

-Arrêt civil-

**Audience publique du huit janvier deux mille quatre.**

Numéro 27530 du rôle.

Composition:

Irène FOLSCHEID, premier conseiller, président,  
Monique BETZ, premier conseiller,  
Lotty PRUSSEN, conseiller,  
Georges WIVENES, premier avocat général,  
Pascale BIRDEN, greffier.

Entre:

**A.),** épouse (...), demeurant à L-(...), (...),

**appelante** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Pierre KREMMER de Luxembourg en date du 23 décembre 2002,

comparant par Maître Danièle MARTIN, avocat à la Cour à Luxembourg,

et:

**B.),** demeurant au Maroc à (...),(...),(...),

**intimé** aux fins du susdit exploit KREMMER,

défaillant.

-----

**LA COUR D'APPEL :**

Par un acte, dit Kafala, reçu le 28 août 2001 par-devant deux notaires de droit musulman dûment agréés près le tribunal de première instance de Salé (Maroc), consigné sous le n° 98, registre des divers n° 3, le 29 août 2001, **B.)** a attesté qu'il a remis sa fille **E1.)**, née le (...) à Salé de sa mère, la défunte **M.)**, à **A.)**, sœur germaine de **E1.)**, pour qu'elle assure sa kafala et sa garde, veille sur sa bonne éducation, voyage avec elle aussi bien au Maroc qu'à l'étranger et la prenne avec elle pour vivre avec elle à Luxembourg où se trouve son lieu de travail. **A.)** a attesté qu'elle a reçu sa sœur germaine, **E1.)**, de son père et s'est engagée à assurer sa kafala et sa garde, à veiller sur toutes ses affaires, en gîte, couvert, habillement, soins médicaux, frais de scolarité et autres nécessités de la vie, en veillant à sa bonne éducation.

Par jugement rendu le 23 septembre 2002, le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, a dit non fondée la demande de **A.)** tendant à voir dire que cet acte de Kafala est exécutoire purement et simplement dans le Grand-Duché.

Le jugement a été motivé par la considération qu'il ne résulte d'aucun élément du dossier que ledit acte de droit marocain est exécutoire au Maroc.

Par exploit d'huissier du 23 décembre 2002 **A.)** a régulièrement relevé appel de ce jugement non signifié.

En instance d'appel **A.)** verse une attestation établie le 7 novembre 2002 par le service juridique et du contentieux du Consulat Général du Royaume du Maroc de Bruxelles, dont résulte que l'acte de Kafala versé par elle est un acte authentique ne nécessitant aucune procédure exécutoire sur le territoire marocain. Elle conclut, par réformation du jugement entrepris, à voir dire que cet acte est exécutoire au Grand-Duché de Luxembourg.

Par courrier du 6 juin 2003 le Procureur Général d'Etat a demandé, en application de l'article 183, dernier alinéa du nouveau code de procédure civile, la communication de la cause, laquelle pose, selon lui, le problème de la nature juridique et de la reconnaissance dans l'ordre juridique luxembourgeois de l'institution de droit musulman de la Kafala.

Dans ses conclusions déposées au greffe de la Cour le 18 août 2003, le Procureur Général expose que le droit musulman interdit l'adoption, mais connaît l'institution de la "Kafala" ou recueil légal qui est défini comme *"une action humanitaire qui consiste à accueillir dans une famille un enfant indigent dans le but de l'éduquer, de s'occuper de lui matériellement et moralement comme s'il s'agissait de l'un de ses propres fils sans que cela produise des effets sur sa*

*filiation légitime si elle existe"* (Communication marocaine au sujet de la Kafala lors de la Commission spéciale sur la protection des mineurs, document de travail n° 8 de la Conférence de La Haye de Droit international privé 1995).

La loi marocaine distingue entre le traitement par la Kafala de l'enfant déclaré abandonné, laquelle implique l'intervention du juge des tutelles, et la Kafala "volontaire", en cause dans la présente affaire, par laquelle l'enfant est remis par son père ou sa mère à la famille d'accueil et qui est organisée sur base d'un rapport de droit privé entre le père et la famille d'accueil, aucune autorité judiciaire n'intervenant pour veiller à la sauvegarde des intérêts de l'enfant.

Selon le Procureur Général, l'institution de droit musulman de la Kafala a bénéficié récemment d'une certaine reconnaissance au niveau international, étant citée dans l'article 20 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits des enfants (approuvée par la loi du 20 décembre 1993, Mémorial A, p. 2189) et dans l'article 33 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (signée par le Luxembourg le 1<sup>er</sup> avril 2003, mais non encore ratifiée). Toutefois les deux Conventions ne visent la Kafala qu'en tant que mesure de protection mise en place par l'Etat et ne concernent pas celle opérant transfert des droits et devoirs inhérents à l'autorité parentale par simple arrangement entre particuliers.

Le Ministère Public déclare s'opposer à la demande d'exéquatur au nom de l'ordre public luxembourgeois.

Il rappelle que la caractéristique essentielle des mesures de protection des enfants, y compris de placement ou de transfert de garde, voire d'autorité parentale, dans l'ordre juridique luxembourgeois, comme d'ailleurs dans tous les ordres juridiques des Etats européens, réside dans l'intervention de l'autorité publique, plus concrètement d'une autorité judiciaire.

L'autorité parentale constitue un droit, mais aussi une obligation pour les parents. Ceux-ci ne peuvent en être privés que par décision de justice. De même, ils ne peuvent pas s'en libérer à leur gré, mais doivent passer par les procédures judiciaires ou administratives prévues par la loi.

L'institution de la Kafala présente la particularité que le père, à l'exclusion d'ailleurs de la mère qui n'exerce ce droit qu'en cas de décès du père, peut par décision unilatérale remettre son enfant entre les mains de celui qui le reçoit.

Le transfert de garde peut s'analyser en un contrat entre le père et celui qui reçoit l'enfant, sans qu'intervienne aucune autorité publique externe si ce n'est le notaire qui se limite à acter l'accord des parties. L'autorité parentale apparaît dans ce système comme un élément du patrimoine juridique du père dont il peut disposer dans le cadre de ses prérogatives parentales. L'avis de la mère ne revêt aucune importance, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant relève du pouvoir souverain du père, l'autorité publique reste étrangère à la création de la Kafala.

Une telle institution se heurte, selon le Ministère Public, à l'ordre public luxembourgeois dans lequel l'intérêt de l'enfant figure au centre de toutes mesures de protection et qui requiert l'intervention d'une autorité judiciaire pour adopter une mesure de garde en fonction de l'intérêt de l'enfant.

La Cour se rallie aux conclusions du Ministère Public.

L'institution de la Kafala, dans la mesure où elle se présente sous son aspect de convention de droit privé, est en opposition fondamentale avec des conceptions essentielles de notre ordre juridique, telles qu'elles viennent d'être rappelées par le Ministère Public. Elle ne répond pas aux exigences de notre ordre public, même atténué, et il ne peut dès lors être fait droit à la demande d'exéquatur.

Le jugement est partant à confirmer, bien que ce soit pour d'autres motifs.

**B.)** n'a pas comparu, mais l'acte d'appel a été remis à sa personne, de sorte qu'en application des articles 79 et 587 du nouveau code de procédure civile, il y a lieu de statuer contradictoirement à son égard.

#### **Par ces motifs:**

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement, sur le rapport du magistrat désigné à ces fins et les conclusions du Ministère Public,

reçoit l'appel en la forme;

le dit non fondé et confirme le jugement entrepris;

condamne l'appelante aux frais et dépens de l'instance d'appel.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Madame le premier conseiller Irène FOLSCHEID, en présence du greffier Pascale BIRDEN.