



Master

2018

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Les substituts à l'adoption dans le monde arabe : la kafala est-elle une institution qui embarrasse l'Occident ?

Baina, Jihane

How to cite

BAINA, Jihane. Les substituts à l'adoption dans le monde arabe : la kafala est-elle une institution qui embarrasse l'Occident ? Master, 2018.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:110413>

Université de Genève- Faculté de Droit

Rédaction de Mémoire

Année académique 2017-2018

Baina Jihane

**Les substituts à l'adoption dans le monde arabe : la kafala
est-elle une institution qui embarrasse l'Occident ?**

Travail de Mémoire effectué hors séminaire, dans le cadre de la protection de l'enfant,
sous la direction du Professeur Gian ROMANO, et de M. Vito BUMBACA

Date de dépôt : 02 février 2018

Jihane BAINA
jihane.baina@etu.unige.ch

Table des matières

I.	Introduction	3
II.	Le droit matériel musulman (filiation et adoption).....	5
A.	Source du droit musulman	5
B.	La filiation légitime en droit musulman	5
1.	Filiation légitime	5
2.	La reconnaissance comme moyen de filiation légitime.....	6
3.	L'adoption et les alternatives dans le droit musulman.	7
III.	Pratique de différents États musulmans sur la question de la filiation et de l'adoption	8
A.	L'Égypte	9
1.	Droit matériel.....	9
2.	Filiation légitime	9
3.	Prohibition de la filiation adoptive	10
B.	La Tunisie.....	12
1.	Droit matériel.....	12
2.	Filiation.....	12
3.	Filiation adoptive.....	13
C.	Le Maroc	15
1.	Droit matériel.....	15
2.	Filiation.....	15
3.	L'institution de la kafala	19
IV.	La kafala sur le plan international	26
A.	Convention relative aux droits de l'enfant (CDE).....	26
B.	Convention de sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption international (CLah93).....	26
C.	Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des enfants (CLah96).....	27
D.	Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ..	28
V.	Pratiques de différents pays vis-à-vis de la reconnaissance de la kafala	29
A.	La Suisse	29
1.	Droit matériel.....	29
2.	Reconnaissance de la kafala	29
B.	La France	32
1.	Droit matériel.....	32
2.	Reconnaissance de la kafala	32
C.	La Belgique	37
1.	Droit matériel.....	37
2.	Reconnaissance de la kafala	37
D.	Bref aperçu des pratiques d'autres pays :	40
1.	L'Italie.....	40
2.	Le Royaume-Uni	40
VI.	Conclusion.....	41
VII.	Bibliographie	43

I. Introduction

Après les deux guerres mondiales, l'Europe constate que de nombreux enfants se retrouvent abandonnés ou sont privés de parents¹. Ainsi, les pays européens révisent leurs législations, de sorte que l'adoption n'est plus du ressort de la sphère privée, mais devient une affaire sociale². Il s'avère qu'il existe plusieurs types d'adoptions à raison des effets qu'elles produisent³ : certains pays ont opté pour l'adoption simple, qui crée un lien de filiation entre les parents adoptant et l'enfant adopté, sans pourtant rompre la filiation de ce dernier avec ses parents biologiques, alors que d'autres États choisissent l'adoption plénière, qui remplace la filiation précédente et crée un lien de filiation exclusif entre les parents adoptifs et l'enfant adopté. L'essor de l'adoption a progressivement créé un désir de l'harmoniser à l'échelle internationale⁴ : ainsi, pour réglementer l'adoption internationale, les pays se sont dotés de plusieurs conventions internationales, telles que la Convention des droits de l'enfant du 20 novembre 1989⁵ (citée : CDE) et la Convention de sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993⁶ (citée : CLah93) : ces deux conventions posent le principe novateur de « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Ce concept est une notion large et vague : on peut considérer que « l'intérêt supérieur de l'enfant » est un droit appartenant à chaque enfant de voir son intérêt être évalué lorsqu'une décision le concernant doit être prise⁷. La CDE s'axe sur la protection de l'enfant, en prévoyant un éventail de mesures de protection en faveur de l'enfant, tel que l'adoption ou la kafala (article 20 al. 3 CDE). Le terme kafala signifie « parrainer » en arabe et se traduit juridiquement comme une « protection de remplacement » ou un « recueil légal »⁸ accordée à une catégorie spécifique d'enfants. Tandis que la CDE a été ratifiée par la quasi-totalité des États, seule une centaine d'États sont membres de la CLah93. En effet, nombreux sont les pays à tradition musulmane, qui refusent d'adhérer à la CLah93, car cet instrument juridique autorise et réglemente l'adoption sur la scène internationale, conception prohibée par l'Islam⁹. Dans la pratique, les pays musulmans n'admettent pas l'adoption dans leur législation, et cela soulève de réels obstacles au regard du droit international¹⁰.

Cette situation appelle à une réflexion au regard de la filiation connue par l'Islam : par quels procédés les pays à tradition musulmane surmontent l'interdiction posée par l'Islam d'adopter et comment l'une de ces institutions (la kafala) est réceptionnée au regard de pays européens ? Pour répondre à cette problématique, nous commencerons par un exposé de la filiation dans le droit musulman (II), puis nous analyserons la pratique de certains pays musulmans en vue d'accorder une protection à l'enfant (III). Ensuite, nous exposerons certaines conventions internationales se référant à l'intérêt supérieur de l'enfant (IV). Nous poursuivrons par une étude de la réception d'une

¹ BOULANGER, N. 16.

² BOULANGER, N. 16 ss.

³ BOULANGER, N. 16.

⁴ BOULANGER, N. 18.

⁵ RS 0.107.

⁶ RS 0.211.221.311.

⁷ Centre suisse de compétence pour droits humains (CSDH), l'Observation générale no 14 du Comité des droits de l'enfant, le 19 septembre 2013 (<http://www.skmr.ch/frz/domaines/enfance/nouvelles/og-14-droits-enfant.html>).

⁸ ALDEEB, Le droit international, p. 49.

⁹ NAJI EL MEKFILOU, p. 360.

¹⁰ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 254.

décision de kafala par certains pays (V), avant de finalement conclure en proposant une perspective d'avenir pour cette institution (VI).

II. Le droit matériel musulman (filiation et adoption)

A. Source du droit musulman

Le *Fiqh* (droit musulman), s'articule autour de plusieurs bases qui forment le socle de référence pour de nombreux pays musulmans¹¹. Tout d'abord, parmi ces sources, on trouve le Saint Coran, qui jouit d'un statut particulier, étant la racine principale du monde musulman¹². Ensuite, comme seconde référence, on trouve la *Sunna*, qui regroupe les dits et les faits du Prophète Mohamed ainsi que les actes de ses compagnons¹³. Enfin l'*Urf* (la coutume), les *Ijmas* et les *Qiyâs* (formes de jurisprudence)¹⁴ doivent aussi être considérés comme des fondements du droit musulman¹⁵.

B. La filiation légitime en droit musulman

1. Filiation légitime

L'Islam ne connaît qu'une filiation : la filiation légitime¹⁶, qui établit un lien de consanguinité permettant de rattacher un individu à ses auteurs¹⁷.

La filiation légitime est établie lorsque l'enfant est conçu pendant la période du mariage, ou lorsque les époux pensaient, selon le principe de la bonne foi, être valablement mariés¹⁸. Dans l'hypothèse où le mariage est convenablement contracté, il faut distinguer deux situations. Premièrement, si un enfant est né durant le mariage, la filiation est établie de plein droit à l'égard de la mère et de son époux¹⁹. Deuxièmement, si un enfant est conçu pendant le mariage mais ne vient à naître qu'après la dissolution du mariage, il faut, pour autant que le moment de sa conception et de la dissolution de l'union ne dépasse pas la durée maximale de la grossesse, admettre un cas de filiation légitime²⁰.

Dans la situation où le mariage est nul et ne s'avère être qu'une union de fait, il existe une présomption de paternité, réfragable, tel que « *Al-walad lil firsah* » (l'enfant appartient au lit conjugal)²¹. Il convient cependant de mentionner que le Coran esquisse trois événements où cette présomption est réfutable. En premier lieu, dans l'hypothèse où la conception de l'enfant est intervenue avant la conclusion du mariage, et qu'une durée inférieure à six mois²² sépare ces deux moments²³. En

¹¹ FORTIER, N.5.

¹² FORTIER, N.6.

¹³ FORTIER, N.6.

¹⁴ Fiche ISS N°51.

(http://www.issssi.org/2007/Resource_Centre/Tronc_DI/documents/FicheNo51FRA.pdf)

¹⁵ FORTIER, N.6.

¹⁶ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 231.

¹⁷ BLANC, p. 85.

¹⁸ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 232.

¹⁹ BLANC, p. 85.

²⁰ BLANC, p. 87.

²¹ BLANC, p. 86.

²² Coran Sourate II Verset 223 « *les mères qui veulent donner à leur enfant un allaitement complet, les allaiteront deux années entières* » et la Sourate 46 Verset 15 « *sa mère l'a porté et l'a enfanté avec*

second lieu, la présomption de « l'enfant du lit conjugal » est réfutée si le mari répudie son épouse en désavouant l'enfant²⁴. Enfin, le Coran prévoit également, le rejet de la présomption si, le moment de la conception de l'enfant et de la cohabitation entre les époux était impossible pour une raison quelconque²⁵.

2. La reconnaissance comme moyen de filiation légitime

En droit musulman, si on n'est pas dans un cas de filiation légitime, comme ceux susmentionnés, la filiation peut tout de même être établie par le biais de la reconnaissance en filiation²⁶. Cette reconnaissance n'établit pas une filiation naturelle mais constitue un moyen de preuve de l'établissement de la filiation légitime²⁷. La reconnaissance peut être instituée par un homme via la *Ta'abbi* (reconnaissance en paternité) ou par une femme via la *Ta'ammum* (reconnaissance en maternité)²⁸, mais la reconnaissance ne serait être introduite par l'enfant lui-même²⁹.

La *Ta'abbi* appelle au respect de certaines conditions. La première commande que l'auteur de la reconnaissance en paternité soit un homme qui a été marié et, qui en raison d'une différence d'âge suffisante, puisse réellement être le père de l'enfant à reconnaître³⁰. La deuxième rappelle que la *Ta'abbi* est inopérante si l'enfant a déjà un père connu, si elle est faite en l'absence de deux témoins ou si elle cherche à frauder la loi³¹. Si ces conditions sont respectées, l'enfant reconnu se trouve alors dans la même situation que l'enfant légitime, et jouit ainsi des mêmes droits que celui-ci³².

La *Ta'ammum* requiert les mêmes conditions que la *Ta'abbi*. Ainsi, la reconnaissance en maternité n'est valable que si la femme peut réellement être la mère de l'enfant, qu'elle ait été mariée et que la conception ait pu avoir lieu durant la période du mariage³³. Puis, la reconnaissance en maternité, ne doit pas non plus avoir pour finalité de violer la loi³⁴. Les effets de la *Ta'ammum* varient en fonction de la situation de la femme : si la femme est une veuve, la filiation n'est établie qu'à son égard. En revanche si la femme est mariée et avec l'accord de son époux, la filiation maternelle et la filiation paternelle seront établies, de sorte que l'enfant devient enfant légitime du mari³⁵. Ce mécanisme de reconnaissance de filiation tente de compenser *l'interdit* de l'adoption prévue par l'Islam³⁶.

peine. Depuis le moment où elle l'a conçu jusqu'à l'époque de son sevrage, trente mois se sont écoulés ». Une période de 30 mois moins 24 mois (2 ans) donne la période de 6 mois.

²³ BLANC, p. 86.

²⁴ BLANC, p. 86.

²⁵ BLANC, p. 86.

²⁶ BLANC, p. 87.

²⁷ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 232.

²⁸ BLANC, p. 88 ss.

²⁹ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 233.

³⁰ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 232.

³¹ BLANC, p. 88.

³² BLANC, p. 88 ss.

³³ BLANC, p. 89.

³⁴ BLANC, p. 89.

³⁵ BLANC, p. 89 ss.

³⁶ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 232.

3. L'adoption et les alternatives dans le droit musulman.

Avant l'avènement de l'Islam, l'adoption était autorisée et répandue³⁷. A cette époque, il existait deux formes d'adoptions : il y avait tout d'abord, l'adoption plénière et irrévocable, qui avait pour effet de se substituer à la filiation d'origine ; puis une seconde adoption dite contractuelle, qui contre paiement, substituait une filiation à une autre³⁸. L'adoption établissait un réel lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant, de sorte que l'adopté était soumis aux mêmes interdits concernant le mariage, qu'il prenait le nom de l'adoptant et qu'il rentrait dans sa vocation successorale³⁹.

L'avènement de l'Islam remanie ce système d'adoption, puisque le Coran retire à l'adoption ses effets, sans interdire le mécanisme en tant que tel. En effet, le droit musulman se contente d'en limiter les effets⁴⁰ suite à des événements précis relatés par le Coran⁴¹.

Cette restriction résulte d'une mésaventure survenue au Prophète Mohamed⁴², et se cristallise dans le Coran, notamment dans la Sourate 33 : en effet il est fait mention au verset 4 « [Allah] n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants » et au verset 5 que ces enfants il faille « [les] appele[r] du nom de leurs pères : 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 ». Il ne ressort donc pas du texte qu'il existe une filiation adoptive en Islam, de sorte que l'enfant adopté n'entre pas dans la famille de l'adoptant, conservant ainsi son ancienne filiation, et ne peut ainsi accéder à la vocation successorale de l'adoptant⁴³. A la lecture de ces versets, on comprend que ce n'est pas l'adoption en tant que telle qui est interdite, mais les effets qu'elle pourrait produire⁴⁴. L'Islam n'interdit, donc pas de prendre en charge des orphelins, mais ces agissements ne s'apparentent pas à une filiation⁴⁵ et ne sauraient produire les effets de l'adoption plénière. Ainsi l'Islam cherche à éviter la création de liens artificiel, sans pour autant priver un enfant d'une famille de substitution ; puisque l'Islam lui accorde un certain nombre de droits tel que celui d'être pris en charge⁴⁶ et de pouvoir hériter, sous réserves de certaines conditions⁴⁷.

Afin de mener à bien ces droits, l'Islam admet certaines institutions réservées uniquement à des personnes de religion musulmane⁴⁸. Il y a tout d'abord, la *Moualate* (fraternité religieuse), qui est une relation contractuelle entre une personne esclave ou de famille inconnue, qui permet à l'une des parties de bénéficier de la protection et d'hériter de l'autre partie contractante⁴⁹. Ensuite, l'enfant abandonné a le droit à une

³⁷ NAJI EL MEKKAOUI, p. 266.

³⁸ NAJI EL MEKKAOUI, p. 266.

³⁹ BLANC, p. 90.

⁴⁰ NAJI EL MEKKAOUI, p. 267.

⁴¹ BLANC, p. 90.

⁴² ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 252.

⁴³ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 44.

⁴⁴ NAJI EL MEKKAOUI, p. 267.

⁴⁵ FORTIER, N.36.

⁴⁶ NAJI EL MEKKAOUI, p. 268.

⁴⁷ NAJI EL MEKKAOUI, p. 266.

⁴⁸ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 254.

⁴⁹ NAJI EL MEKKAOUI, p. 269.

famille de substitution, dans la mesure où il est considéré comme étant le fils de la *communauté musulmane*, et qu'il ne peut de ce fait être reconnu par quiconque, sauf si des preuves peuvent rétablir sa filiation⁵⁰. Puis, on retrouve la *famille d'allaitement* qui consiste à placer un enfant dans « une famille par le lait », qui prend en charge l'enfant en subvenant à ses besoins ; cette nouvelle famille connaît les mêmes empêchements pour le mariage, de sorte qu'elle se *substitue* à la famille biologique de l'enfant⁵¹. Le Coran admet également l'institution du *tanzile* (adoption de gratification), qui permet de placer l'enfant adopté au même rang qu'un enfant légitime⁵². Le *tanzile* ne permet pas d'établir un lien de filiation, mais uniquement d'établir des règles de legs par le biais d'un testament⁵³. En effet, considérant par le testament que l'enfant recueilli par *tanzile* est un héritier légataire, ce dernier a le droit, dans les limites de la loi, aux biens qui lui seraient dévolus par les dispositions du de cujus⁵⁴. Finalement, l'institution de la *kafala*, est également admise et recommandée par le droit musulman⁵⁵. Juridiquement la *kafala*, se définit comme une prise en charge, une protection de remplacement accordée à certains enfants⁵⁶. La *kafala* s'apparente ainsi à un acte humanitaire où le *kafèle* (la personne recueillant)⁵⁷ décide de prendre en charge les besoins, tels que l'éducation et la protection du *makfoul* (enfant recueilli)⁵⁸.

La famille d'allaitement et le *tanzile* servent à renforcer les liens entre l'enfant et sa famille de substitution, alors que l'institution de la *kafala* établit un véritable lien juridique et tend à se rapprocher du modèle occidental de l'adoption⁵⁹.

III. Pratique de différents États musulmans sur la question de la filiation et de l'adoption

L'évolution sociale et l'histoire des différents pays musulmans ont influencé la manière dont l'Islam est compris et appliqué par ceux-ci⁶⁰. Certains de ces États, en se conformant à leur source principale, le Coran⁶¹, ont proscrit dans leurs législations la filiation par adoption et l'ont considérée comme nulle⁶². Face à la rigueur du droit musulman et soucieux de respecter leurs engagements internationaux, les légistes de ces pays ont dû prévoir d'autres institutions permettant d'élargir le rattachement de l'enfant à une famille⁶³.

⁵⁰ NAJI EL MEKKAOUI, p. 271.

⁵¹ MAZOUZ, N. 469.

⁵² MAZOUZ, N. 472.

⁵³ NAJI EL MEKKAOUI, p. 273.

⁵⁴ BUSKENS, *Le droit de la famille au Maroc*, p. 113.

⁵⁵ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 253.

⁵⁶ MAZOUZ, N. 474.

⁵⁷ NAJI EL MEKKAOUI, p. 287.

⁵⁸ LE BOURSICOT, N.2.

⁵⁹ MAZOUZ, N. 473.

⁶⁰ Fiche ISS N°51 *ibis*.

⁶¹ FORTIER, N.6.

⁶² ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 252.

⁶³ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 231.

A. L'Égypte

1. Droit matériel

L'Égypte a opté pour le système juridique français en adoptant le code civil de Napoléon, mais la partie consacrée au droit de la famille en a été détachée et se réfère soit à la *Charia* (loi islamique), soit aux codes spéciaux des différentes communautés religieuses (article 3 al. 1 de la loi n° 1 de 2000, révisant certaines dispositions du code du statut personnel⁶⁴)⁶⁵. Dans une affaire relevant du droit de la famille en Égypte, le juge doit d'abord déterminer quel est le droit applicable pour la communauté religieuse concernée, avant d'envisager le règlement du contentieux⁶⁶ : ce procédé s'apparente aux règles de rattachement que l'on retrouve en droit international privé⁶⁷. Il n'existe pas de code civil unifié pour la communauté musulmane en Égypte et il faut donc se référer aux diverses lois applicables en matière de statut personnel⁶⁸. Les litiges familiaux concernant la communauté musulmane sont régis par plusieurs lois⁶⁹ et si celles-ci sont lacunaires, le juge doit généralement se référer au code de statut personnel⁷⁰. Sur le plan international, l'Égypte n'a ratifié en matière de protection de l'enfant que la CDE en 1990, avec une réserve aux articles 20 et 21 CDE : car ces dispositions mentionnent l'adoption, qui en Égypte selon les préceptes de l'Islam n'est pas reconnue⁷¹.

2. Filiation légitime

En Égypte, la filiation est traitée par l'article 15 de la loi n°25/1929⁷², qui prévoit que « la filiation n'est établie en cas de désaveu d'un enfant d'une femme mariée dont la non-cohabitation avec le mari dès la conclusion du contrat de mariage a été prouvé, ou d'un enfant mis au monde par une femme mariée un an après l'absence, le divorce ou le décès du mari ». Si un enfant est né durant le mariage, il est présumé être l'enfant de l'épouse et de l'époux, en vertu de l'adage « l'enfant appartient au lit conjugal ». En revanche, si l'enfant naît un an après la disparition ou le décès du mari, le divorce, la répudiation désavouant l'enfant ou six mois après la consommation du mariage, cette présomption est réfutée⁷³. Ainsi si la naissance de l'enfant survient dans l'année qui suit le divorce ou le décès du mari, cet enfant sera considéré comme étant un enfant légitime⁷⁴.

La reconnaissance en paternité ou en maternité est également un moyen d'établir la filiation selon le code personnel égyptien, qui se réfère à l'Islam. Pour cela, il faut que la personne en présence de deux témoins, atteste être le parent de l'enfant. Pour que la

⁶⁴ Loi n° 1 de 2000 concernant les questions de statuts personnels.

⁶⁵ ELHAMAMSY, p. 2.

⁶⁶ ELHAMAMSY, p. 2.

⁶⁷ ELHAMAMSY, p. 2.

⁶⁸ ALDEEB, Le statut personnel, p. 9.

⁶⁹ ELHAMAMSY, p. 2.

⁷⁰ ALDEEB, Le statut personnel, p. 10.

⁷¹ TUGAULT-LAFLEUR, p. 57.

⁷² Décret concernant les dispositions du statut personnel (n°25/1929), modifiée par loi n°100 de 1985.

⁷³ SADEK/HADDAD, Le statut personnel des musulmans p. 56.

⁷⁴ SADEK/HADDAD, Le statut personnel des musulmans p. 56.

reconnaissance soit admise, il faut que le parent prétendant être le père ou la mère de l'enfant puisse réellement l'être, de sorte qu'il faille une différence d'âge significative entre lui et l'enfant à reconnaître⁷⁵. En 2008 l'amendement de la loi n°12 de 1996 (citée : loi n°12/1996)⁷⁶, a permis à la femme anciennement mariée d'établir sa filiation maternelle à l'égard de l'enfant qu'elle aurait pu avoir pendant la période du mariage⁷⁷.

Si un enfant est confronté à un homme niant sa paternité, cet enfant peut recourir à la « *preuve par témoignage* » pour établir sa filiation⁷⁸. Ce procédé s'effectue en présence de deux témoins masculins ou de deux témoins féminins et d'un témoin masculin. La Cour de cassation a admis dans un jugement⁷⁹ que les ouïs direx suffisent à établir la preuve par témoignage, mais que ce n'est en revanche pas le cas pour l'acte de naissance qui ne prouve selon elle que la naissance de l'enfant⁸⁰.

3. Prohibition de la filiation adoptive

L'Égypte, conformément au précepte de l'Islam, interdit l'adoption et toute équivalence à celle-ci⁸¹ : cette interdiction est spécifiquement mentionnée à l'article 4 de la loi n°12/1996 qui rappelle que « l'enfant ne peut être affilié qu'à son père et sa mère, l'adoption étant interdite ».

Conscient d'une réalité sociale, l'Égypte propose un mécanisme visant à protéger le sort des *laqits* (enfants abandonnés). Le laqit est pris en charge et protégé par les pouvoirs publics égyptiens jusqu'à ce qu'il atteigne en principe ses dix-huit ans : cette obligation étatique cesse lorsque le laqit peut subvenir à ses besoins, soit grâce à un emploi soit par le biais d'un mariage⁸². Un laqit acquiert de plein droit la nationalité égyptienne, de sorte que les autorités égyptiennes dérogent au principe de l'octroi de la nationalité par le père⁸³. De plus, un enfant abandonné est enregistré à l'état civil avec trois noms : avec son prénom ou celui que les personnes l'ayant trouvé lui ont donné, et les deux autres noms sont des noms fictifs de père et de grand-père. Par ce mécanisme, les autorités égyptiennes cherchent à éviter une stigmatisation du laqit dans la société égyptienne⁸⁴. Le laqit âgé de moins de deux ans est sous la responsabilité du ministère de la Santé, plus précisément d'orphelinat et de centre de l'enfance et de maternité : ces centres se chargent de trouver, après enquête approfondie, des parents nourriciers pour ces enfants abandonnés⁸⁵. A partir de l'âge de deux ans, le laqit est sous la responsabilité du ministère des Affaires sociales qui dispose alors de deux possibilités : soit il confie l'enfant abandonné à un orphelinat, soit il le confie à une *badila*⁸⁶ (famille alternative)⁸⁷. Conscient que l'établissement de

⁷⁵ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 42.

⁷⁶ Loi n° 12 de 1996 promulguant la loi relative à l'enfant, amendée par la loi n° 126 de 2008.

⁷⁷ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 42 ss.

⁷⁸ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 43.

⁷⁹ Cour de cassation, n°19/49, du 24 novembre 1981.

⁸⁰ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 43.

⁸¹ Fiche ISS N°51 *ibis*.

⁸² BEN NEFISSA, p. 368.

⁸³ BEN NEFISSA, p. 368.

⁸⁴ BEN NEFISSA, p. 368.

⁸⁵ BEN NEFISSA, p. 369.

⁸⁶ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 44.

⁸⁷ BEN NEFISSA, p. 369.

la filiation est un droit principal pour l'enfant⁸⁸, le ministère des Affaires sociales confie plus des trois-quarts des enfants abandonnés à une badila⁸⁹. Ce sont les articles 46 et suivants de la loi n°12/1996 qui régissent l'institution de la badila⁹⁰. De part l'article 48 de la loi n°12/1996, la badila vise à offrir des soins sociaux, psychologiques, sanitaires et professionnels pour quatre catégories d'enfants âgés de deux à dix-huit ans : les enfants sans filiation, les enfants illégitimes abandonnés par leurs parents, les enfants perdus dont les parents sont inconnus, et les enfants nés dans une situation sociale compliquée (soit les enfants de prisonniers, de malades mentaux, de parents démunis)⁹¹.

La famille qui prétend être sujette à la badila doit se soumettre à toute une série de conditions. Tout d'abord, la famille alternative doit être musulmane ou de même confession que l'enfant. Ensuite, les époux de la famille alternative doivent être âgés entre 25 et 55 ans, être mûrs sur le plan moral, social et disposer de ressources financières⁹². La famille alternative ne peut pas avoir plus de deux enfants et doit disposer de suffisamment de temps pour s'occuper de l'enfant à recueillir. Enfin, la famille alternative doit disposer d'un logement décent et accepter de se soumettre à des contrôles de la part du Ministère des Affaires sociales⁹³. En effet, le pouvoir public surveille de très près les personnes recueillant le laqit, puisque les parents nourriciers doivent une fois par semaine présenter le laqit aux centres du ministère de la Santé, et une assistance effectue régulièrement des visites au domicile des parents nourriciers⁹⁴. De plus, les parents nourriciers ne peuvent quitter le territoire égyptien, avec ou sans le laqit, sans une autorisation au préalable du ministre des Affaires sociales⁹⁵. Dans l'hypothèse où les parents biologiques de l'enfant recueilli sont connus, la famille alternative veille à ce que « tout contact entre l'enfant et sa famille, se fasse par l'intermédiaire de l'autorité compétente » (article 87 al. 10 loi n°12/1996). Il est formellement interdit aux époux recueillant l'enfant d'altérer la filiation réelle de ce dernier⁹⁶ : en effet, la badila s'apparente à une filiation élective, de sorte qu'elle ne crée nullement une filiation de parenté, ce qui exclu ainsi le droit du laqit d'hériter de sa famille alternative⁹⁷.

L'autorité compétente peut transférer la garde de l'enfant à une autre badila si la famille alternative actuelle manque à ses obligations ou si elle ne peut ou ne veut plus subvenir aux besoins de l'enfant⁹⁸. Il existe une série de situation où la famille alternative peut prétendre à l'octroi de pension (article 49 loi n°12/1996), et si la badila prend fin dans de bonne conditions, la famille alternative peut bénéficier d'une indemnité⁹⁹.

⁸⁸ Cour de cassation, n°104/59, du 5 février 1991.

⁸⁹ BEN NEFISSA, p. 369.

⁹⁰ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 44.

⁹¹ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 44.

⁹² EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 45.

⁹³ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 45.

⁹⁴ BEN NEFISSA, p. 370.

⁹⁵ BEN NEFISSA, p. 370.

⁹⁶ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 45.

⁹⁷ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 46.

⁹⁸ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 45.

⁹⁹ EL-EHWANY, Le droit égyptien, p. 45.

B. La Tunisie

1. Droit matériel

En 1956, la Tunisie se dote d'un Code du statut personnel¹⁰⁰ (cité : CPS) qui diverge des solutions apportées et préconisées par le droit musulman¹⁰¹. La Tunisie ne fait à présent plus de distinction entre la filiation naturelle et la filiation légitime¹⁰². En effet, la Tunisie admet depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption¹⁰³ (cité : loi n°58-27), l'adoption comme un moyen privilégié de protection de l'enfant privé de famille, instituant ainsi un véritable lien de filiation¹⁰⁴. Actuellement, la Tunisie est l'un des seuls États musulmans à reconnaître la filiation illégitime¹⁰⁵ avec la promulgation de la loi de 1998, modifiée en 2003, relative à l'attribution du nom patronyme aux enfants abandonnés et de filiation inconnue¹⁰⁶ (cité : loi n°2003-51). Cette loi n°2003-51, donne aux enfants le droit à une identité complète¹⁰⁷, de sorte qu'elle oblige le père à verser une pension alimentaire et lui confère le droit de garde et de tutelle sur l'enfant¹⁰⁸. A l'échelle internationale, la Tunisie n'a ratifié en matière de protection de l'enfant que la CDE en 1992.

2. Filiation

La filiation en vertu de l'article 68 CPS est établie par la cohabitation, l'aveu du père ou par témoignage honorable. La filiation n'est donc pas établie en cas de désaveu d'un enfant d'une femme mariée dont la non cohabitation avec l'époux a été prouvée, ou si une femme donne naissance à un enfant un an après la disparition, le décès du mari ou après le prononcé du divorce (article 69 CPS). L'enfant de filiation inconnue a la qualité pour intenter une action en reconnaissance, à condition que les personnes qu'il souhaite reconnaître, puissent réellement être son père et sa mère et que ceux-ci admettent la prétention de l'enfant (article 70 CPS). Si la reconnaissance est établie vis-à-vis des parents, l'enfant acquiert des droits et est soumis à certaines obligations (article 70 CPS). L'article 71 CPS rappelle qu'indépendamment de la validité du contrat de mariage, un enfant né six mois après la conclusion du mariage, a pour père le mari. Si le mari nie être le père de l'enfant conçu ou né durant le mariage, il n'obtiendra gain de cause que par une décision de justice en désaveu, où il pourra faire valoir tous les moyens de preuves admis par la loi (article 75 CPS). Si le juge rend une décision en désaveu, il prononce la rupture de la filiation conformément à l'article 76 CPS. Dans l'hypothèse où la filiation paternelle est rompue, l'enfant se voit priver de son droit aux aliments ainsi que son droit à la succession (article 72

¹⁰⁰ Décret du 13 août 1956, portant promulgation du Code du statut personnel du 28 décembre 1956, *in* Journal officiel de la République tunisienne (JORT) n° 104, pp.1742-1743.

¹⁰¹ BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, *Le droit tunisien*, p. 161.

¹⁰² BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, *Le droit tunisien*, p. 177.

¹⁰³ Loi n° 58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption, du 7 mars 1958, *in* Journal officiel de la République tunisienne (JORT), p. 236.

¹⁰⁴ BARRAUD, *La filiation légitime*, N. 22.

¹⁰⁵ BARRAUD, *La filiation légitime*, N. 12.

¹⁰⁶ Loi n°98-75 du 28 octobre relative à l'attribution d'un nom patronyme aux enfants abandonnées ou de filiation inconnue, modifiée par la loi n°2003-51 du 7 juillet 2003, *in* Journal officiel de la République tunisienne (JORT) n° 054, pp. 2107-2108.

¹⁰⁷ BARRAUD, *La filiation légitime*, N. 12.

¹⁰⁸ BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, *Le droit tunisien*, p. 181.

CPS). En vertu de l'article 74 CPS, si une reconnaissance est suivie d'un désaveu, l'enfant reconnu hérite tout de même de l'auteur de la reconnaissance : en revanche, ce dernier n'hérite pas de l'enfant prédécédé (article 74 CPS).

3. Filiation adoptive

Depuis l'entrée en vigueur de la loi n°58-27 la Tunisie, malgré les commandements de l'Islam, est l'un des seuls pays musulmans à reconnaître l'adoption comme moyen de filiation¹⁰⁹. L'adoption de cette loi s'explique de par les événements tragiques qui se sont déroulés en Tunisie durant l'hiver 1955-56. En effet, durant cette période, de nombreux enfants ont été retrouvés sans vie dans les rues tunisiennes, en raison d'un manque de place dans les centres d'accueil dédiés aux enfants abandonnés¹¹⁰. Cette loi symbolise donc la prise en charge de l'enfant par l'État, et dont l'adoption n'en constitue qu'un extrait¹¹¹. La réglementation de l'adoption est un élément intrinsèque aux autorités tunisiennes : en effet celles-ci exercent une maîtrise exclusive sur les conditions régissant l'adoption en vertu de la loi n°58-27 ; ce désir de contrôle justifie l'absence de ratification de la Tunisie d'instruments internationaux en matière d'adoption, tels que la Clah93¹¹².

L'article 8 de la loi n°58-27 permet l'adoption, pour autant que les conditions qui l'encadrent soient données. L'article 9 de cette loi énumère les conditions que doit remplir un parent candidat à l'adoption. L'adoptant doit être une personne majeure, disposant de la pleine capacité civile et mariée : *à contrario*, une adoption par une personne seule n'est pas admise par le droit tunisien¹¹³ (article 9 al. 1 loi n°58-27). Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut, après un examen approfondi, dispenser la personne veuve ou divorcée de la condition du mariage (article 9 al. 3 et 4 loi n°58-27). Ensuite, la personne désireuse d'adopter doit être saine d'esprit, de corps et doit disposer de ressources suffisantes pour subvenir aux besoins de l'enfant (article 9 al. 2 loi n°58-27).

En vertu de l'article 12 de la loi loi n°58-27, l'enfant à adopter doit être mineur. Sauf s'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint, une adoption ne peut avoir lieu que s'il existe une différence d'âge de 15 ans minimum entre l'enfant et les parents adoptifs (article 10 al. 1 loi n°58-27). De plus, l'adoption d'un enfant étranger est admise en vertu de l'article 10 al. 2 loi n°58-27 ; de ce fait si le mineur étranger n'est pas marié au prononcé du jugement de l'adoption, il acquerra de par la loi la nationalité tunisienne (article 18 du Code de la Nationalité¹¹⁴)¹¹⁵.

La loi prévoit la possibilité pour un tunisien d'adopter un enfant étranger (article 10 al. 2 loi n°58-27), mais reste muette sur l'hypothèse inverse, soit le cas où se serait un couple étranger qui souhaiterait adopter un ressortissant tunisien : à la lecture de cette

¹⁰⁹ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 252.

¹¹⁰ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 252.

¹¹¹ MEZIOU, Le statut personnel des musulmans, p. 264.

¹¹² BOUKHARI, p. 137.

¹¹³ BOUKHARI, p. 120.

¹¹⁴ Décret - loi n°63-6 portant refonte du code de la nationalité tunisienne, du 28 février 1963, *in* Journal officiel de la République tunisienne (JORT) n° 011, pp. 279-280.

¹¹⁵ BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, Le droit tunisien, p. 183.

disposition légale, se cache une condition implicite mais nécessaire à l'adoption¹¹⁶, celle de « la communauté religieuse »¹¹⁷. Dès lors, des personnes désireuses d'adopter un enfant de confession musulmane, devront soit être musulmanes, et si elles ne le sont pas elles devront se convertir et se munir d'un certificat de conversion à l'Islam pour prétendre à l'adoption¹¹⁸. Cette condition de « communauté religieuse » n'est pas inconnue des juridictions tunisiennes et s'est révélée dans la jurisprudence de celles-ci. Par exemple, le Tribunal de première instance de Tunis a rendu une décision¹¹⁹ illustrant l'exigence de cette condition. Dans cette affaire, un autrichien demande l'exéquatur aux autorités tunisiennes, du jugement autrichien qui avait prononcé l'adoption d'un enfant tunisien¹²⁰. La juridiction tunisienne refuse, au motif que les adoptants autrichiens ne remplissaient pas la condition de communauté religieuse commandée par l'article 10 al. 2 de la loi n°58-27. Le tribunal rappelle que les dispositions sur l'adoption appartiennent à l'ordre public tunisien, et qu'un manquement à celles-ci constitue un motif pour refuser l'exéquatur de la décision rendue par les autorités autrichiennes, en vertu de l'article 11 du Code de droit international privé¹²¹ pour refuser l'exéquatur de la décision rendue par les autorités autrichiennes¹²². Dans une autre affaire cantonale¹²³, le tribunal de Tunis a admis l'adoption d'un enfant tunisien musulman par un couple français converti, qui avait valablement produit le certificat attestant de leur conversion à l'Islam. L'établissement de ce certificat de conversion peut être considéré discriminatoire à l'égard des nationaux tunisiens, notamment pour les tunisiens juifs et chrétiens, qui devront systématiquement produire ce document pour prétendre à l'adoption d'un enfant tunisien de confession musulmane¹²⁴ contrairement à un tunisien musulman.

Il ressort de la loi n°58-27 que les effets de l'adoption sont ceux d'une adoption plénière¹²⁵ : en effet, l'enfant adopté jouit des mêmes droits et est soumis aux mêmes devoirs et interdictions de mariage que l'enfant légitime et peut prendre le nom patronyme des adoptants (article 14 de la loi n°58-27) ; de même, les parents adoptifs disposent des mêmes droits que ceux accordés de par la loi aux parents légitimes, et sont soumis aux mêmes obligations (article 15 loi n°58-27).

Le juge cantonal, après un examen du respect des conditions légales, rend un jugement définitif d'adoption (article 13 loi n°58-27). S'il s'avère que l'adoptant a gravement manqué à ses devoirs, et dans l'intérêt de l'enfant, le Tribunal de première instance, retire la garde et la confie à une autre personne (article 16 loi n°58-27).

¹¹⁶ Fiche ISS N°51 *ibis*.

¹¹⁷ SANA BEN ACHOUR, *Le code tunisien*, N. 24.

¹¹⁸ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 254.

¹¹⁹ Tribunal de première instance de Tunis, 26 juin 2000, n°34256.

¹²⁰ BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, *Le droit tunisien*, p. 219.

¹²¹ Loi n°98-97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du code de droit international privé du 1er décembre 1998, *in* Journal officiel de la République tunisienne (JORT) n°96, p. 2332.

¹²² BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, *Le droit tunisien*, p. 220.

¹²³ Tribunal cantonal de Tunis, jugement n° 2272 du 26 décembre 1974 : Tribunal cantonal de Tunis, N° 2272, du 26 déc. 1974, *in* Revue tunisienne de droit, 1975, II, p. 117, note K. MEZIOU.

¹²⁴ BEN LAMINE, p. 11.

¹²⁵ BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, *Le droit tunisien*, p. 182.

C. Le Maroc

1. Droit matériel

En adhérant à des conventions internationales, notamment la CDE, le Maroc devait réformer son ancienne *Moudouwwana* (code de statut personnel) de 1955¹²⁶ (cité : aMdw)¹²⁷. En 2004, le Maroc adopta sa nouvelle *Moudouwwana*¹²⁸ (cité : Mdw). Cette réforme introduit le concept du droit de l'enfant, absent dans l'aMdw¹²⁹, et instaure l'intérêt supérieur de l'enfant pour certains sujets¹³⁰ ; en revanche la Mdw n'a pas évolué sur la question de la filiation, puisqu'elle ne reconnaît que la filiation légitime¹³¹. De ce fait, la Mdw n'institue pas la filiation adoptive et reprend telle quelle la teneur de l'ancien article 83 aMdw¹³² : « l'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime » (article 149 Mdw). Ainsi, la Mdw ne protège que les enfants légitimes, négligeant dès lors les enfants abandonnés, les orphelins et ceux sans filiation¹³³ : le législateur, soucieux d'améliorer la situation de ces enfants¹³⁴, s'est entouré de textes juridiques, dont notamment la loi relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés¹³⁵ (cité : D.K). A l'échelle internationale, le Maroc est parti depuis 1993 à la CDE, et il est depuis 2010 le seul État africain à avoir ratifié la CLah96.

2. Filiation

La filiation est un effet juridique qui résulte, *essentiellement*, du mariage ; toutefois face à une réalité sociale et pour respecter ses engagements internationaux, le législateur marocain a dû tempérer cette définition¹³⁶. A présent, la Mdw, se montre indulgente tant vis-à-vis d'enfants issus d'un mariage boiteux, que d'enfants dont la filiation est contestée¹³⁷.

La Mdw prévoit que la filiation parentale peut être légitime ou illégitime (article 142 Mdw), mais que la filiation, à l'égard de la mère et du père, est présumée légitime jusqu'à preuve du contraire (article 143 Mdw).

A l'égard de la mère, la Mdw prévoit que la filiation peut s'établir par la naissance de l'enfant, par l'aveu de la mère, ou par une décision judiciaire (article 147 al. 1 Mdw). La loi poursuit, en rappelant, que la filiation maternelle est légitime dans les cas où elle résulte d'un mariage, de *Choubha* (rapport sexuel par erreur) ou d'un viol (article

¹²⁶ Code du statut personnel et des successions (Moudouawana) : dahirs du 22 novembre, 18 décembre 1957, 25 janvier, 20 février et 4 avril 1958, in Bulletin officiel n°2371, du 4 avril 1958, p. 571.

¹²⁷ LOUKILI/ZIRARI-DEVIF, p. 206.

¹²⁸ Loi n°03-70 portant code de la famille promulguée par dahir n°1-04-22, du 3 février 2004, in Bulletin officiel n° 5358, du 6 octobre 2005, p. 667.

¹²⁹ LOUKILI/ZIRARI-DEVIF, p. 208.

¹³⁰ LOUKILI/ZIRARI-DEVIF, p. 210.

¹³¹ LOUKILI/ZIRARI-DEVIF, p. 211.

¹³² MAZOUZ, N. 466.

¹³³ BARRAUD, La filiation légitime, N. 46.

¹³⁴ BARRAUD, La filiation légitime, N. 56.

¹³⁵ Dahir n° 1-02-172 du 13 juin 2002 portant promulgation de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés, in Bulletin Officiel n° 5036, du 5 septembre 2002, p. 914.

¹³⁶ MAZOUZ, N. 367.

¹³⁷ MAZOUZ, N. 368.

147 al. 2 Mdw). La Mdw n'opère aucune distinction, en ce qui concerne les effets de la filiation maternelle, que celle-ci soit légitime ou illégitime (article 146 Mdw). En revanche, ce raisonnement ne peut pas être emprunté pour la filiation à l'égard du père. Si la filiation légitime est établie, l'enfant accède à la filiation de son père : de ce fait, l'enfant sera élevé dans la religion de celui-ci, ils hériteront mutuellement, ils auront des droits et devoirs réciproques et seront soumis aux empêchements de mariage (article 145 Mdw). A l'inverse, si une décision judiciaire conclut que la filiation est illégitime, aucun des effets de la filiation légitime (article 145 Mdw) ne s'appliquera à l'enfant illégitime (article 148 Mdw).

La Mdw considère que la filiation paternelle est un lien légitime qui unit le père à son enfant (article 150 Mdw). Elle rappelle que seule une décision judiciaire peut renverser les présomptions de filiation paternelle établies par la loi (article 151 Mdw). La filiation paternelle est légitime dans les situations prévues par la Mdw (article 144 Mdw) tel que : *Al Firach* (les rapports conjugaux), *Iqrar* (l'aveu du père) et *Choubha* (rapport sexuel par erreur mais de bonne foi)¹³⁸ (article 152 Mdw). L'article 157 Mdw dispose que la filiation paternelle peut également s'établir, suite à un mariage vicié, et qu'elle en produira tous ses effets.

La Mdw liste les moyens de preuves admis pour établir la filiation paternelle : il y a notamment les rapports conjugaux, le rapport de deux *adouls* (notaires), la preuve du oui-dire et tout autre moyen preuve légal, tel que l'expertise judiciaire (article 158 Mdw).

a. Filiation issue d'un mariage valide

La filiation paternelle peut découler des rapports conjugaux (article 152 ch.1 Mdw) dans deux situations (article 154 Mdw).

D'une part, la filiation paternelle est réputée établie lorsque l'enfant naît dans les six mois qui suivent la conclusion du contrat de mariage, indépendamment de la validité de celui-ci, et que des rapports conjugaux entre les époux sont plausibles (article 154 al. 1 Mdw). Ce délai de six mois, permet de garantir que l'enfant n'est pas le fruit d'une relation antérieure¹³⁹. Les juridictions marocaines se montrent sévères et refusent d'appliquer la présomption de paternité de l'article 154 al. 1 Mdw, si un enfant venait à naître avant ce délai de six mois.

D'autre part, les rapports conjugaux sont établis si l'enfant vient à naître durant l'année qui suit le prononcé de la séparation (article 154 al. 2 Mdw). Ainsi, tant que l'enfant est conçu pendant la période du mariage, la présomption de paternité s'applique à l'époux, même si le mariage est dissout¹⁴⁰.

Si l'une des hypothèses de l'article 154 Mdw est établie, alors la loi précise que les rapports conjugaux constituent une preuve irréfutable à l'établissement de la filiation paternelle (article 153 al. 2 1^{er} phrase Mdw). Toutefois, seul le mari a la qualité pour contester les présomptions posées par l'article 154 Mdw : soit par le *Liânne* (serment d'anathème), soit par une expertise formelle (article 153 al. 2 Mdw). Le mari dispose

¹³⁸ BUSKENS, Le droit de la famille au Maroc, p. 114.

¹³⁹ MAZOUZ, N. 371.

¹⁴⁰ MAZOUZ, N. 372.

donc de deux moyens juridiques pour désavouer l'enfant¹⁴¹. Cependant, l'époux ne pourra déclencher que l'une de ces procédures pour autant qu'il produise des preuves suffisantes et que cette procédure soit ordonnée par le juge¹⁴².

Dans la mesure où la Mdw ne précise pas le procédé ni les conditions de la mise en œuvre de la *Liâne*, celle-ci doit être interprétée par le juge conformément à l'Islam (Article 400 Mdw). Le serment d'anathème est déclenché par l'époux, qui sans preuve tangible, accuse son épouse de lui avoir été infidèle¹⁴³. Le recours au serment d'anathème est rare, puisqu'il est lourd de conséquence : en effet, une décision de serment d'anathème produit inévitablement une séparation définitive¹⁴⁴. Concernant le recours à l'expertise formelle, le mari ne pourra recourir à ce moyen que s'il produit des preuves probantes appuyant ses allégations, et que l'expertise a été ordonnée par un tribunal (article 153 al. 2 Mdw). Le mari doit donc apporter la preuve qu'il est impossible qu'il soit le père de cet enfant¹⁴⁵. La jurisprudence¹⁴⁶ a admis que la stérilité du père est une preuve suffisante pour que le juge demande une expertise, alors que le simple fait de se *prétendre* stérile sans en apporter la preuve concrète ne suffit pas à ce que le juge ordonne une expertise formelle¹⁴⁷.

La jurisprudence esquisse plusieurs situations où l'action en désaveu a été admise en faveur du mari. Premièrement, si l'enfant naît moins de six mois après la conclusion du mariage ou plus d'un an après sa dissolution, le père peut obtenir l'autorisation d'entamer une procédure en désaveu¹⁴⁸. Ainsi, la Cour de cassation de Rabat, a considéré dans une affaire¹⁴⁹, que la filiation paternelle ne pouvait pas s'établir lorsque la naissance de l'enfant survient dans les trois mois qui suivent la conclusion de l'acte de mariage, et qu'elle ne peut s'établir que si l'enfant est né au moins six mois qui suivent la conclusion du mariage. Deuxièmement, le père peut intenter une action en désaveu, lorsque la conception remonte à une époque où la cohabitation et les rapports sexuels étaient impossibles en raison de son absence ou en cas de maladie de ce dernier¹⁵⁰. La jurisprudence précise que le père peut saisir le juge dès qu'il prouve son incapacité, de sorte qu'il n'est soumis à aucun délai pour introduire son action¹⁵¹. Troisièmement, si le mari accuse sa femme d'adultère et qu'il combine à son accusation une action en désaveu de paternité¹⁵².

Ce n'est que par le biais d'une décision judiciaire que le père peut désavouer l'enfant et ainsi mettre un terme à la présomption légale de paternité (article 151 et article 159 Mdw).

¹⁴¹ MAZOUZ, N. 378.

¹⁴² MAZOUZ, N. 388.

¹⁴³ MAZOUZ, N. 386.

¹⁴⁴ MAZOUZ, N. 386.

¹⁴⁵ MAZOUZ, N. 383.

¹⁴⁶ Cour de cassation de Rabat, n° dossier 402/2/1/2008 (n° décision 5 ID 2667), du 07 janvier 2009.

¹⁴⁷ Cour de cassation de Rabat, n° dossier 622/2/1/2008 (n° décision 119 ID 2448), du 18 mars 2009.

¹⁴⁸ MAZOUZ, N. 388.

¹⁴⁹ Cour de cassation de Rabat, n° dossier 576/2/1/2007 (n° décision 129 ID 2442), du 25 mars 2009.

¹⁵⁰ MAZOUZ, N. 388.

¹⁵¹ MAZOUZ, N. 388.

¹⁵² MAZOUZ, N. 388.

b. Filiation issue des fiançailles

L'aMdw n'accordait aucun effet aux fiançailles et ne reconnaissait donc pas les enfants nés hors mariage¹⁵³. Depuis l'entrée en vigueur de la Mdw, les fiançailles sont considérées comme l'origine du mariage, et produisent donc des effets juridiques¹⁵⁴. Ainsi, la Mdw prévoit un droit à la paternité, dès les fiançailles, sous réserve de certaines conditions¹⁵⁵.

En effet, si les fiançailles et le consentement mutuel ont valablement eu lieu, mais que des raisons externes ont empêché la rédaction de l'acte de mariage et que des signes de grossesses apparaissent chez la fiancée, cette grossesse est imputée au fiancé pour les rapports sexuels par erreur, si une décision judiciaire, non sujette à recours, atteste que les conditions légales sont réunies (article 156 al. 1 et 2 Mdw). Il faut pour cela que les fiançailles soient connues et approuvées par les deux familles, que la fiancée soit tombée enceinte durant les fiançailles et que les fiancés reconnaissent que la grossesse est de leur fait (article 156 let. a, b et c Mdw). Si le fiancé nie être l'auteur de la grossesse, il peut recourir à tous les moyens de preuves légaux établissant la filiation paternelle (article 156 al. 2 Mdw). La jurisprudence rappelle que chacune de ces conditions doit être donnée pour que la filiation de l'enfant s'établisse¹⁵⁶.

c. La filiation suite à un mariage invalide

Un mariage est valide lorsqu'il répond aux modalités des articles 10 à 13 Mdw. Si l'une des conditions venait à manquer, le mariage serait soit nul soit imparfait¹⁵⁷.

Dans l'hypothèse où le mariage se révèle être imparfait, son annulation n'a d'effets que pour le futur : si un enfant naît de cette union *imparfaite*, il sera tout de même considéré comme un enfant légitime du couple¹⁵⁸.

En revanche, si le mariage est réputé nul, les effets de celui-ci sont rétroactifs¹⁵⁹, sauf en ce qui concerne la naissance d'enfants issus de cette union¹⁶⁰. En effet, la Mdw innove et prévoit désormais la « filiation en cas de doute »¹⁶¹. L'article 155 Mdw dispose que « lorsqu'une femme est enceinte suite à des rapports sexuels par erreur (Choubha) et donne naissance à un enfant, pendant la période comprise entre la durée minima et la durée maxima de la grossesse, la filiation paternelle de cet enfant est établie à l'égard de l'auteur de ces rapports » (al. 1). Ainsi, « la filiation en cas de doute » s'adresse aux parents qui, de bonne foi et ignorant certains détails juridiques, pensaient être dans une relation juridique valable et légale (tel que le mariage)¹⁶², alors que leur union se trouvait viciée en raison du défaut d'au moins une des conditions de validité.

¹⁵³ MAZOUZ, N. 397 et 398.

¹⁵⁴ MAZOUZ, N. 397.

¹⁵⁵ MAZOUZ, N. 399.

¹⁵⁶ Cour de cassation de Rabat, n° dossier 263/02/01/2006 (n° décision 565 ID 755), du 03 décembre 2008.

¹⁵⁷ MAZOUZ, N. 391.

¹⁵⁸ MAZOUZ, N. 393.

¹⁵⁹ MAZOUZ, N. 393.

¹⁶⁰ MAZOUZ, N. 393 ss.

¹⁶¹ NAJI EL MEKKAOUI, p. 262.

¹⁶² BUSKENS, Le droit de la famille au Maroc, p. 115.

Grâce à cette disposition, il est dorénavant possible de rattacher des enfants au « mari » indépendamment de la validité de l'acte de mariage¹⁶³. La loi admet que « la filiation en cas de doute » peut être établie par tous les moyens de preuves légaux (article 155 al. 2 Mdw).

d. Reconnaissance en paternité

L'*Iqrar* (reconnaissance en paternité) est un moyen juridique ouvert uniquement au père (article 161 Mdw) et lui permettant d'établir la filiation (article 160 al. 1 Mdw). Cet aveu de paternité peut être établi soit par acte authentique, soit par une déclaration manuscrite du concerné (article 162 Mdw). L'aveu n'est recevable que s'il répond aux conditions posées par la loi. Tout d'abord, il faut que l'auteur dispose de ses facultés mentales, et cela même au cours de sa dernière maladie (article 160 al. 1 ch. 1 Mdw) et que ses allégations soient logiques et vraisemblables (article 160 al. 1 ch.3 Mdw). Ensuite, l'action en reconnaissance de paternité n'est admise que pour les enfants dont la filiation est inconnue ; *a contrario*, si la filiation d'un enfant est déjà établie, l'action ne sera pas admise (article 160 al. 1 ch. 2 Mdw). De plus, si l'enfant est majeur au moment de l'introduction de l'action en reconnaissance en paternité, son consentement est requis (article 160 al. 1 ch. 4 Mdw) ; dans l'hypothèse inverse, il a le droit, une fois la majorité atteinte, d'intenter une action en désaveu (article 160 al. 1 ch. 4 *in fine*). Il appartient à toute personne intéressée de formuler un recours et d'établir devant le juge que les conditions de la reconnaissance en paternité ne sont pas établies (article 160 al. 3 Mdw). La loi précise que si durant la procédure de l'action en reconnaissance de paternité l'auteur de celle-ci vient à désigner la mère de l'enfant, cette dernière peut s'y opposer en niant être la mère ou en produisant des preuves démentant le défaut de véracité de la reconnaissance paternelle (article 160 al. 2 Mdw).

3. L'institution de la kafala

a. Conditions et procédure

La kafala est règlementée par le D.K, qui fixe les conditions et la procédure à respecter pour l'établissement d'une kafala.

La loi impose à toute personne qui découvre un enfant abandonné de moins de 18 ans de lui apporter l'assistance nécessaire et d'informer les autorités du lieu où l'enfant a été trouvé (article 3 D.K). L'article 31 D.K rappelle que le code pénal marocain¹⁶⁴ sanctionne toute personne qui s'abstient volontairement d'apporter l'assistance ou les soins nécessaires à un nouveau-né abandonné ou qui n'informe pas les autorités compétentes.

Le D.K définit trois catégories d'enfants abandonnés pouvant prétendre à devenir *makfoul* (article 1 D.K). En premier lieu, la kafala s'adresse aux enfants de père inconnu ou de mère connue l'ayant sciemment abandonné. La loi rappelle que la cessation de toute relation nécessaire au maintien effectif avec l'enfant concerné,

¹⁶³ MAZOUZ, N. 395.

¹⁶⁴ Dahir n°1-59-314 du 26 novembre 1962 portant approbation du texte du code pénal, *in* Bulletin Officiel n° 2640 bis, du 5 juin 1963, p. 843.

s'apparente à un désintéret manifeste, qui ne nécessite pas de recueillir le consentement des parents et cela même s'ils sont connus et joignables¹⁶⁵ : par leur attitude, ils consentent tacitement à la kafala¹⁶⁶. En deuxième lieu, les orphelins ou les enfants de parents incapables de s'occuper d'eux ont qualité pour devenir *makfoul*. Si les parents sont vivants, ils doivent consentir à la kafala ; le consentement des deux parents est nécessaire, sauf dans l'hypothèse où l'un d'eux serait décédé ou dans l'impossibilité de manifester volonté¹⁶⁷. En dernier lieu, la loi qualifie d'enfants abandonnés ceux qui ont été retirés à leurs parents, car ces derniers manquaient gravement à leurs devoirs : dans ce cas de figure, le tribunal n'a pas besoin de recueillir le consentement d'un parent menaçant ou désintéressé de la santé de l'enfant¹⁶⁸.

Les parents disposent tout de même du droit de récupérer l'enfant, si leur comportement a significativement changé et qu'ils se soucient réellement de son sort (article 29 al. 1 D.K.)¹⁶⁹. La loi précise que le juge entend l'enfant capable de discernement et tient compte de son intérêt pour prendre la décision de recouvrement de tutelle des parents biologiques (article 29 al. 2 D.K).

Dès que le procureur du Roi est informé de la situation d'un enfant abandonné, il doit immédiatement placer ce dernier dans un des établissements prévus à cet effet et débiter une enquête sur l'origine de cet enfant (article 4 al. 1 D.K). Sur requête de ce dernier, un jugement du tribunal doit attester que l'enfant est considéré comme abandonné, pour que celui-ci puisse devenir sujet à une décision de kafala (article 4 al. 2 D.K). Il lui appartient de prouver que l'enfant est abandonné (article 5 al. 2 D.K) et de prendre les mesures nécessaires pour que ce dernier soit inscrit sur le registre d'état civil, avant la présentation de la demande de déclaration d'abandon (article 5 al. 1 D.K). Le tribunal prend connaissance des éléments apportés par le procureur du Roi et peut, si la situation le commande, mener une enquête approfondie ou ordonner une expertise complémentaire (article 6 al. 1 D.K). S'il apparaît au tribunal que les parents de l'enfant sont inconnus, il prononce un jugement et ordonne au procureur du Roi d'en faire la publicité, de sorte que si dans un délai de trois mois les parents de l'enfant se manifestent, ils pourront réclamer l'enfant et en demander la restitution (article 6 al. 2 D.K). Si personne ne s'est manifesté au-delà de ce délai, le tribunal prononce un jugement attestant que l'enfant est abandonné (article 6 al. 3 D.K). Le jugement est de plein droit assorti de l'exécution provisoire en dépit de tout recours (article 6 al. 4 D.K). Une copie de ce jugement est adressée au juge des tutelles, qui assurera la tutelle de l'enfant abandonné conformément aux dispositions de la représentation légale prévue par la Mdw et le Code de procédure civile¹⁷⁰ (article 7 D.K). Le procureur du Roi place provisoirement l'enfant objet d'une déclaration d'abandon ou déclaré abandonné, dans un établissement ou chez une personne conformément à l'article 9 D.K, jusqu'à ce qu'une décision de kafala soit rendue (article 8 D.K).

¹⁶⁵ NAJI EL MEKKAOUI, p. 278.

¹⁶⁶ MAZOUZ, N. 489.

¹⁶⁷ MAZOUZ, N. 487.

¹⁶⁸ MAZOUZ, N. 490.

¹⁶⁹ MAZOUZ, N. 490.

¹⁷⁰ Code de procédure civile, approuvé par Dahir n° 1-74-447, du 28 septembre 1974, in Bulletin Officiel n° 6158, du 06 juin 2013, p. 1972.

L'article 9 D.K désigne les éventuels *kafèles*. Il s'agit tout d'abord, des établissements, organisations et associations de protection de l'enfance, disposant de moyens et de ressources suffisantes pour assurer la protection et l'éducation de ces enfants conformément au précepte de l'Islam (article 9 al. 3 D.K). Ensuite, des époux musulmans, pour autant qu'ils remplissent les quatre conditions prévues par la loi, peuvent être des *kafèles* (article 9 al. 1 D.K). Premièrement, il faut que les époux soient majeurs (dix-huit ans grégoriens révolus)¹⁷¹ et qu'ils soient moralement, socialement et financièrement stables pour répondre aux besoins de l'enfant (article 9 al. 1 let. a D.K). La deuxième condition interdit aux époux d'avoir été, conjointement ou séparément, l'objet d'une condamnation pour une infraction à l'encontre d'un enfant (article 9 al. 1 let. b D.K). Troisièmement, les époux ne doivent pas être atteints de maladies contagieuses ou qui les rendraient incapables d'assumer leurs responsabilités (article 9 al. 1 let. c D.K). La dernière condition exige qu'il n'existe aucun litige, juridique ou non, entre les époux demandeurs et le *makfoul* ou ses parents (article 9 al. 1 let. d D.K). Le *kafèle* peut ainsi être un membre de la famille ou un inconnu. L'institution d'une kafala est également ouverte à la femme musulmane qui remplit les quatre conditions légales susmentionnées (article 9 al. 2 D.K). L'une des conditions fondamentales pour pouvoir recueillir un *makfoul* est d'être de confession musulmane¹⁷² : si une personne n'est pas de confession musulmane, la kafala ne lui est pas impossible si elle se convertit valablement à l'Islam¹⁷³. Toutefois, la kafala n'est pas accordée à un couple de confession mixte, et cela même si l'époux est de confession musulmane¹⁷⁴.

La kafala ne peut être confiée à plusieurs *kafèles* (article 13 D.K), c'est pourquoi la loi instaure un ordre de priorité en cas de pluralités de demandes de kafala. Elle sera prioritairement accordée aux couples musulmans sans enfants ou à ceux qui sont les plus à mêmes de répondre aux besoins de l'enfant (article 10 D.K). L'article 11 D.K rappelle qu'être déjà parent ne constitue pas un empêchement à l'établissement d'une kafala, pour autant que tous les enfants puissent jouir de manière égale des moyens dont dispose la famille. La loi exige que la prise en charge d'un *makfoul* âgé de plus de 12 ans soit subordonnée à son consentement (article 12 al. 1 D.K), sauf si ce dernier est confié à un établissement au sens de l'article 9 D.K (article 12 al. 2 D.K).

Il appartient au juge des tutelles du lieu de résidence de l'enfant abandonné d'accorder la kafala au *kafèle* désigné (article 14 D.K). Au préalable, ce dernier doit présenter divers documents au juge des tutelles compétent, tel que la demande de kafala, une copie de l'acte de naissance du *makfoul* ainsi qu'un document attestant qu'il remplit les conditions mentionnées à l'article 9 D.K (article 15 D.K). En cas de doute sur les circonstances dans lesquelles la kafala sera assurée, le juge des tutelles peut procéder à une enquête, pour s'assurer que le *kafèle* répond aux conditions posées à l'article 9 D.K (article 16 al. 1 et 4 D.K). Si après avoir mené son enquête le juge des tutelles constate que toutes les conditions sont respectées, il rend une ordonnance confiant la kafala au *kafèle*, qui sera dès lors désigné comme tuteur datif du *makfoul* (article 17 al. 1 et 2 D.K). De cette façon, le *kafèle* devient civilement responsable des actes que

¹⁷¹ CHAFI, p. 21.

¹⁷² Fiche ISS N°51 *ibis*.

¹⁷³ BARRAUD, Kafala transnationale, N.7.

¹⁷⁴ CHAFI, p. 21.

commet le *makfoul* conformément à l'article 85 du code des obligations¹⁷⁵ (article 22 ch. 5 D.K). Dans les quinze jours qui suivent le prononcé de l'ordonnance de kafala, celle-ci sera exécutée par le tribunal de première instance compétent (article 18 al. 1 D.K). Ensuite, un procès-verbal est dressé et reproduit en trois exemplaires, mentionnant le lieu, l'heure, ainsi que l'identité du *kafèle*, du *makfoul* et des personnes présentes lors de la remise de l'enfant (article 18 al. 3 et 4 D.K).

Le juge des tutelles est chargé de l'exécution et du contrôle de la kafala : il peut ainsi demander des enquêtes (article 19 al. 1 D.K) et au vu des résultats obtenus, il peut maintenir ou annuler la kafala si l'intérêt de l'enfant le commande (article 19 al. 2 D.K). Le juge des tutelles adresse, dans un délai d'un mois à compter de la délivrance de l'ordonnance de la kafala, de son annulation ou de sa reconduction, une copie de l'ordonnance à l'officier de l'état civil compétent (article 21 al. 1 D.K). Si le *kafèle* n'exécute pas valablement l'ordonnance de kafala, le juge des tutelles a l'obligation, tout en sauvegardant l'intérêt de l'enfant, de prendre toutes les mesures nécessaires afin de veiller à la correcte exécution de celle-ci (article 20 D.K).

b. Effets de la kafala pour le *makfoul*

L'institution de la kafala instaure différents droits en faveur du *makfoul* : d'une part, (a) sur son identité et son état civil, et d'autre part, (b) sur sa prise en charge¹⁷⁶.

i. Identité et état civil du *makfoul*

L'Islam considère l'identité de l'enfant comme un droit indéniable et fondamental de ce dernier¹⁷⁷. C'est pourquoi la kafala ne permet pas de confondre l'identité du *makfoul* à celle de ceux l'ayant recueilli : de cette manière, l'Islam cherche à préserver l'enfant de toutes confusions concernant ses origines¹⁷⁸.

Avant 1993, le statut d'enfants illégitimes des enfants *makfouls* était révélé à toute personne ayant accès à leur acte de naissance ou leur carte d'identité¹⁷⁹. Pour corriger cette injustice, le législateur marocain a adopté plusieurs textes législatifs, dont la loi relative à l'état civil¹⁸⁰ de 2002 (cité : LEC).

Après la déclaration de naissance, faite par le procureur du Roi (article 16 al. 5 LEC), l'officier d'état civil dispose de trois jours pour l'enregistrer (article 16 al. 6 LEC). Afin de protéger les *makfouls*, il sera fait mention des noms et prénoms de parents fictifs sur leur acte de naissance¹⁸¹. Concernant le contenu de l'acte de naissance des *makfouls*, la LEC vient préciser deux situations : celle où les deux parents sont inconnus et celle où seul le père est inconnu (article 16 LEC). Dans le premier cas de figure, un nom et un prénom sont choisis pour le *makfoul*, ainsi que des prénoms

¹⁷⁵ Dahir du 19 juillet 1937 modifiant et complétant le dahir du 12 août 1913 formant code des obligations et contrats, in Bulletin Officiel n° 1298, du 10 septembre 1937, p. 1222.

¹⁷⁶ MAZOUZ, N. 495.

¹⁷⁷ MAZOUZ, N. 496.

¹⁷⁸ NAJI EL MEKKAOU, p. 281.

¹⁷⁹ MAZOUZ, N. 501 ss.

¹⁸⁰ Dahir n° 1-02-239 du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil, in Bulletin Officiel n° 5054, du 07 novembre 2002, p.1193.

¹⁸¹ BARRAUD, La filiation légitime, N. 56.

fictifs de parents (article 16 al. 5 LEC)¹⁸² ; dans la seconde situation, la mère attribue son nom patronyme et choisit un prénom à l'enfant et elle définit un prénom fictif ou réel pour le père (article 16 al. 5 et 7 LEC)¹⁸³. En marge de l'acte de naissance de l'enfant recueilli, il est fait mention du statut de *makfoul* (article 16 al. 8 LEC). En revanche, la kafala ne sera pas mentionnée sur les copies des actes délivrés au *kafèle* ou au *makfoul* (article 21 al. 3 D.K). Dès lors, il ressort de la LEC et du D.K que les *makfouls* recueillis en kafala sont à présent dotés des mêmes cartes d'identité et du même état civil que les enfants légitimes¹⁸⁴.

La LEC opère également des changements en ce qui concerne l'attribution du nom patronyme : le *kafèle* peut désormais attribuer son nom patronyme au *makfoul*¹⁸⁵. En vertu de la LEC, il n'est possible de changer de nom que si un décret¹⁸⁶ (cité : Décret-665) concrétise autorise cette procédure (article 20 al. 3 LEC). Le Décret-665 précise que tout marocain inscrit à l'état civil peut présenter une demande en changement de nom, en indiquant les raisons de ce changement et en produisant les documents nécessaires pour la procédure (article 21 al. 1 Décret-665). Ainsi, si le *makfoul* est déjà répertorié au registre d'état civil, le *kafèle* doit adresser au Président de la Haute Commission de l'état civil une demande écrite en arabe et dûment motivée des raisons de ce changement¹⁸⁷. Dans l'hypothèse où le *makfoul* n'a pas d'acte de naissance, le *kafèle* devra adresser sa demande en changement de nom à la préfecture¹⁸⁸. Si la requête du *kafèle* est acceptée, l'acte de naissance du *makfoul* sera modifié et une copie de cette décision sera adressée à l'officier de l'état civil qui procédera au changement nécessaire sur le registre (article 22 al. 2 Décret-665)¹⁸⁹. Les lois marocaines permettent ce transfert de nom car dans l'Islam, ni le nom de famille, ni le livret de famille ne sont considérés comme des moyens établissant la filiation¹⁹⁰. Ainsi, bien que le *makfoul* puisse porter le patronyme de son *kafèle*, l'enfant recueilli ne sera inscrit ni dans la descendance du *kafèle* ni dans son livret de famille¹⁹¹.

ii. Prise en charge du *makfoul*

Ce n'est qu'après l'établissement de l'état civil du *makfoul*, que celui-ci pourra être pris en charge dans le cadre d'une procédure de kafala¹⁹². Le D.K définit la kafala comme la prise en charge, la protection, l'éducation et l'entretien d'un *makfoul* au même titre que le ferait un père pour son enfant (article 2 D.K) ; si l'enfant recueilli doit être traité comme un enfant légitime, il n'en devient pourtant pas un (article 2 *in fine* D.K)¹⁹³. Les articles 22 ss D.K viennent concrétiser les droits et devoirs du *kafèle* et du *makfoul*.

¹⁸² NAJI EL MEKKAOUI, p. 282.

¹⁸³ NAJI EL MEKKAOUI, p. 282.

¹⁸⁴ NAJI EL MEKKAOUI, p. 284.

¹⁸⁵ SALMI-SFAIHI, p. 42.

¹⁸⁶ Décret n° 2-99-665 du 9 octobre 2002 pris pour l'application de la loi n° 37-99 relative à l'état civil, *in* Bulletin Officiel n° 5054, du 7 novembre 2002, p. 1198.

¹⁸⁷ BARRAUD, La filiation légitime, N. 58.

¹⁸⁸ LE BOURSICOT, N.22.

¹⁸⁹ LE BOURSICOT, N.22.

¹⁹⁰ NAJI EL MEKKAOUI, p. 296.

¹⁹¹ SALMI-SFAIHI, p. 43.

¹⁹² MAZOUZ, N. 504.

¹⁹³ BARRAUD, La filiation légitime, N. 47.

Il incombe au *kafèle* d'exécuter les obligations relatives à l'entretien, de la garde et de la protection de l'enfant recueilli en kafala, d'élever le *makfoul* dans une ambiance saine et de subvenir à ses besoins jusqu'à ce que ce dernier atteigne la majorité légale ou finisse ses études¹⁹⁴ (article 22 ch.1 D.K). La loi prévoit certaines situations où l'entretien du *makfoul* peut se prolonger au-delà sa majorité : c'est notamment le cas si l'enfant recueilli est une fille, de sorte que son entretien se poursuit jusqu'à ce que celle-ci se marie (article 22. ch. 2 D.K), ou si le *makfoul* est handicapé ou incapable d'assurer ses besoins conformément aux dispositions de la Mdw (article 22 ch. 3 D.K).

Les indemnités et les allocations sociales qui sont normalement versées par l'État aux parents d'enfants peuvent également être allouées au *kafèle* (article 22 ch. 4 D.K). Ainsi, une kafala permet au *kafèle* et au *makfoul* de bénéficier réciproquement des régimes de subventions, de sécurité sociale, d'assurance maladie et d'allocations familiales¹⁹⁵.

A l'égard du *makfoul*, une décision de kafala ne donne aucun droit à être partie à la succession du *kafèle* (article 2 *in fine* D.K). Toutefois, si le *kafèle* décide de faire bénéficier son *makfoul* d'un don, d'un legs, d'un tanzile¹⁹⁶ ou d'aumône, il peut le faire en s'adressant au juge des tutelles compétent, qui veillera à l'élaboration du dit-contrat, tout en assurant la protection des droits de l'enfant (article 23 D.K). A défaut de l'établissement d'un de ces actes, le *makfoul* se retrouve sans protection ni prétention dans la succession de son *kafèle*¹⁹⁷. Il convient de préciser que la kafala n'empêche pas nécessairement le *makfoul* d'hériter, mais cherche à limiter cette possibilité, dans le but de protéger le droit des héritiers légitimes dans la succession¹⁹⁸.

Le juge des tutelles peut autoriser le *kafèle* et son *makfoul*, si tel est leur intérêt, à s'établir de manière permanente à l'étranger (article 24 al. 1 D.K). Avant de délivrer une autorisation pour quitter le territoire, le juge des tutelles peut se faire produire par le *kafèle*, un certificat délivré par les autorités consulaires marocaines¹⁹⁹ du pays en question, attestant que le *makfoul* jouira d'une situation stable sur son territoire²⁰⁰. Si le juge des tutelles délivre l'autorisation, une copie de celle-ci sera adressée aux services consulaires marocains du nouveau pays de résidence et ces derniers auront la tâche de suivre et de surveiller la situation de la kafala et de la rapporter juge²⁰¹. Si le *kafèle* manque à ses obligations, lesdits services informeront sans délai le juge des tutelles (article 24 al. 2 D.K) et lui suggéreront la prise de mesures nécessaires, allant jusqu'à l'annulation de la kafala (article 24 al. 2 et al. 3 D.K).

¹⁹⁴ Article 198 Mdw : « Le père doit pouvoir à l'entretien de ses enfants jusqu'à leur majorité ou jusqu'à vingt-cinq ans révolus pour ceux qui poursuivent leurs études ».

¹⁹⁵ MAZOUZ, N. 508.

¹⁹⁶ Article 149 al. 2 Mdw : « L'adoption dite de gratification ou testamentaire (Tanzile), par la quelle une personne est placé au rang d'un héritier de premier degré, n'établit pas la filiation paternelle et suit les règles du testament ».

¹⁹⁷ NAJI EL MEKKAOU, p. 285.

¹⁹⁸ NAJI EL MEKKAOU, p. 285.

¹⁹⁹ CHAFI, p. 27.

²⁰⁰ SALMI-SFAIHI, p. 46.

²⁰¹ LE BOURSICOT, N.21.

Dorénavant, il est possible d'acquérir la nationalité marocaine par le biais de la kafala. En effet, le code de nationalité marocain²⁰² (cité : CN) permet à un *kafèle* marocain de faire bénéficier de sa nationalité marocaine à un *makfoul* étranger. Le CN stipule que sauf refus du ministre de la justice, toute personne de nationalité marocaine qui pendant plus de cinq ans aura pris en charge (kafala) un *makfoul* étranger et de parents inconnus pourra présenter une déclaration aux fins d'acquisition de la nationalité marocaine pour cet enfant (article 9 -2 al. 1 CN). Si le *kafèle* n'entame pas la procédure d'acquisition de nationalité pour le *makfoul*, le CN permet, sauf en cas d'opposition du ministre de la justice, au *makfoul* âgé de seize ans et répondant aux conditions légales de présenter personnellement une demande en ce sens (article 9 -2 al. 2 CN).

c. Fin de la kafala

La kafala prend notamment fin lorsque le *makfoul*, sauf exception légale, a atteint la majorité (article 25 ch. 1 D.K), qu'il est décédé (article 25 ch. 2 D.K) ou que son intérêt supérieur le commande (article 25 ch. 7 D.K). La kafala peut aussi prendre fin pour des raisons inhérentes au *kafèle*, notamment lorsqu'il décède (article 25 ch. 3 D. K), qu'il est incapable d'assumer la kafala (article 25 ch. 4 et 5 D. K) , s'il se désiste ou s'il viole ses obligations (article 25 ch. 7 D.K). La loi rappelle au *kafèle* qu'il s'expose à des sanctions pénales s'il viole ses obligations légales et que son comportement met en danger la santé, la moralité ou l'avenir du *makfoul* (article 30 al. 1 D. K). La dissolution de l'établissement, de l'organisme, de l'organisation ou de l'association assurant la kafala, constitue également un motif de cessation de celle-ci (article 25 ch. 6 D.K).

Si les liens du mariage venaient à se briser entre des époux assurant une kafala, le juge des tutelles accorde soit le maintien de la kafala en l'attribuant à l'une des deux parties, soit la prise de mesures nécessaires conformément aux dispositions de la Mdw (article 26 al. 1 D.K). Conformément à l'article 16 D.K, le juge des tutelles doit procéder à une enquête avant de prononcer son ordonnance sur la kafala (article 26 al. 2 D.K). Il désigne un gardien au *makfoul* avant de pouvoir rendre sa décision sur les modalités du droit de garde²⁰³. Les dispositions de la Mdw s'appliquent par analogie à la kafala : en effet, si l'enfant a atteint quinze ans, il peut décider lequel des deux époux assumera sa garde (article 166 Mdw)²⁰⁴. Si conformément aux dispositions 25 et 26 D.K la kafala vient à prendre fin, le juge des tutelles ordonne le cas échéant, la désignation d'un tuteur datif pour le *makfoul* (article 28 D.K). Un droit de visite est accordé dans l'ordonnance du juge, conformément à l'intérêt de l'enfant et après son audition, pour autant que ce dernier soit capable de discernement (article 27 al. 1 D.K). Ce droit de visite peut être accordé à toute personne expressément mentionnée à l'article 27 al. 2 D.K.

Une décision de kafala prend également fin lorsque les parents de l'enfant ou l'un d'eux, après la cessation des motifs qui ont rendu la kafala nécessaire, recouvraient leur tutelle sur l'enfant, par le biais d'une décision judiciaire (article 29 D.K).

²⁰² Dahir n° 1-58-250 du 6 septembre 1958 portant code de la nationalité marocaine, modifié par Loi n°62-06 du 23 mars 2007, in Bulletin officiel n°5514 du 05 avril 2007, p. 457.

²⁰³ MAZOUZ, N. 513.

²⁰⁴ CHAFI, p. 33.

IV. La kafala sur le plan international

A. Convention relative aux droits de l'enfant (CDE)

La CDE est l'une des sources principales en matière de protection de l'enfant à l'échelle internationale. Le préambule de la CDE reconnaît que pour pouvoir s'épanouir, l'enfant doit grandir dans un milieu familial combinant amour, bonheur et compréhension. Ainsi, les États membres de la CDE reconnaissent à l'enfant le droit de jouir du meilleur état de santé possible (article 24 al. 1 CDE) et lui garantissent un niveau de vie suffisant pour assurer son développement physique et mental (article 27 al. 1 CDE). Les articles 20 et 21 CDE traitent des obligations des États visant à protéger les enfants privés de famille²⁰⁵. En effet, l'article 20 CDE impose aux États de protéger et d'offrir une aide à tous les enfants privés d'un milieu familial stable (al. 1), en prévoyant dans leur législation nationale une protection de remplacement (al. 2). Conformément à la CDE, l'adoption et la kafala peuvent être des moyens de protection commandés par l'article 20 CDE (article 20 al. 3 CDE) : ainsi, la CDE reconnaît à la kafala une portée juridique à l'échelle internationale²⁰⁶.

B. Convention de sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption international (CLah93)

Afin de palier aux différences qui existaient entre les différents régimes internationaux en matière d'adoption, la communauté internationale s'est dotée d'un texte relatif à l'adoption, en vue de simplifier et d'uniformiser les démarches²⁰⁷. Ainsi, la CLah93 tente de résoudre et de régler les conflits entre les lois relatives aux adoptions internationales. La CLah93 cherche à instaurer un système de coopération entre les États membres et à établir des garanties pour que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et à veiller à ce que les adoptions soient réalisées et reconnues conformément à la convention (article 1 CLah93). Cette convention s'applique « lorsqu'un enfant résidant habituellement dans « l'État d'origine » et a été, est ou doit être déplacé vers un « l'État d'accueil », soit après son adoption dans l'État d'origine par des époux ou une personne résidant habituellement dans l'État d'accueil, soit en vue d'une telle adoption dans l'État d'accueil ou dans l'État d'origine » (article 2 al. 1 CLah93). Si une adoption est certifiée conforme à la CLah93 par l'autorité compétente de l'État contractant où elle a eu lieu, cette adoption doit être reconnue de plein droit dans les autres États contractants (article 23 al. 1 CLah93).

Conformément à la CLah93, une adoption internationale appelle au respect d'un certain nombre de conditions. Tout d'abord, les parents adoptifs doivent satisfaire aux exigences posées par ladite convention (article 4 et 5 CLah93), en vue d'obtenir une autorisation des autorités étatiques compétentes²⁰⁸. Ensuite, l'adoption internationale est admise à l'égard d'un enfant étranger, si celui-ci est reconnu comme adoptable dans son pays d'origine et que les autorités compétentes autorisent son adoption et

²⁰⁵ SALMI-SFAIHI, p. 50.

²⁰⁶ SALMI-SFAIHI, p. 51.

²⁰⁷ NAJI EL MEKKAOUI, p. 366.

²⁰⁸ NAJI EL MEKKAOUI, p. 367.

son émigration, conformément aux dispositions de la CLah93 (article 4 CLah93)²⁰⁹. Ainsi, la CLah93 soumet cumulativement les conditions de l'adoption au droit de l'État d'origine et à celles de l'État d'accueil²¹⁰.

Le traité dont il est ici question précise qu'il ne s'applique que pour les adoptions établissant un lien de filiation entre l'adoptant et l'enfant adopté (article 2 al. 2 CLah93). En effet, alors que certains pays admettent l'adoption plénière et irrévocable, une majorité d'autres États ne reconnaissent pas ces effets²¹¹. C'est pourquoi la CLah93 dispose tout de même que lorsqu'une adoption est faite dans l'État d'origine et qu'elle n'a pas pour effet de rompre le lien de filiation préexistant, elle peut, dans l'État d'accueil qui reconnaît l'adoption conformément à la présente convention, être convertie en une adoption produisant cet effet, si le droit de l'État d'accueil le permet et si les consentements nécessaires sont valablement donnés (article 27 al. 1 CLah93).

Malgré les efforts de la communauté internationale, l'adoption internationale continue à se heurter à des difficultés²¹². En effet, si l'adoption internationale entre pays lui assimilant les mêmes effets ne soulèvent pas de réels problèmes, des difficultés surviennent inévitablement lorsque ce n'est pas le cas, par exemple entre les législations occidentales permettant l'adoption, et les États de tradition musulmane qui limitent, ignorent ou interdisent l'adoption dans leur ordre juridique²¹³. Ainsi, la kafala, qui n'établit pas de lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté, échappe ainsi à la définition de l'adoption internationale²¹⁴ et ne peut de ce fait être réglée que par les règles ordinaires de droit international privé des États.

C. Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des enfants (CLah96)

La CLah96 a pour objet d'assurer la reconnaissance et l'exécution des mesures de protection de l'enfant dans tous les États membres (article 1 al. 1 let d CLah96). La CLah96 s'applique aux enfants dès leur naissance jusqu'à ce que ceux-ci atteignent l'âge de dix-huit ans (article 2 CLah96). Les mesures de protection prévues par l'article 1 al. 1 CLah96 peuvent notamment porter sur le placement d'un enfant par l'institution de kafala (article 3 let. e CLah96). Ainsi, elle relève du champ d'application de la CLah96²¹⁵. Les mesures prises par un État contractant sont reconnues de plein droit dans un autre État contractant (article 23 al. 1 CLah96), sauf si par exemple, la reconnaissance contrevient à l'ordre public de l'État requis, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 23 al. 2 let. d CLah96). Lorsqu'une autorité compétente envisage un placement, tel que la kafala, dans un autre État membre, elle consulte au préalable l'autorité compétente de cet autre État membre et

²⁰⁹ NAJI EL MEKKAOU, p. 368.

²¹⁰ DUTOIT, p. 119.

²¹¹ NAJI EL MEKKAOU, p. 366.

²¹² NAJI EL MEKKAOU, p. 366.

²¹³ NAJI EL MEKKAOU, p. 369.

²¹⁴ SALMI-SFAIHI, p. 52.

²¹⁵ Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, p. 30 (<https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf>) (cité: Handbook).

lui explique les raisons de ce placement (article 33 al. 1 CLah96). Une décision de placement ne peut être prise dans l'État requérant que si l'autorité compétente de l'État requis approuve le placement en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 33 al. 2 CLah96).

D. Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales²¹⁶

L'institution de la kafala peut également se déduire de l'article 8 Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (cité : CEDH). Cet article protège, et cela même en l'absence de lien de filiation entre l'adoptant et l'enfant recueilli²¹⁷, le droit au respect de la vie privée et familiale (al. 1) et garantit ainsi la non-ingérence de l'État dans la sphère familiale des individus (al. 2). Cependant, il n'existe pas au regard de l'article 8 CEDH un droit à l'adoption²¹⁸.

E. Règlement Bruxelles II bis²¹⁹

Le Règlement de Bruxelles II *bis* (cité : R-II-*bis*) est un instrument juridique de l'Union Européenne, qui ne s'applique qu'aux États membres qui l'ont ratifié de sorte que ce règlement est directement applicable et prime le droit national des États parties ; ainsi R-II-*bis* ne s'applique pas à la reconnaissance d'une décision d'un État tiers à l'Union Européenne ou non partie au règlement²²⁰. Ce règlement directement applicable et prime le droit national des États parties. Le R-II-*bis* concrétise le principe de la coopération et de la reconnaissance mutuelle de décisions judiciaires en matière civile (préambule R-II-*bis*).

Le R-II-*bis* trouve application pour des litiges civils se référant au divorce, à la séparation de corps, à l'annulation du mariage ou pour des questions relatives à la responsabilité parentale (article 1 R-II-*bis*) : le R-II-*bis* ne couvre donc pas la situation de décision de kafala. Toutefois bien que le R-II-*bis* ne s'applique pas à la reconnaissance d'une décision de kafala, ce règlement consacre tout de même l'une de ses dispositions au placement d'enfants, dans un autre État membre du règlement (article 56 R-II-*bis*). De plus, la directive relative au regroupement familial²²¹ (cité : Directive 2003/86) est souvent appliquée par les pays européens lors d'une situation de réception de kafala.

²¹⁶ RS. 0.101.

²¹⁷ SALMI-SFAIHI, p. 53.

²¹⁸ GASSNER/MAJID, N. 124.

²¹⁹ Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000.

²²⁰ SAROLEA/HENRICOT, p. 165.

²²¹ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, *in* Journal officiel n° L 251 du 03/10/2003 p. 0012-0018.

V. Pratiques de différents pays vis-à-vis de la reconnaissance de la kafala

A. La Suisse

1. Droit matériel

La Suisse a ratifié la CDE en 1997, la CLah93 en 2002, la CLah96 en 2009 et la CEDH en 1974. La kafala étant exclu du champ d'application de la CLah93, il convient donc de se référer au droit international privé de la Suisse, qui est régit par la loi fédérale sur le droit international privé²²² (cité : LDIP). Le Code civil suisse du 10 décembre 1907²²³ (cité : CC) contient également des dispositions relatives à la protection de l'enfant.

2. Reconnaissance de la kafala

L'article 78 LDIP traite de la reconnaissance des adoptions prononcées à l'étranger. Cette disposition prévoit que les adoptions prononcées à l'étranger ne sont reconnues en Suisse que si elles ont été prononcées dans l'État du domicile ou dans l'État national d'un ou des deux adoptants (article 78 al. 1 LDIP). La LDIP poursuit en précisant que « les adoptions ou les institutions semblables de droit étranger qui ont des effets essentiellement différents du lien de filiation au sens du droit suisse ne sont reconnues en Suisse qu'avec les effets qui leur sont attachés dans l'Etat dans lequel elles ont été prononcées » (article 78 al. 2 LDIP). Le message du Conseil Fédéral relatif à la LDIP²²⁴ (cité : message LDIP), conformément au principe de la *favor recognitiosis* et pour concrétiser l'idée d'équivalence d'institutions relatives à l'adoption²²⁵, reconnaît largement les adoptions étrangères ou les actes assimilables²²⁶. Cependant, le message LDIP précise qu'il ne s'agit toutefois pas de reconnaître « n'importe quelle forme d'adoption étrangère, mais de reconnaître celle, qui de par leur nature s'apparente au droit suisse »²²⁷. Pour déterminer la nature juridique de l'adoption étrangère, il convient donc d'analyser les effets qu'attache le droit étranger à l'adoption, et non aux conditions qui la régissent²²⁸. Ainsi, une adoption étrangère ne sera reconnue en Suisse que si celle-ci confère à l'enfant adopté une position comparable à celle d'un enfant qui aurait été adopté selon la législation suisse²²⁹.

Le CC prévoit à son article 267c que l'enfant adopté acquiert le même statut juridique que l'enfant des adoptants (al. 1) et que l'adoption est plénière, puisqu'elle a pour effet de rompre les liens de filiation antérieurs (al. 2). La jurisprudence apporte quelques indications sur « ce critère d'équivalence » en posant deux conditions.

²²² RS. 291.

²²³ RS. 210.

²²⁴ Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), 10 novembre 1982, FF 1983 I 255, p.255 ss.

²²⁵ BUCHER, N. 747.

²²⁶ FF 1983 I 255 p. 361.

²²⁷ FF 1983 I 255 p. 361.

²²⁸ BUCHER, N. 747.

²²⁹ DUTOIT, p. 117.

Premièrement, il est nécessaire que le droit étranger reconnaisse un rang analogue à l'enfant adopté et, deuxièmement, qu'il mette ce dernier sur « un pied d'égalité » avec les enfants issus du mariage des parents adoptants²³⁰. Il faut donc en déduire qu'une adoption qui n'instaurerait pas une situation semblable entre les enfants et qui n'établirait dès lors pas un nouveau lien de filiation entre l'enfant et les parents adoptants ne pourrait pas être reconnue en Suisse par le biais de l'article 78 al. 2 LDIP. Comme exposé *supra*, la kafala accorde au *makfoul* un certain nombre de droits qui s'apparentent à ceux des enfants légitimes du *kafèle*. En effet, au regard du registre d'état civil, il n'existe dorénavant plus de différence au regard du registre d'Etat civil entre un enfant légitime et le *makfoul*. De plus le *makfoul* peut porter le patronyme du *kafèle* et bénéficier de la même éducation, de la même protection et du même entretien que les enfants du *kafèle*. Du reste, par l'institution d'un tanzile, le *makfoul* peut hériter d'une part de la succession de son *kafèle*. En revanche, la kafala ne s'apparente pas à une adoption plénière puisqu'elle n'établit pas un lien de filiation entre l'enfant recueilli et le *kafèle*. Au regard des éléments exposés précédemment et même s'il est vrai que la kafala, à certains égards, assimile le *makfoul* à un enfant légitime du *kafèle*, elle ne remplit pas les critères commandés par la jurisprudence suisse, dans la mesure où elle ne rompt pas l'ancienne filiation.

Bien qu'il existe très peu de cas jurisprudentiels relatifs à la kafala²³¹, la jurisprudence suisse s'est à plusieurs reprises prononcée sur la non assimilation de la kafala à une adoption. On peut citer à titre d'exemple une affaire où le Tribunal administratif fédéral a considéré que « la kafala ne correspond[ait] pas à l'adoption au sens des articles 264 ss du CC »²³² ou encore l'avis de l'Institut de droit comparé (cité : ISDC), qui affirme que « la kafala n'est pas assimilable à une adoption en droit suisse »²³³. Puisque la kafala ne s'apparente ni à une adoption ni à une institution semblable, la Suisse, dans l'intérêt de ces enfants, se devait tout de même de lui conférer une portée juridique. C'est ainsi que les autorités suisses ont assimilé la kafala à une prise en charge matérielle de l'enfant, qui se traduit juridiquement par un simple « placement familial » (Arrêt de la Cour de justice du Canton de Genève, C/21984/2005 du 26 janvier 2006, c. 4.1)²³⁴. Dans un avis du 7 janvier 1991²³⁵, l'ISDC était également arrivé à cette assimilation. L'affaire concernait un ressortissant iranien qui avait fait venir une enfant mineure dont il s'occupait et avait demandé à ce qu'elle soit au bénéfice d'un permis de séjour²³⁶. Ainsi, ce ressortissant avait produit aux autorités suisses une déclaration d'engagement relatif à « sa responsabilité financière, morale et éducative » et la jeune fille, quant à elle, s'engageait à obéir « aux recommandations paternel » de cet homme, qu'elle considérait « comme un père ». Dans le cas d'espèce, l'ISDC avait conclu que cette relation se rapprochait fortement à un « placement d'enfants »²³⁷. En assimilant la kafala au régime légal du placement d'enfants²³⁸, la Suisse honore et respecte ses engagements internationaux, notamment ceux relatifs à la CDE, qui reconnaît la kafala comme une mesure de protection de l'enfant en vertu de l'article 20 al. 3 CDE. En effet, le placement d'enfants est une

²³⁰ ATF 117 II 340, consid. 2.c et consid. 4.

²³¹ SALMI-SFAIHI, p. 94.

²³² Arrêt du Tribunal administratif fédéral C/543/2006 du 25 septembre 2007, consid. 4.3.

²³³ SANDOZ, p. 98.

²³⁴ FLORENCE, N. 25.

²³⁵ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 281.

²³⁶ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 281.

²³⁷ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 281.

²³⁸ DUTOIT, p. 116.

mesure de protection prévue par l'article 316 CC et celle-ci est réglementée par l'ordonnance relative au placement d'enfants²³⁹ (cité : OPE).

L'article 6 OPE prévoit que si un motif important existe, un enfant étranger, qui n'a jamais vécu en Suisse, peut être placé en Suisse chez des parents nourriciers qui n'ont toutefois pas l'intention de l'adopter (al. 1). La jurisprudence considère que le placement de l'enfant en Suisse doit intervenir à titre subsidiaire et qu'il faut avant tout privilégier un placement dans l'État d'origine de celui-ci²⁴⁰. Ensuite, l'OPE impose aux parents nourriciers de se munir d'une déclaration faite par un représentant légal compétent, expliquant les raisons et motifs de ce placement en Suisse (article 6 al. 2 OPE). Avant de pouvoir accueillir l'enfant, les parents nourriciers doivent requérir une autorisation au sens de l'article 8 al. 1 OPE. Subséquemment, les parents nourriciers doivent, par écrit et indépendamment de l'évolution du lien nourricier, s'engager à pourvoir à l'entretien de l'enfant, comme s'il s'agissait du leur (article 6 al. 3 OPE). En ce sens, l'article 6 al. 3 OPE fait étroitement écho aux obligations imposées au *kafèle*, qui doit s'engager à entretenir le *makfoul* « comme le ferait un père pour son enfant » (article 2 D.K).

Il est nécessaire de compléter les dispositions de l'OPE par la loi fédérale des étrangers²⁴¹ (cité : LEtr). En effet la LEtr réglemente les entrées et les sorties en Suisse ainsi que les séjours des étrangers en Suisse (article 1 LEtr). Cette loi ne s'applique cependant pas aux membres de la Communauté Européenne (article 2 al. 2 LEtr) ni aux membres de l'association européenne de libre échange (article 2 al. 3 LEtr). Les articles 18 à 29 LEtr réglementent les conditions d'admission d'étrangers sur le territoire helvétique : il est néanmoins possible de déroger à ces dispositions, s'il s'agit de régler le séjour d'enfants à placer (article 30 let. c LEtr). La jurisprudence rappelle que l'article 30 let. c LEtr ne donne toutefois pas un droit à une autorisation de séjour²⁴². Ainsi, l'octroi d'une autorisation de séjour dans le cadre d'un placement d'enfants auprès de parents nourriciers ne se justifie que si l'enfant est orphelin, qu'il est abandonné ou que ses parents sont dans l'incapacité de s'occuper de lui²⁴³.

Dans l'état actuel des choses, une décision de kafala serait donc reconnue comme un placement d'enfants, avec les effets que celui-ci produit. Cette situation pourrait changer avec notamment l'avant-projet de 2013 tendant à la révision du CC sur les dispositions concernant l'adoption²⁴⁴ soumis aux cantons et aux partis politiques²⁴⁵. Cette révision introduit dans le CC l'adoption ouverte (article 268f CC)²⁴⁶. Certains sont d'avis que l'apparition de cette adoption dans le CC constitue un avantage dans

²³⁹ RS 211.222.338.

²⁴⁰ Arrêt du Tribunal administratif fédéral C/3569/2009 du 14 janvier 2010, consid. 5.4.

²⁴¹ RS 142.20.

²⁴² TAF, C/3569/2009 du 14 janvier 2010, consid. 4.2.

²⁴³ TAF, C/3569/2009 du 14 janvier 2010, consid. 4.3.

²⁴⁴ Message du Conseil fédéral concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), 28 novembre 2014, FF 14.094 pp. 835 ss.

²⁴⁵ Office fédéral de la justice, Modification du code civil (droit de l'adoption) : synthèse des résultats de la procédure de consultation, novembre 2014

(https://www.admin.ch/ch/f/gg/pc/documents/2365/CC_Adoption_Rapport-resultats_fr.pdf) (cité : Synthèse des résultats de la procédure de consultation).

²⁴⁶ FF 14.094 p. 876 ss.

le cas de décision de kafala²⁴⁷. De plus, en sus de la nouvelle disposition relative à l'adoption ouverte, plusieurs participants désirent que l'adoption simple soit examinée et introduite dans le CC, puisque cette forme d'adoption ressemble et « faciliterait les décisions de kafala »²⁴⁸. En effet, l'adoption simple ne permet pas de rompre les précédents liens de filiation et ne produit pas les mêmes effets que l'adoption plénière, notamment en matière successorale²⁴⁹. Il existe ainsi des similitudes entre l'adoption simple et la kafala, dans la mesure où, d'une part, cette dernière ne permet pas la rupture des liens de filiation antérieurs, et d'autre part, dans la mesure où le *makfoul* n'hérite pas, sauf si le *kafèle* lui accorde un tanzile.

Actuellement, aucune disposition concernant l'adoption simple n'est prévue pour la prochaine édition du CC. Mais, si ce sujet venait à être concrétisé dans la législation suisse, cela pourrait significativement influencer l'approche des juridictions suisses, notamment, concernant la reconnaissance et les effets d'une décision de kafala.

B. La France

1. Droit matériel

La France a ratifié la CDE en 1997, la CLah93 en 1998, la CLah96 en 2011 et la CEDH en 1974. Le droit international privé français n'ayant pas fait l'objet d'une codification indépendante, il faut se référer aux différents Codes, notamment le code civil français de 1804²⁵⁰ (cité : CCF).

2. Reconnaissance de la kafala

En France, la reconnaissance de l'institution de la kafala a été, jusqu'en 2001, l'objet de nombreuses jurisprudences. En 1984, la Cour de cassation précise dans un arrêt²⁵¹ les conditions et les effets de l'adoption. On apprend ainsi, qu'à l'exception du consentement et de la représentation de l'enfant — qui s'examinent au regard de la loi nationale de l'adopté —, les conditions sont soumises à la loi nationale de l'adoptant, ou s'il s'agit d'un couple marié, à la loi régissant leur régime matrimonial²⁵². A partir de 1990 avec l'affaire Pistre²⁵³, cette même instance élargit son interprétation en admettant qu'un consentement donné en vue d'une adoption simple ou plénière permet de prononcer ladite adoption et cela même si la loi nationale de l'enfant à adopter ne connaît pas cette forme d'adoption²⁵⁴.

Puis en 1995, la Cour de cassation affirme que « deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, [l'adoption] à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le

²⁴⁷ Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 23.

²⁴⁸ Synthèse des résultats de la procédure de consultation, p. 25.

²⁴⁹ Office fédéral de la justice, (<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/adoption/bro-adoption-f.pdf>) p. 19.

²⁵⁰ Code civil français promulguée en 1804.

²⁵¹ Cour de cassation, 1^o Chambre civile, n^o 83-12.897, in Bulletin 1984 I N^o 294, du 7 novembre 1984.

²⁵² NAJI EL MEKKAOUI, p. 379.

²⁵³ Cour de cassation, 1^o Chambre civile, JCP 1991.II.21635, 31 janvier 1990.

²⁵⁴ NAJI EL MEKKAOUI, p. 379.

représentant du mineur ait donné son consentement en [...] connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas de l'adoption plénière, dû [au] caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille [biologique] ou les autorités de tutelle de son pays d'origine »²⁵⁵. Ainsi, seul le consentement des parents ou du représentant légal de l'enfant importe pour le prononcé de l'adoption plénière, indépendamment de savoir si celle-ci est méconnue par le pays d'origine²⁵⁶. Dans cette affaire de 1995, la Cour de cassation s'est concentrée sur la possibilité d'écarter le droit national de l'enfant à adopter et non sur l'assimilation d'une décision de kafala à une adoption²⁵⁷. Ensuite, en 1997 la Cour de cassation précise dans l'arrêt Lorre²⁵⁸ que l'autorité publique en tant que représentant légal du mineur n'a pas la qualité pour consentir à une adoption plénière²⁵⁹, alors que sa propre législation l'interdit²⁶⁰. Ultérieurement en 1997, la Cour de cassation revient sur ce principe, en admettant dans l'arrêt Lenoir²⁶¹ le consentement émanant du tribunal marocain, bien que ce pays prohibe dans sa propre législation l'adoption²⁶². Jusqu'en 1999, les tribunaux français convertissaient une décision de kafala en une adoption plénière, si l'enfant n'avait pas de filiation et que ses parents naturels y consentaient²⁶³. Il ressort de la jurisprudence que la prohibition de l'adoption dans un État étranger ne constituait pas un obstacle au prononcé d'une adoption en France, puisque les instances françaises regardaient si le consentement requis avait été valablement donné, peu importe la législation étrangère²⁶⁴.

L'intervention du législateur français se justifiait face à ce défaut d'unité jurisprudentiel²⁶⁵ : ainsi en 1999, dans l'attente d'une rédaction législative le gouvernement français s'est muni d'une circulaire²⁶⁶ (cité : circulaire 99), qui proposait de ne plus adopter d'enfant provenant de pays interdisant l'adoption (circulaire 99 §1.2.1.1). Continuant sur sa lancée qui visait à harmoniser les décisions jurisprudentielles de la Cour de cassation et résoudre le conflit de lois que pouvait engendrer la kafala, le législateur français s'est doté en 2001 d'une loi²⁶⁷ (cité : loi 2001) modifiant le contenu du CFF²⁶⁸. En effet cette dernière insère de nouvelles dispositions relatives aux conflits des lois liées à la filiation adoptive et des effets que des adoptions prononcées à l'étranger produisent en France (article 370-3 à 370-5 CCF).

²⁵⁵ Cour de cassation, 1^{er} Chambre civile, n° 93-17.634, *in* Bulletin 1995 I N° 198 p. 142, du 10 mai 1995.

²⁵⁶ LE BOURSICOT, N. 57.

²⁵⁷ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 279.

²⁵⁸ Cour de cassation, 1^{er} Chambre civile, n° 95-14075, *in* Bulletin 1997 I N° 223 p. 149, du 1^{er} juillet 1997.

²⁵⁹ NAJI EL MEKKAOUI, p. 380.

²⁶⁰ RABINEAU, p. 8.

²⁶¹ Cour de cassation, 1^{er} Chambre civile, n° 95-16475, *in* Bulletin 1997 I N° 375 p. 254, du 16 décembre 1997.

²⁶² NAJI EL MEKKAOUI, p. 380.

²⁶³ NAJI EL MEKKAOUI, p. 382.

²⁶⁴ TUGAULT-LAFLEUR, p. 135.

²⁶⁵ SALMI-SFAIHI, p. 95 ss.

²⁶⁶ Circulaire relative à l'adoption internationale, *in* JORF n° 78 (NOR : JUSI9980193C), du 16 février 1999.

²⁶⁷ Loi n°2001-11 relative à l'adoption internationale, *in* JORF n°33 (NOR : JUSX0004033L), du 8 février 2001, page 2136.

²⁶⁸ NAJI EL MEKKAOUI, p. 383.

Depuis 2001, il est interdit d'adopter un mineur dont la législation nationale de ce dernier interdit l'adoption. Cette interdiction est concrétisée par l'article 370-3 al. 2 CCF qui dispose que « 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 ». On peut donc déroger à cette interdiction, si le mineur est né et réside habituellement en France. *A contrario*, les enfants, recueillis en kafala, nés et résidant dans un État tiers sont directement atteints par l'interdiction d'adoption au sens de l'article 370-a al. 2 CCF²⁶⁹. Face à la rigueur de cette disposition, désapprouvée par les tribunaux français, ils ont souvent prononcé une adoption lorsqu'un enfant était recueilli en kafala par des ressortissants français²⁷⁰. On peut citer à titre d'exemple une décision rendue par la Cour d'appel de Reims²⁷¹ : dans le cas d'espèce, un couple français en voyage au Maroc avait recueilli en kafala un orphelin d'origine marocaine. Dès leur retour en France le couple de *kafèle* avait sollicité que cette décision de kafala soit reconnue, à titre principal comme une adoption plénière et comme une adoption simple à titre subsidiaire. Le Ministère public s'est opposé à ce que ce jugement de kafala soit converti en une adoption plénière, mais a admis le prononcé d'une adoption simple. Toutefois, cette pratique a été cassée par l'arrêt de la Cour de cassation²⁷². Cette dernière rappelle que la Mdw marocaine interdit l'adoption (article 149 al. 1 Mdw), que le mineur n'était pas né en France et n'y résidait pas, et qu'au vu de ces éléments la Cour d'appel de Reims avait violé l'article 370-3 al. 2 CCF.

Il ressort que les autorités françaises peinent à qualifier les décisions de kafala dans leur ordre juridique ; elles sont partagées sur l'assimilation de la kafala à l'adoption simple²⁷³, mais sont unanimes pour dissocier la kafala de l'adoption plénière²⁷⁴. Le ministère de la Justice considère, quant à lui, que la kafala est « une forme de protection de l'enfant qui permet son éducation et sa prise en charge matérielle durant sa minorité [...] »²⁷⁵, alors que le Conseil d'État l'assimile souvent la kafala à une délégation d'autorité parentale²⁷⁶.

En 2007, le Sénat avait proposé une révision de l'article 370-3 al. 2 CCF, qui aurait dès lors permis, de prononcer une adoption simple pour certaines décisions de kafala²⁷⁷. L'article 370-3 al. 2 CCF aurait été modifié comme suit : « l'adoption plénière d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur réside habituellement en France [...] »²⁷⁸. Ainsi, un enfant n'aurait pas eu à naître en France pour que les autorités françaises puissent prononcer une adoption : de ce fait la condition de « naissance en France » serait devenue irrelevante. De plus, ce projet aurait permis de prononcer une adoption simple pour certaines décisions de kafala, avec l'introduction d'un nouvel alinéa disposant « qu'un mineur étranger dont la loi personnelle ne connaît pas la rupture des liens juridiques de filiation peut bénéficier d'une adoption simple lorsqu'un jugement

²⁶⁹ LE BOURSICOT, N. 63.

²⁷⁰ LE BOURSICOT, N. 64.

²⁷¹ Cour d'appel de Reims, 2^e chambre civile, n° 04/01178, le 2 décembre 2004.

²⁷² Cour de cassation, 1^e chambre civile, n° 1487, le 10 octobre 2006.

²⁷³ NAJI EL MEKKAOUI, p. 385.

²⁷⁴ LE BOURSICOT, N. 7.

²⁷⁵ HELLY/SCOTT/HARDY-DUSSAULT/RANGER, p. 1074.

²⁷⁶ LE BOURSICOT, N. 46.

²⁷⁷ SALMI-SFAIHI, p. 54.

²⁷⁸ Projet de révision : <https://www.senat.fr/leg/pp106-259.html>

de son pays d'origine a constaté son abandon et son placement en institution et a ordonné son recueil légal après vérification de la capacité de ses futurs parents ». Cependant, ce projet de révision est resté lettre morte, de sorte que c'est l'actuel article 370-3 al. 2 CCF qui reste seul applicable²⁷⁹.

La décision de kafala n'étant pas assimilée à une adoption, elle n'est toutefois pas dénuée de tout effet juridique. Il est vrai que l'institution de la kafala n'ouvre pas le droit à un congé de parenté ni à un congé d'adoption ni à un droit aux allocations de parents isolés²⁸⁰. Cependant, si l'enfant recueilli par une décision de kafala est en séjour régulier, des prestations familiales lui sont allouées en vertu du Code de la sécurité sociale²⁸¹ (article 512-2 Code de la sécurité sociale)²⁸². Ensuite, le regroupement familial reste possible dans le cadre d'une kafala²⁸³, mais ne se solde pas systématiquement par l'obtention d'un visa pour l'enfant²⁸⁴. En effet, en principe, le simple fait de se munir d'une décision de kafala ne suffit pas pour prétendre au regroupement familial, car le juge administratif sollicite l'existence d'une réelle vie familiale²⁸⁵. Ce principe ne s'applique toutefois pas si les autorités françaises se trouvent face à une décision de kafala émanant des juridictions algériennes : car il existe un accord bilatéral entre l'Algérie et la France²⁸⁶ (cité : ACF68) qui permet un regroupement familial facilité. En effet, l'ACF68 permet à un ressortissant algérien, à sa famille, ses enfants et aux enfants mineurs dont il a la charge (*makfoul*) suite à une décision judiciaire (Protocole ACF68 : Titre II), de circuler librement sur le territoire français (Protocole ACF68 : Titre 1). De plus, un enfant recueilli en kafala peut obtenir après une certaine période, la nationalité française. Dorénavant, l'article 21-12 CCF prévoit que l'enfant « qui depuis au moins trois années, est recueilli [suite] à [une] décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance » (article 21-12 al. 3 1° CCF) peut jusqu'à sa majorité (article 21-12 al. 1 CCF) réclamer la qualité de Français. L'article 21-12 CCF vient donc tempérer l'interdiction posée par l'article 370-3 al. 2 CCF. Ainsi, dès que l'enfant recueilli par une décision de kafala acquiert la nationalité française, et cela même s'il a plusieurs nationalités, il devient adoptable au regard du droit français, qui est dès lors le seul droit appliqué par les juridictions françaises²⁸⁷. On peut citer à titre d'exemple une décision de 2011²⁸⁸, où le tribunal en écartant l'article 370-3 al. 2 CCF, a considéré qu'il fallait appliquer l'alinéa premier de cette disposition²⁸⁹, qui prévoit que l'adoption soit soumise à la loi nationale des parents adoptants²⁹⁰. Ultérieurement la Cour de cassation a précisé que les conditions

²⁷⁹ SALMI-SFAIHI, p. 54.

²⁸⁰ LE BOURSICOT, N. 43.

²⁸¹ Code de la sécurité sociale du 4 décembre 2017.

²⁸² LE BOURSICOT, N. 43.

²⁸³ VULBEAU, p. 24.

²⁸⁴ VULBEAU, p. 24.

²⁸⁵ LE BOURSICOT, N. 40.

²⁸⁶ Accord franco algérien du 27 décembre 1968, in JORF n°0300 (NOR : MAEJ0230064D), du 26 décembre 2002, p. 21614.

²⁸⁷ Circulaire relative aux effets juridique du recueil légal en France, in JORF n°2014-11 (NOR : JUSC1416688C), du 22 octobre 2014, p. 8 http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf (cité : Circulaire relative aux effets juridique du recueil légal).

²⁸⁸ Cour d'appel de Douai, 7^e chambre section 2, n° 09/6146, in bulletin 11/04161, du 30 juin 2011.

²⁸⁹ Article 370-3 al. 1 CCF « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe ».

²⁹⁰ Circulaire relative aux effets juridique du recueil légal p. 9.

d'adoption d'un enfant devenu français sont, conformément à l'article 3 al. 3 CCF, exclusivement régies par le droit français, à l'exclusion ainsi de tout autre droit²⁹¹ à raison de l'intérêt public de proximité²⁹². La doctrine considère qu'en attendant de devenir français, le statut personnel de ces enfants reste incertain pendant plusieurs années²⁹³ : depuis 2011, le sénat discute une proposition de modification de cet article 21-12 CCF qui s'articulerait comme suit « l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple ou qui a été recueilli en kafala [...] »²⁹⁴. Ensuite, pour que l'adoption soit valablement prononcée, quel que soit le droit applicable, il faut recueillir le consentement du représentant légal (370-3 al. 3 CCF) : en d'autres termes, même si le *makfoul* devient français, le consentement de ses représentants légaux est nécessaire pour le prononcé de l'adoption.

La Cour européenne des droits de l'Homme (cité : la CourEDH) a dû se prononcer en 2012²⁹⁵ sur l'impossibilité d'obtenir une transformation de décision de kafala en une adoption²⁹⁶. Le grief de la plaignante s'articulait autour d'une violation disproportionnée des autorités françaises de son droit à une vie familiale au sens de l'article 8 CEDH²⁹⁷. La CourEDH considère que l'impossibilité d'adopter un enfant ne constitue pas une ingérence dans la vie familiale de la requérante²⁹⁸. La CourEDH poursuit et considère que le problème doit être étudié selon l'obligation positive de la France au regard du droit international²⁹⁹. D'une part, la CourEDH considère que la reconnaissance de la kafala par le droit international est un élément central, pour que les États sachent comment réceptionner celle-ci³⁰⁰. D'autre part, la CourEDH constate qu'actuellement aucun État n'assimile la kafala à une adoption³⁰¹ et qu'à défaut d'un consensus général entre les États, ceux-ci disposent d'une marge d'appréciation « ample »³⁰² pour réceptionner une décision de kafala dans leur ordre juridique³⁰³. La CourEDH relève que l'article 370-3 CCF interdit l'adoption, mais que la législation française intègre tout de même l'enfant recueilli³⁰⁴. En effet, l'interdiction mentionnée à l'article 370-3 CCF est tempérée par l'article 21-12 CCF qui offre la possibilité pour l'enfant d'obtenir la nationalité française et d'être ainsi adoptable en France par un ressortissant français³⁰⁵. Au vu de ces éléments, la CourEDH estime que la France en respectant la pluralité culturelle et en équilibrant l'intérêt public et celui de la requérante³⁰⁶, ne viole pas l'article 8 CEDH³⁰⁷.

²⁹¹ Circulaire relative aux effets juridiques du recueil légal p. 9.

²⁹² BRUNET, N. 40.

²⁹³ BRUNET, N. 180.

²⁹⁴ CCME, Conséquences de la khafala dans l'émigration, p. 44.

²⁹⁵ CourEDH, le 04 octobre 2012, affaire Harroudj c. France n°43631/09.

²⁹⁶ BOLLE, p. 721.

²⁹⁷ Arrêt Harroudj c. France, par. 28.

²⁹⁸ Arrêt Harroudj c. France, par. 47.

²⁹⁹ Arrêt Harroudj c. France, par. 50.

³⁰⁰ Arrêt Harroudj c. France, par. 50.

³⁰¹ Arrêt Harroudj c. France, par. 50.

³⁰² Arrêt Harroudj c. France, par. 48.

³⁰³ Arrêt Harroudj c. France, par. 50.

³⁰⁴ Arrêt Harroudj c. France, par. 51.

³⁰⁵ Arrêt Harroudj c. France, par. 51.

³⁰⁶ Arrêt Harroudj c. France, par. 51.

³⁰⁷ Arrêt Harroudj c. France, par. 52.

C. La Belgique

1. Droit matériel

La Belgique a ratifié la CDE en 1991, la CLah93 en 2005 et la CEDH en 1955. En revanche, elle n'a pas ratifié la CLah96³⁰⁸. En Belgique, pour la reconnaissance d'une décision de kafala, il faut appliquer les dispositions du Code de droit international privé³⁰⁹ (cité : Codip)³¹⁰. Certaines dispositions du Codip, renvoient au Code civil belge³¹¹ (cité : CCB).

2. Reconnaissance de la kafala

La qualification de la kafala par les instances belges a donné matière à une série de jurisprudences. Tout d'abord, dans une affaire la Cour de travail de Bruxelles³¹² avait jugé que la kafala « ne présentait pas suffisamment de garanties, notamment sur le plan juridique de sorte qu'elle ne saurait être assimilée à une adoption ou à une tutelle officieuse selon le droit belge ». Puis en 2008, le tribunal de travail de Mons³¹³, retient une « équivalence entre la kafala et l'adoption simple ». Cette décision de 2008 a par la suite été réformée par la Cour du travail de Mons³¹⁴. Celle-ci estime que « la kafala consiste en un engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, considéré comme abandonné au même titre que le ferait un parent pour son enfant, sans qu'il n'y ait l'instauration d'un quelconque lien de filiation. Il s'agit d'une institution qui s'apparente à une forme de transfert de l'autorité parentale, et qui n'équivaut pas à une adoption, même simple ». Puis, en 2010, la Cour du Travail de Mons³¹⁵ corrobore que la kafala n'est pas une adoption et qu'elle « ne peut être comparée qu'à une tutelle officieuse ». Par conséquent, une décision de kafala, si elle est reconnue en Belgique, sera assimilée à une tutelle officieuse au sens des dispositions 475 *bis* ss du CCB.

Dans une affaire, la CourEDH a dû déterminer si l'assimilation de la kafala à la tutelle officieuse du droit belge contrevenait aux dispositions de la CEDH. En effet, en 2014, la CourEDH est saisie d'une requête³¹⁶ mettant en cause le droit au respect de la vie privée et familiale prévu par l'article 8 CEDH. Les requérants saisissent la CourEDH car ils considèrent que le rejet par les autorités belges d'homologuer une décision de kafala valablement rendue et son refus de prononcer une adoption, contreviennent à l'article 8 CEDH³¹⁷. La CourEDH rappelle qu'il n'est pas de son ressort de remettre en cause l'interprétation des juridictions belges³¹⁸. En revanche, la CourEDH peut analyser, en tant que composante du respect de la vie familiale, si l'intérêt supérieur

³⁰⁸ SAROLEA/HENRICOT, p. 162.

³⁰⁹ Loi portant le Code de droit international privé, *in* Justice n° 2004009511, du 16 juillet 2004, page 57334.

³¹⁰ SAROLEA/HENRICOT, p. 165.

³¹¹ Code civil belge, *in* Justice n° 1804032150, du 21 mars 1804.

³¹² Cour du Travail de Bruxelles, 8^e chambre, n°40420, le 14 septembre 2005.

³¹³ Tribunal du travail Mons, 5^e chambre, n° 08/372/A, le 9 septembre 2008.

³¹⁴ Cour du Travail de Mons, 5^e chambre, n°21342, le 3 septembre 2009.

³¹⁵ Cour du Travail de Mons, 5^e chambre, n°21871-21908, le 29 juillet 2010.

³¹⁶ CourEDH, 16 décembre 2014, affaire Chbihi Loudoudi et autres c. *Belgique* n°52265/10.

³¹⁷ Arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. *Belgique*, par. 72.

³¹⁸ Arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. *Belgique*, par. 96.

de l'enfant a été respecté par les autorités belges lors de leur décision³¹⁹. La CourEDH observe que le refus d'adoption ne prive cependant pas les requérants de toute reconnaissance, puisque le droit belge offre une protection juridique alternative par le biais de la tutelle officieuse qui se rapproche vraisemblablement de la kafala³²⁰. Ainsi, dans le cas d'espèce, la CourEDH conclut que la Belgique n'a pas violé l'article 8 CEDH³²¹.

Bien que la kafala ne soit pas reconnue en tant que telle par la Belgique, elle n'est toutefois pas sans conséquences juridiques. La jurisprudence reconnaît à l'institution de la kafala un droit à percevoir des allocations familiales, dans la mesure où, ce droit ne se fonde pas sur l'existence d'un lien de filiation entre le *kafèle* et le *makfoul*³²². En revanche, la jurisprudence³²³ refuse d'allouer une prime d'adoption en cas de kafala, car d'une part, celle-ci n'est par définition pas une adoption et d'autre part, l'octroi d'allocations familiales est suffisant et ne viole pas la CDE. En ce qui concerne l'octroi d'un congé d'adoption, la jurisprudence³²⁴ rappelle que nonobstant la différence entre l'adoption et la kafala, le congé d'adoption vise « l'accueil d'un enfant » et de ce fait l'octroi de ce congé reste possible dans le cas d'une décision de kafala. En revanche, les autorités belges n'accordent en principe pas de droit au regroupement familial en cas de kafala, au motif que celle-ci n'établit aucune filiation³²⁵ ; seule une demande auprès du ministre de la Politique de migration et d'asile, de par son pouvoir discrétionnaire, peut autoriser et délivrer un permis de séjour dans certaines circonstances à un *makfoul*³²⁶.

Avant la révision 2005, de nombreux *kafèles* revenaient en Belgique avec leur *makfoul*, pour entamer une procédure d'adoption conformément aux articles 344 à 350 du CCB³²⁷ : il suffisait que l'enfant soit valablement représenté et que les parents biologiques consentent à l'adoption pour que la décision d'adoption soit par la suite homologuée³²⁸. Pour ces raisons et suite à son adhésion à la CLah93 en 2005, la Belgique devait se munir d'une législation abordant l'adoption internationale³²⁹. Ainsi, dorénavant les disparités qui existent entre la kafala et l'adoption *peuvent* dorénavant tendre à disparaître. En effet, depuis 2005 une loi³³⁰ révisé les articles 361-1 ss du CCB. Ainsi, le CCB permet à certaines conditions de convertir une décision de kafala en une adoption. Par hypothèse, toutes les décisions de kafala ne peuvent être reconduites en adoption³³¹ : dès lors, il existe deux types de kafalas en Belgique ; « les kafalas simples » qui ne peuvent être transformées en adoption, et les « kafalas convertibles en adoption »³³².

³¹⁹ Arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. *Belgique*, par. 98.

³²⁰ Arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. *Belgique*, par. 102.

³²¹ Arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. *Belgique*, par. 105.

³²² Cour du Travail Mons, 5^e chambre, n° 21871-21908, le 29 juillet 2010.

³²³ Cour du Travail de Liège, 9^e chambre, n°2011/AL/524, le 22 septembre 2014.

³²⁴ Cour du Travail de Liège, 2^e chambre, n°2015/AL/82, le 11 janvier 2016.

³²⁵ SAROLEA/HENRICOT, p. 165.

³²⁶ CARLIER/HENRICOT, *Belgique exception d'ordre public*, p. 262.

³²⁷ BERTRAND, p. 21.

³²⁸ Arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. *Belgique*, par. 55.

³²⁹ Circulaire relative à la mise en œuvre de la réforme de l'adoption, in *Justice* (N° 2005009640), le 1^{er} septembre 2005, p. 37425.

³³⁰ Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, in *Justice* (N° 2005009965), du 6 décembre 2005, p. 53993.

³³¹ DUCHESNE, p. 21.

³³² SAROLEA/HENRICOT, p. 164.

En vertu de l'article 361-5 CCB, si un État ne reconnaît ni l'adoption ni un placement en vue de celle-ci, le prononcé et le déplacement de l'enfant en vue d'une adoption ne sont admis que si les conditions légales sont respectées. Il faut ainsi que l'autorité de l'État d'origine ait communiqué les informations nécessaires, de par la loi, à l'autorité centrale (article 361-5 1° CCB). De plus, les parents adoptant doivent avoir convenablement fournis les documents commandés par la loi à l'autorité centrale (article 361-5 2° let. a à g CCB). Le CCB précise que seuls les orphelins de père et mère, les enfants abandonnés et ceux mis sous tutelle de l'autorité publique peuvent être adoptés (article 361-5 2° let. c CCB). Puis, l'État d'origine doit avoir délivré à l'autorité centrale une copie de l'acte de tutelle de l'enfant (article 361-5 2° let. d CCB) : au Maroc, cette décision est rendue dans le jugement de kafala, qui émane du tribunal de première instance³³³. Ensuite, un jugement doit établir que les futurs parents adoptifs sont aptes à s'occuper de l'enfant (article 361-5 3° CCB). Enfin, l'autorité centrale et l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant doivent approuver, par écrit, la décision de confier l'enfant aux futurs parents adoptifs (article 361-5 4° CCB).

Si toutes ces conditions sont données, il faut en plus veiller à ce que la teneur de l'article 363-1 CCB soit respectée. Cette disposition prévoit que tant que certaines dispositions (article 361-1 et 361-5 4° CCB) n'ont pas été respectées, aucun contact entre le demandeur à l'adoption et l'enfant à recueillir ne peut se faire, sauf s'il s'agit d'une adoption *intra* familiale. En d'autres termes, tout contact préalable est interdit « entre les adoptants et les personnes qui ont la garde de l'enfant pris en charge en kafala avant son adoption », car « c'est soit un organisme d'adoption agréé, soit l'autorité centrale communautaire qui proposeront un enfant aux candidats [à l'adoption] »³³⁴. Cet article 363-1 CCB vient ainsi limiter les possibilités d'adopter en Belgique³³⁵, puisqu'une kafala n'est convertie en adoption que s'il n'existe aucun lien de parenté entre l'enfant et les parents adoptants (kafala convertible en adoption). *A contrario* aucune kafala entre membres d'une même famille (kafala simple) ne pourra se transformer en une adoption au regard du droit belge³³⁶. Par conséquent, seule une « kafala convertible en adoption » sera reconnue de plein droit par l'article 22 Codip³³⁷. Toutefois, dans la pratique très peu de décisions d'adoption suite à une « kafala convertible en adoption » ont été rendues³³⁸ : cela s'explique deux manières. Premièrement, l'interdiction de tout contact préalable entre l'adoptant et le *makfoul* est très restrictive. Deuxièmement, peu de situations répondent au principe de double subsidiarité, qui n'autorise l'adoption que si d'une part l'enfant est définitivement privé de parents biologiques et que d'autre part si aucune mesure ne peut être prise dans son pays d'origine³³⁹.

³³³ PROVOST, p. 99.

³³⁴ BERTRAND, p. 21.

³³⁵ SAROLEA/HENRICOT, p. 168.

³³⁶ DUCHESNE, p. 22.

³³⁷ CARLIER/HENRICOT, Belgique exception d'ordre public, p. 261.

³³⁸ CARLIER/HENRICOT, Belgique exception d'ordre public, p. 262.

³³⁹ CARLIER/HENRICOT, Belgique exception d'ordre public, p. 262.

D. Bref aperçu des pratiques d'autres pays :

1. L'Italie

Jusqu'en 2000, l'Italie assimilait une décision de kafala à une adoption simple³⁴⁰. A présent, ni l'article 29 de la loi 286/1998³⁴¹ relative à l'immigration (cité : L.I) ni l'article 4 de la Directive 2003/86 ne reconnaissent à la kafala la légitimité pour le regroupement familial³⁴².

Pourtant l'article 29 L.I stipule qu'un étranger vivant en Italie peut demander le regroupement familial, si l'enfant concerné vit à l'étranger, et surtout si c'est un enfant adopté ou qui est considéré comme « son enfant » (article 29 al. 2 L.I)³⁴³. Au regard d'une décision de kafala, les autorités italiennes ont dû interpréter cet article en mettant en balance deux intérêts : l'intérêt supérieur de l'enfant et la gestion du flux migratoire ; les autorités ont considéré que le premier prévalait sur le second³⁴⁴. Conscientes que la kafala est une institution étrangère, issue d'une autre tradition, les juridictions italiennes n'attendent pas que celle-ci corresponde absolument à leurs dispositifs légaux : les autorités italiennes considèrent qu'elles poursuivent le même but que l'institution de kafala, c'est-à-dire la protection de l'enfant³⁴⁵. De plus, conformément à l'article 29 L.I le regroupement familial doit être accordé pour des mesures étrangères de protection de l'enfant ; or la kafala est justement considérée comme une mesure protectrice de l'enfant au sens de la CDE.

L'article 28 al. 3 L.I précise que dans le cadre d'une procédure, administrative ou judiciaire, mettant en œuvre le droit de la familiale, celle-ci doit conformément à l'article 3 CDE, être gouvernée par l'intérêt supérieur : en se référant expressément à la CDE, le législateur italien reconnaît la kafala comme mesure de protection de l'enfant fondant une famille pour un enfant étranger³⁴⁶.

2. Le Royaume-Uni

Inconnue des législations anglaises, la kafala ne permet pas le regroupement familial. De ce fait un *kafèle* domicilié sur le territoire du Royaume-Uni n'est pas autorisé à y amener un *makfoul* étranger³⁴⁷. Le « Children and Adoption Act »³⁴⁸ (cité : CAA) contient des dispositions relatives à l'adoption en droit étranger (Partie II article 9 ss CAA) : seules les adoptions prononcées par les pays énumérés par l'ordonnance sont reconnues en Angleterre. Actuellement, aucun pays arabe n'y est mentionné, de sorte que cet instrument juridique ne permet pas la reconnaissance d'une décision de kafala³⁴⁹. Il semblerait que la kafala ne corresponde pas à une forme d'adoption telle

³⁴⁰ CCME, Conséquences de la khafala dans l'émigration, p. 45.

³⁴¹ Texte consolidé ses dispositions concernant la réglementation de l'immigration et les règles sur la condition de l'étranger, in Journal officiel n°191 du 18 août 1998- supplément ordinaire n°139.

³⁴² DUCA, p. 115.

³⁴³ DUCA, p. 116.

³⁴⁴ DUCA, p. 117.

³⁴⁵ DUCA, p. 117.

³⁴⁶ DUCA, p. 117.

³⁴⁷ DUCA, p. 118.

³⁴⁸ Children and Adoption Act 2006, n°20.

³⁴⁹ ARONOVITZ/DUBOIS/GERBER/LENZ/METRAUX/RIEBEN SCHIZAS/SCHNEIDER/SYCHOLD, p. 273 ss.

que prévue par la législation anglaise. Pourtant l'CAA régleme et admet les adoptions de *facto* : ainsi s'il est prouvé qu'il existe un véritable lien entre le *kafèle* et le *makfoul*, la kafala peut être assimilée à l'adoption de *facto*³⁵⁰. Pour que l'adoption de *facto* soit prouvée il faut que deux conditions soient réunies³⁵¹. La première commande que le *kafèle* et le *makfoul* aient vécu ensemble pendant dix-huit mois, dont au moins douze mois avant la délivrance de l'autorisation de séjour du *makfoul*³⁵². La seconde exige qu'il y ait eu un réel transfert de responsabilité parentale en faveur du *kafèle* : pour ce faire, le *kafèle* doit apporter la preuve qu'il existe une véritable rupture avec la famille d'origine du *makfoul*³⁵³. Si ces conditions sont réunies, les tribunaux en vérifient la véracité, s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant soit dûment respecté et que la kafala ne s'apparente pas à une « adoption fallacieuse »³⁵⁴.

VI. Conclusion

Il ressort de cette analyse que seule la Tunisie n'opère plus de distinction entre la filiation légitime et la filiation naturelle³⁵⁵ : elle est de ce fait le seul pays du Maghreb et du Machreq à reconnaître la filiation adoptive. Les autres pays ne reconnaissant que la filiation légitime, proposent tout de même des alternatives à l'adoption telle que la badila égyptienne ou la kafala marocaine. Pourtant au regard du droit international, seules l'adoption et la kafala sont constitutives de mesures protectrices de l'enfant au sens de l'article 20 al. 3 CDE : de par la réserve émise par l'Égypte à l'article 20 CDE, la badila ne peut s'apparenter à une telle mesure de protection de l'enfant.

La CDE considère que l'adoption et la kafala sont des mesures de protection de l'enfant. Pourtant ces deux institutions ne sont pas réglementées par les mêmes instruments juridiques, bien qu'elles ne divergent que sur peu d'éléments : en effet il existe deux différences majeures entre l'institution de la kafala et l'adoption ; la première concerne la succession, qui peut tendre à disparaître avec l'institution d'un tanzile, la seconde l'établissement du lien de filiation.

Sur le plan international, l'Europe ne considère pas et n'assimile aucunement la kafala à une adoption, mais à une mesure de protection au sens de la CDE et la CLah96. La CLah96 se voulait être un instrument juridique qui aurait permis la reconnaissance et l'exécution facilitée d'une mesure telle que la kafala ; mais il ressort de la pratique que la reconnaissance et l'exécution de cette mesure n'a en rien été facilitée. Dès lors, il n'existe entre les pays européens aucune pratique commune à la réception et aux effets qu'attache une décision de kafala. Ceci laisse donc, une large marge de manœuvre aux États³⁵⁶.

La kafala ne contrevenant à aucun ordre public, il serait possible d'harmoniser la législation sur le plan européen ou sur le plan national, permettant ainsi de régir et de

³⁵⁰ DUCA, p. 118.

³⁵¹ DUCA, p. 119.

³⁵² DUCA, p. 119.

³⁵³ DUCA, p. 119.

³⁵⁴ DUCA, p. 119.

³⁵⁵ BENJEMIA/BEN ACHOUR/BELLAMINE, Le droit tunisien, p. 161.

³⁵⁶ Arrêt Harroudj c. France, par. 22.

prévoir un suivi facilité et harmonieux d'une décision de kafala³⁵⁷. Actuellement, une révision du R-II *bis* est en cours d'élaboration : cette révision aurait pour but d'introduire l'institution de la kafala dans ledit règlement³⁵⁸, astreignant ainsi les États membres à réceptionner la kafala de façon précise. Il peut être privilégié comme moyen d'harmonisation de la réception de la kafala, la rédaction d'un accord binational ou multinational de mise en œuvre basé sur le même raisonnement et mécanisme proposé par la CLaH93, entre l'État d'accueil et l'État d'origine. La rédaction de « Principes de kafala » semble être une solution intermédiaire à envisager ; ainsi, les principes n'ont pas de force obligatoire et constituent une simple recommandation que les États peuvent consulter ou appliquer librement.

Une révision des législations nationales pourrait également être envisagée. La France pourrait par exemple, légiférer sur la proposition du Sénat de 2007 qui offrirait l'avantage au juge d'appliquer le droit français dès que la situation s'étend principalement sur le territoire de la France³⁵⁹. Cette approche coïnciderait davantage avec la philosophie d'intégration, qui ne peut certainement pas être régie par le droit d'une confession, mais qui devrait en tout cas être gouverné par la loi du pays dans lequel l'individu compte s'établir durablement³⁶⁰. La Belgique pourrait, quant à elle, introduire un article 361-5^o CCB libellé comme suit « le juge apprécie librement s'il est manifestement dans l'intérêt de l'enfant que soit reconnue et convertie en une adoption, la décision de kafala, en tenant compte de la situation familiale de l'enfant »³⁶¹. Cette situation favoriserait la prise en compte de l'intérêt de l'enfant à bénéficier d'une famille, notamment dans le cas où le *makfoul* orphelin atteignant la majorité se retrouve de facto privé de parents juridiques. Si l'introduction de l'adoption simple dans le CC devait se concrétiser, le législateur suisse devrait alors aménager un régime juridique réceptionnant l'institution de la kafala.

Néanmoins, la problématique de reconnaissance de la kafala pourrait ainsi être levée par l'élaboration de nouveaux instruments juridiques, qui tiendraient compte et définiraient le concept de « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans la réception de l'institution de kafala. Effectivement, tant que ce concept n'aura pas été défini, la situation du *makfoul* restera compromise.

Est-il dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'assimiler la kafala en une institution juridique reconnue, telle que l'adoption, ou au contraire cet intérêt se trouve-t-il dans la dissociation de ces deux institutions, condamnant ainsi le *makfoul* à vivre dans une situation juridique incertaine, car non reconnue par les législations occidentales ?

³⁵⁷ CCME, Conséquences de la khafala dans l'émigration, p. 47.

³⁵⁸ CARPANETO, p. 24.

³⁵⁹ TUGAULT-LAFLEUR, p. 116.

³⁶⁰ TUGAULT-LAFLEUR, p. 116.

³⁶¹ DUCHESNE, p. 62.

VII. Bibliographie

1. ARONOVITZ Alberto/DUBOIS Olivier/GERBER Alexandra/LENZ Rita/METRAUX Béatrice/RIEBEN SCHIZAS Anne-Sophie/SCHNEIDER Gregor/SYCHOLD Martin, Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux : étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse, sous la direction de Aldeeb Sami, avec la collaboration de Aronovitz Alberto Mario, Zurich (Schulthess) 1999 (cité : Le droit musulman).
2. ALDEEB Sami, Le statut personnel en Égypte, passé, présent et avenir, in Marc Aoun (éd.): Les statuts personnels en droit comparé: Évolutions récentes et implications pratiques, Peeters, Louvain, 2009, pp. 135-162, (<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:86-9Y7pNnc4J:sami-aldeeb.com/medias/2015/11/french-statut-personnel-en-egypte-2006.doc+%&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=ch>) (31.01.2017) (cité : Le statut personnel).
3. ALDEEB Sami, Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans, in Revue suisse de droit international et de droit européen, 2^e année, 1/1992, pp. 33-73, (<http://sami-aldeeb.com/medias/2015/11/french-le-dip-suisse-et-les-systemes-des-pays-arabes-1992.pdf>) (31.01.2017) (cité : Le droit international).
4. BARRAUD Emilie, La filiation à l'épreuve des mutations sociales du Maghreb, in Droit et cultures, Paris (L'Harmattan) 2011, pp. 255-282, [<http://journals.openedition.org/droitcultures/2118>] (31.01.2017) (cité : La filiation légitime).
5. BARRAUD Emilie, Kafâla transnationale : modalité de formation des familles kalifates de France, in Autrepart, Paris (Presses de Sciences Po) 2011, pp. 247-261, [<https://www.cairn.info/revue-autrepart-2011-1-page-247.htm>] (31.01.2017) (cité : Kafâla transnationale).
6. BEN ACHOUR Sana, Le Code tunisien du statut personnel, 50 ans après : les dimensions de l'ambivalence, in L'Année du Maghreb, Paris (CNRS Editions) 2007, pp. 55-70, [<http://journals.openedition.org/anneemaghreb/89>] (31.01.2017) (cité : Le code tunisien).
7. BENJEMIA Monia /BEN ACHOUR Souhayma/BELLAMINE Meriem, Le droit tunisien de la famille entre modernité et tradition, in Ordre public et droit musulman de la famille : en Europe et en Afrique du Nord, sous la direction de Nathalie Bernard-Maugiron et Beaudouin Dupret, Bruxelles (Bruylant) 2012, pp.161- 238 (cité : Le droit tunisien).
8. BEN LAMINE Meriem, L'interprétation de l'article 1^{er} de la Constitution tunisienne au regard de la liberté de conscience : Quel risque?, in Cercle des chercheurs sur le Moyen-Orient, Paris 2011, [<https://cerclechercheursmoyenorient.wordpress.com/2010/10/19/linterpretation->

[de-l'article-1er-de-la-constitution-tunisienne-au-regard-de-la-liberte-de-conscience-quel-risque/](#)] (31.01.2017).

9. BEN NEFISSA Sarah, Le « sans famille » entre l'islam, la société et l'état : élément d'une problématique du *laqit* aujourd'hui en Egypte, *in* Dynamique de la pauvreté en Afrique du Nord et au Moyen-Orient, sous la direction de Blandine Destremau, Agnès Deboulet et François Ireton, Paris (Karthala) 2014, pp. 363-379, [http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers17-06/010034708.pdf] (31.01.2017).
10. BERTAND Béatrice, Quelles nouvelles implications pour la procédure de kafala?, *in* Journal du Droit des Jeunes (jdj) , Liège 2006, p. 21, [http://www.jdj.be/jdj/documents/docs/procedure_Kafala_JDJB258.pdf](31.01.2017).
11. BOULANGER François, Enjeux et Défis de l'Adoption : Etude comparative et internationale, Paris (Economica) 2001.
12. BOUKHARI Ridha, L'adoption internationale vue à travers le prisme de la loi tunisienne du 4 mars 1958, *in* Revue juridique Thémis (RJTUM n°45-1), Montréal 2011, pp. 115-150, [https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/21124_rjt451-115a150.pdf] (31.01.2017).
13. BUSKENS Léon, Le droit de la famille au Maroc, *in* Ordre public et droit musulman de la famille : en Europe et en Afrique du Nord, sous la direction de Nathalie Bernard-Maugiron et Beaudouin Dupret, Bruxelles (Bruylant) 2012, pp. 97-125 (cité : Le droit de la famille au Maroc).
14. BLANC François-Paul, Le droit musulman, 2^e ed., Paris (Daloz) 2007.
15. BOLLEE Sylvain, La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en "kafala" : (Cour eur. dr. h., Harroudj c. France, 4 octobre 2012), *in* : Revue trimestrielle des droits de l'homme, Bruxelles (Anthemis) 2013, pp. 717-724.
16. BRUNET Laurence, La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman : vertus et faiblesses d'un compromis, *in* Droit et cultures, Paris (L'Harmattan) 2010, pp. 231-251, [<http://journals.openedition.org/droitcultures/2086>] (31.01.2017).
17. BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, Droit international privé, 3^e ed., Bâle, Genève (Helbing) 2013.
18. CARPANETO Laura, Cross-border placement of children in the European Union : Citizen's right and constitutional affairs, *in* Europarl (PE.556.945), Bruxelles 2016, [[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU\(2016\)556945_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556945/IPOL_STU(2016)556945_EN.pdf)] (31.01.2017).

19. CALIER Jean-Yves /HENRICOT Caroline, Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques ? *in* Ordre public et droit musulman de la famille, sous la direction de Nathalie Bernard-Maugiron et Beaudouin Dupret, Bruxelles (Bruyant) 2012, pp. 241-278 (cité : Belgique exception ordre public).
20. CHAFI Mohamed, La kafaka ou la prise en charge des enfants abandonnées, Marrakech (Collection de recherche juridique) 2007.
21. Groupe de travail « Approche genre et nouvelles générations » du CCME , Conséquences de la khafala dan l'émigration, *in* Migrations marocaines, sous la direction d'Amina Ennceiri, Rabat (Conseil de la communauté marocaine à l'étranger) 2015 [https://www.ccme.org.ma/images/documents/fr/etudes/Etudes_Groupes_Approches%20genre_nouvelles_generations_CCME.pdf] (31.01.2017) (cité : CCME, Conséquences de la khafala dan l'émigration) .
22. DUCA Rita, Family Reunification: The Case of the Muslim Migrant Children in Europe, *in* Athens Journal of Social Sciences, [David A. Frenkel], Athènes 2014, pp. 110-120, [<https://www.atiner.gr/journals/social/2014-1-2-2-Duca.pdf>] (31.01.2017).
23. DUCHESNE Juliette, L'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : approche sous le regard de la kafala, *in* DIgital Access to Libraries (Dialmem@UCL), sous la direction de Nicolas Bonbled, thèse, Louvain 2015, [https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A3419/datastream/PDF_01/view] (31.01.2017).
24. DUTOIT Bernard, Le droit international privé ou le respect de l'altérité, Genève, Zurich, Bâle (Shulthess) 2006.
25. EL-EHWANY Hossam, Le droit égyptien de la famille, et l'exception de l'ordre public *in* Ordre public et droit musulman de la famille : en Europe et en Afrique du Nord, sous la direction de Nathalie Bernard-Maugiron et Beaudouin Dupret, Bruxelles (Bruyant) 2012, pp. 29- 69 (cité : Le droit égyptien).
26. EL HAMASY, Yasser, Le droit de la famille dans le monde arabe entre les lois et la charia, *in* Chaire UNESCO d'étude des fondements philosophique de la justice et de la société démocratique, Québec 2011, [http://www.unesco.chairephilo.uqam.ca/IMG/pdf/le_20droit_20de_20la_20famille_20ds_20le_20monde_20arabe_20entre_20les_20lois_20et_20le_20charia_1_.pdf] (31.01.2017).
27. FLORENCE Guillaume, Internationales Privatrecht / Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Massnahmen zum Schutz von Kindern (Haager Kinderschutzübereinkommen, HKsÜ) / IV.-VII, *in* Erwachsenenschutz [LEUBA Audrey, STETTLER Martin, BÜCHLER Andrea, HÄFELI Christoph], Berne (Stämpfli) 2013, pp. 1245-1275.

28. FORTIER, Corinne, Le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique Islamic Jurisprudence in Practice : Gender, Filiation and Bioethics, *in* Droit et cultures, (L'Harmattan) 2010, pp.15-40, [<http://journals.openedition.org/droitcultures/1923>] (31.01.2017).
29. GASSNER Sybille/ MAJID Nadja, Neuere Rechtsprechung und Literatur zum Ehe- und Kindesrecht / IV. Kindesrecht / A. - F.in Familienvermögensrecht: berufliche Vorsorge - Güterrecht – Unterhalt 8. Symposium zum Familienrecht 2015 Universität Freiburg, [JUNGO Alexandra, FOUNTOLAKIS Christiana], Zurich - Bâle – Genève (Schutless) 2016, pp. 255-317.
30. HELLY Denise/SCOTT Valerie/HARDY-DUSSAULT Marianne/RANGER Julie, Droit Familial et Parties Musulmanes : Des cas de Kafalah au Québec, 1997-2009, *in* Revue de droit de McGill [MACROTTE Cassandra, ROSS Sara], Genève 2011, pp. 1057-1112, [<http://heinonline.org/HOL/Page?public=false&handle=hein.journals/mcgil56&page=1057&collection=journals>] (31.01.2017).
31. LE BOURSICOT Marie-Christine, La *Kafala* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation, *in* Droit et cultures, Paris (L'Harmattan) 2010, pp. 283-302, [<http://journals.openedition.org/droitcultures/2138>] (31.01.2017).
32. LOUKILI Mohamed/ ZIRARI-DEVIF Michèle, Le Nouveau Code Marocain de la Famille : Une Réforme dans la Continuité, *in* Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online (HeinOnline) Volume 11, Genève 2004, pp. 205-218, [<http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/yislamie11&collection=journals&id=217&startid=&endid=230>] (31.01.2017).
- MAZOUZ Asmaa, La réception du Code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français : Le mariage et ses effets, thèse, Strasbourg 2014 [<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01206485/document>] (31.01.2017).
33. MEZIOU Kalthoum, Pérennité de l'islam dans le droit tunisien de la famille *in* Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé, sous la direction de Jean-Yves Carlier et Michel Verwilghen, Bruxelles (Bruylant) 1992, pp. 247-309 (cité : Le statut personnel des musulmans).
34. NAJI EL MEKKAOUI Rajaâ, La Moudawanah (Code Marocain de la Famille) Le référentiel et le Conventionnel en Harmonie, Tome I : Le Mariage et la Filiation, 3^e ed., Rabat (Bouregreg) 2009.
35. PROVOST Valérie, L'adoption d'enfants : vers une humanisation de la législation en Communauté française ? , *in* la coordination des ONG pour le droit de l'enfant (CODE), Bruxelles 2005, [https://www.lacode.be/IMG/pdf/adoption_internet.pdf] (31.01.2017).
36. RABINEAU Yves, Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français, *in* JaFBase, 2008, [<http://jafbase.fr/docMaghreb/FichesRabineau/Kafala9.pdf>] (31.01.2017).

37. SADEK Hisham/EL HADDAD Hafiza, Les règles matérielles du droit musulman en matière de statut personnel en Egypte, *in* Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé, sous la direction de Jean-Yves Carlier et Michel Verwilghen, Bruxelles (Bruylant) 1992, pp. 39- 66 (cité : Le statut personnel des musulmans).
38. SALMI-SFAIHI Nora, Le recueil légal d'un enfant : la kafala, sous la direction d'Olivier Guillod, thèse, Neuchâtel (s.n) 2010.
39. SANDOZ Suzette, Le point sur le droit de la famille, *in* Revue Suisse de Jurisprudence (RSJ) [G. ZINDEL Gaudenz, SCHMID Hans, PICHONNAZ Pascal], Genève (Schulthess) 2001, pp. 93-98.
40. SAROLEA Sylvie/HENRICOT Caroline, Droit international privé et droit de la famille, *in* Actualités de droit international privé, Louvain-la-Neuve (Anthemis) 2009, pp. 143- 206.
41. TUGAULT-LAFLEUR Jeanne, Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo- musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible, sous la direction d'Alain Roy, mémoire, Montréal 2011, [https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/5230/TugaultLafleur_Jeanne_2011_These.pdf] (31.01.2017).
42. VULLBEAU Alain, ...en contrepoint – La kafala ou le recueil légal de l'enfant, *in* Informations sociales, Paris 2008, pp. 23-24, [<https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2008-2-page-23.htm>] (31.01.2017).