmattan, 2007, p. 148.

⁷⁴⁸ E. Barraud, « Les multiples usages sociaux de la kafala en situation de migration : protection et non-protection des mineurs recueillis », *Revue e-migrinter* n° 2, 2008, p. 135.

⁷⁴⁹ Voir *supra*, chapitre 2 du titre de notre première partie.

code de la santé publique, s'est ouverte une longue période d'incertitude avec un débat sur la possibilité d'adopter. Ce débat s'imposait puisque, comme dans la plupart des pays musulmans l'Algérie continue de faire face à la problématique des enfants nés hors mariage alors qu'aujourd'hui les subterfuges traditionnels comme « la théorie de l'enfant du lit » et celle de « l'enfant endormi » ne sont plus guère opérationnels.

Avec le Code de 1984, le législateur algérien abroge ces dispositions et ce repli sur des valeurs plus conformes à une vision traditionnelle de la famille. Dans le chapitre 6 du livre 2, le législateur prévoit, en faveur de « *l'enfant mineur de filiation connue ou inconnue* », la *kafala* comme substitut à l'adoption. L'article 116 définit la *kafala* comme étant « *l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils* ».

Dans le droit marocain, la *kafala* s'inscrit aussi dans un contexte de lutte contre l'abandon et les adoptions officieuse. C'est en 1978 puis en 1983 que le gouvernement transmet une circulaire aux autorités locales dans laquelle il ordonne de promouvoir le placement des enfants abandonnés dans des familles d'accueil pour freiner les adoptions officieuses. La prise en charge nommée *kafala* sera consacrée ouvertement par une loi marginale du 10 décembre 1993. Malheureusement, cette loi était lacunaire, car elle ne prévoyait pas clairement des mécanismes opérationnels pour sa mise en œuvre, si bien que les formalités légales sont devenues longues et fastidieuses⁷⁵⁰. Cette défaillance de la loi a favorisé la pratique des placements directs entendus comme le choix de certains couples stériles de rencontrer des jeunes mères délaissées, de les aider à accoucher l'enfant non désiré et de le déclarer comme leur enfant légitime⁷⁵¹. La loi du 13 juin 2002 relative à la *kafala* des enfants abandonnés abroge la loi de 1993 et renforce les dispositifs. Cette loi fait de l'abandon une condition de la *kafala* tout en donnant une définition complète de l'abandon. L'article 1^{er} considère comme abandonné tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes :

- être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré ;
- être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ;
- avoir des parents de mauvaises conduites n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant.

⁷⁵⁰ Yasmina Etique, « La kafala : enjeux, pratiques et reconnaissance internationale », Centre international de référence pour le droit de l'enfant privé de famille, travaux menés sous la direction de H. Boéchat en 2007. Document non publié. p. 10.

⁷⁵¹ Sanaa Laqzadri, « Adoption, kafala ou recueil légal : Mode d'emploi d'un calvaire à vivre », *Gazette du Maroc* 1^{er} avril 2002.

L'autre grand apport de cette loi est l'instauration d'une procédure judiciaire de déclaration d'abandon. Dans cette loi sur la *kafala*, le législateur rappelle dans l'article 3, l'infraction que peut constituer le fait de ne pas porter secours à un enfant abandonné : « toute personne qui s'abstient volontairement d'apporter à un nouveau-né abandonné l'assistance ou les soins que nécessite son état ou d'informer le service de police ou les autorités locales de l'endroit où il a été trouvé, est passible des sanctions prévues par le Code pénal ». Par la suite, le procureur a le devoir de placer l'enfant dans une institution spécialisée qui inscrira l'enfant à l'état civil en même temps qu'elle engagera une procédure d'abandon⁷⁵². Les parents de l'enfant disposent d'un délai de trois mois pour récupérer l'enfant. Passé ce délai, un décret d'abandon sera établi par le juge des mineurs. On attribue à l'enfant trouvé un prénom et un nom choisis par l'officier de l'état civil. Soit les mentions « nom et prénom de père » et « prénom de mère » sont barrées, soit il est clairement noté « de parents inconnus ». Lorsqu'il est recueilli en *kafala*, l'acte est consigné en marge de l'acte de naissance auprès du bureau de l'état civil où il a été, en principe, préalablement inscrit (dans un délai de trois mois à compter de la date de l'acte de *kafala*). Pratiquement, les enfants abandonnés sont rarement inscrits à l'état civil avant leur recueil en *kafala*. C'est généralement lorsqu'ils sont choisis par les futurs parents que leur dossier, quasi vide, est complété. L'acte d'abandon et l'octroi du nom se réalisent donc tardivement.

2- Une protection pour les mineurs non abandonnés

Cette forme de *kafala* procède avant tout de la coutume des dons d'enfants très répandue au Maghreb avant la colonisation. Cette pratique de transfert d'enfant concernait les familles nombreuses qui donnaient un de leurs enfants à une famille proche soit pour se délester des charges financières inhérentes à cet enfant, soit pour rendre service à la famille récipiendaire, le plus souvent sans enfant.

Ce recueil d'enfants ne modifiait en rien la filiation établie dès la naissance, il donnait tout simplement lieu à la création d'un nouveau rapport affectif. La naissance de cette nouvelle parenté sociale n'avait pas vocation à évincer la parenté légale. Cette tradition semble découler directement de l'interdiction de l'adoption largement assimilée dans la mentalité collective des Arabes. La perpétuation de la prohibition de l'adoption a contribué à la permanence de cette coutume qui a reçu une consécration juridique à travers la *kafala*. La *kafala* est donc la forme institutionnalisée de cette tradition de recueil d'enfants à l'intérieur du cercle familial, dans le cadre de la grande famille⁷⁵³.

⁷⁵² Y. Rabineau, « Le régime juridique de la *kafala* », www.Jafbase.fr.

⁷⁵³ E. Barraud, « Les multiples usages sociaux de la *kafala*... », art. préc., p. 135.

Aujourd'hui, la famille élargie n'est plus opérante, la *kafala* formalise un transfert d'enfant entre la famille biologique de l'enfant et la personne ou le couple récipiendaire qui peuvent être de la famille ou des simples amis. L'acte de *kafala*, dans cette hypothèse, est constaté par acte notarial, on parle alors de *kafala* notariale ou consensuelle par opposition à la *kafala* judiciaire qui concerne les enfants abandonnés⁷⁵⁴.

La *kafala* notariale n'a pas pour finalité de remédier à une vacance de la filiation, mais de rendre service à un enfant né dans un contexte familial difficile. Elle peut concerner l'enfant d'une famille financièrement démunie ou celui d'une femme célibataire qui est dans l'impossibilité de l'élever par crainte du regard hostile de son entourage. Dans ce dernier cas, la *kafala* évite à la mère de recourir à l'infanticide, à l'accouchement anonyme ou encore à l'abandon. Le ou les recueillant de l'enfant ne sont pas dans une démarche d'adoption, leur intention est désintéressée puisqu'il s'agit de secourir un enfant. La mère biologique de l'enfant comme le recueillant témoignent d'un mode de pensée et d'action adaptée à cette mesure dont on ne pourrait trouver meilleure traduction que le recueil. En définitive, il faut comprendre la *kafala* notariale comme un moyen de sauvetage de l'enfant. Il en résulte une situation de pluriparentalité entre sa mère biologique et les personnes qui le recueillent. Elle met l'enfant dans une situation comparable à celle de l'adopté simple à ceci près qu'aucune filiation nouvelle ne se superpose à la filiation originelle.

Dans le contexte actuel d'immigration du Sud vers le Nord, elle est devenue une composante essentielle de l'immigration familiale. Dans ce cadre, il existe une diversité de profils de *kafil*, résidents en France et issus de l'immigration, animés par des motivations et des intérêts forts variés. Les *kafala* intrafamiliales servent généralement à regrouper une nièce ou un neveu, âgé entre cinq et dix-sept ans, que l'on désire soigner, scolariser et éduquer en France⁷⁵⁵. Il s'agit de donner à l'enfant un cadre de vie meilleure. Logiquement, la *kafala* notariale n'a pas vocation à se transformer en adoption puisque l'enfant n'est pas en situation d'abandon. Les parents n'ont pas consenti à une adoption, mais à une simple délégation du pouvoir de décision sur l'enfant. Le droit tunisien ne connaît que cet aspect de la *kafala*, il la définit comme un contrat solennel passé entre deux personnes (le *kafil* et le tuteur de l'enfant) à propos d'un enfant de filiation connue. Visiblement, l'enfant de filiation inconnue n'est pas concernée par la *kafala*, probablement parce que la fonction de quasi-adoption de la *kafala* est directement prise en charge par l'adoption du droit tunisien.

L'avenir de la *kafala* notariale est menacé puisque du fait de l'urbanisation et de la mondialisation, la coutume lui servant de base subit une érosion avec le développement d'une idéologie exclusiviste de la parentalité⁷⁵⁶. En effet, la disparition progressive de la famille lignagère au profit de la famille

⁷⁵⁴ J. Tugault-Lafleur, « *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabomusulman et en occident : une réconciliation est-elle possible ?* ». Mémoire maîtrise de droit université de Montréal, février 2011.

⁷⁵⁵ E. Barraud, « Les multiples usages sociaux de la *kafala*... », art. préc., p. 135.

⁷⁵⁶ E. Barraud, « *Kafala et Migrations...* », thèse préc., p. 320.

foyer a créé chez les couples une préférence pour une parentalité à deux ou à trois enfants. Ce mode de pensée n'est plus adapté à la pratique de transfert d'enfant largement induit par le principe de solidarité qui régissait le rapport entre les membres de la grande famille. Bien souvent, la mère de l'enfant était implicitement contrainte de donner son enfant à une parente hiérarchiquement supérieure, telle sa belle-mère ou sa belle sœur. Dans l'hypothèse d'une généralisation de cette mutation culturelle, il est possible que seule subsiste la première fonction de la *kafala*, c'est-à-dire sa fonction de quasi-adoption. Cette perspective de transformation avec l'apparition de la conception exclusiviste de la parentalité pourrait imposer l'adoption comme une nécessité. Les modifications récentes du régime juridique de la *kafala* que nous évoquerons laissent, en tout cas, supposer une mutation de la *kafala* en adoption. Toutefois, il ne faut pas se leurrer puisque le droit musulman, de par son caractère immuable en matière de famille, est loin de valider cette idéologie exclusiviste de la parentalité qui procède en réalité de l'individualisme⁷⁵⁷.

B- Une adoption sans filiation

S'il est vrai que l'échec de la tentative de traduction de la *kafala* dans l'ordre juridique français a conduit la doctrine et la jurisprudence à considérer, sans doute faut de mieux, la *kafala* comme une délégation d'autorité parentale, l'on doit constater que, depuis longtemps, déjà c'est une assimilation de la *kafala* à l'adoption qui cherche à s'imposer. Et cela malgré la flagrante incompatibilité entre les deux institutions. Deux raisons expliquent la recherche de rapprochement : d'une part, la volonté des kafils de renforcer le lien et surtout de bénéficier de la stabilité inhérente à l'adoption⁷⁵⁸. D'autre part, une mauvaise perception des différentes institutions. Pour dissiper toute forme de confusion, il est indispensable de comparer *kafala* et adoption. L'intérêt n'est pas que théorique puisque la question de l'assimilation se pose lorsque certains droits, découlant en principe dans l'esprit occidental de l'adoption sont demandés dans le cadre d'une *kafala*. Par ailleurs, la comparaison est une étape incontournable pour rechercher dans le système français l'institution apte à convertir la *kafala*. Menant cette comparaison, il apparaît que l'adoption et la *kafala* présentent une différence fondamentale tenant à l'absence de filiation dans la *kafala* (1). Toutefois, il existe de similitude (2).

⁷⁵⁷ Suzanne Lallemand, rapporte sur ce point l'histoire d'un couple franco-marocain résidant en France qui avait entamé une démarche de *kafala* au Maroc. A cette fin, ils se sont adressés à une famille proche qui a accepté dans un premier temps d'accepter la *kafala* à la condition que le couple s'installe au Maroc. La condition posée a été fermement repoussée par le couple franco-marocain qui pensait que la *kafala* allait leur donner des droits exclusifs sur l'enfant. Voir S. Lallemand, « *La circulation des enfants en société traditionnelle, prêts, dons échanges* ». L'Harmattan, Paris, 1993, p. 18.

⁷⁵⁸ Il faut comprendre que la plupart des kafils français sont dans une démarche d'adoption qui est entravée tout simplement par la législation d'origine de l'enfant qui interdit l'adoption.

1- Une différence essentielle

La *kafala* se limite à une simple prise en charge des besoins de l'enfant, elle ne crée donc pas de lien de filiation. De ce fait, c'est une forme d'adoption sans noyau, car les effets qu'elle entraîne sont similaires à ceux de l'adoption simple : exercice de l'autorité parentale et obligation d'entretien d'une part, persistance des liens familiaux et maintien de l'état civil d'autre part. En conférant la tutelle légale de l'enfant à un adulte, la *kafala* ouvre même droit aux prestations familiales et scolaires⁷⁵⁹. Toutefois, l'acte de *kafala* est révocable par le *kafil* ou par le juge⁷⁶⁰. Ce mode de prise en charge ne peut donc en aucun cas être assimilé à l'adoption plénière de type français, puisqu'elle ne crée pas de filiation légale et qu'elle n'opère pas une rupture totale et irrévocable des liens de filiation préexistants. L'incompatibilité entre adoption plénière et *kafala* est plus que manifeste puisque la *kafala* est un concept qui s'est construit contre celui de l'adoption plénière.

Les dispositions algériennes sur la *kafala* mettent clairement en relief l'absence de lien de filiation. Par deux fois, la loi compare le lien de *kafala* à la filiation légitime qui tient lieu de référence, ce qui montre que la *kafala* n'est pas un acte fondateur du lien de famille : « *elle est, à l'instar du mariage, une forme d'institution concernant les relations sociales et de famille, même si l'état civil du makfoul n'est pas modifié* »⁷⁶¹. Les avis divergent quant à une possible reconnaissance de la *kafala* en tant qu'adoption simple. En effet, si l'enfant recueilli doit être traité « comme un fils légitime », il n'en est pas un et c'est là que réside la différence fondamentale entre l'institution de l'adoption et de la *kafala*. Le système de la *kafala* n'admet pas la création d'un nouveau lien de filiation. Par ailleurs, le régime juridique de la *kafala* est plus ou moins différent selon les pays, il demeure néanmoins que l'absence de tout lien de filiation est une constante de la *kafala*. De ce fait, Elle n'entraîne pas les effets découlant automatiquement d'un lien de filiation. Le *kafil* ne transmet pas son nom au *makfoul*, de même qu'il ne peut pas en être l'héritier légal. La *kafala* opère une intégration à minima de l'enfant dans sa famille. En matière d'héritage, l'attributaire du droit de recueil peut léguer ou faire don, dans la limite du tiers de ses biens, en faveur de l'enfant. Au-delà de ce tiers, le testament n'emporte aucun effet, « sauf consentement des héritiers »⁷⁶². L'absence de lien de filiation avec la famille *kafilate* fait que l'enfant n'est pas inscrit au livret familial, il reste soumis à une situation administrative particulière puisqu'il peut à tout moment être réclamé par sa famille biologique⁷⁶³.

⁷⁵⁹ Article 121 du Code algérien de la famille.

⁷⁶⁰ M. Msefer, La *kafala*, histoire de Djamila, <http://www.esclavagemoderne.org>.

⁷⁶¹ L. Prévost, « Intégration familiale de l'enfant sans généalogie en Algérie et en Tunisie : *kafala* ou adoption ». art. préc., p. 171.

⁷⁶² Article 123 du Code algérien de la famille. Il faut noter une différence avec le droit marocain où l'institution du tanzil permet à l'enfant recueilli d'accéder au rang de makfoul.

⁷⁶³ E. Barraud, « *Kafala et Migrations* », thèse préc., p. 385.

2- Une similitude fonctionnelle

En mettant de côté la *kafala* notariale, le point qui rapproche la *kafala* judiciaire et l'adoption est l'identité de leur fonction : l'accueil d'un enfant sans foyer. Conformément à cette identité, certaines analogies peuvent être mises en évidence concernant les conditions d'accès et des effets. Pour éviter les mises en parallèle oiseuses, il ne sera pas évoqué la distinction adoption internationale et adoption interne en raison du fait que les différences de procédure ne sont pas fondamentales dans la *kafala*. « La *kafala* internationale » n'existe pas en tant que telle dans le droit bien qu'elle soit une réalité indéniable.

Concernant les conditions, *kafala* et adoption de droit français sont permises aux époux cohabitants ou à une personne célibataire⁷⁶⁴. Il n'est pas sûr que la *kafala* puisse être accordée à un couple de concubins ou encore moins à des homosexuels.

De plus, une condition d'âge est posée pour pouvoir adopter. Il faut être âgé de plus de vingt-huit ans et avoir une différence d'âge de quinze ans avec l'adopté. Cette condition d'âge bien que non explicite dans le cadre de la *kafala* se déduit du fait que les textes attribuent la *kafala* à l'adulte sensé.

D'ailleurs, la loi marocaine sur la *kafala* des enfants abandonnés du 13 juin 2002 exige, dans son article 12 le consentement de l'enfant à la *kafala* lorsque son âge dépasse 12 ans.

Pour le reste *kafala* comme adoption prévoient que les parents adoptifs doivent être qualifiés aptes à adopter. Le souci étant d'aménager à l'enfant un cadre d'accueil favorable. D'ailleurs les procédures spécifiques à l'adoption et à la *kafala* sont tournées vers cette finalité.

Pour ce qui est des effets, les points de convergence de la *kafala* avec l'adoption simple sont nombreux. Il faut dire la *kafala* comme l'adoption simple ménage une place pour la famille d'origine puisque les liens avec cette dernière restent intacts. Le nom de l'adopté simple est selon les cas remplacé ou accolé à celui de la famille adoptante. Si dans la *kafala* l'accolement des noms est impossible, l'enfant peut prendre le nom de la personne qui le recueille lorsque sa famille d'origine reste inconnue.

En outre, comme l'adoption simple, la *kafala* confère l'autorité parentale et ses attributs au *kafil*. Lorsque l'adoptant décède ou dans l'hypothèse de la révocation de l'adoption pour des motifs graves, les parents biologiques peuvent éventuellement reprendre l'autorité parentale. Un tel scénario est possible pour la *kafala* et de façon plus aisée, les parents biologiques de l'enfant peuvent à tout moment demander la restitution de l'autorité parentale.

Les empêchements à mariage et l'obligation alimentaire valent pour les deux familles de l'adopté simple. Dans la *kafala*, l'empêchement à mariage existe si l'enfant recueilli a été allaité. Quant à l'obligation alimentaire, elle est due seulement par le *kafil* au *makfoul* et n'est donc pas réciproque.

⁷⁶⁴ Un célibataire peut être titulaire d'une *kafala* pour le droit algérien. La loi marocaine du 13 juin 2002 mentionne seulement le célibataire de sexe féminin.

Mais, l'idée de réciprocité est parfois incluse dans la *kafala* dans les pays d'Afrique noire suite à l'impact de certaines coutumes. Du coup, son régime est amélioré avec l'inclusion d'une obligation alimentaire réciproque.

Sur le plan de l'héritage, l'adopté simple conserve ses droits de succession dans sa famille d'origine. S'il a les mêmes droits que les enfants des adoptants, il n'est pas un héritier des ascendants des adoptants. L'enfant recueilli par *kafala* se trouve dans une situation similaire puisque le *tanzil* susceptible de lui être reconnu n'existe que dans le rapport entre les parties au *tanzil*. A l'issue de cette analyse comparative, on comprend que la *kafala* entretient un rapport de proximité très fort avec l'adoption simple. Ces deux institutions sont animées par un même esprit, ne pas rompre le lien de l'enfant avec sa famille d'origine sans pour autant le priver d'une famille d'accueil. Cette analyse comparative doit être mobilisée pour accueillir la *kafala* dans l'ordre juridique français.

§2- Un régime juridique entièrement tourné vers l'intérêt de l'enfant

En occident, l'adoption est toujours présentée comme une institution dont la finalité première est de donner une famille à un enfant. Mais le réalisme commande d'observer qu'elle est utilisée tout autant pour donner un enfant à une famille. Cette seconde dimension est normalement absente dans la *kafala* (sauf au profit d'Occidentaux). Le titulaire de la *kafala* ne recueille aucun droit, c'est pourquoi il est précisé par la loi que l'acte de *kafala* relève purement du bénévolat. Le contenu du Chapitre VII, relatif au recueil légal (*kafala*), du Code algérien de la famille (art. 116 à 125) et celui de la loi marocaine du 10 septembre 1993 relative aux enfants abandonnés, sont quasiment similaires⁷⁶⁵. Toutefois, certaines différences demeurent. D'un point de vue formel, le laconisme du premier contraste avec la densité du second. Sur le fond et malgré leur concision, les dispositions algériennes semblent plus ambitieuses.

Le régime de la *kafala* au Maroc, tel que l'avait organisé le texte du 10 septembre 1993, était incomplet et ne prévoyait pas des dispositions relatives aux enfants dépourvus de filiation. En effet, il laissait une grande marge d'appréciation à l'autorité administrative pour régler par la voie de la *kafala* non seulement la situation des enfants dépourvus de filiation ou dont les parents étaient indignes, mais aussi ceux dont les parents, pour des raisons indépendantes de leur volonté, n'étaient pas en mesure d'assurer leur éducation. Avec le *dahir* (décret royal) n°1-02-172 du 13 juin 2002 portant promulgation de la loi relative à la prise en charge des enfants abandonnés, les lacunes ont été comblées⁷⁶⁶. Les règles posées pour le recueil légal ont vocation à assurer à l'enfant des

⁷⁶⁵ E. Barraud, « *Kafala et Migrations...* », thèse préc., p. 384.

⁷⁶⁶ M-C. Le Boursicot, « La *kafala* ou recueil légal des mineurs : une adoption sans filiation », art préc., n° 9.

conditions optimales pour son développement (A). De surcroît, la *kafala* ne produit des effets que vis-à-vis de l'enfant (B).

A- Des conditions permettant un développement optimal de l'enfant

Il ne fait aucun doute que l'intérêt de l'enfant recueilli doit être au centre des préoccupations. Son intérêt est avant tout de lui procurer un substitut familial le plus proche possible de ce qu'aurait dû être sa famille⁷⁶⁷. A la vérité, l'objectif de la *kafala* n'est pas d'offrir juridiquement une famille, il s'agit plutôt de trouver une famille nourricière qui comblera tous les besoins de l'enfant tout au long de sa minorité sans rien demander en échange. Cette pratique très utilisée concernait le plus souvent des enfants liés au *kafil* par un lien de parenté (neveu, nièce, petit-fils...) ⁷⁶⁸. Elle reflétait une conception des structures de la famille étendue⁷⁶⁹. La solidarité et la générosité inhérentes à la famille étendue se sont imprimées dans l'acte de *kafala* utilisé actuellement à des fins charitables pour résoudre la difficile problématique de l'enfant sans famille. Toutefois, pour lutter contre les *kafala* sauvages la loi a posé des conditions exigées par l'intérêt de l'enfant. Il y a, d'une part, les conditions tenant à la personne de l'enfant recueilli (1) et d'autre part celles concernant le titulaire du recueil légal (2).

1- Les conditions tenant à la personne de l'enfant recueilli

Les principales conditions concernant l'enfant recueilli sont à peu près les mêmes dans le droit marocain et algérien. Les enfants concernés sont ceux qui sont abandonnés ou ceux dont les parents sont dans l'incapacité de subvenir aux besoins. Notons sur ce point que le droit marocain utilise indifféremment l'expression « enfant abandonné » pour ces deux catégories d'enfants. Le fait de ranger dans une même catégorie les enfants abandonnés et les enfants dont les parents sont décédés ou dans l'incapacité de subvenir au besoin n'a aucune incidence vue que les principaux effets de la *kafala* sont identiques. L'absence de distinction à l'avantage décisif de cacher la situation de l'enfant abandonné toujours présumé être bâtard dans les mentalités. Pour s'en convaincre il faut observer qu'au début des années 90, lorsque la première loi sur la *kafala* est intervenue, le nombre de placements dans les établissements d'accueil dépassait de très loin le nombre de recueils par

⁷⁶⁷ M. Boulouar Azzemou, « Le recueil légal en droit positif », *Dr fam.* n° 3 janvier 2009, art. préc.

⁷⁶⁸ L. Milliot, *introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 413.

⁷⁶⁹ Idem.

*kafala*⁷⁷⁰. Le constat de l'insuccès des recueils au bénéfice d'enfants abandonnés était patent. D'ailleurs, la loi marocaine de 1993, contrairement à celle de 2002, n'était pas conçue pour les enfants abandonnés. Le couple désireux de recueillir l'enfant était découragé par l'impossibilité de procéder à une concordance de nom.

En outre, le droit algérien et le droit marocain reconnaissent à l'enfant le soin de consentir à son propre recueil lorsqu'il est en âge de discernement⁷⁷¹. Cet âge étant fixé à 12 ans pour le droit marocain⁷⁷² et à 13 ans pour le droit algérien⁷⁷³. L'enfant apte à donner son consentement est celui dont les parents sont connus. Les textes n'évoquent pas le consentement de l'enfant de parents inconnus. Ce dernier n'aurait-il pas le droit de consentir à sa prise en charge ? Deux remarques sont à faire sur ce point.

En réalité, pour plus de logique, il aurait fallu exiger en plus du consentement de l'enfant s'il est en âge de discernement, et ce, qu'il ait ou non des parents, le consentement de ces derniers lorsqu'ils existent ou de l'organisme qui a la charge de l'enfant. Dans le cas où l'enfant n'a pas l'âge du discernement, le consentement de ses tuteurs suffit.

Sur le consentement de l'enfant, il semblerait que les Codes aient mal reflété les ouvrages du *fiqh*. L'hypothèse le plus souvent évoquée est celle d'un conflit entre les *koufala* et la famille biologique sur le maintien de l'enfant dans la *kafala*. En cas de conflit de ce genre, les savants musulmans préconisent de s'en remettre à la volonté de l'enfant lorsqu'il est en âge de discernement. En effet, en amont de la *kafala*, le consentement de l'enfant avec famille est sans importance au regard de celui des parents qui ont seuls le droit d'autoriser ou non un recueil légal. En revanche, l'exigence d'un consentement à la *kafala* de l'enfant abandonné doué de discernement est plus logique.

2- Les conditions tenant à la personne du titulaire de la *kafala*

L'intérêt de l'enfant étant la considération primordiale dans l'attribution de la *kafala*, ceux qui désirent accueillir un enfant doivent présenter toutes les garanties nécessaires à son épanouissement futur⁷⁷⁴. Ainsi la *kafala* peut être conférée à des époux ayant atteint l'âge de la majorité légale et qui sont moralement et socialement aptes à assurer l'entretien de l'enfant⁷⁷⁵. Plusieurs paramètres sont pris en considération dans l'attribution du recueil local. D'abord, la religion des candidats au recueil

⁷⁷⁰ Pour un détail, sur le chiffre corroborant ce constat voir l'annexe VI de la thèse d'Emilie Barraud, « Kafala et Migration... », thèse préc.

⁷⁷¹ Cela est conforme à l'article 12 de la CIDE qui dispose que « les États garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération, en regard à son jeune âge et son degré de maturité »

⁷⁷² Art 12 de la loi marocaine du 13 juin 2002 relative aux enfants abandonnés.

⁷⁷³ Cf. C. civ algérien art 40 de la version de 2005.

⁷⁷⁴ N. Aït Zaït, « La kafala en droit algérien » in H. Bleuchot (ss dir.), *Les institutions traditionnelles du monde arabe*, Khartala, p. 96.

⁷⁷⁵ Art 118 du Code algérien de la famille art 9 de la loi marocaine du 13 juin 2002 sur les enfants abandonnés.

légal puisque les époux doivent être musulmans. En effet, l'islam considère que l'enfant doit avoir la religion des ses parents lorsqu'ils sont connus⁷⁷⁶. Pour l'enfant abandonné, c'est la religion majoritairement pratiquée dans le pays où il est trouvé qui s'appliquera⁷⁷⁷. Ensuite sur le plan financier, les époux doivent disposer des moyens nécessaires pour élever l'enfant. La capacité financière sera appréciée au regard du nombre d'enfants et des charges qui pèsent sur les époux. Enfin une aptitude morale au recueil est exigée des époux dans la mesure où ils ne doivent pas avoir été condamnés pour des infractions à la morale commises contre des enfants.

La priorité est donnée aux couples sans enfants, mais le fait d'avoir des enfants ne constitue pas un obstacle à la *kafala*, à condition que tous ces enfants puissent bénéficier de façon égale des moyens dont dispose la famille⁷⁷⁸. Le recueil est aussi accordé aux célibataires qui remplissent l'ensemble de ces conditions. Les conditions sont les mêmes pour les établissements publics chargés de la protection de l'enfance ainsi que pour les organismes et associations à caractère social reconnues d'utilité publique aptes à assurer la protection des enfants, à leur donner une bonne éducation et à les élever dans la religion musulmane.

Pour protéger l'enfant contre un délaissement, la loi exige aussi du titulaire du recueil légal des garanties d'ordre procédural. La *kafala* est un acte juridique accordé devant un notaire ou devant un juge, ce qui confère à l'institution un caractère solennel. Le juge ou le notaire ont l'obligation de s'assurer que toutes les conditions exigées sont remplies pour accorder la *kafala*. Le droit marocain a mis spécialement en place une procédure développée pour que le cadre d'accueil de l'enfant ne soit pas aléatoire. La loi sur le recueil des enfants abandonnés du 13 juin 2002 confie au juge le soin de prononcer la *kafala*, d'en assurer le contrôle et de prendre les décisions les plus importantes relatives à l'enfant. Tout acte de *kafala* est précédé d'une enquête sociale visant à déterminer si les conditions pour une meilleure réussite de la *kafala* sont réunies par celui ou ceux qui demandent l'attribution de la *kafala*.

Le regard du juge sur la *kafala* est omniprésent, car, à tout moment, il peut prononcer l'annulation de la *kafala* pour y substituer toute mesure allant dans le sens de l'intérêt de l'enfant⁷⁷⁹. Le contrôle du juge est tellement important puisque la *kafala*, si elle est théoriquement une institution de bienfaisance, peut se muer dans la pratique en instrument de malfaisance. En effet, la *kafala* peut avoir une tout autre fonction : il peut s'agir de se garantir une aide domestique⁷⁸⁰ et cela au

⁷⁷⁶ Sur l'importance de la religion dans l'éducation de l'enfant voir : S. Aldeeb Abu-Sahlieh, « *Religion et droit dans les pays arabes* », PUB, 2009, p. 125 et s.

⁷⁷⁷ Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman*, *op. cit.*, p. 59.

⁷⁷⁸ M.-C Le Boursicot, « La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman... », art. préc. p. 283.

⁷⁷⁹ Y. Rabineau, « *Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français* », centre national de documentation du Maroc 2008, article aussi disponible sur : <http://www.jafbase.fr/docMaghreb/fichesRabineau/kafala>. L'article 19 du Code marocain met en effet à la charge du juge des tutelles le suivi et le contrôle de l'exécution de la kafala. Ce juge a le droit de mener des enquêtes sur la situation réelle de l'enfant.

⁷⁸⁰ Voir à ce sujet l'article E. Barraud sur « Les multiples usages sociaux de la kafala en situation de migration : protection et non-protection des mineurs recueillis », art. préc., p. 137.

détriment de la dimension éducative de l'institution. En raison de ces risques dramatiques pour l'enfant, le ministère marocain de la Justice a publié une circulaire⁷⁸¹ dont la finalité affichée est la lutte contre cette *kafala* d'esclavage. Cette circulaire adressée aux procureurs rappelle que les conditions exigées de la part des *kafils* visent à assurer à l'enfant un cadre approprié pour sa protection afin que son éducation se fasse dans un climat préparant son avenir.

Ces conditions ne doivent pas seulement avoir une existence théorique, elles doivent perdurer tout au long de la *kafala*. Le juge doit avoir la possibilité matérielle de vérifier leur véracité. A cette fin, la circulaire interdit la *kafala* internationale. Aucun étranger non résident au Maroc ne sera admis à recueillir un enfant au Maroc. Cette attitude copieusement décriée a été qualifiée de dramatique, elle aura pour conséquence une diminution des placements dans les familles⁷⁸². L'avantage à lui reconnaître est qu'elle permet de procéder à un suivi de la *kafala*. Ce suivi est d'autant plus important que la relation de *kafala* devient parfois conflictuelle et débouche parfois sur un retour de l'enfant à l'orphelinat⁷⁸³.

B- Des effets exclusivement tournés vers l'enfant

La *kafala* rapproche la situation de l'enfant recueilli de celle de l'enfant adopté en ce que celui-ci cohabite avec ses *koufala* qui sont titulaires de tous les droits découlant du lien de filiation sauf le droit d'hériter. Malgré l'absence de lien de filiation entre les parties, la *kafala* met à la charge du *kafil* une série d'obligations et entraîne également certaines conséquences relevant du droit pénal et du droit social. La prise en charge par *kafala* est complète, elle recouvre tous les aspects du besoin de l'enfant. Ainsi la personne qui assure la *kafala* est chargée de toutes les obligations relatives à l'entretien, à la garde et à la protection de l'enfant. Elle doit aussi veiller à élever l'enfant dans une ambiance saine. L'inexistence d'une filiation fictive fait que les effets de la *kafala* n'existent que pendant la minorité de l'enfant. De surcroît, l'enfant une fois majeur ne doit rien juridiquement à la famille qui l'a élevée. Il n'est en effet tenu par aucune obligation alimentaire. Pendant la *kafala*, l'enfant est assimilé à un enfant du *kafil* puisque les dispositions des codes de statut personnel renvoient en générale vers les règles relatives à la tutelle paternelle et à la garde, c'est-à-dire à la *wilaya* et à la *hadana*⁷⁸⁴. Les effets qu'elle entraîne sont de deux ordres : des effets extrapatrimoniaux (1) et des effets patrimoniaux (2).

⁷⁸¹ Voir circulaire n° 40S/2 du 19 septembre 2012 du ministère marocain de la justice, disponible sur : www.ejdp.admin.ch.

⁷⁸² Jouad Mdidech, « Les étrangers n'ont plus droit à la *kafala*, les associations protestent », LAVIEÉco du 30 octobre 2012.

⁷⁸³ Ibidem.

⁷⁸⁴ La *Hadana* dure un temps qui varie en fonction des pays et des écoles, dans les pays d'obédience malékite, la garde de l'enfant cesse à la majorité (soit 18 ans) de l'enfant, et cela aussi bien pour le garçon que pour la fille. Au Maroc, le Code de la famille énonce que la *hadana* peut durer jusqu'à la majorité légale. Pour une vision d'ensemble sur la

1- Les effets extrapatrimoniaux

Pour un esprit élevé dans la culture juridique française, la *kafala* renferme un paradoxe tenant au refus de créer une filiation fictive et le fait de mettre à la charge du *kafil* certaines obligations découlant normalement d'un lien de filiation. Par ailleurs, il serait maladroit de dire que le *kafil* est titulaire de l'autorité parentale puisque le pouvoir sur l'enfant en droit musulman n'obéit pas à un principe de coparentalité, mais plutôt à un principe de répartition. A la mère revient le droit de la *hadana* et au père appartient la *wilaya*. Cette répartition des rôles parentaux s'applique logiquement à la *kafala* puisque l'enfant est assimilé à un enfant légitime. Les pouvoirs sur l'enfant sont exercés par les *koufala* (a). De plus, ces derniers doivent une obligation d'entretien à l'enfant (b).

a- Les pouvoirs sur l'enfant exercés par le *kafil*

La particularité du droit musulman réside dans la distinction opérée entre l'autorité exercée par le père et celle exercée par la mère. Cette répartition a souvent créé une confusion en occident⁷⁸⁵. Le droit musulman raisonne en termes de complémentarité entre les pouvoirs attribués aux parents. Ainsi le père exerce la *wilaya* qui associe l'idée de protection, de tutelle, d'administration légale et de puissance paternelle⁷⁸⁶. L'acte de *kafala* transfère cette puissance paternelle au *kafil*. Ce droit implique pour l'homme qui prend en charge l'enfant une obligation de garde de l'enfant qui doit demeurer avec lui. Le *kafil* a aussi le droit de surveiller l'enfant, de le diriger et de lui assurer une éducation obligatoire⁷⁸⁷. Le *kafil* se voit aussi conférer le pouvoir d'autoriser le mariage du mineur dont il a la *kafala*. Lorsque l'enfant pris en charge est une fille, le *kafil* a le droit de s'opposer discrétionnairement à son mariage. Cependant, la femme célibataire *kafil* n'est pas habilitée à être une tutrice matrimoniale. Dans cette hypothèse, le rôle de tuteur matrimonial est exercé par le juge. Pour exercer la puissance paternelle, le *kafil* dispose d'un droit de contrainte à l'égard de l'enfant recueilli. Il peut cependant en être déchu judiciairement en cas d'abandon matériel ou moral de l'enfant ou d'un comportement nuisible pour sa personne.

question voir N. M. Mahieddin, « L'enfant entre ses droits et ses intérêts en droit musulman et en droit algérien », in H. Fulchiron (ss dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers le monde*, Bruylant, 2004. p. 273 et s. Voir aussi, H. Bouchareb-Cassar, *Les conséquences des ruptures conjugales entre le nord et le sud*, L'Harmattan 2012, p. 104, Adde, F. Blanmailland et C. Verbrouck, « Code sans frontières. La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain », *Rev. dr. étr.* 2004, p. 560.

⁷⁸⁵ H. Bouchareb-Cassar, *op. cit.*, p. 103.

⁷⁸⁶ J. Gilissen, « Le statut de l'enfant dans le droit musulman malékite et son évolution dans le Maghreb actuel », *Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, édition de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1975, T. XXXV, p. 348.

⁷⁸⁷ N. Yousni Haddad, « La kafala en droit algérien », in J. Pousson-Petit (ss dir.), *L'enfant et la famille nourricière en droit comparé*. Presse universitaire de Toulouse, p. 144.

Lorsque l'enfant recueilli par *kafala* est mineur, la *hadana* appartient en principe à l'épouse. Prérogative essentiellement féminine, elle consiste au droit d'élever, de soigner et de veiller sur l'enfant. La *hadana* n'est pas souvent mise en évidence dans le cadre de la *kafala*, mais elle appartient en principe à l'épouse dans l'hypothèse où les *koufala* sont mariés. Cette affirmation est déduite de l'esprit assimilationniste de la *kafala* qui veut que le soin donné à l'enfant pris en charge soit le même que celui apporté à l'enfant légitime.

b- L'obligation d'entretien du *kafil*

Comme pour les enfants légitimes, la loi prévoit pour les enfants recueillis par la *kafala* une obligation d'entretien qui pèse évidemment sur le *kafil*. Cette obligation d'entretien constitue le noyau de la *kafala*. Elle est clairement mise en évidence par les textes⁷⁸⁸ et se concrétise par l'obligation alimentaire à la charge exclusive du *kafil*⁷⁸⁹. Elle concerne aussi l'habillement et le loisir dans la limite des capacités financières du *kafil*. Ce devoir du *kafil* dure jusqu'à la majorité pour les garçons et au mariage pour les filles. La situation du mineur pris en charge est calquée sur celle de l'enfant légitime. En principe l'obligation d'entretien cesse à la majorité de l'enfant *makfoul*, toutefois en raison des liens affectifs tissés pendant la *kafala*, la doctrine estime qu'elle dure au-delà de la majorité et cette fois-ci de façon réciproque.

L'obligation d'entretien implique un devoir d'éducation pour le *kafil* qui est tenu d'assurer à l'enfant une scolarité normale dont il doit observer le bon déroulement. Elle s'étend aussi à la formation professionnellement lorsque la situation du mineur l'exige. Les frais éventuels sont à la charge du *kafil*. Le *kafil* doit veiller à la protection de l'enfant, c'est-à-dire lui assurer les conditions de logement décent et lui donner les soins nécessaires en cas de maladie. C'est justement cette obligation d'entretien qui explique que la *kafala*, avec ou sans concordance de nom, ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour la filiation légitime⁷⁹⁰. Par ailleurs, il faut noter qu'en droit musulman, il est interdit aux parents de discriminer les enfants dans leur entretien. De ce fait, comme le *makfoul* est assimilé à un enfant légitime, le *kafil* ne doit pas lui consacrer une attention moindre par rapport à celle accordée à ses enfants par le sang.

⁷⁸⁸ L'article 116 du Code algérien définit déjà la *kafala* comme l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur. L'article 2 de la loi marocaine du 13 juin 2002 sur les enfants abandonnés donne une définition avec des termes identiques.

⁷⁸⁹ N. Yousni Haddad, « La *kafala* en droit algérien », art. préc., p. 144.

⁷⁹⁰ N. Aït Zaït, « La filiation dans le mariage et hors mariage – La *kafala* », in *L'enfant en droit musulman*, acte de colloque préc., p. 322.

2- Les effets patrimoniaux de la *kafala*

En instituant la *kafala*, le législateur a voulu rapprocher la situation du *kafil* de celle d'un enfant légitime. Le titulaire du recueil légal est titulaire à son égard de la tutelle légale⁷⁹¹. Cette qualité de tuteur confère certaines prérogatives au *kafil* surtout lorsque l'enfant possède des biens. Dans cette hypothèse, ces biens sont administrés par le *kafil* dans l'intérêt de l'enfant (a). De surcroît, le *kafil* est tenu de représenter le *makfoul* (b) de même qu'il est civilement responsable des actes délictueux du mineur conformément au droit commun (c). A part ces effets justifiés par le fait que le *kafil* a la tutelle, la *kafala* n'octroie pas de droits successoraux légaux (d).

a- L'administration légale des biens de l'enfant pris en charge

En droit algérien, elle découle de la combinaison des articles 122 et 88 du code de la famille. Le *kafil* est l'administrateur de droits des biens que l'enfant possède déjà au moment de sa mise en *kafala* ou qu'il peut recueillir plus tard comme don ou leg. La loi met à la charge du *kafil* l'obligation d'administrer ses biens en bon père de famille au mieux de l'intérêt du mineur. A la différence du père le *kafil* agit comme simple mandataire et ne peut s'approprier que les fruits de ces biens. Le *kafil* est habilité à accomplir seul tous les actes de la gestion courante qui ont un caractère conservatoire. Pour les actes les plus graves qui affectent le patrimoine de l'enfant, il doit solliciter l'aval du juge. Ainsi en est-il des actes comme la vente, le partage, l'hypothèque entre autres. L'administration des biens prend fin à la majorité de l'enfant, au décès du *kafil* ou en cas de déchéance de la *kafala*.

b- La représentation du mineur

En principe le *kafil* représente l'enfant qu'il a pris en charge dans tous les actes de la vie courante. En droit musulman, les actes accomplis par une personne mineure, n'ayant pas atteint l'âge du discernement, sont nuls et le tiers ne peut évidemment demander en justice l'exécution⁷⁹². L'enfant mineur ne peut accomplir des actes qu'à travers le système de la représentation légale. Néanmoins, tous les actes passés par un mineur ne sont pas nuls : le mineur ayant atteint l'âge de discernement, de même que celui qui n'a pas atteint sa majorité, ont une capacité limitée par la loi. En effet, les

⁷⁹¹ Article 121 du Code algérien de la famille et l'article 22 de la loi marocaine du 13 juin 2002 relative à la *kafala* des enfants abandonnés.

⁷⁹² F. Cadoz, *Droit musulman malékite*, Barre-Sur-Aube, Paris, 1870, p. 97.

actes passés par le mineur doué de discernement sont valables s'ils lui sont profitables, dans le cas contraire ils sont nuls⁷⁹³.

Par ailleurs, le discernement est un signe de maturité qui permet au mineur de prendre en charge lui-même la gestion de ses biens. Le juge peut, lorsqu'il a la preuve de ce discernement, autoriser les mineurs à disposer de la totalité de ses biens. Les actes accomplis après cette autorisation judiciaire demeurent valables même s'ils ne sont pas profitables pour le mineur⁷⁹⁴.

c- La responsabilité civile du *kafil*

Outre le devoir de représentation, le *kafil* est responsable des actes délictuels du *makfoul*. En effet, le *kafil* est tenu d'une obligation de surveillance à l'égard de l'enfant qu'il recueille⁷⁹⁵. Cette obligation de réparer des dommages causés par le *makfoul* découle de l'acte de *kafala*. Néanmoins, cette responsabilité du *kafil* du fait des actes commis par le *makfoul* disparaît lorsque le mineur a atteint l'âge de discernement. De la même façon, cette obligation n'existe pas en cas d'insolvabilité du *kafil*. Ce dernier dispose aussi du moyen de s'exonérer lorsqu'il apporte la preuve qu'il a bien rempli son devoir de surveillance ou qu'il prouve le caractère inévitable du fait dommageable⁷⁹⁶. Le système de *kafala* donne au *kafil*, les mêmes devoirs que le père biologique. Remarquons ici que le défaut de lien de filiation n'est pas un obstacle à cela. Toutefois, il demeure un domaine où le *kafil* ne dispose pas du même droit que le père : celui des successions. L'enfant et le *kafil* ne peuvent hériter l'un de l'autre.

d- L'absence de droits successoraux dans la *kafala*

Le *makfoul* n'étant pas uni à la famille d'accueil par un lien de sang, il ne peut avoir la qualité d'héritier *ab intestat*. Comme cette relation est fondée sur la bienfaisance, le *kafil* peut l'instituer comme donataire ou légataire des biens. Rappelons que la principale raison de la mise à l'écart de l'adoption tient à son impact sur la dévolution successorale⁷⁹⁷. Elle risque d'écarter de la succession certains proches et réduirait la part légal revenant aux enfants légitimes. En droit musulman, deux

⁷⁹³ V. art 43 du Code algérien de la famille et art. 225 de la Moudawana marocaine.

⁷⁹⁴ Art 84 du Code algérien de la famille pour plus de détail sur ce point voir N. Aït Zaït, « La filiation dans le mariage et hors mariage... », art. préc. p. 83.

⁷⁹⁵ Art 134 du Code algérien de la famille et art 22 de la loi marocaine de 2002 sur les enfants abandonnés qui renvoie à l'article 85 du Code des obligations et des contrats du 12 aout 1913.

⁷⁹⁶ La situation du *kafil* étant sur beaucoup de points alignée sur celle du père en matière de tutelle et de responsabilité, on présume que toutes les causes d'exonération reconnues par la loi au père biologique profitent au *kafil*.

⁷⁹⁷ B. Moutassem-Mimouni, « Naissances et abandon en Algérie », Karthala, p. 198.

tiers de la succession doit rester pour les héritiers légaux, le tiers restant peut faire l'objet d'un testament⁷⁹⁸. Cette règle est d'ordre public, aucune atténuation ne peut lui être apportée. Le testeur a seulement la faculté de disposer le tiers de sa fortune destiné aux non-successibles. Certaines interprétations tendent à nier l'absence de testament en droit musulman⁷⁹⁹. Or, il serait plus juste de dire que le testament existe en droit musulman, mais qu'il n'a de validité juridique que pour le tiers disponible qui demeure cependant un maximum.

Au vu de cette règle du droit musulman des successions, le *kafil* peut léguer, après sa mort, à son *makfoul*, le tiers de ses biens⁸⁰⁰. Dans le cas où les biens légués à l'enfant recueilli dépassent le tiers, le legs reste valable sauf s'il est remis en question par les héritiers. En cas de contestation par les héritiers, la quotité sera ramenée au tiers du patrimoine de la succession.

La *kafala* est souvent dénoncée pour les droits successoraux insuffisants qu'elle octroie à l'enfant pris en charge qui est défavorisé par rapport aux enfants biologiques du *kafil*. Un tel constat mérite d'être nuancé dans la mesure où le *makfoul* pourrait de par son statut profiter d'un traitement avantageux par rapport aux héritiers légaux.

Pour l'illustrer prenons l'exemple⁸⁰¹ d'un *de cujus* qui laisse quatre enfants mâles légitimes et un enfant pris en charge dans le cadre d'une *kafala* auquel il a légué le tiers de son patrimoine. Il laisse un patrimoine contenant trois maisons d'égale valeur et une somme d'argent suffisante pour parer aux frais de ses funérailles. Il décède sans laisser des dettes. Dans la liquidation, il y a un ordre de priorité prévu par le droit musulman. Avant l'attribution de toute part successorale, doivent être sortis de la masse successorale, les frais de funérailles et la somme nécessaire pour épurer le passif successoral. L'exécution testamentaire vient ensuite, avant le partage des biens entre les héritiers légaux. Comme l'exécution testamentaire reste préalable à toute attribution des quotes-parts successorales. Dans notre exemple, le *makfoul* va pouvoir bénéficier d'un tiers du patrimoine soit la valeur de la totalité d'une maison alors que les quatre enfants légitimes vont se partager la valeur de deux maisons restantes. Cet exemple montre bien que le statut de *makfoul* est parfois largement plus avantageux que le statut d'adopter sur le plan successoral. Si l'enfant était assimilé à un enfant légitime, il aurait eu moins que cette part. Toutefois, il n'empêche qu'en réalité, la situation du *makfoul* est aléatoire et dépendra du nombre d'héritiers légaux et de la volonté de son *kafil*. D'ailleurs, pour plus d'équité, il est permis au *kafil* de tester moins que le tiers en faveur du *makfoul* afin d'atteindre une égalité avec les héritiers légaux.

Lorsque le lien de *kafala* se noue dans la réussite avec un sentiment d'affection réciproque entre l'enfant et celui qui lui a rendu service. Il n'est pas rare que le *kafil* gratifie celui qu'il considère

⁷⁹⁸ Cette règle résulte d'un hadith prophétique. Un homme qui a pour seule héritière une fille demande au prophète l'autorisation de disposer de la moitié de ses biens par testament. Le prophète lui répond que la moitié représente beaucoup et qu'il serait mieux de disposer du tiers. Voir G.H. Bousquet, « *L'authentique tradition musulmane* », trad. Sahih d'El Boukhari col. Sindbab 1968, p. 213.

⁷⁹⁹ K. Choukri, « Les aspirations conflictuelles sur le droit de l'adoption », *RASJP*, 1994, p. 16.

⁸⁰⁰ Cette règle est reprise dans le cadre de la *kafala* par l'article 123 du Code algérien de la famille et l'article 23 de la loi marocaine sur les enfants abandonnés.

⁸⁰¹ Cet exemple est montré par K. Choukri, « Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption... », l'art. préc., p. 16.

comme son fils d'un cadeau successoral conséquent en violation de la loi. En effet, la famille nourricière, pour contourner la rigidité du droit des successions, a parfois recours à une pléthore de moyens comme la vente à vil prix ou l'ouverture d'un compte d'épargne.

Concernant la révocabilité des libéralités faites à l'enfant *makfoul*, il faut distinguer deux hypothèses. S'il a bénéficié d'une donation entre vif, elle n'est pas révocable⁸⁰². En effet, si les donations faites par un père pour ses enfants sont en principe révocables, les donations faites à un tiers sont irrévocables. Le *makfoul* étant perçu juridiquement comme un tiers dans sa famille d'accueil, les donations qui lui ont été faites du vivant du *kafil* sont irrévocables même en cas d'annulation de la *kafala*⁸⁰³. Pour le leg, le *kafil* peut à tout moment revenir sur son testament avant sa mort⁸⁰⁴.

Les effets de la *kafala* montrent une certaine ambiguïté, sur certaines questions le *makfoul* est assimilé à un enfant légitime, sur d'autres il demeure étranger à la famille d'accueil. Aujourd'hui, les tendances législatives affectant la *kafala* montrent un enrichissement de l'institution visant à intégrer davantage l'enfant recueilli dans sa famille d'accueil.

Section 2- Les améliorations législatives à la *kafala*

Le recueil légal présente plusieurs lacunes dénoncées comme préjudiciable à l'enfant⁸⁰⁵. La prise en charge de l'enfant est provisoire et ne dure que le temps de la minorité de l'enfant. A la majorité, le lien de *kafala* a vocation à disparaître. Ensuite, dans le droit musulman classique il est clairement dit que l'affiliation n'est que partielle et que l'enfant recueilli ne prend en aucune façon le nom de sa famille d'accueil⁸⁰⁶. Et cela peu importe la situation de l'enfant, qu'il soit de filiation connue ou de filiation inconnue. Enfin, l'institution de la *kafala*, contrairement à l'adoption ne crée aucun droit au profit du *makfoul*. Elle se veut une solution d'urgence pour les enfants en détresse tandis que les *koufala* construisent une relation de parentalité qu'ils conçoivent aussi durable et permanente que le sang⁸⁰⁷. C'est pourquoi son caractère révocable est déconcertant et parfois décourageant pour ceux qui veulent offrir une famille à l'enfant⁸⁰⁸.

⁸⁰² Art 211 Code algérien de la famille.

⁸⁰³ N. Yousni Haddad, « La kafala en droit algérien », art. préc. p. 147.

⁸⁰⁴ Art 287 du Code marocain de la famille.

⁸⁰⁵ L. Prévost, « Intégration de l'enfant sans généalogie en Algérie et en Tunisie : kafala ou adoption », *Studi Arabo-Islamici del PISAI* n°8 1996, p. 156.

⁸⁰⁶ Les textes coraniques sont très clairs, la Sourate 5 du Verset 33 énonce en effet au sujet des enfants dont on ignore le père, « appelez le par le nom de son père. C'est plus équitable auprès de Dieu. Si vous ne connaissez pas leur père, considérez-les alors comme vos frères en religion ou vos clients ».

⁸⁰⁷ E. Barraud, « *Kafala et Migrations..* », thèse préc. p. 439.

⁸⁰⁸ T. Tidafi, « Rendre irrévocable la *kafala* », *El Watan* n° 2679 du 1 octobre 1999.

L'esprit de la *kafala* s'est construit contre le modèle de l'adoption. Néanmoins, aujourd'hui, l'adoption semble correspondre le mieux aux aspirations des *kafils* qui sont le plus souvent des couples stériles. Pour ces derniers, la *kafala* est plus un obstacle qu'une solution. Pour répondre à leurs vœux sans pour autant contrarier l'interdit de la filiation mensongère, des réformes sont menées dans les pays du Maghreb pour renforcer l'intégration de l'enfant dans sa famille d'accueil (§1). Toutefois, ces réformes, bien qu'allant dans le sens de ce que souhaitaient les associations, sont tout de même insuffisantes (§2).

§1- Les mesures tendant à renforcer l'intégration de l'enfant dans sa famille d'accueil

Lorsque le placement de l'enfant est effectué en raison de l'incapacité des parents à subvenir à ses besoins, la *kafala* est le meilleur outil garantissant à la fois l'intérêt de la famille biologique et celui de l'enfant. Elle donne aussi « au preneur en charge » les pouvoirs qu'il faut pour gouverner la personne de l'enfant. Pour cette catégorie d'enfants, il n'est pas normal de rechercher une intégration juridique totale dans la famille d'accueil. Pour les enfants abandonnés, au delà du besoin de soin exigé par leur situation, demeure un besoin fondamentale d'identité familiale. Or, la finalité de la *kafala* se limite à une prise en charge d'ordre alimentaire assortie d'une interdiction d'influer sur l'identité de l'enfant notamment sur le nom⁸⁰⁹. Ce refus d'intégration identitaire constitue pour les familles d'accueil une véritable chape de plomb. En effet, avant l'accord officiel donné par le législateur marocain et algérien à la concordance de nom, l'enfant abandonné avait droit à une suite de prénoms dont le dernier faisait office de nom. L'absence de concordance de nom trahissait l'origine de l'enfant que les familles d'accueil s'employaient à cacher avec angoisse. Il fallait donc améliorer le régime juridique de la *kafala* pour plus d'intégration de l'enfant⁸¹⁰. Sous la pression des associations et des services d'assistance publique, les *kafala* algérienne (A) et marocaine (B) autorisent une concordance de nom entre l'enfant recueilli et sa famille d'accueil.

A- La concordance de nom en Algérie

Compte tenu de l'impact négatif résultant de l'impossibilité pour le *kafil* de transmettre son nom, les organismes de l'assistance publique ont voulu chercher une solution plus pragmatique. Ce défaut de concordance de nom risquait de refréner le nombre de plus en plus important de

⁸⁰⁹ T. Odohane, *Itinéraires déracinés, journal de bord d'un psy de cité*, L'Harmattan 2001, p. 92.

⁸¹⁰ M. Merdaci, *Enfants abandonnés en Algérie, la clinique des origines*, L'Harmattan, Histoires et perspectives méditerranéennes, 2007, p. 148.

demandeurs de *kafala* enregistré depuis la mise en place de la *kafala* en Algérie. On songeait à l'époque à traiter la question de la concordance de nom sur le fondement du décret algérien du 3 juin 1971 qui permettait effectivement de changer de nom lorsqu'il y avait des motifs légitimes de le faire. Cette idée n'a pas eu de suite puisque la situation du *makfoul* abandonné était un peu particulière : il lui fallait non pas un changement de nom, mais l'attribution d'un nom d'une famille. C'est pourquoi les autorités algériennes ont réagi avec un décret du 13 janvier 1992 pris sur le fondement d'une *fatwa* des autorités religieuses⁸¹¹. La concordance de nom ainsi accordée constitue un effort d'adaptation aux nécessités du monde contemporain (1). Ce décret a eu l'effet escompté puisque, dans les faits, il s'est traduit par un envol du nombre d'enfant pris en charge (2).

1- Un effort d'adaptation aux nécessités du monde contemporain

Le décret du 13 janvier 1992 constitue en réalité un compromis entre la position conservatrice du milieu traditionnel attaché aux préceptes du droit musulman classique et les conceptions souples des modernistes. Ce décret permet à l'enfant *makfoul* d'obtenir le nom de la famille d'accueil sur tous les papiers de l'état civil. La concordance de nom a été accueillie avec satisfaction par l'opinion publique qui a estimé qu'elle ne faisait que réparer une partie des injustices dont sont victimes les enfants abandonnés⁸¹². Les premiers bénéficiaires en sont les enfants abandonnés ainsi que les familles qui ont vu ainsi leur long combat pour cette cause couronné de succès.

Pourtant, malgré la prise en compte des avis religieux, quelques voix se sont élevées pour dénoncer l'amorce d'un dérapage vers la consécration de l'adoption. Par ailleurs, des magistrats ont carrément refusé l'application de ce décret parce qu'il y avait selon eux un déguisement de l'adoption. C'est dire combien la question de l'adoption est d'une sensibilité telle que la moindre réforme ne fait jamais un consensus total. Les opposants à cette concordance de nom voient dans le nom une émanation exclusive de la filiation. Ils considèrent que le nom, même détaché de la filiation, est source d'ambiguïté. L'enfant risquerait de passer aux yeux de la collectivité comme issu de la famille d'accueil. Les initiateurs de la réforme, quant à eux, s'appuient sur la dynamique que renferme le droit musulman à travers la notion de *ijtihad*. Ils avancent l'idée selon laquelle le droit musulman ne saurait accomplir sa mission si ses règles ne sont pas courageusement revues en fonction des nécessités du présent⁸¹³. En choisissant cette voie intermédiaire entre préceptes coraniques et exigences de la vie moderne, ils développent un raisonnement sur le nom de famille moderne parce qu'il est devenu obligatoire pour tout citoyen algérien. Le nom changerait de

⁸¹¹ Décret exécutif 92-24 du 13 janvier 1992 complétant celui du 3 juin 1971 relatif au changement de nom, V°. J O algérien, 1992, p. 113.

⁸¹² Y. Haddad, « La kafala en droit algérien », art. préc. p. 149.

⁸¹³ L'*ijtihad* est l'effort intellectuel sur l'interprétation des textes afin de leur permettre de s'adapter aux besoins du moment sans pour autant altérer la substance des valeurs de l'islam.

signification, on serait passé d'une définition traditionnelle fondée sur la filiation paternelle à une définition fondée sur l'identité personnelle⁸¹⁴. Leur argument principal est que la concordance de nom dans le cadre de la *kafala* n'est que circonstancielle et qu'elle n'a aucune incidence sur les règles en matière de successions et d'empêchements à mariage⁸¹⁵. Il s'agirait donc d'une réforme salubre et prudente au regard du droit musulman. L'objectif de la réforme n'est donc pas d'assimiler l'enfant recueilli à un enfant légitime. Cette mesure en trompe-l'œil est moins un subterfuge qu'un compromis qui viserait tout simplement à protéger l'enfant contre le regard accusateur de la société⁸¹⁶.

Sur le fond, la concordance de nom profite désormais aux enfants de filiation inconnue. Lorsque la mère de l'enfant est connue, elle doit en principe consentir à l'attribution du nom des *koufala* à son enfant. De surcroît, l'existence d'un lien de *kafala* établi selon les normes en vigueur conditionne l'octroi du nom de la famille d'accueil à l'enfant. Le demandeur doit donc justifier de l'établissement de ce dernier par le juge ou par le notaire. Le document délivré par ces autorités constitue une pièce incontournable sans laquelle le changement de nom ne pourra avoir lieu. La procédure de changement de nom ne concerne que les enfants de filiation inconnue. Enfin, la demande ne peut avoir pour objet qu'un enfant mineur n'ayant pas atteint la majorité le jour de l'introduction de la demande.

Sur le plan procédural, le changement de nom a été facilité pour plus de souplesse et plus de rapidité. Pour obtenir la concordance de nom, le *kafil* adresse une demande au ministère de la Justice qui la transmet après étude au président du tribunal de grande instance. Ainsi, dans un objectif de célérité, il n'y a pas de procédure de publicité et d'établissement d'un décret pour le changement de nom dans le cadre d'une *kafala*⁸¹⁷. La modification du nom est effectuée par voie d'ordonnance du président du tribunal de grande instance, sur réquisition du ministère public trente jours après l'introduction de la demande. L'esprit de la réforme introduite par l'ordonnance 13 janvier 1992 est d'écarter tout obstacle dans l'aboutissement de la procédure qui est ainsi simplifiée à l'extrême⁸¹⁸. L'officier de l'état civil après réception de l'ordonnance du président du tribunal

⁸¹⁴ M. Borrmans, « *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours* », Paris, La Haye Mouton, p. 349.

⁸¹⁵ Dans une lettre de l'association algérienne, « enfance et familles d'accueil bénévole » (AAEFAB), adressée au président de l'association des imams pour l'interroger au sujet de la concordance de nom, il répond « *si cette apparentée n'est dans le but de faire bénéficier l'enfant de l'héritage ou de proscrire ce qui ne l'est pas, tel le mariage avec la fille du père adoptif, il est permis de donner le nom* », V^o. thèse E. Barraud, annexe VIII. p. 129

⁸¹⁶ Comme il a été dit dans la première partie, la *kafala* constitue un moyen d'intégration des enfants naturels qui sont le plus souvent abandonnés lorsqu'ils ne sont pas tués. Tout comme dans France ancienne où le bâtard était considéré comme le produit « de la licence de mœurs », « fruits honteux de la corruption, la culture arabe le désigne péjorativement et ne le voit pas d'un bon œil.

⁸¹⁷ Dans la procédure ordinaire de changement de nom qui résulte des articles 2 et 3 du décret de 1971, il est nécessaire de faire une publication de la requête de changement de nom dans la presse locale pour l'information des tiers. Dans le cadre de la *kafala*, l'article 5 du décret de 1992 interdit cette publicité. Elle serait en réalité contreproductive puisque l'objectif du décret est de cacher la condition de l'enfant trouvé souvent perçu comme un enfant illégitime.

⁸¹⁸ Le changement de nom étant une question relevant du statut personnel, elle rentre à ce titre dans le cadre du pouvoir réglementaire et législatif selon la constitution algérienne. Pour mieux servir l'intérêt de l'enfant, une question

procède aux modifications nécessaires dans le registre d'état civil. Lorsque l'enfant trouvé avait déjà un nom fictif, ce dernier est effacé au profit de celui de la famille d'accueil. Il est mentionné en marge de l'acte de naissance que ces modifications sont effectuées sur le fondement de l'ordonnance. Rappelons que ce changement de nom est neutre au regard de la filiation puisque l'enfant est inscrit comme sans filiation connue. Néanmoins, le nom ainsi donné est définitivement acquis pour l'enfant.

Dans le fait, cette réforme n'a apporté aucun changement, puisqu'avant l'ordonnance les enfants n'étaient inscrits à l'état civil qu'au moment de leur placement, ce qui facilitait déjà la concordance de nom entre *kafil* et *makfoul*. Le législateur algérien a fait sur ce point comme la note un auteur, une véritable ignorance de la pratique dans l'état civil⁸¹⁹. Les règles de l'état civil n'étaient pas respectées puisque l'enfant était confié à une famille dont il portait déjà le nom.

2- L'envol du nombre de *kafala* consécutif à la concordance de nom

Le décret algérien sur la concordance de nom visait à protéger l'enfant, néanmoins il a eu un impact positif sur le nombre d'enfants pris en charge par des familles. La raison de cet engouement pour la *kafala* tient à ce que *kafil* et *makfoul* sont renforcés dans leur position et protégés contre les stigmatisations et le sentiment de malaise qui en résulte. Malgré l'hostilité affichée par certains à cette concordance de nom, les chiffres sont sans appel, 3.350 changements de nom ont été autorisés par le ministre de la Justice en 1992, ce chiffre est passé 3.512 en 1993⁸²⁰. Cet envol est confirmé par les travailleurs sociaux qui eux avancent une hausse de 50% dans les deux ans ayant suivi l'autorisation de la concordance de nom. Les acteurs et chercheurs sont unanimes pour affirmer que le décret a été le catalyseur d'un changement profond des mentalités et des pratiques.

Toutefois, cette tendance a été atténuée par d'autres facteurs exogènes comme la crise économique et les troubles politiques⁸²¹. A cela s'ajoute une circulaire de la direction générale des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'intérieur émise le 28 août 1994 interdisant toute retranscription de la *kafala* dans le livret de famille et le port du nom du *makfoul* dans le passeport du *kafil*. Cette circulaire a jeté le trouble dans le milieu associatif dans la mesure où elle

d'état de personne est transformée en une question d'état civil. Une transgression mineure de la constitution qui sert un objectif noble.

⁸¹⁹ N. Aït Zaït, Mémoire de Magister Droit 1988, p. 189.

⁸²⁰ V. E. Barraud, « *Kafala et Migrations...* », thèse préc., annexe VIII, T. 2, p. 141.

⁸²¹ A partir 1994 l'Algérie est confrontée à une longue période de terrorisme qui s'accompagne d'une crise économique sans précédent. Ces éléments ont fortement ralenti l'augmentation du nombre d'enfants pris en charge. Cette période de ralentissement est largement mise en évidence dans les statistiques faites à cette époque. En 1995, le nombre de placements culminait à 2400, en 1996 il était de 1800, puis cette chute s'est poursuivie en 1997 avec 1636 placements. V°. *Revue Salem* de l'AAEFAB 2006, p. 4.

altère l'esprit du décret de 1992 sur la concordance de nom⁸²². Outre l'intégration dans la famille d'accueil, c'est la relation avec les institutions publiques (écoles et mairie) qui est remise en cause.

B- Les apports de la loi marocaine du 13 juin 2002 relative à la *kafala* des enfants abandonnés

Compte tenu de l'inadaptation de la loi marocaine du 10 septembre 1993 à la prise en charge de l'enfant en situation d'abandon, le législateur a jugé bon de promulguer la loi du 13 juin 2002 spécialement dédiée à la *kafala* des enfants abandonnés. Cette nouvelle loi contient des dispositions vraiment soucieuses d'offrir un milieu d'accueil et une identité aux enfants abandonnés dont la seule identité se résumait auparavant à un matricule. Avant cette loi, protéger le *makfoul* contre la déconsidération collective à raison de sa situation, l'officier de l'état civil mentionnait sur son acte de naissance un prénom et un nom de famille fictif. L'officier d'état civil indiquait en marge de l'acte de naissance que le nom et prénom de l'enfant lui ont été choisis, toutefois ces mentions n'apparaîtront pas sur l'acte de naissance délivré à l'enfant, elles resteront confinées dans une copie entre les mains de l'officier d'état civil⁸²³. L'intention du législateur est d'éviter toute éventuelle discrimination de l'enfant dans la société, c'est pourquoi il lui délivre un acte de naissance ayant les mêmes caractéristiques que les autres actes marocains. La protection de l'honneur de l'enfant est assurée par le juge puisque la procédure posée par la loi du 13 juin 2002 est entièrement judiciaire. Elle n'évince pas cependant la *kafala* notariale destinée aux enfants de filiation connue. Cette dernière n'est pas une quasi-adoption, contrairement à la *kafala* des enfants abandonnés qui s'approche de plus en plus de l'adoption dans le sens où la concordance de nom est possible entre les parties à la *kafala*.

La loi marocaine de 2002 a éliminé l'interdiction faite au *makfoul* de porter le nom de son *kafil*. Disons-le, la loi marocaine est silencieuse sur la concordance de nom. Ce vide juridique doit être interprété dans le sens de la permission, puisqu'aujourd'hui, le *kafil* qui veut changer le nom de l'enfant pour le mettre en concordance avec le sien doit adresser une demande dans ce sens au président de la haute commission de l'état civil au ministère de l'intérieur. La demande doit comprendre toutes les pièces exigées, outre la demande écrite en arabe retraçant les motifs du changement de nom, la fiche d'état civil ainsi que le jugement de *kafala* doivent être produits⁸²⁴.

⁸²² M. Rachidiou, *El watan* du 8 janvier 2006.

⁸²³ Une mère naturelle dont l'enfant n'a pas été reconnu par le père peut déclarer son enfant avec un nom de père fictif. Voir art 16 de la loi marocaine n° 37-79 relative à l'état civil du 3 octobre 2002. Publiée au bulletin officiel du Maroc n° 5054 du 7 novembre 2002.

⁸²⁴ www.Apaerk.fr.

L'autre grand apport cette loi est le droit pour une femme célibataire de prétendre au recueil légal. La loi de 1993 excluait ouvertement cette possibilité. Le législateur marocain est sur ce point largement influencé par l'interprétation algérienne des textes qui a permis dans les années quatre-vingt-dix à des femmes vivant seules de prendre en charge des enfants lorsqu'elles remplissaient les conditions posées par la loi. A la vérité, le recueil légal est destiné en priorité aux hommes, il était de ce point de vue conforme aux règles du droit musulman classique élaborées dans une société autrement configurée que celle d'aujourd'hui. Le principe de primauté aux consanguins était le fruit de la logique puisque dans les sociétés anciennes, ce sont les hommes en général qui pourvoient au besoin de la famille. L'autonomie financière actuelle de la femme remet en cause ce postulat de la *kafala*, il s'agit moins d'une remise en cause fondamentale que d'une légère adaptation. Ce qui est fondamental dans la *kafala* c'est le soin apporté à l'enfant, la question du genre est en réalité marginale⁸²⁵. Le contexte actuel, marqué par l'amélioration du statut de la femme et l'augmentation de nombres des naissances hors mariage, a poussé les femmes à revendiquer le même droit que les hommes en matière de prise en charge⁸²⁶. Cela permet effectivement aux femmes ayant conçu des enfants illégalement d'être la *kafil*⁸²⁷ de leur enfant de la même façon qu'elle permet aux femmes sans enfant de passer au statut de mère sociale.

§2- Les insuffisances des remaniements législatifs

Les réformes menées à propos de la *kafala* montrent que les législateurs ont préféré agir sur ses effets pour apporter à l'institution la stabilité et la sécurité dont elle avait besoin. En effet, la *kafala* a vocation à créer un lien de famille d'ordre factuel et non juridique, d'où le manque de solidité des droits qu'elle accorde à l'enfant. S'il faut louer les efforts d'amélioration du régime de la *kafala*, la fragilité de l'institution demeure toujours. Les modifications accomplies ont été timides et portent uniquement sur des éléments secondaires comme les conditions d'accès. Le point essentiel méritant une mention est la concordance de nom, mais toujours est-il que cette solution est perçue comme un piètre effleurage du vrai problème de la *kafala* pour ceux qui souhaitent l'instauration d'un véritable lien de filiation entre les parties à la *kafala*⁸²⁸. On a également beaucoup critiqué l'hypocrisie qui réside dans le nom sans filiation ainsi que le manque de courage et d'ingéniosité du

⁸²⁵ Cette avancée est souvent présentée comme une victoire contre la société patriarcale, mais ça n'en est pas une, car si les hommes prenaient en charge les enfants c'est tout simplement parce qu'ils avaient une obligation de prendre en charge l'ensemble de la famille contrairement à la femme qui n'était tenue par aucun devoir sur ce point. Voir « *Une décennie de réformes au Maroc 1999 à 2009* », sous la direction du centre d'étude internationale, Karthala, p. 80.

⁸²⁶ M. Fahmy, « *La condition de la femme en Islam* », Allia, Paris, 2002, p. 12, N. Abou Zakia « De femme à l'homme », L'Harmattan, Paris, 2012, p. 20.

⁸²⁷ En effet, elle passe d'une position de femme au comportement transgressif à celle d'une femme vertueuse.

⁸²⁸ Il est en effet reproché aux États musulmans d'être négligent, alors que dans le même temps ils ont accompli des modifications substantielles sur d'autres aspects de la relation familiale comme le mariage et sa dissolution, dépassant ainsi ce qui est vu par le moderniste comme des particularités circonstancielles de l'éthique islamique classique. Pour la critique contre ces réformes voir la revue CIDEFF de juin 2008 n° 17 dossier *kafala*. p. 13.

législateur par rapport aux premiers légistes du droit musulman très imaginatifs pour doter les enfants sans *nasab* d'une filiation⁸²⁹. Toutes ces critiques ne sont pas prêtes à être entendues, car enrichir davantage l'institution reviendrait à mettre en péril certains équilibres en matière de filiation. Ces risques en matière de filiation et l'assise volontaire de l'institution n'ont pas manqué de marquer l'institution du sceau de la précarité⁸³⁰ (A). Des obstacles d'ordre social renforcent également cette précarité (B).

A- La précarité de l'institution

L'enfant pris en charge dans le cadre d'une *kafala* se trouve dans une situation incertaine. Son intégration dans la famille d'accueil n'est que partielle et fragile dans le sens où la *kafala* peut être remise en cause par plusieurs éléments. Cette précarité a des conséquences néfastes, elle pousse à la pratique des « *kafala* directes » consistant à prendre directement l'enfant en charge tout en lui procurant un état civil frauduleux. Elle est aussi une des explications majeures du constat de l'insuccès du recueil légal. Faute d'une relation sécurisée avec l'enfant, des nombreux candidats renoncent au recueil de l'enfant. La *kafala* étant en réalité une bienfaisance, elle est affecté par une fragilité tenant d'une part à la possibilité de sa révocation (1) et d'autre part à l'existence d'autres motifs de cessation (2).

1- La révocation de la *kafala*

Le caractère révocable de la *kafala* constitue l'aspect le plus saillant de la précarité de cette institution, souvent dénoncé par les associations qui militent pour une sécurisation du lien de *kafala*⁸³¹. Cette révocabilité découle de la nature de la *kafala*, un concept fonctionnel dans le but est d'amener l'enfant à l'âge adulte. La révocation peut être décidée par le juge dans l'intérêt supérieur de l'enfant⁸³². Il en est ainsi dans les hypothèses de maltraitance ou de délaissement de l'enfant. Ces motifs de révocation sont particulièrement graves et suscitent une véritable déchéance du *kafil* qui a manqué à ses obligations. C'est une mesure particulièrement dramatique pour l'enfant de parents inconnus qui retournera dans l'établissement d'accueil.

⁸²⁹ L. Prévost, « Kafala et droit à une généalogie ou du droit de tout enfant à avoir une famille », *Revue CIDEFF*, juin 2008, dossier *kafala*.

⁸³⁰ M. Boulouar Azzemou, « Recueil légal et droit positif », art. préc., n° 5.

⁸³¹ N. Aït Zaït, « La kafala est révocable, ce qui est préjudiciable pour l'enfant », *Quotidien algérien* édition du 22 Août 2013.

⁸³² V. art 25 al.2 de la loi marocaine du 13 juin 2002 relative à la *kafala* des enfants abandonnés. Art 125 du Code algérien de la famille.

Pour l'enfant de parents connus, la question de la révocation se pose autrement. Outre la révocation judiciaire pour des motifs justes, ses parents biologiques peuvent demander la réintégration de l'enfant sous leur tutelle. Le droit algérien a prévu ouvertement une telle éventualité dans l'article 124 du Code de la famille. La loi marocaine du 13 juin 2002 aborde cette hypothèse avec précaution en raison du caractère douloureux de la question⁸³³. Elle évoque seulement la possibilité pour les parents biologiques de reprendre l'enfant lorsque l'acte de *kafala* est annulé ou révoqué. Il s'agit là d'une manière assez habile de ne pas prendre parti dans un conflit entre parenté par le sang et parenté sociale. En effet, le parent ayant élevé l'enfant comme le sien, alors qu'il était dans une situation d'abandon, n'a pas moins de droits sur l'enfant que celui qui est certes le parent biologique, mais qui a commis la faute morale de l'abandon. Lorsque l'enfant a atteint l'âge de discernement, les juges s'en remettent à la volonté de ce dernier pour choisir entre ses parents biologiques et son *kafil*. En droit algérien, le consentement de l'enfant pourvu de discernement est nécessaire, mais pas suffisant, car, en cas d'opposition avec celui des autres parties, il appartient à la juridiction de trancher dans l'intérêt de l'enfant⁸³⁴. Pour les enfants non discernant, la décision appartient au juge qui se prononcera conformément à l'intérêt de l'enfant. Le juge peut décider de remettre l'enfant à ses parents lorsque c'est l'enfant en âge de discernement qui a entrepris des recherches sur ses origines et qu'il exprime le souhait de vivre avec sa famille biologique. Il peut aussi être envisagé le scénario dans lequel la famille d'origine en difficulté retrouve une situation sociale et financière plus stable alors que la famille qui a effectué la *kafala* subit un mouvement inverse.

Le conflit entre parenté sociale et parenté biologique n'est pas une hypothèse d'école, la presse des pays musulmans regorge d'exemples de parents par le sang qui veulent reprendre leur enfant accueilli en *kafala* par des familles⁸³⁵. La révocation est une perspective inquiétante qui pèse sur le moral des candidats à la *kafala*, la perspective d'une reprise de l'enfant après un attachement de la famille d'accueil est perçue comme un drame par les *kafils*. C'est pourquoi beaucoup d'entre eux renoncent à accueillir un enfant préférant demeurer sans enfant plutôt que de vivre une atroce rupture. Pour éviter un tel écueil, une solution consisterait à proposer que les enfants abandonnés soient pris en charge par des *kafils* étrangers. Dans ce cas, la distance éloigne toute confrontation entre parents. Mais cette suggestion ne tient pas, car elle s'apparente à un rapt d'enfants. De même

⁸³³ S. Laffineur, « *La kafala de droit marocain* », art. préc., p. 291.

⁸³⁴ N. Yousni Haddad, « *La kafala en droit algérien* », art. préc., p. 153.

⁸³⁵ On pourrait évoquer une affaire que les journalistes algériens ont appelée l'affaire « Amel Nesrine », Amel est une petite fille algérienne abandonnée par sa mère dans un hôpital et récupérée par les époux X par acte de *kafala*. Cinq ans après cette mise en *kafala*, se manifeste un homme prétendant être le grand-père maternel qui la réclame avec en sa possession un acte de naissance et un jugement l'autorisant à reprendre l'enfant. Ainsi à l'âge de cinq ans cette petite fille est enlevée à sa mère affective. La presse a parlé d'un sacrifice « *sous l'autel des sacro-saints liens de sang* ». Cette affaire est copieusement relatée par le journal el watan, Lyes Bendaoud, « *Coalition pour un kidnapping* », édition du 1^{er} décembre 1998 n° 2422. « *Vérité en quête de justice* », édition du 2 décembre 1998 ; K. Rezzag-Bara, « *L'ONDH saisit le ministère de la justice* », éd 6 janvier 1999 ; Nahla Rif, « *L'affaire Amel-Nesrine, la détresse de parent adoptif* », éd 13 nov 1999 n° 2713 ; « *Amel-Nesrine entre deux familles* », éd. 19 déc 2000 n° 3053.

que la dimension identitaire de la *kafala* suscite des méfiances sur la *kafala* internationale qui n'est pas acceptée par tous les pays⁸³⁶.

2- Les autres causes de cessation de la *kafala*

Sans établir une filiation et en ne se focalisant que sur l'intégration de l'enfant dans sa famille d'accueil, la *kafala* n'a pas vocation à perdurer. Elle doit en principe cesser à la majorité de l'enfant, sauf certaines hypothèses. La *kafala* des filles dure jusqu'au mariage, celle des garçons peut durer au-delà de la majorité et toute la vie lorsque l'enfant en raison de son handicap est incapable de se prendre en charge. Par ailleurs, certains effets resteront malgré la cessation du recueil légal comme le nom et les legs non révoqués. Outre, l'arrivée de la majorité de l'enfant qui est le terme naturel de la *kafala*, celle-ci peut prendre fin en cas de décès du *kafil* ou de son désistement. Se pose aussi le cas particulier de la séparation du couple ayant pris l'engagement.

D'abord, la relation de *kafala* prend fin en cas de décès du *kafil*. Dans cette situation, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue le recueil à une institution de l'assistance publique. Il est en effet très difficile de concevoir pour la *kafala* une transmission de plein droit aux héritiers dans le sens où il s'agit d'un contrat *intuitu personae*, unilatéral et bénévole. Ce caractère implique une extinction de l'institution avec la personne qui l'a contractée. De ce fait, pour mettre l'enfant à nouveau dans une *kafala*, il est nécessaire d'obtenir un nouvel engagement qui permettra à l'enfant de trouver une bonne situation. Dès lors, elle ne se transmettrait qu'à l'héritier qui prendrait l'engagement de traiter l'enfant comme le sien. Quand c'est un héritier qui accepte de continuer la *kafala*, il n'est nullement besoin d'obtenir le consentement des parents d'origine ou de l'assistance publique, il suffira au juge ou au notaire d'établir un nouvel acte de *kafala*⁸³⁷.

Ensuite, la *kafala* peut prendre fin lorsque la *kafil* renonce à son engagement et qu'il se considère comme inapte à remplir les obligations issues de la *kafala*⁸³⁸. La loi marocaine prévoit clairement cette éventualité⁸³⁹, le Code algérien ne la prévoit pas expressément, mais la doctrine considère que cette possibilité entre dans le cadre général de l'abandon prévu par l'article 125 du Code de la famille. Le fondement de ce droit à désistement réside dans la nature contractuelle de la *kafala* qui comme telle est susceptible de résiliation. Il est aussi logique de dire que la *kafala* est une tutelle et que, comme pour la toute tutelle, le tuteur a le droit de renoncer.

⁸³⁶ Certains pays pratiquent une *kafala* stricte et non internationale, c'est le cas de la Mauritanie, de l'Iran. D'autres pratiquent une *kafala* internationale à la carte comme le Maroc, l'Algérie, le Pakistan et la Jordanie.

⁸³⁷ N. Yousni Haddad, « La *kafala* en droit algérien », art. préc., p. 154.

⁸³⁸ Il arrive parfois que les enfants soient rejetés par leur famille d'accueil. La précarité de la *kafala* est un problème récurrent et les autorités réfléchissent pour trouver davantage de moyens pour protéger ses enfants. Un rapport sur la précarité des enfants mis en *kafala* est actuellement en préparation dans la direction des actions sociales (DAS) en Algérie. V www.jeune-independant.net.

⁸³⁹ S. Laffineur, « La *kafala* de droit marocain », art. préc., p. 290.

Enfin, il faut s'interroger sur le sort de l'enfant recueilli en cas de séparation du couple recueillant. Logiquement, comme le *makfoul* est assimilé au fils par le sang, les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale et au droit de visite après le divorce s'appliquent. Toutefois, rien n'est moins sûr, les règles en la matière ne donnent pas une solution bien tranchée. Le droit marocain confère au juge sur ce point une grande latitude de choix pour prendre la décision qui lui semblera la mieux adaptée à l'intérêt supérieur de l'enfant. La loi lui permet en effet de confier l'enfant à l'époux qu'il estimera le plus apte à prendre soin de l'enfant ou de prendre toute autre mesure nécessaire⁸⁴⁰. En tout état de cause, un droit de visite est reconnu à l'autre époux.

En droit algérien, l'exercice de la garde de l'enfant est confié au mari, car l'acte de *kafala* est établi en son nom. La doctrine algérienne a émis le souhait de voir harmoniser le régime de la garde du *makfoul* avec celui de l'enfant légitime. C'est pourquoi le juge saisi de la demande en divorce doit, au nom de l'intérêt de l'enfant, confier la garde à la femme comme s'il s'agissait d'un enfant légitime et accorder un droit de visite à l'ancien mari tout en le condamnant à une pension alimentaire. L'identité de traitement entre enfant légitime et enfant recueilli n'a pas été voulue par la jurisprudence algérienne qui continue d'être discriminatoire à l'égard de l'enfant *makfoul*. Un jugement du tribunal de Chéraga⁸⁴¹ motive ainsi son refus de reconnaître à une mère d'accueil le droit de garde sur son *makfoul*, « attendu que la demanderesse a demandé la garde de la fille prise en *kafala* et la condamnation du mari à verser une pension alimentaire et à mettre à sa disposition un domicile pour y exercer le droit de garde, cette demande est irrecevable, car les dispositions légales applicables dans ce cas ne concernent que les enfants légitimes ». Ce jugement a été approuvé sans aucune retenue par la cour d'appel de Blida aux motifs que « les dispositions organisant la *kafala* sont différentes des dispositions concernant la garde »⁸⁴². De ce fait, les juges ont rejeté la demande de garde par la mère *kafil*. Ces décisions sont hautement critiquables compte tenu de l'esprit de la *kafala* qui est d'assimiler l'enfant recueilli à un enfant légitime dans son rapport avec ses parents nourriciers⁸⁴³. La seule limite à ne pas franchir est l'interdiction de toute filiation artificielle. D'ailleurs, le droit musulman classique ne rattache pas la *hadana* et la *wilaya* à la filiation. Elles peuvent être exercées par toute autre personne. Des auteurs musulmans, tel l'égyptien Mahmoud Mustapha Chelbi étudie la *kafala* dans un chapitre réservé à la *nafaqua*⁸⁴⁴ lorsqu'il s'agit d'une dette. Il faut comprendre par là qu'une pension alimentaire peut être due à l'enfant recueilli resté avec « sa mère adoptive » comme pour un enfant légitime. Ainsi l'absence d'un traitement équitable entre enfant recueilli et enfant légitime n'a pas de fondement dans le droit

⁸⁴⁰ Art 26 de la loi marocaine du 13 juin 2002 dispose, « si les liens de mariage viennent à se rompre entre les époux assurant la *kafala*, le juge de tutelle ordonne, à la demande du mari ou de la femme, du ministère public ou d'office soit de maintenir la *kafala* en la confiant à l'une des deux parties, soit de prendre les mesures qu'il estime adéquates ».

⁸⁴¹ Tribunal de Chéraga, section des affaires familiales, jugement n° 1288/ 07 du 15 mai 2007 dans la *Revue CIDDEF* juin 2008, *Dossier kafala*, p. 19.

⁸⁴² Cour d'appel de Blida, décision du 03/12/2007 cité dans la *Revue CIDDEF* juin 2008, *Dossier kafala*, p. 19

⁸⁴³ M. Chérif Zerguine, *Pupille de l'État la peur de l'inconnu : le récit du parcours d'un pupille à la recherche des racines*, p. 137 ouvrage inédit.

⁸⁴⁴ Le terme peut être traduit par pension alimentaire. Voir N. Aït Zaït « La *kafala* algérienne : une institution encore inachevée », art. préc., p. 19.

musulman. Redresser le tort subi par le *makfoul* sur ce point ne nécessite pas un grand effort de réflexion puisque la conformité au droit musulman est acquise.

En réalité, le premier à pâtir de la séparation des parents, c'est l'enfant pris en charge. La précarité de l'institution y est pour quelque chose. Le calvaire vécu par ces enfants est révélé par des faits divers souvent dramatiques. Par exemple, un enfant placé en *kafala* depuis sa naissance, et ayant bénéficié d'une concordance de nom avec rectification de son état civil, a été replacé, à l'âge de 4 ou 5 ans, dans un l'orphelinat après le divorce de ses *koufala*⁸⁴⁵. Il a été procédé à la révocation de l'acte de *kafala* et de la concordance de nom. Par chance l'enfant a été recueilli à nouveau par une autre famille d'accueil. Le nouveau recueil a donné lieu à une nouvelle rectification de l'état civil. Malgré que l'enfant ait trouvé une famille d'accueil qui pourvoira à ses besoins, il n'empêche que psychologiquement cette histoire lui laissera une trace indélébile.

B- Les obstacles d'ordre social

L'usage de la *kafala* a connu une mutation. L'institution se pratiquait massivement dans le cadre de la grande famille dans une société traditionnelle qui n'était pas confrontée au phénomène des enfants conçus hors mariage. Aujourd'hui, son objectif est de remédier à l'abandon consécutif à une grossesse hors mariage. Compris ainsi dans l'opinion publique, l'enfant abandonné, même intégré dans une famille d'accueil, n'échappe pas aux préjugés de la société. Dans les mentalités, l'enfant conçu hors mariage est le fruit d'un rapport sexuel parrainé par satan, et par conséquent, il est déterminé à développer un comportement antisocial et incivique⁸⁴⁶. Au cours d'une enquête menée par une sociologue au Maroc⁸⁴⁷, une jeune scientifique interrogée allègue que la prise en charge d'un enfant aux origines inconnues peut s'avérer contreproductive quand bien même il aurait reçu une éducation irréprochable du moment que son comportement est intégralement déterminé par ses gènes. Dans la mentalité de beaucoup de candidats à la *kafala*, la faculté de l'enfant à s'adapter dans son environnement est fatalement limitée. L'ancrage de ce préjugé malsain explique pourquoi « les preneurs en charge » gardent le secret sur l'origine de l'enfant. L'institution de la *kafala* de par sa fragilité n'arrive pas à effacer l'origine illégitime de l'enfant. La transgression commise par les parents de l'enfant est un poids qui pèse lourdement sur la réussite de la *kafala*. En effet, il n'est pas rare que la faute des parents soit constamment rappelée à l'enfant.

⁸⁴⁵ N. Aït Zaït, « L'enfant algérien entre le droit musulman et la convention des droits de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman*, acte de colloque du 14 janvier 2008, *op. cit.*, p. 96.

⁸⁴⁶ Beaucoup de dictons fondent cette conception comme « Fils d'autrui comme mur sans fondation (...), gardes toi de trop hausser l'édifice fait en argile, à la longue il croulera ; gardes toi d'élever le fils d'autrui, car son ralliement aux siens est inéluctable ». Voir, B. Moutassem-Mimouni, *Naissance et abandon en Algérie*, *op. cit.*, p. 37.

⁸⁴⁷ J. Bargach, « *orphans of Islam, family, abandonment, and secret adoption in Morocco* », Boston Rowman & Littlefield publishing group, p. 86.

D'autre part, la concordance de nom, concédée par les législateurs pour masquer l'origine de l'enfant, a du mal à passer dans une société qui considère le nom comme la conséquence exclusive du lien de sang. D'ailleurs, des études révèlent que la concordance de nom est une possibilité qui n'est pas encore connue par le grand public⁸⁴⁸. Dans la culture des sociétés musulmanes, le nom représente une histoire familiale, une grandeur et un honneur. A ce titre, au-delà même de l'argument religieux refusant l'octroi du nom l'opinion publique marocaine et algérienne émet de sérieuses réserves contre le changement de nom. Il est reproché aux familles qui ont donné leur nom, malgré le fait qu'ils ont des enfants biologiques, leur transgression de la culture religieuse. Dès l'entrée en vigueur des textes sur la concordance de loi, des voix discordantes déconseillaient ceux voulaient transmettre leur nom à leur faire. L'absence d'une autorité religieuse unique dans les pays musulmans fait que les *fatwas* en générale sont contestées lorsqu'elle apporte une innovation fondée sur des nécessités d'adaptation.

La *kafala* souffre aussi d'un défaut notoriété, beaucoup de musulmans ne connaissent pas son existence dans la mesure où ce n'est pas une institution coranique. Pour l'expliquer, il faut toujours faire un détour par la Sourate prohibant l'adoption. Dans un sondage mené au Maroc, 78% des sondés affirment ignorer tout de la procédure de la *kafala*⁸⁴⁹. Cette ignorance incite à voir la *kafala* moins comme une institution de bienfaisance qu'un remède apporté à l'enfant illégitime, incarnation de la faute de ses parents. D'où la méfiance que cristallise parfois la prise en charge.

Aujourd'hui, beaucoup d'acteurs s'évertuent à inverser la tendance pour faire émerger un consensus social favorable à la *kafala*. Les associations sollicitent⁸⁵⁰ les journalistes et d'autres personnalités de renom pour leur adhésion à la *kafala* afin de chasser dans les consciences les connotations négatives et misérabiliste entourant l'institution⁸⁵¹. Il fallait rehausser l'image de la *kafala* en la présentant comme un mode de construction parentale conforme à la situation de l'enfant et de ses parents d'accueil, mais aussi compatible avec les principes religieux. D'ailleurs, une présentation des principes religieux déculpabilisants pour l'enfant pris en charge a été adoptée par les autorités étatiques algériennes comme marocaines qui ont impliqué les autorités religieuses. L'accent a été mis sur la dimension humanitaire et charitable de la *kafala*. La religion a été instrumentalisée à cette fin pour reconsidérer et légitimer une catégorie sociale jusqu'alors là délaissée.

Parallèlement, les associations⁸⁵² essaient de convaincre en affirmant qu'on « adopte » un enfant par désir et pas seulement par charité.

⁸⁴⁸ E. Barraud, « *Kafala et Migrations.* », thèse préc., p. 402.

⁸⁴⁹ Sondage mené sur internet voir E. Barraud, « *Kafala et Migrations..* », thèse préc. p. 407.

⁸⁵⁰ Un article a même été écrit pour dédramatiser la *kafala*. V. S. Guisset et M. Tidafi, « Des formes d'adoption en Algérie », Vers l'éducation nouvelle, *Revue de CEMA*, n° 520.

⁸⁵¹ « Pour une approche complémentaire, État société civile-privé », *Revue CCME*, édition 15 mai 2013.

⁸⁵² C'est là une vision française de l'adoption qui est développée notamment par l'AAEFAB .

Conclusion du chapitre 2

La *kafala* est un concept exotique né après que le droit musulman a interdit l'adoption. Elle n'est pas théorisée en tant que telle par le Coran qui se contente d'interdire l'adoption. Le principe d'inadoptabilité constitue véritablement le noyau de l'institution. Elle tire son origine de la coutume des dons d'enfants, connue dans la société musulmane, lesquels s'effectuaient dans le cadre de la grande famille. C'est pourquoi elle concernait des enfants dont l'identité était connue. La famille récipiendaire avait le devoir de remplacer la famille biologique concernant la protection et l'éducation de l'enfant. Aujourd'hui, le monde musulman connaît des mutations profondes en raison de la mondialisation et de ses effets bouleversants sur les mœurs et la culture en général. Ces changements se traduisent par un écart de plus en plus important entre les normes morales et les comportements individuels. Ce phénomène est à l'origine de l'augmentation du nombre des naissances hors mariage qui ne sont pas appréciées dans le monde musulman. Les mères célibataires sont contraintes d'abandonner leurs enfants par peur de discrédit. L'interdiction de l'adoption a obligé les États à trouver un concept équivalent à l'adoption qui tiendrait compte de la directive interdisant l'adoption. A cette fin, ils ont eu l'idée d'user de la *kafala* ancienne version (prise en charge des enfants des proches) pour en faire une formule destinée aux enfants sans familles. Toutefois, l'institution, en raison de sa précarité, a subi certains enrichissements juridiques qui l'approchent davantage de l'adoption tout en évitant de la confondre avec elle. La concordance de nom non connue dans le cadre de la *kafala* intrafamiliale a été ajoutée. Ce progrès est sous-estimé : on lui a reproché ses insuffisances pour résoudre les problèmes fondamentaux de la société comme l'abandon et la marginalisation des couples stériles. Il s'agirait d'une modeste consolation consentie par les conservateurs qui ont tout fait pour construire cette *kafala* dont la finalité sans s'éloigner de la normalité à savoir la famille légitime. Au-delà de la querelle entre modernistes et conservateurs, la vraie question est de savoir si l'intérêt de l'enfant abandonné se situe dans la *kafala* ou dans l'adoption. Autrement dit, l'origine de l'enfant est-elle une donnée immuable. Question à laquelle il est difficile de répondre avec la double culture occidentale et musulmane.

Conclusion du titre 1

Fidèle à la tradition islamique, le droit musulman contemporain rejette l'adoption comme mode d'établissement de la parenté. Les fondements textuels sont clairs, le Coran et la Sunna excluent l'adoption ouvertement. La prohibition de l'adoption s'explique par des raisons multiples. D'abord, religieusement elle ne convient pas en ce qu'elle est une technique mimant l'œuvre de Dieu. Ensuite, elle est condamnable sur le plan moral parce qu'elle rompt le lien entre un enfant et sa famille d'origine. Enfin, juridiquement elle désorganise la cohérence du modèle familial en concurrençant le mariage. Cependant, l'Islam a développé des substituts à l'adoption destinés à jouer le même rôle de protection que l'adoption. L'adoption par le lait, le *Tanzil*, la prise en charge ont pour objectif de remplacer l'adoption tout respectant le principe de la primauté du lien de sang. Mais les études anthropologiques révèlent que malgré son bannissement l'adoption existe dans les faits. Cette pratique officieuse de l'adoption n'a pas eu raison de la règle l'interdisant dans les législations contemporaines, à l'exception de quelques-unes. La prohibition de l'adoption résiste aussi face aux interprétations doctrinales voulant l'atténuer. De même, l'augmentation continue des enfants abandonnés n'a pas incité la législation musulmane à consacrer l'adoption. La *kafala* demeure l'institution qui remplace l'adoption. Elle est une institution de protection et d'éducation de l'enfant orphelin ou de l'enfant trouvé. En vertu de son régime, l'enfant est traité comme son enfant par la personne qui le prend en charge. Le *makfoul* conserve son éventuelle filiation d'origine et tous les droits qui en découlent. Toutefois, l'enfant recueilli peut se voir attribuer, dans la succession de son *kafil*, un legs ne dépassant pas le tiers des biens successoraux. Le régime de la *kafala* évolue dans un sens favorable à l'intérêt de l'enfant recueilli. La volonté de lutter contre l'exclusion et la précarité qui frappent les enfants recueillis a poussé les législateurs magrébins à permettre la concordance de nom entre *kafil* et *makfoul*. Cette avancée jusqu'à là impossible a été rendu possible par une adaptation de la loi aux réalités contemporaines. Du coup, cette évolution donne l'impression que l'institution tend à se confondre avec l'adoption simple du droit français. La mutation de la *kafala* est confrontée à un dilemme. D'une part, les exigences de l'intérêt de l'enfant qui sollicitent plus d'intégration de l'enfant dans sa famille d'accueil quitte à ce que le concept de *kafala* rejoigne celui de l'adoption. Et d'autre part, le caractère sacré du lien de sang qui impose le respect absolu du lien juridique avec la famille d'origine. Ce dilemme est aussi celui du droit français confronté lui aussi à la *kafala*. Dans ce dernier, le refus de l'adoption par le respect de l'inadoptabilité édictée par la loi d'origine a pour origine de mettre l'enfant au milieu du gué.

Titre 2- La réception de l'interdiction musulmane de l'adoption

Outre l'exclusivité du principe de légitimité, mal accueilli en France en raison de ces incidences discriminatoires, le droit musulman de la filiation irrite également l'ordre juridique français par l'exclusivité du lien de sang. En effet, l'interdit de la parenté adoptive en Islam est tel qu'aucune atténuation n'est possible. Sur ce point, le droit français est radicalement opposé au droit musulman puisque l'adoption est une institution profondément ancrée dans la culture juridique française. Elle répond à une finalité sociale évidente que révèle bien la formule en chiasme selon laquelle elle est une institution qui donne une famille à un enfant et un enfant à une famille⁸⁵³. Ces conceptions opposées sur l'adoption se rencontrent lorsque les adoptants de nationalité française se tournent vers les pays musulmans ; ce qui met en branle un conflit de lois au sens fort du terme.

L'interdiction de l'adoption est très mal vécue par les Français candidats à l'adoption qui ne la comprennent pas : surtout que dans leur environnement juridique l'adoption constitue une véritable alternative à la filiation par le sang. Sur le plan juridique, la prohibition musulmane vient compliquer les données de l'adoption transfrontalière déjà complexes. La difficulté majeure de la question réside dans le choix du facteur de rattachement⁸⁵⁴. Il est admis depuis longtemps que l'adoption est un élément du statut personnel et de ce fait doit être soumise à la loi personnelle. Reste que les modalités d'application des lois en présence peuvent être discutées. La loi de l'adoptant a autant de pertinence à s'appliquer que la loi de l'adopté. Les arguments en faveur du choix de l'une et l'autre de ces lois sont insusceptibles de contredit⁸⁵⁵. Pendant très longtemps, la loi française a hésité à trancher malgré l'intervention de la réforme de 1972 qui a avait le souci de prolonger, dans les relations internationales, les règles internes considérées comme très protectrices de l'intérêt de l'enfant. Cette carence législative en matière de filiation adoptive a ouvert la voie à des solutions jurisprudentielles. Au-delà du choix de la loi applicable, l'attention des tribunaux s'est cristallisée sur la prohibition musulmane de l'adoption. Pour les enfants de statut personnel prohibitif, le système élaboré par le juge, bien que loué pour sa souplesse, a été largement critiqué pour son manque de lisibilité⁸⁵⁶. La Cour de cassation a oscillé entre le respect de la loi étrangère, avec pour inconvénient l'application d'une loi prohibitive contraire à l'esprit français, et l'éviction de loi étrangère avec comme conséquence négative le risque d'un rapport boiteux. Malgré

⁸⁵³ P. Murat, « Les transformations de la famille, quel impact sur les finalités de l'adoption ? », *Info. social.* 2008, n°146 p. 20.

⁸⁵⁴ Sara Godechot-Paris ; *JurisClasseur droit international*, fasc. 548-30 *V° adoption*.

⁸⁵⁵ La loi de l'adopté a vocation à l'emporter parce que l'adopté est le sujet principal de l'adoption, celle-ci va transformer profondément son état et sa situation familiale. Niboyet, *Traité de droit international privé*, T 5, 1948 n° 1529. La loi de l'adoptant est également pertinente dans la mesure où l'adopté est amené à vivre dans le milieu socio-juridique de l'adoptant.

⁸⁵⁶ Pour une synthèse de cette jurisprudence voir, M. Josselin-Gall, « Adoption internationale : changement de logique », *JCP* n° 17, 26 avril 2002, 1255 ; J. Foyer, *Rép. Dalloz V° adoption*, n° 103.

l'impression d'anarchie dégagée par la jurisprudence, la réforme de 1996 n'a pas voulu s'aventurer dans le sable mouvant de l'adoption transfrontalière⁸⁵⁷. Pour combler le vide juridique, le ministère de la justice a adopté une circulaire relative à l'adoption internationale. Abrogeant les circulaires précédentes⁸⁵⁸, elle n'était pas dépourvue de toute ambiguïté : se présentant comme une synthèse ordonnatrice du droit positif existant, elle n'en préconisait pas moins un durcissement des solutions au regard notamment des lois prohibitives⁸⁵⁹. Devant le trouble suscité par la circulaire les parlementaires ont décidé de se saisir de la question. Après une longue discussion, le parlement a adopté la loi du 6 février 2001 qui a inséré dans le titre VIII du livre 1er du Code civil un chapitre III intitulé "*du conflit des lois relatives à la filiation adoptive et de l'effet en France des adoptions prononcées à l'étranger*", constitué de trois articles, les articles 370-3 à 370-5. Pour les enfants de statut personnel prohibitif, l'article 370-3 alinéas 2 verrouille toute possibilité d'adoption. Cette fermeture de toute possibilité d'adoption pour les enfants musulmans pose une double question. La première est celle de savoir comment sera accueilli le principe de l'inadoptabilité (*Chapitre 1*), la seconde concerne la réception de la *kafala*, substitut à l'adoption dans le pays musulman (*Chapitre 2*).

⁸⁵⁷ F. Monèger, « Le parlement à la recherche d'une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale », JCP 1996, act 9.

⁸⁵⁸ Circ. n° 76-8, 28 juill. 1976 et Circ. n° 79-13, 6 juillet 1979.

⁸⁵⁹ S. Godechot-Paris, *Jurisclasseur préc n° 6*. Pour plus de détails sur la circulaire voir, H. Muir Watt « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 469.

Chapitre 1- L'accueil du principe de l'inadoptabilité

L'adoption se situe à l'épicentre d'un conflit d'intérêts qui met en scène plusieurs personnes. Cette donne se complexifie lorsqu'intervient un élément d'extranéité puisqu'aux intérêts des particuliers directement concernés, s'ajoutera celui de l'ordre juridique étranger dont les règles en matière d'adoption ne sont pas toujours compatibles avec celles du *for*. En effet, le choix de la norme selon laquelle le juge appréciera la validité du lien dévoile la conception que le législateur d'un ordre juridique donné se fait du centre de gravité d'une relation. En matière d'adoption internationale, la ligne tracée par le législateur français dans la loi du 6 février 2001 est claire, il a choisi de rattacher la création du lien adoptif à la loi nationale de l'adoptant et, en cas d'adoption par un couple, à la loi des effets de leur mariage⁸⁶⁰. De plus, Il a estimé que les effets d'une adoption, qu'elle soit prononcée en France ou à l'étranger, devaient être soumis à la loi française⁸⁶¹. Dans la majorité des cas soumis au juge français, la règle de conflit conduira presque toujours à la désignation de la loi française⁸⁶². L'objectif plus ou moins avoué de la loi est de mettre en place un *favor adoptionis* motivé principalement par l'intérêt de l'enfant et secondairement par celui des adoptants. Ce *favor adoptionis* via la préférence à la loi française, n'est pas une chose inédite puisqu'elle correspond à l'orientation de la jurisprudence antérieure. La nouveauté introduite par la loi de 2001 réside dans la réponse tranchée qu'elle apporte à la question de l'adoptabilité des enfants dont la loi personnelle interdit l'adoption. Dans l'article 370-3, le législateur a posé un principe de respect de la loi nationale prohibitive sauf lorsque le mineur en question est né et réside habituellement en France. Cette règle s'écarte ostensiblement des réponses jurisprudentielles antérieures à l'entrée en vigueur de la loi. En effet, celles-ci avaient souvent envisagé le problème du point de vue des adoptants et des pays d'accueil⁸⁶³. Tout au plus, elle a justifié dans l'arrêt Torlet⁸⁶⁴, que soit retenue la compétence de la loi personnelle de l'enfant pour se prononcer sur les conditions du consentement, encore que l'arrêt Pistre⁸⁶⁵ l'ait de plus écarté s'agissant du contenu même du consentement.

Le respect du veto de la loi nationale sur la création du lien de filiation est diversement apprécié. Certains auteurs⁸⁶⁶ voient dans la rupture du législateur avec ces solutions jurisprudentielles la marque de l'influence de la Convention de Haye de 1993 qui souligne la nécessité de tenir compte de la position des pays d'origine. A cette affirmation s'ajoute la volonté d'éviter certains maux

⁸⁶⁰ Voir art. 370-3 al 1 du Code civil.

⁸⁶¹ V. art. 370-4 du Code civil.

⁸⁶² M. Josselin-Gall, « Adoption internationale : changement de logique », art. préc. spéc. n° 9 et 10.

⁸⁶³ B. Bourdelois, « Adoption internationale », *TCFDIP*, 2000/2002, p. 144.

⁸⁶⁴ Cass. 1^{re} civ. 7 novembre 1984, *JDI*, 1985, p. 434, note H. Gaudemet-Tallon.

⁸⁶⁵ Cass. 1^{re} c iv, 31 janvier 1990, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 519, note E. Poisson-Drocourt.

⁸⁶⁶ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », art préc., p. 300 ; B. Audit, « Un enfant ne peut faire l'objet d'une adoption plénière si sa loi personnelle ne connaît pas cette institution », *D.* 2002, p. 1400.

comme la fraude ou la création d'un rapport boiteux défavorable à l'intérêt de l'enfant. Les opposants au respect des lois prohibitives s'appuient eux aussi sur les droits fondamentaux et sur le concept d'intérêt de l'enfant, mais interprété dans un sens favorable à leur position. Une chose est sûre, l'article 370-3 constitue une véritable exception à l'esprit de *favor adoptionis* qui se dégage des autres dispositions de la loi du 6 février 2001. Il faut noter cependant une ambivalence dans l'attitude française devant les lois prohibitives. D'une part, la prohibition est relayée par le droit français (*Section 1*), d'autre part cette dernière est détournée (*Section 2*).

Section 1- Une prohibition relayée par le droit français

Comme l'interdiction de l'établissement de la filiation naturelle, la prohibition musulmane de l'adoption pose un problème délicat à l'ordre juridique français. En effet, la perception musulmane de cette institution diffère fondamentalement de la conception française qui voit en l'adoption une institution de bienfaisance dans l'intérêt de l'enfant. Avant la loi du 6 février 2001, pour résoudre le conflit de lois, la jurisprudence a considéré l'adoption comme un mode de création de lien de famille relevant à ce titre du statut familial. Aussi a-t-elle recherché une règle tendant à répartir les rôles entre la loi personnelle de l'adopté et celle du ou des adoptants. En réalité, dans cette répartition, la loi étrangère était réduite à la portion congrue dans la majorité des contentieux puisque les adoptants étaient pour la plupart des couples français. Ce respect minimal accordé à la loi étrangère posait avec acuité la question des lois prohibant l'adoption qui contredisait sérieusement la faveur de la jurisprudence à l'adoption. Il était difficile pour la Cour de cassation d'ignorer les lois prohibant l'adoption au risque non seulement de contrevenir à certaines conventions internationales, mais aussi de favoriser le trafic d'enfants⁸⁶⁷. Déjà, la non-adoptabilité en France des enfants dont la loi nationale prohibe l'adoption est l'une des conclusions à laquelle est arrivé le rapport Boutin⁸⁶⁸. Elle était défendue plus ou moins expressément par une partie de la doctrine⁸⁶⁹. Le rapport Mattei quant à lui mettait l'accent sur le caractère douloureux du problème et invitait à ne pas discriminer les enfants selon l'endroit de leur naissance⁸⁷⁰. Face aux interminables controverses sur l'adoptabilité des enfants musulmans, le législateur s'est saisi de la question par la loi du 6 février 2001. Il a inséré dans le Code civil l'article 370-3. Une présentation de la règle

⁸⁶⁷ E. Poisson-Drocourt, note sous TGI 5 février 1992 et CA de Versailles 24 septembre 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 251.

⁸⁶⁸ Rapport élaboré en 1989, à la demande du secrétaire d'État auprès du ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale, par un groupe de travail organisé par le conseil supérieur de l'adoption sous la direction de M Boutin.

⁸⁶⁹ Simon-Depitre, « L'adoption d'enfants étrangers » in, J. Foyer et C. Labrusse-Riou (ss dir.), *L'adoption d'enfants étrangers*, Economica 1986 p. 97 ; B. Sturlèse, « L'adoption d'enfants étrangers », *Gaz. Pal.*, 1989, p. 614. Adde P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, éd. Montchrestien, 7^e éd. 2001, p. 420 ; P. Lagarde art. préc., p. 290 ; F. Monèger, « L'adoption internationale entre dans le Code civil », *JCP*, 2001, p. 667.

⁸⁷⁰ J. F-Mattei, « Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière : rapport au premier ministre », La documentation française 1995, p. 118 et s.

prohibitive contenue de cet article (§1) permet de comprendre pourquoi elle est largement justifiée (§2).

§1- Présentation de la règle de l'adoptabilité de l'article 370-3

Si la place de la loi nationale est réduite lorsqu'elle permet l'adoption, l'article 370-3 lui voue un respect total lorsqu'elle interdit l'adoption. En effet, cet article dispose « *l'adoption d'un mineur étranger ne peut-être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* ». Le législateur a donc sur cette question apporté une réponse similaire à celle de la circulaire du 16 février 1999. Il faut reconnaître à ce texte un premier mérite, celui de sa clarté. Alors que les lois de 1972 et de 1975 venaient briser inutilement des jurisprudences claires et globalement satisfaisantes pour leur substituer des règles aussi contestables qu'inattendues⁸⁷¹, la loi du 6 février 2001 intervient dans un domaine où le droit positif, à la suite d'initiatives contradictoires, était devenu difficilement lisible et ne répondait plus à l'exigence d'accès au droit qui a aujourd'hui valeur constitutionnelle. On pourrait comprendre le respect de la loi nationale prohibitive comme une véritable loi de la création du lien. L'analyse semble inopportune dans le sens où non seulement la place de la loi de l'adopté est réduite comme une peau de chagrin dans la réforme, mais aussi elle n'est pas prise en considération quand elle ignore l'adoption. Pour être plus juste, la loi de l'adopté n'est pas une loi de création de lien, elle est tout simplement prise en compte dans le raisonnement conflictuel de sorte que sa prohibition de l'adoption empêche le prononcé de l'adoption. Un regard doit être porté sur l'étendue de la règle (§1) interdisant l'adoption qui a été entièrement respectée par la jurisprudence qui refuse de faire sauter ce verrou (§2).

A- L'étendue de la règle

En respectant la prohibition de l'adoption, la loi du 6 février 2001 revalorise le principe mancinien de nationalité qui se fonde sur des considérations diplomatiques et sur la nécessité de respecter les origines de l'enfant⁸⁷². Le législateur a jugé bon de soustraire au juge le pouvoir de s'abstraire de la prohibition de la loi étrangère au cas par cas, car à ses yeux la solution à ce délicat problème ne pourrait être trouvée que par voie conventionnelle⁸⁷³. Dans l'esprit de la loi, il s'agit donc d'une

⁸⁷¹ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption... », art. préc., p. 276.

⁸⁷² H. Muir. Watt, « Vers l'adoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 469.

⁸⁷³ Rapport About disponible sur www.assemblee-nationale.fr/11/dossier/adoption.

question échappant à l'interprétation du pouvoir judiciaire car ressortissant au droit international public. Il est donc clair que l'adoption internationale est envisagée sous l'angle du conflit de souverainetés. Cette approche se trouve confortée par l'interdiction d'adopter qui frappe les personnes de statut personnel prohibitif. L'étendue de la prohibition française atteste parfaitement que les motivations dépassent l'intérêt de l'enfant. En effet, le scrupule qui a animé le législateur de ne pas aller à l'encontre du caractère impératif de la prohibition de l'adoption édictée par les lois personnelles des parties à la procédure, l'a conduit à poser deux règles qui, tout en étant rédigées formellement à l'identique, ne reposent pas sur les mêmes considérations et, surtout, n'ont pas soulevé les mêmes vives discussions. Ces deux règles concernent les mineurs et les époux dont les lois nationales interdisent l'adoption. La première règle pose une interdiction d'être adopté pour les mineurs de statut personnel prohibitif (1). La deuxième une interdiction d'adopter pour les époux de statut personnel prohibitif (2).

1- L'interdiction d'être adopté pour les mineurs de statut personnel prohibitif

Le législateur a délimité le domaine de l'article 370-3 qui ne concerne que le mineur de statut personnel prohibitif. Il faut observer qu'entre les législations permettant expressément l'adoption et celles la prohibant se trouvent les lois nationales qui ne disent rien sur l'adoption. Un auteur⁸⁷⁴ fait remarquer que les lois silencieuses sur la question de l'adoption peuvent être interprétées comme des lois prohibitives dans la mesure où ces lois en générale proposent d'autres alternatives à l'adoption. Peuvent aussi être comprises comme refusant l'adoption, les lois n'interdisant que l'adoption internationale pour éviter le départ des enfants à l'étranger. Or il n'en est rien l'article 370-3 ne prend en considération que les lois expressément prohibitives en dehors des lois silencieuses qui sont assimilées à des lois permissives⁸⁷⁵. Confirmant la position gouvernementale prise dans la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale qui voulait contrarier une jurisprudence plutôt favorable à l'adoption de cette catégorie d'enfant, cet article ferme la porte à toute possibilité d'adoption, quelle qu'en soit la forme, pour les enfants musulmans. Cette disposition a été comprise comme une volonté de la France en tant que pays « riche » de se donner bonne conscience et ainsi de ne pas profiter de la situation malheureuse des pays pauvres pour obtenir des enfants⁸⁷⁶. Il faut aussi voir que les États musulmans⁸⁷⁷ expriment un attachement très fort à l'interdiction de l'adoption par rapport aux États n'ayant pas de législation sur ce point. Cette hostilité à l'adoption exprime des valeurs politiques sensibles au point où il est certain que les

⁸⁷⁴ B. Bourdelois, « Adoption internationale », *TCFDIP 2000/2002*, art préc., p. 148.

⁸⁷⁵ H. Muir watt, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI*, 2001, n° 26. P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001... », art. préc., p. 280.

⁸⁷⁶ B. Bourdelois, « Adoption internationale », art. préc., p. 150.

⁸⁷⁷ Pour s'en convaincre, il suffit de voir les réserves que ces États expriment dans les conventions internationales ainsi que leur absence de participation dans les conventions portant sur l'adoption comme celle de La Haye de 1993.

décisions d'adoptions prononcées en France ne sont reconnues dans un État musulman.

En outre l'absence de fondement théorique de la règle explique peut-être que son domaine d'application soit relativement circonscrit. La prise en considération de la loi nationale de l'adopté suppose tout d'abord que ce dernier soit mineur, minorité qui s'apprécie par application de la loi personnelle de l'enfant⁸⁷⁸. C'est dire qu'à l'inverse si la personne concernée est majeure, il peut être passé outre sa loi prohibitive. Ainsi une personne de nationalité algérienne peut être adoptée simplement en France si elle est majeure au moment de la requête⁸⁷⁹. La Cour de cassation dans une décision du 6 avril 2011 a validé l'adoption d'un majeur de statut personnel prohibitif⁸⁸⁰. Ce cantonnement de la règle est parfaitement justifiable au regard des objectifs poursuivis par l'article 370-3 du Code civil qui entend lutter contre le trafic d'enfants. L'interdiction d'adopter en France aurait pour objet de dissuader les adoptants français d'aller chercher des enfants dans des pays qui proscrivent l'adoption. Mais il semblerait qu'on se soit prémuni d'un tel danger dans l'article 370-5 qui porte sur le contrôle du consentement des représentants de l'adopté⁸⁸¹. En outre, dans la mesure où c'est aussi le souci de ne pas indisposer les législateurs étrangers opposés à l'adoption qui a dominé lors des travaux législatifs, faire varier la solution selon l'âge de l'adopté apparaît pour le moins discutable⁸⁸². Cette exception à l'inadoptabilité profitant au majeur signifie que l'on peut échapper à l'interdiction d'adopter de sa loi nationale en raison de la majorité. Or si l'inadoptabilité de la loi nationale perdait de sa valeur par le seul fait de la majorité, les époux de statut personnel devraient se voir accorder le droit d'adopter.

2- L'interdiction d'adopter pour les époux de statut personnel prohibitif

Lorsque l'adoption est demandée par un couple marié de nationalités différentes, la question se pose de savoir quelle loi s'appliquera. Il pourrait alors être procédé à une application distributive des lois en présence et de vérifier si chacun des adoptants satisfait aux conditions posées par sa propre loi. Sur ce point la Cour de cassation n'avait pas donné des solutions claires, mais tout portait à croire que c'est la loi du domicile commun qui s'appliquerait en cas de divergence de nationalité entre les époux. La loi de 2001 s'est positionnée en faveur de la loi des effets du mariage sans préciser par ailleurs quelle est cette loi⁸⁸³. Cette orientation de la loi aurait pour effet, lorsque la loi nationale des

⁸⁷⁸ S. Godechot-Patris, *J-Cl. Dr. inter.* Fasc. 548-30, Adoption : Conflit des lois, n° 52.

⁸⁷⁹ CA d'Amiens, 5 mai 2004 juris-data n° 2004-261641, JCP, G, 2004, p. 1649.

⁸⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 avril 2011, bull. Civ. 2011, I, n° 73.

⁸⁸¹ B. Bourdelois, « Le nouveau régime juridique de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2001, p. 1929.

⁸⁸² S. Godechot-Patris, *L'adoption.-Conflit des lois, J-Cl dr. inter. préc.*, n°55.

⁸⁸³ Il semble qu'ici il faut se référer à la jurisprudence Rivière : il s'agit de la loi de la nationalité commune, à défaut de la loi du domicile commun, et à défaut de la loi du juge saisi.

époux interdit la filiation élective, de les soustraire de l'empire de leur loi nationale. C'est pour parer à une telle éventualité que le législateur français a assorti le principe de la loi des effets du mariage d'une exception lorsque la loi nationale des époux interdit l'adoption. En effet à l'article 370-3, alinéa 1, *in fine* il est prévu que l'adoption ne peut être prononcée si la loi nationale de l'un et de l'autre des époux la prohibe. Cette règle a pour conséquence d'interdire à un couple étranger musulman la faculté d'adopter. Ainsi un couple marocain ou marocain algérien ne peut adopter en France. Il y a eu là un choix express en faveur de la nationalité au détriment de la loi du milieu d'intégration⁸⁸⁴.

Le refus d'adopter, lorsque la loi nationale des époux s'y oppose, peut a priori surprendre lorsqu'on sait que dans le passé la Cour de cassation n'a pas tenu compte des lois interdisant le divorce⁸⁸⁵. Pour justifier cette contradiction, il a été montré que ce refus de tenir compte des lois prohibitives en matière de divorce présente moins de risque puisque les effets du rapport boiteux n'affecteront que les époux eux-mêmes⁸⁸⁶. En revanche, le risque du rapport boiteux est plus grave lorsqu'il concerne un enfant qui en subit les conséquences. Les nuisances d'un rapport boiteux doivent être relativisées puisque sa réalisation dépendra énormément du lien des époux avec leur pays d'origine.

Le respect de la loi étrangère cesse dans l'hypothèse d'un couple mixte formé par exemple d'une Française et d'un Algérien. Dans une telle occurrence, c'est la loi française permettant l'adoption qui l'emportera. Il faut comprendre ici qu'il y a des degrés dans le caractère boiteux d'une adoption. Il suffit que l'adoption soit reconnue par au moins une des lois en présence pour que la prohibition de la loi étrangère saute. Le risque d'un rapport boiteux est minime pour le cas des couples mixtes pour deux raisons. Premièrement, la situation est susceptible de perdre son élément d'extranéité dans la mesure où l'époux étranger a le droit de réclamer la nationalité française au bout d'un certain temps⁸⁸⁷. En second lieu, un juge étranger sollicité pour la reconnaissance d'une adoption prononcée en France peut valider l'adoption en raison de la nationalité de l'un des époux.

Pour les époux dont les lois nationales sans interdire expressément l'adoption, l'ignore : une interprétation stricte de l'article 370-3 alinéa 1 a été suggéré si bien qu'il n'y aurait pas lieu de refuser l'adoption. A l'appui de cette proposition, on a avancé qu'un État ignorant la pratique de l'adoption ferait preuve de moins d'hostilité dans la reconnaissance d'une décision d'adoption⁸⁸⁸. Cet argument n'est pas pleinement convaincant puisqu'en présence d'une institution comme l'adoption qui plonge ses racines dans l'histoire, le silence en la matière ne peut être qu'un silence circonstancié⁸⁸⁹. D'autant plus que l'interprétation d'un silence ne signifie rien comme le silence

⁸⁸⁴ H. Muir-Watt « Vers l'inadoptabilité », art préc., n° 19.

⁸⁸⁵ Cass. 1^{re} civ., 22 février 1961, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 382, note, H. Batiffol.

⁸⁸⁶ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001..... », art. préc., p. 275.

⁸⁸⁷ E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit internationales en matière d'adoption », *D.* 2001, p. 1406.

⁸⁸⁸ J. Foyer, *Rép. Dalloz*, voir Adoption, n° 201.

⁸⁸⁹ S. Godechot-Patris, *L'adoption.-Conflit des lois, J-Cl dr. inter.* préc., n° 25.

lui-même. D'ailleurs, si l'ordre juridique ne connaissant pas l'adoption prévoit d'autres alternatives à l'adoption, il n'est pas sûr que l'interprétation de son silence dans le sens de la faveur à l'adoption soit exacte.

Au niveau technique, la règle a suscité certaines remarques, on peut en effet y voir un empêchement bilatéral⁸⁹⁰ ou encore une forme de règle dont la nature n'est ni vraiment matérielle ni vraiment conflictuelle, une sorte de règle de conflit cumulative à l'envers ayant pour effet d'interdire un certain résultat si les deux lois consultées l'interdisent⁸⁹¹. Un auteur l'a compris comme une forme d'expression de l'ordre public⁸⁹². L'ordre public s'est vu ici assigner un rôle de sentinelle non pas pour protéger les valeurs intangibles du *for* mais pour éviter à l'enfant un rapport boiteux. Ce faisant il contribue à défendre des valeurs étrangères qui ne sont pas incompatibles avec les intérêts français. Ce possible prise en compte de l'ordre public étranger n'est pas inconnu pour les internationalistes puisqu'elle a déjà été systématisée à travers l'effet réflexe d'ordre public. Enfin l'effet traditionnel de l'exception de l'ordre public qui repose sur une substitution de loi est ici écarté : la loi étrangère n'est pas substituée à la loi normalement compétente ; elle en paralyse simplement l'application⁸⁹³. Parce que les lois des deux époux interdisent l'adoption, celle-ci n'est pas possible ; que ces lois par ailleurs autorisent la mise en place de mesures de substitution est indifférent⁸⁹⁴.

B- Le refus jurisprudentiel persistant de faire sauter le verrou législatif

La problématique de l'adoption des enfants de statut personnel prohibitif s'est posée à la Cour de cassation au travers d'une demande de conversion de *kafala* en adoption simple. Comme la *kafala* est une alternative à l'adoption, sa raison d'être tient à la condamnation de l'adoption par le droit musulman. En tout état de cause, traduire la *kafala* en adoption revient au fond à ignorer l'inadoptabilité ; un principe fondamental du droit familial musulman. Avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2001, l'absence de disposition légale en matière d'adoption internationale conférait à la Cour de cassation un espace large de décision. L'absence de toute contrainte textuelle avait certes pour inconvénient le manque d'une ligne directrice de la jurisprudence, mais avait néanmoins comme avantage une souplesse et un pragmatisme permettant de rendre des décisions adaptées à chaque cas. Par exemple, dans une décision du 10 mai 1995, la première chambre civile de la Cour de cassation, précisant sa jurisprudence issue des arrêts du 7 novembre 1984 (enfant

⁸⁹⁰ Ce qui peut se comprendre comme une défaveur à l'adoption dans la mesure où l'ensemble des règles de conflit en présence doivent admettre le lien. Voir M. Josselin-Gall, « Adoption internationale : changement de logique », art. préc., spéc. n°12.

⁸⁹¹ M. -L. Niboyet et G. Gouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 2009, n° 209.

⁸⁹² B. Bourdelois, « L'adoption internationale », art. préc., *Gaz. Pal.* p. 1927.

⁸⁹³ S. Godechot-Patris, L'adoption.-Conflit des lois, *J-Cl dr. inter.* Préc., n° 25.

⁸⁹⁴ B. Bourdelois, « Adoption internationale », *TCFDIP*, 2000/2002, p. 150.

grecque adoptée par une célibataire) et du 31 janvier 1990 (enfants brésiliens), avait affirmé que : « Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, cette institution, à la condition qu'indépendamment de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas de l'adoption plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et la famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine »⁸⁹⁵. Le juge français ne manifestait aucunement une hostilité de principe à l'adoption des mineurs musulmans.

Par la réforme de 2001, le législateur a ensuite voulu poser une règle stricte dans l'article 370-3. Le principe est clair, l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution sauf si ce mineur est né et réside en France. Les critères pour échapper à l'inadoptabilité sont assez objectifs ; la naissance en France et la résidence. Le texte est restrictif et la brèche ouverte est étroite puisque les critères de naissance et de résidence sont cumulatifs si bien que le système ne laisse au juge aucun pouvoir d'appréciation pour juger de l'opportunité d'une adoption visant un enfant originaire d'un pays qui prohibe l'adoption⁸⁹⁶. Certains juges du fond ont très mal accueilli cette règle qui a pour conséquence de figer l'enfant dans un statut qui ne correspond plus à son environnement sociojuridique actuel. Avant que la Cour de cassation n'ait eu à se prononcer sur l'interprétation à donner aux dispositions issues de la loi de 2001, nombreuses ont été les décisions des cours d'appel qui ont compris cette interdiction comme visant uniquement l'adoption plénière et ont prononcé des adoptions simples⁸⁹⁷. Cette orientation a été sévèrement censurée par la Cour de cassation dans les deux arrêts du 10 octobre 2006 pour violation de l'article 370-3, alinéa 2. La Cour a affirmé : « en statuant ainsi, alors que, il ressort de leurs propres constatations que la loi étrangère interdit l'adoption que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, le mineur n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé »⁸⁹⁸.

En optant pour une interprétation stricte de la loi, la cour de cassation a fermé la porte de l'adoption. Et la fermeture est triple comme l'a fait remarquer un auteur⁸⁹⁹ : d'abord la loi de l'adopté interdit l'adoption : aucune reconnaissance n'est possible en raison de l'absence d'adoption dans législation d'origine. Ensuite, l'inadoptabilité fondant la *kafala* interdit toute équivalence avec l'adoption. Enfin, lorsque les conditions cumulatives de naissance et de résidence en France font défaut, aucune

⁸⁹⁵ Sur la jurisprudence antérieure à la loi du 6 février 2001, V. notamment H. Fulchiron, « Adoption sur kafala ne vaut », art. préc., *Adde* J. Rubellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XX siècle » in *Etudes offertes à P. Catala*. Litec, 2001, p. 341 et s. Voir aussi, M.-C. Le Boursicot, « La *kafala* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », art. préc., n° 52.

⁸⁹⁶ P. Murat, « Le refus de transformation en adoption », art. préc., p. 39.

⁸⁹⁷ Paris, 22 mai 2001, *D.* 2002, p. 1400, note B. Audit ; *AJF* 2001, p. 21 ; Toulouse, 15 février 2005 préc. Reims, 2 décembre 2004, préc.

⁸⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 10 février 2006, *Dr. fam* 2006, note M. Farge, p. 34.

⁸⁹⁹ P. Murat, « Le refus de transformation... », art. préc. p. 37.

adoption ne peut être prononcée. Au regard de la séparation de pouvoir, cette conformité rigoureuse de la jurisprudence a été majoritairement saluée par les auteurs, en ce qu'elle respecte à la volonté du législateur. Mais au fond, la solution a été copieusement critiquée pour sa rigueur et son manque de pertinence⁹⁰⁰. Le sentiment d'insatisfaction est patent au point où, même après les décisions de principe du 10 février 2006, certaines cours d'appel n'ont pas digéré cette prohibition et ont continué à prononcer des adoptions simples⁹⁰¹.

Dans ce contexte jurisprudentiel, les espoirs d'anéantir ou d'assouplir l'application de l'article 370-3, alinéa 2, se sont naturellement reportés vers son hypothétique défaut de conformité avec les droits fondamentaux. Nombre d'auteurs s'attendaient à ce que le salut vienne des droits fondamentaux pour que l'adoption soit possible malgré la présence d'un texte sans ambiguïté. Cette voie a été empruntée par le demandeur au pourvoi dans un arrêt de la première chambre civile du 25 février 2009⁹⁰² qui reprochait aux juges du fond d'avoir violé certaines stipulations de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant et de la Convention européenne des droits de l'homme en refusant l'adoption plénière ou simple d'une enfant algérienne abandonnée et recueillie à titre définitif en France en vertu d'une décision de *kafala*. Le recours à ces instruments internationaux n'a pas persuadé la Cour de cassation de se départir de son rôle de gardienne de la loi et en acceptant de reformuler par la voie de l'interprétation, la mise en œuvre d'une loi jugée intrinsèquement injuste par une doctrine majoritaire. Cette attitude rigoriste semble avoir fait office d'instruction pour la plupart des cours d'appel qui s'y sont conformées. Les arrêts de cours d'appel rendus au cours du deuxième semestre 2008 et du premier semestre 2009, qu'ils soient confirmatifs ou infirmatifs, publiés sur la base de données du ministère de la Justice, refusent tous de prononcer l'adoption simple ou plénière. Parmi les plus récents, l'arrêt en date du 20 mai 2009 de la Cour d'appel de Poitiers, désignée cour de renvoi par l'arrêt de la Cour de cassation du 9 juillet 2008, infirme de façon lapidaire la décision de première instance prononçant l'adoption plénière. On peut remarquer que cette même Cour de Poitiers, dans deux arrêts du 26 mars 2008⁹⁰³, avait pourtant infirmé un jugement rejetant la demande d'adoption simple pour un enfant recueilli en *kafala*... Citons encore un arrêt de la Cour de Colmar du 7 octobre 2008⁹⁰⁴ confirmant un refus d'adoption simple, deux arrêts de la Cour de Montpellier du 12 juin 2008⁹⁰⁵ infirmant deux jugements du même jour prononçant l'adoption plénière et un arrêt de la Cour d'Aix-en-Provence du 10 décembre 2008⁹⁰⁶ confirmant un refus de prononcer l'adoption plénière. Il est désormais acquis que l'inadoptabilité posée par l'article 370-3 du Code civil est incontournable d'autant plus

⁹⁰⁰ C. Chalas, note sous Cass. 1^{re} civ. 15 déc. 2010, JDI 2011, doc. 10.

⁹⁰¹ Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, Juris-Data n° 2006-322119, *JCP*, G, 2007, II, 10073, note A. Verdot.

⁹⁰² *AJF* 2009, p. 170, note A. Boiché ; *D.* 2009, p. 730 obs. V. Egéa, *ibid*, p. 1918, obs. A. Gouttenoire et Bonfils, *D.* 2010, p. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *RTDciv* 2009, p. 308 obs. J. Hausser, *Gaz. Pal.* 2009, p. 18, note F. Guerchoun.

⁹⁰³ Cité par M.-C. Le Boursicot, « Kafala ou recueil légal... », art. préc., n° 66.

⁹⁰⁴ *Idem*.

⁹⁰⁵ *Idem*.

⁹⁰⁶ *Idem*.

que la Cour européenne de droit de l'homme vient de donner à l'approche française un beau brevet de conventionalité⁹⁰⁷. Le cadenas législatif est donc bien verrouillé.

§2- Une prohibition largement justifiée

Avant l'intervention de la réforme de 2001, la doctrine était divisée sur l'opportunité de l'intervention d'une loi en matière d'adoption internationale. Néanmoins, l'idée que la règle de conflit devrait consacrer un *favor adoptionis* était nettement partagée par la majorité des auteurs sauf quelques voix dissonantes⁹⁰⁸. La circulaire du 16 février 1999 a été justement critiquée en ce qu'elle contrariait sévèrement cette faveur à l'adoption avec l'interdiction d'adopter lorsque la loi personnelle de l'enfant prohibe l'adoption. Cette position se prévalait de l'application des principes du droit international privé présentés comme respectueux des législations étrangères et des décisions présentées à *l'exequatur* sous réserve de leur conformité à l'ordre public international français. Ces principes s'opposaient, selon la circulaire, à la constitution en France de rapports juridiques boiteux⁹⁰⁹. Cette justification imparable est aussi le fondement de l'article 370-3 al 2. Le verrouillage absolu de l'adoption tient essentiellement au paradigme de la coordination des systèmes. La conciliation des systèmes juridiques recherchée est comprise par certains comme ayant été faite au détriment du droit français. Cette conception a fait que l'alinéa 2 de l'article 370-3 soit rapproché d'une loi « d'application nécessaire »⁹¹⁰ dont la particularité est d'être une « loi de police étrangère » qui protège des valeurs ne coïncidant nullement avec celles du droit interne français. Cette approche n'est pas convenable dans le sens où bien que le respect de la norme étrangère soit réel, il ne contrevient pas à l'intérêt de l'ordre juridique français. La prévention de tout rapport boiteux ainsi que la contribution au paradigme de la coordination des systèmes sont incontestablement un intérêt pour l'ordre juridique français. Pour servir cet intérêt, le respect des lois de police étrangère est d'une grande utilité⁹¹¹. De plus, il est souvent prétendu que la coordination des systèmes n'est pas un objectif auquel le droit international privé est très attaché surtout lorsque le droit étranger comporte des conceptions très éloignées du droit français⁹¹². Or, s'il faut admettre que parfois le droit français sacrifie l'harmonie des solutions sous l'autel de ses

⁹⁰⁷ M. Farge, « Kafala et adoption ; un inattendu brevet de conventionalité accordé au système français », sous l'arrêt Cour EDH Harroudj c. France 4 octobre 2012, *Dr. fam.* 2012, p. 43.

⁹⁰⁸ Beaucoup d'auteurs étaient favorables à une ignorance de la nationale prohibitive. En l'occurrence B. Ancel et Y. Lequette *GADFDIP* 1998, p. 523 ; P. Mayer, *Droit international privé* 6^e éd. 1998 n° 622 ; P. Murat, notes sous 16 déc. 1997, *Dr. fam.* 1998 comm n° 119 ; H. Muir. Watt, « Vers l'inadoptabilité », art préc., Y. de Thévenard, Questions en en suspens, *Dr. et patri.* Mai 1994, p. 91 et 92. J. Rubellin-Devichi, « Réflexion sur une indispensable réforme en matière d'adoption », *D.* 1991, chron., p. 213.

⁹⁰⁹ Circulaire du 16 février 1999 J.O du 2 avril 1999, *JCP* 1999, III, 20071.

⁹¹⁰ P. Mayer et V. Heuzé dans leur 10^e éd. N° 629 et s.

⁹¹¹ P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 127

⁹¹² M. Farge thèse, « Le statut familial des étrangers en France.. », thèse préc., n° 224.

propres valeurs, il n'est pas acquis que le droit d'adopter a une valeur absolue et pour cause la Cour de cassation, même lorsqu'elle n'était contrainte par aucun texte n'a jamais usé de l'ordre public contre les lois prohibitives. De surcroît, le prolongement de la prohibition musulmane en terre française est étayé par des considérations politiques (A) et par sa conformité aux engagements internationaux de la France (B).

A- Les considérations politiques

Malgré la critique virulente dont la circulaire avait été l'objet, le principe de l'inadoptabilité a été reconduit par la loi de 2001. Cette intégration dans le rang de la loi n'a pas diminué l'opposition des auteurs qui ont dénoncé cette prohibition par procuration qui lèse lourdement les enfants sans famille⁹¹³. Cette mystification⁹¹⁴ de la loi nationale prohibitive a été dénoncée pour son caractère inhumain et sévère surtout en ce qu'elle prive des enfants, ayant vocation à vivre inévitablement en France, du droit à être adopté. Et cela malgré un milieu social et juridique qui conçoit l'adoption comme un acte philanthropique hautement méritoire. Cette attitude législative à contrecourant de l'opinion publique française, se justifie essentiellement par des considérations dépassant la sphère nationale. On s'est interrogé à juste titre pour savoir si l'impossibilité d'adopter ne déborde pas la question de droit international privé pour devenir un enjeu diplomatique⁹¹⁵. A ce souci de respect de la courtoisie internationale s'ajoute en réalité l'objectif pluriséculaire du droit international privé, l'harmonie internationale de solution. L'impériorité de cette finalité se trouve particulièrement révéler dans le droit de l'adoption internationale où l'intérêt de l'enfant est d'avoir un statut stable. En somme, le respect de la courtoisie internationale (1) et l'intérêt de l'enfant sont les deux réelles motivations de l'inadoptabilité (2).

1- Le respect de la courtoisie internationale

Pour justifier le traitement particulier réservé par le législateur aux lois n'admettant pas la création du lien d'adoption, le motif déterminant a été incontestablement le respect de la courtoisie internationale. Cette affirmation est fortement étayée par l'analyse de la procédure législative⁹¹⁶. La

⁹¹³ Voir F. Boulanger, « Une réforme médiatique, mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale (loi du 6 février 2001), *D.* 2001, p. 708, voir aussi E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », art préc., p. 1406.

⁹¹⁴ H. Muir. Watt, « La loi nationale comme métaphore », art préc., n° 16.

⁹¹⁵ M. Josselin-Gall, « Adoption internationale : changement de logique », art préc., n° 15.

⁹¹⁶ Voir compte rendu intégral de la séance du 28 mars 2000 à l'Assemblée nationale (JOAN CR 29 MARS 2000) et la séance du 10 janvier 2001 au sénat (JO Sénat CR, 11 janvier 2001).

proposition de loi initiale soumise au parlement manifestait une vision un peu particulière de l'adoption internationale puisqu'elle envisageait l'adoption internationale à travers le prisme des conflits de juridictions tout en usant de la méthode unilatérale. Ce procédé visait à rendre compétent l'ordre juridique français pour l'adoption internationale dès lors qu'une juridiction française était saisie. A vrai dire, il fallait lire entre les lignes la volonté de neutraliser les dispositions de la circulaire du 16 février 1999 qui était ouvertement hostile au prononcé de l'adoption dès lors que la loi nationale de l'enfant y était défavorable. Conforme aux vœux des associations de parents adoptifs, la proposition de loi initiale soumettait les conditions et les effets de l'adoption à la loi française en l'absence de législation sur l'adoption dans le pays d'origine. La question des enfants de statut personnel prohibitif était passée sous silence. Le texte, dans sa configuration actuelle, a été le fruit des amendements des sénateurs qui ont introduit l'interdiction d'adopter cette catégorie d'enfants. Pour les sénateurs, l'adoption des enfants musulmans était délicate et une solution n'était possible que par la voie conventionnelle⁹¹⁷. Donc il est évident que l'enjeu diplomatique avait largement influencé le parlementaire pour qu'il renonce à permettre l'adoption de cette catégorie d'enfants. Le législateur a voulu ménager la sensibilité des pays musulmans qui ont montré leur hostilité à cette institution en posant leur réserve sur ce point dans la convention internationale des droits de l'enfant. La volonté d'éviter toute forme d'impérialisme est patente. Au cours des travaux préparatoires on a même regretté l'impérialisme des solutions jurisprudentielles qui autorisaient les Français à braver l'interdiction d'adopter édictée dans les pays d'origine pour se contenter uniquement des consentements des représentants légaux de l'enfant.

S'il est le vrai que le mot impérialisme est un peu excessif en raison de l'état d'esprit humaniste de la jurisprudence, le respect de l'interdit étranger ne doit pas être négligé dans le sens où il procède d'une acception de l'intérêt de l'enfant. A vrai dire au-delà son fondement religieux, l'inadoptabilité n'est pas indissociable d'une conception culturelle de la filiation qui ne comprend pas que le lien de parenté puisse se créer sans substrat biologique. La divergence du système musulman avec le système français provient au fond de deux façons de voir l'intérêt de l'enfant qui sont semblablement fondées sur des considérations humanitaires. Faire privilégier la conception française sur celle du droit musulman peut apparaître, certes, au mieux comme un nombrilisme juridique au pire comme une forme d'impérialisme. Toutefois cette critique peut être atténuée par le fait que dans certains cas les autorités administratives des pays qui interdisent l'adoption confient à des étrangers leurs enfants tout en étant parfaitement informées du projet d'adoption de ces étrangers⁹¹⁸. Cet argument fort pose toutefois la question de savoir s'il est raisonnable de faire prévaloir ces autorisations juridiquement infondées sur des lois étrangères expresses. La réponse est plutôt négative et la Cour de cassation pendant un temps faisait la distinction selon que le

⁹¹⁷ Voir rapport About préc., p. 1.

⁹¹⁸ Antérieurement à la loi du 6 février 2001, la Cour de cassation refusait le prononcé de l'adoption malgré le consentement d'une autorité étrangère qui permettait l'adoption malgré l'interdiction de la loi. Voir toute les notes produites à l'occasion de l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1997 notamment, *Rev crit DIP* 1997, p. 706 note H. Muir Watt ; *JDI* 1997 p. 973 note F. Monèger ; *D.* 1998 p. 187, note E. Poisson-Drocourt, *Dr fam.* 1997 comm. 119, obs. P. Murat ; *JCP G.* II. 22916, note Th. Garé.

représentant de l'enfant était une personne publique ou privée. Au fond, parents par le sang et organismes privés pouvaient donner leur consentement en toute indépendance. Formulé par un magistrat ou une institution publique l'accord du représentant de l'enfant était sans conséquence positive sur l'adoption de l'enfant⁹¹⁹. D'un point de vue théorique, cette distinction entre personne privée et personne publique reposait sur un fondement divinatoire. Qu'elle soit privée ou publique, les pouvoirs de la personne représentant l'enfant sont définis par l'ordre juridique qui l'a désignée et parmi ces pouvoirs n'est pas inclus celui de consentir à l'adoption.

De plus, refuser au juge étranger le pouvoir de consentir à l'adoption présente des inconvénients. Ce refus sonne comme un rappel à l'ordre de la part du juge français pour violation des conceptions opposées à la culture juridique française. Ce qui est pour le moins étonnant. Il faut comprendre par là que les quelques décisions isolées des magistrats étrangers ne doivent pas servir d'alibi pour valider un acte réprimé par l'ordre juridique étranger. Le juge français ne doit prendre en compte que les dispositions légales étrangères.

Ne pas respecter ses dispositions reviendrait à favoriser les trafics d'enfants. En effet, il s'agira le plus souvent de faire sortir un enfant de son pays d'origine pour le faire adopter en France. En respectant l'inadoptabilité musulmane, le législateur français a voulu contrecarrer une pratique illicite consistant à obtenir un jugement de *kafala* en Algérie ou au Maroc pour le faire ensuite transformer en France en adoption. La réforme de 2001 est là pour rassurer les pays musulmans contre les intentions frauduleuses de certains adoptants qui veulent passer pour des véritables parents lorsqu'ils ont été investis d'une mission de tutelle. La question de confiance entre pays est au centre de l'inadoptabilité de l'article 370-3 du Code civil. Cette question se pose parce que les pays musulmans n'ont pas voulu signer la Convention de La Haye tellement l'institution de l'adoption est contraire à leur âme. La position française sur l'adoption des enfants ressortissants des pays musulmans demeure avant tout une concession qui atténue à sa façon une antinomie culturelle souvent désignée comme irréductible. Ne pas tenir compte de la prohibition étrangère risque fort bien de créer de sentiment de trahison de la part des pays étrangers qui pourrait provoquer ainsi des mesures de rétorsion se traduisant par l'interdiction de remettre les enfants de ces pays à des Français⁹²⁰. La récente mesure des autorités marocaines de ne pas confier la *kafala* à des étrangers peut s'analyser justement comme une rétorsion contre l'admission de l'adoption dans la majorité des pays européens⁹²¹.

La question de l'adoption internationale avec ses données complexes a incité le législateur français à ne pas minimiser la position des États étrangers. Cela explique bien évidemment l'influence des considérations diplomatiques dans la réforme de 2001. L'importance de ces considérations rendent de plus en plus évidente, la nécessité de trouver une solution par voie de convention bilatérale à

⁹¹⁹ H. Muir-Watt, note sous Cass. 1^{re} civ. 16 décembre 1997, *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 433.

⁹²⁰ Voir propos de J. Foyer dans le débat consécutif à l'intervention de B. Bourdelois, « L'adoption internationale », *TCFDIP* 2000/2002, art. préc., p. 173. Adde, M. Simon-Depitre, « L'adoption d'enfants étrangers en droit international privé », in J. Foyer et C. Labrusse-Riou, *L'adoption d'enfants étrangers*, Economica 1986 p. 36.

⁹²¹ Léa-Lisa Westerhoff, « Au Maroc, l'adoption en résidence surveillée », quotidien *libération* du 3 mai 2013, voir www.libération.fr

l'épineuse problématique des enfants interdits d'adoption⁹²². Séduisante, cette solution éliminerait de manière légale et pacifique le risque de claudication pour les adoptions prononcées en France. Cela serait aussi une aubaine pour les enfants se trouvant totalement dépourvus de filiation naturelle et conférerait par la même une portée supplémentaire à l'article 3-1 de la Convention de New York. Allant à l'encontre des prescriptions du Coran, cette solution suppose néanmoins un assouplissement des conceptions musulmanes de l'adoption afin d'inscrire dans le cœur des enfants une place pour d'autres personnes que celles les ayant abandonnés⁹²³.

2- Le respect de l'intérêt de l'enfant

La position française relative à l'adoption des enfants interdits d'adoption est intéressante en ce qu'elle développe une conception particulière de l'intérêt de l'enfant.

La notion d'intérêt de l'enfant en apparence unitaire est en réalité plurale⁹²⁴ tant et si bien que l'intérêt d'un enfant étranger et celui d'un Français ne peuvent être soumis à une évaluation identique. L'analyse de ce concept nous invite à réfléchir sur la notion de justice conflictuelle. Pour cette théorie, la règle de conflit de lois à une fonction purement mécanique. Elle véhicule des intérêts propres à la matière et non ceux d'une partie. Inventé par Kegel⁹²⁵, ce concept de justice conflictuelle induit une conception conflictuelle de l'intérêt de l'enfant qui, en matière d'adoption conduit à prendre en compte l'extranéité de l'enfant pour tenir compte de sa loi d'origine.

Ainsi si l'intérêt de l'enfant étranger abandonné est d'avoir une famille de substitution, les prescriptions de sa loi nationale en matière d'adoption sont une donnée fondamentale qu'on ne saurait sous-estimer. L'intérêt de droit matériel est ici délaissé au profit de l'intérêt conflictuel. Pour bien comprendre, dans une situation interne, un État, ne prohibant pas l'adoption, se soucie de l'insertion de l'enfant dans une famille pour son épanouissement. En revanche dans une situation internationale, si l'enfant est originaire d'un pays musulman : il y a le risque de naissance d'une situation internationalement boiteuse avec l'absence d'état civil homogène. Ce statut boiteux résulte de la non-reconnaissance à l'étranger d'une situation créée dans le *for*. Le tourment né de ce statut boiteux affecte directement l'enfant adopté qui verra son adoption non reconnue par son État d'origine. Le respect de la loi étrangère ne s'impose pas seulement sur le plan des principes, mais aussi pour le bien des enfants étrangers et de leurs parents potentiels. Cette acception de l'intérêt de

⁹²² A. Gabriel, « *La cour d'appel d'Aix-en-Provence face à l'adoption internationale* », Bull. Aix-en-Provence 2005-4 p. 45.

⁹²³ A. Verdot, note sous Aix-en-Provence 26 octobre. 2006 préc.

⁹²⁴ C. Chabert, « *L'intérêt de l'enfant et le conflit des lois* », *op. cit.* Voir aussi P. Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé : esprit et méthodes », in *Mélanges P. Lagarde*, préc. p. 365.

⁹²⁵ G. Kegel, « the crisis of conflict of laws », RCADI 1964, T2 vol. 112, p. 91.

l'enfant a été adoptée par la Cour d'appel de Pau⁹²⁶ avant l'adoption de la réforme de 2001. Après le prononcé de l'adoption d'un enfant d'origine marocaine, le procureur de la République interjeta appel en alléguant une violation de l'intérêt de l'enfant puisque le prononcé de son adoption conduisait à lui donner un statut contraire à son intérêt. La Cour d'appel de Pau refusa de prononcer l'adoption de l'enfant au motif essentiel qu'elle est prohibée par sa loi d'origine. Cette conception abstraite de l'intérêt de l'enfant ne va pas sans déconcerter ceux qui verraient en l'intérêt de l'enfant une valeur matérielle. Dire que l'intérêt de l'enfant réside incontestablement dans le prononcé de l'adoption est maladroit et procède d'une confusion entre son acception dans le droit interne et sa compréhension dans le droit international privé. Rien ne permet de faire cette confusion puisque le droit interne n'est pas soumis à la contrainte du statut boiteux. La promotion de l'intérêt conflictuel de l'enfant est un avantage certain pour l'enfant et pour son pays d'origine. Contrairement à la critique endurée par la réforme de 2001, l'intérêt de l'enfant n'a pas été sacrifié puisque le rattachement à la loi nationale, lorsqu'elle prohibe l'adoption, est un rattachement centré sur la promotion de son intérêt supérieur⁹²⁷. L'oscillation du statut de l'enfant au gré de son déplacement n'est guère bienfaisante pour l'enfant.

Éviter ce statut boiteux c'est contribuer à l'objectif de l'efficacité des décisions. L'efficacité des décisions est la finalité première du droit international privé, il faut l'entendre comme la possibilité de se prévaloir de la situation que doit établir la décision du *for* dans un ordre juridique particulièrement lié au litige. La méthode de l'efficacité de décisions⁹²⁸ subordonne la création du lien d'adoption à sa possibilité d'être reconnue dans un État lié au litige. Concrètement, il s'agit de moduler les critères de compétence du *for* sur celui de cet ordre. La disposition de l'article 370-3 al 2 contribue directement à cet objectif d'efficacité des décisions même s'il n'est pas certain que tel ait été l'objectif du législateur français. Le code de droit international suisse met clairement en évidence son souci de l'efficacité de la décision d'adoption puisqu'il est ouvertement dit dans l'article 77 que « *lorsqu'il apparaît qu'une adoption ne serait pas reconnue dans l'État du domicile ou dans l'État national de l'adoptant ou des époux adoptant et qu'il en résulterait un grave préjudice pour l'enfant ; l'autorité tient compte en outre des conditions posées par l'État en question* ».

Au-delà même de l'argument du mal du statut boiteux, la situation dramatique de l'enfant étranger le plus souvent abandonné par sa famille et déplacé de son milieu de naissance oblige à ne pas le priver des garanties de sa loi personnelle⁹²⁹. Ignorer la loi nationale de cet enfant en prononçant son adoption plénière provoque une rupture avec son milieu culturel d'origine contraire à l'intérêt de l'enfant surtout quand il a déjà entretenu avec ce milieu un lien resté dans sa mémoire. Ce qui

⁹²⁶ Pau, 12 décembre 1994 et Cass. 1^{re} civ. 10 mai 1995 *D.* 1995, p. 544, note Larribau-Terneyre.

⁹²⁷ M. Fallon, « La filiation internationale : problèmes nouveaux, solutions nouvelles ? », *in relations internationales*, M. Verwillghen et R. Valkeneer (ss dir.), Bruylant, 1993 p. 87 et sp. n°45.

⁹²⁸ Cette méthode a été développée par P. Picone, « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI*, 1986 T.2 vol. 197, p. 243.

⁹²⁹ B. Audit, *Droit international privé, op. cit.*, n° 728.

constitue en soi un mal qui s'ajoute à son déracinement familial et géographique. Il faut comprendre par là que la notion de permanence n'a pas seulement une utilité que pour l'état civil, elle a un sens aussi pour le sentiment d'appartenance. Contrairement à ce qu'on allègue souvent, les arguments personalistes classiques n'ont pas perdu de leur poids dans l'adoption internationale. La considération de permanence de l'état se justifie aussi au regard du respect de l'origine de l'enfant de statut prohibitif. Toute personne humaine dotée d'une filiation fictive développe une curiosité intense sur l'identité de ses véritables parents. Et pour cause, 80% des demandes d'accès aux origines, déposées au Conseil national d'accès aux origines des personnes, sont des enfants adoptés plénièrement⁹³⁰. L'origine de l'enfant est un élément fondateur de son identité, on ne saurait ne pas en tenir compte *a fortiori* lorsqu'il vient d'un pays prohibant l'adoption. L'intérêt de l'enfant n'est pas en toute hypothèse d'être adopté, il faut éviter de sous-estimer la position hostile de la loi nationale par excès de sentimentalité au nom de la protection de l'enfant.

De plus, en cas d'échec de l'adoption, l'irrévocabilité de l'adoption risque d'enfermer l'adopté dans un lien familial n'ayant d'autre justification que le vécu et qui a perdu sa base affective. Ce risque d'échec de l'adoption est plus fort lorsque l'enfant vient d'un autre pays. Ainsi, il est connu que les caractéristiques du lien adoptif puissent peser lourdement dans ces échecs : l'existence d'une autre filiation, connue ou cachée, fantasmée parfois, mais aussi les attentes démesurées et déçues de la part des adoptants, l'âge de l'adopté ou encore la rupture avec le pays d'origine : souvent un pays pauvre marqué par la violence politique, économique et sociale⁹³¹.

La prise en considération de la loi d'origine de l'enfant lorsqu'elle prohibe l'adoption n'est pas une spécificité française. D'autres pays occidentaux sont parvenus à des solutions similaires ou proches. Au Canada, une étude réalisée⁹³² avant l'adoption du nouveau Code civil parvenait à la conclusion que le but en matière d'adoption internationale est la recherche du meilleur intérêt de l'enfant impliquant l'octroi d'un statut susceptible d'être reconnu hors du Québec. Cette conception conflictualistes de l'intérêt apparaît dans l'article 595 du Code civil du Québec⁹³³. Le souci d'une adoption reconnue dans le pays d'origine de l'enfant n'est pas totalement absent dans la règle de conflit de lois espagnol. Certes, le droit espagnol pose le principe de la compétence de la *lex fori*, mais l'article 9 §5 du Code civil invite le juge à voir si d'autres lois ne sont pas intéressées par l'adoption. Dans l'hypothèse d'un adoptant espagnol résidant habituellement dans un pays qui prohibe l'adoption, l'intérêt de l'enfant est de faire reconnaître son statut par son pays de résidence. Donc le respect de la prohibition du pays d'origine demeure incontournable.

⁹³⁰ M.-C. Le Boursicot, « Accéder à ses origines personnelles, le rôle du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles ». *Info. sociale.*, n° 146/ 2008, p. 80.

⁹³¹ Y. Favier, « Les échecs de l'adoption », le paradoxe de l'adoption plénière ». *Info. sociale* n° 146/ 2008, p. 123.

⁹³² M. Riendeau, « L'adoption internationale : le Québec est-t-il une terre promise ? », in M. Riendeau et S. Massé, *L'adoption d'enfants sur une base internationale, défi juridique de notre société moderne*, Yvon Blais, 1984, p. 47.

⁹³³ Le droit civil du Québec privilégie le rattachement de l'adoption au domicile de l'enfant. Pour les enfants ressortissants des pays prohibant l'adoption, la jurisprudence veille à ce qu'il n'y ait pas un changement frauduleux du domicile. Dans plusieurs décisions, les juges ont refusé de transformer la *kafala* en adoption en se fondant sur le domicile de l'enfant situé à l'étranger. V. J. Tugault-Lafleur, « *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabomusulman et en occident : une réconciliation est-elle possible* », Mémoire de maîtrise université de Montréal, p 159 et s.

B- La conformité aux engagements internationaux de la France

Consécutivement à la position claire de l'ordre juridique français en faveur de l'inadoptabilité des enfants de statut prohibitif, la doctrine s'est interrogée sur la possibilité de faire sauter le verrou juridico-judiciaire par un recours aux textes internationaux. L'interdiction d'adopter cette catégorie d'enfant était contestée notamment pour sa non-conformité avec les articles 8, § 1 (droit au respect de la vie privée et familiale), 12 (droit de se marier et de fonder une famille) et 14 (interdiction des discriminations) de la Convention EDH. De même ont été invoqués l'article 24-1 (droit des mineurs à une protection familiale ou étatique) du Pacte international des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques et l'article 20 de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant. Les tenants de l'adoption de ces enfants s'appuient sur l'intérêt supérieur de l'enfant à tort ou à raison et le principe d'égalité qui conduit à donner à tous les enfants une protection familiale. Face à cette perception de l'intérêt de l'enfant se dresse une autre conception de cet intérêt comprenant l'adoption comme une protection subsidiaire. Ainsi ces normes internationales ont le défaut majeur d'être rédigées en des termes généraux⁹³⁴ si bien qu'elles peuvent servir de fondement à des interprétations contradictoires sur la question du droit à l'adoption. Toutefois, il est incontestable que ces textes n'envisagent pas l'adoption comme une solution à tous les cas : leur esprit est le même, il est empreint de prudence. Le choix de l'ordre juridique français en faveur de l'inadoptabilité des enfants d'origine musulmane est conforme à cet esprit (1). Cette conformité a été reconnue par la jurisprudence interne et européenne (2).

1- L'inadoptabilité des enfants de statut prohibitif conforme à l'esprit des engagements internationaux de la France

Les textes internationaux ratifiés par la France ne l'obligent pas à consacrer un droit absolu à l'adoption. La convention internationale des droits de l'enfant et celle de La Haye du 29 mai 1993 sont les deux textes de référence en matière d'adoption. La première concerne le droit de l'enfant en général et contient des dispositions relatives à l'adoption (a). La seconde concerne directement l'adoption (b). L'esprit de ces deux conventions ne condamne pas le choix français de ne pas faire adopter les enfants interdits d'adoption par leur pays d'origine.

⁹³⁴ J. Hausser, « Le temps et la filiation : kafala et intérêt de l'enfant », *RTDciv*, 2009, p. 309.

a- La Convention internationale sur les droits de l'enfant

Sans se référer aux interprétations jurisprudentielles de la Convention internationale des droits de l'enfant, il convient de rechercher si les dispositions de ces textes mettent à la charge des États l'obligation positive de faire prononcer les adoptions d'enfants venant de milieux culturels hostiles à l'adoption. Sur ce point, la Convention ne consacre pas l'adoption comme réponse unique et privilégiée au drame de l'enfance sans famille. Elle ne pose pas l'adoption comme un droit absolu de l'enfant, elle l'envisage comme un mode de protection comme un autre visant à insérer l'enfant dénué de famille dans une famille. Ce qui ne surprend guère dès lors que les normes de cette convention sont le fruit d'un compromis entre universalisme et pluralisme culturel⁹³⁵. Cet aspect de la convention impose une compréhension moins ethnocentrique des notions indéterminées souvent interprétées par la doctrine française⁹³⁶ à la lumière de la culture occidentale. Ainsi l'article 3-1 de la convention qui élit l'intérêt supérieur de l'enfant comme la considération primordiale pour les décisions le concernant a été conçu par certains comme un moyen d'éviter les lois prohibitives. Cette analyse purement nationale des concepts internationaux risque d'ériger certaines conceptions occidentales comme partie intégrante de droits de l'Homme : ce qui, au final, peut aboutir à une régression de l'internationalité de ces concepts. Elle a aussi l'inconvénient de mettre fin à tout espoir de rapprochement entre la culture occidentale et la culture musulmane souvent présentée comme accusant des différences sur des nombreux points : conception de l'homme, religion ou laïcité dans la vie politique et sociale⁹³⁷. Or, c'est précisément l'exploitation des différences entre le droit musulman et la culture juridique occidentale que visent les prétendants à l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un enfant de statut personnel musulman⁹³⁸. L'interprétation de l'intérêt de l'enfant dans le sens de l'adoption n'a pas d'autres effets que d'accentuer les différences entre ces deux cultures. Cette éventuelle conséquence est contraire à la finalité première du droit international privé : la coordination des systèmes⁹³⁹.

Cette lecture extensive de l'intérêt de l'enfant est ouvertement contredite par les dispositions plus claires des articles 20 et 21 qui évoquent directement la question de l'enfant délaissé. Personne ne peut contester que l'esprit de ces dispositions n'impose pas une faveur à l'adoption. L'adoption est présentée comme un moyen parmi d'autres pour solutionner le drame de l'enfance délaissée. De plus, l'adoption internationale est dotée par l'article 21 b) d'un caractère subsidiaire dans la mesure où les États qui autorisent l'adoption à l'étranger reconnaissent qu'elle ne peut être envisagée que

⁹³⁵ Pour déceler ce compromis, il suffit de bien lire les paragraphes 3 et 12 du préambule.

⁹³⁶ Voir J. Rubellin-Devichi, « *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption* », *D.* 1991 Chron.. 209, p. 7990. Adde du même auteur, « *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence française* », *JCP, G.* 1994. I. 3739. L'auteure recommande de faire un usage prudent des notions indéterminées, mais elle semble interpréter l'intérêt de l'enfant dans le sens de l'adoption.

⁹³⁷ J. Deprez, « *Droit international privé et conflits de civilisation* », *RCADI*, 1988, V. 211, p. 36.

⁹³⁸ D. Martel, note sous Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010, *JCP, G.* 2011, p. 302.

⁹³⁹ H. Batiffol, « *Aspects philosophiques du droit international privé* », *op cit.*, n° 147.

dans le cas où l'enfant « *ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé* ». Il faut comprendre par là que l'adoption internationale de par le déracinement géographique et culturel qui lui est inhérent doit être préférée au profit des solutions prévues dans l'État d'origine de l'enfant. Ce principe de subsidiarité peut être conçu comme un argument supplémentaire pour respecter la position de l'État d'origine de l'enfant. La réponse française sur l'adoption des enfants de statut personnel prohibitif respecte rigoureusement cet article puisque l'adoption de cette catégorie d'enfants interdit dans un premier temps sera possible une fois l'intégration dans le milieu français acquise par une présence longue de cinq années.

Ignorer la position de principe de l'État étranger sur l'adoption serait contraire à la convention internationale de droit de l'enfant puisque l'État d'origine de l'enfant a l'obligation positive de veiller au respect du principe de subsidiarité sus évoqué. Ce point de vue est partagé par la Convention de La Haye du 29 mai 1993⁹⁴⁰ pour laquelle cette responsabilité doit peser exclusivement sur les autorités de l'État d'origine qui sont en réalité les mieux à même de l'exercer. Le respect de l'ordre juridique français à l'égard du veto de la loi nationale prohibitive est donc la transposition fidèle d'un esprit commun à ces deux conventions.

Pour sortir de l'instrumentalisation de la généralité des notions contenues dans la convention internationale sur les droits de l'enfant, il faut adopter une lecture d'ensemble de la convention. Autrement dit, il est nécessaire de combiner les articles pour voir la véritable intention des auteurs. Ainsi pour savoir définir la notion d'intérêt de l'enfant relativement à la question de son adoption, il faut lire l'article 3-1 avec l'article 20. 3 qui met sur un pied d'égalité la *kafala* et l'adoption⁹⁴¹ et qui précise que pour le choix entre celles-ci, « *il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique* ». Si on essaie d'interpréter l'intérêt de l'enfant à la lumière de cette disposition, il s'agit clairement ici d'une préférence nette pour l'intérêt conflictuel de l'enfant. La convention met l'accent de façon très nette sur l'idée de permanence de l'état de l'enfant partie intégrante de son intérêt. De ce fait, la règle de conflit des États signataires doit prendre en compte cet impératif de stabilité cher à la convention. Pour se convaincre de ce raisonnement, il suffit de voir la place de la culture dans le droit de l'enfant. La Convention contient en effet des références expresses relatives à la culture de l'enfant envisagée comme une valeur positive⁹⁴². Faire fi de la position de la culture

⁹⁴⁰ L'article 4 dispose en effet, « Les adoptions visées par la convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine :

b) ont constaté, après avoir dûment examiné les possibilités de placement de l'enfant dans son État d'origine qu'une adoption internationale répond à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

⁹⁴¹ « Article 20 : Droit à une protection de remplacement pour l'enfant privé de son milieu familial », *Dr., fam* n° 11, 2009, Dossier 33.

⁹⁴² Dans le préambule on peut lire « tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant ».

d'origine de l'enfant sur l'adoption, lorsque ce dernier a déjà eu un contact avec elle est une chose regrettable. N'est-il pas préjudiciable à l'enfant de faire table rase sur cette séquence de sa vie ?

Reste l'article 21 a) qui apparaît comme le fondement le plus solide contre une ignorance de la loi nationale prohibitive. Aux termes de cette disposition, les États favorables à la filiation élective « *veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents, et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires* ». Prononcer des adoptions interdites par la loi d'origine de l'enfant, c'est violer « *les lois et procédures applicables* » posées par l'État d'origine, ce qui est en soit une violation de cette convention. Pareille conclusion est rejetée au nom du refus de la discrimination entre enfants par ceux qui militent pour un *favor adoptionis* y compris lorsque l'État d'origine de l'enfant prohibe l'adoption. Le recours à l'argument de la discrimination est abusif ici dans le sens où l'enfant étranger est dans une situation différente de l'enfant français. Pour l'ensemble de ces raisons, une réforme de la position française dans le sens d'une faveur absolue à l'adoption serait un pied de nez à la Convention internationale des droits de l'enfant.

b- La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

En optant pour le respect de la loi nationale prohibitive d'adoption, le législateur s'est-il mis en opposition avec la convention de La Haye du 29 mai 1993⁹⁴³. A vrai dire, cette Convention a été souvent présentée comme contraire à la position française sur l'adoption des enfants dont la loi nationale interdit l'adoption. Il a été largement démontré à propos de la Convention internationale des droits de l'enfant que le respect de la loi prohibitive était en harmonie avec cette dernière. En outre, en raison de l'influence majeure qu'ont exercée les principes directeurs de cette convention sur celle de La Haye⁹⁴⁴, il n'est pas surprenant d'imaginer que le constat de conformité soit valable aussi pour cette dernière.

⁹⁴³ Pour un commentaire très fouillé de cette convention voir B. Sturlèse, « *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* », JCP, 1994, 101234. P. Courbe, « *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* », *AJF* 2002, p. 8. Adde, N. Meyer-Fabre, « *La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* », *Rev. crit Dip* 1994, p. 259.

⁹⁴⁴ A. Boiché, note sous Cass 1^{re} civ., 15 février 2009, *AJF* 2009, p. 170.

En premier lieu, le principe selon lequel l'adoption internationale n'est envisageable qu'à défaut de solution nationale est solennellement affirmé par la Convention de La Haye⁹⁴⁵. Ce principe de subsidiarité est souvent interprété à tort comme ne signifiant pas qu'il faille respecter la prohibition de l'adoption par la loi nationale. Il vise avant tout à favoriser la coopération interétatique pour prévenir toute solution contradictoire qui pourrait nuire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce souci d'harmonie des solutions se dégage de l'approche utilisée par la convention qui a centré son dispositif sur les phases situées en amont et en aval. Sur ce point, court-circuiter la position de l'État d'origine par une transformation de la *kafala* en adoption serait intrinsèquement contraire à la convention. Pour échapper à la contrainte que constitue la convention de La Haye, certains ont argué de l'absence de prétention universaliste de la convention qui ne concernerait que les rapports entre États signataires de sorte que ces derniers seraient libres d'adopter une règle de conflit permettant d'adopter les enfants de statut personnel prohibitif. Cela étant, l'absence de clarté de la convention sur le domaine d'application des lois compétentes⁹⁴⁶ doit être comblée par son esprit qui plaide en faveur de la position du législateur dans la loi du 6 février 2001⁹⁴⁷.

En deuxième lieu, la Convention ne dit rien sur l'adoption d'un enfant dont la loi nationale interdit l'adoption. Plusieurs éléments conduisent à croire que l'intention des délégués était de ne pas enfreindre l'interdiction édictée par la loi d'origine de l'enfant.

D'une part, l'esprit de la Convention n'est pas de favoriser à tout prix les adoptions internationales, mais d'assurer la protection des enfants⁹⁴⁸ contre les risques inhérents à l'adoption internationale notamment le trafic et la création de rapport boiteux.

D'autre part, le fait que la Convention mette en avant le rôle des autorités d'origine de l'enfant qui sont seules habilitées à se prononcer sur l'adoptabilité de l'enfant laisse supposer que le respect de la *lex auctoris* est nécessaire pour l'intérêt de l'enfant.

Pour ces raisons, il faut conclure que le respect de la *lex auctoris* lorsqu'elle refuse l'adoption n'est pas contraire à la Convention de La Haye du 29 mai 1993. Si l'État français était libre de choisir une règle de conflit relative à l'adoption des enfants ressortissants des pays non signataires de la Convention, sa position de ne pas adopter, les enfants interdits d'adoption par leurs lois nationales, ne peut pas être combattue avec la Convention de La Haye. Cette harmonie entre l'article 370-3 et

⁹⁴⁵ L'article 4, « Les adoptions visées par la convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine :

-ont constaté, après avoir dûment examiné les possibilités de placement de l'enfant dans son État d'origine, qu'une adoption internationale répond à l'intérêt supérieur de l'enfant.

⁹⁴⁶ B. Sturlèse, « La Convention de La Haye... », art. préc., p. 433.

⁹⁴⁷ Sur la cohérence entre la position française sur la question de l'adoptabilité des enfants de statut personnel prohibitif et la convention de la Haye du 29 mai 1993 voir l'intervention de P. Lagarde après la communication de B. Bourdelois, « L'adoption internationale », art. préc., p. 168.

⁹⁴⁸ N. Meyer-Fabre, « La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1994, p. 281.

la Convention doit être saluée pour sa cohérence⁹⁴⁹. Elle constitue aussi un gage pour l'intérêt de l'enfant qui est protégé ainsi contre toute forme de trafic et contre un état civil contesté dans son pays d'origine. De plus, l'adoption d'une règle de conflit favorable à l'adoption, même lorsque la loi nationale de l'enfant est prohibitive, aboutirait à la création de deux régimes distincts pour les lois étrangères dont l'application serait fonction de l'origine de l'enfant. Ainsi, la loi d'origine serait respectée lorsque l'adoption intervient au sein d'une communauté d'États connaissant la filiation élective, c'est-à-dire permettant une coordination des systèmes. En revanche, elle serait bafouée, lorsqu'elle ignore ou prohibe l'adoption, parce que les objectifs du droit international privé s'effaceraient, à certaines conditions, devant l'intérêt concret de l'enfant. En somme, il faut considérer que la Convention de La Haye du 29 mai 1993 « impose à ses signataires, sinon une abstention, du moins une grande vigilance, à l'égard de l'adoption d'enfants dont le pays d'origine interdit l'adoption et ne reconnaît pas celle prononcée dans le pays d'accueil de l'enfant »⁹⁵⁰. Pourquoi donc vouloir combattre la légitimité de l'article 370-3 du Code civil qui est conforme aux engagements internationaux de la France ?

2- L'adhésion de la jurisprudence interne et européenne à la position française

La règle de l'article 370-3 a été critiquée pour son caractère rigide qui conduit à interdire l'adoption immédiate de nourrissons nés sans filiation en terre d'islam. L'attitude de la Cour de cassation dans les arrêts du 10 février 2006 a été comprise par les auteurs⁹⁵¹. La Cour n'a pas voulu trahir la volonté du législateur par une interprétation contrariante. Toutefois, la Cour régulatrice est allée au-delà d'un simple donner-acte au pouvoir législatif, car elle a refusé de contourner la prohibition de l'adoption sur le fondement des droits fondamentaux (a). Cette interprétation a été récemment confortée par la Cour européenne de droit de l'homme qui a approuvé le choix conflictuel français (b).

⁹⁴⁹ Sur ce point nous adhérons entièrement à la remarque de M. Lagarde qui observe que « la ratification par la France de la convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale implique l'adhésion à sa philosophie, qui est de renvoyer en bloc au droit de l'État d'origine de l'enfant la question de son adoptabilité. A Peine de schizophrénie juridique, cette philosophie doit également prévaloir pour les adoptions hors convention ». P. Lagarde note ss Cass. 1^{ère} civ. 9 juillet 2008, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 828. Voir aussi M. Fulchiron qui s'interroge à propos de la convention si « un pays qui l'a ratifiée peut ouvertement violer un principe qu'il reconnaît solennellement ». H. Fulchiron, Adoption sur kafala ne vaut, note sous les arrêts du 10 octobre 2006, note préc., p. 816.

⁹⁵⁰ C. Chalas, note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 déc. 2010 préc.

⁹⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 octobre 2006, n° 06-15.264 et 60-15.265, 2 esp., bull. civ. I, n° 431 et 432 ; *AJF*. 2007, p. 32, obs. A. Boiché ; *JDI* 2007, p. 564, note Brière ; *Dr. fam.* 2007, comm. 96, note Farge ; *JCP* 2007, II, 10072, note Farge ; *D.* 2007, 816, obs. Fulchiron ; *RJPF* 2007-1/35, note Le Boursicot ; *Defrénois* 2007, p. 133, note Révillard ; *RLDC* 2007, n° 2610, note Thevenet-Montfrond ; *D.* 2007. Pan. 460, obs. F. Granet.

a- Le refus de la Cour de cassation de contourner la prohibition sur le fondement des droits fondamentaux

Après avoir loué la fidélité sans faille de la Cour de cassation au législateur sur l'inadoptabilité des mineurs ressortissants des pays musulmans, la doctrine hostile à cette position⁹⁵² avait beaucoup compté sur son éventuel anéantissement jurisprudentiel sur le fondement des droits fondamentaux. Il était attendu que la Cour de cassation fasse sauter le verrou de l'article 370-3 al.2 suite à un pourvoi invoquant la contradiction de la substance de cet article avec les engagements internationaux de la France, notamment avec la convention de La Haye du 29 mai 1993, la Convention sur les droits de l'enfant et la Convention européenne de droit de l'homme et des libertés fondamentales. Dans deux arrêts successifs⁹⁵³ du 25 février 2009 et du 15 décembre 2010, la Cour de cassation a rejeté les pourvois qui cherchaient à échapper aux contraintes de l'article 370-3 al.2 par la voie des normes internationales. En effet, plusieurs arguments étaient invoqués, celui de l'intérêt de l'enfant selon l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, de la différence de traitement lié au refus d'adopter cette catégorie d'enfant, et, enfin, la violation de l'article 8 et 14 de la convention européenne de droit de l'homme. Aucun de ces arguments n'a trouvé grâce devant la cour régulatrice. Sur la violation de la convention de La Haye, la juridiction suprême a énoncé que l'article 370-3 al.2 était la traduction en droit interne des dispositions de la Convention de La Haye du 30 mai 1993⁹⁵⁴.

Concernant, la conformité à l'article 3-1 de la CIDE, la Cour de cassation, contrairement aux attentes, a développé une conception abstraite de l'intérêt de l'enfant. Elle a considéré que le refus de la transformation de la *kafala* en adoption n'était pas contraire à l'intérêt de l'enfant puisque la *kafala* est un mode de protection, au même titre que l'adoption, reconnu par le droit international. La Cour de cassation n'a pas voulu ouvrir la voie à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et cela pour deux raisons.

En premier lieu, l'admission de l'appréciation *in concreto* suppose l'existence d'une contradiction au sein même de la CIDE : comment condamner le refus de transformer une *kafala* de droit islamique en adoption française sur le fondement de l'article 3-1 de la Convention au nom d'une insuffisante prise en considération de l'intérêt de l'enfant, alors que l'article 20 du même texte reconnaît expressément que « *la protection de remplacement* » à laquelle a droit « *tout enfant privé temporairement ou définitivement de milieu familial [...]* peut notamment avoir la forme [...] *de la kafala de droit islamique [...]* » ?

⁹⁵² P. Murat, « *Refus de transformation en adoption* », art préc., A. Gouttenoire et P. Bonfils, *op. cit.*, n° 374, M. Farge, note sous Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2009, JCP, G, 2009, act 136, J. Rubellin-Devichi, « l'adoption à la fin du XXe siècle », art. préc., p. 341.

⁹⁵³ Cass. 1^{ère} civ., 25 février 2009, JCP, G, 2009, II, 10072, M. Farge, note préc ; 15 déc. 2010 JDI 2011, C. Chalas note préc.

⁹⁵⁴ Voir, Cass. 1^{ère} civ. 25 février. 2009, avec les notes précitées.

En second lieu, il a été remarqué que « *l'applicabilité directe de la norme protectrice de l'intérêt de l'enfant ne confère pas au juge un pouvoir d'appréciation lorsque le législateur fait œuvre normative en posant un principe (respect de la prohibition musulmane) clairement assorti d'une seule exception objective (naissance et résidence de l'enfant en France)* »⁹⁵⁵. En effet, l'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant aurait pu ruiner le texte de sa substance et de sa rigueur, car elle aurait permis au juge de prononcer l'adoption s'il estime nécessaire au cas d'espèce.

Pour ce qui est du grief de la discrimination, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 25 février 2009 nie son existence entre les enfants qui entrent dans les champs d'application de la convention de La Haye et les autres. Et cela, parce qu'il n'y a pas identité ou équivalence de situation entre un enfant dont la loi nationale prohibe l'adoption et un enfant dont la loi nationale ne la prohibe pas. La reconnaissance de discrimination est en effet conditionnée à l'existence d'une identité de situation entre les personnes. La seule présence de l'enfant étranger en France n'est pas de nature à rendre sa situation équivalente à celle de l'enfant né et résident en France. D'ailleurs, il faut aussi faire remarquer que la raison d'être du droit international privé est d'admettre qu'il puisse coexister plusieurs statuts sur le même territoire. Envisager d'invalider la règle de conflit au motif que son application conduit à discriminer entre les droits et obligations conférés aux individus dans un même ordre juridique procède d'une logique antinomique avec cette discipline⁹⁵⁶.

De cette absence de discrimination, il faut en déduire une conformité de l'article 370-3 al. 2 du Code civil à l'article 8 de la convention européenne de droit de l'homme.

Ne cédant pas à la tentation d'un ethnocentrisme juridique et culturel qui ne ferait qu'appauvrir les engagements internationaux de la France, cette jurisprudence est conforme aux principes du droit international privé. *In abstracto*, elle ne peut qu'être approuvée parce qu'elle refuse d'affirmer que l'intérêt de l'enfant ne peut se mesurer qu'à l'aune des institutions juridiques françaises ou, plus largement, occidentales⁹⁵⁷.

b- L'approbation par la Cour européenne du choix conflictuel français

A l'heure où se multiplient les questions relatives à la reconnaissance internationale des statuts familiaux, la matière de l'adoption permet une nouvelle fois à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) de préciser l'incidence du droit au respect de la vie familiale sur les règles étatiques de droit international privé. Longtemps attendue pour sanctionner le refus français de métamorphoser la *kafala* en adoption, la Cour européenne des droits de l'homme donne une caution

⁹⁵⁵ M. Farge, note sous Cass. 1^{re} civ 9 juillet 2008, *Dr. fam.* 2008 comm. 133.

⁹⁵⁶ M. Josselin-Gall, « *Adoption internationale : changement de logique* », art. préc., n° 30.

⁹⁵⁷ D. Martel, note préc.

assortie d'une louange à la règle française de l'article 370-3 alinéa2 dans l'arrêt *Harroudj c/ France* du 4 octobre 2012⁹⁵⁸. Etait en cause, la réponse négative de la Cour de cassation de transformer la *kafala* musulmane en une adoption de type française sur le fondement des droits fondamentaux et notamment sur le fondement de l'article 8 de la convention européenne de droit de l'homme. Une enfant née en Algérie, sans filiation, est remise en *kafala*, par jugement algérien, à une Française résidant en France, laquelle obtient une autorisation de sortie du territoire algérien et l'adjonction de son nom à celui de l'enfant. Par la suite, la femme dépose une demande d'adoption plénière devant le juge français, mais ne parvient pas à obtenir la transformation de la *kafala* en adoption, même au nom des droits fondamentaux. Après rejet de son pourvoi par la Cour de cassation⁹⁵⁹, la requérante a saisi la Cour européenne de droit de l'homme pour violation de l'article 8 et 14 de la Convention européenne. La Cour européenne refuse de sanctionner la France sur le fondement des articles invoqués. Elle relève qu'il existait bel et bien une vie familiale entre le *kafil* (recueillant) et la *makfoul* (l'enfant recueilli). Pour la Cour, le refus de subsumer la *kafala* en adoption ne constitue pas une ingérence dans la vie familiale de la requérante dès lors qu'elle ne se plaignait pas « d'obstacle majeur dans le déroulement de sa vie familiale ». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour examine la demande sous l'angle des obligations positives pesant sur l'État français, elle considère que la marge d'interprétation des États est grande, compte tenu des divergences des États du Conseil de l'Europe sur la transformation de la *kafala* en adoption.

Ce qui est frappant dans l'attitude de la Cour européenne, c'est avant tout l'appréciation inhabituellement mesurée du droit au respect de la vie familiale⁹⁶⁰. En effet, elle avait coutume d'exercer un contrôle très étroit sur les mécanismes nationaux de droit international privé, ne serait-ce qu'en matière d'adoption internationale⁹⁶¹. Dans une précédente affaire, la Cour n'avait pas hésité à sanctionner le Luxembourg⁹⁶² qui s'était opposé à la reconnaissance d'une adoption prononcée au Pérou sous le prétexte que le juge péruvien n'avait pas appliqué la loi compétente aux yeux de l'ordre juridique luxembourgeois. Ce précédent laissait supposer une condamnation de la France, mais la cour a pris soigneusement la précaution de distinguer l'hypothèse Wagner qui concernant un refus de reconnaître une vie familiale constituée sans fraude à l'étranger de l'affaire qu'elle a examinée qui concerne la création d'une vie familiale version française en France. Dans l'affaire Harroudj, les juges strasbourgeois constatent qu'il y a déjà une vie de famille au sens de l'article 8 avec la *kafala*. Il y a là une conception concrète et matérielle que la Cour a déjà développée sur la

⁹⁵⁸ CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, *Harroudj c/ France*, M. Farge, « Kafala et adoption : un inattendu brevet de conventionalité accordé au système français », art. préc. Voir aussi Actualité Droits-Libertés du CREDOF, oct. 2012 obs. N. Hervieu ; J-P. Marguénaud, « La réception européenne de la *kafala* », *RTDciv.* 2012, p. 705 ; *D.* 2012. 2947, obs. P. Hammje, *AJF.* 2012, p. 546, note, A. Boiché.

⁹⁵⁹ Voir l'arrêt du 25 février 2009, *D.* 2009, p. 730, obs. V. Egéa, *D.* 2010. 1585, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke, *AJF* 2009, p. 170, obs. A. Boiché, *RTDciv* 2009, p. 308, obs. J. Hausser.

⁹⁶⁰ P. Hammje, note préc.

⁹⁶¹ *Idem.*

⁹⁶² CEDH, 28 juin 2007 n° 76240/01 *Wagner c/ Luxembourg*, -V. § 132 et 133 ; *mutatis mutandis* ; § 117 : *D.* 2007, p. 2700, note Marchadier, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 807 note Kinsh ; *JDI* 2008, p. 183, obs. L. d'Avout, *Gaz. Pal.* 2008, p. 30 obs. Niboyet ; *RJPF*, 2007, p. 23 obs. Le Boursicot.

notion de vie familiale⁹⁶³ englobant les liens familiaux *de facto*⁹⁶⁴. L'intégration de ce lien de parenté de fait issu de la *kafala* dans la notion de lien familial n'est pas en soi une chose critiquable dans un litige international où s'affrontent deux expressions du lien entre enfant et parents potentiels : celle issue de l'État d'origine et celle souhaitée dans l'État d'accueil⁹⁶⁵. Or, dans ces conceptions opposées, la Cour tranche en faveur de la position de l'État d'origine malgré le fait que la vie familiale projetée a vocation à se dérouler en France. L'argument de proximité n'a pas convaincu la Cour européenne qui a préféré vérifier si le droit français protégeait suffisamment la vie familiale née à l'étranger. De ce point de vue la décision Harroudj ne s'oppose pas à la jurisprudence Wagner puisque dans les deux cas ce qu'il faut protéger est la « relation sociale » fondée sur le statut créé dans l'État d'origine dont il faut assurer la continuité. Il faut comprendre par là que si la reconnaissance potentielle d'un lien juridique de filiation n'est pas une condition de la « vie familiale », elle n'est pas non plus un objectif qui en lui-même mérite protection⁹⁶⁶.

Pour dire le droit français conforme à l'article 8, la Cour approuve la jurisprudence de la Cour de cassation pour avoir respecté « l'esprit et l'objectif des Conventions internationales »⁹⁶⁷ ratifiées par la France. De ce fait, elle a adopté une interprétation extensive de ces Conventions conforme à notre constat précédent.

En premier lieu, la cour fait référence à l'article 20 de la CIDE qui institue la *kafala* comme « une protection de remplacement » et qui oblige les États à choisir le mode de remplacement le plus adapté, à l'origine culturelle, religieuse, ethnique et linguistique de l'enfant. Puis la cour convoque l'article 21 de la même convention qui concerne l'adoption et qui indique que les « États partis qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale ». Ce passage mérite commentaire compte tenu de l'incompréhension qu'il a suscitée chez les auteurs qui se sont demandés à juste titre l'intérêt de maintenir les effets de la *kafala* lorsque l'enfant est destiné à vivre dans une société occidentale⁹⁶⁸. Cet argument simple et en apparence pertinent élude la complexité de l'adoption qui implique des intérêts contradictoires des parties à l'adoption. Il privilégie l'intérêt des adoptants qu'il perçoit comme des bons samaritains⁹⁶⁹ en même temps qu'il fait peu de cas des origines de l'enfant. De surcroît, prononcer

⁹⁶³ F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 11^e éd. 2012, p. 563 n° 314.

⁹⁶⁴ CEDH, 22 avril 1997, n° 21830/93 X, Y et Z c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord, *D.* 1997. 583 note S. Grataloup et 362 obs. N. Fricero. *Adde*, CEDH 24 juin 2010, n° 30141/04, Schalk, Kopf c/ Autriche, *D.* 2011. p. 1040, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau; *AJF.* 2010, p. 333. CEDH, n° 25951/07 ; Gaset Dubois c/ France, *D.* 2012. p. 814, obs. I. Gallmeister, et p. 1241, note A. Dionisi-Peyrusse ; *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *AJF.* 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc, et 163, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2012, p.275, obs. J.-P. Marguénaud, et p. 306, obs. J. Hauser ; *JCP* 2012, p. 589, note Gouttenoire et Sudre. CEDH, 27 avr. 2010 Moretti et Benedetti c/ Italie, *JCP* 2010. p.578, obs. F. Sudre.

⁹⁶⁵ P. Hammje, note préc., n° 5.

⁹⁶⁶ F. Marchadier, sous l'arrêt Wagner, note préc., p. 2703.

⁹⁶⁷ CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France, §50.

⁹⁶⁸ M. Farge, « Une inattendu brevet de conventionalité accordé au système français », note préc., n° 6.

⁹⁶⁹ J. Hauser, « L'adoption est-elle devenue le factotum de la filiation ? », *JCP* 2012, doct. p. 1429. L'histoire de l'adoption montre nettement qu'elle a été une institution servant d'abord l'intérêt de l'adoptant. Soit pour assurer le

l'adoption d'un enfant qui n'est pas encore parfaitement intégré dans sa nouvelle société est brutal et rapide. De ce point de vue, les juges Strasbourgeois ne se sont pas trompés lorsqu'il considère le système français comme le gage d'une intégration progressive et patiente de l'enfant qui pourra *in fine* trouver un statut juridique acceptable pour son milieu d'accueil. La prohibition française de l'adoption des enfants musulmans n'est pas fondée sur des considérations personnalistes, mais sur un pragmatisme exigé par l'intérêt de l'enfant. D'ailleurs, l'appréciation de cet intérêt, placée au-dessus de toute interprétation partisane, est faite conformément à l'esprit de la Convention qui n'est pas favorable à une adoption dans tous les cas.

En second lieu, la Cour européenne rappelle que la position française est conforme à la convention de La Haye du 29 mai 1993, sur l'adoption internationale laquelle stipule qu'une adoption n'est possible que si l'enfant est déclaré adoptable dans son État d'origine. Pour montrer que le système français a « le souci de l'esprit et de l'objectif » de cette Convention, à savoir le respect des origines, la Cour fait également référence à autre Convention de La Haye de 1996 sur la responsabilité parentale. En effet, il est incontestable que ces deux Conventions reposent elles-mêmes sur le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, tel que consacré par la CIDE, expressément visée dans leurs préambules. La conception française de l'intérêt de l'enfant exprimée dans la loi du 6 février 2001 est largement approuvée pour sa conformité à ce double niveau de normes internationales. Une sanction du système français par la Cour européenne reviendrait à condamner l'esprit de ces Conventions de La Haye.

Section 2- Une prohibition détournée par le droit français

A l'heure actuelle, la disposition privative d'adoption de l'article 370-3, malgré les critiques récurrentes dont elle fait l'objet, ne semble pas menacée par une éventuelle réforme. En réalité, la caution apportée par la Cour de cassation et par la Cour européenne constitue pour elle un gage de survie supplémentaire déconcertant pour ceux qui la dénonçaient pour son caractère inhumain et radical. Le principal reproche porte sur sa rigidité qui ferme toute possibilité d'adoption pour les enfants à statut personnel prohibitif. Le refus radical d'adoption est contraire à l'esprit français ouvertement animé par un *favor adoptionis*⁹⁷⁰.

culte des ancêtres, soit pour des raisons économiques ou politiques, ou enfin pour une aspiration à l'éternité. Le Code civil en 1804 consacre une adoption à la mode romaine avec un but essentiellement successoral. Le lien entre adoption et abandon d'enfant est récent et date des années vingt. Sur l'évolution de l'adoption en France voir Carmen Lavallée « *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit Québécois* », Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, p. 10 et s.

⁹⁷⁰ M. Farge, « Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle », thèse préc., p. 145.

Rappelons qu'antérieurement à la loi de 2001 sur l'adoption, la jurisprudence avait adopté des règles de conflits, certes mobiles, mais ne contrariant nullement cet esprit. Pour échapper aux contraintes de la loi nationales prohibitives, certaines juridictions, ont souvent dans le passé, procédé à une distinction entre adoption simple et adoption plénière, considérant que si cette dernière est constitutive d'un lien de filiation, ce n'est pas le cas de la première⁹⁷¹. La Cour de cassation, pour un dessein similaire, avait admis l'adoption d'un enfant de statut prohibitif dès lors que « le représentant du mineur avait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption »⁹⁷². Ces expédients juridiques ont été définitivement balayés par le législateur de 2001 avec l'article 370-3 alinéa 2 cette fermeté du législateur a été perçue comme sévère et des termes comme « verrou » ou « dogmatisme »⁹⁷³ ont été utilisés pour la dénoncer. Ces termes sont quelque peu en décalage par rapport à la réalité *de lege lata* des voies d'accès à l'adoption ont été soigneusement prévues par le législateur (§1). Toutefois, en raison de l'insuffisance de ces aménagements, des voies d'accès sont à envisager *de lege ferenda* (§2).

§1- Les voies d'accès à l'adoption prévues *de lege lata*

Le verrou posé par la règle de conflit française de l'article 370-3 du Code civil n'est pas hermétique. Le législateur a pris en compte certaines situations qui s'accommodent mal de cette prohibition fondée essentiellement sur des considérations diplomatiques et dans une moindre mesure sur l'intérêt de l'enfant. En effet, la situation des enfants étrangers n'est pas homogène. Si l'hypothèse de l'enfant étranger fraîchement accueilli en France par des Français justifie le respect du veto de sa loi nationale, celle de l'enfant ayant un lien préétabli avec le sol français est bien différente et nécessite une certaine clémence quant à son adoption⁹⁷⁴. D'où la consécration du principe de proximité par la loi du 6 février 2001 qui a posé une exception d'adoptabilité pour les mineurs nés et résident en France. Pour cette catégorie d'enfants, la référence à la loi d'origine de leurs parents, pour leur interdire l'adoption, devient moins pertinente⁹⁷⁵. D'autre part, la loi nationale prohibitive perd de son utilité lorsque l'enfant recueilli et élevé en France par des Français a obtenu la nationalité française qui démontre une intégration dans la société française. Il faut comprendre par là que l'inadoptabilité dénoncée n'existe par pour le mineur né et résident en France, pour lui le critère de proximité fait échec à l'interdiction d'adopter (A). Pour celui qui est

⁹⁷¹ C. Neirinck, note sous les arrêts du 10 février 2006, *Rev. dr. san. et soc.* 2006, p. 1098.

⁹⁷² Cass, 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 547, note H. Muir-Watt, *JDI* 1995, p. 625, note F. Monèger, *D.* 1995, p. 544, note V. Larribau-Terneyre.

⁹⁷³ P. Murat, « Le refus de la transformation en adoption », art. préc., n° 15.

⁹⁷⁴ Voir dans ce sens H. Muir-Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif », art. préc., *Rev. crit. DIP*, 1999 p. 485.

⁹⁷⁵ F. Monèger, « Le prononcé d'une adoption en France, les règles énoncées par la loi du 6 février 2001 », *RIDC*, vol. 55, n° 4, p. 829.

recueilli et élevé par un français, l'obtention de la nationalité dans les cinq ans lui permet d'accéder à la catégorie d'enfant adoptable, son inadoptabilité est temporaire (B).

A- L'échec de la règle prohibitive par le critère de la proximité

L'alinéa 2 de l'article 370-3 du Code civil consacre une exception au principe d'inadoptabilité posé dans l'alinéa 1. Le refus d'adoption prescrit par la loi nationale cède lorsque le mineur est né et réside habituellement en France. L'enfant né et résident habituellement en France est culturellement français et à vocation à devenir française. Il échappe à ce titre à l'empire de sa loi nationale avec laquelle il n'entretient aucun lien. L'exception est en réalité plus formelle que réelle dans le sens où un tel enfant a vocation à devenir français sur le fondement de l'article 21-7 du Code civil⁹⁷⁶. Elle permet d'anticiper l'application exclusive de la loi française à la demande d'adoption.

Le législateur a eu recours au principe de proximité pour faire échec à la loi nationale prohibitive. Ainsi la tolérance à l'égard de cette dernière varie en fonction du caractère étroit du lien de la situation avec la France. Les auteurs⁹⁷⁷ ont vu dans la disposition de l'article 370-3 alinéa 2 la consécration de l'ordre public de proximité en matière d'adoption. L'utilisation de l'ordre public dans un domaine qui ne relève pas des valeurs essentielles de la France peut laisser sceptique. Aujourd'hui, aucun texte interne ou international ne reconnaît un droit à l'adoption. Malgré le fait que l'ordre juridique français est animé par une certaine *favor adoptionis* beaucoup de décisions jurisprudentielles démontrent le rang inférieur de la filiation élective par rapport à la filiation biologique⁹⁷⁸.

L'exception posée par l'article 370-3 alinéa 2 peut être aussi comprise comme une clause d'exception. Cette analyse est pertinente puisque cette disposition corrige la localisation opérée dans l'alinéa 1 qui oblige à respecter le refus de la loi nationale. La clause d'exception est connue pour être un élément de justice conflictuelle permettant d'opérer une meilleure localisation du rapport de droit⁹⁷⁹. Ainsi la disposition de l'article 370-3 alinéa 2 *in fine* entend ainsi procéder une

⁹⁷⁶ P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption... », art. préc., p. 284 ; H. Muir-Watt, « La loi de l'enfant comme métaphore... », art. préc., p. 1013.

⁹⁷⁷ M. Farge, « Pas de passerelle entre kafala et adoption », note préc., M. Josselin-Gall, « L'adoption internationale... », art. préc., n° 28.

⁹⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, *JDI*, 2000, p. 737, note F. Monèger, *Dr fam* 2000, comm 85, obs. P. Murat, Defrénois 2000, p. 660, note, J. Massip.

⁹⁷⁹ Cette technique de la clause d'exception aboutit à l'évidence à des résultats proches à ceux de l'ordre public de proximité, mais elle s'en distingue en ce qu'elle n'est pas un correctif à la règle de conflit comme l'ordre public, mais une véritable méthode de désignation de la loi applicable. Voir P. Rémy-Corlay « Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois », *Rev. crit. DIP*, 2003, p. 37.

rectification de la localisation : dès lors que l'enfant est né et réside en France⁹⁸⁰. Pour une telle situation, l'ordre juridique français constitue le centre de gravité du rapport litigieux, c'est pourquoi il est normal de s'abstraire des exigences de sa loi nationale. Cette clause d'exception est irréprochable concernant son opportunité, la critique a toutefois porté sur son aspect restrictif. Seul l'enfant présentant la double condition de naissance et de résidence en France peut échapper aux dispositions prohibitives de sa loi nationale. Il a été défendu que la simple résidence en France de l'enfant suffise à le rendre adoptable. Pour éviter toute vulnérabilité à la fraude pouvant résulter d'une telle simplification, la doctrine a proposé en réalité une solution nuancée avec une distinction à faire selon que l'enfant ait été déplacé de son pays d'origine en vue de l'adoption ou non⁹⁸¹. Lorsque l'enfant a été amené en France en vue de son adoption, le respect de sa loi nationale s'imposait. Si une telle présence est antérieure au projet d'adoption, il est nécessaire de permettre son adoption. La préférence ainsi accordée au seul lieu de résidence a l'avantage de la certitude dans la mesure où le lieu de résidence est moins fortuit que celui de la naissance⁹⁸². Retenir seulement la résidence comme critère de proximité est certes avantageux et conforme à la convention de La Haye qui subordonne la prise en compte de la loi d'origine au déplacement de l'enfant, mais le risque de fraude n'est pas pour autant éliminé. C'est d'ailleurs, la raison qui a obligé le sénat à cumuler naissance et résidence en France⁹⁸³. Même si la promotion de l'adoption est limitée, il faut reconnaître que la solution est globalement conforme à l'esprit de la règle de conflit classique qui a pour souci d'appliquer au litige la loi véritablement appropriée.

Pour les enfants étrangers résidents simplement en France, il leur est possible d'être adopté après l'obtention de la nationalité française après une durée de cinq ans.

B- Une inadoptabilité temporaire

Lorsque l'enfant ne peut pas se prévaloir cumulativement d'une naissance et d'une résidence en France, le système actuel l'oblige à attendre cinq ans pour être adopté. Ce délai correspond à la durée nécessaire pour l'obtention de la nationalité française en vertu de l'article 21-12 du Code

⁹⁸⁰ Le recours à la clause d'exception avait été proposé par H. Muir-Watt dans le cadre de la jurisprudence Torlet-Pistre. Selon cette opinion, la loi nationale devrait être écartée toutes les fois où l'enfant avait de lien étroit avec son pays d'accueil. H. Muir-Watt note sous CA. Versailles, 24 septembre 1992, *JCP* 1993 II 22049.

⁹⁸¹ Cette distinction avait été proposée par H. Muir-Watt, « Vers l'inadoptabilité des enfants l'inadoptabilité de l'enfant étranger », art. préc., n° 14.

⁹⁸² F. Monèger, « Le prononcé d'une adoption... », art. préc., p. 829. Il faut voir aussi que la situation de l'enfant né et résident en France n'est pas tellement différente de celui qui est arrivé en France avant son premier anniversaire. Un cas traité par le TGI de Paris dans une décision du 5 février 1992 le montre effectivement. L'enfant était abandonné en France par ses parents alors qu'il avait huit mois. Il avait été recueilli par un couple dont l'un des époux est français. Le TGI de Paris a évacué la loi personnelle prohibitive par le canal de l'ordre public de proximité. Il a constaté que la situation présentait un lien fort avec la France pour prononcer l'adoption. TGI Paris, 5 février 1992, *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 251, note E. Poisson-Drocourt.

⁹⁸³ Voir intervention de la garde des sceaux JO du sénat séance du 10 mai 2001.

civil. Une fois la nationalité française acquise, la situation paraît libérée de l'élément d'extranéité qui entraînait la prise en considération de la loi étrangère prohibitive : l'adoption pourrait alors être intégralement soumise au droit français⁹⁸⁴. Sur le plan juridique, cette situation s'analyse comme un conflit mobile qui oblige à appliquer la loi de la nouvelle nationalité puisque l'adoption est tournée vers l'avenir. Pour que la nationalité fasse son effet sur l'adoption il existe deux limites : d'une part il ne faut pas qu'il y ait fraude, c'est-à-dire que l'élément d'extranéité ne doit pas être manipulé dans le seul but d'adopter⁹⁸⁵. D'autre part, il faut respecter le droit de sa famille par le sang lorsqu'elle est connue. L'article 21-12 alinéa 3 prévoit qu'un enfant recueilli en France depuis cinq ans et élevé en France par une personne française peut réclamer la nationalité française. La kafala étant une prise en charge, l'enfant recueilli à ce titre par un français peut réclamer la nationalité. L'obtention de la nationalité au bout d'une durée de cinq ans est un moyen de faire échec à la prohibition de l'adoption par la loi nationale (1). Toutefois aujourd'hui ce moratoire ne se justifie pas au regard de l'intérêt de l'enfant, il y a donc une nécessité de réduire ce délai de cinq ans (2).

1- La durée de cinq ans pour échapper à la loi nationale prohibitive

En vertu de l'article 21-12 alinéa 3 1° l'enfant, « *recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française* », a droit à la nationalité française. Cette disposition a été introduite par l'ordonnance du 19 octobre 1945 dans un tout autre objectif. Il était destiné à l'époque aux enfants ayant perdu leurs parents dans la seconde guerre mondiale. Aujourd'hui, le pouvoir politique s'est prononcé pour l'application d'une telle disposition à l'enfant remis en kafala à un couple français. D'ailleurs de façon express, des réponses ministérielles⁹⁸⁶ voient en l'article 21-12 alinéa un moyen pour faire échec aux dispositions contraignantes de l'article 370-3 du Code civil. Le délai de cinq ans commence à courir non pas à compte du jugement de *kafala* rendu à l'étranger, mais à compter du moment où l'enfant a obtenu l'autorisation d'entrer en France et d'y séjourner.

La Cour de cassation est venue préciser dans un arrêt du 14 avril 2010 la notion de recueil. Elle a en effet affirmé que la notion de recueil « *n'implique pas que l'enfant ait rompu tous liens avec sa famille d'origine, il faut pour bénéficier des dispositions de l'ancien article 21-12 du Code civil que l'enfant soit effectivement accueilli, recueilli et élevé en France, ce que ne suffisait pas à établir à lui seul l'acte de kafala et qu'il ne s'agisse pas d'un recueil épisodique avec résidence*

⁹⁸⁴ M. Farge, « Un inattendu brevet de conventionalité... », note préc., n° 10.

⁹⁸⁵ Si la fraude est avérée, cette fraude étant une fraude contre les règles de droit international privé, la sanction est que la nationalité sera conservée par l'enfant, mais que l'effet recherché (l'adoption de l'enfant) n'aura pas lieu. Pour un exemple de fraude à la loi étrangère en matière d'adoption voir CA Paris, 19 sept 1995, *Rev. crit. DIP*, 1996, p. 112, note H. Muir-Watt.

⁹⁸⁶ Rép. min. Justice, question écrite n° 00293 : JO sénat Q 30 août 2007, p. 1545.

alternativement en France et dans le pays d'origine »⁹⁸⁷. Cet arrêt vient compléter une vieille jurisprudence de la Cour de cassation en la matière portant sur les conditions d'octroi de la nationalité à l'enfant recueilli. Elle avait déclaré que la notion de recueil implique que l'enfant « ait été matériellement et moralement recueilli et élevé par une personne de nationalité française, sans que cette condition suppose une rupture totale des liens légaux qui l'unissaient à sa famille d'origine »⁹⁸⁸. Cette décision avait mis en évidence le fait qu'il n'était pas nécessaire que l'enfant ait rompu avec sa famille d'origine. De ce fait, elle ne constitue pas un obstacle pour les enfants recueillis par kafala dont l'objectif est de maintenir le lien de l'enfant avec sa famille biologique. L'arrêt du 14 avril 2010 complète cette jurisprudence en ce qu'il exige que le recueil en question soit doté d'une certaine effectivité. L'acte de kafala établi à l'étranger ne peut à lui seul permettre l'obtention de la nationalité française. Les faits de l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt démontrent que l'enfant recueilli séjournait de façon épisodique dans le territoire français avec des absences dépassant le cadre des seules vacances scolaires.

L'acte de *kafala* assorti d'une présence sans discontinuité sur le territoire français est la seule condition pour l'enfant d'obtenir la nationalité française. La Cour de cassation n'a pas voulu durcir les conditions d'accès de l'enfant en exigeant un degré d'intégration suffisant dans la société française. Cette interprétation restrictive a été proposée par la doctrine qui suggérait « une rupture des attaches familiales effective et pas seulement juridique, ce qui suppose que les parents soient inconnus ou disparus ou l'aient totalement abandonné »⁹⁸⁹. Cette conception a été condamnée par la Cour de cassation dans une décision du 18 mai 2005⁹⁹⁰ rendu à propos d'un enfant qui avait été confié au service de l'Aide sociale à l'enfance. Les juges du fond avaient refusé la nationalité française en se fondant justement sur le défaut d'intégration dans la société française. Ils ont estimé qu'en raison de l'arrivée récente de l'enfant sur le territoire français le service de l'aide sociale à l'enfance n'avait pas eu une influence décisive sur son éducation. La Cour de cassation a censuré une telle approche dans la mesure où la condition de l'assimilation n'était pas prévue à l'article 21-12 al 3.

L'intérêt d'une telle interprétation est de barrer la route à toute éventuelle fraude qui consisterait à déplacer l'enfant dans une famille proche dans l'unique dessein de lui procurer la nationalité française⁹⁹¹. Elle a pour inconvénient majeur sa sévérité consistant à priver certaines catégories

⁹⁸⁷ Cass. 1^{re} civ. 14 avril 2010, *Dr. fam.* 2010, comm 160, obs. M. Farge, *JDI*, 2010, comm 10, note S. Corneloup. *D.* 2010, p.1075 obs. Gallmeister, *ibid.*, p.1904, obs. A. Gouttenoire.

⁹⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 janvier 1968, Debrowski, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 276, note P. Lagarde, *JDI*, 1968, p. 700, note P. Aymond.

⁹⁸⁹ P. Aymond, note préc sous arrêt Debrowski, cette interprétation a été adoptée par la cour d'appel de Limoges qui a estimé que la notion de recueil supposait que « l'enfant soit détaché de son milieu familial étranger d'origine et n'en a plus subi l'influence, et que son entretien et son éducation ont été assurés par une personne de nationalité française, et ce pendant un délai qui, s'il n'est pas fixé par la loi doit avoir été néanmoins assez long pour que cet enfant ait atteint un degré d'assimilation suffisant ». CA Limoges, 11 mai 1970, *Rev. crit. DIP*, 1970, p. 665, note P. Lagarde ; *JDI* 1970, p. 810, note P. Aymond

⁹⁹⁰ Cass 1^{re} civ. 18 mai 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 447, note P. Lagarde.

⁹⁹¹ La kafala intrafamiliale notamment peut en effet être instrumentalisée à des fins de fraude.

d'enfants du bénéfice de la nationalité alors qu'il présente un fort potentiel d'intégration. D'ailleurs, il n'y a pas une réelle nécessité à ajouter l'assimilation à la condition d'effectivité du recueil qui, à elle peut laisser présumer une intégration réussie. C'est pourquoi la loi du 26 novembre 2003 qui a posé le délai de 5 ans pour l'enfant recueilli n'a pas voulu faire de l'assimilation à la société française une condition autonome⁹⁹². La présence de l'enfant pendant une durée de cinq ans au cours de laquelle il subit une éducation à la française suffit à elle seule pour prouver son assimilation à la société française.

Les juges du fond semblent intégrer le refus de la Cour de cassation d'adopter une l'interprétation restrictive. La Cour d'appel de Paris, dans une décision du 15 février 2011⁹⁹³ a censuré un jugement qui avait refusé la mise en place d'une tutelle avec conseil de famille afin que l'enfant sans filiation connue soit adopté. Le jugement, pour refuser la constitution d'un conseil de famille pour l'adoption de l'enfant, faisait remarquer qu'il était nécessaire que l'enfant renonce à sa nationalité algérienne. Cette condition supplémentaire n'a pas été validée par la Cour d'appel de Paris qui a privilégié la conception extensive.

2- La nécessité d'une réduction du délai

Pour parvenir à un raccourcissement du délai de cinq ans, il est possible d'adopter une approche pragmatique ressemblant à celle du Conseil d'État en matière de regroupement familial. Nous avons vu que le Conseil d'État, confronté à un texte limitant les bénéficiaires du regroupement familial aux enfants légitimes ou adoptifs du demandeur, avait élargi cette liste de bénéficiaires en y incluant le *kafil*. Pour éviter les cas de fraudes, il a mis en place certains critères destinés à vérifier si la *kafala* correspondait réellement à un lien de famille⁹⁹⁴. Ainsi le juge administratif, sans vraiment assimiler la *kafala* à l'adoption, donne à l'enfant un statut comparable à celui de l'adopté. Le juge administratif ne procède pas de la même façon que le juge de la famille puisque son rôle n'est pas de se prononcer sur la position de l'enfant sur l'échiquier familial. Il ne s'agit pas d'établir un lien de filiation, mais de faire profiter l'enfant de certains droits reconnus à l'enfant adopté, l'impact sur le statut personnel de l'enfant est nul. Cela veut simplement dire qu'on lui accorde un droit, parce qu'au regard de la législation en cause, l'enfant se trouve dans une situation assimilable à celle d'un enfant adopté⁹⁹⁵.

Il convient d'appliquer cette approche du juge administratif à la question de la nationalité, car la configuration du problème est la même. D'une part, on est confronté à l'institution de la *kafala* qui

⁹⁹² J.-P. Courtois, Rapport fait au nom de la commission des lois du sénat déposé le 1^{er} octobre 2003.

⁹⁹³ CA Paris, 15 février 2011, *AJF* 2011, p. 320.

⁹⁹⁴ Par exemple, il a exigé une *kafala* corroborée par une vie familiale antérieure, CE. 24 mars 2004, n° 2220434, préc.

⁹⁹⁵ S. Corneloup, note préc., p. 803.

regroupe des enfants se trouvant dans des situations différentes et d'autre part l'application d'un régime juridique différent pour l'enfant adopté et celui recueilli par *kafala* quant à l'octroi de la nationalité. En effet, contrairement à l'enfant recueilli par *kafala* qui doit attendre cinq ans pour être français, l'adopté simple a la possibilité de réclamer sans délai la nationalité française par déclaration dès lors qu'il réside en France⁹⁹⁶.

Cette situation est quelque peu discriminatoire puisque le concept de *kafala* recouvre des enfants qui se trouvent de fait dans la même situation qu'un enfant adopté. La *kafala* joue effectivement le rôle d'adoption pour les enfants sans filiation établie, les enfants orphelins ou encore les enfants qui ont été définitivement abandonnés par leurs parents biologiques. Du moment qu'un enfant appartenant à cette catégorie est confié à un Français, celui-ci n'a d'autre patrie que la France. Ainsi au regard de son lien avec la France, la situation de cette enfant est comparable à celle de l'adopté simple quand bien même il n'a pas de lien de filiation avec son *kafil* français. Pour être sincère, cette solution n'est pas neutre du point de vue de son adoptabilité. A la vérité, l'acquisition de la nationalité modifie le facteur de rattachement, la loi régissant l'adoption sera la loi française favorable à l'adoption. Et le conflit mobile né de la sorte sera tranché en faveur de la nouvelle loi. Il sera reproché à cette proposition son effet subversif sur l'article 370-3 dont elle permet le contournement. Certes, il ne fait aucun doute que le résultat découlant de cette suggestion serait de permettre à ces enfants d'être adoptés. Toutefois, cette critique peut être atténuée puisque l'adoption prononcée sera une adoption simple qui partage avec la *kafala* un souci commun, celui de ménager une place à la famille par le sang⁹⁹⁷. L'adoption simple est par ailleurs une solution intermédiaire entre la faveur à l'adoption du droit français et la rigueur du droit musulman. Elle a pour vertu de ne pas contredire le premier et d'apaiser le second⁹⁹⁸.

Sur le plan de la praticabilité, la solution ne va pas sans susciter certaines réserves. D'une part, elle entraînera un risque de dysharmonie entre un droit civil hostile au prononcé de l'adoption et un droit de la nationalité plutôt accueillant. La politique législative du législateur de 2001 sera sérieusement entamée par l'octroi facile de la nationalité. D'autre part, pour offrir la nationalité, l'autorité procédant à l'enregistrement se livrera à un difficile travail d'analyse pour sélectionner les cas du *makfoul* méritant d'accéder à la nationalité française. Le risque de fraude n'est pas à négliger puisque l'enfant est né à l'étranger de même que l'acte de *kafala* est établi à l'étranger. Le greffier en chef du tribunal d'instance sera confronté à un défaut d'information réelle sur l'enfant. La décision de lever l'inadoptabilité ne devrait-elle pas incomber au juge ? Si cette idée tient, il serait mieux d'envisager une règle de conflit permettant de pallier les défauts de la proposition consistant à réduire le délai de cinq ans.

⁹⁹⁶ V. article 16, 3° du décret n° 1993-1362 du 30 décembre 1993 modifié par le décret n° 2005-25 du 14 janvier 2005 et le décret n° 2010-527 du 20 mai 2010.

⁹⁹⁷ Dans le chapitre précédent, nous avons défendu l'équivalence avec l'adoption simple en raison des améliorations législatives subies par le concept de *kafala* dans les pays d'origine, notamment avec la concordance de nom.

⁹⁹⁸ La doctrine musulmane parle à propos de l'adoption simple de « moindre mal », voir T. Oubrouk « La *kafala* et la sharia », *Dr. fam* 2009, communication préc.

§2- Les voies d'accès à l'adoption envisagées de *lege ferenda*

Les critères d'adoptabilité se trouvant dans le droit positif français sont critiqués pour leurs insuffisances. La position restrictive du législateur qui réserve l'adoption aux seuls enfants nés et résidents en France ainsi que l'attitude suiviste de la Cour de cassation ont été copieusement critiquées par la doctrine. La distinction entre l'enfant ayant un lien de proximité avec la France et celui qui réside simplement en France a été dénoncée pour son manque de pertinence⁹⁹⁹. En effet, pour les opposants à l'inadoptabilité, il n'y a pas lieu de discriminer sur des critères territoriaux lorsqu'on sait que le besoin en adoption de l'enfant qui a des attaches avec la France et celui qui n'en a pas est le même lorsqu'ils sont abandonnés par leurs familles. Du reste, quand l'enfant abandonné à l'étranger vit en France avec une famille française qui l'a recueilli et qui veut l'adopter, cet enfant a incontestablement son avenir en France : sacrifier son adoption sous l'autel du respect de la loi d'un État étranger dont il n'est pas sûr qu'il ait bien assimilé la culture constitue un non-sens. De même qu'attendre le délai de cinq ans, nécessaire pour l'obtention de la nationalité française pour que l'adoption de cet enfant soit possible, manque de justification¹⁰⁰⁰. Certes, la nationalité et le critère de proximité sont des exceptions au principe de l'inadoptabilité, conforté récemment par la jurisprudence française et européenne, mais aujourd'hui s'impose le besoin d'élargir la possibilité d'adopter. Pour cela il faut supprimer l'article 370-3 du Code civil. Les arguments pour abandonner cette disposition ne manquent pas (A). Toutefois, un respect à minima du contenu de la loi étrangère est utile avec l'interdiction de prononcer seulement l'adoption plénière (B).

A- Les arguments en faveur de l'abandon de l'article 370-3

En l'état du droit positif français, l'adoption est le seul moyen d'assurer une insertion complète de l'enfant en France, non seulement au sein d'une famille, mais aussi du corps social¹⁰⁰¹. Dès lors, relayer la prohibition musulmane condamne les enfants en besoin d'adoption au statut de pérégrin. Ces enfants sont, de la sorte, privés de toute forme de protection en raison aussi des difficultés liées à la transposition de la *kafala* qui ne saurait déployer tous ses effets en France. En outre, la position de la France sur cette question est isolée, nombre d'États européens n'ont pas voulu respecter les dispositions prohibitives de la loi d'origine. L'article 361-5 du Code civil belge neutralise l'inadoptabilité inhérente à la *kafala* et autorise la transformation de la *kafala* en adoption. Au-delà

⁹⁹⁹ B. Hartell, note sous Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, *AJF* 2011, p. 101.

¹⁰⁰⁰ F. Guerschon, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009 : *Gaz. Pal.* n° 120, p. 18 ; T. Garé note sous Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, *JCP*, G, 2011, p. 301.

¹⁰⁰¹ M. Farge, « Pas de passerelle entre adoption et *kafala* », note préc. n° 2.

du droit comparé, cette interdiction d'adopter est contraire toute à la fois à l'intérêt de l'enfant (1) et aux droits fondamentaux (2).

1- L'intérêt de l'enfant incompatible avec la loi prohibitive

Dans la conception actuelle de la jurisprudence française sur l'adoption des mineurs musulmans, l'intérêt de l'enfant est conçu de façon abstraite et consiste à ne pas être adopté¹⁰⁰². De ce fait, tout enfant de statut personnel prohibitif est voué à ne pas être adopté. Or, l'intérêt de l'enfant est une notion à double tranchant et insusceptible d'être figée dans une définition quelconque. En bannissant, l'appréciation *in concreto* de l'intérêt la Cour de cassation met tous les enfants venant des pays interdisant l'adoption dans une seule et même situation. Conformément à la conception abstraite, l'enfant abandonné par sa famille et celui qui est simplement confié à une famille doivent être traités de la même façon au sujet de leur adoption. Ce traitement uniforme est regrettable, la simple prise en charge étant une mesure adaptée à l'enfant dont la famille est connue contrairement à celui qui n'en a pas et qui a besoin d'une intégration factuelle et juridique dans une famille. L'appréciation *in concreto* aurait permis de dépasser le critère de l'origine pour d'uniformiser les enfants en fonction de leur situation¹⁰⁰³. De plus, la notion d'intérêt de l'enfant connu pour être une notion à géométrie variable¹⁰⁰⁴ ne saurait se passer de cette interprétation *in concreto*.

Cette notion d'intérêt de l'enfant doit aussi être appréciée suivant un critère spatial. L'interdiction dans le pays musulman répond à souci de perpétuer un modèle de famille qui donne un rôle absolu au lien de sang. Cette politique d'interdiction conserve un sens dans les pays ayant édicté cette interdiction. Il est donc permis de s'interroger sur l'utilité de l'appliquer à un enfant abandonné recueilli par des Français et qui n'a d'autres attaches familiales que cette famille française. L'avenir de cet enfant, même si sa présence est récente, est inscrit en France. Pour cette raison, la décision d'adoption doit être appréciée globalement et il n'est donc pas nécessaire se focaliser que sur le présent. D'ailleurs, l'impossibilité de traduire l'ensemble des effets de la *kafala* dans le droit français rend impératif, le prononcé de l'adoption. Ce problème avec la *kafala* rend pertinent la conversion de la *kafala* en adoption au nom de l'intérêt de l'enfant. Dénaturer la *kafala* est le prix à payer pour doter l'enfant, présent en France, d'une situation juridique et affective stable.

Il ressort de tout ce qui précède que les dispositions de l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil sont trop sévères, surtout lorsque l'enfant de statut prohibitif a été définitivement et irrévocablement

¹⁰⁰² V. Egea, note préc., *D.* 2008, p. 2145.

¹⁰⁰³ Dans ce sens voir J. Rubellin-Devichi, « Le sort de l'enfant étranger interdit d'adoption », *JCP, G*, 2007, art. préc.

¹⁰⁰⁴ V C. Chabert, « *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois* », thèse préc., *Adde*, P. Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », *in le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* », *op.cit.*, p. 365.

abandonné¹⁰⁰⁵. L'argument du statut boiteux régulièrement invoqué pour défendre cette disposition n'a pas assez de force de persuasion. La permanence du statut des personnes n'est une fin en soi que lorsque les individus sont animés par l'esprit de retour qui, en l'occurrence, n'existe pas chez un enfant sans discernement et qui, de surplus a été définitivement abandonné dans son pays d'origine¹⁰⁰⁶.

La Convention internationale des droits de l'enfant n'est pas un obstacle à la mise à l'écart de la loi prohibitive. Pour le comprendre, il faut adopter une interprétation contextualisée. L'article 20 de convention rappelle qu'un enfant privé temporairement ou définitivement de son milieu familial a droit à toute forme de protection. Cette disposition cite de façon non exhaustive une liste de modes de protection pouvant s'appliquer tout en précisant que l'adoption a une fonction subsidiaire et que la priorité est donnée à la famille biologique. Or, pour les enfants définitivement abandonnés, la famille naturelle n'existe pas et l'adoption est une protection adéquate dans le sens où elle permet de donner à l'enfant une famille. Étant donné l'absence de cette famille, il n'y a pas lieu de subordonner l'adoption de l'enfant à son consentement. Il n'est pas sûr que l'esprit de la convention ordonne de laisser l'enfant sans famille au milieu du gué lorsque les dispositions substantielles du droit interne sont favorables à l'adoption¹⁰⁰⁷. En vérité, chaque mode de protection n'a de sens que dans le milieu dans lequel il a été élaboré, ainsi il semblerait que l'efficacité de la *kafala* serait incontestable dans le pays d'origine lorsque celle de l'adoption est évidente en France. Les dispositions de la convention doivent être interprétées à la lumière de ce qui existe dans chaque contexte juridique. Toutefois, même si certaines dispositions de la convention sont d'application directe¹⁰⁰⁸ : le juge peut-il recourir aux normes de la convention pour ruiner la politique législative du législateur de 2001 ? Rien n'est moins sûr et on peut s'interroger sur la liberté du juge dans l'interprétation des conventions internationales lorsqu'il y a une règle claire posée par le législateur¹⁰⁰⁹.

2- La fragilité de l'argument de la conformité aux droits fondamentaux

L'interdiction d'adopter les enfants de statut personnel prohibitif est une position fragile quoique la Cour européenne de droit de l'homme l'ait hautement appréciée. Les juridictions internes française

¹⁰⁰⁵ E. Fongaro, note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2009, *JDI*, 2009, p. 154.

¹⁰⁰⁶ Sur le caractère exagéré de l'argument du statut boiteux voir, L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », art. préc. p. 205, B. Bourdelois, « L'adoption internationale » art. préc., p. 139. B. Haftel, note préc.

¹⁰⁰⁷ En droit interne il semblerait que le droit à l'adoption tend à bénéficier d'une reconnaissance de plus en plus accrue. V. P. Murat, « L'évolution du droit à l'adoption en Europe » in *Le statut de l'enfant dans l'espace européen*. D. Gadbin et F. Kernaleguen (ss dir.), Bruylant 2004, p. 123.

¹⁰⁰⁸ La Cour de cassation a reconnu entre autres l'application directe de l'article 3-1 de la convention dans un arrêt du 14 juin 2005. V. Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005 et 8 novembre. 2005, bull. civ., 2005, I, n° 436.

¹⁰⁰⁹ M. Farge, note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, *Dr fam.* Comm. 133.

sont très rigoureuses notamment lorsqu'elles sont interrogées sur la possibilité de convertir une *kafala* en adoption. Or, la *kafala* instaure entre ses acteurs un lien familial effectif fondé juridiquement sur l'acte de *kafala* établi à l'étranger. L'existence d'une vie de famille n'est pas contestée par la Cour européenne dans l'arrêt Harroudj *contre France*¹⁰¹⁰.

Le point central est de savoir si le refus de métamorphoser la *kafala* en adoption porte atteinte à cette vie familiale. Théoriquement, la réponse est négative puisqu'il s'agit de deux modes de protection : ils instituent à leur façon le lien familial et sont animés d'un même objectif : la protection de l'enfant. Toutefois sur le plan pratique il faut apporter une nuance. L'accueil de la *kafala* dans le système juridique est aujourd'hui plus que problématique. L'institution est aujourd'hui assimilée de façon incorrecte à des concepts non équivalents qui imputent l'institution beaucoup de ses effets au détriment de l'enfant¹⁰¹¹. Donc, dans le contexte français, il y a bel et bien une entrave au déroulement de la vie familiale.

Entre ces deux approches, la Cour européenne dans l'arrêt Harroudj privilégie la réponse abstraite. Ainsi, elle esquivait l'approche concrète en estimant que « *l'impossibilité d'adopter l'enfant ne constitue pas une "ingérence" dans la vie familiale de la requérante* » (§ 47), la Cour expose d'emblée une idée qui sera décisive dans sa solution : l'intéressée « *ne se plaint pas d'obstacle « majeur » dans le déroulement de sa vie familiale* », mais avance que « *le respect de [cette vie] impliquerait une assimilation de la kafala à une adoption plénière* » (§ 47). Cette formalisation de la question ne prend pas en compte la réalité française de la *kafala*. En effet, la réponse de la Cour européenne aurait été différente si elle avait porté un regard attentif à la réalité de l'accueil de la *kafala* en France.

D'autre part, la justification selon laquelle il n'y a pas de consensus sur la question entre États membres est fort contestable dans le sens où elle minimise un élément clé à savoir la position isolée de la France en Europe¹⁰¹².

Dans son exercice de confrontation entre le refus d'adoption et l'article 8, la Cour valide une forme de discrimination entre des enfants qui présentent fondamentalement les mêmes caractéristiques. Si la différence de traitement est admissible pour les enfants dont la loi nationale prohibe l'adoption et ceux ayant une loi nationale permissive, il n'est pas concevable que la loi opère des distinctions au sein même de la première catégorie en les traitant différemment selon leur lieu de naissance et de résidence. Pour ne pas voir cette discrimination, la Cour européenne dans l'arrêt Harroudj avance un argument d'un poids très limité : elle affirme que le souci de la loi française est de ne pas couper immédiatement l'enfant de ses racines¹⁰¹³. En réalité, si une telle affirmation est vraie, pourquoi ne pas étendre le bénéfice de l'adoption à celui qui sans être né en France est recueilli par des Français

¹⁰¹⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹¹ Voir nos remarques sur la question dans le chapitre précédent.

¹⁰¹² N. Hervieu, « *Droit au respect de la vie familiale : l'adoption internationale aux prises avec la kafala sous le regard européen* » note sous l'arrêt Harroudj préc., in Lettre « *Actualité Droits-Libertés* » du CREDOF, 8 octobre 2012.

¹⁰¹³ §50, Arrêt Harroudj préc.

quelques mois après sa naissance¹⁰¹⁴ ? D'autre part, si le pluralisme juridique est un impératif pourquoi reconnaître un droit à l'adoption à l'étranger mineur né et résident en France ?

B- Suggestion de réforme

L'interprétation stricte de l'article 370-3 du Code civil par le juge français ainsi que la caution apportée par la Cour européenne de droit de l'homme rendent improbable toute forme de reformes. Cette situation ne répond pas à l'intérêt de l'enfant qui a besoin d'un statut adapté à son milieu sociojuridique. Effet, l'adoption recèle pour l'enfant un intérêt considérable, elle lui permet de vivre en France, sans être inquiété quant à la régularité de son séjour, d'accéder à la nationalité française, de bénéficier de la qualité d'héritier et de nombreux droits sociaux¹⁰¹⁵. Pour sortir de l'impasse actuelle, deux réformes sont envisageables. La première consisterait à approfondir en droit français le statut du tiers qui intervient dans la vie de l'enfant. En vérité, les difficultés actuelles concernant l'insertion de la *kafala* dans l'ordre juridique français tiennent en grande partie à une insuffisante théorisation des notions d'actes courants, d'actes usuels ou encore la notion de charge ou même d'éducation¹⁰¹⁶. Toutefois, sa mise en œuvre est difficile comme le fait remarquer un auteur, car il faudra un trésor de pédagogie pour faire digérer cette *kafala* à la française¹⁰¹⁷. La seconde, la plus plausible passe par une modification du critère de l'adoptabilité, il faut abandonner la référence à la loi d'origine pour une règle matérielle sur l'abandon (1). Dans cette perspective, la prise en compte de la loi prohibitive de l'adopté interviendra seulement pour interdire le prononcé de l'adoption plénière (2).

1- Une règle matérielle sur l'abandon

Pour l'adoption des mineurs de statut personnel prohibitif, les suggestions doctrinales se prononcent généralement soit pour le respect total du refus de la loi d'origine soit pour l'application de la loi française. L'une et l'autre de ses solutions ne sont pas satisfaisantes en raison de l'extrême diversité des enfants concernés qui nécessite une prise en considération de la situation de chaque enfant. La

¹⁰¹⁴ P. Salvage-Gerest, *Dr. fam.* 2007, étude 8.

¹⁰¹⁵ C. Chalas, notes sous Cass. 1^{re} civ. 15 déc. 2010 préc.

¹⁰¹⁶ J. Hauser, « L'imagination juridique française », *Dr. fam.* n° 1 2009, art. préc. Cette réforme serait particulièrement utile dans la mutation contemporaine de la famille avec l'augmentation des familles recomposées et la reconnaissance de la famille homosexuelle.

¹⁰¹⁷ M. Farge, note sous 10 octobre. 2006 préc. Cela ne serait pas une *kafala* à la française, la France ancienne connaissait des techniques de placement des enfants proches de la *kafala*. Voir. D. Basse et A. Pellé « *Le placement familial une vieille histoire à réinventer* », éd. Eres 2013.

mise l'écart de la loi nationale lorsqu'elle n'admet pas la filiation élective est justifiée lorsque la situation de l'enfant est dramatique et qu'il n'a aucune attache familiale dans son pays d'origine. Lorsqu'un tel enfant est recueilli par des Français qui sollicitent son adoption, la rigidité n'a pas lieu d'être. Or, depuis l'introduction de la règle prohibitive dans une disposition légale, toute perspective d'assouplissement est annihilée. La loi est indifférente sur l'urgence qu'il y a de donner à l'enfant abandonné une famille sauf lorsque l'enfant étranger est né et réside en France. Pour sortir la rigidité de l'article 370-3, il faut une réforme législative dont la finalité serait de rendre moins mécanique la règle de conflit. Cette fois, la loi doit moins s'attacher au contenu de la loi étrangère qu'aux circonstances de faits entourant l'adoption. La dichotomie entre enfant de statut personnel prohibitif et enfant de statut personnel permissif doit céder devant une distinction selon que l'enfant est abandonné ou non abandonné. Il faut donc une règle de conflit matérielle qui préconise une solution de fond dépendante de l'abandon. A vrai dire cette solution a été proposée par la doctrine dans le cadre de la jurisprudence Pistre¹⁰¹⁸. En effet, il était préconisé une approche purement substantielle subordonnant la possibilité d'adopter à la résolution d'une question de fond, celle de l'abandon de l'enfant. On a proposé une règle matérielle permettant l'adoption chaque fois que la certitude de l'abandon était acquise.

Aujourd'hui, cette solution conserve sa pertinence puisqu'elle est meilleure que la restriction de l'adoption aux seuls enfants ayant un lien fort avec la France. Elle permet d'éviter la hantise de l'adoption boiteuse puisque l'enfant abandonné dès sa naissance dans son pays d'origine et vivant en France avec ses *koufala* français est moins exposé à une remise en cause de son titre dans son pays d'origine. Non seulement il a vocation à devenir français, mais aussi l'absence de famille par le sang rend moins probable toute contestation éventuelle¹⁰¹⁹. Précisons que le critère d'abandon doit rester circonscrit aux seuls enfants matériellement abandonnés par leurs parents. Un consentement à l'adoption ne doit jamais être considéré comme un abandonné en raison des complications qu'il peut engendrer plus tard comme le risque d'une adoption boiteuse. Ce risque est certain quand les parents ayant consenti à l'adoption ont le droit de la remettre en cause dans son pays d'origine qui interdit l'adoption. La jurisprudence de la Cour de cassation, antérieure à la loi de 2001, a donné l'impression d'aller dans ce sens. Dans l'arrêt Fanthou, du 10 mai 1995¹⁰²⁰, la Cour régulatrice s'est montrée favorable à l'adoption d'un enfant marocaine en faisant observer qu'il était de parents inconnus et confiée à un centre d'éducation. En revanche, un arrêt Moreau du 1^{er} juin 1994¹⁰²¹ refuse le prononcé d'un enfant de même nationalité au motif que le consentement à l'adoption donnée par la mère biologique était équivoque. Remarquons que dans ces deux arrêts successifs, la Cour de cassation a mis l'accent sur la certitude de l'abandon. Elle a refusé l'adoption

¹⁰¹⁸ H. Gaudemet-Tallon, « *Le droit français de l'adoption internationale* », *RIDC*. p. 581 ; H. Muir-Watt, notes sous Versailles 24 septembre 1992 préc.

¹⁰¹⁹ E. Poisson-Drocourt, « *L'adoption internationale* », *Rev. crit. DIP*. 1987, p. 673.

¹⁰²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *Rev. crit. DIP*, 1995, p. 547 note H. Muir-Watt ; *D.* 1995, p. 544 2^e espèce, note V. Larribau-Terneyre. *JDI* 1995, p. 625, note F. Monèger,

¹⁰²¹ Cass. 1^{re} civ 1 juin 1994, *Rev. crit. DIP*, 1994 p. 654 H. Muir-Watt ; *D.* 1995 p. 261 note E. Poisson-Drocourt ; *JCP*, G. 1994 IV, p. 1994.

lorsqu'il y avait un risque de remise en cause de l'adoption en raison du flou qui entourait le consentement.

2- L'interdiction de prononcer uniquement l'adoption plénière

L'adoption internationale crée des difficultés qui ne sont pas seulement liées à la procédure et à la reconnaissance des effets en France. Il faut avoir un égard particulier au traitement de l'échec de l'adoption. Cette complexité de l'adoption doit inciter à une prise en considération de l'ensemble des intérêts en présence ainsi que les objectifs des législations concernées. La solution française sur l'adoption des enfants provenant des pays musulmans est tranchée, elle sacrifie l'intérêt de l'enfant sous l'autel de l'harmonie internationale. Cette harmonie n'est pas réalisée aujourd'hui, l'enfant est privé à la fois de la protection de son milieu d'origine, avec l'accueil insuffisant de la *kafala*, et celle de son milieu d'accueil dans la mesure où il est inadoptable. Adoptant et adopté sont dans une situation inconfortable. L'option de ne pas adopter crée ainsi une discontinuité dans la protection de l'enfant.

Sachant que le souci de continuité est fondamental lorsque l'enfant vient d'une terre étrangère, il faut déterminer le mécanisme juridique le plus approprié pour permettre cette continuité. Cette idée de continuité implique aussi de ne pas couper le lien de l'enfant avec son origine et notamment avec sa famille par le sang. L'esprit du droit musulman veut que l'enfant ne soit pas coupé de sa filiation biologique quand bien même celle-ci demeure inconnue. La volonté de ne pas créer cette rupture chez l'enfant disqualifie l'adoption plénière parmi les modes de protection envisageables de la même manière qu'elle condamne la non-adoption. L'adoption plénière a un côté excessivement possessif, elle sert exclusivement l'intérêt des adoptants au détriment de celui des autres parties concernées par l'adoption comme l'enfant et sa famille d'origine. Ce déséquilibre inhérent à l'adoption plénière est contraire à la nécessité de chercher un point d'équilibre entre les intérêts dans le cadre d'une adoption internationale.

D'ailleurs, le respect des origines est un impératif commun à la position française et celle des pays musulmans. En France, l'accès aux origines est revendiqué par les associations des enfants adoptés qui demandent un allègement de cette procédure¹⁰²². La loi du 5 juillet 1996 a tenté d'aménager l'accès aux origines en incitant les parents de naissance à donner des informations sur leur identité. Celle du 22 février 2002 renforce la tendance avec la création du Conseil national pour l'accès aux origines¹⁰²³. L'objectif n'est pas de déconsidérer l'adoption plénière qui est forcément une institution adaptée à la situation de nombreux enfants dans le cadre d'une adoption interne. Il vise

¹⁰²² V. Löchen, « *Comprendre les politiques sociales* », éd. Dunod, 4^e éd. p. 111.

¹⁰²³ F. Lafond, « *Enfance et Familles d'adoption* », in *Droit d'origine paroles des acteurs*, op. cit., p. 130.

plutôt à questionner l'opportunité pour l'enfant ayant suffisamment entretenu des liens avec son pays d'origine avant que son adoption soit sollicitée en France¹⁰²⁴. En partant de ce méfait de l'adoption plénière et du malaise suscité par la loi de 2001 pour les enfants des pays prohibant l'adoption, il faut remplacer l'inadoptabilité actuelle par un accès à l'adoption simple. L'attachement, manifestés par les textes internationaux sur la question des origines apporte une grande caution à cette promotion de l'adoption simple. En effet, celle-ci est un bel équilibre qui avantage l'ensemble de personnes concernées. La famille adoptive et la famille d'origine y trouvent le compte. Nul ne saurait prétendre que l'insertion harmonieuse de l'enfant dans sa famille d'origine passe par la rupture préalable avec sa famille par le sang.

Les motivations diplomatiques qui fondent l'inadoptabilité ne seront pas affectées par la consécration de l'adoption simple. Le plus gênant pour les pays musulmans c'est la rupture du lien de sang. La forme simple de l'adoption est un compromis acceptable entre parenté biologique et parenté sociale. Cette pluriparentalité de l'adoption simple est un gage d'entente avec le droit musulman. Ce dernier a un potentiel d'adaptation grâce à des méthodes d'interprétation destinée à assouplir la rigueur des certaines règles quand le contexte l'exige. Un imam y voit dans la métamorphose de la *kafala* en adoption simple comme une solution médiane acceptable aussi bien pour le droit musulman que le droit français¹⁰²⁵. L'adoption simple évite une rupture avec l'institution d'origine et a pour avantage de ne pas froisser les États d'origine.

¹⁰²⁴ C. Lavallée, « Pour une adoption sans rupture du lien de filiation d'origine », *info. Sociale* 2008, n° 146 p. 134.

¹⁰²⁵ T. Oubrou, « *kafala et la sharia* », art préc. n° 28.

Conclusion du chapitre 1

Contrairement à d'autres principes du droit musulman, la prohibition de l'adoption n'a pas été rejetée systématiquement. Le relai donné à l'inadoptabilité musulmane par l'article 370-3 est conforté par des sérieux arguments politiques et juridiques. Et pour cause, l'ordre public n'a jamais été utilisé pour faire échec à la loi musulmane prohibitive d'adoption y compris lorsque l'adoption internationale était uniquement régie par des règles jurisprudentielles. L'abstention de l'ordre public s'explique par l'absence d'un droit à l'adoption et par le fait que l'inadoptabilité est étayée par des soucis dignes de considération comme l'intérêt de l'enfant et celui des États. Toutefois, il faut remarquer que l'ordre public réapparaît dans l'article 370-3 al 2 pour s'opposer à l'application de la loi étrangère prohibitive pour les enfants nés et résidents en France. Cette clause d'exception a l'avantage d'inscrire l'enfant dans la culture juridique de son milieu d'accueil. De même, lorsque l'enfant est intégré dans son milieu d'accueil, suite à une présence de cinq ans avec sa famille d'accueil de nationalité française, il a la possibilité de devenir français pour devenir adoptable. Par conséquent, la position musulmane sur l'adoption est recevable pour autant que la situation ne s'est pas encore enracinée en France. La décision de ne pas adopter en France les enfants musulmans est défendable, cependant cette solution met l'enfant dans l'incertitude concernant sa protection. Les enfants sans famille connue demeureront dans une situation de vide familial et cela est contraire à leur intérêt. Il est donc nécessaire d'élaborer une règle matérielle sur l'abandon : elle aura l'avantage d'insérer l'enfant abandonné dans une famille. L'adoption prononcée après le constat de l'abandon sera l'adoption simple qui a la vertu de ne pas rompre le lien entre l'enfant et sa famille biologique ou plus généralement avec ses origines. L'adoption simple répond à la fois au souci du droit musulman de ne pas couper l'enfant de ses origines et à la volonté du droit français d'insérer l'enfant dans une famille de substitution. L'objectif de coordination internationale des systèmes est ainsi atteint.

Chapitre 2- L'accueil de la *kafala* dans l'ordre juridique français

Depuis que des individus, issus de l'immigration et inscrits dans la catégorie des « adoptants français », ont élu le Maroc et l'Algérie comme pays d'adoption, la *kafala* a pris une dimension internationale¹⁰²⁶. Ces ressortissants français désireux d'adopter sont confrontés à l'interdiction d'adopter et se contentent de la *kafala*. L'arrivée en France de l'enfant impose la nécessité de faire reconnaître ce lien en France. Ce recours à l'institution étrangère déclenche les règles du droit international privé. Théoriquement, dans la mesure où l'institution étrangère correspond à une institution de l'ordre juridique du *for*, son accueil ne pose guère de difficulté. Lorsque, en revanche, cette même institution n'épouse aucunement les contours d'une institution connue dans l'ordre juridique du *for*, l'application de la règle de conflit s'avère délicate. Le juge doit comprendre l'institution étrangère avant de pouvoir déterminer les règles auxquelles elle sera soumise. Le droit international privé français est habitué à l'accueil des institutions étrangères inclassables. Il en a été ainsi de la très célèbre « quarte du conjoint pauvre »¹⁰²⁷, du mariage polygamique et depuis peu les partenariats enregistrés de couple. Néanmoins, la réception de la *kafala* est très ardue en raison de son caractère insaisissable. Sans parler de ses fonctions diverses, la *kafala* obéit à un régime juridique variable selon les États et en pleine évolution de telle sorte que sa compréhension est malaisée.

Après l'instabilité des solutions jurisprudentielles sur la question de la transformation de la *kafala* en adoption, la loi du 6 février 2001 a clarifié les choses en posant comme principe le respect de l'inadoptabilité inhérente à la *kafala*. Du point de vue de la qualification, il en résulte une certaine concordance de qualification, car les deux systèmes en présence s'accordaient sur le rejet de la qualification adoption : le droit musulman parce qu'il a conçu la *kafala* comme une alternative à l'adoption prohibée, le droit français parce qu'il fait de la création d'un lien de filiation un élément indispensable à la qualification adoption¹⁰²⁸. La Cour de cassation a établi une politique jurisprudentielle durable qui respecte rigoureusement l'interdit d'adoption du droit musulman¹⁰²⁹. Dès lors, un acte étranger de *kafala*, même revêtu de *l'exequatur*, ne vaut pas adoption en France¹⁰³⁰. Ainsi l'étanchéité de la barrière dressée entre l'adoption et *kafala* place l'enfant recueilli au milieu du gué. La difficulté serait enrayée si l'ordre juridique français fournissait une institution produisant les effets essentiels de la *kafala*. Comme l'acclimatation de l'institution étrangère est

¹⁰²⁶ E. Barraud, « La kafala dans l'espace migratoire franco-Maghrébin », art. préc., p. 462.

¹⁰²⁷ Voir l'affaire Bartholo de la CA d'Alger 24 décembre 1889, *JDI* 1891, p. 1171.

¹⁰²⁸ M. Farge, « Pas de passerelle entre la kafala et l'adoption », note sous arrêts du 10 octobre 2006, *JCP* 2007 II 10072.

¹⁰²⁹ Voir deux décisions de principe ; Cass. 1^{re} civ. 10 mai 2006 : *Dr. fam.* 2007, com. 96, note Farge ; *D.* 2007 p. 816 note H. Fulchiron ; Defrénois 2007, p. 133 note M. Révillard ; *AJF* 2007, p. 32 obs. A. Boiché ; *RJPF*, 2007 -1/35, note M-C Le Boursicot ; *JDI* 2007, p. 564, note C. Brière.

¹⁰³⁰ Paris, 13 oct. 2005, juris-data n° 2005-288762, LPA 19 juin 2006, p. 14 avec la note de A. Bottiau. *Adde* CA Montpellier 16 février 1998 *Juris-Data* n°1998-035273.

nécessairement malaisée, les *koufala* ont intérêt à organiser la protection civile de l'enfant recueilli selon un régime du droit français. Le véritable problème de la *kafala* se situe à deux égards : il y a d'une part la difficulté liée à sa traduction dans l'ordre interne (*Section 1*) et d'autre part la question des effets individuels pouvant découler d'une *kafala* (*Section 2*).

Section 1- La difficile traduction dans l'ordre juridique français

Comme toute décision relative à l'état des personnes, la *kafala* doit bénéficier en France d'une reconnaissance de plein droit et à ce titre produire des effets sur le territoire¹⁰³¹. Néanmoins, cette institution exotique est conçue pour répondre à des préoccupations spécifiques qui ne sont pas celles du droit français. Outre ses origines religieuses discutables, elle est avant tout un acte charitable devant lequel ne peut se dresser l'ordre public. Elle doit donc être reçue par le droit français dès lors que des enfants d'origine maghrébine vivent avec leurs *koufala* en France. Une certitude demeure à cette heure dans le droit positif français sur ce qu'elle n'est pas, à savoir une adoption. La question n'intéresse pas seulement les recueillant français pendant le délai de cinq ans nécessaire afin que le *makfoul* accède à la nationalité française pour être adopté, mais aussi les nombreux couples d'origine musulmane résidants en France et à qui un enfant a été remis en *kafala*. Une fois écartée toute assimilation avec l'adoption du droit français, il reste donc à la jurisprudence de se prononcer sur ce qu'elle est. Sur ce point, deux voies sont possibles pour que cette institution produise ses effets en France. Il est tout d'abord possible de la naturaliser en une institution du droit français qui lui est semblable. On peut ensuite faire fi de son extranéité pour l'appréhender en tant que situation de fait transformable en situation juridique française¹⁰³². Un regard panoramique sur les solutions proposées, pour combler le vide juridique provoqué par le refus de l'adoption, permet de voir que la voie de la transformation de la *kafala* en une institution juridique française reste privilégiée. Cette préférence est palpable dans la jurisprudence et dans les différentes réponses ministérielles. Les réponses ministérielles sont très intéressantes en ce qu'elles manifestent la compréhension de l'esprit de la *kafala* qu'elles assimilent selon les circonstances en une délégation d'autorité parentale¹⁰³³ ou en tutelle¹⁰³⁴. Malgré l'intérêt intellectuel qu'elle suscite, une telle tentative de conversion dans le droit français apparaît pour le moins comme infructueuse. Le droit positif français n'offre que des équivalences partielles insusceptibles d'épouser rigoureusement le contenu de la *kafala* (§1). Un tel constat ne doit pas inviter au renoncement, mais doit pousser à rechercher une équivalence suffisante ou acceptable (§2).

¹⁰³¹ C. Chalas, note sous Cass. 15 décembre 2010, JDI 2011, préc.

¹⁰³² A. Gouttenoire et M. Lamarche, « La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », *Dr. fam.*, 2009, dossier 9 et 10 p. 42.

¹⁰³³ V. *Rép.min* : JOAN Q 11 juill. 2006, p. 7365. –*Rép. min* : JOAN Q 23, nov. 2004 p. 9229. –*Rép. min* JOAN Q 6 avril 2004, p. 2853.

¹⁰³⁴ *Rép. min.* 21 août 2008, et *Rép. min* : JOAN Q 16 mars 2004, *Rev. crit. Dip* 2004, p. 544.

§1- L'offre d'équivalence partielle du droit français

Face à une institution étrangère inconnue du droit français, le juge peut être amené à déformer les catégories de droit interne, à les forcer pour y intégrer ladite institution. Néanmoins, cette recherche de coordination comporte un double risque, la déformation des catégories du droit interne et celui de la dénaturation de l'institution étrangère¹⁰³⁵. Pour que l'opération de conversion réussisse avec un risque moindre, certains ont préconisé de rechercher dans l'institution étrangère le noyau du concept du *for*¹⁰³⁶. En partant de ce raisonnement séduisant, on peut procéder d'emblée à certaines exclusion. Il est clair que le noyau de l'adoption est la création d'un lien de filiation et que la *kafala* est fondée sur le refus de la filiation mensongère. Dans le même ordre d'idée, il ne peut être dit que le *kafil* est l'attributaire de l'autorité parentale, car dans le droit français, celle-ci est indéfectiblement liée à la filiation. Cette incompatibilité entre *kafala* et adoption pousse à revoir le schéma élémentaire de la *kafala* afin de mieux la traduire dans l'espace juridique français. La *kafala* implique un enfant avec ou sans famille confié à un tiers qui exerce tous les attributs de l'autorité parentale tout en n'ayant aucun lien de filiation avec l'enfant. Une situation similaire se rencontre en droit français lorsqu'un tiers intervient dans la vie de l'enfant. On peut penser à la technique de l'enfant confié à un tiers des articles 373-3 et suivant. Si l'apparence de filiation qui découle d'une telle relation permet de satisfaire certaines hypothèses, il n'en demeure pas moins que l'efficacité de ce recours est limitée, car le tiers à qui l'enfant est confié ne peut faire que les actes usuels relatifs à sa surveillance et à son éducation, l'autorité parentale étant conservée par les parents. Cette hypothèse étant écartée, il convient de confronter la *kafala* deux autres hypothèses où un tiers intervient dans la vie de l'enfant : la délégation de l'autorité parentale (A) et la tutelle (B).

A- La délégation de l'autorité parentale

Généralement, le besoin de qualification de la *kafala* se présente en deux moments. Dans un premier temps, le juge est confronté aux effets à reconnaître à un jugement étranger de *kafala* déclaré exécutoire ou jouissant d'une reconnaissance de plein droit sous réserve de sa régularité internationale¹⁰³⁷. Ensuite, la question de l'accueil de la *kafala* se posera plusieurs années après la reconnaissance de la décision de justice pour le règlement d'un litige qui pourrait naître du lien de *kafala*. Il peut s'agir par exemple d'organiser le rapport de l'enfant avec ses *koufala* après que ces derniers ont divorcé, ou de se prononcer sur les suites à donner aux effets patrimoniaux de l'institution. Pour résoudre la difficulté, le juge a le choix d'appréhender la *kafala* comme un fait ou

¹⁰³⁵ J.-L. Elhoueiss, « Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI* 2005, p. 281.

¹⁰³⁶ P. Lagarde et H. Batiffol, traité préc., n° 297.

¹⁰³⁷ C. Chalas, note préc.

de la couler dans une institution du droit français avec laquelle la *kafala* entretient une proximité suffisante. Les décisions de juridictions judiciaires et administratives montrent effectivement que la seconde solution, plus simple *a priori*, a eu leurs faveurs. Ces juridictions, dans leur grande majorité, trouvent dans la délégation de l'autorité parentale, l'institution traduisant au mieux la *kafala*. Pour plus de clarté, l'objectif n'est pas de faire produire à la *kafala* en tant qu'institution étrangère les effets qu'elle doit avoir, mais de l'assimiler à une situation juridique française, en l'occurrence la délégation de l'autorité parentale, et de lui faire produire les effets de ce mécanisme¹⁰³⁸. L'assimilation avec la délégation d'autorité parentale opérée par certains juges est souvent accessoire (1). Toutefois, elle demeure incomplète (2).

1- Une assimilation opérée à titre incident

La plupart de décisions qui procèdent à un rapprochement entre *kafala* et délégation d'autorité parentale ne le font pas de manière directe. La qualification de délégation de l'autorité parentale est le fait d'un juge, autre que celui de l'autorité parentale, qui est interrogé sur l'*exequatur* d'un jugement étranger¹⁰³⁹, la conversion de la *kafala* en adoption¹⁰⁴⁰ ou encore sur les effets de la *kafala* sur l'obtention de la nationalité française¹⁰⁴¹.

Les réponses ministérielles, de façon constante assimilent la *kafala* à une délégation d'autorité parentale tout en précisant que ce rapprochement est relatif compte tenu des effets plus en moins étendus de la *kafala*, assimilable selon les circonstances de la prise en charge à une tutelle, lorsque l'enfant est abandonné, ou à une délégation d'autorité parentale quand les parents ont consenti à la prise en charge¹⁰⁴². Néanmoins, il n'est pas sûr que les juridictions aient saisi cette nuance puisqu'elles qualifient systématiquement la *kafala* de délégation d'autorité parentale sans égard à la situation de l'enfant¹⁰⁴³.

L'assimilation de la *kafala* à la délégation de l'autorité parentale est un moyen de clarifier son régime juridique pour éviter de lui donner des effets qui ne sont pas les siens. Ainsi les juridictions d'appel ont eu l'occasion de rappeler dans des instances en divorce que la *kafala* ne pouvait fonder

¹⁰³⁸ A. Gouttenoire et M. Lamarche, « La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », art. préc. p. 43.

¹⁰³⁹ CA Paris, 16 octobre 2012, inédit, n°11/23072 ; CA Aix-en-Provence, 10 janv. 2006, Juris-Data n° 2006-300697.

¹⁰⁴⁰ CA Paris 16 février 2006, Lexbase n° A375DNH, CA Versailles, 27 nov. 2003, Juris-Data n° 2003-236727, CA Toulouse, 4 déc. 2007, Juris-Data n° 2007-353582. Pour tous ces arrêts voir fiche pratique, M-T. Cordier. *Dr fam.*, 2009, prat. 1.

¹⁰⁴¹ CA Angers, 25 juin 2012, inédit, n° 11/01572,.

¹⁰⁴² Voir la réponse de la Chancellerie à plusieurs questions écrites parlementaires, dont QE n°03703 du sénateur B. Piras, publié au JO du Sénat du 13 mars 2008.

¹⁰⁴³ Voir CA Paris 16 oct. 2012 préc. *Adde* CA Paris 23 novembre 2006, Juris-Data n° 2006-327069 qui parle de tutelle dans une hypothèse où selon ses dires la mère n'a fait que déléguer l'autorité parentale.

une obligation alimentaire dans la mesure où en droit français le droit à aliment découle directement d'un lien filial¹⁰⁴⁴.

Interrogées sur des questions relatives à l'accès et au séjour des enfants recueillis par *kafala*, les juridictions administratives usent, elles aussi, de la qualification de délégation d'autorité parentale pour la *kafala*. Toutefois, les conséquences quant à l'accès et au séjour de l'enfant sont variables. A propos d'un refus de visas pour un mineur recueilli par *kafala*, le Conseil d'État a rappelé que l'acte de *kafala* n'est pas une adoption et s'apparente à un simple transfert de l'autorité parentale il en déduit que cet acte « n'emporte aucun droit à obtenir un visa d'entrée en France pour l'enfant¹⁰⁴⁵. D'ailleurs, il semblerait que pour le Conseil d'État, la *kafala* de par sa qualification, créerait un lien familial fragile. Cette affirmation peut être déduite d'une décision 18 août 2006 où les juges du palais royal déclarent que « *la kafala ne s'apparentant qu'à une délégation d'autorité parentale sans création de lien de filiation, le refus de visas ne saurait porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale de l'enfant et de l'adulte concerné* »¹⁰⁴⁶. Cette position paraît s'infléchir avec des récentes décisions des juridictions administratives qui intègrent la *kafala* dans le champ du droit au respect de la vie familiale sous certaines conditions. Dans une décision du 26 septembre 2008, le Conseil d'État constate que deux époux de nationalité française qui se sont vus attribuer la *kafala* de leur nièce d'origine algérienne par un tribunal algérien sont devenus titulaires de la délégation d'autorité parentale sur cet enfant qui a vocation à vivre avec eux sous réserve des motifs d'ordre public. Depuis une décision du 24 mai 2011, le Conseil d'État ajoute à la condition de motif d'ordre public celle des conditions d'accueil de l'enfant en France¹⁰⁴⁷. En définitive, pour le Conseil d'État la *kafala* permet un accès de l'enfant au territoire français sous ces deux conditions.

Il faut préciser toutefois que les décisions du Conseil d'État ne règlent pas globalement le statut de l'enfant en France, elles ne règlent que certains aspects ponctuels comme l'accès et le séjour sur le territoire français.

Pour l'ensemble des décisions évoquées, il faut remarquer que la conversion de la *kafala* en délégation d'autorité parentale ne concerne que la *kafala* judiciaire, et non la *kafala* notariale. Il y a là un paradoxe dans le sens où la délégation d'autorité parentale semble mieux correspondre à la *kafala* notariale qu'à la *kafala* judiciaire. De plus, la qualification de la *kafala* en délégation d'autorité parentale par un juge, qui ne se prononce pas à titre principal sur la délégation d'autorité parentale, est forcément partiel puisqu'il n'a pas vocation à dire quel type de délégation il s'agit.

¹⁰⁴⁴ CA Bordeaux, 11 déc. 2007, : Juris-Data n° 2007-353626, CA Paris, 28 juin 2006, inédit.

¹⁰⁴⁵ CE, 9 nov. 2007, Juris-Data n° 2007-072704, CE, 8 oct. 2007 juris-data n° 2007-072517.

¹⁰⁴⁶ CE, 18 août 2006, n° 295330 ; CE, 27 juin 2008, Fatima A., n° 291561, selon lequel l'acte de *kafala* à la différence de l'adoption, ne crée aucun lien de filiation et s'apparente à un simple transfert de l'autorité parentale. Dans le même sens, CE, 28 août 2008, n° 317757, qui refuse également en référé d'annuler le refus de visa opposé à l'enfant, au motif que « *Considérant que la délégation de l'autorité parentale décidée par les autorités judiciaires marocaines, qui n'a pas été rendue exécutoire en France, n'implique pas par elle-même la délivrance du visa sollicité* ».

¹⁰⁴⁷ CE, 24 mai 2001, Juris-Data n° 2001-010620.

Toutes les décisions qui procèdent à qualification de la *kafala* en délégation d'autorité parentale se fondent soit sur la décision du juge étranger ayant prononcé la *kafala* soit sur un jugement d'*exequatur* français qui lui donne effets en France. Le jugement d'*exequatur* est particulièrement nécessaire pour que la *kafala* produise ses effets. A ce propos une décision de la cour administrative de Marseille¹⁰⁴⁸ refuse même de faire produire effet à la *kafala* à défaut d'un jugement d'*exequatur* au motif que dans la mesure où il implique des actes d'exécution matérielle, l'acte d'un tribunal étranger relatif à la garde d'un enfant doit être revêtu de l'*exequatur* pour produire ses effets en France. L'exigence d'un regard judiciaire correspond à la nature de la délégation de l'autorité parentale qui selon les articles 377 et suivants code civil est prononcé par le juge. Une *kafala* qui n'est pas fondée sur une décision judiciaire pourrait être appréhendée par le juge français comme une situation de fait impliquant une prise en charge de l'enfant par la personne qui demande la délégation.

Lorsque c'est le juge aux affaires familiales qui transforme la *kafala* en adoption, il a l'occasion de préciser, contrairement aux autres juges, quelle délégation d'autorité parentale il a prononcée. En effet, le droit français connaît trois types de délégation d'autorité parentale : la délégation forcée, la délégation consentie et la délégation partage¹⁰⁴⁹. Ces diverses formes de délégation prévues par le droit français sont parfaitement adaptées à la nature de la *kafala* qui est utilisée dans des circonstances variées. Cela étant, encore faut-il établir le désintérêt manifeste des parents ou leur incapacité à exercer l'autorité parentale, conditions qui sont celles de l'article 377. En effet, le type de délégation dépend en grande partie de l'état d'esprit des parents relativement à leurs pouvoirs sur l'enfant. Lorsque les parents ont consenti à la *kafala*, le juge prononcera une délégation consentie. Dans l'hypothèse de la *kafala* judiciaire, il semblerait que seule la délégation forcée soit possible. Lorsque le juge a affaire à une *kafala* de fait, comme les parents ne peuvent pas se joindre à l'audience, il ne pourra prononcer qu'une délégation forcée en raison du fait que l'impossibilité d'exercer l'autorité parentale peut se déduire de l'éloignement géographique des parents¹⁰⁵⁰

2- Une assimilation incomplète

Pour que la *kafala* soit opportunément transformée en délégation d'autorité parentale, il faut que cette dernière présente des effets dont l'étendue se rapproche à peu près de ceux de la *kafala*. Tel n'est pas le cas en raison des effets restreints de la délégation d'autorité parentale qui ne couvrent pas ceux de la *kafala*. La source de l'incompatibilité entre les institutions se trouve dans leur appartenance à des environnements juridiques où les effets de la filiation sont différemment conçus.

¹⁰⁴⁸ CAA Marseille, 20 mars 2007, cité par A. Gouttenoire et M. Lamarche, art. préc., n° 19.

¹⁰⁴⁹ Ph. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille, op. cit.*, p. 651.

¹⁰⁵⁰ Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2005, Bull. civ.I, n° 162, *Dr fam.* 2006, comm n°107, note P. Murat. Cet arrêt illustre l'hypothèse d'une délégation forcée, prononcée à la suite de l'impossibilité pour le père d'exercer l'autorité parentale pour des motifs d'éloignement.

Le droit français organise le pouvoir sur l'enfant différemment selon qu'il est exercé par les parents ou par des tiers. L'autorité parentale, exercée selon un principe de coparentalité, appartient exclusivement aux parents de sorte que leur décès entraîne l'ouverture de la tutelle avec des pouvoirs différents pour le tuteur. De plus, si les parents peuvent déléguer leurs pouvoirs sur l'enfant, cette délégation n'implique pas renoncement des parents. En droit musulman, il importe peu que l'enfant ait ses père et mère, ou l'un deux, ou ni l'un ni l'autre ; il n'existe pour le mineur qu'un seul régime, celui de la *wilaya*¹⁰⁵¹. La *kafala* substitue la *wilaya* du père par celle du *kafil* si bien que ce dernier est titulaire d'un pouvoir identique sur l'enfant. La traduction d'une *kafala* en délégation d'autorité parentale est réductrice à un double point de vue : d'une part, les pouvoirs du délégataire sont plus réduits que ceux du *kafil* et d'autre part, la *kafala* produit des effets qui sont en droit français directement attachés à la filiation¹⁰⁵².

En premier lieu, les pouvoirs du *kafil* dépassent de loin ceux d'un simple délégataire. Le *kafil* n'a pas vocation à se limiter aux actes usuels de l'autorité parentale, mais à accomplir tous les actes ayant trait à l'éducation et à la surveillance de l'enfant. En une telle occurrence, il va de soi qu'une délégation partielle d'autorité parentale est inapte à refléter parfaitement les pouvoirs conférés par l'acte de *kafala*. Vu cette imperfection, il paraît opportun de se tourner vers la délégation totale de l'autorité parentale¹⁰⁵³. Cependant, un tel rapprochement est quant à lui insuffisant, faute pour la délégation totale de produire contrairement à la *kafala* certains effets directs de la filiation.

En outre, la *kafala* envisagée directement comme un substitut à l'adoption permet à un couple de recueillir un enfant dans leur foyer. C'est souvent le cas des couples français qui souhaitent adopter sans succès et qui ramène l'enfant en France. La *kafala* était confiée aux *koufala* sensés remplacer les parents conformément à l'esprit de cette institution¹⁰⁵⁴. La transformation de la *kafala* en délégation d'autorité parentale ruine cet aspect de la *kafala* car la délégation n'est conçue qu'au profit d'un délégataire. Au fond, sur ce point l'adoption aurait mieux reflété la *kafala* en raison de leur finalité commune à savoir donner une famille à un enfant. De plus, le rattachement à une seule personne lié à la délégation d'autorité parentale ne va pas sans susciter des difficultés d'ordre pratique : une seule personne sera désignée comme délégataire, l'autre devant se contenter d'un pouvoir de fait. En cas de séparation du couple recueillant, le seul délégataire poursuivra l'éducation et la surveillance de l'enfant. Il en résulte une injustice pour l'autre conjoint sachant qu'il avait participé au recueil de l'enfant. La *kafala*, que l'on pourrait comprendre comme une autorité parentale sans fondement filial, devrait en principe amener le juge à la traiter de la même façon que l'autorité parentale après le divorce. Malheureusement, ce raisonnement semble avoir

¹⁰⁵¹ L. Milliot et F.-P. Blanc, *L'introduction au droit musulman*, op. cit. p. 440, n° 557.

¹⁰⁵² V. P. Salvage, « L'adoption internationale », in P. Murat (ss dir.), *Droit de la famille*, Dalloz Action, 2008-2009, n°224.42.

¹⁰⁵³ Prévus à l'article 377-1 du Code civil.

¹⁰⁵⁴ Art. 10 de loi marocaine sur les enfants abandonnés traduit mieux cet esprit de la *kafala*, car il prévoit qu'en cas de pluralité de demande, la priorité sera donnée aux couples.

échappé au juge français. Dans une décision du 30 juin 2005, la Cour d'appel de Douai a refusé que « le juge qui prononce le divorce de deux époux statue sur les mesures relatives à un enfant n'ayant avec ceux-ci aucun lien de filiation »¹⁰⁵⁵. Cet arrêt a pour le coup reformé le jugement qui avait constaté l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Les juges de la cour d'appel sont restés prisonniers de la conception française qui lie indéfectiblement l'autorité parentale à la filiation. D'ailleurs, la *kafala*, rangée dans le moule étroit de la délégation de l'autorité parentale, ne pouvait en sortir que dénaturée.

Cette absence de lien de filiation est également source de difficultés quand le délégataire cessera l'exercice de la délégation. Que cette cessation soit le fait d'une décision judiciaire ou qu'elle procède d'une volonté du délégataire : elle occasionnera pour l'enfant une précarité qui le placera au milieu du gué. La délégation de l'autorité parentale est une mesure temporaire et n'entraîne pas les effets d'un lien de filiation comme l'obligation d'entretien.

Dans le rapport avec le tiers, la conversion en délégation d'autorité parentale complique la donne. Lorsque l'enfant cause un dommage à autrui, on ne pourra recourir à l'article 1384 alinéas 4 pour obliger le délégataire à réparer le préjudice en raison de l'absence de lien de filiation. Pour pallier cette difficulté, on pourrait penser à recourir à l'alinéa 1 de l'article 1384 pour engager la responsabilité du délégataire, mais la solution ne paraît pas satisfaisante dans la mesure où le délégataire joue simplement un rôle de suppléance, et n'a nullement vocation à se substituer aux parents.

En second lieu, le caractère partiel du recours à la délégation d'autorité parentale met en exergue la divergence du système français par rapport au système musulman. S'il y a un vide juridique, c'est non seulement parce que le système français ne connaît que la filiation et son corollaire, l'autorité parentale, mais aussi parce que le substitut à l'exercice de l'autorité parentale par les parents ne permet pas d'atteindre les pleins effets du lien de filiation¹⁰⁵⁶. Or, de la *kafala* découlent certains effets que le droit français attache directement à la filiation comme le nom et les aliments. Cet aspect de la *kafala* sera évidemment occulté lorsqu'elle est subsumée en délégation d'autorité parentale. Néanmoins, il n'est pas impossible qu'une question sur les effets de la *kafala* se pose postérieurement au jugement d'*exequatur*. Or, faut-il à ce moment-là, considérer uniquement les effets originels de la *kafala* ou ceux qui sont liés à délégation de l'autorité parentale ? Il semblerait pour le moment que la seconde branche de l'alternative l'emporte, tout au moins devant les juges du fond. Dans un arrêt de la cour d'appel de Bordeaux¹⁰⁵⁷ en date du 11 décembre 2007, deux époux d'origine algérienne avaient recueilli en *kafala* un enfant par un jugement algérien. Ils élevèrent ensemble l'enfant en France jusqu'en 2006 où la femme obtint un divorce prononcé aux torts exclusifs de son mari. Craignant que celui-ci ne ramène l'enfant en Algérie, elle sollicitait du juge du divorce qu'il condamne son ex-mari à une part contributive et organise l'exercice de l'autorité

¹⁰⁵⁵ Douai, 30 juin 2005, n° CT 0032 publié par les services de documentation de la Cour de cassation.

¹⁰⁵⁶ A. Gouttenoire et M. Lamarche, « La recherche d'un équivalent : l'autorité parentale », art. préc., p. 46.

¹⁰⁵⁷ CA Bordeaux, 11 déc. 2007, préc.

parentale. La cour d'appel juge ces demandes irrecevables aux motifs que d'une part la *kafala* ne crée pas de lien de filiation et que d'autre part, en droit français, l'obligation alimentaire est fondée sur le lien de filiation. Il faut mettre en évidence ici que les juges ont préféré franciser les questions posées par la *kafala*. Le recours au droit international privé aurait vraisemblablement changé le cours des choses¹⁰⁵⁸. Par ailleurs, sur le droit à aliments, une aubaine se dessine pour l'enfant recueilli en *kafala* avec le règlement (CE) n° 4/2009 de l'Union européenne¹⁰⁵⁹. Ce règlement semble développer une conception large de la relation de famille sur laquelle est fondée l'obligation alimentaire. Il est fort probable que l'obligation alimentaire du *kafil* rentre dans les catégories prévues dans ce règlement. Cependant, cette conception extensive de la relation de famille risque d'être entravée lors de la naturalisation de la *kafala* en délégation d'autorité parentale puisque ce processus fait perdre à la *kafala* beaucoup de ses effets notamment l'obligation alimentaire du *kafil*. En définitive, la naturalisation de la *kafala* en la délégation d'autorité parentale ne tiendrait qu'en ce que ces deux institutions ont pour point commun l'intervention temporaire d'un tiers dans la vie de l'enfant sans création d'un lien de filiation.

B- La tutelle

Aux vues des insuffisances de la délégation d'autorité parentale pour la transposition des effets de la *kafala*, on pourrait a priori se tourner vers la tutelle pour espérer trouver mieux. Même si l'hésitation est permise pour l'assimilation rapide des concepts nés dans des milieux juridiques différents, force est cependant de constater que la *kafala* est souvent présentée comme étant une tutelle sur l'enfant¹⁰⁶⁰. Le rapprochement ainsi opéré n'est pas totalement réfutable puisque la *kafala* comme la tutelle sont des substitutifs à un pouvoir parental inexistant du fait d'un empêchement des parents. Cette affirmation est d'autant plus vraie que dans certains pays musulmans la *kafala* est directement traduite de l'arabe par le terme tutelle¹⁰⁶¹. D'autres distinguent la *kafala* de la tutelle sans que cette distinction ait une portée significative¹⁰⁶². Cette absence de

¹⁰⁵⁸ M. Farge, « Comment accueillir la *kafala* musulmane », note sous Cass. 1^{re} civ. 9 juillet 2008, *Dr fam.* 2008, comm. 133.

¹⁰⁵⁹ Pour l'obligation alimentaire l'autorité française compétente sur le fondement de ce règlement (art. 3 b) appliquera la loi de l'institution lorsque le l'enfant et son *kafil* ont la même nationalité (art. 4, §4 du protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires). Pour cela, il faut que l'obligation du *kafil* s'apparente à une obligation alimentaire découlant de la relation de famille, de parenté, de mariage, ou d'alliance au sens du règlement (CE) n°4/2009. Pour plus de détails sur ce texte voir les observations de M. Farge, « *Promotion transfrontalière du droit à obtenir des aliments* », *Dr fam.* 2011, étude 18.

¹⁰⁶⁰ Voir rép. ministérielle du 21 août 2008, préc.

¹⁰⁶¹ Art 85 du Code djiboutien de la famille.

¹⁰⁶² C'est le cas des Codes maghrébins en général. Rappelons qu'en droit musulman la tutelle désigne les pouvoirs du père sur l'enfant par opposition à la *hadana* attribuée à la mère. Malgré la coexistence de la *kafala* avec la tutelle, la première est utilisée lorsque c'est un tiers qui intervient. De fait la distinction n'a pas grand intérêt dans le sens où la mission et les pouvoirs du *kafil* et du tuteur sont quasi-identiques. D'ailleurs, le juge qui intervient pour la *kafala* est bien le juge des tutelles (voir l'article 14 de la loi marocaine de 2002 sur les enfants abandonnés).

différence fondamentale entre *kafala* et tutelle dans le droit musulman pourrait augurer une identité entre *kafala* et tutelle française. Pourtant lorsque l'on compare les deux institutions, on se rend compte très vite que leurs optiques sont fondamentalement différentes. Il s'agit bien dans les deux cas de prendre en charge un enfant, mais cette prise en charge paraît, dans le cas de la *kafala*, beaucoup plus proche d'une adoption que d'une tutelle, laquelle n'entend pas donner à l'enfant une famille de substitution. La proximité de la *kafala* à l'adoption plutôt qu'à la tutelle est également visible au niveau des effets de la *kafala* qui produit certains effets de la filiation comme la concordance de nom entre *kafil* et *makfoul*. Néanmoins, l'essentiel de la *kafala* étant l'absence d'un lien de filiation, le lien avec la tutelle est patent eu égard à leur finalité commune qui est d'assister l'enfant pendant sa minorité. Pour que l'assimilation soit acceptable, il faut que le régime juridique de la tutelle recoupe pour l'essentiel celui de la tutelle du droit français. Or sur ce point, la *kafala* ressemble beaucoup à une institution disparue depuis longtemps de l'espace juridique français : la tutelle officieuse (1). Elle n'entretient qu'une proximité restreinte avec la tutelle du droit positif (2).

1- La ressemblance de la *kafala* avec feu la tutelle officieuse

Les anciens ouvrages de droit civil français, la tutelle officieuse est décrite comme un contrat de bienfaisance, par lequel on s'oblige à nourrir et d'élever gratuitement un mineur, à le mettre en état de gagner sa vie et à administrer aussi gratuitement sa personne et ses biens¹⁰⁶³. Il s'agissait d'une institution spécifiquement française qui n'avait pas d'équivalent dans les autres législations. Cette définition de la tutelle officieuse rappelle l'article 116 du Code algérien de la famille qui explique la *kafala* comme étant : « *l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un mineur, au même titre que le ferait un père pour son enfant* ». La similitude ne s'arrête pas là puisque la tutelle officieuse, du moins dans le Code civil, se présentait comme un moyen d'assouplissement des règles strictes de l'adoption¹⁰⁶⁴. Comme on se contente de la *kafala* à défaut d'adoption possible, le tuteur de cette époque était obligé d'attendre la majorité de l'enfant qu'il accueille pour pouvoir l'adopter¹⁰⁶⁵.

L'étude du régime juridique montre cette proximité avec la *kafala*. Premièrement, la volonté du tuteur officieux comme celle du *kafil*, doivent être constatées par le juge qui recueille le consentement du tuteur et des parents biologiques de l'enfant. Quant à l'organisation de la tutelle officieuse, elle ne distingue pas la tutelle sur la personne et la tutelle sur les biens, les deux sont

¹⁰⁶³ C. Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil*, Paris, 1830, 5^e éd., T. 2, p. 277.

¹⁰⁶⁴ Les conditions posées pour l'adoption sont en effet particulièrement strictes dans le Code civil de 1804. Pour l'adoptant, il devait au moins être âgé de plus de 50 ans et ne devait pas avoir de descendance légitime. Il devait en plus avoir fourni à l'adopté, devenu majeur, des secours et un soin ininterrompu pendant six ans au moins. Voir C. Bonaventure, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code civil op. cit.*, p. 281.

¹⁰⁶⁵ J. Hauser, « La kafala du droit musulman n'est pas l'adoption simple du droit français », note préc. p. 471.

exercés par le tuteur¹⁰⁶⁶. Cet aspect de la tutelle officieuse est aussi partagé par la *kafala* puisque le *kafil*, au même titre qu'un père, se voit conférer la tutelle légale de l'enfant recueilli. Notons enfin que la tutelle officieuse comme la *kafala* sont présentées par la loi comme étant des actes philanthropiques. Malgré le caractère interchangeable de ces deux formes de protection, leur comparaison demeure purement théorique puisque la tutelle officieuse a été condamnée par l'absence de pratique¹⁰⁶⁷. C'est la raison de sa suppression avec la loi du 19 juin 1923 autorisant l'adoption de mineur.

La tutelle officieuse était soigneusement distinguée de la tutelle ordinaire. La première était contractée à titre gratuit lorsque la seconde pouvait être faite à titre onéreux. Le but de la tutelle officieuse était de créer une relation propice à une future adoption du mineur par son tuteur. La loi prévoyait une attente de cinq ans avant d'adopter. Ce système avait pour avantage de prémunir l'enfant contre un échec de l'adoption. Un parallèle peut être fait entre cette durée et celle nécessaire à l'adoption de l'enfant étranger recueilli en *kafala*. Cette attente de cinq ans n'est pas peut-être pas si négative que cela dans le sens où elle permet à l'enfant d'avoir un ancrage dans sa famille d'accueil avant son adoption. Dans cette circonstance, l'échec de l'adoption est moins probable.

2- Une proximité restreinte avec la tutelle du droit positif

Prenant acte de l'impossibilité d'un recours à la tutelle officieuse, il reste à se tourner vers la tutelle du droit positif, telle que régie par la loi du 14 décembre 1964. Avant d'éprouver l'efficacité de la tutelle officieuse pour traduire fidèlement les effets de la *kafala*, il faut rappeler qu'en droit musulman le pouvoir sur l'enfant ne change pas de nature quand bien même il serait exercé par un tiers. Bien que distinguée par certains codes de statut personnel, la *kafala* peut être confondue avec la tutelle sans que cette confusion ne soit source d'erreur. Mais la tutelle dans le droit musulman peut-elle être rapprochée de la tutelle du droit positif français ? Pour répondre à cette interrogation, il faut souligner une première distinction des fonctions. Alors que la *kafala* s'adresse à plusieurs catégories d'enfants (les enfants abandonnés, les orphelins et les enfants de filiation inconnue), la tutelle n'est ouverte qu'en cas d'empêchement des parents dans l'exercice de l'autorité parentale. De surcroît, si on doit assimiler la *kafala* à la tutelle comme le veut la réponse ministérielle du 21 août 2008, ce rapprochement n'en pose pas moins de nombreuses difficultés quant à l'exercice sur le sol français de la *kafala*¹⁰⁶⁸. Par exemple, comme la *kafala* concerne plusieurs catégories d'enfants et que la tutelle du droit français se décline de diverses façons : la question est de savoir quelle forme de tutelle pour quelle *kafala* ?

¹⁰⁶⁶ L'article 365 du Code de 1804 avant son abrogation par la loi du 19 juin 1923.

¹⁰⁶⁷ A. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, 1828, 2 éd., T. 3, p. 266 n°274.

¹⁰⁶⁸ J.-M. Plazy, « Recherche d'un équivalent : la tutelle », *Dr fam.* 2009, Dossier 9 et 10, p. 48.

En outre, l'assimilation de la *kafala* à la tutelle est gravement dénaturante en ce qu'elle réduit les pouvoirs du *kafil*. Celui-ci a le pouvoir de faire tous les actes concernant l'enfant sans distinction en fonction de leur gravité. Or en droit français, la tutelle avec conseil de famille implique un contrôle judiciaire sur les actes les plus graves. Cette intervention de la justice n'existe pas dans la *kafala*, le *kafil* étant considéré comme le père de l'enfant. De ce fait, transformer la *kafala* en tutelle enlève au *kafil* sa liberté de gestion, ce qui est en soi une altération de l'esprit de la *kafala*. La philosophie des deux institutions est différente, la *kafala* a vocation à susciter un sentiment de paternité et à ce titre exclu l'intervention du juge. La tutelle, quant à elle, n'a pas ce but. Certes, l'article 450 du Code civil dispose que le tuteur prend soin de la personne du mineur, mais cette disposition prend son sens lorsqu'on la restitue à son contexte, celui du contrôle de l'action du mineur¹⁰⁶⁹. Transformer la *kafala* en tutelle est contreproductif en ce qu'elle altère le fondement de l'institution exotique. Pour les enfants ayant fait l'objet d'une *kafala* judiciaire, la tutelle ne répond pas à leur besoin au contraire elle les isole dans un concept dont la finalité n'est pas de donner à l'enfant une famille. Le seul point commun de la tutelle avec la *kafala* est la finalité de protection de l'enfant pendant sa minorité. Cet aspect temporaire de la protection est partagé par la *kafala* et la tutelle. Le mode de cessation est identique puisqu'elles disparaissent toutes deux en cas de décès de leurs titulaires ou de leurs renoncements.

Ces points de convergences ne doivent pas servir d'alibi pour rentrer la *kafala* dans la catégorie de la tutelle, trop étroite pour l'accueillir. La rigueur qui caractérise le régime de la tutelle français contraste fortement avec la simplicité de la *kafala*. Accueillir la *kafala* avec la tutelle revient *in fine* à reformer la *kafala* pour faire d'elle quelque chose qu'elle n'est pas. Pour rendre compatible les deux institutions, on pourrait penser à une adaptation de la tutelle française qui serait simplifiée avec la suppression du conseil de famille. On envisagerait à ce moment-là une tutelle avec seulement une administration légale. Cette proposition est impossible compte tenu de l'ancrage du conseil de famille dans la culture juridique française¹⁰⁷⁰. Ainsi, l'absence d'un lien de filiation constatée dans la *kafala* ne doit pas servir à la rapprocher de toute institution pour mineur ayant ce caractère. Il faut bien voir que la *kafala* crée un lien de famille qui ne passe pas forcément par la création d'un lien de filiation artificielle.

§2- La recherche d'une équivalence suffisante

Sur la question de l'équivalence, les auteurs restent sceptiques sur la pertinence des qualifications retenues par certaines décisions jurisprudentielles et par les réponses ministérielles¹⁰⁷¹. Ce scepticisme est d'autant plus justifié que la traduction de la *kafala* en délégation d'autorité parentale

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*

¹⁰⁷¹ E. Fongaro, note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2009, *JDI* 2009, p. 154.

ou en tutelle n'a cessé de montrer ses limites concernant l'exécution des effets de la *kafala* en France. Ces qualifications ont de fait appauvri l'institution étrangère, lui enlevant certaines de ces dimensions qui bénéficiaient directement à l'enfant. Cette impasse a poussé certains juges du fond à refuser la transformation en délégation d'autorité parentale¹⁰⁷². Pour sortir l'enfant de ce vide juridique¹⁰⁷³, il est souvent conseillé aux personnes ayant recueilli l'enfant de se contenter du délai de cinq ans nécessaire à l'obtention de la nationalité française pour pouvoir l'adopter¹⁰⁷⁴. Cette solution, bien que séduisante, oublie toutefois que la *kafala* concerne aussi des enfants non adoptables en raison du fait que les parents biologiques n'ont consenti qu'à une simple prise en charge. A vrai dire, le malaise suscité par la *kafala* réside dans ses fonctions multiples si bien que plusieurs catégories du droit français sont susceptibles d'être concernées. Pour mettre fin à ce problème, on peut envisager de la reconnaître pour elle-même et de la soumettre à sa loi d'origine¹⁰⁷⁵. Cette proposition a pour mérite d'esquiver une dénaturation afin de conserver à l'institution étrangère son intégrité normative. C'est le choix opéré par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 mars 2008¹⁰⁷⁶ : tout en accordant l'*exequatur* à un jugement marocain de *kafala*, elle rejette la demande accessoire visant à lui attribuer la qualification et les effets d'une décision de délégation d'autorité parentale. Cette suggestion revient à donner un effet normatif sur le territoire français au jugement étranger de *kafala* sans pour autant lui reconnaître les effets d'une institution connue du droit français comme la délégation d'autorité parentale ou la tutelle. Un tel traitement de la *kafala*, théoriquement acceptable, risque de causer des complications dans la vie quotidienne notamment dans le rapport avec les écoles et le médecin. Pour mettre fin à cet embarras, deux pistes sont envisageables. D'une part, un recours au droit des obligations peut fournir la souplesse nécessaire à l'accueil de la *kafala*, mais cette suggestion demeure un correctif subsidiaire en raison de ses effets limités (A). D'autre part, il est possible d'envisager une équivalence à la carte (B).

A- Un correctif subsidiaire : le recours au droit des obligations

Le rapprochement de la *kafala* avec des institutions du droit du *for* est une opération par essence dénaturante puisque les concepts du *for* ne sont conçus que pour les situations du *for*. Placer « l'étoffe juridique étrangère dans les tiroirs du système national » n'est jamais une opération neutre, elle se solde soit par un grossissement des traits de l'institution étrangère, soit par un

¹⁰⁷² CA Paris, 29 avril 2003, *D.* 2004, somm. comm. p. 459, obs. F. Mbala ; CA Paris 28 mars 2008, n° 06/17327 : *Juris-Data* n° 2008-364933, CA Amiens, 7 février 2008, *Juris-data* n° 2008-358665.

¹⁰⁷³ J. Hauser, note sous CE, 7 juillet 2004, *RTDciv* 2004, p. 722.

¹⁰⁷⁴ Selon l'article 21-12 alinéa 3 du Code civil « peut réclamer la nationalité française l'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ».

¹⁰⁷⁵ C'est en l'occurrence la proposition de M. Farge, « Comment accueillir la *kafala* musulmane » ? Note sous Cass. 1^{re} civ. 9 juillet 2008 préc.

¹⁰⁷⁶ CA Paris, 27 mars 2008, préc.

rétrécissement. L'assimilation avec la délégation de l'autorité parentale est elle-même excessive puisqu'il s'agit plus de transmettre des fonctions matérielles que des droits légaux¹⁰⁷⁷. L'adoption simple, bien que convenable pour des raisons d'opportunité, accuse des différences notables avec la kafala. La tentative de conversion de la *kafala* est donc vouée à l'échec du moins si l'on cherche à lui trouver dans l'espace juridique français une institution aux contours identiques. Si le législateur français n'a pas l'obligation de prendre en compte la *kafala* et de la régir, elle constitue pour lui une réalité imposée par la mobilité des populations. De surcroît, la *kafala* ne peut être ignorée dans le sens où elle met en scène un enfant : être fragile que tout État a le devoir de protéger. L'intérêt de l'enfant est que les bénéfices qu'il tire de la *kafala* lui soient sauvegardés même s'il quitte son pays d'origine. Il faut donc trouver un outil susceptible de garantir l'intégrité de la *kafala*. Pour répondre à cette exigence, l'outil contractuel semble le mieux adapté : il appartient en effet aux acteurs de la *kafala* d'user de la liberté qui est la leur pour renforcer les effets qu'il convient de donner à la *kafala*¹⁰⁷⁸. Le contrat sied bien à la *kafala* pour trois raisons. D'abord, la *kafala* est un contrat puisqu'il s'agit d'un engagement pris officiellement, ensuite le contrat est un outil souple dont le contenu est à la maîtrise des parties, ce qui permettra de reproduire fidèlement les droits et les devoirs inhérents à la *kafala*. Rappelons que la *kafala* peut présenter des formes variées avec des droits et de devoirs plus ou moins importants selon les législations. Enfin, il n'y aura plus le besoin de chercher une qualification puisque la *kafala* est un contrat. L'élément essentiel du contrat de *kafala* sera l'obligation d'entretien du kafil. Reste la question de savoir quel type de contrat pourrait être la *kafala* ? Une certitude demeure d'ores et déjà, il n'est pas un contrat synallagmatique. De même tous les contrats dont l'objet principal est un bien doivent être écartés. Les conséquences de la *kafala* laissent penser au bail à nourriture en vertu duquel une personne prend en charge l'entretien d'une personne, le plus souvent âgée. Cela étant, des différences majeures existent avec la *kafala* qui comporte une dimension éducative absente dans le bail à nourriture. De plus, le bail à nourriture s'inscrit dans une opération globale à but lucratif comme la vente.

Pour chercher la technique appropriée, il est nécessaire de partir de l'élément essentiel de la *kafala* qui est l'obligation d'entretien du kafil. L'obligation du kafil présente deux caractères, elle est unilatérale et bénévole. En partant de ces deux caractéristiques, deux recours sont possibles l'acte unilatéral et la notion d'obligation naturelle.

En premier lieu, on pourrait imaginer la création *ex nihilo* d'une obligation d'entretien par le biais d'un acte juridique unilatéral. L'acte juridique implique un engagement unilatéral de la volonté. Il implique une manifestation individuelle de la volonté dans les formes prévues par la loi. Nul doute que la *kafala* réponde à cette définition toutefois sa transposition en France sous forme d'acte unilatéral est problématique. En effet, il existe une difficulté inhérente à l'acte juridique unilatéral lui-même qui est celle de saisir son contenu exact. Cette difficulté apparaît en général sur la preuve de l'étendue de l'engagement. Les obligations de la *kafala* formalisées dans un acte juridique

¹⁰⁷⁷ J. Hauser, « L'imagination juridique française », *Dr fam.*, 2009, dossier 11, p. 70.

¹⁰⁷⁸ C. Duval-Veron et M. Wendling, « Kafala et droits patrimoniaux », *Dr. fam.* 2009, dossier 6, p. 32.

n'échapperaient à cette règle d'autant plus que les obligations de la *kafala* varient d'une législation à l'autre. Il est difficile concevoir aujourd'hui un régime unique de la *kafala*. C'est pourquoi l'acte juridique unilatéral ne peut servir de recours.

Il est possible ensuite de faire intervenir la notion d'obligation naturelle dans la relation entre *kafil* et *makfoul*. Le droit de l'obligation naturelle est ancien. Il revient à dire lorsqu'une personne s'est volontairement acquittée d'une obligation à laquelle elle n'était pas tenue juridiquement, mais que l'on peut qualifier de naturelle, la juge devra reconnaître que l'engagement souscrit est valable quoiqu'il n'ait pas de support juridique¹⁰⁷⁹. La notion d'obligation naturelle permet de transformer une obligation naturelle en obligation civile avec toutes les conséquences qui en découlent. Le droit français a un temps admis l'obligation naturelle de l'auteur d'un enfant naturel à l'égard duquel il n'avait aucun lien de filiation¹⁰⁸⁰. Le juge français a aussi reconnu cette obligation naturelle dans la relation entre frère et sœur ou entre concubins¹⁰⁸¹. Le lien de famille n'est pas le fondement exclusif de l'obligation naturelle qui est un moyen de consacrer juridiquement un devoir moral¹⁰⁸². L'existence de cette obligation naturelle dans la *kafala* est indiscutable dans la mesure où elle résulte de l'essence même de la *kafala* qui est avant tout l'engagement de prendre en charge un enfant de façon bénévole. Le simple recueil d'un enfant implique l'obligation de l'entretenir. Pour ce qui est de la transformation à proprement parler de l'obligation naturelle en obligation civile alors susceptible d'exécution forcée, elle obéit aux conditions classiques de la transformation posées par le droit français : elle suppose l'engagement unilatéral du *kafil*, pris en connaissance de cause, d'exécuter cette obligation naturelle. Cet engagement n'est pas réellement soumis à des formalités particulières puisqu'il suppose, pour être constitué, un simple engagement verbal ou un engagement verbal. Dans le cas d'une *kafala*, la reconnaissance d'une obligation naturelle du *kafil* ne devrait pas poser des problèmes spécifiques puisque l'acte de *kafala* est avant tout solennel. L'engagement pris par le *kafil* devant le juge ou le notaire provoque simultanément la création de l'obligation naturelle et sa transformation en obligation civile¹⁰⁸³.

Toutefois, ce recours au droit des obligations n'est qu'un correctif subsidiaire puisqu'il ne produira que des effets purement patrimoniaux. La dimension éducative et affective de la *kafala* est insusceptible d'exécution forcée.

¹⁰⁷⁹ X. Labbée, *Introduction générale au droit : pour une approche éthique*, éd. Septentrion presse universitaire, 2010, p. 26

¹⁰⁸⁰ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1976, *D.* 1978, p. 489 note Guiho.

¹⁰⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1999, *RJPF* 1999, p. 27.

¹⁰⁸² G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, p. 375.

¹⁰⁸³ C. Duval-Veron et M. Wendling, « *Kafala et droits patrimoniaux* », art. préc., p. 32

B- Une équivalence à la carte

La *kafala* se singularise par sa souplesse permettant de répondre aux besoins des enfants qui se trouvent dans des situations diverses. Elle place l'enfant au carrefour de plusieurs relations familiales. De ce fait, elle est le fruit d'un équilibre subtil entre les intérêts des acteurs impliqués. La rupture de l'enfant avec sa famille d'origine est impossible en raison du maintien de la filiation biologique. L'intégration dans sa famille d'accueil se matérialise par l'acceptation d'une filiation d'ordre affectif devant naître de l'assimilation factuelle du *makfoul* au fils légitime. L'enfant abandonné comme celui dont les parents sont empêchés par une raison quelconque trouve leurs comptes dans le système de la *kafala*. Cela étant dit, la volonté de naturalisation du concept en France invite à revoir son schéma pour une parfaite insertion dans l'espace juridique français. Son entrée dans cet espace nécessite de l'adapter à ce qui existe en France comme technique de protection. Ainsi en raison de cette nécessité d'adaptation il est proposé d'offrir une équivalence différente selon que l'enfant a une filiation ou non. Pour les enfants abandonnés s'impose un plaidoyer pour une équivalence avec l'adoption simple (1). Pour les enfants de filiation connue, il faut limiter l'équivalence à la délégation d'autorité parentale (2).

1- Plaidoyer pour une équivalence avec l'adoption simple pour les enfants abandonnés

Confronté à l'exotisme de la *kafala* et à l'incompréhension qui en découle, le droit français refuse toute équivalence entre la *kafala* et toute forme d'adoption sans distinction par ailleurs. Le refus d'assimilation est fondé sur le dogmatisme législatif¹⁰⁸⁴ de l'article 370-3 al 2 et sur l'interprétation restrictive de la Cour de cassation. En effet, face aux juridictions d'appel¹⁰⁸⁵ qui ont voulu instaurer une passerelle entre adoption et *kafala*, la Cour de cassation a répondu par un syllogisme implacable. Ce dernier a pour majeure le droit français, en l'occurrence l'article 370-3 al 2 du Code civil, pour mineure la loi étrangère prohibitive et pour conclusion l'absence d'équivalence entre *kafala* et adoption. L'application fidèle de la loi mérite sans doute un hommage, mais il y a lieu de comprendre le fondement réel du refus d'équivalence. Pour expliquer l'incompatibilité entre adoption et *kafala*, la Cour de cassation développe une vision holiste de la *kafala* qui serait une conséquence des lois prohibitives d'adoption dans les pays musulmans¹⁰⁸⁶. Elle est comprise

¹⁰⁸⁴ P. Murat, « Le refus de la transformation en adoption », *Dr fam.* 2009, dossier 8, p. 39.

¹⁰⁸⁵ CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, *JCP* mai 2007, II, 10073, note A. Verdot ; CA Reims, 2 déc. 2004, *Juris-Data* n° 2004-264675. V. Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, *D.* 2008, *AJF*, 2144, obs. Egea, *AJF*, 2008, p. 394, obs. Boiché. *Rev. crit DIP* 2008, p. 828, note P. Lagarde. *RTDciv* 2009, p. 308, obs. J. Hauser ; E. Massalve et C. Corso, « Kafala transfrontière : la nécessaire adoptabilité, en France, des enfants sans filiation », *AJF*, 2010, p. 227.

¹⁰⁸⁶ Rapport de la Cour de cassation 2008, p. 155.

comme une protection de remplacement qui compense l'interdiction d'adopter si bien que l'interdiction de créer un lien de filiation constitue l'essentiel de la *kafala*. Par conséquent, tout rapprochement avec l'adoption est considéré par la doctrine et par le juge comme une dénaturation de l'institution étrangère¹⁰⁸⁷. Le respect de la loi étrangère édicté par l'article 370-3 interdit de voir dans la *kafala* ce qu'elle n'est pas.

L'approche de la *kafala* par le biais des conflits de lois élude le véritable lien qui peut exister entre la *kafala* et l'adoption simple. La compréhension de la *kafala* à travers son contexte d'origine a fait de celle-ci une institution à mi-chemin entre, d'une part, l'adoption et d'autre part la délégation d'autorité parentale et la tutelle. Or, le lien de la *kafala* avec l'adoption est tributaire du prisme à travers lequel les choses sont envisagées. Il va de soi que le recours aux conflits de lois condamne toute perspective de rapprochement entre les systèmes. L'abandon de conflits de lois est d'autant plus raisonnable que la mission du droit international ne s'épuise pas dans la désignation de la loi applicable. Il paraît nécessaire de faire un *distinguo* entre le principe d'inadoptabilité pouvant servir de référence au conflit de lois et la *kafala* en tant qu'institution. L'essentiel pour une institution étrangère est son intégration dans son milieu d'adoption. Pour intégrer la *kafala*, on doit moins s'attacher aux motifs de sa législation d'origine pour ne prendre en compte que ses caractéristiques afin de voir dans les institutions du *for* celle qui peut la remplacer. La technique de l'équivalence semble incontournable pour un tel dessein.

Malgré son usage peu fréquent en droit international privé¹⁰⁸⁸, l'utilisation de la notion d'équivalence est salutaire dans le cas de la *kafala*. Le concept d'équivalence est le seul à même d'assurer un règlement harmonieux des litiges internationaux. Batiffol a démontré que ce règlement harmonieux pourrait être atteint si l'on parvenait à voir dans les institutions étrangères les réponses apportées par ces mêmes systèmes à des problèmes que le droit français résout autrement¹⁰⁸⁹. Ce raisonnement est louable en ce qu'il propose de dépasser les différences superficielles pour ne s'attacher qu'aux similitudes substantielles. L'opération de qualification se conduit donc en deux temps : une phase préparatoire d'analyse par référence exclusive à la loi qui organise le rapport de droit litigieux et une phase de jugement au terme de laquelle l'interprète est conduit à rechercher le moule du *for* dans lequel l'institution se coule le plus facilement. Il s'agit donc d'opérer un recoupement entre les caractères de l'institution litigieuse et le sens conféré par le législateur national à ses institutions. Il est clair que l'adhésion à une telle logique peut aboutir à un rapprochement de la *kafala* des enfants abandonnés et de l'adoption simple. Dans la phase de la compréhension de l'institution étrangère, il faut voir que la *kafala* est une institution de protection de l'enfant abandonné qui vise à donner à celui-ci une famille de substitution. La caractéristique principale de la *kafala* est de préserver l'origine de l'enfant, c'est la raison principale qui explique le refus de la création d'un lien de filiation. L'élément fondamental de la *kafala* est donc le refus de rupture avec la famille d'origine. Du reste, il faut se demander si le droit musulman contemporain

¹⁰⁸⁷ H. Fulchiron, « Adoption sur *kafala* ne vaut », note sous Cass. 1^{re} civ. 10 oct. 2006, préc., p. 818.

¹⁰⁸⁸ S. Godechot-Patris, « Retour sur la notion d'équivalence », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 271.

¹⁰⁸⁹ H. Batiffol, *Aspects philosophiques de droit international privé*, op. cit., p. 17.

est hostile à la création d'un nouveau lien de filiation qui sans effacer le premier le compléterait. Une chose est sûre la *kafala* produit les effets de la filiation. Ces effets sont accordés à des degrés divers dans les différents pays¹⁰⁹⁰. Si la *kafala* ne crée pas un nouveau lien de filiation, c'est tout simplement parce que les pays musulmans, ne connaissant pas une formule similaire à l'adoption simple, ont préféré créer la *kafala*. Le refus de l'interopérabilité entre adoption simple et *kafala* procède en fait d'une lecture parcellaire de l'inadoptabilité musulmane¹⁰⁹¹.

Le noyau fondamental qui structure l'adoption simple et la *kafala* est justement le refus de rompre le lien de sang. Il ne serait pas impertinent de ranger la *kafala* dans le casier adéquat de l'adoption simple et cela sans que le principe du sang, fondamental, dans le système musulman de filiation soit dénaturé. La théorie de l'équivalence telle qu'explorée par les grands auteurs veut qu'on dépasse les divergences de formules pour ne prendre en considération que la convergence de résultat et retrouver ainsi « une communauté de nature entre des institutions différentes en considérant moins leur structure que leur fonction »¹⁰⁹². Cette condition existe pour la *kafala* et l'adoption qui présente indéniablement une proximité de fonction. Les deux institutions sont reconnues par la convention internationale sur le droit de l'enfant comme poursuivant globalement les mêmes effets¹⁰⁹³. Cette communauté de finalité sociale devrait aujourd'hui faciliter le passage d'une institution à l'autre¹⁰⁹⁴. Il n'en est rien puisque le respect de la loi étrangère l'emporte sur les raisons de nature fonctionnelle. Cela étant, ne doit-on pas faire primer l'équivalence fonctionnelle pour les cas des enfants abandonnés et accueillis par des Français et qui ont vocation à vivre avec eux. Faire primer le régime de la *kafala* sur celui de l'adoption pour cette catégorie d'enfant est un contresens. Plusieurs autres raisons condamnent ce refus d'équivalence entre les deux institutions. D'abord, l'attitude des pays d'origine de ces enfants qui acceptent de confier des mineurs à des couples français tout en étant informés du projet d'adoption et même en demandant que ceux-ci soient titulaires d'un agrément en vue de l'adoption¹⁰⁹⁵. Ensuite, chez ces mêmes pays musulmans, le régime de la *kafala* est en plein mouvement, la *kafala* algérienne et marocaine des années quatre-vingt n'est pas la même que celle d'aujourd'hui, l'institution tend à se confondre à l'adoption simple. Plus qu'un forçage, l'acceptation de l'équivalence en France ne serait que l'aboutissement de ce mouvement qui se dessine pour la *kafala*. Enfin, une gestion raisonnable du conflit des lois inhérent à la *kafala* devrait pousser dans l'intérêt de l'enfant à favoriser la loi ayant les liens les plus étroits à travers l'admission d'une équivalence systématique lorsque l'enfant abandonné a vocation

¹⁰⁹⁰ Voir Chapitre 2 sur la *kafala*.

¹⁰⁹¹ Pour nier cette équivalence, les auteurs s'attachent, outre le fait que le droit musulman interdit l'adoption à l'absence de prononcé d'un lien de filiation par le juge étranger. Si cela est vrai, il n'empêche que les effets de la *kafala* sont similaires à ceux de l'adoption simple de même que l'objectif poursuivi par la *kafala* en cas d'abandon de l'enfant est le même que l'adoption. V. Larribau-Terneyre, note Cass. 1^{re} civ. 10 mai 1995, *Fanthou. D.* 544.

¹⁰⁹² H. Batiffol, *Aspects philosophiques de droit international privé*, *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁹³ Art 20-1 de la CIDE, « Tout enfant qui temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciale de l'État. Et l'article 20-3 poursuit, « cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme d'un placement du placement dans famille, de la *kafala* de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfant approprié ».

¹⁰⁹⁴ P. Murat, « Le refus de la transformation en adoption », art. préc. p. 38.

¹⁰⁹⁵ P. Salvage, « L'adoption internationale », art. préc., p. 681.

à devenir français par le biais de ceux qui l'accueillent. L'implantation de l'enfant dans son nouveau milieu socioculturelle incite à ce que son intérêt soit apprécié à l'aune des conceptions françaises. De ce fait, il est évident que l'argument du statut boiteux n'a aucune pertinence¹⁰⁹⁶. Du reste, le médiateur de la république invite à voir la *kafala* dans son rapport avec l'adoption surtout lorsque l'enfant, objet de la *kafala* est sans filiation connue¹⁰⁹⁷.

2- L'équivalence de la *kafala* avec la délégation d'autorité parentale révisée pour les enfants non abandonnés

La conversion en adoption simple de la *kafala* est hautement souhaitable lorsque l'enfant a été en situation d'abandon dans son pays d'origine. Lorsque la famille de l'enfant est connue, le prononcé d'une délégation d'autorité parentale a au moins un premier avantage, elle reflète la volonté des parents qui ont renoncé à l'autorité parentale en dehors de toute rupture du lien filial. Toutefois, il a été montré plus haut que les effets de la délégation d'autorité parentale sont très restreints et que cette situation se retourne contre l'enfant qui se trouve au milieu du gué. En effet, dans beaucoup de décisions la transposition de la *kafala* en délégation d'autorité parentale est privilégiée. Néanmoins, les difficultés liées à la *kafala* sont loin d'être résolues notamment la question du sort des engagements multiples du *kafil* vis-à-vis de l'enfant.

Compte tenu des conséquences restrictives de la transformation en délégation d'autorité parentale, il aurait été judicieux d'élargir les effets de la délégation d'autorité parentale pour accueillir les effets de la *kafala*. L'idéal serait de faire en sorte que le ou les délégataires soient considérés comme des parents titulaires de l'autorité parentale sur l'enfant à chaque fois qu'un litige se pose sur l'obligation alimentaire et sur l'aménagement de la responsabilité parentale après le divorce. Sur ces points, les juges français se refusent à un tel élargissement des effets de l'institution française¹⁰⁹⁸. Cette attitude des juges est regrettable au nom de l'intérêt de l'enfant. Elle est d'autant critiquable que la dimension humanitaire de la question nécessitait un recours à la technique de l'adaptation¹⁰⁹⁹. Concrètement, cette technique, utilisée jadis pour faire produire des effets au mariage polygamique¹¹⁰⁰, devrait permettre aussi à la *kafala* de produire certains de ses effets. Par exemple, si le *makfoul* souhaite obtenir le respect par le *kafil* de son obligation d'entretien, serait-il à ce point choquant d'examiner la demande au regard de l'article 367 du Code civil ? Ou encore, le vœu

¹⁰⁹⁶ B. Bourdelois, « L'adoption internationale », *TCFDIP* 2000-2002, p. 151 ; B. Haftel, « Kafala : le fait de n'avoir aucune filiation n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant », notes sous Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, *AJF* 2011, p. 101.

¹⁰⁹⁷ http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/mediateur_ra_2010.pdf.

¹⁰⁹⁸ Voir CA Bordeaux, 7 déc. 2007, préc. CA Douai 30 juin 2005 préc. Sur la compétence de la loi française, en cas de retrait voir CA. Limoges 25 janvier. 2011 avec la très riche note de F. Marchadier, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 686.

¹⁰⁹⁹ Pour la technique voir D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, T1, 2^e éd., 2010, n° 478 et s.

¹¹⁰⁰ Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1980, *Rev. crit. DIP*, 1980, p. 331, note H. Batiffol.

d'assurer la concordance des noms du *makfoul* et du *kafil* ne pourrait-il être exaucé sur le fondement de l'article 363 du Code civil. Certes, l'un et l'autre concernent l'adoption simple, mais ils correspondent le mieux à l'intérêt de l'enfant et se rapprochent le plus de l'institution étrangère. D'autres situations pourraient peut-être révéler l'opportunité de se référer, ponctuellement et pour les besoins de la cause, à un aspect de la tutelle, de l'administration légale ou de l'intervention des tiers au sens des articles 373-3 et suivant du Code civil¹¹⁰¹. L'incertitude affectant la disposition applicable serait compensée par le respect des prévisions des parties fondées sur le droit étranger. L'adaptation substantielle de la loi du *for* corrigerait un rattachement manquant singulièrement de flexibilité¹¹⁰². L'accueil de la *kafala* nécessite ce complexe jeu de lego¹¹⁰³, c'est la seule manière de ne pas jeter l'enfant dans un vide juridique. Cette adaptation des effets de la *kafala* permet non seulement de respecter le principe de l'inadoptabilité de la loi nationale, mais aussi permet à l'intérêt de l'enfant de s'épanouir puisque l'intégralité des effets de la *kafala* pourra se déployer en France.

Dans l'hypothèse d'une institution étrangère sans équivalent dans l'ordre juridique français, il serait préférable de mettre en œuvre la loi étrangère quand elle ne soulève pas des difficultés particulières¹¹⁰⁴. Des nouvelles solutions pourraient être trouvées avec la récente entrée en vigueur de la convention de La Haye de 1996. L'article 15 §1 de cette convention pose comme principe la compétence de la loi de l'autorité de la résidence habituelle de l'enfant. Ce principe est assorti d'une atténuation puisque cette même autorité peut, dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert, appliquer ou prendre en considération la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit¹¹⁰⁵. Potentiellement, cette réserve restaure la pertinence de la loi nationale ou de la loi de situation des biens. Par exemple, la consultation de la loi nationale du mineur serait utile uniquement pour assurer la reconnaissance et la continuité de la protection, c'est-à-dire dans le cas où l'enfant est appelé à retourner à bref délai dans l'État dont il est ressortissant. C'est le cas de la *kafala* intrafamiliale, lorsque le mineur est élevé et éduqué en France et qu'il a vocation à retourner dans son pays d'origine.

¹¹⁰¹ F. Marchadier, notes sous CA de Limoges 25 janvier 2011, préc., p. 106.

¹¹⁰² *Ibidem*.

¹¹⁰³ M. Farge, « *Kafala* et adoption : un inattendu brevet de conventionalité accordé au système français », note sous l'arrêt Cour EDH Harroudj c/ France, 4 octobre 2012.

¹¹⁰⁴ P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé, op. cit.*, n° 261.

¹¹⁰⁵ Art. 15 §2 de la convention de la Haye, pour plus de détails V. P. Lagarde, « La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs », *Rev. crit. DIP.* 1997, p. 217. Adde, I. Barrière-Barrière, « L'enfant et les Conventions internationales », *JDI* 1996, p. 852.

Section 2- Les effets individuels reconnus à la *kafala* par le droit français

Au travers du développement précédent, il a été largement mis en évidence le constat de carence dans l'accueil de la *kafala* en tant qu'institution en raison de l'absence d'un concept équivalent dans le droit français. Bien que déconcertant à bien des égards, ce vide juridique se comprend dans la mesure où la *kafala* se justifie largement par des exigences propres au droit musulman et qui n'existent pas en droit français. Au-delà de l'interrogation sur sa possible conversion en adoption, la *kafala* interpelle certains juges autres que le juge civil auxquels on demande de lui faire produire certains effets. Et c'est à cette occasion que ces juges proposent des qualifications. L'absence de statut légal de la *kafala* en droit français permet à ces juges de l'accueillir suivant les impératifs liés à leur domaine de compétence. Ainsi le droit public, se prononçant sur le séjour dans le territoire français, ne prendra en compte la relation familiale issue de la *kafala* que sous l'angle des droits individuels octroyés à l'enfant, notamment l'entrée et le séjour en France. De même, le droit social se concentre essentiellement sur l'amélioration des conditions de vie de l'enfant et ne s'occupe guère de l'insertion de l'enfant dans sa famille d'accueil. Ce qui importe *in fine* pour ces branches du droit c'est moins la nature juridique de la *kafala* que les droits individuels pouvant en découler. Le droit administratif réserve un accueil plutôt favorable (§1), lorsque celui du droit social est mitigé (§2).

§1- L'accueil plutôt favorable du droit administratif

Le caractère exotique et complexe de la *kafala*¹¹⁰⁶ pose des sérieux problèmes d'interprétation au juge administratif, l'empêchant de formuler une jurisprudence stable quant aux effets à donner à un lien de *kafala* tissé suivant des procédures qui se sont déroulées dans des pays étrangers. Le cas de figure classique souvent traité par le juge administratif est le suivant : un *kafil* séjournant régulièrement sur le territoire français sollicite un visa pour son *makfoul* resté au pays. La *kafala* est donc invoquée soit pour bénéficier du regroupement familial ou d'un titre de séjour¹¹⁰⁷, soit plus rarement pour contester un arrêté de reconduite à la frontière, dans l'hypothèse où évidemment le *makfoul* serait majeur¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁶ P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs, op. cit.*, n° 372 et s.

¹¹⁰⁷ Makfoul présent en France, mais demeurant sans papier.

¹¹⁰⁸ Le mineur étranger, qui réside en France n'est pas obligé de posséder un titre de séjour. De ce fait, il ne peut faire l'objet d'une mesure d'éloignement en raison de sa situation irrégulière. Ainsi un étranger mineur ne peut être l'objet d'une expulsion en vertu de l'article L. 511-14 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers.

Comme la *kafala* est un concept étranger au milieu juridique français, le *makfoul* ne fait pas partie des membres de la famille qui sont appelés à bénéficier du regroupement familial en vertu de l'article L. 411-3¹¹⁰⁹ du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Le délicat problème de qualification de la *kafala* rencontré en droit civil interpelle aussi le juge administratif qui voit sa marge de manœuvre restreinte. Le traitement de la *kafala* se pose avec d'autant plus d'acuité pour les juridictions administratives qu'elles sont rarement confrontées aux litiges affectés d'un élément d'extranéité ou constitués à l'étranger¹¹¹⁰. A la question de savoir si la *kafala* peut fonder un lien de famille pour ouvrir droit au regroupement familial, la jurisprudence du Conseil d'État donne une réponse relevant de l'oscillation¹¹¹¹ (A). Néanmoins, lorsque la juridiction administrative accepte de lui faire produire des effets positifs au regard du droit au regroupement familial, elle use des notions standards du droit international (B).

A- L'oscillation de la jurisprudence du Conseil d'État

Pour le Conseil d'État toute la difficulté résidait dans la nature juridique de la *kafala* qui ne peut en effet être assimilée à une adoption, institution non reconnue par le droit musulman. En effet, la *kafala* renferme un paradoxe dans le sens où le lien de famille qu'elle crée sur le plan factuel est totalement nié par le droit. Dès la première affaire, le Conseil d'État a décidé que la délégation d'autorité parentale constitue la traduction la plus proche de la *kafala* dans l'ordre juridique français¹¹¹². Sur les conséquences à tirer de cette qualification, les juges du palais royal ont tergiversé notamment sur la question de savoir si le *kafil* avait l'habilitation à agir au nom du *makfoul* pour contester la légalité d'un acte juridique dont ce dernier est le destinataire. Dans une décision du 16 janvier 2004¹¹¹³, le Conseil d'État a jugé que le *kafil* n'avait pas la qualité pour agir au nom de *makfoul* à partir du moment où l'acte de *kafala* n'était pas revêtu de l'*exequatur*. Une décision du 5 décembre 2005¹¹¹⁴ a anéanti cette jurisprudence dans la mesure où cette fois-ci il est décidé que le *kafil* a intérêt à agir au nom du *makfoul*, dans le cadre d'un acte de *kafala* sans *exequatur*, lorsque l'authenticité du document n'est pas mise en cause. Une fois abandonnée, l'*exequatur* comme condition pour représenter le *makfoul*, le Conseil d'État en a fait à nouveau une exigence pour l'admission du regroupement familial. Il a en effet dit que « si la décision résultant

¹¹⁰⁹ En effet, cet article prévoit seulement ce bénéfice « pour les enfants mineurs de dix-huit ans du demandeur et ceux de son conjoint, qui sont confiés, selon le cas, à l'un ou l'autre, au titre de l'exercice de l'autorité parentale, en vertu d'une décision étrangère ».

¹¹¹⁰ O. Dubos, « La *kafala* et le juge administratif : court séjour au pays de l'insécurité juridique », *Dr fam.* 2009, dossier 4, p. 22.

¹¹¹¹ M.-C. Le Boursicot et A. Meier-Bourdeau, *L'enfant sujet de droit : filiation, patrimoine, protection*, éd. Lamy, 2010, p. 151.

¹¹¹² CE, 15 novembre 2000 n° 207694, CE, 30 juin 2003, n° 227844.

¹¹¹³ CE, 16 janvier 2004, n° 235310.

¹¹¹⁴ CE, 5 décembre 2005 n° 221774.

d'une procédure de kafala laisse aux autorités consulaires, saisies d'une demande de visa, une marge d'appréciation de l'intérêt de l'enfant, il en va différemment lorsqu'une telle demande s'appuie sur la décision définitive d'une juridiction française qui confie à un ressortissant français, avec autorité de la chose jugée, la délégation de l'autorité parentale sur un enfant dans les conditions définies par les articles 376 à 377-1 du Code civil ; que, dans ce cas en effet, et sous réserve d'éventuels motifs d'ordre public, l'intérêt de l'enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui a reçu du juge la délégation de l'autorité parentale »¹¹¹⁵.

Ainsi donc, à partir du moment où l'acte de *kafala* a fait l'objet d'une décision d'*exequatur*, il est assimilé à une délégation d'autorité parentale prononcée en France conformément aux articles 376 et suivants du Code civil. Par ailleurs, cette jurisprudence a été complétée par une autre décision du 29 février 2008 qui maintient la condition d'*exequatur*. Il est affirmé que généralement « *l'autorité consulaire dispose d'une large marge d'appréciation de l'intérêt d'un enfant de nationalité étrangère à se voir délivrer un visa d'entrée en France ; que, toutefois, il en va différemment lorsque (...) la demande de visa s'appuie sur la décision définitive d'une autorité française qui confie à un ressortissant français ou étranger la délégation de l'autorité parentale sur un enfant ou prononce son adoption, enfin la demande repose sur un acte d'état civil étranger ou une décision définitive d'une juridiction étrangère ayant l'un ou l'autre de ces objets, pour autant que ces actes ou jugements aient été soumis dans l'ordre juridique français à une procédure de transcription ou à une mesure d'exequatur »¹¹¹⁶. Cette jurisprudence serait discriminatoire si le *kafil* étranger disposant d'une d'un acte de *kafala* revêtu de l'*exequatur* n'était pas traité de la même façon que les nationaux français disposant d'une délégation sur le fondement des articles 376 et suivant du Code civil. Dans la même année, le Conseil d'État renforce ses exigences les hypothèses dans lesquelles un enfant recueilli en *kafala* peut bénéficier d'un regroupement familial¹¹¹⁷. Outre l'exigence d'une décision des juridictions française déléguant l'autorité parentale, le juge ajoute l'approbation du préfet à la démarche du regroupement familial et la nécessité d'un *exequatur* lorsque la *kafala* a été prononcé par un juge étranger.*

La condition de l'*exequatur* sera finalement abandonnée par le Conseil d'État dans une décision du 21 juin 2010¹¹¹⁸. Il affirme que le *kafil* disposait sur son neveu « *en vertu d'un acte de kafala homologué par un jugement (marocain), d'une délégation d'autorité parentale, exécutoire de plein droit en France* ». La suppression de la condition de l'*exequatur* est conforme au vieux principe judiciaire de l'efficacité *de plano* des décisions étrangères relatives au statut personnel¹¹¹⁹.

¹¹¹⁵ CE, 27 mai 2005, n° 280612, *Touria A.*

¹¹¹⁶ CE, 29 février. 2008, n° 2900871, *Fathia A.*

¹¹¹⁷ CE, 18 avril. 2008, n° 295404, publié au recueil Lebon.

¹¹¹⁸ CE, 21 juin 2010, n° 335035.

¹¹¹⁹ Ch. Req., 3 mars 1930, Hainard, *JCP.* 1930. I, p. 377 note J.-P. Niboyet.

Toutefois, il existe une autre décision, rendue en 2005 et qui déroge à la qualification de délégation d'autorité parentale puisque le juge administratif semble confondre la *kafala* avec l'adoption. Il affirme que de par la *kafala* prononcée à l'étranger « *l'enfant doit être regardé comme ayant fait l'objet d'une adoption, au sens, des dispositions applicables en France* »¹¹²⁰. Cette position isolée privilégie une équivalence fonctionnelle de l'adoption et de la *kafala* et ne constitue en rien une assimilation totale puisque le juge administratif a déjà dit que la *kafala*, comme acte juridique, contrairement à l'adoption, ne produit aucun effet intrinsèque en matière de droit au séjour¹¹²¹. Sa raison d'être tient au fait que le défendeur, le consul de France au Maroc avait refusé un visa et s'était fondé sur un raisonnement conflictuel au terme duquel il avait fait le constat que la loi marocaine interdisait l'adoption et que par voie de conséquence aucun regroupement familial n'était possible. En réalité, la réponse du Conseil d'État sur la qualification de la *kafala* est constante et sans ambiguïté, pour lui « *l'acte de kafala, à la différence de l'adoption, ne crée aucun lien de filiation et s'apparente à un simple transfert de l'autorité parentale, n'emporte aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français* »¹¹²².

L'assimilation fonctionnelle de la *kafala* et de l'adoption est particulièrement importante¹¹²³ et permet d'appréhender la complexité de la *kafala*. Elle permet de distinguer la *kafala* comme substitut à l'adoption qui concerne les enfants abandonnées de la *kafala* adoulaire permettant de prendre en charge un enfant dont les parents sont vivants et qui n'est pas forcément dans le besoin. Il est connu que dans l'hypothèse de la *kafala* judiciaire, le lien de famille est beaucoup plus caractérisé que dans le cadre de la *kafala* adoulaire puisque l'enfant ne dispose pas d'autres attaches familiales que son *kafil*. Reconnaître l'identité de fonction entre *kafala* et adoption conduit à considérer le *makfoul* comme un adopté et par conséquent à faciliter son accès au territoire français. Dans une récente affaire¹¹²⁴, le Conseil d'État semble abonder dans ce sens puisqu'il refuse le bénéfice du regroupement familial à un enfant ayant fait l'objet d'une *kafala* adoulaire. Il fait remarquer dans la foulée que la *kafala* notariale ne concerne pas les enfants sans famille ou ceux dont les parents sont dans l'incapacité de subvenir à leurs besoins. Pour le Conseil d'État, le rôle du juge dans ce type de *kafala* se limite à l'homologation qu'il donne à l'acte dressé devant notaire. Par ailleurs, il met en évidence à juste titre que la *kafala* adoulaire renferme des situations diverses et a des effets variables sur l'autorité parentale. Par conséquent, un lien de famille ne doit pas être reconnu de façon systématique par le juge qui doit prendre en compte un faisceau des faits.

Il faut noter *in fine* que l'accueil réservé par la jurisprudence administrative à la *kafala* est plutôt satisfaisant malgré son caractère volatil. D'une certaine façon, il peut être affirmé que le Conseil d'État est pragmatique lorsque la Cour de cassation est dogmatique. En droit administratif il

¹¹²⁰ CE, 8 juin 2005, n° 221774, *Mohamed A.* Voir aussi dans le même sens CE, 5 avr. 2002, n° 225247, *Belkebir*.

¹¹²¹ O. Dubos, « La kafala et le juge administratif... », art. préc., p. 22.

¹¹²² CE, 27 juin 2008, n° 291561.

¹¹²³ P. Murat, « Le refus de la transformation en adoption », art. préc., n° 5.

¹¹²⁴ CE, 22 février. 2013, n° 330211.

n'existe aucune règle contraignante, une préférence nette est donnée à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. Le recours aux notions standards, par nature indéfinissables permet de vérifier si l'acte *kafala* reflète une réelle vie de famille.

B- L'usage des notions standards pour accueillir la *kafala*

Peut-on considérer la *kafala* musulmane comme fondant un lien de famille ? En l'occurrence, la réponse à cette question conditionnait l'application du droit au regroupement familial que les articles 15 et 29 combinés de l'ordonnance du 2 novembre 1945 réservent aux enfants ayant une filiation légalement établie. Or, il est acquis que la *kafala* ne crée nullement une filiation malgré la communauté de fonction qu'elle peut avoir dans certains cas avec l'adoption¹¹²⁵. Le Conseil d'État disposait en effet de deux options : développer une conception restrictive du lien familial en considérant qu'il est exclusivement une émanation de la filiation ou au contraire prendre en compte le lien familial de fait fondé aussi sur l'exercice de l'autorité parentale. La deuxième branche de l'alternative a eu la préférence du Conseil d'État. Toutefois, la *kafala* n'a vocation à permettre le regroupement familial que pour autant que le lien de famille qui en découle est sans équivoque. L'authenticité de ce lien est vérifiée à travers les deux standards du droit international que sont le droit au respect de la vie familiale (1) et l'intérêt de l'enfant (2).

1- Le droit au respect de la vie familiale

La *kafala* est un moyen de créer une vie de famille puisque sa raison d'être est de suppléer à l'absence d'adoption. Toutefois, elle ne saurait être confondue avec l'adoption parce que la *kafala* ne permet que l'instauration d'une famille nourricière. La confusion avec l'adoption aurait pour inconvénient une dénaturation du droit musulman avec comme conséquence une vulnérabilité de l'ordre juridique français aux *kafala* frauduleuse¹¹²⁶. De même que l'objectif de maîtrise des flux migratoires poursuivie par le Code de l'entrée et du séjour des étrangers serait malmené. L'absence de filiation fictive dans la *kafala* posait la question de son accueil au titre du regroupement familial. Légalement, il ne saurait y avoir de regroupement familial, car la loi n'envisage pas expressément la *kafala* comme un lien permettant le regroupement familial. Dès lors, sa consécration comme moyen

¹¹²⁵ M. Farge et N. Taouli, « Le regroupement familial : l'article 8 de la convention EDH au service de la reconnaissance de la *kafala* », note sous CE, 24 mars 2004, *Dr fam.* 2004, comm. 170.

¹¹²⁶ Sur le spectre de la *kafala* frauduleuse voir la très éclairante note de M. Farge, « La lutte contre la *kafala* de complaisance met en exergue la dualité de finalités de l'institution étrangère en France », note sous CE, 13 juillet 2010, *Dr fam.* 2010, comm. 160.

de regroupement familial ne pourrait venir que d'une décision jurisprudentielle qui aurait recours à l'article 8 de la Convention européenne de droit de l'homme. Certaines cours d'appel avaient fermé la porte à cette possibilité. Par exemple, la Cour d'appel de Lyon avait estimé qu'eu regard à la nature juridique de la *kafala*, il n'était pas possible de se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la convention européenne de droits de l'Homme¹¹²⁷. La Cour d'appel de Douai quant à elle s'était prononcée de façon moins tranchée puisque pour elle il était possible de se prévaloir de l'article 8. Néanmoins, elle s'était refusée à reconnaître le bénéfice de l'article 8 dans l'espèce qui lui était soumise en raison du fait que « *nonobstant la circonstance que l'enfant vécut au foyer de M. et Mme Boussen depuis l'âge de quatre ans, il ne ressort pas des pièces du dossier, eu égard notamment au jeune âge de l'enfant à la date de la décision attaquée que cette dernière ait porté une atteinte disproportionnée au droit des intéressés au respect de leur vie familiale* »¹¹²⁸.

Interrogé sur l'accueil de la *kafala* au titre de l'article 8 de la Convention EDH, le Conseil d'État, dans deux décisions remarquées du 24 mars 2004, s'est montré magnanime en jugeant que la *kafala* pouvait fonder un droit au respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 de la convention EDH¹¹²⁹. L'autorité administrative ne peut refuser une demande de regroupement familial en se fondant uniquement sur l'existence d'un simple lien établi par une procédure de *kafala*. Comme la Cour européenne de droit l'Homme, les juges du palais royal s'appuient sur la notion large de vie privée et vie familiale, en refusant de distinguer les deux droits¹¹³⁰. De surcroît, dans la définition de la notion, le Conseil d'État se conforme à la jurisprudence de la Cour européenne de droit de l'homme dans la mesure où il ne limite pas la vie familiale à l'existence d'un lien biologique ou juridique. Il appréhende cette notion dans sa dimension sociologique en insistant sur la réalité des relations qui unissent les intéressés¹¹³¹.

Toutefois, il faut noter que la *kafala* en elle-même ne permet pas l'accès au regroupement familial. La jurisprudence du Conseil d'État exige que le lien de *kafala* soit corroboré par une vie familiale effective et une intégration dans le pays d'accueil. Dans l'affaire *Boulouida*, le Conseil d'État prend soin de préciser que la situation des requérants ne leur permet pas « d'envisager des séjours réguliers au Maroc (...) ni un retour définitif dans leur pays d'origine ». En outre, l'enfant n'a plus aucune attache au Maroc. Ainsi, la vie familiale ne peut s'établir que dans le pays d'accueil. De plus, les juges mettent en évidence, à juste titre, que la *kafala* était le seul lien juridique envisageable entre le couple stérile et l'enfant, la loi nationale de tous les intéressés interdisant l'adoption¹¹³². Dans l'arrêt *Dra*, rendu le même jour que l'arrêt *Boulouida*, il rappelle aussi que les requérants

¹¹²⁷ CAA Lyon, 27 décembre 2001, n° 99LY1863, Merabet.

¹¹²⁸ CAA Douai, 6 décembre 2001, n° 01DA00874, Boussen.

¹¹²⁹ CE, 24 mars 2004, min. Aff. Soc. Du travail et de la solidarité c/ Boulouida : Juris-Data n° 2004-066710 : AJDA 2004, p. 1425, note A.-M. Tournepiche, CE, 24 mars 2004, n° 220434, M. et Mme Dra.

¹¹³⁰ V. M. Levinet, « L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1999, n° spécial, p. 109-111.

¹¹³¹ M. Farge et N. Taouli, « Le regroupement familial... », note préc.

¹¹³² *Idem*.

s'étaient vu reconnaître la qualité de tuteur et de subrogé-tuteur par le juge des tutelles du tribunal d'instance français. Dans cette affaire aussi, la *kafala* correspondait à une vie de famille normale enracinée dans le pays d'accueil.

Le critère décisif par-dessus tout semble l'existence ou non pour l'enfant d'une famille biologique. Pour les orphelins¹¹³³ ou les enfants dont les parents sont dans l'incapacité financière de les prendre en charge¹¹³⁴, le juge considère que la décision de refus porte atteinte à l'article 8. Pour les ressortissants français, le juge tient compte de l'existence d'un agrément en vue de l'adoption.

2- Le regroupement familial dans l'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt de l'enfant est une notion vague et générale¹¹³⁵, elle peut dissimuler, en effet, des intérêts autres que celui de l'enfant. Ainsi en droit des étrangers, l'administration risque de déterminer cet intérêt en prenant en considération l'objectif de maîtrise des flux migratoires. Elle décidera alors fréquemment que l'intérêt de l'enfant est de demeurer dans son pays d'origine ; ce faisant, elle substituera son appréciation à celle des parents ou/et du juge étranger qui ont confié l'enfant à un *kafil* français ou résidant en France parce qu'ils estimaient que son meilleur intérêt était d'être élevé en France¹¹³⁶.

Le premier avenant du 22 décembre 1985 à l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, avait stipulé que « *les membres de la famille s'entendent du conjoint d'un ressortissant algérien, de ses enfants mineurs ainsi que des enfants de moins de dix-huit ans dont il a juridiquement la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne* ». Comme on le voit, cet accord permettait au *makfoul* de bénéficier du regroupement familial comme un enfant légitime. Cette donne a changé depuis la signature du troisième avenant du 11 juillet 2001 de ce même accord qui ajoute pour le droit au regroupement du *makfoul* la condition de « l'intérêt de l'enfant ». Le droit au regroupement familial de l'enfant recueilli par *kafala* n'est pas automatique et dépend entièrement de son intérêt. Cet intérêt étant apprécié par les autorités administratives françaises. La nature particulièrement floue de cette notion donne à ces dernières un large pouvoir d'appréciation. Ce procédé permet de maîtriser correctement l'immigration clandestine, car la *kafala* peut parfaitement se muer en un outil de fraude.

Pour éviter cette instrumentalisation de l'intérêt de l'enfant, le Conseil d'État tente tant bien que mal de poser des règles claires. Ainsi, le juge administratif a décidé que « *l'intérêt d'un enfant est,*

¹¹³³ CE, 16 janvier 2006, n° 274934.

¹¹³⁴ CE, 17 décembre 2004, n°242192.

¹¹³⁵ J. Hauser, « Le temps et la filiation : kafala et intérêt de l'enfant », *RTDciv*, 2009, p. 308.

¹¹³⁶ M. Farge, note ss CE 13 juillet 2010, préc.

en principe, de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision de justice qui produit des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale »¹¹³⁷. De cette affirmation le Conseil d'État déduit la règle selon laquelle le visa, permettant au *makfoul* de rejoindre en France son *kafil* titulaire de l'autorité parentale, ne saurait être refusé « pour un motif tiré de ce que l'intérêt de l'enfant serait au contraire de demeurer auprès de ses parents ou d'autres membres de sa famille ». Cet accueil favorable réservé à la *kafala* est toutefois assorti d'une limite qui tient à ce que l'administration peut refuser le visa en se fondant, « non seulement sur l'atteinte à l'ordre public qui pourrait résulter de l'accès de l'enfant au territoire national, mais aussi sur le motif tiré de ce que les conditions d'accueil de celui-ci en France seraient, compte tenu notamment des ressources et des conditions de logement du titulaire de l'autorité parentale, contraires à son intérêt ». Le juge administratif veille particulièrement à ce que les décisions administratives appliquent scrupuleusement ces deux critères. Le Conseil d'État a censuré une décision d'une cour d'appel administratif en ce qu'elle s'était appuyé sur un motif étranger à l'ordre public, tiré de ce qu'il était dans l'intérêt supérieur de l'enfant de demeurer auprès de ses parents en Algérie¹¹³⁸.

Toutefois, il arrive que le Conseil d'État valide un refus de visas dans le cadre d'une *kafala* sans se fonder sur les motifs de contrariété à l'ordre public ou insuffisance des ressources du *kafil*. Tel est le cas lorsque la *Kafala* paraît uniquement destinée à accéder au territoire français. Pour révéler l'existence de la *kafala* blanche, le Conseil d'État se livre à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. Par exemple dans une affaire en date 25 juin 2010¹¹³⁹, il s'appuie sur le fait le *makfoul* proche de la majorité est confié à son frère majeur de nationalité française alors qu'il était scolarisé en Algérie où il avait toujours vécu avec ses parents. L'âge du *makfoul* ajouté au constat que la *kafala* a été fraîchement constituée est pour l'Administration un sérieux indice de détournement de l'institution étrangère à des fins migratoires.

Coincé entre un droit national peu accueillant et un droit de l'homme par nature flou, le juge administratif tente de trouver un équilibre. Cet équilibre est trouvé grâce à l'interprétation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, un parfait outil de coordination entre intérêt étatique et intérêt de l'enfant.

§2- Un accueil mitigé en droit social

Définie comme l'engagement de prendre en charge matériellement et moralement un enfant, la *kafala* suppose des dépenses d'entretien. À ce titre, elle interroge le droit social dont la finalité est de garantir les travailleurs et leur famille contre les risques susceptibles de réduire leur capacité de

¹¹³⁷ CE, 28 décembre 2007, n° 304202.

¹¹³⁸ CE, 29 décembre. 2006 : Juris-Data n° 2006-071292.

¹¹³⁹ CE, 25 juin 2010, n° 315098.

travail ou de gain, couvrir les charges de maternité, de paternité et de famille. Cette volonté d'améliorer la condition matérielle de l'homme incite à prendre en compte le maximum de situation de misère, quel que soit le lien de parenté qui existe entre ceux qui partagent un même foyer¹¹⁴⁰. A priori, l'absence d'une exigence forte sur le lien de famille laisse présager un accueil favorable pour la *kafala*. Cela étant, il faut mettre en évidence que dans le même temps, la protection sociale est influencée par des impératifs extérieurs qui sont de deux ordres. D'une part, les contraintes financières consécutives à la crise économique actuelle obligent à réduire le cercle des bénéficiaires de l'aide sociale pour ne pas augmenter les déficits des comptes sociaux. D'autre part, la politique migratoire impose à la sécurité sociale une certaine discipline puisque les prestations sociales accordées sans considération de nationalité¹¹⁴¹ sont vues comme une cause de l'immigration vers la France.

Bien que généreux dans ses principes, le droit de la sécurité sociale est rattrapé par des considérations pratiques : limiter les dépenses et empêcher une attribution trop large des prestations qui favoriserait l'augmentation des bénéficiaires¹¹⁴². Par ailleurs, certaines structures familiales musulmanes, notamment la polygamie et l'adoption sans filiation, posent aussi des difficultés particulières. Le droit social a pu s'adapter auparavant au mariage polygamique en ne reconnaissant des droits qu'à une seule épouse sauf pour les droits accordés en raison du décès comme la pension de réversion qui se partagent entre les épouses¹¹⁴³. Pour la *kafala*, le problème réside dans l'absence de lien filiation entre le *kafil* et le *makfoul*. Néanmoins, ce défaut de lien juridique de famille ne constitue pas un obstacle en soi vu l'aptitude du droit social à connaître des situations de fait. Ainsi l'enfant recueilli par *kafala* peut comme ayant droit ouvrir des droits à celui qui l'a recueilli. Par conséquent, les règles de la protection sociale sont apparemment favorables à l'accueil de la *kafala* (A). Cela étant dit, il apparaît que les conditions posées sont en réalité défavorables à un accueil serein de la *kafala* (B).

A- Un droit apparemment favorable à l'accueil de la *kafala*

Le lien familial ne constitue pas une référence *sine qua non* de la protection sociale. S'il est en effet vrai que certaines prestations sont attribuées sur le fondement d'une relation familiale, d'autres sont en réalité justifiées par des éléments d'ordre affectif et économique synthétisés dans la notion de

¹¹⁴⁰ M. Badel, *Le droit social à l'épreuve du revenu du revenu minimum d'insertion*, Presse universitaire de Bordeaux, 1996, p. 504.

¹¹⁴¹ K. Michelet, *Les droits sociaux des étrangers*, préf. Michel Borgetto, L'Harmattan, 2002, p. 57.

¹¹⁴² M. Badel et O. Pujolar, « *Kafala* et droits sociaux », *Dr. fam.* 2009, étude 5.

¹¹⁴³ V. F. Monèger, « Familles et prestations sociales dans les relations franco-algériennes », *Rev. Dr. sanit. et soc.* 2003.

charge¹¹⁴⁴. Pour réussir sa mission d'aide aux plus démunis, le droit social à recours à des notions spécifiques qui permettent d'élargir la protection sociale à des personnes qui ont seulement une relation de fait avec l'assuré. Il s'agit de la notion « d'enfant à charge » (1) dont le but est de protéger les enfants dont l'assuré a la charge et celle de foyer qui assure au bénéficiaire une prestation à raison de la composition de son foyer (2).

1- La notion d'enfant à charge

Ne nécessitant pas l'existence d'un lien de famille, la notion de charge permet au droit social de prendre en compte certaines situations de fait comme la relation entre un beau parent et l'enfant de son conjoint. A travers la notion « d'enfant à charge », le droit social accorde une place importante à l'enfant¹¹⁴⁵. Elle découle du concept plus global de « personne à charge » utilisé par plusieurs branches de la sécurité sociale. Il en va ainsi de la branche où elle est exigée pour tous les ayants droit quel que soit leur lien avec l'assuré, dans la branche vieillesse pour les enfants entraînant la majoration de durée d'assurance, et dans la branche famille où les prestations sont versées pour les seuls enfants à charge de l'allocataire¹¹⁴⁶. C'est l'existence d'une communauté de vie que le droit social va venir soutenir. Il prendra ainsi en compte la présence de tous les enfants à charge présents au foyer. Il en va ainsi, par exemple, pour l'allocation personnalisée au logement pour le calcul de laquelle sera pris en compte le nombre d'enfants à charge, permettant ainsi d'attribuer une aide plus importante. Pour d'autres allocations, c'est le nombre d'enfants à charge qui permettra l'ouverture des droits. C'est le cas des allocations familiales qui ne seront versées qu'à partir de l'arrivée du deuxième enfant à charge. De la sorte, la finalité du droit social est d'encourager la prise en charge d'enfants. A cet égard, l'identité d'esprit entre le droit social et l'institution de la *kafala* est patente et favorise l'accueil de cette dernière. Le droit social ne serait rien d'autre qu'une *kafala* indirecte et collective. Ces allocations permettent d'atténuer les charges financières liées à l'éducation et à l'entretien de l'enfant.

C'est aussi dans les assurances sociales que l'assuré social a intérêt à prouver qu'un enfant est à sa charge. Pour l'assurance maladie, en vertu de l'article L 313-3 du code de la sécurité sociale, seront couverts tous les enfants à charge de l'assuré ou de son conjoint. Cette notion d'enfant à charge est essentielle¹¹⁴⁷. Les conditions exigées pour accéder à ce statut ne sont nullement contraignantes : aucun lien de droit entre l'enfant et l'adulte qui le prend en charge n'est demandé, de même qu'il n'est pas nécessaire de prouver l'existence d'une obligation alimentaire. Dans le cadre d'une *kafala*,

¹¹⁴⁴ M. Badel et O. Pujolar, « Kafala et droits sociaux », art. préc., n° 9.

¹¹⁴⁵ V. Zalewski, *Familles, devoirs et gratuité*, éd. L'Harmattan, 2004, p. 178.

¹¹⁴⁶ M. Rebourg, « La notion d'enfant à charge dans les familles recomposées », *Rev. Dr. sanit. Soc.* 1998, p. 402.

¹¹⁴⁷ Sur cette notion V. S. Betant-Robert, « La notion d'enfant à charge dans le droit des prestations familiales », *Rev. Dr. Sanit. Soc.* 1991, p. 123. J. Hauser « Prestations familiales et modèles sociaux », *Rev. Dr. Sanit. Soc.* 1994, p. 633.

il n'y a en principe aucun obstacle à ce qu'un *kafil* puisse bénéficier de l'ensemble de ces prestations¹¹⁴⁸. Ce rôle extensif du droit social permet de prendre en compte les situations d'assistance sans droits¹¹⁴⁹.

Par ailleurs, le droit social exige que la charge de l'enfant soit effective et permanente pour que l'enfant soit reconnu comme un enfant à charge. La prise en charge doit être non seulement économique, mais aussi éducative et affective¹¹⁵⁰. Il faut comprendre par là que la seule prise en charge financière sera insuffisante. La relation entre l'adulte et l'enfant doit donc être dotée d'un minimum de stabilité.

De son côté, la Cour de cassation a choisi une conception large de la notion de charge, estimant que rien ne justifie la concordance entre la charge et l'obligation alimentaire requise par les autorités de tutelle¹¹⁵¹. Elle a considéré que l'obligation alimentaire et la résidence n'étaient pas des conditions pour établir l'existence d'une charge. La notion d'enfant à charge est donc une notion qui repose à la fois sur des éléments matériels et financiers et sur la responsabilité affective et éducative de l'enfant¹¹⁵². Cette position souple choisie par la cour de cassation permet d'octroyer des allocations alors que l'enfant est simplement recueilli au titre d'un parrainage¹¹⁵³. Ainsi *a fortiori* les allocations familiales peuvent être versées pour un enfant étranger confié temporairement par ses parents algériens et restés en Algérie à une assurée sociale résidant en France¹¹⁵⁴.

2- La notion de foyer

A l'instar du droit fiscal où elle sert à calculer l'impôt sur le revenu, la notion de foyer est utilisée par le droit social. Le foyer est le lieu de vie d'un groupe de personnes qui se partagent le même toit abstraction faite de leur lien de parenté. Le droit a recours à cette notion soit pour reconnaître de droit, soit au contraire pour imposer des obligations. Avant le décret du 13 janvier 1986¹¹⁵⁵, le congé de naissance ou d'adoption était réservé pour tout salarié lors de la naissance ou de l'adoption d'un enfant. Le terme était compris restrictivement puisque n'était pris en compte que le foyer légitime. Aujourd'hui, la référence au foyer intervient surtout pour les prestations sous condition de ressources. Les personnes qui se partagent le foyer ainsi que leurs ressources sont prises en compte

¹¹⁴⁸ La Cour d'appel de Bordeaux a estimé, par ailleurs, que « *malgré l'absence de tout lien de filiation biologique comme de toute délégation de l'autorité parentale par une autorité française à cette époque, Driss X a assumé (...) la charge effective et permanente des deux enfants marocains* », CA Bordeaux, 22 mai 2008, n° 07 03589.

¹¹⁴⁹ R. Théry, « Les personnes à charge et le droit de la famille », *JCP* 1948, I, 739.

¹¹⁵⁰ V. Zaleski, *Familles, devoirs et gratuité*, *op. cit.*, p. 178.

¹¹⁵¹ Cass. soc., 25 novembre 1993, *RJS* 1994, n° 187, Cass., soc., 31 mars 1994 : *RJS* 1994, n° 911.

¹¹⁵² A. Devers, note sous 1ère civ. 11 juin 2009, *Dr. fam.* 2009, comm. 118.

¹¹⁵³ Cass. soc., 5 mai 1995, n° 92-13230 inédit.

¹¹⁵⁴ Cass. soc., 21 janvier 1994, CPAM du haut-Vivarais c/ dame Y. Bull. civ., n° 36.

¹¹⁵⁵ Décret n° 86-68 du 13 janvier 1986 relatif aux positions de détachement, hors cadre, de disponibilité, de congé parental des fonctionnaires territoriaux et à l'intégration.

pour évaluer de façon globale les besoins du demandeur pour voir si sa demande d'aide est fondée. Par conséquent, la composition du foyer, c'est-à-dire le nombre de personnes à charge, sera directement prise en compte pour définir de façon précise le montant de la prestation qui sera versé au demandeur d'aide. Ce qui implique que plus le foyer est composé de personnes à charge et plus l'argent versé sera conséquente. Parallèlement, le droit social a mis en avant une acception large de la notion de foyer ne se limitant pas au mariage, mais qui concerne aussi toute forme de vie en communauté. Compte tenu de cette orientation et de la place centrale accordée à la personne à charge pour la définition du foyer, il semble naturel que l'enfant accueilli par *kafala* soit pris en compte pour arrêter la composition du foyer, d'autant que concernant les enfants à charge¹¹⁵⁶, le Code de l'action sociale et des familles se réfère aux « enfants ouvrant droit aux prestations familiales »¹¹⁵⁷.

B- Un accueil en réalité conditionné

Dans le développement précédent, on vient de voir que les conditions générales pour bénéficier des différentes prestations offertes par la sécurité sociale ne posent pas des difficultés particulières aux personnes concernées par la *kafala*. En revanche, il existe certaines prestations exclusivement réservées aux personnes ayant un lien de famille. De ce fait, le défaut de lien familial juridiquement établi empêche la *kafala* d'ouvrir droit à ces types de prestations (1). L'exigence de ce lien familial est un obstacle à la prise en compte de *kafala*. De plus, même lorsque le lien de famille n'est pas nécessaire, la prise en compte de la *kafala* est conditionnée à la régularité de séjour (2).

1- Le lien de famille comme obstacle à la prise en compte de la kafala

S'il est certain que la *kafala* ne fait pas naître une relation juridique de famille, il ne peut être nié qu'elle noue indéniablement un lien sur le plan affectif. Elle se présente comme une sorte « d'entre-deux », à mi-chemin entre le familial et le non familial¹¹⁵⁸. Par ailleurs, il faut garder à l'esprit qu'elle est naturalisée en France comme délégation d'autorité parentale et non comme une adoption, et cela dans tous les domaines. A ce titre elle ne peut être prise en compte lorsque la preuve d'un lien de famille est exigée. Certains droits sont en réalité liés à l'institution familiale : mariage, filiation et ascendance apparaissant dans le Code de la sécurité sociale comme des causes majeures

¹¹⁵⁶ M. Badel et O. Pujolar, « Kafala et droits sociaux », art. préc., n°13.

¹¹⁵⁷ Art. R262-2 du Code de l'action sociale et des familles.

¹¹⁵⁸ M. Badel et O. Pujolar, « Kafala et droits sociaux », art. préc., n°4.

d'attribution des droits dérivés. Il en est ainsi des prestations qui sont liées à la naissance ou à l'adoption comme le congé de paternité. Ce congé nécessite un lien de filiation et ne peut de ce fait profiter à la compagne de la mère ou encore moins au *kafil* en raison de la *kafala*. Il en est de même pour l'allocation de parent isolé, versée sous condition de ressources au père ou à la mère qui élève seule un enfant.

Pareillement au congé de paternité, le congé d'adoption reconnu uniquement à la personne qui recueille l'enfant ne profite pas au *kafil* qui n'a pas de lien de filiation avec l'enfant. La reconnaissance d'une certaine équivalence de fonction entre adoption et *kafala* devrait permettre d'accorder le congé de paternité pour le *kafil* du moins pour la *kafala* judiciaire. Ce raisonnement est pertinent dans le sens où la raison d'être de la *kafala* ne tient que par la prohibition de l'adoption. Il a été adopté par le tribunal des affaires de la sécurité sociale de Valence¹¹⁵⁹ qui a étendu au *kafil* le bénéfice de l'allocation de la prestation d'accueil du jeune enfant. Les articles. L. 512-4, L. 531-1 et L. 531-3 du Code de la Sécurité sociale subordonnent le droit aux prestations familiales qu'ils prévoient à l'adoption d'un enfant ou à son accueil en vue de l'adoption. En effet, l'article L. 531-1 dispose en son premier alinéa que l'allocation de base L. 512-4, L. 531-1 et L. 531-3 du Code de la Sécurité sociale est servie à compter de la naissance, mais il précise dans son deuxième alinéa que cette allocation est « versée à compter de la date de l'arrivée au foyer, pour chaque enfant adopté ou confié en vue d'adoption ». Il ajoute que « dans ce cas, elle est versée même si l'enfant a un âge supérieur à l'âge limite mentionné au premier alinéa de l'article L. 531-1 », c'est-à-dire trois ans, et encore que « la durée de versement de l'allocation est égale à celle définie à l'alinéa précédent », c'est-à-dire ici encore trois ans. Dans l'affaire valentinoise, la caisse d'allocations familiales avait accordé la prestation pour l'accueil de jeune jusqu' à ce que l'enfant ait atteint trois ans. Elle a refusé de servir au-delà de cet âge parce que la *kafala* n'est pas une adoption. Devant ce refus le *kafil* a saisi le tribunal des affaires de la sécurité sociale. Ce dernier a accédé à la demande du *kafil* avec un motif imparable, mais qui malheureusement n'a pas trouvé grâce devant la Cour de cassation. Il a en effet fait valoir la proximité de fonction de la *kafala* et de l'adoption pour en tirer la conclusion que l'allocation était due au *kafil*. La Cour de cassation l'a censuré dans une décision du 11 juin 2009¹¹⁶⁰ en estimant que « l'enfant n'ayant été ni adoptée par l'intéressé ni confiée à celui-ci en vue de son adoption, les conditions de versement de l'allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant pendant une durée de trois ans à compter de son arrivée au foyer n'étaient donc pas réunies ». Cette décision est regrettable au regard de la finalité de lutte contre la pauvreté qui est celle de la sécurité sociale. Il n'y avait pas besoin de suivre la lettre de l'article 531-1 puisque son interprétation à la lumière de l'intérêt de l'enfant aurait facilité l'intégration de la *kafala*.

¹¹⁵⁹ Tribunal des affaires de la sécurité de Valence, jugement du 21 mars 2008.

¹¹⁶⁰ Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, *Dr. fam.* 2009, note A. Devers, préc., *Dr. soc.* 2009, p. 1144, note J.-P. Laborde, *Rev. Dr. sanit. soc.* 2009, p. 770, note T. Tauran.

2- L'exigence de la régularité du séjour

Pendant longtemps, les politiques migratoires n'influençaient nullement le droit de la sécurité sociale puisque sa finalité consistait à améliorer la condition de vie matérielle des ménages les moins aisés. Très vite, la sévérité de la politique migratoire constatée ces dernières années a eu un impact dans le droit social¹¹⁶¹. En réalité, il était reproché au droit social son laxisme quant à l'octroi des prestations sociales qui favorisait la venue des sans-papiers sur le territoire français. Le législateur est intervenu pour durcir les conditions d'octroi de ces prestations. Ainsi la loi du 29 décembre 1986 relative à la famille a introduit dans l'article L 512-2 du Code la sécurité sociale la condition de régularité du séjour aussi bien pour l'allocataire que pour l'enfant à charge. L'enfant, comme la personne, de l'allocataire doivent justifier de la régularité de leur séjour sur le territoire français. Ce dispositif a été complété par la loi Pasqua du 24 août 1993 qui a encore renforcé la sévérité de l'exigence de la double régularité en l'élargissant à l'ensemble des prestations de la sécurité sociale. Pour que l'enfant pris en charge dans le cadre d'une *kafala* puisse bénéficier des prestations sociales, son séjour doit être régulier. Il y a cependant une exception puisque l'étranger mineur a droit aux prestations de l'assurance maladie, maternité et décès dès lors que son preneur en charge est dans une situation régulière.

Concernant, les prestations sociales, l'article 512-2 du code de la sécurité sociale prévoit que « *bénéficiaire [...] de plein droit des prestations familiales [...] les étrangers non ressortissants d'un État membre de la Communauté européenne, d'un autre État parti à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse, titulaires d'un titre exigé d'eux [...] pour résider régulièrement en France [...]* ». Pour les mineurs qui sont à la charge des personnes mentionnées dans cet article, ils doivent être nés en France ou rentrer dans le cadre du regroupement familial. Cette exigence de régularité de séjour pour l'enfant a été considérée comme sévère par la Cour de cassation qui a voulu la supprimer dans une décision du 16 avril 2004. La Cour s'est fondée sur les articles 8 et 14 de la CEDH pour écarter la condition de régularité de séjour pour les enfants dont les parents sont en situation régulière. Cette jurisprudence humaniste a été contredite par la loi de financement de la sécurité sociale qui dans son article 89 renouvelle la condition de la double régularité de l'enfant et de ses parents posée par l'article 512-2 du code de la sécurité sociale. Au final, le *makfoul* ne bénéficiera de la sécurité sociale que s'il est entré en France dans le cadre du regroupement familial.

¹¹⁶¹ Sur le lien entre politique migratoire et droit social voir notamment S. Sègues et A. Toullier, « L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales », *Dr. soc.* 2005, p. 665.

Conclusion du chapitre 2

A l'issue de cette réflexion, la première leçon est de voir combien il est souvent difficile de traduire dans un ordre juridique donné une institution née dans un autre contexte juridique. Pour accueillir la *kafala*, l'approche des autorités administratives et juridictionnelles consiste à la placer dans une catégorie juridique du *for* pour lui faire produire les effets de cette catégorie. Un tel procédé est efficace lorsqu'il existe un degré de ressemblance suffisant entre l'institution étrangère et celle qui la naturalise. Pour la *kafala*, les équivalences proposées ont toutes l'inconvénient de l'amputer de beaucoup de ses effets. En effet, ni la délégation de l'autorité parentale ni la tutelle ne sont aptes à traduire fidèlement ses effets. La *kafala* n'est pas une délégation d'autorité parentale, car il n'est pas question de déléguer des *droits*, mais simplement un pouvoir de fait. La même raison condamne aussi tout rapprochement avec la tutelle du droit positif français puisque l'objectif de la *kafala* n'est pas uniquement la transmission des droits sur la personne et sur le patrimoine de l'enfant : il est plus large. La tutelle et la délégation d'autorité parentale ont le défaut de ne pas refléter le noyau de la *kafala*. La difficile qualification de la *kafala* a obligé la Cour de cassation à refuser toute assimilation avec l'adoption qu'elle considère comme contraire à l'esprit de cette institution. Et cela conformément aux dispositions de la loi de 2001 qui interdit la transgression de l'inadoptabilité afférente à la *kafala*. Outre le juge judiciaire, la *kafala* interroge aussi le juge administratif qui rencontre la *kafala* dans le cadre des demandes de regroupement familial. Le juge administratif a eu une attitude pragmatique qui contraste avec le choix quelque peu dogmatique de la Cour de cassation. En effet, sans qualifier la *kafala* d'adoption, le juge administratif lui fait produire des conséquences au titre du regroupement familial. Autrement dit, la *kafala* peut ouvrir droit au regroupement familial à la seule condition qu'elle soit corroborée par un lien familial non équivoque. Pour vérifier l'effectivité du lien familial le Conseil d'État s'est fondée sur une appréciation in concreto de la notion d'intérêt de l'enfant. De plus, une fois admis dans territoire français la *kafala* interpelle aussi le droit social lorsque des droits sociaux sont sollicités pour l'enfant. En apparence accueillant en ce qu'il vise la lutte contre la pauvreté, le droit social s'est montré peu accueillant pour la *kafala*. D'une part, il est influencé par une politique migratoire de plus en plus sévère : le droit accordé à l'enfant recueilli dépend de la régularité de son séjour. D'autre part, de nombreux droits sont conditionnés à l'existence d'un lien familial. Le fond du problème de la *kafala* vient de l'absence d'intégration de l'institution dans les catégories françaises. L'intégration nécessite que l'institution soit adaptée à son milieu d'accueil tout en ayant respectant son esprit.

Pour sortir de l'impasse actuelle dans la conversion de la *kafala*, la meilleure solution semble être le rapprochement avec l'adoption simple. Même si elle crée un lien de filiation artificielle, cette option a pour mérite de ne pas réduire la *kafala*. Du reste, la conversion en l'adoption simple, bien qu'en apparence excessive, a l'avantage de respecter quelque chose de fondamental pour la loi musulmane, le maintien du lien de sang. Cette suggestion présente plus d'avantages que

d'inconvénients, car elle satisfait aussi le milieu d'accueil. Certes, l'analyse génétique des deux institutions montre qu'il y a une divergence fondamentale tenant au lien de filiation, mais cette naturalisation en adoption simple inscrit l'institution dans l'espace juridique français tout en tenant compte de l'impératif fondamental du droit musulman : la survie du lien de sang. L'intégration d'une institution n'implique pas forcément la conservation de toutes ses caractéristiques.

Conclusion du titre 2

L'interdiction de l'adoption en droit musulman est certes contraire à la culture juridique française animée par un *favor adoptionis*. La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale poursuit l'objectif de clarifier une règle de conflit malmenée par une oscillation jurisprudentielle constante. Globalement, la loi donne un rôle important à la loi française pour faciliter l'adoption. Toutefois, elle réserve l'intervention de la loi de l'adopté lorsqu'elle interdit l'adoption. La question des lois prohibant l'adoption avait beaucoup préoccupé le législateur qui a décidé de ne pas les transgresser en raison des multiples arguments en faveur de leur respect. Suite à ce verrouillage législatif, la doctrine hostile au respect des lois prohibitives avait beaucoup misé sur l'interprétation de la Cour de cassation pour, au moins, atténuer la rigueur de la disposition interdisant l'adoption des enfants ressortissants des pays musulmans. Une interprétation souple de l'article 370-3 sur le fondement des droits fondamentaux entretenait l'espoir de l'anéantissement, ou du moins de l'assouplissement, de cette disposition. Cet espoir a disparu lorsque la Cour régulatrice a affirmé la conformité de l'article 370-3 aux droits fondamentaux. Cette position de la Cour de cassation française a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme avec à la clé un éloge du choix français de ne pas adopter les enfants de statut personnel prohibitif. L'inadoptabilité de cette catégorie d'enfants pose avec acuité la question de l'accueil de la *kafala* en France. La réception de la *kafala* est, somme toute, problématique puisque l'ordre juridique français n'offre aucune institution équivalente. L'étude de la réception de la *kafala* a été l'occasion de nous interroger sur la méthode d'accueil d'une institution étrangère inclassable. Devant ce problème, il est maladroit d'opérer une analyse génétique de l'institution étrangère pour chercher dans l'ordre juridique interne une institution aux contours identiques. Cette opération est par nature vouée à l'échec. La recherche d'équivalence doit, dans un premier temps, prendre uniquement en compte la finalité de l'institution. Concrètement, on cherchera dans le droit français le concept remplissant la même finalité que l'institution étrangère. Puis dans un second temps, on vérifiera si le concept français retenu ne contredit pas l'esprit du droit étranger. L'usage de cette démarche permet de dire que la *kafala* doit se transformer en adoption simple en France. La raison est qu'il s'agit d'une institution ayant la même finalité que la *kafala* et qui respecte l'esprit du droit musulman pour qui, le maintien de l'origine de l'enfant est essentiel. Cette solution est d'autant plus pertinente que l'enfant abandonné dans son pays d'origine et recueilli par des Français a incontestablement son avenir en France.

Conclusion de la partie 2

C'est sur la question de l'adoption que s'observe en réalité l'antagonisme entre le droit musulman et le droit français. Alors que l'adoption est solidement ancrée dans la culture juridique française, le droit musulman développe une hostilité nette à l'égard de cette institution. L'opposition entre droit français et droit musulman sur la question de l'adoption est d'ordre systémique et culturel. La position musulmane sur l'adoption demeure, en raison de son fondement religieux, inébranlable. Cette origine religieuse assure à la prohibition de l'adoption sa pérennité. Aux yeux du monde musulman, la règle prohibitive d'adoption est indispensable parce qu'elle est vue comme un moyen d'assurer l'unicité de la notion de famille. En effet, l'adoption constitue une menace sérieuse contre les deux principes qui soutiennent le modèle familial, à savoir le principe de la légitimité et celui du sang. Les substituts proposés pour remédier à la suppression de l'adoption sont inoffensifs pour la conception musulmane de la famille. La *kafala* joue le même rôle de protection que l'adoption à la seule différence qu'elle ménage le principe du sang. Il faut comprendre donc que l'adoption est rejetée pour ses conséquences vues comme subversives. Le refus de l'adoption peut-être compris comme préjudiciable à l'enfant, mais le risque de désordre provoqué par l'admission de l'adoption est trop important pour que l'on se risque à préconiser une réforme. Le droit français est confronté à cette conception de l'adoption lorsque des Français recueillent des enfants musulmans et demandent leur adoption en France.

L'adoption des enfants ressortissants des pays musulmans met mal à l'aise l'ordre juridique français qu'elle confronte à des enjeux contradictoires. D'une part, l'ignorance de la loi interdisant l'adoption avec comme inconvénient la vexation des États et, d'autre part, le respect de la loi étrangère au détriment de l'intérêt de l'enfant sans famille. Dans la loi de 2001, les enjeux diplomatiques ont triomphé puisque le législateur a tranché en faveur de l'inadoptabilité des enfants interdits d'adoption par leur loi nationale, du moins lorsqu'ils ne répondent pas à la double condition de naissance et de résidence en France. La position du législateur français est très critiquée, mais elle a été récemment confortée par l'interprétation concordante de la Cour de cassation française et la Cour européenne de droit de l'homme. Toutefois, le sort de ces enfants demeure précaire puisqu'il n'existe pas en France un mode de protection pouvant combler leur besoin d'adoption. Il n'est pas normal que ces enfants restent dans cette incertitude. Le prononcé de l'adoption simple paraît une solution idoine pour concilier les intérêts en présence. Il s'agit là d'une sortie par le haut puisque cette suggestion est de nature à satisfaire les intérêts des États et celle de l'enfant. L'adoption simple s'inscrit aussi dans la continuité de la *kafala* car comme cette dernière, elle ne rompt pas le lien avec le milieu d'origine.

Conclusion générale

Nous avons commencé cette étude avec certaines idées préconçues sur le droit musulman lui-même et sur le rapport qu'il entretient avec le droit français. En premier lieu, le droit musulman se présentait comme une donnée, clairement définie, immuable dans le temps et dénuée de toute dimension évolutive. Ce préjugé sur le droit nous amenait à croire que le lien étroit entre le droit musulman et la morale islamique se traduisait par une sacralisation du mariage avec pour conséquence un modèle de filiation exclusivement légitime. Ce système ne pouvait être donc accueillant pour les relations familiales constituées hors du cadre matrimonial. La situation de l'enfant naturel ne pouvait être que dramatique puisque l'hostilité de la société à son égard oblige sa mère à l'abandonner. Ce drame était exacerbé avec l'interdiction de l'adoption qui s'opposait à ce que l'enfant illégitime trouve une filiation de substitution. Par conséquent, il était permis de regretter la sévérité d'un modèle de famille fondé sur des interdits. En second lieu, le préjugé entraînant le préjugé, la réception du droit musulman par le droit français ne pouvait être que compliquée en raison du caractère de plus en plus libéral du droit français. Il était donc difficile de concevoir une compatibilité entre un système de filiation exclusiviste et système de filiation pluraliste.

Notre recherche nous a conduit à consulter le droit musulman classique qui constitue la référence des législations familiales musulmanes d'aujourd'hui. Le recours au droit musulman classique était indispensable pour éprouver le fondement juridique de la règle qui prohibe l'établissement de la filiation de l'enfant naturel. Si l'exclusivité du principe de la légitimité aboutit théoriquement à l'exclusion de la filiation naturelle, les premiers légistes en ont transformé la portée en ce qu'ils ont développé une conception souple de ce principe. Plusieurs facteurs ont permis d'assouplir la rigidité du principe de légitimité en matière de filiation : une définition extensive du mariage et la possibilité de reconnaître un enfant sans qu'il ne soit nécessaire de justifier d'un mariage. De plus, il faut mettre en relief l'aspect unitaire du système musulman puisque la reconnaissance de paternité et le mariage établissent une filiation de même nature à savoir une filiation légitime. Le principe de légitimité n'a pas été conçu à des fins de sanction, il demeure incontestablement un moyen de protection de l'enfant naturel dans le sens où ce dernier a vocation à devenir légitime par une pléthore de moyens. Le procédé qui consiste à légitimer l'enfant naturel dès l'établissement de la filiation est incontournable pour faire oublier à la société l'origine de l'enfant naturel. Cet aspect du principe de légitimité n'est pas reflété par les Codes de statut personnel qui énoncent non seulement le principe, mais aussi sa conséquence la plus regrettable, l'exclusion de l'enfant illégitime. Il est donc normal qu'un regard étranger puisse se tromper sur la véritable portée de ce principe.

Outre sa vertu protectrice, ce principe confère au droit musulman sa cohérence en raison de la consubstantialité du droit et la morale. Dans ces conditions, une règle de droit ne peut contredire un concept moral. Dans cette perspective, l'interdiction de la filiation hors mariage est déduite

directement de l'interdiction de la *zina*. Enfin, le principe de légitimité a pour mission de structurer la société à travers l'élaboration d'une cellule familiale elle-même structurée autour du mariage. Au fond, l'objectif est d'inscrire chaque enfant dans son véritable rapport de filiation et ainsi de faire triompher le principe de sang.

Ce principe de sang constitue après celui de la légitimité, le deuxième principe fondamental sur lequel est bâti le système musulman de la filiation. Contrairement au principe de légitimité, le principe du sang est fondé sur des données scripturaires claires puisqu'il a son fondement dans le Coran qui interdit ouvertement l'adoption. La prohibition de l'adoption se justifie par la volonté de ne pas concurrencer le mariage dans son rôle créateur du lien familial. De ce point de vue, il partage avec le principe de légitimité la finalité de protéger le modèle de la famille légitime. Aujourd'hui dans le monde musulman, le rejet de l'enfant naturel et son abandon est une triste réalité. Le lien de ces phénomènes sociaux avec le droit est évident. D'une part, le principe de légitimité aboutit au rejet de l'enfant illégitime qui se solde *in fine* par l'abandon. D'autre part, le principe du lien de sang interdit à ce que ces enfants abandonnés soient inscrits filialement dans des familles adoptantes. Dans cette situation, la solution pourrait peut-être consister à faire accepter l'enfant naturel par la société musulmane pour parer son abandon.

La présence en France d'une forte minorité musulmane met régulièrement en confrontation le droit français avec le droit musulman. L'opposition entre ces deux systèmes se cristallise sur la question de la filiation et plus particulièrement sur celle de l'établissement de la filiation des enfants nés hors mariage. En droit interne français, le principe de l'égalité n'a cessé de prendre de l'importance depuis la loi du 3 janvier 1972 consacrant l'égalité entre enfants. Cette marche vers l'égalité a abouti en 2005 à un système unitaire où la filiation est indifférente aux liens juridiques unissant les parents. Cette évolution du droit française est comprise comme incompatible avec le système musulman de filiation reposant sur le principe de légitimité. Pourtant il ne faut pas perdre de vue que les deux systèmes sont unitaires, le droit musulman a construit son unité autour du mariage lorsque le droit français a unifié les filiations en supprimant toute référence au mariage. La rencontre de ces deux modèles en droit international privé doit-elle se résoudre par un constat d'incompatibilité ?

Dans le procès de filiation, le cas de figure le plus choquant est celui d'une mère célibataire, ressortissante d'un pays musulman prohibant la filiation hors mariage, qui cherche à établir la filiation de son enfant à l'égard d'un homme avec qui elle n'est pas mariée. L'article 311-14 du Code civil pose une règle de conflit bilatérale soumettant la filiation à la loi de la mère au jour de la naissance. Suivant le raisonnement conflictuel, la filiation paternelle, des enfants dont la mère est ressortissante d'un pays prohibant la filiation hors mariage, ne peut être établie selon la loi désignée. Ce résultat contrariant le principe d'égalité, fondamental en droit français, la Cour de cassation a préféré résoudre le conflit de lois en recourant à l'ordre public de proximité. Bien que l'ordre public présente un avantage certain dans les situations où l'opposition entre systèmes

juridiques est irréductible, il présente des sérieux inconvénients pour régler le conflit des lois entre droit musulman et droit français en matière de filiation. Il intervient pour censurer l'application d'une loi vue comme discriminatoire. Ce faisant, il provoque lui-même une discrimination à rebours. En effet, l'ordre public de proximité permet seulement aux enfants étrangers résidents en France d'échapper à la prohibition de leur loi nationale. Il ne permet pas à l'enfant étranger dont la mère réside en France d'établir sa filiation. D'ailleurs, son postulat de départ est erroné dans la mesure où dans la pratique, la règle prohibant la filiation naturelle connaît des atténuations. Du reste, si cette dernière est formulée de façon sévère, son application n'est pas rigoureusement conforme à la lettre.

Une meilleure connaissance du système musulman par le juge français aurait permis l'économie de l'usage de l'ordre public. Un texte étranger n'a de sens que s'il est établi, de quelle manière il est compris et interprété dans son milieu d'origine. Reste qu'une meilleure compréhension du droit musulman n'est envisageable que si ce droit est parfaitement lisible pour le juge français. Or, les techniques d'interprétation du droit musulman ne sont pas celles du droit français, le juge musulman peut recourir à l'équité pour justifier des positions parfois difficiles à systématiser. Le juge français ne connaît que les règles musulmanes telles qu'elles apparaissent dans les Codes de statut personnel. Un accès à la jurisprudence des juridictions des pays musulmans lui aurait permis de comprendre la pratique réelle du droit musulman de la filiation. Les Codes de statut personnel ne reflètent pas les largesses du droit musulman en matière de filiation.

Vu les interventions régulières de l'ordre public contre les lois d'obédience musulmane qui accréditent l'idée de choc de civilisations, il serait préférable dans l'immédiat d'adopter une règle à finalité matérielle. Dans le long terme, il faut réfléchir à un rapprochement entre le système musulman et le système français. Ce rapprochement implique une réflexion des législateurs musulmans qui doivent consacrer dans les Codes de statut personnel une action en recherche de paternité. Cette éventualité est d'autant plus possible que les fondements de la prohibition sont contestables. L'élaboration du droit musulman classique n'a pas été indifférente à la culture des savants. Ces derniers ont su trouver, avec le plus grand génie, un difficile équilibre entre les textes religieux et les mœurs de leur époque. Le droit musulman de la filiation contient un fort potentiel d'adaptabilité lui permettant de tenir compte de la culture et des impératifs de chaque moment. En outre, une telle évolution du droit musulman ne porte pas atteinte au modèle de la famille légitime si cher au droit musulman puisque seul l'enfant en sera le bénéficiaire. D'ailleurs, l'acceptation de la recherche de paternité dans les pays musulmans aurait l'indéniable avantage de résoudre par ricochet le problème de l'abandon d'enfants qui trouve son origine dans le rejet de l'enfant naturel. Dans le système musulman, le besoin de l'adoption n'a pas vocation à se poser puisque chaque enfant doit être affilié à son père biologique. C'est la raison pour laquelle les savants du droit musulman ont conçu largement le principe de légitimité sans vraiment discuter le principe de légitimité.

En revanche, l'interdiction de l'adoption ne peut être levée puisque les textes qui lui servent de fondement sont suffisamment clairs et c'est d'ailleurs la raison pour laquelle la doctrine musulmane du droit classique n'a pas cherché à les contourner. De surcroît, la prohibition de l'adoption est tempérée par la *kafala* qui permet à un enfant d'intégrer une famille nourricière dont la mission première est de le prendre en charge comme elle le fait pour ses enfants. Le concept de la *kafala* connaît une distinction dans le fait selon qu'elle consiste à prendre en charge des enfants dont la famille est en difficulté financière ou selon qu'elle joue le rôle de substitut à l'adoption pour les enfants abandonnés. Dans le droit musulman, cette distinction n'a pas de véritable écho puisque le régime de la *kafala* est unique sous réserve de la possible concordance de nom pour les enfants abandonnés. Elle peut avoir cependant intérêt lors de la réception de la *kafala* en France. La réforme du 6 février 2001 a interdit l'adoption des enfants recueillis en *kafala* par des Français ou des résidents en France. Si cette situation peut paraître satisfaisante pour les enfants dont les parents sont connus, elle est en revanche dramatique pour les enfants abandonnés sans attache familiale dans leur pays d'origine. En l'absence dans l'ordre juridique français d'une institution équivalente à la *kafala*, les enfants abandonnés vivent au milieu du gué. Pour sortir de cette impasse, il semble nécessaire de permettre leur adoption simple. Cette forme d'adoption ne coupe pas l'enfant de ses origines et, de ce fait, est animée du même esprit que la *kafala*. Elle constitue aussi un compromis entre le système français sublimant l'adoption plénière et le système musulman opposé à la rupture avec la famille d'origine. Même si la famille d'origine n'est pas connue, l'adoption simple est quelque peu conforme à l'Islam en ce qu'elle n'a pas l'effet radical de l'adoption plénière. La naturalisation de la *kafala* en adoption simple a l'avantage d'inscrire l'enfant dans son futur, car un enfant abandonné dans son pays d'origine et adopté en France par des Français a indiscutablement son avenir en France. L'adoption plénière doit être écartée parce qu'elle risque de susciter le courroux des pays musulmans tant cette fiction est contraire à l'identité musulmane.

Bibliographie

I- Ouvrage généraux

Ancel B. et Lequette Y.

Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, Dalloz, 5^e éd., 2006.

Audit B. et d'Avout L.

Droit international privé, Economica, 7^e éd., 2013.

Bartin E.

-*Études de droit international privé*, A. Chevalier-Marescq et Cie, 1899.

-*Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Tome I, Domat-Montchrestien, 1930.

Batiffol H. et Lagarde P.

Droit international privé, Tome II, LGDJ, 8^e éd., 1993.

Boulanger F.

Droit civil de la famille tome I - aspects comparatifs et internationaux, 3^e éd., Economica, 1997.

Bureau D. et Muir Watt. H

Droit international privé, PUF, t. 1 et t. II, 2^e éd., 2010.

Carbonnier J.

-*Droit civil. Tome II. La famille, l'enfant, le couple*, Thémis, Droit privé, PUF, 21^e éd., refondue, 2002.

-*Sociologie juridique du droit*, Quadriga, PUF, 2004.

Clavel S.

Droit international privé, Dalloz, coll. Hyper Cours, 2^e éd., 2010.

Cornu G.

Vocabulaire juridique, association Henri Capitant, PUF, 9^e éd., 2011.

Duranton A.

Cours de droit français suivant le Code civil, t 3, 2^e éd., 1828.

Hauser J. et Huet-Weiller D.

La famille. Fondation et vie de la famille, LGDJ, 2^e éd., 1993.

Holleaux D., Foyer J. et De Geouffre de la Pradelle G.

Droit international privé, Masson, 1987.

Loussouarn Y., Bourel P. et De Vareilles-Sommière P.

Droit international privé, Dalloz, 10^e éd., 2013.

Malaurie P. et Fulchiron H.

La famille, Defrénois, 4^e éd., 2011.

Marie Demante A.

Programme du cours de droit civil fait à l'école de Paris, Société Typographique Belge, Bruxelles 1838.

Mayer P. et Heuzé V.

Droit international privé, Montchrestien, Domat Droit privé, 10^e éd., 2010.

Niboyet J.-P.

Traité de droit international privé, Sirey, 1949.

Niboyet M.-L. et De Geouffre de la Pradelle G.

Droit international privé, LGDJ, 2^e éd., 2009.

Parquet M.

La famille, Lexifac, 3^e éd., 2007.

Revillard M.

Droit international privé et communautaire pratique notariale, Defrénois, 7^e éd., 2010.

Savigny (von) F. K.

Traité du droit romain. Tome VIII, Librairie de Firmin Didot Frères, fils et Cie, 2^e éd., Paris, 1860.

Sudre F.

Droit européen et international des droits de l'homme, PUF, Collection Droit Fondamental, 7^e éd., 2005.

Terré F. et Fenouillet D.

Droit civil. La famille, Précis Dalloz, 8^e éd., 2005.

II- Ouvrages spéciaux, Thèse, Monographie, Cours, Ouvrages collectifs

Ahmed A

L'islam et la morale de sexe, éd. O.P.U, Alger 1999.

Aït Zaït N.

Mémoire de Magister Droit 1988.

Aït-Sabbah F.

La femme dans l'inconscient musulman, Albin Michel, 1986.

Al-Qayrawani Ibn Abi Zayd

La Risala ou Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite malékite, 8^e éd, édition populaire de l'armée, Alger 1983.

Aldeeb Abu-Sahlieh S.

-« *Religion et droit dans les pays arabes* », Presse universitaire de Bordeaux, 2009.

-« *Introduction à la société musulmane, fondements, sources, principes* », Eyrolles 2006.

Ascha G.

Mariage, Polygamie et Répudiation en Islam, justifications des auteurs arabo-musulmans, L'Harmattan, Paris 1998.

Azavant M.

L'ordre public et l'état des personnes, thèse Pau, 2002.

Badel M.

Le droit social à l'épreuve du revenu du revenu minimum d'insertion, Presse universitaire de Bordeaux, 1996.

Bargach J.

Orphans of Islam, family, abandonment, and secret adoption in Morocco, Boston : Rowman & Littlefield Publishing group, 2001.

Barraud E.

Kafala et Migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb, Thèse Aix-Marseille.

Barrière L.-A.

Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962, Dijon : Editions universitaires de Dijon 1993.

Batiffol H.

-*Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956

-*Principes de droit international privé*, RCADI 1959 volume II.

-*Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973 tome 139.

-*Traité élémentaire de droit international privé*, 4^e éd., 1967.

Belhadj L.

Essaie sur la formation du lien matrimonial en droit maghrébin, thèse Rennes 1984, p. 792.

Ben Abd El Kader El Fâsi.

Des testaments, tutelles et interdits, commenté par Sidjilmasi, Fès, éd. Lithographiée de Fès, vol 2 1921.

Ben Halima

La filiation paternelle légitime en droit tunisien, thèse Tunis 1976.

Bercher L.

Les délits et les peines du droit commun prévues dans le Coran, thèse Paris 1926.

Bettahar Y.

La pluriparentalité en terre d'islam : l'exemple contrasté des pays du Maghreb, *in La pluriparentalité*, D. Le Gall et Y. Bettahar (ss dir), PUF 2001.

Bianquis Th.

La famille arabe médiévale, Editions Complexe, 2005.

Blanc F.-P.

Le droit musulman, Dalloz, collection connaissance du droit, 1995.

D. Boden,

L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique, thèse Paris I, 2002.

Bonfils P. et Gouttenoire A.

Droit des mineurs, Dalloz 2010.

Bonte P. (ss dir.)

Epouser au plus proche. Inceste, prohibitions et stratégies matrimoniales autour de la méditerranée, Editions de l'école des hautes études en sciences sociales 1994.

Borrmans M.

Le statut personnel et famille au Maghreb en 1940 à nos jours, édition Mouton, Paris.

Bostanji S.

L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel, thèse Dijon 2000.

Botiveau B.

La loi islamique dans les sociétés arabes, L'Harmattan 1991.

Bouchareb-Cassar H.

Les conséquences des ruptures conjugales entre le nord et le sud, L'Harmattan 2012.

Bouhdiba A.

Criminalité et changements sociaux en Tunisie, Tunis, 1965.

La sexualité en Islam, PUF 2003.

Bourdieu P.

Sociologie de l'Algérie, PUF, 2001.

Bousquet G. H.

-La morale de l'islam son éthique sexuelle, Maisonneuve, Paris 1953.

-Précis de droit musulman principalement malékite et algérien, La Maison des Livres, Alger 1950, T.1.

-Le droit musulman par le texte, tome 2, La maison des livres, Alger 1940.

Brunschvig R.

Etude d'islamologie, Maisonneuve et Rose, Paris 1976.

Bucher A.

La famille en droit international privé, RCADI 2000, tome 283.

Buisson P.

La notion de for exorbitant (étude de droit international privé), Thèse Paris II, 1996

Cadet F.

L'ordre public en droit international privé, L'Harmattan, 2005.

Cadoz F.

Droit musulman malékite, Barre-Sur-Aube, Paris, 1870.

Carbonnier J.

-Essai sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois, 2^e éd., 1995.

-Droit et passion du droit sous la Cinquième République, Flammarion, collection Forum, 1996.

-Flexible droit-pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10^e éd., 2001.

Chabert C.

L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois, presse universitaire d'Aix-Marseille, 2001

Chabib Zidani F.

L'enfant né hors mariage en Algérie, thèse Lyon, 1992.

Chapelle A.

Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse Paris II, 1979.

Charlier-Dagras M-D.

La laïcité française à l'épreuve de l'intégration européenne, L'Harmattan 2002.

Chatila K.

Le mariage chez le musulman en Syrie. Etude de sociologie, Libr. P. Geuthner, Paris 1934.

Chehata Ch.

Etude du droit musulman, PUF, Paris 1971.

Chevallier J.-Y.

Filiation d'état et filiation alimentaire en droit international privé, Paris, 1967.

Colin J.

L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Étude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb, Perpignan : presse universitaire de Perpignan 1998..

Coulson N. J.

Histoire du droit islamique, PUF, 1995.

Courbe P.

Les objectifs temporels des règles de droit international privé, PUF 1981.

Crône R. Revillard M. et Gelot B.

L'adoption : aspects internes et internationaux : Defrénois, 2006.

Deprez J.

Droit international privé et conflit de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre système d'Europe occidentale et système islamique en matière de statut personnel, RCADI 1988, tome 211.

Daghestani K.

Etudes sociologiques de la famille contemporaine en Syrie, Paris, 1932.

Dib Maarouf C.

La fonction de la dot dans la cité algérienne, OPU, Alger, 1984.

Durand B.

Droit musulman, droit successoral, Litec 1991.

Elgeddawi A. K.

-Relations entre système confessionnel et laïque en droit international privé, Dalloz, 1971.

El Quardhawi Y.

Le licite et l'illicite en islam, 2^e éd. Traduit de l'arabe par S. Kechrid.

Fadlallah I.

La famille légitime en droit international privé, Paris, 1977.

Farge M.

Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence, thèse Grenoble, 2000.

Ferh H.

L'unicité de la notion de famille en droit musulman et sa pluralité en droit français, thèse Lyon 3, 1994.

Foyer J.

Filiation illégitime et changement de la loi applicable, thèse Paris, 1965.

Problèmes de conflits de lois en matière de filiation, RCADI IV, 1985, t. 153.

Foyer J. et Labrusse-Riou C.

L'adoption d'enfants étrangers, *Economica*, 1986.

Gannagé L.

La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille, LGDJ, 2001.

Gilissen J.

« Le statut de l'enfant dans le droit musulman malékite et son évolution dans le Maghreb actuel », *Recueil de la société J. Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, édition de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1975, T. XXXV.

Godechot-Paris S.

JurisClasseur droit international, fasc. 548-30 V° adoption.

Gonzales-Campos J. D.

Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé, RCADI 2000, tome 287.

Halperin J.-L.

Entre nationalisme juridique et communauté de droit, PUF, collection Les voies de droit, 1999.

Hammje P.

La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé, Paris I, 1994.

Healy T. H.

Théorie générale de l'ordre public, RCADI 1925 volume IV.

Herbaut R.

L'adoption dans le droit musulman de rites sunnites, thèse Perpignan, 2004.

Hermann P.

L'existence d'une conception des droits de l'homme propre aux États musulmans, mémoire Montpellier I, 1999.

Héritier F.

Les deux sœurs et leur mère, éd. Odile Jacob, 1994.

Hochart C.

La reconnaissance du statut personnel des musulmans en France, Questions sensibles Paris, PUF 1998.

Houari B.

L'enfant né hors mariage en Algérie, thèse Lyon 2002.

Hunter-Henin M.

Pour une redéfinition du statut personnel, Presse universitaire d'Aix Marseille 2004.

Ibn Hicham

La biographie du prophète Mahomet, traduit de l'arabe par Wahid Atalallah, Fayard 2004, p. 1929.

Idriss A.

La protection du droit de l'enfant au Maroc : constances et défis, thèse Grenoble, 1998.

Jacquet J.-M.

La fonction supranationale de la règle de conflit de lois, RCADI 2001 tome 292.

Jahel S.

La place de Chari'a dans les systèmes juridiques de pays arabes, Panthéon-Assas, 2012.

Joubert N.

La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique en droit international privé, thèse Paris 1, 2002.

Laborde J-P.

La pluralité du point de rattachement dans l'application de la règle de conflit, thèse Bordeaux 1981.

Lacoste-Dujardin C.

Des mères contre les femmes, Maternité et Patriarcat au Maghreb, La découverte, Paris 1985.

Lagarde P.

-Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ, 1959.

-Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », RCADI 1986, tome 196.

Lallemand S.

La circulation des enfants en société traditionnelle, prêts, dons échanges, L'Harmattan, Paris, 1993.

Le Boursicot M.-C. et Meier-Bourdeau A.

L'enfant sujet de droit : filiation, patrimoine, protection, Lamy, 2010.

Lequette Y.

Protection familiale et protection étatique des incapables, Paris, 1976.

Linant De Bellefonds Y.

-Traité de droit musulman comparé, Tome 3, filiation, incapacités, libéralités, édition Mouton, Paris, 1973.

-Traité de droit musulman comparé, Tome 2, Le mariage, La dissolution du mariage, édition Mouton, Paris 1965.

Löchen V.

Comprendre les politiques sociales, Dunod, 4^e éd. 2013.

Mahdi H.

Précis de droit des personnes en Islam, L'Harmattan, Paris, 2007.

Marchadier F.

Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, thèse Limoges, 2005.

Mattéi J.-F.

Enfant d'ici, enfant d'ailleurs. L'adoption sans frontière, rapport au Premier ministre, La documentation française, 1995.

Mélin F.

La connaissance de la loi étrangère par les juges du fond (recherche sur l'infériorité procédurale de la loi étrangère dans le procès civil), PUAM 2002.

Mercier P.

Conflit de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation, Droz, Genève, 1972.

Merdaci M.

Enfants abandonnés en Algérie, clinique des origines, L'Harmattan, Paris, 2007.

Mezghani A.

Commentaires du Code de droit international privé, CPU, Tunis 1999.

Michelet K.

Les droits sociaux des étrangers, préf. Michel Borgetto, L'Harmattan, 2002.

Mohammed B.

L'amour de la loi, essai sur la normativité en islam, PUF 1997.

Mouaquit M.

L'idéal égalitaire féminin à l'œuvre au Maroc : féminisme islamisme sécularisme, L'Harmattan 2008.

Moulay Rachid A.

Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et solutions retenues dans les pays arabo-musulmans, RCADI 1997, vol 268.

Moulin A-M.

L'Islam et révolutions médicales, le labyrinthe du corps, L'Harmattan, Paris, 2013.

Mounir O.

Le nouveau droit de la famille au Maroc : essai analytique, le sort des mariages mixte, des marocain à l'étranger, Cheminement, 2005.

Moutassem-Mimouni B.

Naissances et abandon en Algérie, Karthala, Paris 2001.

Mucchielli L.

La place de la famille dans la genèse de la délinquance, Regards sur l'actualité 2001.

Muir. Watt H.

Les codifications en droit international privé, Droits 1998.

Murat P. (ss. dir)

Droit de la famille, Dalloz Action 2008-2009.

Najm M.-C.

Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (relations entre systèmes laïques et systèmes religieux), Dalloz, 2005.

Ntampaka C.

Introduction aux systèmes juridiques africains, Presse universitaire de Namur.

Oppetit B.

Le droit international privé, droit savant, RCADI 1992. III, vol. 234.

Papi S.

L'influence juridique islamique au Maghreb, L'Harmattan, 2009.

Patocchi P. M.

Les règles de rattachement localisatrice et règle de conflit à caractère substantiel. Thèse Genève 1985.

Pesle O.

L'adoption en droit musulman, thèse, Alger 1919.

Picone P.

-La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international Privé, RCADI 1986 tome 197.

-Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé, RCADI 1999, tome 276.

Pierron J.-Ph.

On ne choisit pas ses parents, comment penser l'adoption et la filiation ?, Seuil 2003.

Pitio F.

L'importance de l'étude pluridisciplinaire en droit comparé à travers l'exemple de l'adoption et de la kafala au regard des droits maghrébins (algérien, marocain, tunisien) et français : le droit international privé de la famille, lieu de rencontre des droits nationaux, Mémoire de Master 2 professionnel 2007, BOTIVEAU Bernard (dir.).

Poisson E.

L'adoption en droit international privé, Thèse, Paris, 1964.

Pontault M.

Frères de sang, sœurs de lait. Anthropologie d'une marginalisation familiale et sociale, L'Harmattan 2001.

Prévost L.

L'établissement de la filiation en droit tunisien, thèse Paris, 1977.

Rémy B.

Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, thèse Paris 2, 2006.

Rigaux F.

-Droit public et droit privé dans les relations internationales, Pédone, 1977.

-La loi des juges, Odile Jacob, 1999.

-Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité généralisé, RCADI 1989.

Ripert G.

La règle morale dans les obligations civiles, LGDJ, 1949.

Rodinson M.

Mahomet, Le Seuil 1961.

Romano S.

L'ordre juridique, Dalloz, collection philosophie du droit, 1975.

Rude-Antoine E.

Adopter un enfant à l'étranger, Odile Jacob, 1999.

Sageot C. (ss. dir.)

Droit d'origine, la parole des acteurs, L'Harmattan 1999.

Schacht J.

-Introduction au droit musulman, Paris, Maisonneuve et Larose 1983.

-Esquisse d'une histoire du droit musulman », Librairie orientale et américaine, Paris 1953.

R. Sfeir

Aspects contemporains du renvoi en droit international privé, LGDJ 2009.

Siham R.

La filiation en droit algérien, marocain et tunisien, thèse Perpignan 2008, p. 295.

Sidime L.

L'établissement de la filiation en droit sénégalais depuis le Code de la famille, thèse Dakar, 1980.

Smith R. W.

“Kinship and Marriage in Early Arabia”, Cambridge University Press 1885.

Soirat F.

Les règles de rattachement à caractère substantiel, thèse, Paris 1995.

Théry I.

Rapport à la ministre de l'emploi et de la solidarité et au garde de sceaux, « couple filiation et parenté », La documentation française.

Tillion G.

Le harem et les cousins, Seuil, Paris, 1966.

Tribalat M.

Une enquête sur les immigrés et leurs enfants, La découverte 1995.

Tugault-Lafleur J.

« Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulmans et en occident : une réconciliation est-elle possible ? ». Mémoire maîtrise de droit université de Montréal, février 2011.

Verdier P. et Delaisi de Perceval G.

Enfant de personne, Odile Jacob, 1994.

Vermeren P.

Le Maroc en transition, La découverte, Paris 2002.

Von Overbeck A.

Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de droit international privé. RCADI 1982, t 176.

Zaher K.

Conflit de civilisations et droit international privé, L'Harmattan, Paris 2009.

Zerdalia Erdalia K. .S. Dahoun (ss dir.),

Adoptions et cultures : de la filiation à l'affiliation, L'Harmattan 1996.

Zonabend F.

Adopter des sœurs. Construction de la parenté et mémoire des origines, L'Homme 2007.

III- Articles, Communications, Chroniques

Ahmed H.

« Les causes modernes d'instabilité du mariage » *RASJP* 1968, p. 1047.

Aït Zaït N.

-« L'enfant angérien entre le droit musulman et la convention internationale des droits de l'enfant », in *L'enfant en droit musulman*, acte de colloque du 14 janvier 2008. Sous la direction de Lucette Khaïat et Cécile Marchal p. 91.

-« L'abandon d'enfants et la loi » *RASJEP*. Vol. 29 1993, p 1147.

-« La kafala en droit algérien », in *Les institutions traditionnelles du monde arabes*. Karthala, Paris 1996, p. 98.

-« La kafala en droit algérien », *RASJEP* 1991, vol. 31, p. 793.

Aldeeb Abu-Sahlier S.

-« Droits de l'homme conflictuels entre l'occident et l'islam », *Les cahiers du monde arabe*, 1991, n°88.

-« Le droit de la famille dans le monde arabe, constantes et défis », *Les cahiers du monde arabe* 1993, n°98.

Alexandre D.

« Les conflits de lois en matière d'effets de la filiation, Rapports sur les conflits de lois en matière de filiation », Travaux de l'Institut de droit comparé de Strasbourg, 1973, p. 65 s.

Angulo Rodriguez (De) M.

« Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *RCDIP* 1972 p. 369.

Arnaldez R.

« La place du coran dans le usûl al fiqh d'après le Muhalla d'Ibn Hazm » *Studia Islamica* 1970, p 37.

Aubert J-M

« L'insémination artificielle devant la conscience chrétienne », *Revue de science religieuse* 1981.

Audit B.

-« Flux et reflux de la crise des conflits de lois », in *TCFDIP, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985*, éditions du CNRS, p. 59.

-« Le droit international privé à la fin du vingtième siècle : progrès ou recul ? », *RIDC*.1998

-« Un enfant ne peut faire l'objet d'une adoption plénière si sa loi personnelle ne connaît pas cette institution », *D.* 2002, p. 1400.

Avena-Robardet V.

« Des reformes à faire », *AJF* 2010, p. 99.

Badel M. et Pujolar O.

« *Kafala* et droits sociaux », *Dr. fam.* 2009, étude 5.

Barrière-Brousse I.

-« La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » *RRJ* 2001, p. 1299

-« L'enfant et les conventions internationales », *JDI* 1996, p. 852.

Barraud E.

-« La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Revue droit et culture* 2010 n°59, p. 300.

-« Adoption et *kafala* dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *L'année du Maghreb*, 2008, p. 461.

-« Les multiples usages sociaux de la *kafala* en situation de migration : Protection et non protection des mineurs recueillis » ; en ligne sur <http://www.oijj.org/>

Batiffol H.

-« Les notions d'égalité et de discrimination en droit international privé français », in *Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française. Journée de Luxembourg, 31 mai au 4 juin 1961*, Dalloz, 1965, p. 460.

-« Réflexion sur la coordination des systèmes nationaux », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LITEC, 1976, p. 199.

-« Circonstances et modalités de l'application du droit international par le juge national », in *Mélanges offerts à P. Hébraud*, Presses universitaires de Toulouse, 1981, p. 29.

Batiffol H. et Lagarde P.

« L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation », *RCDIP* 1972, p. 6.

Beauge G.

« La *kafala* : un système de gestion transitoire de la main-d'œuvre et du capital dans les pays du Golfe » *La Revue Européenne des Migrations Internationales*, vol. 2 1986 p. 109.

Bedjaoui M.

« La difficile avancée des droits de l'homme vers l'universalité », *RUDH* 1989, p. 5.

Bel Haj Hamouda A.

« A la recherche d'une autre famille : la famille nourricière (cas du droit tunisien) », *RTD* 1996, p. 11.

Ben Achour S.

« L'adoption d'enfants maghrébins en France », *RTD* 1999, p. 73.

Bencheneb A.

« La formation du lien de *kafala* et les silences législatifs », *RASAJP* 1991, vol. 19, p. 47.

Ben Hadj Yahia Béchir

« La révocation de l'adoption en droit tunisien », *RTD* 1979, p. 84.

Ben Halima

-« L'enfant naturel en droit tunisien », in *mélange en l'honneur de Mohamed Charfi*, CPU 2001, p. 468.

-« Religion et statut personnel en Tunisie », *RTD* 2000, p. 135.

Ben Achour S.

-« L'enfant en droit tunisien » in *l'enfant en droit musulman*, acte de colloque du 14 janvier 2008. Sous la direction de Lucette Khaïat et Cécile Marchal, p. 290.

-« Le Code tunisien de statut personnel 50 après : les dimensions de l'ambivalence », *L'année du Maghreb*, 2005-2006, p. 61.

Bernard-Maugiron N.

« Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Egypte », *RIDC* 2004, p. 355.

Betant-Robert S.

« La notion d'enfant à charge dans le droit des prestations familiales », *Rev. Dr. Sanit. Soc.* 1991, p. 123.

Bischoff J.-M.

« Rapport général de droit international privé, Divorce et filiation », *Trav. assoc. Capitant*, 1990, p. 397.

Blanc F-P et Lourde A.

« Les conditions juridiques de l'accès au statut de concubine mère en droit malékite » *Revue de l'occident musulman et de la méditerranée*, n° 36, p. 164 à 165.

Blanmailland F. et Verbrouck C.

« Code sans frontières. La garde des enfants dans le nouveau Code de la famille marocain », *Rev. dr. étr.* 2004, p. 560.

Boiché A.

-« Adoption simple en droit international privé » *AJF* 2008, p. 464.

-« Responsabilité parentale : la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 en vigueur au 1^{er} février 2011 », *AJF* 2011, p. 93.

Boisson M.

« Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun », *Informations sociales*, 2006/3, n°131, p. 102.

Bontems

« L'influence française dans le projet de code de la famille algérienne », *RASJP* 1992, p. 639.

Borrmans M.

- « Perspectives algériennes en matière de droit familial », *Studia Islamica* 1973, p. 147
- « La famille algérienne et le droit positif maghrébin », *RASJEP* V XI n° 3, septembre 1974 p. 48.
- « La famille et le droit positif maghrébin » *RASJP* 1992 V. XI N° 3 1974, p. 39.
- « Le nouveau code de la famille dans l'ensemble des Codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes », *RIDC*, vol. 38 n° 1 janvier-mars 1986, p. 138.

Bottio A.

- « Autour de l'adoption internationale », *D.* 2000, chron. p. 510.

Boyer L.

- « Filiation légitime, Droit français », in *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne, ouvrage collectif* : Paris-Tübingen, 1954, p. 200 s.

Boulanger Fr.

- « Une réforme médiatique mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale », *D.* 2001, p. 708.
- « La codification des règles conflictuelles en matière d'adoption internationale » *Dr. et patrimoine* novembre 2001, p. 44.

Boulenouar M.

- « Le droit algérien de la famille : le statut de la femme et de l'enfant » in *Le droit maghrébin des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, sous la direction de Jacqueline Pousson-Petit. p. 111.
- « Le recueil légal en droit positif », *Dr fam.* 2009, dossier 3.

Bourdelois B.

- « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2001, p. 3.
- « L'adoption internationale », *TCFDIP* 2000-2002, p. 139.

Bousquet G. H. et Demeerseman R. P.

- « L'adoption dans la famille tunisienne », *Revue africaine*, 1937, p. 129.

Branlard J-P.

- « La sexualité obstacle au lien juridique en droit français », *Revue praxis juridique et religion* 1992, p. 126.

Brunschvig R.

- « De la fiction légale dans l'islam médiéval », *revue Studia Islamica.* 1970 p. 42.

Bûcher A.

- « Les règles de conflit à rattachement substantiel », *Mélanges Schnitzer*, Genève, 1979, p. 37.
- « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexion à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP* 1994-1995. p. 216.

Bureau D.

« Les conflits de conventions », *TCFDIP* 1998-2000

Canac A.

« Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne, marocaine de jurisprudence et législation*, 1959, p. 29.

Charfi M.

« Le droit tunisien de la famille entre l'Islam et la modernité ». *RTD*, 1973, p. 11.

Chaumont E.

« Quelques réflexions sur l'actualité de la question de *l'ijtihad* », in F. Frégosi (ss dir.) *Lectures contemporaines du droit islamique, Europe et monde Arabe*, Presse universitaire de Strasbourg, 2004, p. 74.

Chehata Ch.

-« L'évolution moderne du droit de la famille en pays d'islam », *Revue d'étude islamique* 1969 p 103 et s.

-« Nature, structure et division de l'islam », *RASJEP*, 1973, p 555.

-« Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien », *RIDC* 1965 p. 841.

Chelhod J.

Le droit dans la société Bédouine : recherches ethnologiques sur le orf ou droit coutumier des Bédouins, Paris, 1971, p. 122.

Chendeb R.

-« La convention de mère porteuse », *Defrénois* 2008, p. 291.

Choukri K.

« Les aspirations conflictuelles sur le droit de l'adoption », *RASJP*, 1994, p. 16.

Coiffard D. et Delecraz Y.

« Les familles ne sont plus seulement fondées par le mariage et dissoutes par la mort » et « Faut-il supprimer la réserve des ascendants ? », *LPA*, 7 mai 2004, n°92, p.p. 73-81.

Colin A.

« De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTDCiv.*, 1902, p.p. 257-300

Colin J.

-« Al firâch/ le lit. Un concept juridique en islam », *Revue Praxis juridique et religion* n° 10 1993, p. 61.

-« Au Maghreb un contre-pouvoir du côté des femmes : l'enfant endormi dans le ventre de sa mère », *L'année sociologique*, p. 109 à 110.

E. Conte

-« Alliances et parenté élective en Arabie ancienne. Eléments d'une problématique », *Revue l'Homme*, 1987, p. 128.

-« Choisir ses parents dans la société arabe. La situation à l'avènement de l'islam », in *Epouser au plus proches. Inceste, prohibitions et stratégies matrimoniales autour de la méditerranée*, P. Bonte (ss dir), Ehess, Paris, 1994, p. 181.

-« Entrer dans le sang, perceptions arabes des origines », in P. Bonte, E. Conte, H. Constant, Wedoud Ould Cheikh Abdel, *Al-Ansab, la quête des origines : anthropologie historique de la société tribale arabe*, éd. La maison des sciences de l'homme, Paris, 1991, p. 91.

Courbe P.

-« Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 249.

-« Le rejet des répudiations musulmanes », *Dalloz* 2004 p. 815.

-« L'ordre public de proximité », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 227.

-« La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *AJF* 2002, p. 8

De Gaudin de Lagrange E.

« L'adoption ou : une ancienne pratique tunisienne devenue loi », *RASJP* 1968, vol. 4, p. 10.

Dekeuwer-Défossez F.

-« Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ* 1995, p. 249.

-« Modèles et normes du droit contemporains de la famille », in *Mélanges C. Mouly*, p. 292.

Delmas Saint-Hilaire Ph. et Hauser J.

« Liberté, égalité, familles », *LPA*, 7 mai 2004, n°92, p.p. 82-87

Dubos O.

« La kafala et le juge administratif : court séjour au pays de l'insécurité juridique », *Dr fam.* 2009, dossier 4, p. 22.

Dupret B.

« La charia dans l'altérité : Europe et Amérique du nord », in B. Dupret (ss dir.), *La charia aujourd'hui*, La Découverte, Paris, 2012, p. 225.

Duval-Veron C. et Wendling M.

« Kafala et droits patrimoniaux », *Dr. fam.* 2009, dossier 6, p. 32.

El-Hadi Chalabi et Charef Merkarbech,

« L'enfant conçu et né hors mariage ». *RASJEP* 1987, Vol 25, p. 229.

Elhoueiss J.-L.

-« Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé », *JDI* 2005, p. 281.

-« L'élément d'extranéité préalable en droit international privé », *Clunet* 2003, p. 39.

El-Husseini R.

-« Le droit international privé français et la répudiation islamique », *RCDIP* 1999, p. 427.

-« De la fixité du droit musulman face aux droits de l'homme, fiction ou réalité », in *Le droit en mouvement*, mélanges offerts à Méliné Topakian, Bruylant, 2005, p. 155.

El Kadi O.

« L'enfant en droit Egyptien », in L. Khaïat et C. Marchal (ss dir.), *L'enfant en droit musulman*, acte de colloque du 14 janvier 2008, p. 132

Etique Y.

« *La kafala : enjeux, pratiques et reconnaissance internationale* », Centre international de référence pour le droit de l'enfant privé de famille, travaux menés sous la direction de H. Boéchat en 2007. Document non publié. p. 10.

Eudier F.

« L'adoption simple », *AJF* 2008, p.452.

Fadel A.

« L'adoption », *RASJP*, 1968, vol 4, p. 1139.

Fallon M.

« La filiation internationale : problèmes nouveaux, solutions nouvelles ? », in *relations internationales*, M. Verwillghen et R. Valkeneer (ss dir.), Bruylant, 1993 p. 87 et sp. n°45.

Farge M.

« La détermination du droit applicable », in P. Murat (ss. dir), *Droit de la famille*, Dalloz 2007, n°412.51.

Fauvarque-Cosson B.

-« Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, p. 797.

-« Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, p. 125.

Favier Y.

-« L'adoption de l'enfant étranger : statut de l'enfant et portée de sa loi personnelle », *Dr. fam* mai 1999, p. 41

-« Les échecs de l'adoption », le paradoxe de l'adoption plénière ». *Info. sociale* n° 146/ 2008 p. 123.

Ferré N. et Sinopoli L.

« D'un modèle (famille) l'autre », *plein droit* n° 95 2012, p. 3.

Ferrie J N. Boïtsch G. Ouafik Amina.

« Vécu juridique, norme et sens de la justice à propos de l'avortement au Maroc », *Droit et Société*, n° 28- 1994, p. 683.

Fortier C.

-« Le don de sperme et le don d'ovocyte ou « trois font un » sexualité, inceste et procréation », in *Anthropologie et Psychanalyse : regards croisés*. P. Bidou, J. Galinier et B. Juillerat., éd EHESS Cahier de l'Homme, Paris 2005, p. 59.

-« Le lait, le sperme, le dos. Et le sang », *Cahiers d'études africaines* n°1, 2001, p. 100.

-« Filiation versus inceste en Islam », in *L'argument de la filiation aux fondements des sociétés européenne et méditerranéennes*, P. Bonte et J Wilgaux (ss dir.) éd. MSH, p. 243.

Foyer J.

-« Vingt ans d'application des articles 311-14 à 311-18 du Code civil », in *Mélanges à la mémoire de Danièle Huet-Weiller, Droits des personnes et de la famille, liber amicorum*, LGDJ, 1994, p. 127.

-« Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 285.

-« La réforme du droit de la filiation et le droit international privé », *TCFDIP* 1969-1971, p. 107.

-Rép. int. V° Adoption.

-« *Requiem* pour le renvoi », *TCFDIP* 1980-1981, p. 104.

Francescakis Ph.

-« Effets en France des jugements étrangers indépendamment de l'*exequatur* », *TCFDIP années 1946-1948, D.* 1951.

-« Philosophie du droit et droit international privé », *Archives de philosophie du droit* 1957

-« Droit naturel et droit international privé », in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, tome I *Droit international privé et droit international public*, Dalloz, 1960, p. 113

-« Quelques précisions sur les LAI et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966 p. 1

-« Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », séance du 19 janvier 1968, présidence de M. Lepaulle, in *TCFDIP, année 1966-69*, Dalloz, 1971.

-« Le contrôle de la compétence étrangère après l'arrêt "Simitch" de la Cour de cassation », *RCDIP* 1985.

-« Une extension discutable de la jurisprudence Rivière : l'application de la loi du domicile à la filiation légitime », *JDI* 1956, p. 254.

Fulchiron H.

-« Egalité, vérité, stabilité dans le nouveau droit français de la filiation », *Droit et patrimoine*, mars 2006, p.p. 44-52

Gallant E.

« Etablissement de la filiation : mise en œuvre de la règle de conflit », *J.-Cl. Droit international*, fasc. 548-10 n° 65.

Gaudemet Tallon H.

-« Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », in *TCFDIP années 1986-1987, 1987-1988*, Éditions du CNRS, 1989, p. 171.

-« L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des conventions de La Haye) », in *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994.

-« Les règles générales de conflits de lois en matière de filiation », in *La filiation : Colloque franco-polonais*, 1977, p. 189.

-« Le droit français de l'adoption internationale », *RIDC*, 1990, p. 567.

-« De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz 2003 p. 308.

M. Gobert

« Réflexion sur les sources du droit et les « principes » d'indisponibilité du corps humain et de l'état de personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 504.

Godechot-Patris S.

« Retour sur la notion d'équivalence », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 271.

Goubau D.

« L'open adoption au Canada », in Fine A., Neirinck C. (ss.dir.), *Parents de sang. Parents adoptifs, Droit et société*, 2000, Vol. 29, p.63-85.

Gouttenoire A.

-« La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », *AJFam.*, 2004, pp. 380-384.

-« La Convention internationale des Droits de l'enfant a, enfin, trouvé grâce aux yeux de la Cour de cassation ! », note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Dr. fam.*, 2005, comm. 156.

-« L'application directe de l'article 3-1 de la Convention internationale des Droits de l'enfant », note sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *Dr. fam.*, 2005, comm. 157.

-« Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.*, 2006, étude 6.

Gouttenoire A. et Lamarche M.

« La recherche d'équivalent : l'autorité parentale », *Dr. fam.*, 2009, dossier 9 et 10 p. 42.

Grabe G. et Haddab Z.

« Femmes-objets ou femmes-sujets : les enjeux du code de la famille en Algérie », in Amsatou Sow Sidibé et Mamadou Badji (ss dir.), *Genre, inégalités et Religion*, archives contemporaines 2007, p. 41.

Granet-Lambrechts F.

-« Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006 p. 17.

-« L'application en matière d'état civil des principes posés par la Convention européenne des - « droits de l'homme dans les États de la CIEC », *RD européen* 1997, p. 653.

-« Panorama européen de droit de la filiation », *Dr fam.* 2007, étude n° 30.

-« Filiation naturelle : Dispositions générales : Etablissement de la filiation naturelle » *Juris-Classeur Civil*, Droit de l'enfant, vol. 1, fasc. 320, 1998, p.p. 13-14, n° 46 à 49

-« Filiation naturelle : Recherche de paternité », *Juris-Classeur civ.*, Droit de l'enfant, fasc. 36, 1998, art. 340 à 340-7.

-« L'établissement non contentieux de la filiation » et « Les actions relatives à la filiation », dossier *Le nouveau droit de la filiation*, *AJFam.*, 2005, pp. 424-432.

Groslières J.

« La possession d'état pivot du droit de la filiation ou le danger d'une vérité sociologique ». *D.* 1991, p. 149.

Guisset S. Tidafi,

« Des formes d'adoption en Algérie », Vers l'éducation nouvelle, *Revue des CEMEA*, n° 520, p.70-75.

Yousni Haddad N.

« La kafala en droit algérien », in J. Pousson-Petit (ss dir.), *L'enfant et la famille nourricière en droit comparé*. Presse universitaire de Toulouse, p. 144.

Hammje P.

-« Droits fondamentaux et ordre public », *RCDIP* 1997.

-« L'ordre public de rattachement », *TCFDIP*, 2006-2008, p. 154.

Hausser J.

-« Vers une théorie générale du droit de la famille ? », *D.* 1991, Chron. 56.

-« Prestations familiales et modèles sociaux », *Rev. Dr. Sanit. Soc.* 1994, p. 633.

-« L'imagination juridique française », *Dr fam.*, 2009, dossier 11, p. 70.

Héritier-Augé F.

-« De l'engendrement à la filiation », *Topique : Revue Freudienne* 1989, 44, p. 173.

-« Identité de substance et parenté de lait dans le monde Arabe », BONTE Pierre (ss dir.), *Epouser au plus proche. Inceste, prohibition et stratégies matrimoniales autour de la méditerranée*, Paris 1994 : Editions de l'école des hautes études en sciences sociales, p. 148.

Hilt P.

-« L'intérêt supérieur de l'enfant, clé de voûte de la protection européenne des relations parents-enfants », *AJFam.*, 2004, pp. 384-389.

-« Présentation de la réforme de l'adoption », *AJFam.*, 2005, p.p. 340-341.

Hosni N.

« Le droit pénal musulman » *RIDP* 1985, p. 408.

Houot S.

« Des usages éthiques du droit islamique : une réponse aux enjeux posés par la reproduction médicalement assistée », *Revue droit et culture*, n° 59 2010 p. 334.

Huet A.

Les conflits de lois en matière d'établissement de la filiation depuis la loi du 3 janvier 1972, Rapport sur les conflits de lois en matière de filiation : Travaux de l'Institut de droit comparé de Strasbourg, 1973, p. 19.

Ibn Abî Zayd Qayrawani.

« La risâla ou épître sur les éléments du dogme et de la loi de l'islam selon le rite malékite », trad. L. Bercher. Alger, 1968 p. 207.

Iamarene-Djerbal D.

« Les violences à l'encontre des femmes et des enfants en Algérie. Témoignages et réflexions, VEAUUVY Christine, ROLLINDE Marguerite, AZZOUG Mireille (ss dir.), *Les femmes entre violences et stratégies de liberté, Maghreb et Europe du Sud*, Paris, 2004, Editions Bouchène, p. 123.

Jeudy-Ballini, M.

-« De la filiation en plus : L'adoption chez les Sulka de Nouvelle-Bretagne », *Droit et Cultures* 1992, p.109.

-« Naître par le sang, renaître par la nourriture : un aspect de l'adoption en Océanie, in Fine A. (ss dir.), *Adoptions. Ethnologie des parents choisies*, Paris 1998, Maison des sciences de l'homme, p. 19.

Jahel S.

« La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français », *RDIC* 1994, p. 32.

Josselin-Gall M.

-« Adoption internationale : la difficile élaboration législative d'une règle de conflit de lois », *JCP N* 2000, p. 1319.

-« Adoption internationale : changement de logique », *JCP N* 2002, p. 1255.

Joubert N.

« L'application de la loi étrangère : modes de fonctionnement des magistrats français dans leur confrontation aux droits des pays arabes », in *Ordre public et droit musulman de la famille*, N. Bernard-Maugiron et B. Dupret Bruylant Bruxelles 2012, p. 356.

Jouinville L.

« La filiation maternelle naturelle en droit musulman », *Revue marocaine*, 1952, p. 256.

Jowhar M.

« L'établissement de la filiation et le désaveu de paternité entre la médecine et le pittoresque », *Rev mar. Dr. éco. Dévelop.* N° 50 2004, p. 152.

Khalid B.

« Le Code marocain de la famille d'un point de vue du droit international privé », *revue al Morâfa'a* n° 16 p. 61 et s.

Lacoste-Dujardin C.

-« De vos enfants adoptifs, Allah n'a point fait vos fils », *Autrement*, 1988, p. 221.

-« Quelques problèmes du monde féminin maghrébin en immigration en France », *Les migrations au féminin* 2002 , p. 101.

Laqzadri S.

« Adoption, kafala ou recueil légal : Mode d'emploi d'un calvaire à vivre », *Gazette du Maroc* 1^{er} Avril 2002.

Laplanche-Joinville J.

« La filiation maternelle naturelle en droit musulman malékite », *Revue marocaine de droit*. 1952. p. 262.

Lagarde P.

-« Le droit transitoire des règles de conflit après les réformes récentes du droit de la famille », *TCFDIP* 1977-1979, p. 89.

-« La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification » *Rev. crit. DIP* 2001, p. 275.

-« La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation : l'expérience française » in *Nouveaux itinéraires en droit*, hommage à F. Rigaux, Bruylant 1993, p. 263.

-« La nouvelle convention de la Haye sur la protection des mineurs », *Rev. crit. DIP*. 1997, p. 217.

Larribau-Terneyre V.

-« Feu les enfants légitimes et naturels, vive la présomption de paternité », *Dr. fam.*, octobre 2005, repère 9.

-« Les deuxièmes États généraux du droit de la famille : constat d'évolution ou de révolution ? », *Dr. fam.*, 2006, repère 1.

Lavallée C.

« Pour une adoption sans rupture du lien de filiation d'origine », *info. Sociale* 2008, n° 146 p. 134.

Le Boursicot M-C.

-« Accéder à ses origines personnelles, le rôle du conseil national pour l'accès aux origines personnelles ». *Info. sociale.*, n° 146/ 2008, p. 80.

-« La kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », *Droit et culture* 2010, p. 282.

-« Du secret absolu au secret relatif », dossier *L'accès aux origines personnelles*, *AJFam.*, 2003, p.p. 86-89

Légier G.

« Les rapports familiaux et l'ordre public au sens du droit international privé ». *RRJ* 1999, p. 293.

Lequette Y.

-« Le droit international privé et les droits fondamentaux », in R. Cabrillac, M.-A.

Frison-Roche, T. Revet, *Libertés et Droits fondamentaux*, 10^{ème} édition, Dalloz, 2004, p. 97

-« L'évolution du droit international privé français de la filiation et du divorce », *Trav. assoc. Capitant*, 1988, p. 467.

-« Observation sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation », *Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ 2008, p. 647.

Levinet M.

« L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTDH* 1999, n° spécial, p. 109-111.

Libchaber R.

-« L'exception d'ordre public en droit international privé », *Colloque d'Avignon, l'ordre public au 20^{ème} siècle, 7 octobre 1994*, Dalloz, 1996, p. 65.

Lochak D.

« Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, 1987, p.p. 778-790.

Loussouarn Y.

-« La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », in *TCFDIP* années 1980-1981 tome II, édition du CNRS, 1983, p. 43.

-« L'évolution de la règle de conflit de lois », in *TCFDIP*, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985, éditions du CNRS, p. 79.

-Le rôle de la méthode comparative en droit international privé, *Rev. crit. DIP* 1979, p. 307.

Mahdi A. El

« De l'influence du droit musulman sur le droit positif en Egypte », *Rev. Jur. Pol et coop.* 1984, p. 77.

Mahieddine N.

-« L'évolution du droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi 4 mai 2005 », *Revue l'année du Maghreb* 2005, p. 99.

-« L'enfant entre ses droits et ses intérêts en droit musulman et en droit algérien », in H. Fulchiron (ss dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers le monde*, Bruylant, 2004. p. 273.

Malaurie Ph.

-« La législation du droit international privé en matière de statut personnel » *TCFDIP* 1975-1977, p. 177 s.

-« L'équivalence en droit international privé », *D.* 1962, p. 215.

-« Mariage et concubinage en droit français contemporain », *Archives de philosophie du droit*, 1975, p.p. 17-28

Martin-Lassez J.

« L'intérêt supérieur de l'enfant et la famille : États généraux du droit de la famille », *Dr. fam.*, 2007, étude 4.

Massalve E. et Corso C.

« Kafala transfrontière : la nécessaire adoptabilité, en France, des enfants sans filiation », *AJF* 2010, p. 227.

Massip J.

Le nouveau droit de la filiation : Defrénois 2006, art. 38324.

Massip J., Morin G. et Aubert J.-L.

La loi du 3 janvier 1972 sur la filiation, Defrénois 1972, art. 30092, p. 519.

Mayer P.

-« Évolution du statut de la famille en droit international privé », *JDI* 1977, p. 457.

-« Droit au procès équitable et conflits de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 1996, p. 133.

-« La méthode de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, *op. cit.*, p. 547.

Maymon-Goutaloy M.

« De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'Homme », *D.*, 1985, chron. XXXVII.

Mazeaud H.

« Une famille dans le vent : la famille hors mariage (Le projet de loi relatif à la filiation) », *D.*, 1971, chron. XV.

Mellakh K.

« De la *Moudawana* au nouveau Code de la famille au Maroc : une réforme à l'épreuve des connaissances et perceptions « ordinaires », *L'année du Maghreb*, Edition 2005-2006, Tome 2, p. 35.

Merkarbech C.

« L'enfant conçu et né hors mariage », *RASJEP* 1987, p. 299.

Mercoli S.

« A propos de l'impossibilité d'adopter un enfant étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution », *Petites affiches* 2000, p. 15.

Mernissi S.

« La filiation de l'enfant en droit musulman », in chr. VON BAR (éd.). *islamic law and its Reception by the courts in the West*, Khöl, C Heymann 1999, p. 119.

Messaoudi L.

« Grandeurs et limites du droit musulman au Maroc », *RIDC* 1995 Vol. n° 1 1995, p. 147.

Meulders-Klein M. T.

« Réflexion sur la destinée de la possession d'état d'enfant », in *Mélanges D. Huet-Weiller*, LGDJ 1994, p. 319 et 321.

Meyer-Fabre N.

« La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit. Dip* 1994, p. 259.

Mezghani A.

-« Le juge français et les institutions du droit musulman », *JDI* 2003, p. 721

-« Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels » in *Mélanges en l'honneur du doyen Sassi Ben Halima*, CPU 2005, p. 664.

Millet F.

-« La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G*, 2006, I-112.

-« L'adoption : d'un intérêt à l'autre » *RRJ* 2003, p. 1776.

Monèger F.

-« La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *RCDIP* 1984, p. 29, p. 267

-« Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français », *JDI* 1994, p. 361.

-« Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *Dr. fam.* 2005, p. 7.

-« L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 » *Dr. fam.* 2001, étude 15.

-« L'adoption internationale dans le Code civil (L. 2001-111, 6 février 2001) », *JCP N* 2001, p. 667.

-« Le prononcé d'une adoption en France : les règles de conflits énoncées par la loi du 6 février 2001 : *RIDC* 2003, p. 820.

-« Familles et prestations sociales dans les relations franco-algériennes », *Rev. dr. san. soc.* 2003.

-« Les musulmans devant le juge français », *JDI* 1994 p. 34503, p. 673.

Muir Watt H.

-« Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », *Rev. crit. DIP* 1999, p. 469.

-« *La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale* », *JDI* 2001, p. 995.

-« Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes », *RIDC*. 2003, p. 833

-« Les principes généraux en droit international privé », *Clunet* 1997, p. 410.

-« La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*. 2000, p. 512.

Mulliez J.

« La désignation du père », in *histoire des pères et de la paternité* », J. Delumeau, et D. Roche, Larousse, 1990, p. 30.

Munoz-Péres F.

« Aspects comportementaux et dans l'évolution des naissances hors mariage en France et en Espagne », in *Enfants d'aujourd'hui, diversité des contextes, pluralité des parcours*, acte de colloque de Dakar 12 décembre 2002, AIDELF.

Murat P.

-« Les transformations de la famille : quel impact sur les finalités de l'adoption », *Info. social.* n° 146 2008, p. 21.

-« L'évolution du droit à l'adoption en Europe » in *Le statut de l'enfant dans l'espace européen*. D. Gadbin et F. Kernaleguen (ss dir.), Bruylant 2004, p. 123.

-« Le refus de la transformation en adoption », *Dr fam.* 2009, dossier 8, p. 39.

Nasraoui M.

« Les enfants abandonnés en Tunisie : analyses de la situation de l'enfant et de la mère », *Cahiers du CERES*, série psychologie, 1990, p. 139.

Ouadah-Bedidi Z. et Vallin J.

« Maghreb : la chute irrésistible de la fécondité », *Population et sociétés*, 2000.

Oppetit B.

« Le développement des règles matérielles », in *TCFDIP*, journée commémorative du Cinquantenaire, problèmes actuels de méthode en droit international privé, Paris, 23 novembre 1985, éditions du CNRS, p. 121.

Oubrouk T.

« La kafala et la sharia », *Dr fam* 2009, Dossier 2.

Ouellette F-R.

-« L'adoption face aux définitions de la famille et de l'institution généalogique », Fine Agnès, Neirinck Claire (ss dir.), *Parents de sang. Parents adoptifs*, L.G.D.J. 2000 p. 325.

-« Les usages contemporains de l'adoption », Fine Agnès (dir.), *Adoptions. Ethnologie des parentés choisies*. Editions de la MSH., p153.

Pallard R.

« La filiation illégitime en droit international privé français », *Rev. crit. DIP* 1952, p. 623.

Pamboukis C.

« La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 513.

Papi S.

« Islam et droit musulman au Maghreb », *L'année du Maghreb* 2004, p. 429.

Péroz H.

« La légitimation en droit international privé après l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *JDI* 2006, p. 581.

Playoust O.

« Normativité et légitimité du droit », *Droit prospectif*, 1993, I, p. 193.

Poisson-Drocourt E.

« Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, p. 1404.

Ponsard A.

« La loi française du 3 janvier 1972 », *JDI* 1972, p. 765.

Pousson-Petit J.

« Chronique du droit des personnes et de la famille en Belgique », *Dr. fam.*, 2003, chron. 30.

Prévost L.

« L'intégration familiale de l'enfant sans famille en Algérie et en Tunisie : *kafala* ou adoption », *Studi arabo-islamici del PISAI*, n°8, 1996, p. 155.

Prioux F.

« Les couples mariés en 2005 : quelle différences avec les couples mariés », *Polit. soc. familiale* juin 2009 n° 96 p. 87 et s.

Rachid M.

« La magistrature marocaine et l'évolution de la Mudawwana », in *Femme et sciences sociales au Maroc. Tradition, mutation, aspiration. Revue maghrébine du livre*, n° 9 mai 1997, p. 45.

Raymond Guy

« La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance », *JCP G* 1990, I-3451.

Raynaud P.

-« Conflit de lois autour de l'action alimentaire des enfants adultérins et incestueux », in *Mélanges Maury* : Dalloz et Sirey, 1960, t. I, p. 417 s.

-« L'inégalité des filiation légitimes et naturelle quant à leur mode d'établissement », *D.* 1981, chron. p. 1.

Revillard M.

-« L'adoption internationale à la suite de la circulaire du 16 février 1999 », *Deffrénois* 1999, p. 917.

-« La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *Deffrénois* 2001, p. 333.

Rémy-Corlay P.

« Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de loi », *Rev. crit. DIP.* 2003, p. 37.

Riendeau M.

« L'adoption internationale : le Québec est-t-il une terre promise ? », in M. Riendeau et S. Massé, *L'adoption d'enfants sur une base internationale, défi juridique de notre société moderne*, Yvon Blais, 1984, p. 47.

Roussillon A.

« Réformer la Mudawwana : statut et conditions des Marocains », *Maghreb Machrek n° 179 : Femmes dans le monde arabe* 2004, p. 79.

Rubellin-Devichi J.

-« L'adoption à la fin du XXe siècle », Études offertes à P. Catala, Litec, 2001, p. 341.

-« L'adoption est l'intérêt supérieur de l'enfant », *JPC* 1999, p 160.

-« Réflexion sur une indispensable réforme en matière d'adoption », *D.* 1991, chron., p. 213.

-« Le sort de l'enfant étranger interdit d'adoption », *JCP* 2007, I, n° 170.

Rude-Antoine E.

« La famille algérienne, son statut personnel en contexte migratoire », des actes obligatoires et/ou autorisés aux actes réprouvés et interdits, *Bulletin du Barreau* 2000, Actes du Colloque : « la part du droit dans les relations familiales franco-algériennes.

Saadi N.

« Le nom, le sang ou la filiation exhortée par le droit », *RASEJP* 1991, Vol 29 n° 1-2 p. 63.

Sageot C.

« Droit d'origine, les enjeux et les leurres », in *Droit d'origine, la parole des acteurs*, C. Sageot (ss dir.) L'Harmattan 1999, p. 19.

Salem G.

« Problèmes de la filiation en droit musulman et solutions de la jurisprudence tunisienne », in *Mitteinlugen des deutschen*. Orient-instituts, Hamburg, 1973, p. 10.

Salvage-Gerest P.

-« La circulaire Guigou du 16 février 1999 : Quelles perspectives pour l'adoption internationale », *Dr. fam.*, 1999, p. 4.

-« Réflexions sur l'article 370-3 alinéa 3 du Code civil après l'arrêt de la cour d'appel de Rennes du 29 janvier 2007 », *Dr. fam.* 2007, étude 8.

-« La reconnaissance d'enfant, ou de quelques surprises réservées par l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.*, 2006, étude 4.

-« Adoption internationale - chapitre 224 », *Droit de la famille*, Dalloz Action, 5^{ème} éd. 2010.

Sammam M.

« L'adoption », *RJL*, 1959, p. 169.

Sarehane F.

« Le nouveau code marocain de la famille », *Gaz. Pal.* 3-4 septembre 2004 p. 2792.

Savatier R.

« Conflit entre la loi nationale de l'enfant et la loi nationale du père ou de la mère en matière de filiation », *JDI* 1951, p. 336 s.

Sayed A.

-« Qu'est-ce qu'un immigré », in Sayed Abdelmalek (ss dir.), *L'immigration ou paradoxe de l'altérité*, Editions universitaires, Paris, 1991, p. 51.

-« Les enfants illégitimes », in Sayed Abdelmalek (ss dir.), *L'immigration ou paradoxe de l'altérité*, Editions universitaires, Paris 1991, p. 185.

-« La malédiction », in Bourdieu Pierre (ss dir.), *La misère du monde*, Seuil, Paris 1993, p. 823.

Schacht J.

« Ankylose de la loi religieuse », in *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'islam* : acte du symposium international d'histoire de la civilisation musulmane Bordeaux, 1956, p. 150.

Ségalen M.

« La parenté », Segalen Martine (dir.), *Ethnologie, concepts et aires culturelles*, L'Harmattan 2001, p. 70.

Sègues S. et Toullier A.

« L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales », *Dr. soc.* 2005, p. 665.

Séguin D.

« L'application de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant en droit des étrangers », *Rev dr adm.* n° 8 Aout 2010, prat. 3.

Simon-Depitre M. et Foyer J.

La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé : JCP G 1973, I, 2566

Sow Sidibé A.

« Politique juridique et État de droit au Sénégal » in *État de droit, droit fondamentaux et diversité culturelle*, J. Luc Chabot, P. Arsac et H. Pallard (ss dir.), L'Harmattan 1999 p. 183.

Sturlèse B.

« La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », JCP, 1994, 101234

Sutton G.

« Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris », *TCFDIP* 1983-1984, p. 193 s.

Tavernier P.

-« Les États arabes, l'ONU et les droits de l'homme. Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les Pactes de 1966 », in G. Conac et A. Amor (dir.), *Islam et droits de l'homme*, Economica, 1994, p. 57.

-« L'ONU et l'affirmation de l'universalité des droits de l'homme », *RTDH* 1997, p. 379.

Théry R.

« Les personnes à charge et le droit de la famille », *JCP* 1948, I, 739.

Turki R.

« Le tabou de la maternité célibataire dans les sociétés arabo-musulmanes (exemple de la Tunisie) », El HAGGAR Nabil (dir.), *la méditerranée des femmes*, L'Harmattan 1996, p. 133.

Vandevelle H.

-« Y a-t-il des concubinages au Maghreb ? *in Des concubinages dans le monde* J. Rubellini Devichi (ss dir.) Ed. CNRS, Paris 1990, p. 35 et s.

-« Quelques remarques sur la nature et la fonction du Droit, à propos de l'article 46 du code algérien de la famille », communication faite au colloque d'Oran 23 mais 1986.

Vasseur-Lambry F.

« Le statut des mineurs maghrébin en France » *in* Jacqueline Pousson-Petit, *Le droit maghrébin des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français*, L'Harmattan, Paris 2009, p. 382.

Vedel G.

« La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950. I. p. 851

Viard M.-P.

« Regroupement familial, kafala et intérêt supérieur de l'enfant, *AJDA* 2009, p. 378.

Van Loon J.-H.-A.

Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger : Actes et documents de la dix-septième session de la convention de La Haye de droit international privé, t. II, La Haye, 1994, SDU, p. 10.

Von Overbeck A.-E.

-« L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation », *in Mélanges Schnitzer* : p. 361 s.

-« La reconnaissance de des rapports d'autorité 'ex lege' selon la convention de la Haye sur la protection des mineurs », *Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux*, éditions universitaires de Fribourgs 1977, p. 455.

Wengler W.

-« Les conflits de lois et le principe d'égalité », *RCDIP* 1963, p. 203, p. 503.

-« L'évolution du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *RCDIP* 1990, p. 657.

Yavari-D'Hellencourt N.

« L'adoption en droit iranien », *in Adoption et cultures : de la filiation à l'affiliation*, Zerdalia K.S Dahoun (ss dir), L'Harmattan, p. 143.

Yntema H. E.

« Les objectifs du droit international privé », *Rev. crit DIP* 1959, p. 19.

Zemmour-Khors

« Mères célibataires et enfants abandonnés en Algérie », *Journal de Pédiatrie et de Puériculture*, 1994, p. 359.

Zenie-Ziegler W.

« *La face voilée des femmes d'Egypte* », *Mercure de France* 1985, p. 99.

IV- Notes, conclusions, rapports, observations

Alexandre D.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 1988, Shule, *JDI* 1989, p. 349.

Ancel B.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, Aneur, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 383.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 652.

-note sous CA Lyon, 31 octobre 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 558.

Aubert S.

-note sous CA Paris, 13 janv. 2000, *D.* 2000, p. 898.

-note sous CA Paris, 16 avr. 1996, *D.* 1997, p. 344.

-note sous CA Paris, 13 janv. 2000, *D.* 2000, p. 898.

Audit B.

-note sous TGI. Paris 12 juillet 1982, *D.* 1983, p. 200.

-note sous CA Paris, 22 mai 2001, *D.* 2002, p. 1400.

Azzi T.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006, *JCP*, 2006 ,II, 1065.

Barrière-Brousse I.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *JDI* 1994, p. 126.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *JDI* 1994, p. 124.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2011, *JDI* 2011, p. 15.

Batiffol H.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1948, *Rev. crit. DIP.* 1949 p. 89.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 17 avril 1953 : *Rev. crit. DIP* 1953, p. 421.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 22 février 1961, *Rev. crit. DIP* 1961, p. 382.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 3 janv.1980, *Rev. crit. DIP*,1980, p. 331.

Bottiau A.

-obs. sous CA Paris, 13 oct. 2005, juris-data n° 2005-288762, *LPA* 19 juin 2006, p. 14.

-obs. sous CA Paris, 19 juin 1992, *D.* 1993, somm. p. 120.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1994, *D.* 1995, somm. p. 137.

Boiché A.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *AJF* 2009, p. 170.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2006, *AJF* 2007, p. 32

-note sous CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France, *AJF.* 2012, p. 546.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, *AJF*, 2008, p. 394.

Brière C.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2006, *JDI* 2007, p. 564

Chalas C.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, *JDI* 2011, doc. 10.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *JDI* 2005, p. 1131.

Courbe P.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 novembre 1986, *JCP* 1988, II 20967.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *D.* 2010, p. 1585.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *D.* 2006, p. 1497.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 15 mars 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 486.

De Soto J.

-note sous CA Fort-de-France, 24 avril 1952, *JDI* 1953, p. 671.

Devers A.

-note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 2009, *Dr. fam.* 2009, comm 118.

Droz G.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 1997, *Rev. crit. DIP* 1998, p. 602.

Dubos O.

-note sous CE, 24 mars 2004, *JCP A* 2004, p. 865.

Egea V.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *D.* 2009, p. 730.

-obs sous Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, *AJF*, 2144.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *D.* 2005, p. 1909.

Fadlallah I.

-note sous CA Paris, 11 mai 1976, *Rev. crit. DIP.* 1977, p. 109

Farge M.

-note sous CA Paris 18 mars 2004, *Dr fam.* 2004 comm. 45.

-note sous CA Paris 23 octobre 2003, *Dr. fam.*, 2004, étude 12.

-note sous CA Nîmes, 2 sept. 2009, *Dr. fam.* 2010, Comm. n° 91

-note sous CA Paris 17 juin 1997, *JCP* 1998, I, p. 151.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 11 janvier 2005, *Dr. fam.* 2005 comm. 197.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006, *Dr fam.* 2006 comm 178.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, *Dr. fam.* 2012, comm. 19-note sous Cass. 1^{re} civ., 20 septembre 2006, *Dr fam.* n°4 avril 2007 comm. 95.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. 96.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *JCP*, G, 2009, II, 10072.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, *Dr. fam.* 2008 comm. 133.

-note sous CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France, *Dr. fam.* 2012, comm 187.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, *Dr. fam.* 2010, comm 160.
- note sous CE. 13 juillet 2010, *Dr. fam.* 2010, comm 168.
- note sous C.A Amiens 20 mars 2003, *Dr. fam.* 2002, comm. 9.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 janv. 2011, *Dr. fam.* 2011, comm 46.

Favier Y.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2002, *JCP G* 2003, I, 148.

Fermaud L.

- note sous TA Montpellier, 7 mai 2009, *SJACT* 2009, 2192.

Fillion-Dufouleur B.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1998, *JCP G* 1998, II, 10181.

Fongaro E.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2009, *JDI*, 2009, p. 154.

Foyer J.

- note sous Cass. 1^{re} civ. 3 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 495.
- note sous TGI Paris, 29 novembre 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 708.
- note sous TGI. Paris, 23 nov. 1993, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 703.
- note sous CA Paris, 11 mai 1976, *JDI* 1977, p. 656.
- note sous Cass. 1^{er} civ, 23 nov. 1976 *Rev. crit. DIP* 1977, p. 746.
- note sous CA Paris, 11 juillet. 1975, *Rev. crit. DIP* 1976, p. 700.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 622.

Fulchiron H.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1999, *Dr. fam.* 2000, comm 110.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *JCP, G*, 1993, I, 3688.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2006, *D.* 2007, 816, obs. Fulchiron.

Gallmeister. I.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, *D.* 2010 p. 1076.
- obs. sous CEDH, n° 25951/07 ; Gaset Dubois c/ France, *D.* 2012. p. 814.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 avril 2006, *D.* 2006, p. 1065.

Garé Th.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, *JCP G*, 2011, p. 301.
- note sous Cass 1^{re} civ., 1^{re} juillet 1997, *JCP G* 1997, II. 22916.

Gaudemet-Tallon H.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 1984, *JDI*, 1985, p. 434
- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 1986, *JDI* 1987, p. 332.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 1988, *Rev. crit. DIP* 1988, somm. p. 763.
- note sous CA Nancy, 4 oct. 1985, *JDI* 1987, p. 94.

Gautier P.-Y.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 11 juillet 1988,, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 81.

Gouttenoire A.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *D.* 2009, p. 1918.

-note sous sous CEDH, n° 25951/07 ; Gaset Dubois c/ France, *JCP* 2012, p. 589.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Dr. fam.* 2005, comm. 156.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, *Dr. fam.* 2006, comm. 28.

Granet Fr.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *JCP G* 2005, II, 10081.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996, *D.* 1997, p. 156.

Grataloup S.

-note sous CEDH, 22 avril 1997, n° 21830/93 X, Y et Z c/ Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du nord, *D.* 1997, p. 583.

-note Cass. 1^{re} civ., 14 avril 2010, *JDI*, 2010, comm 10.

Guerchoun F.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *Gaz. Pal.* 2009, p. 18.

Guiho

-note sous Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1976, *D.* 1978, p. 489.

Hartell B.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 2010, *AJF* 2011, p. 101.

Hammje P.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Rev. crit. DIP*, p. 747.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 17 février 2004, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423.

-obs. sous CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France, *D.* 2012. p. 2947.

Hauser J.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 25 février 2009, *RTDciv* 2009, p. 308.

-obs. sous CEDH, n° 25951/07 ; Gaset Dubois c/ France, *RTD civ.* 2012, p. 306.

-obs. sous CE, 7 juillet 2004, *RTDciv* 2004, p. 722.

-obs. sous CE, 27 juin 2008, *RTDciv* 2008, p. 665.

-note sous CA Lyon 23 octobre 2007, *JCP* 2008, VI, 2248.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *RTD civ.* 2005, p. 584.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2005, *RTD civ.* 2005, p. 763.

Huet A.

-note sous TGI. Paris 12 juillet 1982, *JDI* 1983, p. 374.

-obs. sous CA Paris, 22 févr. 1990, *JDI* 1991, p. 162.

Kerchhove E.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 mars 1993, *D.* 1994 somm. p. 33.

-note sous CA Paris, 12 mars 2009, *LPA* 2010, p. 7.

Kinsch P.

-note sous CEDH, juin 2007, *Rev. crit. DIP* 2007, p. 807.

Laborde J.-P.

-note sous Cass. 2^e civ., 11 juin 2009, *Dr soc.* 2009, p. 1144.

Lagarde P.

-note sous TGI. Paris 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 83.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 13 mars et 27 avril 2007, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 87.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 8 janvier 1968, *Rev. crit. DIP*, 1968, p. 276.

-note sous CA Limoges, 11 mai 1970, *Rev. crit. DIP*, 1970, p. 665.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 447.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 9 juillet 2008, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 828.

Larribau-Terneyre V.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995, *D.* 1995, p. 544

-note sous CA Pau, 12 déc. 1994, *D.* 1995, p. 544.

Le Boursicot M.-C.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2006, *RJPF* 2007-1/35.

-obs. sous CEDH, 28 juin 2007 n° 76240/01 Wagner c/ Luxembourg, *RJPF*, 2007, p. 23.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2003, *RJPF* 2004, p. 21.

-obs. sous CA Metz, 4 févr. 2003, *RJPF* 2006-10/24.

-obs. sous CA Paris, 8 juin 2006, *RJPF* 2006-10/24.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 18 juillet 2000, *RJPF* 2001-1/43, p. 20.

Lequette Y.

-note sous TGI Paris, 1^{er} mars 1977, *Rev. crit. DIP* 1978.

-note sous TGI Paris, 30 avril 1985, *Rev. crit. DIP* 1986, p. 313.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1986, Ameur, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 383.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 30 janv. 1979, *Rev. crit. DIP* 1979, p. 629.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 291.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 277.

Mbala F.

-obs. sous CA Paris, 29 avril 2003, *D.* 2004, somm. comm. p. 459.

Marchadier F.

-note sous CA Limoges, 25 janvier 2001, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 686.

-note sous CEDH, 28 juin 2007 n° 76240/01 Wagner c/ Luxembourg, *D.* 2007, p. 2700.

Marguénaud J-P.

- note sous CEDH, 4 octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France, *RTD civ.* 2012, p. 705.
- note sous CEDH, n° 25951/07 ; Gaset Dubois c/ France, *RTD civ.* 2012, p. 275.

Martel D.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 2010, JCP, G. 2011, p. 302.

Massip J.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1999, *Defrénois* 2000, p. 109.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *D.* 1994, p.68.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, *Defrénois* 2000, p. 660.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 1984, *Defrénois* 1985, p. 1006.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 1994, *Defrénois* 1994, p. 1437.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995, *Defrénois* 1996, p. 320.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 30 septembre 2003, *Defrénois* 2004, p. 155.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005, *Defrénois* 2005, p. 1851.

Monèger F.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 1 juillet 1997, *JDI* 1997, p. 973.
- note sous Cass. 1^{ère} civ., 10 mai 1995, *JDI* 1995, p. 625.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, *JDI*, 2000, p. 737.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996, *D.* 1997, p. 3.
- note sous CA Lyon 12 déc. 2000, *JDI* 2002, p. 477.

Motulsky M.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 12 mai 1959, Bisbal, *JCP* 1960. II. 11734.
- note sous Cass. 1^{er} civ., 8 décembre 1953, *Rev. crit. DIP* 1955, p. 133.

Muir-Watt H.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 14 février 1994, *Rev. crit. DIP.* 1994, p. 341.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 avril 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p 698.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 février 1994, *Rev. crit. DIP.* 1994. p. 84.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 1997, *Rev crit DIP* 1997, p. 706.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 16 décembre 1997, *Rev. crit. DIP*, 1998, p. 433.
- note sous C.A. Versailles 24 septembre 1992, *JCP* 1993 II 22049.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1990, *JCP G* 1990, II, 21635.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 1er juin 1994 : *Rev. crit. DIP* 1994, p. 654.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 mai 1995, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 547.
- note sous CA Paris, 4 juin 1998, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 108.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 483.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Rev. crit. DIP* 1999, p. 707.

Murat P.

- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 1 juillet 1997, *Dr. fam.* 1997, comm 119.
- obs. sous Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, *Dr fam* 2000, comm 85.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 5 avril 2005, *Dr fam.* 2006, comm n°107.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, *Dr. fam.* 2006, comm. 98.

Neirinck C.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2013, *Dr. fam* 2013, comm 104.

Niboyet J.-P.

-note sous C.A Paris, 9 janvier 1943, *Rev. cri. DIP* 1946, p. 93.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 22 mars 1944, *D.* 1945, p. 77.

-note sous Ch. Req., 3 mars 1930, Hainard, *JCP.* 1930. I, p. 377.

Poisson-Drocourt E.

-note sous Cass. 1^{re} c iv, 31 janvier 1990, *Rev. crit. DIP*, 1990, p. 519.

-note sous TGI Versailles, 5 février 1992 et CA Versailles 24 septembre 1992, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 251.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 1 juillet 1997, *D.* 1998, p. 187.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 1 juin 1994, *Rev. crit. DIP*, 1994 p. 654.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 1984, *D.* 1985, p. 459.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 31 janv. 1990 : *Rev. crit. DIP* 1990, p. 519.

-note sous CA Versailles 1er juillet. 1999, *JDI* 2000, p. 55.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 12 novembre 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 557.

Revillard M.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 1999, *Deffrénois* 2000, p. 699.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 8 mars 2005, *Deffrénois* 2005, p. 1219.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2005, *Deffrénois* 2005, p. 1219.

Rolland P.

-obs. sous CEDH, 13 juin 1979, requête n°6833/74 Marckx c/ Belgique, *JDI* 1981, p. 181.

Rubellin-Devichi J.

-obs. sous Cass. 1^{re} civ., 13 juillet 2005, *JCP G* 2005, I, p. 199.

Sainte-Rose J.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1999, *D.* 1999, p. 483.

Tournepiche A.-M.

-note sous CE, 24 mars 2004, *AJDA* 2004, p. 1425.

Verdot A.

-note sous CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, *JCP G* 2007,II, 10073.

Vignal T.

-note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1999, *JCP G* 2000, II, 10353.

Table des matières

Introduction	1
PARTIE 1- LE PRINCIPE DE LÉGITIMITÉ	13
Titre 1- LA COMPREHENSION DU PRINCIPE DE LEGITIMITE EN DROIT MUSULMAN.....	15
Chapitre 1- L'exclusivité du principe de légitimité.....	17
Section 1- Une filiation fondée uniquement sur le mariage.....	17
§1- Le mariage : un fondement ambivalent	18
A- Le mariage : révélateur du lien biologique	19
1- Le régime strict de la présomption de paternité dans le droit musulman classique	19
2- Le souci de la filiation biologique dans le droit musulman contemporain	23
B- Le mariage : facteur de solidité du lien de filiation	24
1- Une présomption de paternité quasi irréfragable	25
a- Présentation du serment d'anathème	25
b- L'inefficacité congénitale du désaveu de paternité.....	27
2- L'absence de valeur de la preuve scientifique	29
§2- Le mariage : un fondement permanent	32
A- Les raisons de la permanence	32
1- Les raisons d'ordre institutionnel	32
2- Les raisons d'ordre culturel	34
a- L'enracinement du modèle patriarcal et agnatique dans les mentalités musulmanes	35
b- L'impact sur le droit de la filiation	36
B- L'illustration de la permanence : la procréation médicalement assisté	37
1- La légalisation des techniques de PMA renforçant le mariage	38
a- La PMA et la doctrine	39
b- L'influence décisive sur les législations contemporaines	41
2- Le refus des formes de PMA affaiblissant le mariage	44
a- L'interdiction du don de sperme	44
b- L'interdiction de la technique des mères porteuses	45
Section 2- L'interdiction de la filiation hors mariage	47
§1- Le caractère intempestif de la prohibition de la filiation hors mariage	48
A- La fragilité de la règle prohibant la filiation naturelle	49
1- Une règle sans fondement juridique valable	49
2- Une règle socialement injuste	51
B- Les conséquences néfastes de la règle prohibant la filiation naturelle	53
1- Une sanction contre l'enfant	53
2- Un rattachement à la mère source de préjudice	54
a- La subordination de la filiation maternelle à la filiation paternelle	54
b- Les effets limités de la filiation maternelle	56
§2- L'attitude timorée des législateurs musulmans vis-à-vis de l'enfant naturel	57
A- La préférence à la prise en charge plutôt qu'à l'établissement de la filiation	57
B- Le non-dit comme méthode législative	59
Conclusion du chapitre 1	61

Chapitre 2- La souplesse du principe de légitimité	63
Section 1- Une définition large du mariage au service de la filiation	64
§1- L'anéantissement du mariage et la création d'un lien de filiation	64
A- La considération du mariage nul comme mariage valide	65
B- La théorie de l'enfant endormi.....	66
1- L'efficacité de la théorie de l'enfant endormi	67
a- Les vertus légitimantes de la théorie de l'enfant endormi	67
b- Un stratagème féminin pour atténuer la force du patriarcat	72
2- L'obsolescence de la théorie de l'enfant endormi	73
§2- L'Incertitude sur le mariage et la faveur à la filiation	74
A- L'apparence de mariage assimilée au mariage	75
1- Le mariage, apparent source de filiation.....	75
2- Le mariage domestique, source de légitimité	79
B- Le lien de filiation découlant d'une erreur sur le lien matrimonial.....	82
1- Les finalités humanitaires de la notion d'erreur dans le droit musulman classique.....	82
2- L'instrumentalisation du concept d'erreur par le législateur moderne	83
Section 2- La volonté source de légitimité	85
§1- Le lien ambigu de la reconnaissance de paternité avec le mariage.....	86
A- La subordination de la reconnaissance au mariage.....	87
1- La condition de la licéité de la relation parentale	87
2- Un lien approuvé par la jurisprudence.....	89
B- L'autonomie de la reconnaissance par rapport au mariage	91
1- Le refus du mariage comme condition	91
2- L'inutilité d'un mariage subséquent	93
3- Le rôle positif de l'acte de naissance en matière d'établissement de la filiation	95
§2- Le possible de déguisement de la reconnaissance de paternité en adoption.....	97
A- Le rapprochement entre adoption et reconnaissance	98
1- Des règles qui ne se contredisent pas	98
2- Les instruments du rapprochement entre adoption et reconnaissance de paternité	99
B- Un rapprochement non opérant dans les pays d'obédience malékite.....	100
1- La vraisemblance juridique	101
2- La vraisemblance physiologique	102
Conclusion du chapitre 2	105
Conclusion du titre 1	107

TITRE 2- LA RÉCEPTION LIMITÉE DU PRINCIPE DE LÉGITIMITÉ EN FRANCE

109

Chapitre 1- La désignation du droit musulman

111

Section 1- Un système <i>a priori</i> défavorable à l'application du droit musulman	111
§1- Les règles de conflits à finalité matérielle	112
A- La confrontation avec le droit musulman	113
1- La faiblesse de la conception conflictualiste	113
2- L'interopérabilité avec l'ordre public.....	118
B- La promotion d'une politique législative aux antipodes des valeurs du droit musulman de la filiation	121
1- Une mise en œuvre différente de l'idée de faveur à la filiation.....	121
2- L'égalité de filiation : un concept étranger au droit musulman	124
§2- La règle unilatérale de l'article 311-15 du Code civil	127
A- La vocation hégémonique de l'article 311-15	127
B- L'ordre public de proximité et l'article 311-15	131
Section 2- Un système en réalité favorable à l'application du droit musulman.....	133
§1- L'ouverture des règles de conflit françaises à la réception du droit musulman.....	134
A- L'application du droit musulman par le truchement de l'article 311-14	135

1- Le caractère impératif de la règle de conflit	135
2- L'apparition d'un ordre public de localisation	137
B- L'application du droit musulman par le truchement des règles à finalité matérielle	139
§2- L'articulation du système musulman avec l'ordre juridique français	142
A- Les méthodes de coordination	142
1- L'internalisation des concepts	142
2- L'application de la théorie de l'équivalence	146
3- L'usage du renvoi à des fins de coordination	149
B- Les limites de la coordination	151
1- Une différence systémique	151
2- La difficulté d'appréhension du droit musulman de la filiation	153
Conclusion du Chapitre 1	155
Chapitre 2- L'éviction du droit musulman	157
Section 1- L'inflation du recours à l'ordre public	158
§1- Les causes de l'inflation	159
A- L'inadaptation de l'article 311-14 du Code civil	159
1- Analyse de la neutralité de l'article 311-14	160
2- Une neutralité incompatible avec l'intérêt de l'enfant	162
B- La libéralisation du droit français de la filiation	164
§2- La mesure de l'inflation	166
A- L'ordre public alimentaire	166
B- L'avènement de l'ordre public de proximité	169
1- Les particularités de l'ordre public de proximité	170
a- Un ordre public d'éviction	170
b- Un ordre public d'éloignement	173
2- Les mérites de l'ordre public de proximité	176
Section 2- L'inadaptation du recours à l'ordre public	178
§1- Critiques de l'ordre public de proximité	178
A- L'incapacité de l'ordre public de proximité à défendre correctement les valeurs françaises	179
1- Une défense limitée des principes essentiels du droit français	180
2- Une abstention dans la défense des droits fondamentaux	183
B- Un obstacle à l'application du droit étranger	185
§2- Les alternatives au recours à l'ordre public	187
A- L'aménagement de la règle de conflit	188
B- L'abandon de la règle de conflit classique	190
1- L'adoption de la méthode des intérêts	190
2- L'adoption d'une règle à finalité matérielle	193
Conclusion du chapitre 2	197
Conclusion du titre 2	199
Conclusion de la partie 1	201
PARTIE 2- LE PRINCIPE DU LIEN DE SANG	203
TITRE 1- LA COMPRÉHENSION DE L'INTERDICTION MUSULMANE DE L'ADOPTION	205
Chapitre 1- La controverse sur la prohibition de l'adoption	207
Section 1- La thèse de la prohibition absolue	208
§1- Les justifications à la thèse de la prohibition	208
A- La protection de l'institution famille	209
B- La sauvegarde de certaines valeurs	210

1- La vérité biologique.....	211
2- Le risque d'inceste.....	212
§2- L'application de la thèse de la prohibition	213
A- Une thèse majoritaire.....	213
B- Les entorses à la thèse de prohibition	215
Section 2- La contestation de l'interdiction absolue	217
§1- L'adoption : une institution seulement réglementée.....	217
A- L'adoption par le lait	218
1- Les effets similaires à l'adoption du droit français.....	219
2- La nature subsidiaire de la parenté par le lait	221
B- Le <i>tanzil</i> : une adoption à dimension successorale	223
§2- L'innovation tunisienne.....	225
A- Les facteurs explicatifs de l'adoption tunisienne.....	225
1- L'apparition d'une précarité enfantine	226
2- L'antécédent coutumier	227
B- Le caractère islamique de l'adoption tunisienne.....	229
1- L'interprétation extensive des textes	229
2- Le régime juridique de l'adoption tunisienne.....	231
a- L'influence palpable du droit musulman	231
b- Les ressemblances avec la <i>kafala</i>	233
Conclusion du chapitre 1	235
Chapitre 2- La kafala comme substitutif au modèle de l'adoption.....	237
Section 1- Un engagement à finalité humanitaire.....	238
§1- Les singularités de la <i>kafala</i>	238
A- Une institution aux fonctions plurielles.....	239
1- Un substitut à l'adoption pour les mineurs abandonnés	239
2- Une protection pour les mineurs non abandonnés	242
B- Une adoption sans filiation	244
1- Une différence essentielle.....	245
2- Une similitude fonctionnelle	246
§2- Un régime juridique entièrement tourné vers l'intérêt de l'enfant.....	247
A- Des conditions permettant un développement optimal de l'enfant.....	248
1- Les conditions tenant à la personne de l'enfant recueilli.....	248
2- Les conditions tenant à la personne du titulaire de la <i>kafala</i>	249
B- Des effets exclusivement tournés vers l'enfant.....	251
1- Les effets extrapatrimoniaux	252
a- Les pouvoirs sur l'enfant exercés par le <i>kafil</i>	252
b- L'obligation d'entretien du <i>kafil</i>	253
2- Les effets patrimoniaux de la <i>kafala</i>	254
a- L'administration légale des biens de l'enfant pris en charge.....	254
b- La représentation du mineur	254
c- La responsabilité civile du <i>kafil</i>	255
d- L'absence de droits successoraux dans la <i>kafala</i>	255
Section 2- Les améliorations législatives à la kafala.....	257
§1- Les mesures tendant à renforcer l'intégration de l'enfant dans sa famille d'accueil	258
A- La concordance de nom en Algérie	258
1- Un effort d'adaptation aux nécessités du monde contemporain	259
2- L'envol du nombre de <i>kafala</i> consécutif à la concordance de nom.....	261
B- Les apports de la loi marocaine du 13 juin 2002 relative à la kafala des enfants abandonnés.....	262
§2- Les insuffisances des remaniements législatifs	263
A- La précarité de l'institution.....	264

1- La révocation de la <i>kafala</i>	264
2- Les autres causes de cessation de la <i>kafala</i>	266
B- Les obstacles d'ordre social	268
Conclusion du chapitre 2	271
Conclusion du titre 1	273
TITRE 2- LA RÉCEPTION DE L'INTERDICTION MUSULMANE DE L'ADOPTION	275
Chapitre 1- L'accueil du principe de l'inadoptabilité.....	277
Section 1- Une prohibition relayée par le droit français.....	278
§1- Présentation de la règle de l'inadoptabilité de l'article 370-3	279
A- L'étendu de la règle	279
1- L'interdiction d'être adopté pour les mineurs de statut personnel prohibitif	280
2- L'interdiction d'adopter pour les époux de statut personnel prohibitif	281
B- Le refus jurisprudentiel persistant de faire sauter le verrou législatif	283
§2- Une prohibition largement justifiée	286
A- Les considérations politiques	287
1- Le respect de la courtoisie internationale	287
2- Le respect de l'intérêt de l'enfant	290
B- La conformité aux engagements internationaux de la France	293
1- L'inadoptabilité des enfants de statut prohibitif conforme à l'esprit des engagements internationaux de la France	293
a- La Convention internationale sur les droits de l'enfant	294
b- La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale	296
2- L'adhésion de la jurisprudence interne et européenne à la position française	298
a- Le refus de la Cour de cassation de contourner la prohibition sur le fondement des droits fondamentaux	299
b- L'approbation par la Cour européenne du choix conflictuel français	300
Section 2- Une prohibition détournée par le droit français	303
§1- Les voies d'accès à l'adoption prévues <i>de lege lata</i>	304
A- L'échec de la règle prohibitive par le critère de la proximité	305
B- Une inadoptabilité temporaire	306
1- La durée de cinq ans pour échapper à la loi nationale prohibitive	307
2- La nécessité d'une réduction du délai	309
§2- Les voies d'accès à l'adoption envisagées de <i>lege ferenda</i>	311
A- Les arguments en faveur de l'abandon de l'article 370-3	311
1- L'intérêt de l'enfant incompatible avec la loi prohibitive	312
2- La fragilité de l'argument de la conformité aux droits fondamentaux	313
B- Suggestion de réforme	315
1- Une règle matérielle sur l'abandon	315
2- L'interdiction de prononcer uniquement l'adoption plénière	317
Conclusion du chapitre 1	319
Chapitre 2- L'accueil de la kafala dans l'ordre juridique français.	321
Section 1- La difficile traduction dans l'ordre juridique français	322
§1- L'offre d'équivalence partielle du droit français	323
A- La délégation de l'autorité parentale	323
1- Une assimilation opérée à titre incident	324
2- Une assimilation incomplète	326
B- La tutelle	329
1- La ressemblance de la <i>kafala</i> avec feu la tutelle officieuse	330

2- Une proximité restreinte avec la tutelle du droit positif	331
§2- La recherche d'une équivalence suffisante.....	332
A- Un correctif subsidiaire : le recours au droit des obligations.....	333
B- Une équivalence à la carte	336
1- Plaidoyer pour une équivalence avec l'adoption simple pour les enfants abandonnés.....	336
2- L'équivalence de la <i>kafala</i> avec la délégation d'autorité parentale révisée pour les enfants non abandonnés.....	339

Section 2- Les effets individuels reconnus à la kafala par le droit français341

§1- L'accueil plutôt favorable du droit administratif.....	341
A- L'oscillation de la jurisprudence du Conseil d'État.....	342
B- L'usage des notions standards pour accueillir la <i>kafala</i>	345
1- Le droit au respect de la vie familiale.....	345
2- Le regroupement familial dans l'intérêt supérieur de l'enfant.....	347
§2- Un accueil mitigé en droit social	348
A- Un droit apparemment favorable à l'accueil de la <i>kafala</i>	349
1- La notion d'enfant à charge.....	350
2- La notion de foyer	351
B- Un accueil en réalité conditionné.....	352
1- Le lien de famille comme obstacle à la prise en compte de la <i>kafala</i>	352
2- L'exigence de la régularité du séjour	354
Conclusion du chapitre 2	355
Conclusion du titre 2.....	357
Conclusion de la deuxième partie	359
Conclusion générale.....	361
Bibliographie	365
I- Ouvrages généraux.....	365
II- Ouvrages spéciaux, Thèse, Monographie, Cours, Ouvrages collectifs.....	367
III- ARTICLES, COMMUNICATIONS, CHRONIQUES	378
IV- Notes, conclusions, rapports, observations.....	398
Table des matières	405