

## **Preuve scientifique et filiation, quelles perspectives en droit algérien?**

*Malika BOULENOUAR AZZEMOU*

*Professeuse à la faculté de droit*

*Université d'ORAN*

À l'occasion de la réforme du code de la famille de 2005, le législateur algérien attentif aux progrès de la biotechnologie a enrichi l'article 40 d'un alinéa 2 donnant la possibilité au juge de recourir « aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation »<sup>1</sup>. L'intrusion de la dimension scientifique dans cette matière où l'idéologie<sup>2</sup>, est prégnante<sup>3</sup> suscite de nombreuses interrogations, dont en particulier la question du rôle et de la place de la preuve scientifique parmi les règles de filiation en droit algérien. C'est cette question que nous tenterons de cerner dans les développements qui vont suivre.

Biologiquement, la filiation d'un enfant s'entend du rattachement de l'enfant à ses géniteurs ; et alors que l'accouchement<sup>4</sup> désigne la mère, la paternité<sup>5</sup>, dans son sens biologique, ne peut être révélée que grâce aux procédés scientifiques. Aussi, lorsqu'on évoque la preuve scientifique en matière de filiation, on est bien obligé

---

<sup>1</sup> Article 40 alinéa 2 « le juge peut recourir aux moyens de preuves scientifiques en matière de filiation ». Notons que l'article 45 bis relatif à la procréation médicalement assistée participe du même souci de ne pas rester en marge des progrès scientifiques.

<sup>2</sup> Ph. MALAURIE. L. AYNES, H. FULCHIRON, la famille, DEFRENOIS, 2004, p.316.

<sup>3</sup> Particulièrement en droit algérien qui reste empreint de morale religieuse.

<sup>4</sup> Biologiquement, excepté le cas des mères de substitution (interdit en droit algérien, voir article 45 bis du code de la famille), la filiation maternelle constitue une certitude, l'accouchement désignant la mère de l'enfant et établissant la filiation de ce dernier à son égard.

<sup>5</sup> S'il s'agit d'une insémination artificielle (prévue par l'article 45 bis du code de la famille) l'origine biologique est médicalement connue au moment de l'insémination.

d'admettre que cette preuve vise à établir une filiation biologique<sup>6</sup> entre deux personnes sans se soucier de l'existence ou de l'inexistence du lien juridique qui les unit. En l'occurrence, il s'agit soit d'éliminer grâce à des analyses sanguines une paternité alléguée, soit d'apporter la preuve formelle affirmant ou infirmant la paternité en recourant à la biologie moléculaire<sup>7</sup>. Vue ainsi, l'introduction de la preuve scientifique parmi les règles de la filiation peut paraître incongrue dans le droit algérien de la filiation, fondé sur le principe de la légitimité<sup>8</sup>. Nous aurons l'occasion d'y revenir lorsque nous nous interrogerons sur les incidences que peuvent avoir les nouvelles dispositions sur le droit algérien de la filiation et plus largement sur l'ensemble du droit algérien de la famille.

Le code algérien de la famille continue de se référer au droit musulman. S'agissant des règles de filiation posées dans l'article 40, l'inspiration est patente avant comme après la réforme de 2005. Ainsi, en se référant à la première rédaction de cet article, on remarquera que le législateur s'est inspiré directement du droit musulman. On y retrouve les mêmes procédés pour établir la filiation notamment la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent, à cette différence qu'en droit positif, ces procédés sont confondus par les juges avec la preuve du mariage ou au mieux soumis à sa conditionnalité.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Filiation par le sang découlant de relations « charnelles » entre les parents de l'enfant. Voir J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004.

<sup>7</sup> Le mystère de la filiation paternelle est désormais complètement levé grâce à la découverte de l'ADN.

<sup>8</sup> Le code de la famille en général et le droit de la filiation qui en fait partie, largement inspiré du droit musulman, ne reconnaît en effet que l'enfant légitime, étant entendu que l'enfant légitime est l'enfant qui est conçu et né dans le mariage. Ceci étant, introduire le mode de preuve scientifique en matière de filiation est susceptible de bouleverser les règles en matière de filiation notamment en matière d'établissement ou de contestation de filiation.

<sup>9</sup> Ce faisant, le droit positif algérien adopte une position plus rigoriste que son référentiel, et au final, en arrive à une dénégation de l'enfant né hors mariage.

La question s'était posée de savoir si les moyens évoqués dans l'article 40 pour établir la filiation devaient être assujettis ou non à l'existence d'un mariage. La cour suprême a eu une position rigide sur la question en considérant que la preuve du mariage est un préalable à toute demande concernant la filiation<sup>10</sup>. En effet, le mode de conjugalité revêt une importance capitale dans la législation familiale algérienne : seul le mariage légitime et/ou légal<sup>11</sup> est reconnu, et de ce fait, les juges ont toujours opposé un refus aux demandes d'établissement de filiation qui ne s'appuient pas sur un mariage.

Les nouvelles dispositions du Code de la Famille sur les moyens de preuves scientifiques en matière de filiation, en apparence innovantes, ne mettent pas fin à la controverse qui s'était installée autour de l'article 40. Aucun élément nouveau quant à leur champ d'application n'ayant été apporté, la seule certitude consiste à dire que les moyens de preuves scientifiques<sup>12</sup> en matière de filiation peuvent désormais être invoqués devant le juge mais que c'est à ce dernier que revient l'opportunité d'y recourir<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Cour suprême, 24 février 1986, « outre la condition d'un mariage, l'auteur d'une reconnaissance de paternité doit faire sa déclaration ..... » ; cour suprême, 17 novembre 1998 IDJTIHAD AL-QUADAI, numéro spécial, 2001, p. 85 « l'enfant....ne peut voir sa filiation paternelle établie.....même si le père biologique avoue sa paternité..... ».

<sup>11</sup> Par mariage légitime, il faut entendre le mariage religieux ou par « FATIHA ». Le mariage par « FATIHA », est depuis la réforme de 2005, considéré comme l'équivalent du mariage en la forme civile, (article 6 modifié) dès lors que « le consentement des deux parties et les conditions du mariage sont réunies conformément aux dispositions de l'article 9 bis de la présente loi » sous réserve d'être validé par jugement devant être transcrit à l'état civil à la diligence du ministère public (article 22). Avant sa modification en 2005, l'Article 6 du code de la famille mettait sur le même plan les fiançailles et la conclusion du mariage religieux par « FATIHA » en les considérant tous deux comme une simple promesse de mariage régie par l'article 5 du même code. L'article 6 modifié prévoit que la « FATIHA » « concomitante aux fiançailles « ELKHITBA », en séance contractuelle, ... **constitue un mariage.....** ».

<sup>12</sup> Les moyen(s) de preuve(s) scientifique(s), au pluriel, englobent en principe tous les procédés connus tenant compte des avancées scientifiques.

<sup>13</sup> Article 40 alinéa 2 « le juge **peut** recourir aux moyens.... »

Ceux qui s'en tiennent au sens littéral du texte, affirment que les moyens permettant l'établissement de la filiation énumérés dans l'article 40 y compris les moyens de preuves scientifiques peuvent être invoqués sans qu'il soit besoin de se référer au mariage et soutiennent qu'ils s'inscrivent dans l'hypothèse où **justement** il n'y a pas de mariage.

Pour d'autres, au contraire, la rédaction ésothérique de l'article 40, considérée comme une lacune, il importait, selon cet avis, de revenir aux référentiels de la disposition pour en clarifier le sens conformément aux directives de l'article 222<sup>14</sup>. Notons que la Cour Suprême semble favorable à ce point de vue puisque ses décisions réduisent l'application de l'article 40 au seul cas où la preuve du mariage est établie, considérant que cet article ne couvre que les situations où l'enfant est un enfant du mariage.

La controverse se poursuit avec les nouvelles dispositions sur les moyens de preuves scientifiques. Mais à supposer le sens de l'article 40 élucidé, il conviendra de s'interroger sur l'impact des nouvelles dispositions quant aux règles de la filiation en droit positif algérien. Car, que ces dispositions s'appliquent en mariage ou hors mariage, les deux lectures s'avéreront soit incomplètes soit anachroniques en l'état actuel du droit positif. Ce faisant, le législateur ne semble pas mesurer l'impact de ces nouvelles mesures sur le droit de la filiation, et, comme nous l'aborderons plus loin, dans tous les cas, ces mesures sont susceptibles d'entrer en conflit ou au moins en concurrence avec les règles actuelles de filiation.

La question de la détermination des situations dans lesquelles le juge pourrait être amené à recourir à la preuve scientifique est donc posée.

---

<sup>14</sup> Article 222 du code de la famille « En l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la « CHARI'A ». »

La vérification d'une filiation d'un point de vue biologique, qui par définition ne tient compte que de l'aspect charnel, se limitera-t-elle à l'hypothèse du mariage et dans l'affirmative quelle en sera l'utilité ? Ou bien verra-t-on son champ d'application étendu dans les situations hors mariage pour lesquelles elles semblent destinées ? Dans les deux hypothèses, le mode scientifique d'établissement de la filiation est à même d'évincer les autres modes et ainsi bouleverser les fondements du droit algérien de la filiation appelé ainsi à se métamorphoser.

Pour tenter de répondre à ces interrogations, il va falloir marquer un arrêt sur les textes gouvernant la matière précédé d'un nécessaire recours aux règles de droit musulman.

Les éléments de réponse réunis lors de l'investigation des textes seront alors confrontés à l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence.

1. Le nécessaire recours au droit musulman, la lisibilité des textes.

1.1. Les règles de droit musulman.

En droit musulman, la filiation (NASAB)<sup>15</sup> est le lien de sang qui relie l'enfant à sa mère et à l'époux de celle-ci à condition que la conception de l'enfant remonte au mariage. Il s'agit de la règle bien connue « EL-WALAD LIL-FIRASH<sup>16</sup>. La filiation est ainsi légalement établie -indivisiblement- à l'égard des deux époux dès lors qu'il est établi que l'enfant a été conçu dans le mariage. Cette filiation est ainsi protégée par la loi et ne peut en principe être détruite<sup>17</sup>.

Mais, le rattachement de l'enfant à son géniteur devient impossible s'il est établi qu'il a été conçu hors mariage<sup>18</sup>. L'enfant est

---

<sup>15</sup> GHAYOUTI BENMELHA, Le droit algérien de la famille, OPU, 1993, p. 243

<sup>16</sup> L. MILLOT, introduction à l'étude du droit musulman, Recueil Sirey, 1953, p.388.

<sup>17</sup> G.BENMELHA, op.cit., p.246

<sup>18</sup> L. MILLOT, op.cit., p.391 « Il est impossible de reconnaître une situation résultant de relations illicites constituant le crime de « ZINA »

dans ce cas dépourvu de filiation paternelle. Le père biologique est dans l'impossibilité juridique de faire état d'une paternité ne découlant pas du mariage. L'interdiction d'avoir des relations sexuelles hors mariage constitue un obstacle à l'établissement d'une filiation fondée sur le seul élément biologique. Ne pouvant faire état de relations hors mariage le parent biologique n'est pas qualifié pour fonder sa paternité. Il en sera de même pour l'enfant qui n'aura pas la possibilité d'intenter une action en paternité fondée sur la seule vérité biologique.

Contrairement aux systèmes juridiques où l'élément biologique combiné à la volonté de celui qui veut s'en prévaloir suffit à établir une filiation, le droit musulman pose une barrière en principe infranchissable aux filiations hors mariage, même si la filiation est revendiquée.

En revanche, côté maternel, la filiation même hors mariage, n'étant pas interdite par le droit musulman<sup>19</sup>, produit des effets mais qui vont se limiter à la relation mère/enfant<sup>20</sup>. Car selon le droit musulman, la filiation paternelle « NASAB » dans sa conception patrilinéaire constitue un lien du sang et de descendance produisant des effets juridiques d'une importance telle qu'il est nécessaire de l'enfermer dans le mariage.

En dépit de la sévérité de ses règles, le droit musulman s'en est pourtant accommodé sans doute au prix d'une véritable extension de ses règles. L'assimilation de l'enfant né dans des situations extrêmes témoigne de cette volonté de faire bénéficier l'enfant de la filiation. Cette volonté de ne pas laisser l'enfant sans filiation est patente en droit musulman. Parmi les artifices auquel a recours le droit musulman, la théorie de l'enfant endormi « MARKUD »<sup>21</sup> est sans doute la plus audacieuse, mais le droit musulman utilise d'autres expédients par

---

<sup>19</sup> G. BENMELHA, op.cit., p.263

<sup>20</sup> L.MILLOT, op.cit, p.394

<sup>21</sup> Ibid, p.390

exemple le mariage SHUBHA<sup>22</sup> grâce à laquelle les enfants nés dans des circonstances particulières sont assimilés à des enfants du mariage.

Par ailleurs, le droit musulman admet la filiation volontaire par la reconnaissance de paternité puisque la simple déclaration de la part d'un individu qu'un enfant dont la filiation est inconnue est le sien établit chez le déclarant la qualité de père de l'enfant ainsi reconnu<sup>23</sup>. La possession d'état, la preuve et même le témoignage<sup>24</sup> constituent d'autres moyens pour établir la filiation. Le préalable du mariage, censé au demeurant existé, n'étant pas requis pour établir la filiation par la reconnaissance ou par tout autre procédé.

En effet, il convient de rappeler que si le droit musulman ignore « les enfants illégitimes reconnus »<sup>25</sup> au même titre qu'il ignore la légitimation et l'adoption, en revanche, « l'enfant naturel non reconnu » est admis au regard du père, à côté des enfants légitimes.

Car, « si tout procès tendant à faire établir une filiation irrégulière est prohibé, par contre est ouverte l'action en reconnaissance de paternité légitime (et même de parenté collatérale) puisqu'il il suffit à qui aurait pu légalement être le père de déclarer devant deux témoins qu'il l'est effectivement »<sup>26</sup>. Ainsi, la simple déclaration d'un individu qu'un enfant dont la filiation est inconnue est le sien suffit pour établir chez le déclarant la qualité de père<sup>27</sup>.

Nous allons voir que le législateur algérien, s'approprie les règles de droit musulman et les transpose d'une manière plutôt ambiguë

---

<sup>22</sup> Apparence de mariage. « Il en est ainsi, même si le mariage, entaché de nullité absolue, n'a été qu'une union de fait, c'est-à-dire même si les époux sont de mauvaise foi » L.MILLOT, op.cit.p. 388 n°414.

<sup>23</sup> L.MILLOT, op.cit. p.391 et s.

<sup>24</sup> L. MILLOT op.cit. Et G.BENMELHA op.cit.

<sup>25</sup> Ibid

<sup>26</sup> RAYMOND CHARLES, op.cit. p.59

<sup>27</sup> Toutefois, « la reconnaissance de paternité n'est opérante qu'autant qu'elle n'a pas pour effet de prouver l'irrégularité de la naissance », L.MILLOT, op.cit. p.392 n°419.

tout en introduisant la dimension scientifique en matière de preuve de la filiation,.

## 1.2. La législation familiale

La parcimonie volontaire ou involontaire du législateur dans le traitement d'un sujet aussi complexe que la filiation laisse le chercheur dubitatif. Le Code de la Famille ne consacre à la filiation que sept articles<sup>28</sup> et le Code de Procédure Civile et Administrative lui en réserve deux<sup>29</sup> qui n'apportent aucun éclairage particulier.

De plus, la rédaction ésotérique des dispositions relatives aux modes d'établissement de la filiation ne leur donne pas de lisibilité.

L'apparente clarté de l'article 40 n'a pas convaincu. Certains y ont vu une invitation à une interprétation devant nécessairement être conforme au référentiel du texte. Ils n'ont pas hésité à lui donner une teneur tronquée limitant son champ d'application aux filiations dans le mariage en raison du principe de légitimité sur lequel repose le droit de la filiation.

Décrypter le sens de l'article 40 est essentiel avant de mener une réflexion sur la pertinence ou/et l'utilité du recours à l'expertise médicale en matière de filiation.

Or l'insertion dans l'article 40 d'un nouvel alinéa relatif à la preuve scientifique n'enlève rien à son laconisme et de ce fait, l'ajout relance le débat et l'alimente. La question de savoir si la liste des moyens prévus dans l'article 40 est exhaustive et surtout si ces moyens peuvent être invoqués d'une manière indépendante du mode de conjugalité est toujours lancinante. Car même enrichi d'un alinéa,

---

<sup>28</sup> Sur les sept articles, trois concernent les modes d'établissement de la filiation : l'article 40 du Code de la Famille auquel il faut ajouter l'article 44 et l'article 45 qui évoque la possibilité d'une reconnaissance de filiation collatérale.

<sup>29</sup> Article 490 CPCA « toute action aux fins de reconnaissance de filiation, de paternité ou de maternité d'une personne d'ascendants inconnus ou au désaveu de paternité est formée devant le tribunal du lieu de domicile du défendeur » et 491 du CPCA « les actions relatives aux contestations citées à l'article 490 ci-dessus sont instruites à huis clos en présence du ministère public ».

l'article 40 demeure sous l'emprise de l'ancienne lecture. La disposition sur la preuve scientifique figurant depuis la réforme de 2005 parmi les modes d'établissement de la filiation prévus initialement dans l'article 40, subit la même controverse et suscite en plus de nouvelles interrogations. On en est toujours à se demander, comme on l'a fait pour les autres moyens énumérés dans l'article 40 si la preuve scientifique elle aussi peut être invoquée indépendamment d'un lien de mariage ou si elle n'a vocation à s'appliquer qu'en situation de mariage.

Quoiqu'il en soit, et malgré son apparente clarté, l'article 40 avant et après 2005 fait l'objet des deux lectures et continue de susciter des interrogations. Le législateur n'a pas saisi l'occasion de la révision du code de la famille pour mettre un terme à la controverse et apporter l'éclairage souhaité<sup>30</sup>.

Alors, le législateur algérien avait-il en vue l'autonomie ou au contraire la dépendance de la preuve scientifique par rapport à la forme de conjugalité en matière d'établissement de la filiation et quel est l'impact de l'une ou l'autre des hypothèses sur le droit de la filiation?

#### 1.2.1. En mariage

Si on part du postulat que les règles contenues dans le code de la famille ne s'appliquent qu'en situation de mariage, les nouvelles dispositions sur la preuve scientifique auront forcément la même destination. Sachant que la preuve scientifique sert à identifier la personne, l'on devine ses applications en matière de filiation. Il s'agira soit d'**établir** une filiation par les moyens de preuves scientifiques soit de la **contester** en recourant à la comparaison des analyses sanguines ou aux empreintes génétiques.

---

<sup>30</sup> Signalons que la question de l'enfant né hors mariage pourtant évoquée dans différents projets du code de la famille a toujours été éludée par le législateur. Concernant ces projets, voir SALAH BEY, op.cit., BENMELHA, op.cit.

Dans l'hypothèse où on veut **établir** une filiation dans le mariage, hormis les situations exceptionnelles telle une substitution d'enfants, où l'expertise a un sens pour identifier l'enfant, on ne voit pas son utilité pour établir la filiation lorsqu'elle découle du mariage. Le droit algérien de la filiation fondé comme on le sait sur la légitimité comporte des règles qui se suffisent à elles-mêmes. Aussi, si on accepte l'idée que la preuve scientifique n'a vocation à s'appliquer qu'en situation de mariage les retombées sur le système algérien de la filiation peuvent être capitales. La preuve scientifique pourrait concurrencer les règles relatives au désaveu de paternité. Il pourrait en être de même pour la présomption de paternité, la vérité biologique révélée par un test d'ADN risquant de prendre le pas sur les autres moyens d'établissement de filiation.

En cas d'action tendant à la **contestation** d'un lien de filiation et si le recours à la preuve scientifique devient systématique cela signifierait que les règles gouvernant la matière vont tomber en désuétude. Les applications de l'ADN peuvent s'avérer une arme à double tranchant. Dans le mariage, elles peuvent aussi bien protéger que détruire. Elles peuvent conforter le désaveu d'un époux bafoué lorsque l'époux est convaincu qu'il n'est pas le géniteur, et dans ce cas, l'enfant sera dépossédé de filiation ; comme elles peuvent contrer un LIAAN<sup>31</sup> intempestif et protéger ainsi les intérêts de l'épouse et de l'enfant, le LIAAN d'un mari de mauvaise foi mis en échec par l'ADN. Dans ce cas, la preuve scientifique sonnerait le glas de la procédure solennelle du LIAAN qui était relativement protectrice des intérêts de l'épouse et de l'enfant. De plus si tel était le cas, si le législateur a réellement voulu couvrir ces domaines cet alinéa aurait eu sa place à la suite de l'article 41 qui établit la règle de la présomption de paternité sauf désaveu.

---

<sup>31</sup> LIAAN : procédure du serment d'anathème en vue de prouver l'adultère. L.MILLOT, op.cit. p.389 n°415.

Quoiqu'il en soit, si la nouvelle disposition n'a vocation à s'appliquer qu'en mariage, c'est tout l'édifice du droit de la filiation qui est appelé à s'effondrer et il faudra alors nécessairement repenser le système algérien de la filiation.

#### 1.2.2. Hors mariage :

Si au contraire la nouvelle disposition vise les situations où l'enfant naît hors mariage (c'est la deuxième lecture et sans doute la plus plausible) ces dispositions méritent d'être plus claires.

Tout d'abord, il ne faudra pas négliger les demandes intempestives qui pourraient s'en suivre et qui risquent de porter atteinte à la stabilité des ménages et au principe de la sécurité juridique qui commande la matière de la filiation.

Mais en dehors de cet aspect, les nouvelles dispositions nécessitent un éclairage, notamment, au sujet des personnes destinataires des nouveaux procédés scientifiques d'identification. Le ou les parents biologiques, l'enfant lui-même disposeront-ils d'une action judiciaire et quel en serait l'objet, pourront-ils se prévaloir de la preuve scientifique? Devant quelle juridiction l'action serait intentée, suivant quels délais et à quelles fins? À supposer que la filiation biologique soit établie grâce à l'expertise médicale, quels en seront les conséquences juridiques?

Si les nouvelles dispositions ont vocation à s'appliquer à l'enfant de statut prohibitif l'action en reconnaissance de paternité ou aux fins d'établissement de la filiation paternelle, deviendrait-elle possible en dehors des cas prévus par la loi? Une action en recherche de paternité serait-elle envisageable? Quels seraient les effets de cette reconnaissance de paternité?

On n'aura beau solliciter le texte, il ne dira pas plus qu'il ne contient et la réponse à ces nombreuses interrogations devra être recherchée dans la jurisprudence.

## 2. Les arrêts de la Cour Suprême entre une interprétation rigoriste et une position au milieu du gué

### 2.1. Etat général de la jurisprudence algérienne

Tous les moyens pour établir la filiation prévus dans l'article 40 mais aussi dans l'article 44, à savoir la reconnaissance de paternité, de maternité, la preuve, le mariage apparent, nul ou vicié et tout mariage annulé après consommation, lorsqu'ils sont invoqués devant les juges sont confondus avec la preuve du mariage.

Ce faisant, de nombreuses décisions donnent une interprétation décalée du texte en décidant qu'aussi bien, la reconnaissance de paternité, la preuve de paternité, quand bien même elle serait scientifique, n'ont de valeur que si on établit au préalable le lien du mariage.

Le juge au lieu de se prononcer sur le moyen, exige la preuve du mariage et en contrôle la légitimité. Il s'agit d'un contrôle de légitimité que le juge s'est auto octroyé et au lieu de se limiter à recevoir la demande aux fins d'établissement de la filiation, le juge va d'abord contrôler le demandeur en exigeant de lui la preuve qu'il était marié avec la mère de l'enfant au moment de la conception de ce dernier. On remarquera que l'interprétation de l'article 40 par le juge réduit considérablement sa portée.

Le juge adoptant une attitude rigoriste fait que la preuve comme moyen d'établissement de la filiation est tout simplement confondue avec la preuve du mariage, que le mariage apparent est assimilé au mariage religieux, tandis que l'établissement de la filiation par la reconnaissance n'est admis que dans l'hypothèse d'une filiation découlant du mariage.

La confusion vient du fait que la jurisprudence en matière de filiation dans les pays musulmans reste très imprégnée de morale religieuse qui répugne à admettre la relation sexuelle hors mariage et considère le mariage comme seul fondement de la famille. Partant de

cette vision des choses, la boucle fut facilement bouclée pour décider que l'enfant n'a d'existence qu'au travers d'une filiation dans le mariage.

C'est ce qui explique sans doute que devant une telle iniquité, les juridictions soucieuses de tempérer leur position rigide se montrent très favorables à la validation de pseudo mariages aux fins d'établissement de filiation. Les régularisations très nombreuses de conjugalité parfois à la limite de la légitimité sont facilement obtenues sur simple présentation de deux témoins.

Pour résumer, selon cette interprétation jurisprudentielle, la filiation paternelle ne se conçoit que dans le mariage et par un contournement de la loi si la relation de laquelle est né l'enfant n'est pas ouvertement dévoilée et obtient la validation. C'est la règle de l'ILHAK A'NASAB<sup>32</sup> qu'il ne faut pas confondre avec la légitimation par mariage subséquent qui reste interdite en droit algérien.

Tel est l'état général de la jurisprudence algérienne. Pourtant, deux arrêts de la Cour Suprême nous ont paru significatifs parce qu'ils semblent se démarquer et donner le ton d'une nouvelle lecture de l'article 40.

## 2.2. Vers une nouvelle lecture de l'article 40 ?

Dans un arrêt en date du 15 juin 1999<sup>33</sup>, la Cour Suprême critique une décision ayant ordonné une expertise médicale destinée au mari et à des enfants nés pendant la séparation des conjoints en arguant que la preuve scientifique ne figure pas dans l'article 40. On remarquera que la cour suprême s'en tient à la littéralité du texte et ne fonde pas sa cassation sur l'existence du mariage. C'est parce que la preuve scientifique ne figure pas dans la liste des moyens prévus par l'article 40, que les juges n'étaient pas autorisés à y recourir. L'interprétation a contrario de cette décision autorise la preuve de la

---

<sup>32</sup> La filiation (NASAB) de l'enfant établie suite à la validation du mariage de ses parents dans les conditions prévues par la loi nécessite la preuve que l'enfant a été conçu dans les délais légaux.

<sup>33</sup> Arrêt non publié

paternité par l'expertise si le texte la prévoyait. La preuve scientifique figurant désormais dans l'alinéa ajouté en 2005 à l'article 40, cette nouvelle disposition pourrait être considérée comme une réponse à cet arrêt de la Cour Suprême et une orientation pour l'avenir.

C'est d'ailleurs ce qui a été adopté par la cour suprême dans un arrêt<sup>34</sup> ultérieur en date du 05/03/2006 concernant la filiation d'un enfant né d'une relation « illégitime<sup>35</sup> ».

En effet, cet arrêt semble franchir le pas en admettant le principe de la preuve scientifique pour établir la paternité sur la base d'une expertise médicale<sup>36</sup>. Il s'agit d'« une première » et on ne sait pas encore quel impact aura cet arrêt sur le droit de la filiation.

En tout cas, cet arrêt de la cour suprême semble vouloir tracer le chemin en décidant que l'expertise biologique par prélèvement d'ADN constitue un moyen dont il importe de prendre en compte pour prouver la paternité. En l'occurrence, il s'agissait dans cette affaire d'un enfant né d'une relation « illégitime ».

Mais si le pas est franchi on ne s'est pas exactement quelle sera la portée de cet arrêt. Des actions en recherche de paternité hors mariage, seraient-elles concevables et recevables en justice ? L'admission de la preuve scientifique pour prouver la paternité hors mariage, équivaut-elle à faire bénéficier l'enfant de la filiation avec tous ses effets ou bien s'agit-il d'un rattachement de l'enfant à son géniteur, d'une paternité dépourvue des effets de la filiation ? Mais même dans ce cas, l'arrêt de 2006 ouvre une brèche dans le système algérien de filiation. Cette ouverture, si tant est qu'elle le constitue, permettra d'engager pour le moins la responsabilité du père naturel ou

---

<sup>34</sup> Cour suprême 05/03/2006, Revue de la Cour suprême, n°1, année 2006.

<sup>35</sup> Dans le texte en arabe « GHAY'R SHARI'I »

<sup>36</sup> Cour suprême, 05 mars 2006, Revue de la cour suprême, n°1, p.469 « il est possible conformément à l'article 40 du code de la famille, d'établir la filiation par le biais de l'expertise médicale (ADN) et il importe de ne pas confondre l'établissement de la filiation dans le mariage légal (article 41) et l'attribution de filiation dans le cas d'une relation illégitime ».

encore de lui demander, faute de mieux, des aliments. En termes de conséquences rattachées à cette paternité hors mariage admise par la cour suprême, on est dans une situation d'expectative.

Les nouvelles dispositions du code de la famille sur les moyens de preuves scientifiques complétant l'article 40 du code de la famille innovent en matière de mode de preuve de filiation tout en restant controversées quant à leur domaine d'application et plus largement quant au devenir des règles juridiques gouvernant la matière de la filiation.

Les éléments de réponse dans le texte et dans la jurisprudence ne sont pas convaincants. Une intervention franche du législateur devrait pouvoir régler ces questions.

En attendant, il est sans doute bon de rappeler que si l'on s'accorde à considérer la sécurité juridique comme une pièce maîtresse<sup>37</sup> dans le droit de la filiation, il n'en est pas de même de l'égalité<sup>38</sup> entre les filiations, qui constitue au nom du principe de non discrimination, l'autre fondement du droit de la filiation.

Les deux principes ont certes fini par être consacrés dans de nombreux systèmes juridiques. En France par exemple, le droit de la filiation qui, à ses débuts se référait à un ordre familial fondé sur la famille légitime a fini par introduire au nom de l'intérêt de l'enfant des assouplissements toujours plus importants qui ont conduit à l'élaboration de la loi du 3 janvier 1972<sup>39</sup>. La dernière réforme de la filiation de 2006 a selon l'avis général réussi à faire tomber les derniers

---

<sup>37</sup> Pierre Murat, Dossier Spécial Filiation : Avant Lecture, les revues JURIS CLASSEUR, n°1-janvier 2006, p.2

<sup>38</sup> Jean HAUSER, La réforme de la filiation et les principes fondamentaux, les revues JURIS CLASSEUR, n°1-Janvier 2006, p.6.

<sup>39</sup> Sur un aperçu historique de la filiation en droit français, voir par exemple Alain BENABENT, Droit civil, La famille, LITEC, 11ème édition, p.357.

verrous de l'inégalité<sup>40</sup>, le lien de filiation étant désormais apprécié en lui-même sans tenir compte du mode de conjugalité des parents.

En revanche, dans les droits positifs inspirés du droit musulman, le principe d'égalité est évincé au profit du principe de la légitimité de la filiation dans la mesure où les enfants nés hors mariage sont ignorés dans la majorité de ces droits qui refusent de dissocier le lien de filiation du mode de conjugalité qui en est la cause. Signalons toutefois, qu'en Tunisie, une loi de 1998<sup>41</sup> prévoit que la paternité d'un enfant de filiation inconnue peut être prouvée par l'aveu, le témoignage ou **l'analyse génétique**<sup>42</sup> et que l'enfant dont la paternité est ainsi établie a droit à la pension alimentaire et au droit de regard dont la tutelle et la garde, et ce, jusqu'à l'âge de la majorité et au-delà de la majorité dans les cas déterminés par la loi<sup>43</sup>.

Toutefois, même dans l'hypothèse où les nouvelles dispositions relatives aux preuves scientifiques seraient destinées à prouver la paternité d'enfants nés hors mariage, cela ne signifie pas pour autant leur accès à un statut les assimilant aux enfants nés du mariage.

Plus globalement, quelque soit le domaine d'application de ces nouvelles dispositions, en mariage ou hors mariage, il y a lieu de remarquer qu'elles s'insèrent difficilement dans les règles constituant le droit algérien de la filiation et se concilient mal avec ses principes. Comme cela a été évoqué plus haut, qu'elles soient destinées aux enfants nés en mariage ou aux autres, les nouvelles dispositions, bouleversent le droit de la filiation et n'apportent aucune solution cohérente, d'où la nécessité de revenir sur ces questions pour les traiter avec tout le soin qu'elles exigent.

---

<sup>40</sup> Dossier Spécial Filiation, in les revues JURIS CLASSEUR, n°1- janvier 2006.

<sup>41</sup> Loi tunisienne n°98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution du nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue.

<sup>42</sup> Voir article 3 bis al.1 de la loi n°98-75 sus visée

<sup>43</sup> Voir article 3 bis al.3 de la loi n° 98-75 sus visée

Pour finir, relevons qu'entre ceux qui ont pris le parti de traiter la question d'une manière plus ou moins audacieuse et ceux qui se replient dans un mutisme ou au mieux se mettent au milieu du gué, il y a d'une part la réalité des faits<sup>44</sup> d'autre part, les engagements des Etats vis-à-vis des instruments internationaux<sup>45</sup>. Enfin, un retour à l'esprit de ce qui constitue la source des législations des pays musulmans aplanirait sans doute les difficultés inhérentes à la complexité de la matière.

---

<sup>44</sup> Les statistiques en Algérie sont impressionnantes pour les ignorer. Selon le ministère de la solidarité nationale, trois mille enfants (3000) naissent hors mariage. (Statistiques 1999 /2009)

<sup>45</sup> L'Algérie fait partie de la quasi-totalité des pays ayant ratifié la Convention Internationale des Droits de l'Enfant.