

L'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : approche sous le regard de la *kafala*

Mémoire réalisé par
Mademoiselle Juliette Duchesne

Promoteur
Monsieur Nicolas Bonbled

Année académique 2014-2015
Master en droit

Introduction

Quel beau thème que les droits de l'enfant !

Le sujet de ce présent travail nous fût inspiré lors d'un cours de « Droit international privé et droits fondamentaux » au cours duquel nous avons analysé l'adoption internationale. Le professeur nous contextualisa la matière par un cas : une enfant d'origine marocaine, recueillie par *kafala* intrafamiliale, ne parvenait pas d'une part à faire régulariser son séjour sur le territoire belge et d'autre part à transformer sa *kafala* en adoption. La cause ? Tout simplement le fait que la petite fille de quatre ans n'eût pas été formellement abandonnée comme le conditionne la loi belge.

Après deux longues procédures qui se soldèrent par un échec, notre professeur, avocate dans ce dossier, soumit l'affaire à la Cour européenne des droits de l'homme le 25 août 2010 pour violation, par les autorités belges, notamment de l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme.

Cette histoire nous interpella particulièrement, et notre intérêt pour les droits de l'enfant nous poussa à faire de ce cas le sujet de ce travail.

S'il était prévu, dans un premier temps, d'imaginer l'arrêt sur la question, la Cour nous devança en rendant, le 16 décembre 2014, l'arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*¹.

Nous aurions pu penser que l'histoire s'arrêterait là. Or, à la lecture de l'arrêt rejetant l'accusation par les requérants de la violation de l'article 8, de nombreuses questions surgirent à la vue de l'analyse faite par les juges de Strasbourg de la notion d' « intérêt supérieur de l'enfant ». En effet, la mise en balance opérée entre cette dernière notion et l'origine culturelle de l'enfant nous paraît mal aisée. La Cour semble faire primer la diversité culturelle sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ce que nous jugeons être à l'opposé des énoncés internationaux, notamment ceux de la Convention onusienne sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989.

¹ Cour eur. Dr. H., arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, req. n° 52265/10, 16 décembre 2014.

² Si certains auteurs opèrent une distinction entre la notion de « pluralisme culturel » et celle de « diversité culturelle », nous considérons, pour l'objet de ce travail, que les deux concepts sont similaires.

Le point de départ de notre réflexion est donc le suivant : est-ce que l'intérêt supérieur de l'enfant diffère selon la culture à travers laquelle il est examiné ? Nous ne le pensons pas et nous tenterons de le démontrer au fil de ce travail.

Se poser cette question, c'est aussi se demander si le mécanisme de la marge d'appréciation trouve à s'appliquer lorsque des droits liés aux enfants sont en jeu.

À ce duel opposant l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle, une troisième composante s'ajoute afin de parfaire l'équation : l'adoption internationale, représentée en l'espèce par la *kafala*, institution musulmane à cheval entre notre notion d'adoption et celle de tutelle. Vaut-il mieux respecter le droit d'origine de l'enfant adopté ou celui de son pays d'accueil ? La Cour européenne des droits de l'homme préfère respecter le droit d'origine, ce qui est louable. Toutefois, est-ce qu'un tel respect n'entraîne pas, dans certains cas, des conséquences négatives importantes pour l'enfant ? L'institution de la *kafala* permet d'illustrer parfaitement cette problématique.

Au vu de ces diverses interrogations, nous avons estimé qu'une réécriture de l'arrêt permettrait d'illustrer au mieux notre vision de l'opposition entre d'une part l'intérêt supérieur de l'enfant et d'autre part la notion de « diversité culturelle »². Cet essai prendra forme dans l'avant-dernier chapitre et sera nourri par une argumentation développée tout au long du travail.

Le contexte sera posé à travers le premier chapitre qui sera consacré aux deux notions centrales de cet exposé, à savoir la *kafala* et l'intérêt supérieur de l'enfant. Si ce dernier est une « bouteille à encre » contemporaine, peu d'auteurs traitent de la *kafala*. Un tel constat est regrettable car ce mécanisme musulman concerne un nombre élevé d'enfants en Belgique : cette problématique se devait d'être traitée de la meilleure manière qui soit.

Nous essayerons par la suite de concilier, comme l'a fait la Cour européenne des droits de l'homme, l'intérêt supérieur de l'enfant, la diversité culturelle et l'adoption. C'est au cours de cette partie que nous développerons notre majeure argumentation qui sera reprise lors de notre réécriture de l'arrêt.

² Si certains auteurs opèrent une distinction entre la notion de « pluralisme culturel » et celle de « diversité culturelle », nous considérons, pour l'objet de ce travail, que les deux concepts sont similaires.

Afin d'illustrer au maximum la problématique qui nous occupe, nous traiterons de deux arrêts de la Cour de Strasbourg à savoir l'arrêt *Chbihi Loudi* précité, mais aussi l'arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012³. Ce dernier met en lumière également la problématique de la *kafala* en France et offrira un point de comparaison avec la solution choisie par le législateur belge.

Nous poursuivrons cette analyse de la jurisprudence pertinente en la matière par la tentative de réécriture de l'arrêt *Chbihi Loudoudi* qui sera nourrie par l'argumentation détaillée tout au long de l'exposé.

Enfin, la réponse émise par les autorités belges ne nous semble pas adéquate. Toutefois, s'il est bien facile de mettre en avant les pans négatifs des choix opérés par le législateur, il nous semble que s'arrêter là serait trop facile et contreviendrait à l'esprit du travail. C'est pourquoi nous clôturerons ce travail par des hypothèses de solutions législatives qui, selon nous, respectent mieux les divers intérêts en présence.

En espérant que notre travail vous procurera autant de plaisir que nous en a procuré sa rédaction, nous vous en souhaitons une bonne lecture.

³ Cour eur. Dr. H., arrêt *Harroudj c. France*, req. n° 43631/09, 4 octobre 2012.

Chapitre 1^{er}. Notions importantes

Afin de permettre une meilleure compréhension des différents développements qui seront proposés dans le cadre du présent travail, deux notions doivent être abordées préalablement.

Il s'agit d'une part de l'intérêt supérieur de l'enfant (Section 1) et d'autre part de la *kafala* (Section 2).

Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant est une notion de plus en plus invoquée de nos jours, mais que recouvre-t-elle exactement ? C'est à travers la première section de ce chapitre que nous tenterons de répondre à cette question.

Nous commencerons par nous attarder sur l'émergence du concept (§1^{er}), pour ensuite nous intéresser à son intégration tant dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (§2) que dans la jurisprudence nationale belge (§3).

§1^{er}. Origine

Nous aborderons en premier lieu l'histoire de la prise en compte de l'enfant dans nos sociétés contemporaines (A.) pour ensuite se plonger dans l'éternelle problématique du contenu de la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant (B.).

A. De l'enfant « objet » à l'enfant « sujet » de droit

Aristote a dit : « l'âme de l'enfant ne diffère pas pour ainsi dire de celle des bêtes »⁴.

Cette maxime résume bien la conception de l'enfant qui prima jusqu'à la première moitié du 20^{ème} siècle et où nulle place n'était réservée à l'intérêt de l'enfant.

Toutefois, si autrefois l'enfant était considéré comme un « petit homme faible »⁵, il occupe dans nos sociétés contemporaines une place de plus en plus importante.

Dans le cadre du présent travail, nous nous intéresserons à l'évolution de l'enfant d'un point de vue légal, en mettant de côté la cible publicitaire et marketing qu'il est également devenu.

L'intérêt croissant accordé à l'enfant se retrouve à travers la multiplication des instruments juridiques qui lui sont consacrés.

Le premier moment historique qui doit être soulevé concernant la prise en considération des enfants au niveau mondial est mieux connu sous le nom de Déclaration de Genève. Cette dernière fut adoptée en 1923 par une organisation non gouvernementale « Save the Children » et reprise par la Société des Nations en 1924. Cette déclaration est essentiellement paternaliste et dépeint l'enfant comme un être vulnérable ayant besoin de protection. Étant donné son caractère non-contraignant, la Déclaration n'eut que très peu d'impacts sur les pays signataires⁶.

Depuis lors, une multitude de textes juridiques consacrés aux droits de l'enfant ont fait leur apparition. Il convient de souligner leur grande diversité. En effet, il s'agit notamment de textes émanant des Nations-Unies, du Conseil de l'Europe, de l'Union Européenne et de la Conférence de La Haye en droit international privé⁷. Certains ont vocation à l'universalité comme la Convention onusienne relative aux droits de

⁴ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, cité par D. YOUNG in *Penser les droits de l'enfant*, PUF, Paris, 2002, p.10

⁵ V. EDEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *R.R.J.*, 2009, n°2, pp. 579-604

⁶ D. FOTTREL, « One step forward or two steps sideways? Assessing the first decade of the children's convention on the rights of the child » in D. FOTTREL (dir.), *Revisiting Children's Rights – 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague/Boston, Kluwer Law International, 2000, p.2.

⁷ H. FULCHIRON, « Les conventions internationales : présentation sommaire », in RUBELLIN-DEVICHI J. & RAINIER F. (dir.) *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 19.

l'enfant, et d'autres ne s'appliquent que dans une région spécifique du monde comme la Convention Européenne sur l'exercice des droits de l'enfant⁸.

La convention majeure concernant les droits de l'enfant fut adoptée par les Nations Unies le 20 novembre 1989 : la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁹. Cette Convention est fondamentale car elle a permis d'introduire l'image de l'enfant non plus seulement comme « objet de devoirs » mais également « sujet de droits ». En outre, elle rassemble à la fois des droits civils et politiques et des droits culturels, sociaux et économiques.

L'article 3 - 1 de la CIDE innove tout particulièrement en faisant référence à la notion d'intérêt supérieur de l'enfant :

« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »¹⁰.

Même si la notion a déjà été utilisée dans la Déclaration des droits de l'enfant en 1959, c'est la première fois que ces termes sont employés dans un traité international. Par l'emploi des termes « intérêt supérieur de l'enfant », les rédacteurs de la Convention envoient un message symbolique à la société selon lequel l'enfant doit être pris en considération au jour le jour¹¹. En d'autres termes, le statut de l'enfant évolue officiellement.

B. Le contenu de la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant »

Nous n'avons pas la prétention, à travers ce présent travail, d'arriver à déterminer le contenu de cette notion qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant (a). Toutefois, nous essayerons d'en dessiner les contours notamment grâce aux apports du Haut-commissariat aux réfugiés (b). Nous tenterons par la suite de tirer quelques

⁸ Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996.

⁹ Ci-après « CIDE ».

¹⁰ (C'est nous qui soulignons)

¹¹ G. IFEZUE & M. RAJABALI, « Protecting the interests of the Child », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, n°1, p.79.

conséquences de cette imprécision (c), pour ensuite définir, selon nous, le rôle que devrait jouer cette notion tellement importante qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant (d).

a) Notion indéfinie

Mais que recouvre « l'intérêt supérieur de l'enfant » ? La Convention reste malheureusement muette à ce sujet alors qu'une définition de ce concept aurait permis d'en déterminer le contenu et d'en faire un droit plus effectif.

Comme le soulève très justement Fanny VASSEUR-LAMBRY : « Alors que l'intérêt de l'enfant est une notion fondamentale, les contours de cette notion sont mal définis parce qu'ils sont dépendants des sensibilités, des milieux et des époques »¹².

b) Détermination d'indices par le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés

Toutefois, il semble important de relever l'effort fourni par le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés qui, en 2008, rédigea un ensemble de principes directeurs relatifs à la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant¹³. Ces principes définissent un ensemble d'indices propres à déterminer au mieux l'intérêt de l'enfant dans chaque cas d'espèce.

Nous pouvons citer notamment :

- les caractéristiques individuelles de l'enfant (nationalité, éducation, culture, vulnérabilité physique, psychologique et émotionnelle, etc.)
- l'opinion de l'enfant
- la situation politique du pays d'origine de l'enfant
- les besoins de l'enfant à moyen mais également à long terme
- la sécurité de l'enfant

¹² F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Harmattan, 2000, p. 311.

¹³ Haut-Commissariat aux Réfugiés, Principes directeurs sur la protection internationale : les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1A(2) et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009.

- la nécessité de donner à l'enfant la stabilité et une assurance quant à son futur
- la capacité et la volonté d'un parent de prendre soin de l'enfant
- la nécessité de restaurer et de maintenir des relations avec des proches

Si ces critères semblent circonscrire un faisceau d'indices intéressants, ils sont propres aux situations de mineurs réfugiés, et ne se prêtent pas, du moins de manière abstraite, à une transposition générale à toutes les situations englobant des enfants.

Suite à cela, le Comité pour les droits de l'enfant, en 2013, a consacré une observation générale à la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant »¹⁴, dans laquelle il met en avant plusieurs éléments pouvant aider les professionnels à en tenir compte dans chaque situation englobant des mineurs. Ces éléments recouvrent essentiellement ceux cités par le Haut-Commissariat aux réfugiés.

c) Conséquences

La prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant a pour but premier, nous semble-t-il, de rechercher le bien-être de l'enfant. Cet objectif permet ainsi de commencer à délimiter les frontières de cette notion floue.

Cette imprécision engendre inévitablement plusieurs conséquences. La plus importante, selon nous, réside dans le fait que la personne devant tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant bénéficie d'une très grande marge de manœuvre : il en découle un arbitraire inévitable¹⁵ qui peut se transformer en une application incorrecte ou erronée du principe¹⁶. Il se peut alors que dans des situations similaires, les décisions prises aillent dans un sens opposé¹⁷.

¹⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 (2013), sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 par.1), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013.

¹⁵ R. JOYAL, « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *Rev. intern. Dr. pén.*, 1991, p. 787.

¹⁶ A. VONKEMAN « La détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant », *J.D.J.*, Janvier 2015, n°321, p.39.

¹⁷ S. PARKER, « The best interest of the child – Principles and problems », in P. ALSTON (dir.) *The best interests of the child – reconciling culture and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 36.

Si nous poussons ce raisonnement à l'extrême, nous pouvons arriver à des cas dramatiques tels que des actions justifiées dans certains pays au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant alors que ces mêmes actions seraient considérées comme ne respectant pas l'enfant dans d'autres pays ayant une culture différente¹⁸. Les Etats-parties à la Convention ne peuvent en aucun cas interpréter la notion uniquement à la lumière de leur culture afin de, par exemple, priver l'enfant de l'un de ses droits le protégeant de certaines pratiques culturelles ou de certaines formes de punition¹⁹.

d) Le rôle du principe

Si son contenu engendre moult débats, la manière d'appréhender cette notion est reconnue de manière unanime. En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant est plus un principe d'interprétation qu'un droit subjectif²⁰. Il permet d'être utilisé dans toutes les formes d'interventions à l'égard des enfants et de garantir aux enfants que leur sort sera examiné conformément à leur intérêt²¹.

Comme le résume Sharon DETRICK, l'intérêt supérieur de l'enfant peut jouer deux rôles distincts²² :

- évaluer les lois, pratiques et politiques relatives aux droits de l'enfant²³
- jouer un principe de médiation lorsque plusieurs droits sont en conflit

Deux remarques finales doivent être faites. D'une part, l'intérêt supérieur de l'enfant est évolutif et variera au fil de la vie l'enfant²⁴. C'est donc en ce sens que doit être

¹⁸ *Ibidem*, p.26.

¹⁹ UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Genève, UNICEF, 2002, p.42.

²⁰ J. EEKELAAR, « Interests of the Child and the Child's wishes », in P.ALSTON (dir.), *The best interests of the child – reconciling culture and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 57 ; A. OTTEVAERE, « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », *J.T.*, 2008, n°18, p. 310 ; N. MATHIEU, « Séparation des parents et garde d'enfant –Le point de vue sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Rev. trim. Dr. h.*, 93/2013, p.59.

²¹ A. OTTEVAERE, « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », *op. cit.*, p.310.

²² S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1999, p.92 ; cf également Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 (2013), *op.cit.*, §6.

²³ UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, *op.cit.*, pp.43-45.

²⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 (2013), *op. cit.*, §§34 et 84.

comprise l'opinion dissidente formulée dans l'arrêt *Nuutinen c. Finlande* du 27 juin 2000 dans laquelle les juges déclarèrent : « Comme l'espèce le prouve amplement, toutefois, ce qui était hier dans l'intérêt supérieur de l'enfant peut, aujourd'hui ou demain, ne plus l'être »²⁵.

D'autre part, si l'intérêt supérieur de l'enfant est une considération primordiale, elle n'est pas exclusive²⁶ : les droits et intérêts des autres acteurs en présence doivent être également pris en compte²⁷. En effet, une lecture à l'extrême du principe pourrait avoir comme conséquence la mise à l'égard des autres intérêts en jeu²⁸. Comme le dit John EEKELAAR, « the very ease of the welfare test encourages a laziness and unwillingness to pay proper attention to all the interests that are at stake »²⁹.

Enfin, comment mieux conclure ce bref exposé que par un commentaire de l'ancienne juge belge à la Cour européenne des droits de l'homme, Mme Françoise TULKENS : « la question du bien-être de l'enfant, est, pour moi, une des questions les plus confuses. Très souvent, il faut bien le reconnaître, il s'agit d'une formule magique, mais c'est une formule magique qui est en même temps une formule diabolique »³⁰.

²⁵ Cour eur. Dr. h., arrêt *Nuutinen c. Finlande*, req. N°32842/96, 27 juin 2000, opinion dissidente du juge Zupancic, à laquelle se rallient les juges PANTIRU et TÜRMEEN.

²⁶ S. DETRICK, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, *op. cit.*, pp. 90-91.

²⁷ N. CANTWELL, « La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, 323/2013, pp.8-11 ; S. MORIN, « Primauté de l'enfant : piqûres de rappel », *J.D.J.*, décembre 2011, n°310, p. 8.

²⁸ G. IFEZUE & M. RAJABALI, « Protecting the interests of the Child », *op. cit.*, p.81 ; Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 (2013), *op. cit.*, §39.

²⁹ J. EEKELAAR, « Beyond the welfare principle », *Child and Family Law Quarterly*, 2002, n°14, p. 248.

³⁰ F. TULKENS, « Un juge à la Cour européenne s'exprime » in *Le droit de vivre en famille – Dialogue entre professionnels et familles en situation de grande pauvreté*, Acte de la session « justice et quart monde », 4 et 5 mai 2001, n°35 et 36, *D. Q. M.*, p. 98.

§2. Intégration dans la jurisprudence strasbourgeoise

Si la Convention Européenne des droits de l'homme signée le 4 novembre 1950 ne comporte que peu de références expresses aux enfants³¹, ces derniers sont évidemment ciblés par la Convention.

Cette application peut se déduire d'une part de l'article 1^{er} en vertu duquel la Convention s'applique à toute personne relevant de la juridiction des États-membres, et d'autre part de l'article 14 qui prohibe toute forme de discrimination dans la jouissance des droits conférés par la Convention³².

En outre, par le biais du principe selon lequel la Convention européenne des droits de l'homme est un instrument vivant³³, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant offre ainsi un support de qualité à la Cour européenne des droits de l'homme « pour une interprétation plus dynamique, conforme aux droits spécifiques reconnus aux enfants »³⁴.

Dans ce même ordre d'idée, les enfants peuvent eux-mêmes être « partie requérante » devant la Cour européenne, ce qui fut le cas pour la première fois avec l'arrêt *Tyrer c. Royaume Uni* du 25 avril 1978³⁵.

Cette dernière ne s'est d'ailleurs pas faite attendre pour faire des références expresses dans sa jurisprudence à la Convention internationale. Nous pouvons par exemple citer l'arrêt *Keegan* du 24 mai 1994³⁶ dans lequel la Cour rappelle l'article 7 de la Convention onusienne selon lequel un enfant a, dans la mesure du possible, le droit d'être élevé par ses parents. Cet arrêt est l'un des premiers arrêts, si pas le premier, dans lequel la Cour se réfère expressément à la Convention afin de justifier sa décision.

³¹ Cf. article 5 §1 d) et article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme

³² U. KILKELLY, *The Child and the European Convention on Human Rights*, Dartmouth, Hants, 1999, pp.3-4.

³³ *Ibidem*, pp.13-15.

³⁴ G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008, p. 22.

³⁵ Cour eur. Dr. H., Arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n° 5856/72, 25 avril 1978

³⁶ Cour eur. Dr. H., Arrêt *Keegan c. Irlande*, , req. n°16969/90, 26 mai 1994, §50.

Bien que la Cour européenne des droits de l'homme cite la Convention relative aux droits de l'enfant, elle n'entend pas pour autant s'aligner sur les recommandations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies³⁷.

Concernant le droit de l'enfant à préserver son identité³⁸ par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a « refusé d'admettre que l'anonymat porte atteinte au droit de l'enfant de connaître l'identité du donneur du sperme ayant servi à sa conception »³⁹ dans son arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni*⁴⁰ alors que le Comité onusien des droits de l'enfant avait estimé, dans ses observations, que cet anonymat empêchait l'enfant d'accéder à une pièce maîtresse de son identité⁴¹.

De nos jours, la Cour européenne fait référence à la Convention relative aux droits de l'enfant, et ainsi au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, essentiellement dans sa jurisprudence sous l'angle de l'article 8 - droit au respect de la vie familiale et privée -, principalement dans les affaires de séparations de parents et de garde d'enfants⁴². L'intérêt supérieur de l'enfant sera pris en compte lorsque la Cour viendra à analyser les ingérences prévues au §2 de l'article 8. En effet, celles-ci ne sont justifiables qu'en vertu de certains motifs, et notamment celui de l'intérêt supérieur de l'enfant qui revêt une grande importance⁴³. Cet intérêt peut être vu sous l'angle du droit de l'enfant à bénéficier d'un environnement sain⁴⁴ ou bien par exemple du droit de l'enfant à maintenir des liens familiaux avec sa famille.

Dans le cadre de l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant à des cas concrets, la Cour de Strasbourg reconnaît aux États-membres une certaine marge d'appréciation. En effet, les autorités nationales bénéficient d'une certaine proximité avec les parties, proximité qui leur permet d'analyser au mieux les décisions à prendre⁴⁵. La Cour ne fera « qu'apprécier sous l'angle de la Convention les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation »⁴⁶. En outre, cette marge d'appréciation

³⁷ G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe*, *op. cit.*, pp. 24-25.

³⁸ Article 8 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

³⁹ G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe*, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁰ Cour eur. Dr. H., arrêt *X, Y et Z c. Royaume-Uni*, req. n° 21830/93 22 avril 1997.

⁴¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 (2013), *op. cit.*, §56.

⁴² Cf. notamment Cour. eur. Dr. H., arrêt *Bianchi c. suisse*, req. n°7548/04, 22 juin 2006, §82 ; Cour eur. Dr. H., *Dore c. Portugal*, req. n°775/08, 1^{er} février 2011, §44.

⁴³ Cf. notamment Cour eur. Dr. H., arrêt *Bronda c. Italie*, req. n° 22430/93, 9 juin 1998, §59.

⁴⁴ Cf. notamment Cour eur. Dr. H., *Lyubenova c. Bulgarie*, req. n° 13786/04, 18 octobre 2011.

⁴⁵ U. KILKELLY, *op. cit.*, pp. 6-7.

⁴⁶ Cour. Eur. Dr. H., arrêt *Hokkanen c. Finlande*, req. n° 19823/92, 23 septembre 1994, §55.

se justifie par la variété de traditions culturelles à laquelle fait face le Conseil de l'Europe⁴⁷. L'impact de cette marge d'appréciation dans le contexte des droits de l'enfant sera traité dans le second chapitre de ce présent travail.

Malheureusement, la problématique de l'indétermination du contenu de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant refait surface également à Strasbourg : difficile de prédire le sens dans lequel un jugement va être décidé si aucun critère n'est énuméré. À l'heure actuelle, cette notion est encore synonyme de flou et ne peut que mettre à mal le principe sacro-saint qu'est la sécurité juridique. En effet, comme le relève G. VAN BUEREN, les modalités d'application du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant « ne permettent guère de déterminer le poids respectif de ses différents éléments constitutifs et les cas dans lesquels le principe se voit accorder une importance prépondérante »⁴⁸.

§3. Intégration dans la jurisprudence nationale belge

Il nous semble important d'aborder la question de l'applicabilité directe de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁴⁹. En effet, cette question est, en Belgique, controversée.

Si un pan de la doctrine considère que l'applicabilité directe d'une norme est à rechercher dans la formulation précise et claire des normes, un autre pan s'attache à l'intention des auteurs de la Convention.

En ce qui concerne la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, même s'il n'y a pas explicitement d'indication concernant l'intention des parties⁵⁰, les Cours et Tribunaux belges ont reconnu un effet direct pour certaines dispositions du Traité

⁴⁷ J. COMMAILLE, « Les droits de l'enfant : une universalité sans évidence », in J. RUBELLIN-DEVICHI & F. RAINER (dir.) *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, p. 15.

⁴⁸ G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe*, op. cit., p. 41.

⁴⁹ Approuvée en Belgique par la Loi portant assentiment à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 25 novembre 1991, *M.B.*, 25 novembre 1991 ; voy. également Décret du Conseil de la Communauté flamande du 15 mai 1991, *M.B.*, 13 juillet 1991 ; Décret du Conseil de la Communauté française du 3 juillet 1991, *M.B.*, 5 septembre 1991 ; Décret du Conseil de la Communauté germanophone du 25 juin 1991, *M.B.*, 9 septembre 1991.

⁵⁰ J. VERHOEVEN, « La mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant - Observations en droit des gens », in M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 1992, p.66.

international. Ce sont notamment les articles 6⁵¹ relatif au droit à la vie, 9⁵² en matière de séparation, 12 en matière de droit à être entendu en justice, 21⁵³ en matière d'adoption et 40⁵⁴ en matière de présomption d'innocence. En revanche, les articles 4 et 26 ont été considérés par la Cour de cassation comme ne bénéficiant pas d'une applicabilité directe en Belgique⁵⁵.

La réponse n'est pas aussi claire pour l'article 3 de la Convention et sa notion d'intérêt supérieur de l'enfant. Il semblerait que cette disposition bénéficie d'une applicabilité directe car les Cours et Tribunaux y ont recours notamment pour éviter de devoir appliquer des normes internationales ou nationales à des cas d'espèce⁵⁶. Comme le soulève G. VAN BUEREN, « sur base de l'article 3 de la Convention, le juge considère donc que l'intérêt de l'enfant n'est pas d'appliquer la loi »⁵⁷. Cette réflexion n'est pas sans sarcasme, en effet, il se peut donc qu'au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, le juge ne permette pas à l'enfant d'exercer son droit.

⁵¹ E. KRINGS, « Les droits de l'enfant en droit interne », in M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 1992, p. 82.

⁵² Cass., 11 mars 1994, *Div Act*, 1996/8, p. 115.

⁵³ Cass., 4 novembre 1993, *J.T.*, 1994, p. 187.

⁵⁴ Bruxelles (ch. Jeun.) 20 septembre 1993, *J.D.J.*, 1993, n°129, p. 22.

⁵⁵ Cass., 31 mars 1999, *J.L.M.N.*, 1999, p. 1430.

⁵⁶ G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe*, op. cit., p. 1022 ; Civ. Courtrai, 8 décembre 1992, *J.D.J.*, 1993, n°126, p. 33 ; Civ. Bruxelles, 16 juin 1993, *R.T.D.F.*, 1994, p.766 ; Bruxelles (ch. Jeun.), 6 juin 1995, *J.D.J.*, 1996, n°152, p.90 ; Jeun. Liège, 17 avril 1997, *Rev. rég. Dr.*, 1997, p.335.

⁵⁷ G. VAN BUEREN, *Les droits de l'enfant en Europe*, op. cit., p. 1022.

Section 2. La kafala

La seconde notion qui sera le pilier de ce travail est la *kafala*. Cette dernière est une institution familiale de droit marocain venant tempérer la prohibition de l'adoption émise par le Coran.

Nous examinerons en premier lieu la notion même de « *kafala* » (§1^{er}), pour après nous pencher sur sa réception en Belgique (§2) ainsi que dans d'autres Etats européens (§3).

§1^{er}. Notion

Cette partie sera consacrée à la compréhension d'une part des origines de la *kafala* (A.) et d'autre part du fonctionnement de cette institution (B.). Un bref commentaire sera également émis à propos d'une distinction particulière faite au sein même de la notion de *kafala* (C.).

A. Origine

Alors que l'adoption était couramment utilisée dans les pays musulmans, elle fut prohibée par le Prophète Mahomet, lui-même fils adopté.

En effet, il voulut se marier à la femme de son fils adoptif, Zaid, mais cela n'était pas permis en vertu des lois sur l'inceste. Il eut alors une révélation de Dieu qui modifia la vision de la filiation en droit islamique⁵⁸. Il put alors répudier son fils adoptif et se marier avec la femme de ce dernier.

Par conséquent, le Coran ne permet alors plus que la filiation biologique, effaçant tout effet des filiations adoptives.

⁵⁸ H. FULCHIRON, « Adoption sur *kafala* ne vaut », *Rec. Dalloz*, 2007, n°12, p.818 ; J. MALINGREAU, « International Kafala : A Right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States? », *European Journal of Law Reform*, 2014, n° 16, p. 403.

Depuis lors, quasiment tous les pays suivant les préceptes de l'Islam ont banni l'institution de l'adoption de leur cadre juridique⁵⁹. À l'heure actuelle, seuls la Tunisie, le Liban, la Somalie, la Turquie et l'Indonésie la permettent.

Par conséquent, les autorités ont dû trouver un stratagème légal pour permettre aux enfants abandonnés d'être recueillis légalement sans altérer leur filiation biologique. C'est alors que fut créée la *kafala*.

B. L'institution

Cette institution permet de désigner un adulte, appelé le *kafil*, qui prendra à sa charge le mineur, appelé le *makful*⁶⁰. Le *kafil* s'engage à éduquer, protéger et subvenir aux besoins du mineur. Mais quelle différence avec l'adoption ? Avec la *kafala*, aucun lien de filiation ne sera jamais établi. *A contrario*, dans l'adoption, la filiation est établie entre l'adopté et l'adoptant. Le *makful* n'héritera donc pas du *kafil* en cas de décès de ce dernier et ne portera jamais le nom de celui-ci⁶¹.

La *kafala* est accordée par acte juridique soit devant un notaire (*kafala* notariale) soit devant un juge (*kafala* judiciaire) et cesse à la majorité de l'enfant sauf révocation antérieure.

Il est important de noter que la *kafala* est reconnue, au même titre que l'adoption, comme une institution aux bénéfices des enfants abandonnés par la Convention internationale relative aux droits de l'enfant en son article 20 §3.

La *kafala* est une institution difficile à manier dans les pays occidentaux car nous ne sommes ni dans l'adoption ni dans la tutelle notamment en ce qui concerne la *kafala* des enfants abandonnés car ce sont des enfants qui n'ont plus aucun lien de filiation.

⁵⁹ Cf. notamment l'article 46 du Code algérien de la famille et l'article 149 de la *Moudawana* marocaine.

⁶⁰ La *kafala* est régie par le *dahir* n°1-02-172 du 13 juin 2002 portant promulgation de la loi relative à la prise en charge des enfants abandonnés en droit marocain et par le recueil légal en droit algérien.

⁶¹ J. MALINGREAU, « International Kafala : A Right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States ? », *op. cit.*, p. 404.

C. Kafala intrafamiliale et extrafamiliale

Une distinction importante à faire, et que nous retrouverons dans les deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui seront commentés dans le troisième chapitre de ce présent travail, est celle entre les *kafalas* intrafamiliales et les *kafalas* extrafamiliales.

Si dans les *kafalas* extrafamiliales ce sont des « étrangers »⁶² qui prennent en charge l'enfant, les *kafalas* intrafamiliales permettent à des membres de la famille de recueillir un enfant d'un parent.

Dans le premier cas, nous pouvons dire que l'enfant n'entretient plus aucun lien avec sa famille d'origine, alors que dans la seconde situation, le *makful* a généralement encore des contacts avec ses parents biologiques.

§2. Réception en Belgique

Étant donné la présence importante de citoyens d'origine maghrébine en Belgique, le législateur belge s'est penché à plusieurs reprises sur le mécanisme de *kafala* et sa réception sur le territoire du Royaume.

En Belgique, les *kafalas* peuvent dans certains cas être transformées en adoption et dans d'autres cas ne pourront jamais l'être.

À l'origine, le droit belge en matière d'adoption est devenu très contraignant depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993⁶³.

La procédure d'adoption après La Haye n'est plus libre mais encadrée et se caractérise par une coopération entre les différentes autorités centrales qui font le « matching » entre les enfants qui ont été déclarés « abandonnés » et les parents adoptifs.

⁶² Etrangers dans le sens « hors contexte familial ».

⁶³ Entrée en vigueur en Belgique le 1^{er} septembre 2005, Loi portant assentiment à la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye du 29 mai 1993, *M.B.*, 6 juin 2005.

Ce mécanisme a pour conséquence qu'adopter un enfant ne peut se faire que dans des pays qui connaissent l'adoption puisque par définition, les pays doivent déterminer « l'adoptabilité des enfants ». Dès lors, un pays comme le Maroc ou l'Algérie ne peut identifier d'enfant pouvant être adopté car leur cadre légal ne connaît pas cette institution.

Suite à un fort lobbying de la communauté musulmane vivant en Belgique, la loi du 1^{er} septembre 2005 transposant la Convention de la Haye va être adoucie par une loi du 6 décembre 2005⁶⁴, dite Loi Saint-Nicolas. Par cette loi, le législateur belge reconnaît la possibilité de transformer une *kafala* en adoption à une seule condition : les enfants accueillis en *kafala* doivent avoir été abandonnés à la naissance, orphelins ou déclarés comme tels par les autorités nationales⁶⁵.

Toutefois, à travers cette loi, seule la *kafala* extrafamiliale se voit reconnaître une possibilité de devenir une adoption pleine et entière. Une *kafala* intrafamiliale ne pourra jamais se voir transformée en adoption et le regroupement familial ne sera pas autorisé sur cette base-là. Le Conseil d'Etat a confirmé cela dans un arrêt du 28 mars 2003⁶⁶.

Chaque fois qu'une situation se retrouvera en amont du schéma autorisé (une *kafala* intrafamiliale par excellence), il n'y aura aucune possibilité pour l'enfant accueilli dans le cadre d'une *kafala* non transformée d'obtenir un titre de séjour en Belgique puisque le regroupement familial est lié au lien de filiation⁶⁷. En effet, même si les enfants adoptés font partie du regroupement familial, on ne peut recueillir, dans le cadre du regroupement familial, l'enfant que l'on a en tutelle.

⁶⁴ Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption du 6 décembre 2005, *M.B.*, 16 décembre 2005.

⁶⁵ Article 2 de la loi du 6 décembre 2005 insérant un article 361-5 au Code civil ; J. MALINGREAU, « International *Kafala* : A Right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States? », *op cit.*, p. 405.

⁶⁶ Conseil d'Etat, n°117667 du 28 mars 2003.

⁶⁷ Il se peut toutefois que sur base humanitaire, la Belgique délivre un titre de séjour à l'enfant recueilli en *kafala*. Cette appréciation se fait en raison de circonstances extraordinaires et au cas par cas.

§3. Réception dans les autres États-membres

Après avoir analysé la manière dont le législateur belge a traité la problématique, nous examinerons l'angle d'approche de l'institution de la *kafala* d'une part en droit français (A.) et d'autre part brièvement en droit anglais (B.) afin d'amener un point de comparaison avec la solution adoptée par le législateur belge vue précédemment.

A. En France

La France est elle aussi confrontée à la problématique de la réception de la *kafala*, et refuse l'adoption d'un mineur si sa loi personnelle prohibe cette institution⁶⁸. Le seul tempérament à cette prohibition est la possibilité pour l'enfant d'être adopté une fois que, d'une part il aura acquis la nationalité française au bout de cinq ans de résidence sur le territoire français et d'autre part, il est à charge d'un ressortissant français⁶⁹.

Les juridictions françaises ont tant bien que mal essayé d'établir une équivalence entre l'adoption et la *kafala*, mais cette tentative fut cassée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 octobre 2006⁷⁰.

Concernant également le droit de résidence de l'enfant recueilli sous *kafala*, la situation diffère selon que l'enfant est une personne de nationalité algérienne ou provient d'un autre état du Maghreb. En effet, dans le premier cas, la France a conclu une convention en vertu de laquelle le *makful* bénéficiera du regroupement familial si ses *kafils* sont algériens. À défaut, les autorités françaises apprécieront au cas par cas, et sous l'angle de l'article 8 de la CEDH, si l'enfant peut rester en France⁷¹.

Cette solution française fut examinée par la Cour européenne des droits de l'homme qui la valida dans un arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012⁷². Cet arrêt fera l'objet d'une critique dans le troisième chapitre du présent travail car nous estimons notamment que l'absence de toute prise en considération de l'intérêt supérieur de

⁶⁸ Article 370-3 du Code civil français.

⁶⁹ Article 21-12 du Code civil français.

⁷⁰ Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, *A.J. Fam.*, 2007, p. 32.

⁷¹ J. MALINGREAU, « International Kafala : A Right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States? », *op. cit.*, p. 407.

⁷² Cour eur. Dr. h., arrêt *Harroudj c. France*, *op. cit.*

l'enfant d'une part n'est pas conforme à la jurisprudence de Strasbourg et d'autre part viole la Convention internationale relative aux Droits de l'Enfant notamment en son article 3.

La différence majeure entre la solution française et belge réside dans l'octroi d'un titre de séjour. En effet, si en France les enfants accueillis sous *kafala* se voient octroyer un titre légal, il n'en est rien pour les *makful* d'une *kafala* intrafamiliale en Belgique, qui ne se verront pas octroyer de titre de séjour.

B. Au Royaume-Uni

Le législateur anglais a choisi de traiter la problématique de la réception de la *kafala* en créant une catégorie particulière de tutelle dans son « Adoption and Children Act 2002 ».

Ce mécanisme permet de transférer la responsabilité parentale à un tuteur, tout en laissant les liens biologiques de l'enfant avec sa famille d'origine intacts⁷³. Le Gouvernement le justifie spécifiquement par le fait que « Certaines communautés ethniques ont des difficultés culturelles ou religieuses à admettre l'adoption telle que la connaissent l'Angleterre et le Pays de Galle »⁷⁴.

⁷³ J. MALINGREAU, « International *Kafala* : A Right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States? », *op. cit.*, p. 405

⁷⁴ K. O'DONOVAN « L'adoption dans le droit du Royaume-Uni », *Rev. int. Dr. comparé*, Vol. 55, n°4, 2003, p. 854.

Chapitre 2. L'impossible conciliation ? : intérêt supérieur de l'enfant et diversité culturelle

Ce chapitre sera consacré au cœur de notre question de départ : est-ce que l'intérêt de l'enfant peut être mis en balance avec la notion de diversité culturelle ?

Afin de répondre au mieux à cette interrogation, nous examinerons dans un premier temps le rôle de la culture dans l'application des droits de l'homme (Section 1) à partir de la fameuse question tant controversée de l'universalité des droits de l'homme.

Après avoir posé le contexte, nous confronterons, comme la Cour européenne des droits de l'homme, la notion de diversité culturelle et le concept d'intérêt supérieur de l'enfant, tout en étant consciente de comparer une notion de soft-law face à une notion de hard-law (Section 2).

Section 1. La diversité culturelle dans l'application des droits de l'homme

Afin de mieux comprendre comment la diversité culturelle peut jouer un rôle dans l'application des droits de l'homme, il nous semble essentiel de partir de la question ô combien controversée de l'universalité des droits de l'homme (§1), afin de parvenir à mettre non pas en opposition mais plutôt en dialogue les notions d'universalité et de diversité culturelle (§2). Mais est-ce que la diversité culturelle peut être utilisée comme argument justifiant une dérogation à l'application *a priori* universelle des droits de l'homme ? C'est ce à quoi nous tenterons de répondre dans la troisième partie de cette section.

§1. La question de l'universalité des droits de l'homme

Si l'universalité des droits de l'homme a été proclamée il y a soixante-sept ans, elle est pour le moins toujours controversée. En effet, ce principe engendre quelques interrogations, notamment lorsqu'il fait face à des situations concrètes.

Face à ces questionnements, plusieurs commentaires méritent d'être faits.

Le premier couple de source : il existe des droits de l'homme où aucune dérogation ne sera tolérée, c'est ce qu'on appelle « le noyau dur des droits de l'homme », ou encore « les droits indérogeables »⁷⁵.

Toutefois, si certains droits peuvent faire l'objet de restrictions lors de circonstances exceptionnelles, ces limitations ne peuvent entamer l'essence même du droit : seul l'exercice du droit est momentanément affecté.

De ce point de vue-là, l'universalité des droits de l'homme reste entière.

Un second commentaire peut être fait sur la réception réservée par chaque culture aux droits de l'homme. Certaines cultures seront plus sensibles aux libertés individuelles tandis que d'autres donneront plus d'importance aux droits sociaux, économiques et culturels. Ces différentes approches s'expliquent par la manière dont la société s'organise. Une société plus individualiste aura tendance à porter haut la liberté de conscience ou la liberté d'expression par exemple, tandis qu'une société plus collective privilégiera par exemple la solidarité, c'est-à-dire les droits qui rassemblent⁷⁶.

Mais qui dit « différente approche » ne veut pas dire liberté de choix dans les droits de l'homme à mettre en œuvre. Cette affirmation a été confirmée dans la Déclaration

⁷⁵ Par exemple l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme – en ce sens J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? » in P. LAMBERT (e.a.), *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp.13-38 ; F. SUDRE « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? » in P. LAMBERT (e.a.), *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 381-398 ; S. LIVINGSTONE « Non-derogable rights, the interests of the nation and international order » in S. MARCUS HELMONS (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs – Les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp.59-85 ; cf. également en matière terroriste K. WOJNOWICZ, « La lutte contre le terrorisme et la garantie des droits fondamentaux : quelques remarques sur la constitutionnalité de certaines mesures antiterroristes » in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme – État des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 151-161.

⁷⁶ J.-B. MARIE, « L'universalité des droits de l'homme revisitée par la diversité culturelle » in G. VINCENT (dir.), *La partition des cultures : droits culturels et droits de l'homme*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 388.

finale de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne de 1993 : « s'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux de la diversité historique culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés fondamentales »⁷⁷.

En d'autres termes, les droits culturels ne peuvent être exercés de manière illimitée⁷⁸, et une pratique traditionnelle ne pourra pas être avalisée par le seul fait qu'elle fait partie de la culture.

C'est tout particulièrement dans ces situations-là que la question de la mise en balance entre d'une part l'argument de diversité culturelle et d'autre part le principe d'universalité des droits de l'homme se pose car il est indéniable que chaque être humain a le droit au respect des droits de l'homme, quelle que soit sa culture.

§2. Un dialogue plus qu'une opposition

Si de prime abord, nous serions tentée d'opposer l'universalité des droits de l'homme à la diversité culturelle, il nous semble plus cohérent de suivre l'analyse de Jean-Bernard MARIE, qui décrit le rapport entre ces deux notions comme « un dialogue engagé dans le cadre d'un processus dynamique »⁷⁹.

Deux mouvements constituent cette dynamique. En effet, c'est à la fois en puisant au plus profond d'elles-mêmes et en s'ouvrant à la différence que les cultures permettent à l'universalité de se construire. Le premier mouvement permet de trouver les origines et fondements communs aux différentes cultures, tandis que le second va favoriser le développement de la culture au contact des différences, tout en préservant évidemment ses spécificités propres⁸⁰.

⁷⁷ Déclaration finale de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme de Vienne de 1993.

⁷⁸ Y. DONDEERS, « Human Rights: Eye for Cultural Diversity », *Inaugural Lecture delivered upon appointment to the chair of Professor of International Human Rights and Cultural Diversity at the University of Amsterdam on 29 June 2012*, University of Amsterdam, 2012, p.19. ; L.-M. CRACIUNEAN, « The European Court of Human Rights' approach to cultural rights and cultural diversity », *Rom. J. Comp. L.*, Vol.2, 2013, p. 238.

⁷⁹ J.-B. MARIE, « L'universalité des droits de l'homme revisitée par la diversité culturelle », *op. cit.*, p.388.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 388-389.

Finalement, comme le dit si bien la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Nachova and others v. Bulgaria* : « la diversité ne doit pas être perçue comme une menace mais, au contraire, comme une source d'enrichissement »⁸¹.

§3. L'argument de la diversité culturelle comme dérogation

Si le caractère diversifié de la culture empêche de faire des interdictions générales, l'argument de la diversité culturelle ne peut, selon nous, être utilisé pour justifier des atteintes aux droits de l'homme⁸². Nous retrouvons cette idée dans la Déclaration universelle sur la diversité culturelle en son article 4⁸³, ainsi que dans la Convention sur la protection et la promotion de la diversité culturelle⁸⁴.

Mais comment procéder à une mise en balance adéquate entre le respect de la diversité culturelle et le respect des droits de l'homme ? Selon nous, le droit à la non-discrimination ainsi que le droit à l'égalité, consacrés dans de nombreux textes internationaux, peuvent servir de limitations à l'application d'une tradition culturelle, lorsque cette dernière engendre une violation d'un ou de plusieurs droits fondamentaux.

Cette section sera divisée en quatre principales parties. La première traitera de la possible opposition entre la diversité culturelle et l'universalité des droits de l'homme (A.). En effet, les conflits peuvent exister et il est important de les souligner. Ensuite, nous étudierons brièvement la distinction opérée par la doctrine entre égalité formelle et égalité substantielle (B.). Cela nous permettra d'aborder dans la troisième partie, la notion d'accommodement raisonnable, notion qui sera importante dans notre dernier chapitre consacré aux hypothèses de solutions législatives (C.). Enfin, nous concluons par le triptyque qui constitue le cœur de notre travail à savoir la coordination de la diversité culturelle, du droit belge et de l'institution de la *kafala* (D.).

⁸¹ Cour eur. Dr. H., arrêt *Nachova and others v. Bulgaria*, req. n° 43577/98 & 43579/98, 6 juillet 2005, §145.

⁸² Y. DONDEERS, « International Human Rights and cultural diversity: a balancing act », *Rom. J. Comp. L.*, Vol. 4, 2013, p.135 ; L.-M. CRACIUNEAN, « The European Court of Human Rights' approach to cultural rights and cultural diversity », *Rom. J. Comp. L.*, Vol.2, 2013, p. 238.

⁸³ Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle du 2 novembre 2001.

⁸⁴ Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité culturelle du 20 octobre 2005.

A. Conflits

En vertu du principe selon lequel des droits égaux ne donnent pas nécessairement droit à un traitement égal, une différence de traitement sur base de la diversité culturelle peut remplir les conditions d'objectivité et de but légitime⁸⁵. *A contrario*, une différence de traitement qui résulte en une discrimination directe ou indirecte⁸⁶ car elle se base sur un critère subjectif comme l'appartenance à une religion, ne peut être acceptée, même si elle est justifiée par la diversité culturelle à laquelle doivent faire face les États⁸⁷.

Nous sommes convaincues que le respect de la diversité culturelle peut très bien se faire sans mettre à mal le principe d'universalité des droits de l'homme. Toutefois, il se peut que le respect d'une certaine pratique culturelle ait un impact négatif quant au respect des droits de l'homme⁸⁸. Nous pouvons d'une part citer les pratiques traditionnelles qui engendrent directement une violation des droits de l'homme comme les mutilations génitales : ces dernières ne peuvent être justifiées comme reflétant un pan d'une culture⁸⁹. D'autre part, il nous semble que certaines spécificités culturelles, comme l'interdiction de l'adoption examinée dans ce présent travail, peuvent engendrer une discrimination en ce sens que des enfants abandonnés seront traités différemment selon leur pays d'origine.

L'arrêt *D.H. et autres c. République Tchèque* de la Cour européenne des droits de l'homme nous paraissait aller dans ce sens. En effet, la Cour énonça le principe selon lequel aucune différence de traitement ne peut être objectivement justifiée sur base de l'origine d'une personne dans une société démocratique basée sur le pluralisme⁹⁰. C'est pourtant le contraire qui ressort des arrêts de cette même Cour sur la question de la reconnaissance de la *kafala* (cf. Chapitre 3).

⁸⁵ Y. DONDERS, « Human Rights: Eye for Cultural Diversity », *op cit.*, p.15.

⁸⁶ Pour la différence entre une discrimination directe et une discrimination indirecte, nous permettons de vous renvoyer à l'ouvrage de O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp.703-718.

⁸⁷ J. RINGELHEIM « Le droit et la diversité culturelle : cartographie d'un champ en construction », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.21.

⁸⁸ Y. DONDERS, « Human Rights: Eye for Cultural Diversity », *op. cit.*, p.22.

⁸⁹ P. ALSTON « The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights », in P. ASLTON (dir.), *The best interests of the child – reconciling culture and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 20.

⁹⁰ Cour eur. Dr. H., arrêt *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n° 57325/00, 13 novembre 2007, §§175-176 et 196.

B. Egalité formelle et égalité substantielle

Afin de mieux comprendre tant la problématique qui nous occupe que l'argumentation à venir, il nous semble intéressant de nous pencher un bref instant sur deux visions de la notion de l'égalité : l'égalité formelle et l'égalité substantielle⁹¹. Si la première touche ce qu'on appelle plus communément la discrimination directe, l'égalité substantielle se raccroche à la discrimination indirecte.

L'égalité substantielle, *a contrario* de l'égalité formelle, ne vise pas un traitement égal à travers des textes mais l'égalité dans les faits. Elle découle de la constatation suivante : une application d'une même mesure à des personnes potentiellement différentes peut aboutir à des inégalités. Ces mesures « se révèlent discriminatoires dans leurs effets parce qu'elles défavorisent, sans justification objective et raisonnable, les personnes appartenant à un groupe identifié par le sexe, la religion, la langue ou un autre critère prohibé »⁹².

Cette notion se prête, selon nous, particulièrement bien à toutes les formes de discrimination indirecte dont sont victimes les minorités ethniques, religieuses ou encore linguistiques. En d'autres termes, une mesure *a priori* neutre peut venir, *a posteriori*, limiter la jouissance de certaines traditions culturelles.

Dans le cas étudié à travers le présent travail, il s'agit d'une mesure prohibant l'adoption d'enfant reçu en *kafala* intrafamiliale : nous parlons donc de discrimination directe.

Toutefois, nous voyons personnellement une inégalité substantielle : est-ce que tous les enfants recueillis en *kafala* intrafamiliale doivent être traités de la même manière ? Nous ne le pensons pas. Il nous semble qu'une appréciation *in concreto* de la situation familiale du *makful* doit être faite lors de chaque dossier de procédure d'adoption. En effet, s'il existe des situations où le mineur entretient des relations continues avec ses parents biologiques, cela n'est pas le cas de tous. Nous verrons un exemple concret dans l'affaire *Chbihi Loudoudi c. Belgique*, où la mineure, bien que recueillie en *kafala*

⁹¹ J. RINGELHEIM, *Diversité culturelle et droits de l'homme – L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 267-275.

⁹² *Ibidem*, pp. 269.

intrafamiliale, n'entretient que de très épisodiques relations dépourvues d'affectif avec sa mère biologique.

C. Accommodement raisonnable

Durant la rédaction de ce présent travail, nous nous sommes questionnée sur l'utilité d'introduire des accommodements raisonnables, notion chère à nos collègues canadiens⁹³, afin de permettre une meilleure prise en considération individuelle des enfants recueillis en *kafala* en Belgique.

Comme le dit si bien Julie RINGELHEIM, un accommodement raisonnable « permet aux individus qui, en raison de leur pratique religieuse, sont pénalisés par une mesure ou une clause contractuelle pourtant justifiée par un objectif légitime, d'obtenir un aménagement de celle-ci, à condition que cet aménagement reste raisonnable, c'est-à-dire qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui et n'entraîne pas d'inconvénients ou de frais démesurés »⁹⁴.

En effet, comme le souligne Olivier DE SCHUTTER, une telle introduction revient à se demander « comment l'environnement pourrait être rendu plus accueillant à la différence »⁹⁵.

La question de l'accommodement raisonnable est arrivée devant la Cour européenne des droits de l'homme par l'arrêt *Thlimmenos contre Grèce* du 6 avril 2000⁹⁶. Dans cette affaire-là, la Cour a reconnu que le principe de non-discrimination était violé lorsque l'Etat appliquait un traitement identique à des personnes dont les situations sont *sensiblement différentes* »⁹⁷. La législation grecque en cause aurait dû tenir compte de certaines exceptions, et ne pas être adoptée de manière si générale.

⁹³ Loi sur le multiculturalisme canadien, *Law Report of Canada*, 1985, C. 24.

⁹⁴ J. RINGELHEIM « Le droit et la diversité culturelle : cartographie d'un champ en construction », *op. cit.*, p.22 ; cf. dans ce sens J.-Y. CARLIER, « Diversité culturelle et droit international privé : vers des accommodements réciproques ? », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 709-710.

⁹⁵ O. DE SCHUTTER « Interdiction de discriminer envers les étrangers et obligations d'intégration par le droit », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.391.

⁹⁶ Cour eur. Dr. H. *Thlimmenos contre Grèce*, req. n° 34369/97, 6 avril 2000.

⁹⁷ *Ibidem*, § 44, c'est nous qui soulignons.

Dans cette même logique, il nous est permis de nous demander si un aménagement ne permettrait pas aux enfants recueillis par *kafala* intrafamiliale, mais qui n'ont toutefois plus (ou très peu) de contact avec leurs parents biologiques, de bénéficier des avantages de la reconnaissance par la Belgique, de la *kafala* extrafamiliale.

Cette pensée sera développée dans le dernier chapitre de ce présent travail, consacré à quelques propositions législatives qui permettraient, selon nous, d'améliorer la prise en considération de l'enfant dans la volonté émise par la Belgique de respecter l'interdiction de l'adoption comprise dans le Coran.

D. La diversité culturelle, le droit belge et la *kafala*

Comme dans de nombreux autres pays occidentaux, la Belgique a connu, et connaît encore aujourd'hui, une importante migration musulmane⁹⁸. Ces nouveaux citoyens arrivent avec leurs vécus, rites, traditions, cultures... Et le défi de nos sociétés contemporaines est d'arriver à faire de ces différences un enrichissement.

Il nous semble important de rappeler que ces différences culturelles auxquelles la Belgique doit faire face ne sont pas les premières. En effet, depuis ses débuts, le territoire belge est en proie à des clivages : catholiques et laïcs, ou encore flamands et francophones pour ne prendre que des exemples flagrants. C'est face à ces différents défis culturels que la Belgique s'est dotée de sa fameuse démocratie consociative, en d'autres termes une démocratie à la recherche constante de consensus⁹⁹.

Cette quête de compromis peut être illustrée par la manière dont le législateur belge a traité l'institution de *kafala*. L'acceptation de la *kafala* extrafamiliale au titre de l'adoption, et le rejet de la *kafala* intrafamiliale peuvent être perçus comme la mise en balance d'une part de l'intérêt supérieur de l'enfant et d'autre part, de la volonté pour les autorités belges de respecter l'interdiction d'adoption émise par la loi musulmane (cf. notamment article 2 de la loi du 6 décembre 2005 examinée ci-avant).

⁹⁸ Si auparavant la migration a été organisée par la Belgique via des accords bilatéraux avec la Tunisie et le Maroc en 1974, elle est, de nos jours, beaucoup moins encadrée.

⁹⁹ H. DUMONT, « Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant-Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp.167-204.

Mais est-ce qu'une telle solution respecte effectivement bien ces deux tendances ? Nous ne le pensons pas. La réponse du législateur face à la diversité de l'adoption nous semble trop générale. En effet, il n'y a aucune place pour la prise en compte de l'enfant et de son contexte familial, notamment dans le cas où il n'a pas été abandonné et a été pris en charge via une *kafala* intrafamiliale. C'est là que devrait intervenir, selon nous, l'accommodement raisonnable dont il sera question dans le dernier chapitre de ce présent travail.

À travers cette critique de « solution générale » adoptée par le législateur belge, nous nous joignons à l'opinion de Nicolas BONBLED qui qualifie l'approche belge de la diversité culturelle de « pragmatisme à géométrie variable »¹⁰⁰. En effet, en adoptant des solutions *ad hoc*, les autorités belges tentent de créer un semblant d'unité, alors que son territoire regorge de multiples facettes qu'il ne faudrait non pas cacher mais valoriser.

Afin de conclure cette section, nous aimerions citer France BLANMAILLAND qui considère que « le point de vue du refus pur et simple de prise en compte des situations légalement créées à l'étranger, même lorsqu'elles l'ont été sans léser les droits de l'autre partie, relève d'une forme d'impérialisme juridique peu compatible avec un tant soit peu de prise en compte de la diversité des origines »¹⁰¹.

¹⁰⁰ N. BONBLED, « Les minorités culturelles en droit public belge » in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 125

¹⁰¹ F. BLANMAILLAND, « Droit familial et diversité culturelle : un point de vue de praticienne », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 719.

Section 2. La diversité culturelle à l'épreuve de l'intérêt supérieur de l'enfant

Cette section est le cœur de la problématique qui nous occupe. Comment l'intérêt supérieur de l'enfant peut-il s'adapter au fil des différences culturelles ? Mais est-ce que cette notion se prête tout simplement à évoluer au gré des traditions ?

Afin de répondre au mieux à ces questions, nous aborderons le contexte du relativisme culturel (§1), pour ensuite aborder la problématique de l'adoption à travers la diversité culturelle (§2). Une brève conclusion clôturera ce chapitre et permettra d'entamer enfin la jurisprudence relative à la *kafala*, qui nous semble tant sujette à critique.

§1. Les droits de l'enfant dans le contexte du relativisme culturel

L'un des plus grands paradoxes souvent rattaché aux normes internationales est l'indétermination. En effet, d'un côté, les règles doivent être suffisamment précises, claires et inconditionnelles afin de pouvoir être exercées sur le territoire des Etats-parties, mais de l'autre côté, ces mêmes normes doivent pouvoir s'appliquer à une multitude de situations dispersées à travers le monde¹⁰².

A. La marge d'appréciation : une faiblesse pour les droits de l'enfant ?

Il nous semble qu'une des meilleures manières d'appréhender la diversité culturelle à travers les droits de l'enfant est de se pencher sur le concept de marge d'appréciation. Cette notion, corollaire du principe de subsidiarité, permet aux juges internationaux de laisser les autorités nationales prendre la décision finale car ces dernières sont au plus près de la situation¹⁰³.

C'est à travers la jurisprudence des articles de la Convention européenne des droits de l'homme permettant des dérogations nécessaires et proportionnées dans une société

¹⁰² P. ALSTON « The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights », *op. cit.*, p.17.

¹⁰³ Cf. Cour eur. Dr. H., arrêt *Handyside*, req. n° 5493/72, 7 décembre 1976 dans lequel la Cour se réfère pour la première fois à la notion de « marge d'appréciation ».

démocratique – autrement dit les articles 8 à 11 – que nous pouvons observer l'application de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales par les juges européens.

Les affaires mettant en cause des enfants sont, le plus souvent, traitées sous l'angle de l'article 8 ayant trait au respect de la vie privée et familiale. Ce sont donc des situations dans lesquelles les autorités bénéficient d'une grande liberté, mais qui se fera toujours sous supervision finale de la Cour de Strasbourg¹⁰⁴.

Cette marge de manœuvre permet, selon l'ancien juge MATSCHER, de « respecter, à l'intérieur d'un certain cadre, la variété culturelle et idéologique, mais aussi juridique, qui sont caractéristiques de l'Europe »¹⁰⁵.

L'un des principes attachés à la doctrine de la marge d'appréciation est le suivant : s'il existe, au sein des États-membres, pour une problématique identique, une approche commune, la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales sera restreinte. *A contrario*, si les manières d'agir diffèrent, les États seront beaucoup plus libres.

Pour en revenir au sujet qui nous occupe, l'institution de la *kalafa* n'est pas reçue de manière similaire dans les pays membres du Conseil de l'Europe. Par conséquent, les autorités nationales bénéficient d'une très grande marge de manœuvre, et la Cour européenne des droits de l'homme ne fera que vérifier si des motifs suffisants et pertinents permettent de justifier la dérogation.

Cette diminution de la protection accordée par la Convention européenne aux enfants ne se limite pas à la *kafala*. En effet, lorsque la Cour est confrontée à des cas de divorces impliquant des gardes d'enfants par exemple, elle se contente d'examiner de manière superficielle la présence, ou non, d'atteintes manifestes aux droits des requérants, sans se positionner sur le cœur du problème¹⁰⁶.

Toutefois, nous ne pouvons trop blâmer l'attitude prudente de la Cour sur ces sujets sensibles qui nécessitent un examen *in concreto* de l'affaire en l'espèce, examen qui, la plupart du temps, sera réalisé de manière plus complète par les autorités nationales.

¹⁰⁴ U. KILKELLY, *op. cit.*, pp. 6-8.

¹⁰⁵ Traduction libre – MATSCHER F., « Methods of Interpretation of The Convention », in F. MATSCHER (e.a.), *The European system for the protection of Human Rights*, Dordrecht, Kluwer, 1993., p. 75.

¹⁰⁶ U. KILKELLY, *op. cit.*, p. 7.

B. L'intérêt supérieur de l'enfant : à la fois épée et bouclier

Comme nous avons pu l'observer précédemment, la notion d' « intérêt supérieur de l'enfant » n'échappe pas à la règle de l'indétermination. Il nous semble toutefois que ce principe constitue une arme essentielle pour la défense des droits de l'enfant lorsque ces derniers sont mis en danger par des pratiques culturelles spécifiques.

En effet, comment ne pas mieux justifier l'arrêt de certaines pratiques, comme la non-scolarisation des filles en milieux défavorisés, que par l'invocation de leur intérêt à avoir le droit à une éducation, ou encore l'intérêt de l'enfant à ne pas être exposé à de l'esclavage.

Dans notre quête pour une défense universelle des droits de l'enfant, une évidence nous est apparue : l'enfant est perçu de manière différente selon la culture dont il est issu¹⁰⁷.

Abdullahi AN-NA'IM utilise un exemple très simple pour illustrer cette différence : dans les pays du Sud, l'enfant est préparé à prendre soin de sa famille durant toute sa vie tandis que dans les pays du Nord, les parents s'efforcent de faire grandir leurs enfants dans une optique d'émancipation future¹⁰⁸. Ces deux points d'approche engendrent différentes prises de position dans l'éducation des enfants, que ce soit au niveau scolaire ou religieux par exemple.

Si cette différence est une richesse, elle peut également être une faiblesse. En effet, en raison de son caractère vague – caractéristique nécessaire à son degré d'adaptabilité¹⁰⁹ – l'intérêt supérieur de l'enfant pourrait être utilisé à tort et à travers comme justifiant des coutumes allant à l'encontre des principes prônés par la Convention onusienne relative aux droits de l'enfant¹¹⁰.

C'est là que toute la difficulté de l'interprétation de « l'intérêt supérieur de l'enfant » apparaît. Qui est apte à juger du bien-fondé, ou *a contrario* du mal-fondé, d'une pratique culturelle touchant les enfants ? Mais d'un autre côté, « peut-on concevoir des droits de l'homme à *géométrie variable* et réduire de la sorte la dignité humaine qui en

¹⁰⁷ A. AN-NA'IM, « Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child » in U. KILKELLY (dir.), *The Child and the European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 1999, p. 65.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 66.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 67.

¹¹⁰ S. PARKER, « The best interests of the child – principles and problems » *op. cit.*, p. 26.

est le fondement, à une simple valeur fluctuante variant au gré de la conjoncture ou du caprice du moment ? »¹¹¹.

§2. L'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : problématique triangulaire

Si la balance à faire entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle n'est pas chose aisée, elle devient encore plus complexe lorsqu'on lui ajoute une troisième composante : l'adoption, ici représentée par une institution spécifique de droit musulman : la *kafala*.

La question qui nous occupe ici est la suivante : quelle est la place à donner à la loi nationale ou à la culture de l'enfant adopté ? Cette question fait surgir un dilemme crucial : que faire primer en cas de conflit ? L'intérêt supérieur de l'enfant ou son origine culturelle ?

A priori, ce serait l'intérêt supérieur de l'enfant. Comme le soulève Sylvain BOLLÉE, « on peine en effet à se départir de l'idée que l'intérêt de l'enfant remis en *kafala* trouve difficilement son compte dans le respect de l'interdit édicté par sa loi personnelle »¹¹².

Mais nous constaterons que dans l'arrêt *Harroudj c. France* examiné ci-après, la Cour ne mentionne jamais la notion d' « intérêt supérieur de l'enfant » et justifie sa décision au nom d'un « pluralisme culturel ». Ensuite, dans l'arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, la Cour fera une analyse, selon nous erronée, de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui fera dire aux juges KARAKAS, VUČINIĆ et KELLER dans leur opinion dissidente commune, que la décision de la majorité revient « en définitive, à faire primer sur l'intérêt concret de l'enfant une certaine conception de la politique internationale en matière d'adoption »¹¹³.

¹¹¹ J.-B. MARIE, « L'universalité des droits de l'homme revisitée par la diversité culturelle » *op. cit.*, p. 381.

¹¹² S. BOLLÉE, « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en *kafala* », *Rev. trim. Dr. h.*, 95/2013, p.723.

¹¹³ Cour eur. Dr. H., *Arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique* - Opinion dissidente commune aux juges KARAKAS, VUČINIĆ et KELLER, §11.

Si certains auteurs considèrent que la notion d' « intérêt supérieur de l'enfant » prise dans le contexte de la *kafala* doit être interprétée *in abstracto*¹¹⁴, et ce notamment dans les cas de regroupement familial, il nous semble que cette manière d'interpréter ne doit pas être généralisée à l'ensemble des problématiques créées par l'institution de la *kafala*.

Lorsque le *makful* recueilli en *kafala* intrafamiliale se trouve sur le territoire d'un pays européen, il nous semble que la possibilité de voir aboutir une procédure d'adoption ne doit pas être appréciée *in concreto*. En effet, il nous paraît difficilement défendable de considérer les diverses conséquences négatives de cette institution sur le territoire occidental comme acceptable pour certains enfants et pas pour d'autres : il en va de l'égalité des enfants, égalité consacrée par l'article 2 de la Convention onusienne relative aux droits des enfants.

¹¹⁴ J. MALINGREAU, « International *Kafala* : A Right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States? » *op. cit.*, pp. 401-429.

Section 3. Conclusion intermédiaire

Notre détermination à croire en une application universelle des droits de l'homme n'est pas mise à mal par la diversité culturelle. En effet, il est indéniable que l'être humain, tant adulte qu'enfant, peut exiger le respect des droits fondamentaux à son égard, quels que soient sa race, son âge, ses convictions religieuses, son orientation religieuse ou tout simplement son genre.

Toutefois, nous avons pu voir que certaines pratiques culturelles pouvaient entrer en conflit avec les droits universellement reconnus dans les instruments de protection des droits de l'homme tant internationaux qu'euro-péens. Nous pouvons trouver des solutions à ces divergences notamment à travers les accommodements raisonnables, accommodements que nous allons privilégier pour la problématique qui nous occupe. Néanmoins, une pratique culturelle ne sera acceptée que si elle ne contrevient pas aux valeurs inhérentes aux droits de l'homme qui sont résumées par Yvonne DONDERS comme étant la dignité humaine, l'intégrité et l'égalité¹¹⁵.

En effet, si la Belgique s'est préoccupée de l'institution de la *kafala*, la solution nous paraît boiteuse. D'un côté nous avons l'autorisation de l'adoption dans les cas des *kafalas* extrafamiliales, et de l'autre côté une interdiction de l'adoption dans les cas des *kafalas* intrafamiliales. Cette dernière nous semble sans conteste trop général : le législateur belge a fait l'impasse sur une appréciation *in concreto* de la situation familiale du *makful* dans son pays d'origine. Cet examen approfondi permettrait l'autorisation de l'adoption dans les cas où le mineur n'entretient plus ou très peu de relations avec ses parents biologiques même s'il a été recueilli par une *kafala* intrafamiliale : c'est alors ici qu'interviendraient les accommodements raisonnables.

¹¹⁵ Y. DONDERS, « Human Rights: Eye for cultural diversity », *op. cit.*, pp. 4-37.

Chapitre 3. Analyse de la jurisprudence européenne pertinente

Afin de mettre en lumière l'argumentation exposée ci-avant, il nous semble pertinent d'aborder deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, dans lesquels cette dernière a dû se pencher sur la problématique de la réception, par les États-membres, de l'institution de la *kafala*.

Nous pourrions notamment voir les juges opérer une mise en balance entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle, dont le résultat sera critiqué pour chacun des deux arrêts.

Le premier arrêt à retenir notre attention sera l'arrêt *Harroudj c. France* du 4 octobre 2012 (Section 1). La seconde analyse portera sur l'arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique* du 16 décembre 2014 (Section 2).

Section 1. Arrêt *Harroudj contre France*

Cette section sera consacrée à l'analyse de l'arrêt *Harroudj c. France* de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 octobre 2012.

Un bref aperçu des faits (§1) permettra de replacer dans son contexte la problématique sur laquelle les juges ont dû trancher (§2).

À travers la troisième partie de cette section, nous soulèverons les points qui, selon nous, méritent d'être critiqués au regard des conclusions émises dans le premier chapitre du présent travail sur la mise en balance entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle.

§1. Faits et décisions nationales

La requérante est une citoyenne française qui recueillit Zina HIND, née le 3 novembre 2003 en Algérie, par un acte de recueil légal du 13 janvier 2004. Ce recueil est plus connu sous le nom de *kafala*, institution que nous avons longuement commentée dans notre chapitre préliminaire.

Dans cette affaire, Zina HIND est une enfant abandonnée à sa naissance par sa mère biologique qui accoucha sous X. Son père étant inconnu, elle devint pupille de l'Etat algérien. Si cette précision peut sembler anecdotique, elle est d'une grande importance. En effet, si cette *kafala* est extrafamiliale, il n'en sera pas de même dans l'affaire *l'arrêt Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique* que nous examinerons ci-après.

Par une ordonnance du 19 janvier 2004, le nom de Zina HIND fut changé pour devenir Hind HARROUDJ, et ce dans le but d'obtenir une concordance des noms avec la requérante.

Hind HARROUDJ entra en France le 1^{er} février 2004 et le 8 novembre 2006, la requérante déposa une requête en adoption plénière. Selon cette dernière, permettre à Hind d'être adoptée était la solution la plus conforme à son intérêt supérieur.

Le tribunal de grande instance de Lyon refusa sa demande au motif qu'étant titulaire de l'autorité parentale en vertu de la *kafala*, elle pouvait prendre toutes les mesures nécessaires à l'égard de l'enfant. En outre, une telle conversion est prohibée par le droit français¹¹⁶ qui stipule que l'adoption d'un enfant ne peut être prononcée si sa loi personnelle interdit cette institution, ce qui est le cas en l'espèce¹¹⁷. Ce jugement fut confirmé par un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon du 23 octobre 2007.

Madame Harroudj se pourvut en cassation mais son pourvoi fut rejeté par un arrêt du 25 février 2009.

¹¹⁶ Article 370-3 du Code civil français

¹¹⁷ cf. Chapitre préliminaire, Section 2 du présent travail

§2. Décision de la Cour européenne des droits de l'homme

La requérante saisit la Cour de Strasbourg le 10 août 2009, estimant qu'en refusant l'adoption de Hind, les autorités françaises avaient porté une atteinte disproportionnée à sa vie familiale, et dès lors violé son droit à la vie familiale, consacré par l'article 8 de la Convention.

Mme Harroudj invoqua notamment le fait qu'en l'absence d'une telle adoption et donc de l'établissement de liens de filiation, Hind était privée de tous droits successoraux si Madame venait à disparaître. En outre, si pareille situation venait à se présenter, l'enfant ne pourrait demeurer auprès de la mère de la requérante, que Hind considère naturellement comme sa grand-mère. Selon la requérante, ces diverses conséquences vont à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁸.

Ces arguments ne furent pas suivis par la Cour qui, statuant le 4 octobre 2012, déclara qu'il n'y avait pas eu violation de l'article 8 de la Convention par les autorités françaises.

Le raisonnement de la Cour se basa principalement sur le fait que la requérante n'invoquait pas d'obstacles majeurs rencontrés dans sa vie quotidienne étant donné que l'enfant était recueillie sous *kafala* et non adoptée.

En outre, la Cour souligna qu'au sein des États-membres du Conseil de l'Europe, aucun État n'assimile la *kafala* à une adoption, mais que plusieurs lui attribuent des effets comparables à ceux d'une tutelle¹¹⁹. Il en résulte donc une large marge d'appréciation dont disposent les États en ce qui concerne la manière d'aborder la *kafala* dans leur droit interne.

Pour ce qui est de l'absence d'effets successoraux, la Cour met en avant la possibilité pour la requérante d'établir un testament nommant un tuteur légal et faisant entrer l'enfant dans la succession.

À côté de tout cela, le législateur français permet à l'enfant d'acquérir la nationalité française dans un délai réduit de cinq ans, ce qui donne par la suite la faculté d'être

¹¹⁸ cf. §§34-35 de l'arrêt

¹¹⁹ cf. §48 de l'arrêt

alors adopté. Cette règle permet de progressivement effacer la prohibition de l'adoption du pays d'origine.

La Cour déduit de ces diverses solutions que le législateur français, opérant ainsi, a entendu « favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine » et « respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante »¹²⁰.

§3. Critique

Bien qu'il fût rendu à l'unanimité, cet arrêt, selon nous, contient de nombreux pans sujets à critique. En effet, au nom d'un pluralisme culturel (B.), la Cour européenne des droits de l'homme admet une mesure discriminante et contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (A.). Enfin, nous examinerons l'argument de la requérante selon lequel le refus des autorités françaises de procéder à une adoption est une ingérence au sens de l'article 8 de la Convention (C.)

A. Absence de référence à l'intérêt supérieur de l'enfant

Concernant cette notion-là plus spécifiquement, nous notons avec stupéfaction qu'elle n'apparaît à aucun moment dans le raisonnement de la Cour. Si cette dernière se réfère à la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, c'est pour relever la reconnaissance expresse de la *kafala* en tant que protection de remplacement, et non pour invoquer son fameux article 3, source de l'intérêt supérieur de l'enfant¹²¹. C'est pour nous le manquement le plus important que l'on peut attacher à l'arrêt.

Comment peut-on considérer que le respect d'un interdit tel que celui en cause peut respecter les obligations prescrites par la Convention onusienne, dont la Cour prône le respect au §42 de l'arrêt ?

En validant la solution adoptée par les autorités françaises face à la *kafala*, la Cour nie les difficultés concrètes auxquelles fait face l'enfant. Est-ce que le délai de cinq ans

¹²⁰ cf. §51 de l'arrêt

¹²¹ cf. §.49 de l'arrêt

pour acquérir la nationalité française n'est pas disproportionné, et dès lors contraire à son intérêt, pour un enfant qui n'a désormais plus aucun contact avec son pays d'origine¹²² ? Est-ce que l'intérêt de la jeune fille n'était pas de voir sa *kafala* transformée le plus rapidement possible en adoption, elle qui est destinée à vivre de manière durable en France, avec des parents de nationalité française ?

Il nous semble que la Cour reste dans une interprétation abstraite de l'affaire en cause, mue par une volonté de ne pas heurter les différentes cultures en présence, volonté sobrement invoquée sous la notion « d'intérêt public »¹²³.

En définitive, comme le souligne J.-P. MARGUÉNAUD, « la Cour dilue l'intérêt supérieur de l'enfant au point de le perdre de vue pour mieux pouvoir justifier sa décision »¹²⁴.

B. Argument de la diversité culturelle

Cette volonté de ne pas mettre en tension la culture musulmane et la culture occidentale est bien résumée par Caroline SIFFREIN-BLANC comme étant « une tolérance au nom de l'indifférence »¹²⁵.

Pour justifier sa décision, la Cour fait une très brève étude de droit comparé et conclut par laisser une très large marge de manœuvre aux États-membres, faute de consensus européen sur la problématique. Or, il nous semble que cet examen aurait pu être plus poussé. En effet, à titre d'exemple, le législateur belge permet une certaine assimilation de la *kafala* en adoption dans les conditions examinées ci-avant. D'autres auteurs ont également relevé cette analyse très succincte et quelque peu orientée, et soulignent

¹²² C. SIFFREIN-BLANC, « Kafala et adoption vues par la CEDH – Le refus de métamorphoser une *Kafala* en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux », *R.D.L.F.*, n°25, p. 5, <http://www.revuedlf.com/droit-international/kafala-et-adoption-vues-par-la-cedh-commentaire/> (consulté pour la dernière fois le 6 août 2015).

¹²³ N. HERVIEU « L'adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen » in *Lettres « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, <http://revdh.org/2012/10/08/adoption-internationale-kafala-regard-europeen/> (consulté pour la dernière fois le 6 août 2015); C. SIFFREIN-BLANC, « Kafala et adoption vues par la CEDH – Le refus de métamorphoser une *Kafala* en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux », *op. cit.*, p.5.

¹²⁴ obs. J.-P. MARGUÉNAUD, *R.T.D. civ.*, 2012, p. 705

¹²⁵ C. SIFFREIN-BLANC, « *Kafala* et adoption vues par la CEDH – Le refus de métamorphoser une *Kafala* en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux », *op. cit.*

certaines législations européennes qui, tout comme la Belgique, sont favorables à la métamorphose d'une *kafala* en adoption¹²⁶. Ces observations permettent de poser un doute quant à l'affirmation de la Cour selon laquelle il n'y a pas de consensus européen en la matière. En effet, la France avec sa solution d'interdiction générale ne se retrouverait-elle pas en minorité face aux réponses plus ouvertes de ses voisins ?

En second lieu, la Cour invoque la situation boiteuse dans laquelle se trouverait l'enfant si l'adoption était reconnue en France : l'enfant aurait alors un statut civil différent en France et en Algérie. Il nous semble que les conséquences de cette situation sont exagérées. D'une part, reconnaître une adoption ne coupe pas l'enfant de son pays d'origine, mais lui permet une meilleure intégration dans le pays d'origine de ses parents, et d'autre part, dans le cas d'espèce, l'enfant n'entretient plus de liens avec son pays d'origine.

Le même argument sera utilisée dans l'arrêt *Chbihi Loudoudi* et nous arriverons à la même conclusion selon laquelle il y a eu une exagération des conséquences de la possession de deux statuts personnels.

Au nom de la diversité culturelle, l'intérêt supérieur de l'enfant, nous semble-t-il, impose une reconnaissance dans un pays B de l'acte de protection établi dans un pays A. Nier tout effet d'un acte étranger revient à nier la diversité culturelle, valeur importante dans ce monde de plus en plus globalisé. Selon nous, la Cour, en invoquant la diversité culturelle pour justifier la mesure française, paradoxalement ignore cette diversité.

C. Ingérence sous l'angle de l'article 8

Bien que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme eût affirmé à plusieurs reprises que la Convention ne donnait pas le droit ni d'adopter ni de fonder une famille¹²⁷, nous pensons que la situation en l'espèce viole l'article 8 de cette dite Convention. En effet, cet article impose aux États de permettre le développement et la

¹²⁶ N. HERVIEU « L'adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen » in *Lettres « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, *op. cit.*

¹²⁷ cf. notamment Cour eur. Dr. h. E.B. c. France, req. n° 43546/06, 22 janvier 2008.

formation des liens familiaux¹²⁸. Si dans le cas d'espèce, le refus d'assimilation de la *kafala* en adoption n'empêche pas la création de liens affectifs entre l'enfant et l'adulte qui l'a recueilli, il empêche la reconnaissance officielle de l'enfant en tant que membre de la famille de l'adulte.

En effet, il y a bien une ingérence de la part des autorités françaises dans la vie familiale de la requérante et de sa fille, mais aussi dans la vie privée de la jeune Hind.

Toutefois, nous constatons que les obstacles rencontrés par la jeune fille au quotidien ne sont pas insurmontables. *A contrario*, les requérants dans l'affaire qui sera analysée dans la section suivante subissent de réelles contraintes dues au fait de la non reconnaissance de leur *kafala* en Belgique. C'est dans ce sens que nous espérons un résultat différent dans les deux affaires. Malheureusement, nous verrons que cela ne fut pas le cas.

D. Conclusion

En définitive, même si peu d'obstacles sont rencontrés dans la vie quotidienne de la requérante, la Cour fait primer la diversité culturelle sur l'intérêt supérieur de l'enfant, mise en balance qui, selon nous, pourrait légitimement s'inverser au regard de ce qui précède¹²⁹.

¹²⁸ cf. notamment Cour eur. DH. H. *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, 15 mars 2012.

¹²⁹ S. BOLLÉE « La conformité à la Convention européenne des droit de l'homme de l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en *kafala* (Cour eur. Dr. H., *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012) », *op. cit.*, p.724.

Section 2. Arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*

§1. Faits et décisions nationales

Monsieur Brahim CHBIHI LOUDOUDI et Madame Loubna BEN SAID sont un couple marié, de nationalité belge, ci-après les requérants.

Mademoiselle Kamar BADIAOUI, née en 1995, est la nièce de Madame. Elle fut recueillie par les requérants avec l'accord de ses parents biologiques, par *kafala*, le 4 septembre 2002. La *kafala* fut constatée et homologuée par le Tribunal de Première instance de Meknès le 5 septembre 2002.

Nous sommes donc ici face à une *kafala* intrafamiliale, *a contrario* de la *kafala* effectuée dans l'affaire *Harroudj c. France* examinée ci-avant.

Le 19 août 2003, un acte d'adoption simple fut dressé en Belgique par un notaire. Les requérants obtinrent un visa de court séjour « en vue de l'adoption » de Kamar et le 8 décembre 2005, elle arriva légalement sur le territoire belge.

Les requérants entamèrent plusieurs procédures pour homologuer l'adoption, mais toutes échouèrent.

La complexité de ce cas relève notamment de la législation belge. Le cas d'espèce se situe avant la loi Saint-Nicolas du 6 décembre 2005, mais après le 1^{er} septembre 2005, date de l'entrée en vigueur de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption.

Parmi les mesures transitoires, figure l'article 24^{sexies} de la loi du 24 avril 2003, article à l'interprétation très délicate qui se lit comme suit :

« Dans le cas où le droit applicable dans l'État d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue d'adoption :

1° Les dispositions du droit antérieur qui régissent les conditions relatives à l'admissibilité et aux conditions de fond de l'adoption s'appliquent si un enfant a été confié par l'autorité compétente de l'État d'origine de l'enfant à l'adoptant ou aux adoptants avant le 1^{er} septembre 2005

(...)»

La Cour d'Appel de Bruxelles, dans un arrêt du 19 mai 2010, estima que Kamar ne faisait pas partie des hypothèses d'applicabilité de la loi transitoire car ni la *kafala* adoulaire ni la décision du tribunal de première instance de Meknès du 11 novembre 2003 ne constituaient une décision de l'autorité visée par cette disposition. En d'autres termes, le problème résidait essentiellement dans le fait que la jeune Kamar n'avait pas été formellement abandonnée.

Toutefois, la Cour précisa qu'il était incontestablement dans l'intérêt de l'enfant que les effets de la *kafala* soient reconnus en Belgique, notamment eu égard à la durée de son séjour en Belgique et à son parcours scolaire.

Appelée à se prononcer, la Cour de cassation jugea que les requérants n'étaient pas dans une hypothèse où l'adoption pouvait être régulée car même si, dans les faits, Kamar avait été abandonnée, elle avait légalement été confiée à son oncle et à sa tante, il n'y a donc pas de décision des autorités marocaines constatant un abandon.

Malgré d'innombrables tentatives, l'Office des étrangers rejeta toutes les demandes de séjour illimité intentées par l'avocate des requérantes et chaque renouvellement de titre de séjour fut très pénible.

De nombreuses difficultés furent rencontrées au quotidien. Kamar ne put, par exemple, se rendre en voyage scolaire et dut subir, à de nombreuses reprises, des situations de stress et de honte du fait de la précarité de son séjour.

Enfin, en avril 2014, la jeune enfant se vit délivrer un titre de séjour d'une durée illimitée.

§2. Décision de la Cour européenne des droits de l'homme

Les requérants saisirent la Cour de Strasbourg le 25 août 2010, alléguant d'une part que le refus des autorités belges de prononcer l'adoption résultait en une violation de leur droit au respect de la vie familiale et d'autre part, que la précarité du séjour de Kamar enfreignait le droit à la vie privée de la jeune fille (article 8 de la Convention – point A du présent paragraphe)¹³⁰. Enfin, ils voient en leur situation une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention, dans le sens où elle se base sur les origines de l'enfant (point B).

A. Quant à la violation de l'article 8 de la Convention

La Cour procédera à l'analyse de l'article 8 de la Convention sous deux angles : le respect de la vie familiale (a.) et le respect de la vie privée (b.).

a) Violation alléguée du droit au respect de la vie familiale

Les requérants invoquent les nombreuses difficultés auxquelles a dû faire face la jeune fille qui « s'est sentie stigmatisée et a souffert de l'incertitude quant à son avenir dans un pays qu'elle considérait comme le sien »¹³¹.

Les autorités belges se défendent en invoquant d'une part la grande marge d'appréciation dont ils bénéficient due à l'absence de consensus en Europe sur la question, et d'autre part, le fait que, si l'adoption avait été prononcée, elle n'aurait eu aucun effet sur le statut personnel de l'enfant dans son pays d'origine : « L'enfant se serait retrouvée partagée entre deux filiations et deux identités différentes mais valables aux yeux de chacune des autorités »¹³².

La Cour considère que dans le cas d'espèce, son rôle est de « vérifier si, conformément à sa jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention, l'intérêt supérieur de l'enfant

¹³⁰ cf. §3 de l'arrêt

¹³¹ cf. §81 de l'arrêt

¹³² cf. §86 de l'arrêt

en tant que composante du respect de la vie familiale a constitué la principale considération des juridictions belges dans l'évaluation des intérêts concurrents en présence¹³³.

Elle constate que le refus des juridictions belges trouve son fondement notamment dans une loi destinée à mettre en œuvre les objectifs de la Convention de la Haye qui ont pour ligne de conduite d'assurer que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant.

En outre, la Cour ne décèle rien d'arbitraire dans la démarche des autorités belges en ce sens que ces dernières ont estimé que l'intérêt de l'enfant n'exigeait qu'une et même filiation, aussi bien en Belgique qu'au Maroc¹³⁴.

La Cour soulève également la possibilité pour les requérants d'entamer une procédure de tutelle officieuse qui permettrait la reconnaissance du lien qui les unit avec l'enfant, même s'il n'est pas garanti que cette dernière soit couronnée de succès¹³⁵.

Enfin, les juges de Strasbourg ne relèvent pas d'obstacle concret au respect de la vie familiale des requérants et de la jeune fille¹³⁶.

Par conséquent, ils conclurent à la non-violation de l'article 8 de la Convention sous l'angle de la vie familiale.

b) violation alléguée du respect du droit à la vie privée

Les requérants se plaignent que la jeune Kamar a été en séjour précaire pendant plus de dix ans et que cette incertitude quant au renouvellement de son titre de séjour a constitué une ingérence dans le droit à la vie privée et familiale de la jeune fille¹³⁷.

Si la Cour reconnaît la possibilité pour un Etat de ne pas respecter le choix des immigrants de leur pays d'origine, « des mesures restreignant le droit d'une personne de séjourner dans un pays peuvent dans certains cas, donner lieu à une violation de

¹³³ cf. §97 de l'arrêt

¹³⁴ cf. §§ 100-101 de l'arrêt

¹³⁵ cf. §102 de l'arrêt

¹³⁶ cf. §103 de l'arrêt

¹³⁷ cf. §§110-115 de l'arrêt

l'article 8 de la Convention s'il en résulte des répercussions disproportionnées sur la vie privée ou familiale de l'intéressé »¹³⁸.

Elle relève qu'à aucun moment, Kamar ne fut réellement menacée d'expulsion, et que les autorités belges ont régulièrement prorogé son titre de séjour temporaire¹³⁹.

De plus, l'article 8 ne peut être interprété comme garantissant le droit à un type particulier de titre de séjour et les Etats bénéficient d'une appréciation souveraine en la matière¹⁴⁰.

Par conséquent, la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 sous l'angle de la vie privée car l'intérêt supérieur de l'enfant ne permet pas de considérer que l'Etat belge était tenu d'accorder un titre de séjour à durée illimitée pour protéger la vie privée de la jeune Kamar.

B. Quant à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8

Les requérants voient une discrimination du fait d'être originaire d'un pays qui ne connaît pas l'adoption.

Néanmoins, la Cour estime que les motifs qui l'ont amenée à conclure à l'absence de violation de l'article 8 « constituent également une justification objective et raisonnable aux fins de l'article 14 ».

En définitive, il n'y a donc pas eu de violation de l'article 14 de la Convention par les autorités belges.

¹³⁸ cf. §129 de l'arrêt

¹³⁹ cf. §132 de l'arrêt

¹⁴⁰ cf. §133 de l'arrêt

§3. Critique

Cet arrêt, paru en 2014 contre la Belgique, aurait pu faire changer la position adoptée par les autorités nationales face à la *kafala*. Nous aurions pu espérer une reconnaissance de la violation du respect à la vie privée et familiale des enfants recueillis en *kafala* intrafamiliale.

En effet, la situation est tout autre que les faits ayant amené à l'arrêt *Harroudj*. Si dans ce dernier la jeune Hind ne rencontrait pas d'importants obstacles au cours de sa vie quotidienne, la requérante, dans ce nouvel arrêt, fait état de divers obstacles notamment à travers sa vie scolaire. C'est principalement ce nouveau pan qui nous permettait de croire en une issue positive.

Malheureusement, cela fut tout autre. Nous consacrerons cette partie à la critique de l'analyse opérée par la Cour de l'intérêt supérieur de l'enfant d'une part, au regard de l'adoption (A.), et d'autre part au regard de la précarité du séjour de la mineure (B.).

A. L'intérêt supérieur de l'enfant et la procédure d'adoption

Nous pouvons remarquer dans cet arrêt une évolution par rapport à l'arrêt *Harroudj* analysé précédemment. En effet, dans ce nouvel arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme prend en compte l'intérêt supérieur de l'enfant afin d'analyser la possible violation de l'article 8 alléguée par les requérants.

Toutefois, cette prise en considération ne nous satisfait pas. En effet, la Cour, au §97, rappelle que son rôle est de vérifier si l'intérêt supérieur de l'enfant a été la principale considération qui a justifié la décision des autorités nationales. Par la suite, elle se contente de citer d'une part, la référence par les tribunaux belges aux conventions internationales et d'autre part, l'argument selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant est de n'avoir qu'un seul et même statut personnel. Elle arrive, au §102, à la conclusion selon laquelle les autorités ont pu estimer que l'intérêt de la jeune fille était de ne pas se voir adopter, conformément à la loi belge.

La conclusion aurait dû être tout autre selon nous. Les requérants réclamaient une adoption simple, qui se différencie de l'adoption plénière dans le sens où elle permet le

maintien de liens juridiques avec la famille biologique de l'enfant malgré la création d'un lien de filiation avec les adoptants.

Il nous semble que la Cour a exagéré l'impact qu'aurait engendré la possession par la jeune femme de deux statuts personnels différents. Les relations qu'elle entretient avec son pays d'origine se résument aux vacances d'été et Kamar n'a pas de liens affectifs avec sa mère biologique. À travers sa décision, nous estimons que la Cour préfère faire perdurer une situation boiteuse durable en Belgique, lieu de résidence de la troisième requérante, plutôt que de permettre la création d'un environnement stable qui pourrait engendrer deux statuts personnels lors des retours de la jeune fille au Maroc. Sur ce point-là précisément, nous nous interrogeons sur les difficultés concrètes que pourrait rencontrer la jeune fille, difficultés qui n'ont pas été démontrées par le gouvernement belge.

En outre, la Cour relève que la jeune Kamar est totalement intégrée dans la société belge.

Par ailleurs, les faits sont différents de ceux dans l'arrêt *Harroudj c. France* examiné ci-avant. En effet, s'il existe dans le droit français des assouplissements à l'interdiction de l'adoption, comme la possibilité de se voir octroyer la nationalité française après cinq ans de résidence pour ensuite lancer une procédure d'adoption, il n'existe pas de mécanisme similaire dans le droit belge. Le verdict de la Cour n'aurait pas dû, dès lors, être semblable.

En outre, il nous semble que respecter l'intérêt supérieur de l'enfant passe également par entendre l'avis du mineur concerné¹⁴¹. Lors des diverses procédures, la jeune Kamar était âgée d'environ quinze ans, âge auquel les enfants sont conscients des choix à poser. Elle a elle-même déclaré considérer les premiers requérants comme « ses parents » et le Royaume de Belgique comme son pays.

Au vu de ce qui précède, nous estimons que l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été la considération principale dans la question de savoir si la troisième requérante pouvait être adoptée par les deux premiers requérants.

¹⁴¹ E. RICHARD, « Adoption – The welfare and best interest of the child », *Willamette L.J.*, Vol. 5, 1968-1969, p. 100.

B. L'intérêt supérieur de l'enfant et la précarité du séjour de Kamar

Par ailleurs, la jeune Kamar a subi un stress considérable quant à la question de savoir si son titre de séjour allait être renouvelé. À ce dommage moral s'ajoutent les nombreuses humiliations subies par la requérante lorsque le renouvellement de son titre de séjour posait problème dans le cadre de sa vie scolaire, et notamment lorsqu'il était question de sa participation aux voyages scolaires.

Bien que la Cour déclare le contraire dans le §134 de l'arrêt, il nous semble bien que le stress engendré par les difficultés administratives, qui pouvaient se solder par une expulsion du territoire de la requérante, ait été extrêmement sous-estimé.

Ce constat aurait dû, nous semble-t-il, amener la Cour à déclarer qu'il était de l'intérêt supérieur de Kamar que les autorités belges statuent définitivement sur son titre de séjour. En effet, la requérante est arrivée à l'âge de quatre ans sur le territoire belge, et n'a obtenu son titre de séjour définitif qu'en avril 2014, soit à l'âge de dix-neuf ans. Si nous reconnaissons que « la Cour n'est pas compétente pour se prononcer sur l'opportunité d'accorder à l'étranger concerné tel statut légal plutôt que tel autre »¹⁴², elle aurait dû condamner, en l'espèce, l'appréciation générale à laquelle se sont livrées les autorités nationales, sans tenir compte de la situation effective de la requérante¹⁴³.

Au final, il y a selon nous une violation du droit à la vie familiale et privée consacré par l'article 8 CEDH.

¹⁴² §135 de l'arrêt ; cf. également en ce sens Cour eur. D. H., *Syssoyeva et autres c. Lettonie*, req. n° 60654/00, 15 janvier 2007, §91.

¹⁴³ Cf. en ce sens l'opinion dissidente communes aux juges KARAKAS, VUČINIĆ et KELLER de l'arrêt *Chbihi Loudoudi*, et plus particulièrement le paragraphe 9.

Chapitre 4. Tentative de réécriture du jugement

*Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*¹⁴⁴

I. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION QUANT AU REFUS DE PRONONCER L'ADOPTION DE LA TROISIÈME REQUÉRANTE

72. Les requérants se plaignent du fait qu'au détriment de l'intérêt supérieur de l'enfant, les autorités belges ont refusé de reconnaître la *kafala* et de prononcer l'adoption. Ils dénoncent une ingérence dans le droit au respect de la vie privée de la troisième requérante et dans le droit au respect de la vie familiale des trois requérants, droits garantis par l'article 8 de la Convention (...).

a) sur le point de savoir si l'affaire concerne une obligation positive ou une ingérence

90. **Si le Gouvernement conteste** en l'espèce que l'impossibilité d'adopter la troisième requérante constitue une ingérence dans la vie familiale, **la Cour ne partage pas cet avis. En effet, au contraire de l'arrêt *Harroudj* précité, l'ingérence se déduit en l'espèce des conséquences importantes du refus de prononcer l'adoption émis par les autorités nationales : la jeune fille s'est sentie stigmatisée et a souffert de l'incertitude quant à son avenir dans un pays qu'elle considérait comme le sien.**

91. À ce titre, la Cour **renvoie à l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.* précité.** Dans ce dernier (§ 123), la Cour a décidé que la décision des juges luxembourgeois de refuser l'exequatur d'un jugement péruvien qui avait prononcé une adoption et qui était exécutoire au Pérou, avait constitué une ingérence dans le droit au respect de la vie familiale. **En l'espèce, les situations sont similaires : il s'agit de reconnaître en Belgique une décision valablement prise à l'étranger, décision ayant créé une protection légale des liens unissant les requérants. Le gouvernement considère que l'adoption**

¹⁴⁴ La réécriture du jugement ci-après a été faite sur le modèle de réécritures présentes dans l'ouvrage suivant : E. BREMS (dir.), *Diversity and European Human Rights – Rewriting judgements of the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013. – Les parties en gras dans les paragraphes correspondent aux modifications apportées par l'auteur du présent travail. Par ailleurs, si le projet de ce travail était au départ un essai d'écriture de l'arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, son jugement en décembre 2014 a permis également de s'inspirer de l'opinion dissidente des juges KARAKAS, VUČINIĆ et KELLER, à laquelle l'auteur adhère.

sollicitée par les requérants constituait une situation juridique nouvelle. Or, il est indéniable que l'institution de la *kafala* est très proche de l'adoption. Cette proximité ressort également de l'article 20 (3) de la Convention relative aux droits de l'enfant qui traite la *kafala* et l'adoption comme des formes de protection équivalentes pour la prise en charge d'un enfant.

b) sur l'observation de l'article 8

97. La Cour doit en revanche vérifier si, conformément à sa jurisprudence relative à l'article 8 de la Convention, l'intérêt supérieur de l'enfant, en tant que composante du respect de la vie familiale, a constitué la principale considération des juridictions belges dans l'évaluation des intérêts concurrents en présence (...).

99. (...) le refus opposé aux requérants tient en partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif de protéger l'intérêt « supérieur » de l'enfant qui résultent des conventions internationales pertinentes dans ce domaine.

100. Les requérants se plaignent toutefois que les juridictions aient fait l'impasse d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. **La Cour partage cet avis. En considérant que** la jeune fille courrait le risque subséquent d'avoir en Belgique et au Maroc deux statuts personnels différents, **et que cela** plaidait en faveur du refus de prononcer l'adoption au profit des *khafils* en Belgique, **les juridictions internes ont fait l'impasse d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de la troisième requérante.**

101. On ne saurait déduire de l'article 8 de la Convention, comme semblent le faire les requérants, une conception univoque de l'intérêt de l'enfant qui exigerait que soit prononcée, alors que l'enfant disposait déjà d'une filiation lors de son recueil, une adoption au sens de la loi belge. **Toutefois, en estimant** que l'intérêt de l'enfant exigeait qu'elle n'ait qu'une et même filiation, aussi bien en Belgique qu'au Maroc, **les autorités belges ont eu une lecture erronée de la notion « d'intérêt supérieur » confrontée à la réalité de la situation familiale de la requérante.**

102. **Bien que le Gouvernement argue** que le refus d'adoption ne privait pas les requérants de toute reconnaissance du lien qui les unissait **à travers le mécanisme de tutelle officieuse, la Cour considère que le souhait des requérants d'adopter la jeune fille selon une adoption simple est dans la lignée de l'intérêt supérieur de**

l'enfant. Comme le soulèvent à juste titre les requérants, même si une telle adoption crée un lien juridique nouveau entre l'adopté et les adoptants, elle permet également le maintien de certains liens juridiques avec la famille d'origine de l'adopté. Une telle approche permettrait de combiner les intérêts en présence.

103. À cela s'ajoute que **le Gouvernement ne démontre pas en quoi le fait d'avoir deux statuts personnels différents au Maroc et en Belgique serait dommageable pour la requérante. Par ailleurs, les requérants font état de divers obstacles rencontrés dans leur vie quotidienne, ce qui différencie cette affaire de l'arrêt *Harroudj* précité. En effet, dans cette dernière affaire, le droit français offrait des voies progressives d'assouplissement de ces difficultés de manière à favoriser l'intégration des enfants, ce qui n'est pas le cas du droit belge.**

104. **Toutefois**, envisageant à titre accessoire le refus d'adoption sous l'angle de la vie privée de la troisième requérante, la Cour **parvient** à une conclusion différente. La jeune fille bénéficie d'un lien de filiation avec ses parents biologiques et ne s'est plainte ni devant les autorités belges ni devant la Cour des conséquences, autres que celles résultant de l'incertitude relative à son droit de séjour, qui résulteraient de l'absence de reconnaissance en Belgique d'un lien de filiation avec ses *khafils*.

105. Eu égard à l'ensemble des éléments qui précèdent, la Cour conclut **qu'il y a eu manquement** au respect du droit des requérants à leur vie familiale **ainsi qu'au droit au respect de la vie privée de la troisième requérante.**

Partant, **il y a eu** violation de l'article 8 de la Convention.

II. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION QUANT À LA SITUATION DU SÉJOUR DE LA TROISIÈME REQUÉRANTE

b) sur l'observation de l'article 8

129. (...) L'article 8 n'emporte pas une obligation générale pour un État de respecter le choix par des immigrants de leur pays de résidence.

130. Toutefois, des mesures restreignant le droit d'une personne de séjourner dans un pays peuvent, dans certains cas, donner lieu à une violation de l'article 8 de la Convention s'il en résulte des répercussions disproportionnées sur la vie privée ou familiale de l'intéressé. (...)

131. (...) l'intérêt « supérieur » de l'enfant doit constituer la principale considération des autorités nationales dans l'évaluation de la proportionnalité aux fins de la Convention.

132. En l'espèce, la Cour relève que la troisième requérante a séjourné de manière continue en Belgique auprès de ses *kafils* depuis son arrivée en Belgique en 2005. **Si, à aucun moment, elle ne fut réellement menacée d'être éloignée du territoire belge, les autorités belges, en ne traitant pas de manière définitive la situation du séjour de la troisième requérante, ont manqué de ménager un juste équilibre entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble et n'ont pas respecté les obligations positives leur incombant. La jeune fille a notamment vécu sans titre de séjour durant une période de sept mois, du 19 mai 2010 au 16 février 2011. Par ailleurs, en ce qui concerne la prorogation de son titre de séjour temporaire, celle-ci fut toujours incertaine et nécessitait de nombreux rappels auprès des services compétents pour que le dossier soit traité dans les temps.**

133. La Cour observe enfin que la troisième requérante semble parfaitement intégrée dans la société belge, qu'elle a poursuivi toute sa scolarité en Belgique et a terminé avec succès ses études secondaires sans que la situation de son séjour ait perturbé *in abstracto* son séjour, **bien que ses professeurs aient fait part des impacts moraux et pratiques engendrés par l'incertitude de son séjour sur la jeune Kamar.**

134. **Cependant,** la Cour ne sous-estime bien entendu pas le stress que les démarches en vue du renouvellement du titre de séjour ont pu engendrer ni la frustration qu'a pu ressentir la jeune fille face à l'attente de disposer d'un titre de séjour à durée illimitée.

135. Toutefois, la Cour rappelle que l'article 8 de la Convention ne peut pas être interprété comme garantissant, en tant que tel, le droit à un type particulier de séjour (...).

136. **Selon le Gouvernement,** le seul obstacle réel qui s'est présenté a été l'impossibilité pour la troisième requérante de participer à un voyage scolaire en raison du fait que la jeune fille ne possédait pas de titre de séjour entre mai 2010 et février 2011 au moment où les formalités de voyage devaient être accomplies. **Cette argumentation ne satisfait pas la Cour.**

137. La Cour est d'avis que même en accordant un poids important à **l'interprétation selon laquelle l'article 8 n'offre pas de garantie de droit à un type particulier de titre de séjour**, il serait déraisonnable de considérer que **l'intérêt supérieur de l'enfant a été la considération primordiale dans le cas d'espèce**.

138. Dans ces conditions, la Cour conclut **que les autorités nationales n'ont pas dûment tenu compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre des procédures nationales relatives à la situation de séjour de la troisième requérante**.

139. Partant, il y **eu violation de l'article 8 de la Convention**.

III. SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 14 COMBINÉ AVEC L'ARTICLE 8 DE LA CONVENTION

140. Les requérants se plaignent également d'avoir été victimes d'une discrimination fondée sur les origines. (...).

141. Les requérants soutiennent que le refus de reconnaître l'adoption et les obstacles administratifs qui en résultent ont pour effet d'entraver la vie quotidienne et sociale de l'enfant. (...) Ils y voient une discrimination du fait d'être originaire d'un pays qui ne connaît pas l'adoption.

144. La Cour estime qu'au cœur du grief énoncé par les requérants sur le terrain de l'article 14 de la Convention se trouve l'impossibilité pour les deux premiers requérants d'adopter la troisième requérante en raison de son statut personnel. Cette question a été examinée sous l'angle de l'article 8 dont la **violation a été constatée**.

145. Les motifs **fondés sur l'obligation pour les États-membres de prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision le concernant** constituent également une justification objective et raisonnable aux fins de l'article 14. **En effet, les enfants recueillis au Maroc sont traités différemment selon le type de kafala utilisée pour le recueil. Si le but de cette distinction est, pour les autorités belges, d'« éviter des abus qui vont à l'encontre des intérêts de l'enfant »¹⁴⁵, la Cour a reconnu que le principe de non-discrimination était violé lorsque l'Etat**

¹⁴⁵ Réponse à une question parlementaire de la ministre de la Justice, *Documents parlementaires*, Sénat, annales n°3-140, session du 15 décembre 2005, question orale n°3-914.

appliquait un traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes (arrêt *Thlimmenos contre Grèce*, req. n°34369/97, 6 avril 2004). Or, en l'espèce, si l'enfant est issu d'une *kafala* intrafamiliale, l'adoption sera refusée *in abstracto*, sans examen de la situation personnelle de l'enfant, et donc par conséquent sans avoir eu égard à l'intérêt de l'enfant d'être adopté.

146. Partant, il y a eu violation de l'article 14.

IV. SUR LES AUTRES VIOLATIONS ALLÉGUÉES

L'auteur se conforme à la suite de l'arrêt.

Chapitre 5. Pistes de solutions pour le législateur belge

Nous avons pu relever au fil de ce travail que plusieurs problèmes législatifs entourent la manière dont est reçue l'institution de la *kafala* en Belgique.

Ce chapitre sera consacré à des pistes de solutions qui pourraient améliorer, selon nous, la mise en balance qui est à opérer entre l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle.

Le principal reproche formulé lors de nos recherches est l'absence d'examen *in concreto* de la situation personnelle de l'enfant lorsque ce dernier a été recueilli par *kafala* intrafamiliale. Ce choix s'explique par la volonté des autorités belges d'éviter au maximum des abus qui iraient à l'encontre de l'intérêt de l'enfant. Si ce but est évidemment louable, il nous semble intervenir de manière trop générale. En effet, l'arrêt *Chbihi Loudoudi* nous illustre parfaitement les limites de cette solution : si l'enfant en *kafala* intrafamiliale n'entretient plus de relations avec ses parents biologiques, est-il juste d'appliquer la même solution qu'aux enfants entretenant de vraies relations avec leurs parents biologiques, en dépit de la *kafala* dont ils ont fait l'objet ? Nous ne le pensons pas.

Notre première hypothèse de solution consiste en une modification de l'article 361-5 du Code civil, afin de permettre la prise en considération, par le juge, de la situation familiale de l'enfant (Section 1).

Notre seconde et ultime solution s'inspire du concept d'accommodements raisonnables (Section 2). Nous développerons très brièvement cette idée car, si elle nous semble pertinente en l'espèce, les accommodements raisonnables ne sont pas utilisés en Belgique.

Section 1. Amendement de l'article 361-5 du Code civil

Afin de permettre une meilleure prise en considération de la situation familiale concrète du *makful*, nous proposons un amendement dans l'article 361-5 du Code civil. Cette disposition se lit aujourd'hui comme suit :

« (...) dans le cas où le droit applicable dans l'Etat d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue d'adoption, le déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue de l'adoption ne peut avoir lieu et l'adoption ne peut être prononcée que si les conditions suivantes sont remplies :

1° (...)

2° (...)

c) soit une copie certifiée conforme de l'acte de décès des parents, soit une copie certifiée conforme de la décision d'abandon de l'enfant et une preuve de la mise sous tutelle de l'autorité publique »

C'est ce point c) qui pose problème actuellement. En posant la condition selon laquelle l'enfant doit être abandonné pour être adopté, le législateur nie la réalité culturelle : de nombreux enfants issus du Maghreb sont élevés par d'autres membres de leur famille, certains n'ayant même plus de contacts avec leurs parents biologiques, comme la jeune Kamar dont le cas a été examiné ci-avant.

C'est pourquoi nous proposons l'ajout d'un point 5 qui se lirait comme suit :

« à défaut des documents requis au point c), le juge apprécie souverainement s'il est manifestement dans l'intérêt supérieur de l'enfant que soit reconnue une adoption, en tenant compte de la situation familiale du mineur »

S'il est vrai que cet amendement peut apporter une certaine insécurité juridique, il laisse la place au juge d'apprécier *in concreto* la situation de l'enfant dans son contexte familial, ce qui n'est pas le cas actuellement et qui fait cruellement défaut. C'est seulement dans des cas manifestes que le juge pourra autoriser la reconnaissance de l'adoption, ce qui restreint néanmoins le champ des possibilités.

Cette piste de solution aurait permis à la Cour d'appel de Bruxelles, dans son arrêt sur l'affaire *Chbihi Loudoudi*, de reconnaître une adoption. En effet, elle avait souligné qu'il était dans l'intérêt de la mineure qu'une procédure d'adoption aboutisse, mais qu'elle ne pouvait faire autrement que de la refuser, la jeune Kamar n'étant pas dans les conditions légales.

Section 2. Les accommodements raisonnables

Par le biais du concept des « accommodements raisonnables », nous pouvons envisager que les juges et autorités belges permettent à un enfant recueilli via une *kafala* intrafamiliale de vivre sur le territoire du Royaume.

Cet accommodement pourrait se traduire par la reconnaissance des effets de la *kafala* intrafamiliale lorsque toutes les parties concernées – c'est-à-dire à la fois les *kafils*, les parents biologiques et le *makful* – y ont consenti. Ce sont par exemple l'autorisation du regroupement familial, et donc l'octroi d'un titre de séjour définitif pour le mineur.

Comme le souligne Jean-Yves CARLIER, une telle solution « met en avant le principe d'une construction commune plutôt que l'exception d'une exclusion »¹⁴⁶.

L'accommodement raisonnable permettrait une ouverture sur la culture maghrébine plutôt qu'une exclusion, comme ce qui est actuellement le cas en partie via le refus de reconnaissance de la *kafala* intrafamiliale. Car en interdisant de manière générale la conversion d'une telle *kafala* en adoption, le législateur belge viole le principe de non-discrimination énoncé par de nombreux textes internationaux et européens : il y a une application d'un traitement identique à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes. En outre, comme nous l'avons déjà énoncé, cette inégalité a déjà été condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Thlimmenos contre Grèce* du 6 avril 2000.

Par conséquent, il nous semble que ce concept d'accommodement raisonnable mériterait d'être un peu plus examiné par les autorités belges. Il permettrait une certaine ouverture sur un mode de filiation que ne connaissent pas nos pays européens, mais qui, au vu de la mondialisation contemporaine croissante, nécessite un examen complet et précis.

¹⁴⁶ J.-Y. CARLIER, « Diversité culturelle et droit international privé : vers des accommodements réciproques ? » *op. cit.*, p. 711.

Conclusion

Si notre projet de réécriture de l'arrêt *Chbihi Loudoudi* semblait, au premier abord, facile car notre avis sur la problématique était tranché, nous nous sommes heurtées aux mêmes difficultés que les législateurs nationaux : comment allier l'intérêt supérieur de l'enfant avec le respect de la diversité culturelle qui façonne notre monde et dont nous sommes si fiers ?

La première difficulté ressort lorsque nous analysons la notion même d'« intérêt supérieur de l'enfant ». En effet, son contenu indéterminé ne facilite pas une application uniforme à travers le monde. Ce point-là est pour nous important. Il nous semble en effet essentiel que des cadres soient posés afin de permettre une meilleure approche, et donc une plus grande protection de l'enfant quelle que soit son origine.

Le second obstacle auquel nous avons été confrontée lors de la construction de notre argumentation est la possibilité d'utiliser la diversité culturelle comme une justification pour s'écarter des droits fondamentaux. Car si nous reconnaissons que certains droits peuvent être modulés en fonction de la culture spécifique d'une population, certains droits ne se prêtent pas à une telle dérogation. Mais comment opérer cette mise en balance entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas ? Nous n'avons pas pu, à travers ce modeste travail, trouver une réponse adéquate : il aurait été en effet bien difficile de séparer notre opinion subjective d'une théorie objective.

En ce qui concerne le dialogue entre l'intérêt supérieur de l'enfant, la diversité culturelle et la *kafala*, nous arrivons au constat qu'une appréciation *in concreto* de la situation familiale du *makful* respecterait l'intérêt supérieur de cet enfant dans le sens où les contextes familiaux diffèrent et une solution générale, comme celle adoptée par le législateur belge, est problématique.

L'analyse des deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme traitant de la *kafala* nous a permis de poser la problématique de manière concrète. Nous avons pu observer une approche plutôt étonnante de la Cour qui préfère faire primer la diversité culturelle sur l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui résultait en l'espèce à faire perdurer une situation boiteuse aux conséquences néfastes pour l'enfant.

C'est pour mieux illustrer notre pensée que nous avons tenté de réécrire l'arrêt *Chbihi Loudoudi*, qui pour nous, aurait dû condamner la Belgique pour son appréciation *in abstracto* de la situation familiale du *makful*, et notamment dans les cas de *kafalas* intrafamiliales, dont la conversion en adoption est interdite en Belgique.

En effet, si l'interdiction de conversion des *kafalas* intrafamiliales en adoption – avec la problématique qui s'en suit au sujet du titre de séjour de l'enfant – poursuit un objectif louable, cela nous semble définitivement trop abstrait. C'est pourquoi nous avons choisi de clôturer ce travail par une hypothèse de solutions législatives.

La première de nos solutions consiste à amender l'article 365-1 du Code civil afin de permettre au juge de tenir compte de la situation familiale de l'enfant dans les cas où il n'a pas été abandonné, c'est-à-dire dans les cas de *kafalas* intrafamiliales. Cet amendement permettrait une approche plus personnelle de l'affaire en cause : le juge aurait un outil lui permettant d'opérer un contrôle de l'opportunité de l'adoption en tenant compte de l'intérêt supérieur du mineur.

La seconde de nos solutions s'inspire de nos collègues canadiens qui, face au multiculturalisme culturel dans lequel le Canada est baigné, ont créé la notion « d'accommodement raisonnable » afin de permettre à chaque individu de se sentir intégré et non exclu au sein de la société dans laquelle il vit. Nous serions tentés de penser que ces accommodements pourraient permettre de trouver un compromis entre d'une part l'objectif de l'État belge d'empêcher les abus et d'autre part, l'impératif de tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais pour cela, la société belge contemporaine doit faire un travail d'ouverture pour accepter ce nouveau concept encore inconnu. Un tel effort serait, nous semble-t-il, payant car nous pourrions envisager de reconnaître les effets d'une *kafala* intrafamiliale selon certaines conditions, et donc de permettre à des individus dont la culture est différente de se sentir plus acceptés dans leur nouveau pays de résidence.

Si cette question d'intégration culturelle peut être sensible, il nous semble qu'en ce qui concerne l'identité même des immigrés, et encore plus lorsque cela concerne des enfants, la loi nationale devrait permettre certains assouplissements pertinents au regard de la culture de chacun.

En guise de conclusion, nous souhaiterions citer Simone WEIL : « c'est un devoir pour chaque homme de se déraciner (pour accéder à l'universel), mais c'est toujours un crime de déraciner »¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Citation reprise de H. GAUDEMET-TALLON, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 312 (2006), p.475.

BIBLIOGRAPHIE

Législation

Internationale

- Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989.
- Convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mai 1993.
- Déclaration universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle du 2 novembre 2001.
- Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité culturelle du 20 octobre 2005.
- Haut-Commissariat aux Réfugiés, Principes directeurs sur la protection internationale : les demandes d'asile d'enfants dans le cadre de l'article 1A(2) et de l'article 1(F) de la Convention de 1951 et/ou son Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/GIP/09/08, 22 décembre 2009.
- Comité des droits de l'enfant, Observation générale n°14 (2013), sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3 par.1), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013.

Européenne

- Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950.
- Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant du 25 janvier 1996.

Algérienne

- Article 46 du Code algérien de la famille.

Belge

- Loi portant assentiment à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 25 novembre 1991, *M.B.*, 25 novembre 1991.
- Loi portant assentiment à la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, faite à La Haye du 29 mai 1993, *M.B.*, 6 juin 2005.
- Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption du 6 décembre 2005, *M.B.*, 16 décembre 2005.
- Décret du Conseil de la Communauté flamande portant assentiment à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 25 novembre 1991, *M.B.*, 13 juillet 1991.
- Décret du Conseil de la Communauté française portant assentiment à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 25 novembre 1991, *M.B.*, 5 septembre 1991.
- Décret du Conseil de la Communauté germanophone portant assentiment à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 25 novembre 1991, *M.B.*, 9 août 1991.
- Code civil
- Réponse à une question parlementaire de la ministre de la Justice, *Documents parlementaires*, Sénat, annales n°3-140, session du 15 décembre 2005, question orale n°3-914.

Canadienne

- Loi sur le multiculturalisme canadien, *Law Report of Canada*, 1985, C. 24.

Française

- Code civil

Marocaine

- Article 149 de la Moudawana marocaine
- Dahir n°1-02-172 du 13 juin 2002 portant promulgation de la loi relative à la prise en charge des enfants abandonnés en droit marocain

Doctrine

- ALSTON P., « The best interests principle: towards a reconciliation of culture human rights », in ALSTON P. (dir.), *The best interests of the Child – reconciling culture and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 1-25.
- AN-NA'IM A., « Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child » in KILKELLY U. (dir.), *The Child and The European Convention on Human Rights*, Ashgate, Aldershot, 1999, pp. 62-81.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, cité par YOUF D., *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, p.10.
- BLANMAILLAND F., « Droit familial et diversité culturelle : un point de vue de praticienne » in RINGELHEIM J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 713-722.
- BOLÉE S., « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme et l'interdiction d'adopter un enfant recueilli en *kafala* », *Rev. trim. Dr. h.*, 95/2013, pp. 717-724.
- BONBLED N., « Les minorités culturelles en droit public belge » in RINGELHEIM J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp 121-166.
- BREMS E. (dir.), *Diversity and European Human Rights – Rewriting judgements of the ECHR*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- CALLEWAERT J., « L'article 4 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? » in LAMBERT P. (e.a), *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp.13-38.
- CANTWELL N., « La genèse de l'intérêt supérieur de l'enfant dans la Convention relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, 323/2013, pp. 8-11.
- CARLIER J.-Y., « Diversité culturelle et droit international privé : vers des accommodements réciproques ? », in RINGELHEIM J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 699-711.
- COMMAILLE J., « Les droits de l'enfant : une universalité sans évidence », in RUBELLIN-DEVICHI J. & RAINER F. (dir.), *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 13-17.
- CRACIUNEAN L., « The European Court of Human Right's approach to cultural rights and cultural diversity », *Rom. J Comp. L.*, Vol. 2, 2013, pp.231-261.
- DE SCHUTTER O., *International Human Rights Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

- DE SCHUTTER O., « Interdiction de discriminer envers les étrangers et obligation d'intégration par le droit » in RINGELHEIM J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 367-394.
- DETRICK S., *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer, 1999.
- DONDERS Y., « Human Rights: Eye for Cultural Diversity », *Inaugural Lecture delivered upon appointment to the chair of Professor of International Human Rights and Cultural Diversity at the University of Amsterdam on 29 June 2012*, University of Amsterdam, 2012, pp. 4-37.
- DONDERS Y., « International Human Rights and cultural diversity: a balancing act », *Rom. J. Comp. L.*, Vol. 4, 2013, pp. 123-138.
- DUMONT H., « Le pluralisme idéologique et l'autonomie culturelle en droit public belge », in RINGELHEIM J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.167-204.
- EDEL D., « L'intérêt supérieur de l'enfant : une nouvelle maxime d'interprétation des droits de l'enfant », *R.R.J.*, 2009, n°2, pp. 579-604.
- EEKELAAR J., « The Interests of the Child and the Child's wishes: The role of dynamic self-determinism », in ALSTON P. (dir.), *The best interest of the child – reconciling culture and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 42-61.
- EEKELAAR J., « Beyond the welfare principle », *Child and Family Law Quarterly*, 2002, n°14, pp. 237-249.
- FOTTREL D., « One step forward or two steps sideways? Assessing the first decade of the children's convention on the rights of the child » in FOTTREL D. (dir.), *Revisiting Children's Rights – 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague/Boston, Kluwer Law International, 2000, pp. 1-14.
- FULCHIRON H., « Adoption sur *kafala* ne vaut », *Rec. Dalloz*, 2007, n°12, pp. 816-821.
- FULCHIRON H., « Les conventions internationales : présentation sommaire » in RUBELLIN-DEVICHI J. & RAINER F. (dir.) *L'enfant et les conventions internationales*, Lyon, Presses Universitaires de Lyon, 1996, pp. 19-33.
- GAUDEMET-TALLON H., « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel) », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, tome 312 (2006).
- HERVIEU N., « L'adoption internationale aux prises avec la *kafala* sous le regard européen » in *Lettres « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 8 octobre 2012, <http://revdh.org/2012/10/08/adoption-internationale-kafala-regard-europeen/> (consulté pour la dernière fois le 6 août 2015).

- IFEZUE G., & RAJABALI M., « Protecting the interests of the Child », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2013, n°1, pp. 77-85.
- JOYAL R., « La notion d'intérêt supérieur de l'enfant, sa place dans la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *Rev. intern. Dr. pén.*, 1991, pp.785 et sv.
- KILKELLY U., *The Child and the European Convention on Human Rights*, Dartmouth, Hants, 1999.
- KRINGS E., « Les droits de l'enfant en droit interne » in MEULDERS-KLEIN M.-T. (dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 71-86.
- LIVINGSTONE S., « Non-derogable rights, the interests of the nation and international order » in MARCUS HELMONS S. (dir.), *Dignité humaine et hiérarchie des valeurs – Les limites irréductibles*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp.59-85.
- MALINGREAU J., « International *kafala*: A right for the Child to Enter and Stay in the EU Member States? », *European Journal of Law Reform*, 2014, n° 16, pp. 401-429.
- MARIE J.-B., « L'universalité des droits de l'homme revisitée par la diversité culturelle » in VINCENT G. (dir.), *La partition des cultures : droits culturels et droits de l'homme*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, pp. 379-392.
- MATHIEU N., « Séparation des parents et garde d'enfant – Le point de vue sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. Dr. h.*, 93/2013, pp. 39 et sv.
- MATSCHER F., « Methods of Interpretation of the Convention » in MATSCHER F. (e.a.), *The European system for the protection of Human Rights*, Dordrecht, Kluwer, 1993, pp. 63-81.
- MORIN S., « Primauté de l'enfant : piqûres de rappel », *J.D.J.*, Décembre 2011, n°310, pp. 6-8.
- O'DONOVAN K., « L'adoption dans le droit du Royaume-Uni », *Rev. int. Dr. Comparé*, Vol. 55, n°4, 2003, pp.845-850.
- OTTEVAERE A., « Adoptions internationales et intérêt supérieur de l'enfant », *J.T.*, 2008, n°18, pp. 309-314.
- PARKER S., « The best interest of the child – Principles and problems », in ALSTON P. (dir.), *The best interest of the child – reconciling culture and human rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 26-41.
- RICHARD E., « Adoption – The welfare and the best interests of the child », *Willamette L.J.*, Vol. 5, 1968-1969, pp. 93-103.
- RINGELHEIM J., *Diversité culturelle et droits de l'homme – L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

- RINGELHEIM J., « Le droit et la diversité culturelle : cartographie d'un champ en construction », in RINGELHEIM J. (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 1-65.
- SILFREIN-BLANC C., « *Kafala* et adoption vues par la CEDH – Le refus de métamorphoser une *Kafala* en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux », *R.D.L.F.*, n°25, <http://www.revuedlf.com/droit-international/kafala-et-adoption-vues-par-la-cedh-commentaire/> (consulté pour la dernière fois le 6 août 2015).
- SUDRE F., « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y a-t-il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme ? » in LAMBERT P. (e.a.), *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 381-398.
- TULKENS F., « Un juge à la Cour européenne s'exprime » in *Le droit de vivre en famille – Dialogue entre professionnels et familles en situation de grande pauvreté*, *R.Q.M.*, n°11, 2002, <http://www.editionsquartmonde.org/rqm/document.php?id=4964> (consulté pour la dernière fois le 6 août 2015).
- VASSEUR-LAMBRY F., *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Harmattan, 2000.
- VAN BUEREN G., *Les droits de l'enfant en Europe*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008.
- VERHOEVEN J., « La mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant – Observation en droit des gens » in MEULDERS-KLEIN M.-T. (dir.), *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*, Bruxelles, Kluwer, 1992, pp. 61-70.
- VONKEMAN A., « La détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant », *J.D.J.*, Janvier 2015, n°321, pp. 37-39.
- UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Genève, UNICEF, 2002.
- WOJTOWICZ K., « La lutte contre le terrorisme et la garantie des droits fondamentaux : quelques remarques sur la constitutionnalité de certaines mesures antiterroristes » in AUVRET-FINCK J. (dir.), *L'Union européenne et la lutte contre le terrorisme – État des lieux et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 151-161.

Jurisprudence

Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. Dr. H., arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, req. n° 52265/10, 16 décembre 2014.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Harroudj c. France*, req. n° 43631/09, 4 octobre 2012.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Gas et Dubois c. France*, req. n° 25951/07, 15 mars 2012.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Lyubenova c. Bulgarie*, req. n° 13786/04, 18 octobre 2011.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Dore c. Portugal*, req. n° 775/08, 1^{er} février 2011.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *E.B. c. France*, req. n° 43546/06, 22 janvier 2008.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *D.H. et autres c. République Tchèque*, req. n° 57325/00, 13 novembre 2007.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Syssoyeva et autres c. Lettonie*, req. n° 60654/00, 15 janvier 2007.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Bianchi c. Suisse*, req. n° 7548/04, 22 juin 2006.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Eskinazi Chelouche c. Turquie*, req. n° 14600/05, 13 décembre 2005.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Nachova and others v. Bulgaria*, req. n° 43577/98 & 43579/98, 6 juillet 2005.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Nuutinen c. Finlande*, req. n° 32842/96, 27 juin 2000.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, req. n° 34369/97, 6 avril 2000.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Bronda c. Italie*, req. n° 22430/93, 9 juin 1998.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *X, Y et Z*, req. n° 21830/93, 22 avril 1997.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Hokkanen c. Finlande*, req. n°19823/92, 23 septembre 1994.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Keegan c. Irlande*, req. n°16969/90 du 29 mai 1994.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, req. n°5856/72, 25 avril 1978.
- Cour eur. Dr. H., arrêt *Handyside*, req. n° 5493/72, 7 décembre 1976.

Belge

- Cass., 31 mars 1999, *J.L.M.N.*, 1999, p. 1430.
- Cass., 11 mars 1994, *Div. Act.*, 1996/8, p.115.
- Cass., 4 novembre 1993, *J.T.*, 1994, p.187.
- C.E., 28 mars 2003, n°117667.
- Bruxelles (Ch. Jeune), 6 juin 1995, *J.D.J.*, 1996, n°152, p. 90

- Bruxelles (Ch. Jeune), 20 septembre 1993, *J.D.J.*, 1993, n°129, p. 22.
- Civ. Bruxelles, 16 juin 1993, *R.T.D.F.*, 1994, p. 766.
- Jeun. Liège, 17 avril 1997, *Rev. rég. Dr.*, 1997, p.335.
- Civ. Courtrai, 8 décembre 1992, *J.D.J.*, 1993, n°126, p.33.

Française

- Civ. 1^{ère}, 10 octobre 2006, *A.J.Fam.*, 2007, p. 32.

Table des matières

Introduction	5
Chapitre 1^{er}. Notions importantes	8
Section 1. L'intérêt supérieur de l'enfant.....	8
§1 ^{er} . Origine.....	8
A. De l'enfant « objet » à l'enfant « sujet » de droit.....	9
B. Le contenu de la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant ».....	10
a) Notion indéfinie	11
b) Détermination d'indices par le Haut-commissariat des Nations Unies pour les réfugiés.....	11
c) Conséquences	12
d) Le rôle du principe	13
§2. Intégration dans la jurisprudence strasbourgeoise.....	15
§3. Intégration dans la jurisprudence nationale belge.....	17
Section 2. La <i>kafala</i>	19
§1 ^{er} . Notion	19
A. Origine	19
B. L'institution	20
C. <i>Kafala</i> intrafamiliale et extrafamiliale.....	21
§2. Réception en Belgique.....	21
§3. Réception dans les autres États-membres	23
A. En France	23
B. Au Royaume-Uni	24
Chapitre 2. L'impossible conciliation ? : intérêt supérieur de l'enfant et diversité culturelle	25
Section 1. La diversité culturelle dans l'application des droits de l'homme.....	25
§1. La question de l'universalité des droits de l'homme.....	26
§2. Un dialogue plus qu'une opposition	27
§3. L'argument de la diversité culturelle comme dérogation	28
A. Conflits.....	29
B. Égalité formelle et égalité substantielle	30
C. Accommodement raisonnable	31
D. La diversité culturelle, le droit belge et la <i>kafala</i>	32
Section 2. La diversité culturelle à l'épreuve de l'intérêt supérieur de l'enfant	34
§1. Les droits de l'enfant dans le contexte du relativisme culturel.....	34
A. La marge d'appréciation : une faiblesse pour les droits de l'enfant ?	34
B. L'intérêt supérieur de l'enfant : à la fois épée et bouclier.....	36
§2. L'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : problématique triangulaire.....	37
Section 3. Conclusion intermédiaire.....	39
Chapitre 3. Analyse de la jurisprudence européenne pertinente	40
Section 1. Arrêt <i>Harroudj contre France</i>	40
§1. Faits et décisions nationales.....	41
§2. Décision de la Cour européenne des droits de l'homme	42
§3. Critique.....	43
A. Absence de référence à l'intérêt supérieur de l'enfant	43

B. Argument de la diversité culturelle.....	44
C. Ingérence sous l'angle de l'article 8	45
D. Conclusion.....	46
Section 2. Arrêt <i>Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique</i>.....	47
§1. Faits et décisions nationales.....	47
§2. Décision de la Cour européenne des droits de l'homme	49
A. Quant à la violation de l'article 8 de la Convention	49
a) Violation alléguée du droit au respect de la vie familiale.....	49
b) violation alléguée du respect du droit à la vie privée.....	50
B. Quant à la violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8	51
§3. Critique	52
A. L'intérêt supérieur de l'enfant et la procédure d'adoption	52
B. L'intérêt supérieur de l'enfant et la précarité du séjour de Kamar.....	54
Chapitre 4. Tentative de réécriture du jugement <i>Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique</i> ...	55
Chapitre 5. Pistes de solutions pour le législateur belge	61
Section 1. Amendement de l'article 361-5 du Code civil	62
Section 2. Les accommodements raisonnables	63
Conclusion	64

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

DUCHESNE Juliette

« L'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle : approche sous le regard de la *kafala* »

Ce présent travail réalise une mise en balance entre deux notions de plus en plus importantes dans nos sociétés contemporaines : l'intérêt supérieur de l'enfant et la diversité culturelle. Afin d'illustrer au mieux l'argumentation exposée, l'auteur a choisi comme angle d'attaque l'adoption internationale, et plus précisément la *kafala*, une institution musulmane de recueil d'enfants.

Ce sujet n'a pas été étudié au hasard. En effet, ce questionnement est venu suite à l'arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique* rendu le 16 décembre 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme où cette dernière opère également une pondération entre ces mêmes notions. Toutefois, l'arrêt ne satisfait pas l'auteur du présent travail et par conséquent, une tentative de réécriture de cet arrêt clôturera ce mémoire.

Mots clés : intérêt supérieur de l'enfant, diversité culturelle, *kafala*, arrêt *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, arrêt *Harroudj c. France*.

Promoteur : Nicolas BONBLED

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

