

CHAPITRE 9

Filiation versus inceste en islam. Parenté de lait, adoption, PMA, et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique

CORINNE FORTIER

Tout système de filiation compose avec l'articulation des deux éléments, que sont le socio-juridique et le biologique, celui-ci étant entendu comme une représentation sociale du corps, de la procréation et de ses substances. Le *nasab*, ou filiation patrilinéaire en islam, met également en jeu d'une façon spécifique une telle articulation. C'est ce que révélera l'analyse de textes fondateurs de l'islam ; le Coran qui constitue la première source de référence pour les musulmans, la Sunna ou faits et dires du Prophète Mahomet (Muḥammad), qui représente la deuxième source de référence importante en islam, et enfin le droit musulman ou *fiqh*.

Ces sources textuelles anciennes seront complétées par d'autres sources plus récentes, comme les avis juridiques en matière de procréation médicalement assistée (PMA), ou encore les réformes relatives à la filiation et à l'adoption apparues depuis quelques années dans les codes de la famille de pays musulmans. Parallèlement, nous analyserons non plus dans les textes, mais sur le terrain, les pratiques liées à la filiation dans une société musulmane particulière, la société maure de Mauritanie. Il s'agit d'une société arabophone (*ḥassāniyya*) originellement bédouine qui est fortement influencée par l'islam sunnite de rite malékite¹.

L'analyse du rapport entre substances, filiation et parenté de lait en islam montrera tout d'abord qu'il existe bien, en ces contextes, des supports biologiques de la filiation, mais qu'ils ne sont pas nécessairement ceux auxquels on pense spontanément, comme par exemple le sang. En revanche, le sperme apparaît comme un support biologique essentiel de la filiation patrilinéaire. L'examen des positions des juristes musulmans relativement aux nouveaux modes de procréation montrera d'autre part qu'aucune grande innovation du point de vue de la filiation n'existe en ce domaine, mais que ces positions s'inscrivent dans les représentations musulmanes traditionnelles de la filiation.

¹ Le malékisme est le rite sunnite majoritaire en Afrique du Nord et de l'Ouest. Il est présent dans la région depuis le XI^e siècle sous l'action des Almoravides.

Corrélativement, les problèmes soulevés par les procréations médicalement assistées recourant à un tiers donneur se révèlent en grande partie similaires à ceux que pose l'adoption en islam.

Enfin, l'étude menée sur la filiation dans la société maure de Mauritanie fournit des exemples pratiques de la manière dont le droit musulman est utilisé pour donner une filiation à des enfants illégitimes. L'expression de conception illégitime est plus adaptée que celle de naissance illégitime car les usages sociaux et juridiques qui permettent de transformer une filiation illégitime en filiation légitime sont surtout utilisés avant la naissance de l'enfant, lorsqu'il est encore temps d'établir sa filiation. Nous observerons par ailleurs que les dernières réformes juridiques de certains pays musulmans, comme celles adoptées au Maroc, viennent remettre en cause ces techniques de légitimation, transformant ainsi en profondeur les fondements classiques de la filiation.

Substances, filiation et inceste

Concernant l'articulation entre filiation et substances biologiques, l'analyse de textes juridiques, théologiques et médicaux arabo-islamiques (Fortier, 2001) nous a montré que la filiation ne passait pas nécessairement par le sang, alors même qu'on a tendance à le penser habituellement en parlant d'une idéologie du sang dans le monde arabo-musulman : le sang est avant tout considéré en islam comme une substance vitale et non comme une substance transmettant la filiation.

Si aucune expression se référant au sang ne désigne la filiation en arabe, une autre expression se référant au dos ou à la colonne vertébrale est en revanche utilisée dans le domaine de la filiation patrilinéaire. L'expression arabe « être du dos » (*min zahr*), ou plus exactement « de la colonne vertébrale », désigne une catégorie bien définie de parents puisqu'elle renvoie strictement à la lignée patrilinéaire, à l'exclusion de la parenté par alliance, utérine, ou de lait.

Dans le Coran, le mot désignant la colonne vertébrale, *zahr*, renvoie à la descendance patrilinéaire ; c'est par exemple le cas dans le verset : « Quand ton Seigneur tira une descendance des vertèbres [*zuhûrihim*] des fils d'Adam [...] » (7, 172). Un synonyme de *zahr*, *şulb*, qui se réfère aussi à la colonne vertébrale² mais qui est fréquemment traduit par « rein » par les traducteurs du Coran, est également employé en arabe classique dans le sens de descendance patrilinéaire. Il a ce sens dans le verset coranique : « Vous sont interdites [...] les épouses de vos fils issus de vos vertèbres [*aşlabikum*] » (4, 23). Ce terme désigne d'autre part le lieu du corps dont est issu le sperme, principe premier de la création, dans les versets 5 à 6 de la sourate 86 : « Que l'Homme considère de quoi il a

² Selon le dictionnaire arabe *Lisân al-'arab*, le mot *şulb* renvoie à la colonne vertébrale, des épaules jusqu'au coccyx (Ibn Manzûr, s. d. : 2476).

été créé ! Il a été créé d'un liquide éjaculé qui sort d'entre les lombes [*aşlabih*] et les côtes. » (trad. Blachère, 1980 : 646.) Les diverses occurrences textuelles de ce mot manifestent que le sperme provient de la colonne vertébrale, ce qui explique que la parenté patrilinéaire se réfère explicitement au dos et plus implicitement à la substance qui en provient, le sperme.

Complémentairement à l'expression « être du dos ou de la colonne vertébrale » (*min zahr*), l'expression d'une parenté utérine, référée à l'utérus (*rahim*) en arabe ou au ventre (*baṭan*) féminin dans certaines sociétés musulmanes comme la société maure, sert à désigner les enfants de même mère ; ce qui témoigne que la maternité est liée au fait de porter l'enfant et de lui donner naissance, représentation que l'on retrouve dans le Coran où la maternité est définie par l'accouchement (*wilâdah*)³ : « *Leurs mères sont seulement celles qui les ont enfantés* » (58, 2) (*Ibid.* : 582), et par le fait de porter l'enfant associé au même titre que la délivrance à la douleur : « Sa mère l'a porté dans la peine ; elle l'a mis au jour dans la peine » (46, 15) (*Ibid.* : 534).

Mais ces expressions faisant référence à deux lignées, l'une patrilinéaire et l'autre matrilineaire, n'ont pas la même extension généalogique, puisque l'expression relative à l'utérus ou au ventre ne se réfère qu'à la mère et non à ses ascendantes, alors que l'expression relative à la colonne vertébrale renvoie à la lignée patrilinéaire jusqu'à Adam. Les généalogies dans le monde arabomusulman témoignent du rôle de la filiation patrilinéaire, remontant parfois jusqu'au premier homme créé, tout en passant, pour les plus nobles, par des figures islamiques importantes comme le Prophète ou l'un de ses compagnons. Compte tenu de l'importance sociale que revêt la généalogie, il n'est pas de plus grande ignominie que de ne pas avoir de filiation et de porter, conséquemment, le nom de sa mère.

Tandis que la lignée matrilineaire en islam n'existe pas réellement au-delà d'une génération – car elle se fonde non pas sur une substance, comme l'ovocyte, mais sur le fait d'avoir séjourné dans le ventre d'une femme et d'en être sorti –, la filiation patrilinéaire, dans la mesure où elle est liée à une substance, se transmet à travers les générations. La filiation matrilineaire en islam, d'ordre horizontale, discontinue et sans permanence, n'est pas considérée comme une filiation à part entière, telle la filiation patrilinéaire (*nasab*) qui, elle, est verticale, continue et stable, à l'image de la colonne vertébrale qui la désigne (*zahr*). L'homme et la filiation patrilinéaire, associés à l'os et donc à un élément pérenne, et la femme et la filiation matrilineaire, associées à la chair et à un élément passager, constituent un topos des représentations du masculin et du féminin dans de nombreuses sociétés (Schneider, 2000 : 246, 343 et Fortier, 2001 : 101-102).

3 Bien que l'on trouve deux représentations de la conception en islam sunnite, l'une duogénétique et l'autre monogénétique, cette dernière prévaut dans les textes fondateurs comme le Coran ainsi que dans les représentations communes (Fortier, 2001).

Le sperme, en islam, est non seulement pensé comme jouant un rôle dans l'établissement de la filiation patrilinéaire, mais il est aussi en partie à l'origine d'un autre type de parenté qu'on peut qualifier d'« islamique » puisqu'elle trouve sa source dans le Coran : il s'agit de la parenté de lait (*ridâ'a*). Les effets de ce type de parenté sont restreints puisqu'ils engendrent des interdits matrimoniaux sans toutefois créer de lien de filiation. Le seul verset du Coran (4, 23) qui traite de la parenté de lait n'en parle d'ailleurs qu'en terme de prohibition matrimoniale : « Vous sont interdites : [...] vos mères qui vous ont allaités, vos sœurs de lait [...] » (trad. Masson, 1967, t. 1 : 96).

Dans un précédent article (Fortier, 2001), nous avons mis en évidence le lien entre sperme et lait en islam, à savoir que le lait de la nourrice a son origine dans le sperme de son mari et que, en donnant ce lait à un nourrisson qui n'est pas nécessairement le sien, elle lui transmet quelque chose de l'identité substantielle de son conjoint. Ce type de transmission suffit à engendrer des prohibitions matrimoniales avec ceux qui partagent cette même identité substantielle de par le lien de colactation ou par extension, de par le lien de filiation, les prohibitions concernant tous les enfants du mari de la nourrice même si cette dernière n'est pas leur génitrice et ne les a pas allaités⁴.

La substance de l'époux de la nourrice transmise par le lait ne vient par ailleurs aucunement altérer la substance souche transmise à l'enfant par son père biologique depuis le moment de la conception et qui détermine sa filiation⁵. La substance de ce tiers masculin qui passe par le lait engendre donc de nouvelles prohibitions pour l'individu sans pour autant créer une nouvelle filiation, puisque cette relation toujours unique – on n'a qu'un seul père – est déterminée depuis la conception.

La parenté de lait, si elle n'interfère pas avec la question de la filiation, pose en revanche avec acuité le problème de l'inceste. Toute union entre deux personnes apparentées par le lait est considérée par l'islam comme incestueuse et relève de l'interdit (*ḥarām*) ; ce n'est pas parce qu'il n'y a pas de terme arabe pour désigner l'inceste que cette notion n'existe pas, ressortant de la catégorie plus vaste de ce qui est prohibé. Si, par ignorance, un mariage entre parents de lait était contracté et qu'il y avait mise en évidence de ce lien, l'union devrait, selon un hadith, être rompue.

Le hadith dont il est question a été cité par un des plus grands traditionnistes ou collecteurs de traditions du Prophète, Bukhârî (Perse, IX^e siècle), dont le recueil nommé le *Ṣaḥīḥ* ou « l'authentique » est considéré par les sunnites comme le livre le plus véridique après le Coran. Ce hadith montre le Prophète ordonnant à un homme qu'il se sépare de son épouse après qu'une femme esclave leur a déclaré

4 Comme l'explique le très populaire traité juridique malékite qu'est la *Risâla* de Qayrawânî (s. d. : 103) : « Quand une femme allaite un nourrisson (étranger), les filles de cette femme et les filles de son époux, nées avant ou après deviennent les sœurs du nourrisson. »

5 À ce sujet, voir aussi Françoise Héritier (1994 : 324).

avoir été leur nourrice. Le fait que le Prophète accorde foi au témoignage d'une femme, de surcroît de statut servile, montre l'importance de ce type d'inceste dont la moindre présomption est immédiatement transformée en certitude établie.

Pour conclure sur ce point, le sang n'est donc pas conçu en islam comme le véhicule substantiel de la filiation mais comme la métaphore des relations de parenté, de même que c'est le cas en Occident lorsqu'on parle de « parents par le sang ». Le sang, qui peut par ailleurs faire l'objet de transfusion en islam comme en Occident, n'est pas considéré à la manière du sperme comme transmettant un principe de filiation. Il apparaît que l'étude des représentations de la filiation en islam demande d'opérer une conversion de regard vers une autre substance que le sang, le sperme. Cette conclusion sera corroborée par l'analyse de l'adoption et des procréations médicalement assistées en contexte musulman.

Une « adoption » sans filiation et sans interdits matrimoniaux

L'interdit de la parenté adoptive en islam témoigne de l'impossibilité de penser une filiation sociale qui ne serait pas fondée sur le biologique. Plus justement, plutôt que d'interdire toute forme d'adoption comme on le dit très souvent, l'islam limite les effets juridiques de l'adoption du point de vue de la filiation. Il suffit de lire attentivement la seule sourate du Coran (33, 4) consacrée à l'adoption (*tabanni*) : « Dieu ne loge pas deux cœurs au-dedans de l'homme [...] non plus qu'il ne fait un fils de ceux que vous adoptez » (trad. Berque, 1990 : 447), pour constater qu'on y parle bien d'une forme d'adoption mais qui est clairement opposée à la filiation.

L'interprétation de cette sourate a ouvert la voie à la reconnaissance d'une forme particulière d'adoption, qui porte le nom arabe de *kafâla* dans certains pays du Maghreb comme le Maroc et l'Algérie, ou d'autres noms locaux selon les pays concernés, comme celui de *sarparasti* en Iran qui signifie « prendre soin » en persan (Yavari-d'Hellencourt, 1996 : 144, note 2). Cette forme d'adoption a pu être comparée à l'adoption simple telle qu'on la connaît en France ou encore au *fosterage* tel que l'a défini l'anthropologie, alors qu'elle se trouve plutôt à la lisière de ces deux catégories, et ne peut être assimilée ni à l'une ni à l'autre du fait de sa spécificité.

Cette procédure « d'adoption » en islam permet à un enfant d'être recueilli par une famille mais sans pouvoir porter le nom ni hériter de ses adoptants⁶, jusqu'à ce que des réformes relativement récentes de certains pays musulmans, comme l'Iran en 1974 (Yavari-d'Hellencourt, 1996 : 144), l'Algérie en 1992

⁶ Il est néanmoins toujours possible, selon le droit musulman, de léguer au maximum un tiers de ses biens (*tanzîl*) à quelqu'un qui n'est pas son héritier.

(Moutassem-Mimouni, 2001 : 89), ou le Maroc en 2002, acceptent la concordance de nom entre l'enfant adopté (*kafil*) et l'adoptant (*makfûl*) afin d'effacer le stigmate de l'illégitimité de l'enfant, sans lui permettre pour autant d'hériter de l'adoptant et donc d'accéder à une filiation pleine et entière ainsi que l'autorise l'adoption plénière telle qu'elle existe dans un pays musulman comme la Tunisie depuis 1958 (Khaiat, 1996 : 157) ou en Turquie depuis 2004⁷.

En outre, le mariage de l'enfant avec ses parents adoptifs ou avec ses frères et sœurs adoptifs n'est pas prohibé⁸, puisque la seule prohibition concerne ses géniteurs et ses germains s'il les connaît. Cela montre qu'aucune interdiction matrimoniale liée au fait de vivre ensemble, de partager le même toit ou une nourriture commune n'est formellement établie. Si bien que le mariage entre un père adoptif et sa fille adoptive n'est pas prohibé légalement⁹, de même que le mariage entre un frère adoptif et sa sœur adoptive dans la mesure où ils n'ont pas de lien biologique.

En Tunisie, Émilie Barraud (2009 : 442) note que la loi sur l'adoption promulguée depuis 1958 a totalement éclipsé la *kafâla* qui n'est pratiquée que très rarement (1 % des cas d'adoption) et uniquement par crainte de l'inceste puisqu'elle protège l'enfant devenu adulte d'épouser quelqu'un qui lui serait apparenté, dans la mesure où la *kafâla*, à la différence de l'adoption plénière, n'efface pas le lien de filiation aux géniteurs lorsqu'ils sont connus ainsi que les interdits matrimoniaux qui lui sont liés.

L'analyse de cette forme d'adoption musulmane particulière révèle *a contrario* l'importance du partage d'un même substrat biologique dans la détermination des prohibitions matrimoniales, comme on avait déjà pu l'entrevoir dans l'analyse de la parenté de lait, et comme le confirme également l'analyse des procréations médicalement assistées en islam.

Licéité des procréations médicales intraconjugales

Les techniques de procréation médicalement assistées qui se sont développées en Occident ont rapidement été adoptées par de nombreux pays musulmans, tels l'Égypte¹⁰, le Maroc, la Tunisie, l'Algérie, la Turquie, le Liban, la Jordanie,

7 C'est aussi le cas en Indonésie depuis 1995.

8 Cela n'était pas la règle avant l'islam puisque le verset coranique cité qui venait interdire l'adoption est apparu au moment où les partisans du Prophète s'indignaient de sa conduite qu'ils jugeaient incestueuse, celui-ci venant d'épouser l'ex-épouse (Zaynab) de son fils adoptif (Zayd) (Charles, 1956 : 60).

9 Ainsi, en Égypte, le ministre en charge de la protection des enfants « adoptés » témoignait dans la presse locale (*Al-Abram*, n° 583, 25 avril-1^{er} mai 2002) qu'il avait autorisé un père à épouser sa fille adoptive de quinze ans après que celle-ci est tombée enceinte à la suite d'une fugue, le mariage ayant alors sans doute pour but de donner une filiation à l'enfant illégitime ; nous analyserons ce genre de pratique dans la suite de cet article.

10 Au sujet des procréations médicalement assistées en Égypte, on pourra aussi se reporter aux publications de Marcia Inhorn (2000, 2003) et de Gamal Serour (2000).

l'Arabie Saoudite, le Koweït, l'Iraq, le Qatar, Bahreïn, l'Iran, le Pakistan, l'Indonésie ou la Malaisie. La rapidité avec laquelle les autorités religieuses de ces pays ont accepté ces nouvelles techniques procréatives témoigne que le fait de dissocier la procréation de la sexualité n'est pas en soi un problème en islam, du fait que la sexualité peut elle-même être conçue comme ayant une finalité non procréative mais hédoniste, alors que cela est plus problématique pour le christianisme qui, liant de façon très étroite la sexualité à la procréation, lie de façon tout aussi étroite la procréation à la sexualité. L'intérêt des pays musulmans pour ces techniques de procréation s'explique par ailleurs par le problème majeur que constitue la stérilité pour ces sociétés et pour ses membres, les modes de procréation médicalement assistées représentant un moyen de la pallier.

La position sunnite à l'égard des procréations médicalement assistées exprimée par l'université islamique d'al-Azhar du Caire – centre de réflexion et de formation qui jouit d'une autorité morale et d'un rayonnement religieux très importants au-delà même de l'Égypte¹¹ –, où nous avons enquêté¹², consiste à autoriser toute technique médicale à la procréation réalisée dans un cadre intraconjugal que ce soit sous la forme d'une insémination¹³, d'une FIV¹⁴, et plus récemment d'une ICSI¹⁵, mais à interdire que ces mêmes techniques utilisent les gamètes d'une personne étrangère au couple¹⁶. Toute forme de procréation ayant recours à un tiers est apparentée à l'adultère (*zinâ*) et tout enfant qui en naîtrait est considéré comme illégitime (*zinâ*) ; ce qui explique que le don d'ovocyte, le don d'embryon ou encore le recours à une mère porteuse soient également interdits.

Le don d'ovocyte comme le don de sperme est interdit en islam sunnite, et ce même en cas de polygamie, la plupart des auteurs sunnites refusant le don d'ovocyte entre deux coépouses. Néanmoins, ce don a pu être autorisé en 1985

11 Cette institution qui date du x^e siècle a complété à partir de 1961 son cursus universitaire fondé sur l'ensemble des textes classiques de l'islam sunnite par des matières plus modernes comme la médecine (Zeghal, 1996).

12 Au sujet des problèmes de pudeur posés par l'examen gynécologique pour les femmes et par le prélèvement de sperme pour les hommes dans le cadre des procréations médicalement assistées, voir Fortier, 2010b.

13 L'insémination artificielle intra-utérine avec le sperme du conjoint (IAC) consiste à injecter des spermatozoïdes sélectionnés pour leur qualité et leur mobilité dans l'utérus de l'épouse le jour de l'ovulation, après que celle-ci a subi un traitement hormonal de stimulation ovarienne.

14 La fécondation *in vitro* (FIV) ou fécondation extra-corporelle consiste à mettre en contact *in vitro* le sperme de l'homme avec les ovocytes de l'épouse qui ont été prélevés après qu'elle a subi un traitement hormonal de stimulation ovarienne. Sont généralement ainsi obtenus des embryons dont un certain nombre est transféré dans l'utérus de la femme et dont le reste est conservé par cryoconservation.

15 L'acronyme ICSI correspond au terme anglais *intra cytoplasmic sperm injection*, soit « injection intracytoplasmique de spermatozoïde ». Cette technique consiste à injecter directement à l'aide d'une pipette un spermatozoïde sélectionné pour sa qualité et sa mobilité dans le cytoplasme d'un des ovocytes de l'épouse qui a préalablement subi une stimulation et une ponction ovarienne. La suite du processus médical est similaire à celui de la FIV.

16 À ce sujet, voir également l'article d'Anne-Marie Moulin (1993).

par le Conseil de l'Académie de droit musulman de la Ligue islamique mondiale réuni à La Mecque (Atighetchi, 2009 : 125-126). Cette autorisation s'explique dans la mesure où il n'y pas d'adultère (*zinâ*) puisque les deux femmes sont unies légalement au même homme et qu'il n'y a pas de problème eu égard à la filiation paternelle de l'enfant, qui revient au mari commun des deux femmes. Concernant la question de la maternité, ce n'est pas l'épouse qui a donné son ovocyte mais celle qui a porté l'enfant et qui l'a accouché qui sera considérée comme la mère, conformément au principe coranique qui définit, comme nous l'avons vu, la maternité par la gestation et l'accouchement. Ce même principe explique par ailleurs que le recours à une mère porteuse soit interdit, car ce serait elle et non la génitrice qui serait alors reconnue comme la mère de l'enfant.

L'aporie du don de sperme

Si, dans le droit musulman comme dans beaucoup de cultures et de législations, dont la nôtre, le père est présumé être le mari de la mère, le fait que l'enfant soit issu du sperme de son père est par ailleurs, comme on l'a vu, déterminant relativement à la représentation de la filiation. Or, dans le cas des procréations par don de sperme, le fait que l'enfant ne soit pas issu du sperme du mari de la mère mais d'un autre homme crée un « mélange des filiations » (*ikhṭilât al-ansâb*) tout à fait paradoxal du point de vue de l'islam sunnite. Dans cette expression, c'est certes le « mélange » des spermatozoïdes qui est en cause, mais surtout le « mélange des filiations », en l'occurrence le fait que les deux types de filiation ou plus exactement les deux principes de filiation coexistent en ce contexte sans se recouper, à savoir celui qui est lié au biologique, ou plus précisément au sperme, et celui qui est lié au social, ou plus précisément à l'union matrimoniale du père avec la mère de l'enfant.

Le don de sperme constitue une aporie en islam sunnite car elle « mêle » ces deux types de filiation sans qu'ils se recouvrent, alors que dans le contexte plus commun d'une naissance « naturelle¹⁷ », leur adéquation, même si elle peut ne pas exister dans les faits, est toujours présumée. Dans le cas d'une naissance « naturelle », en effet, l'inadéquation entre les deux filiations peut être réelle, mais elle ne peut être prouvée, ou très difficilement, comme nous le verrons par la suite, la présomption de paternité présupposant d'emblée que les deux types de filiation se confondent.

Le principe consistant à privilégier le fait social sur le fait biologique en matière de filiation est dans une certaine mesure commun au droit français et au droit musulman dans le cas des procréations « naturelles » où le mari de la mère est reconnu comme le père de l'enfant. Mais, lorsqu'il s'agit d'un type de

17 Nous employons ici le terme de « naturel » par opposition à « médicalement assisté ».

procréation par don de sperme où la conception est maîtrisée par les médecins et où l'intervention d'un tiers est connue, les juristes musulmans (*fuqahâ'*) ne font pas prévaloir, comme c'est le cas en France, la détermination purement sociale de la filiation, parce que celle-ci est alors en inadéquation manifeste avec le fait biologique.

La dissociation entre paternité sociale et biologique occasionnée par la procréation par don de sperme n'est pas acceptée en islam sunnite. L'interdit de ce type de procréation montre que la paternité sociale ne peut être envisagée en ce contexte que si elle se fonde sur le biologique. D'autre part, une paternité qui reposerait uniquement sur le biologique sans le social est également impensable puisque l'islam sunnite n'admet pas que le donneur de sperme puisse être considéré comme le père de l'enfant dans la mesure où il n'est pas l'époux de la mère de cet enfant. Par conséquent, si le social ne suffit pas à créer de la filiation, le biologique ne suffit pas non plus à créer de la filiation. L'interdit des procréations avec donneur montre que c'est par la conjonction du social et du biologique que se constitue la filiation en islam sunnite.

La logique qui sous-tend l'interdit des procréations avec donneur est tout à fait conforme à la logique de la filiation que nous avons analysée auparavant et qui montrait que si elle était définie socialement, elle se fondait parallèlement sur un principe biologique, en l'occurrence le sperme, dans la mesure où cette substance est considérée comme le véhicule de la filiation.

Dans tous les pays sunnites où ces nouvelles techniques de procréation sont pratiquées, le don de sperme est prohibé. Dans des pays shiites comme l'Iran, le don de sperme est également majoritairement interdit, sauf par le chef spirituel de la République islamique d'Iran ayant succédé à Khomeini, l'ayatollah Ali Husayn Khamenei, qui, en 1999, dans une consultation juridique (*fatwâ*), autorise les procréations par don de sperme en ayant recours à « l'effort d'interprétation raisonné » (*ijtihad*) (Atighetchi, 2009 : 125). Pour cette autorité religieuse, on ne peut parler d'adultère (*zinâ*) proprement dit que lorsqu'il y a un rapport sexuel physique entre deux personnes et non lorsqu'il y a une mise en contact de leurs gamètes comme c'est le cas dans les procréations médicalement assistées (*Ibid.*). Dans la mesure où l'adultère est défini de façon stricte, une femme mariée à un homme infertile qui recevrait en elle le sperme d'un homme fertile ne serait pas adultérine. Si le problème de l'adultère est évacué par le fait de dénier le caractère sexuel de la mise en contact des gamètes, le problème de la filiation demeure.

La filiation se définit en islam par le fait de porter le nom de son père et de pouvoir hériter de lui, cette dernière disposition découlant juridiquement de la première dans le droit musulman classique. Or, l'enfant né d'un don de sperme en Iran, suite à la consultation juridique (*fatwâ*) de l'ayatollah shiite Ali Husayn Khamenei, n'acquiert pas de ce point de vue de filiation pleine et entière à l'égard de son « père social » puisque, s'il peut porter son nom, il ne peut hériter de lui, alors

qu'il peut en revanche hériter du donneur de sperme qui est son géniteur (Inhorn, 2006 : 435) – ce qui suppose que le donneur soit nécessairement non anonyme.

Après analyse, cette configuration parentale correspond à la forme d'adoption ayant cours dans certains pays musulmans, que nous avons décrite précédemment, où, si l'adoptant peut porter le nom de celui qui le recueille, comme c'est le cas en Iran depuis 1974, il ne peut hériter de lui, ne pouvant en théorie hériter que de son géniteur – ce qui suppose en pratique que celui-ci soit connu. Dans ces circonstances, il est recommandé en Iran que le père social établisse un acte légal où il s'engage à prendre en charge l'enfant et où il spécifie qu'il lui donnera ses biens (Abbasi-Shavazi *et al.*, 2008 : 23, note 3).

On voit donc que, même lorsque le don de sperme est autorisé en Iran par l'ayatollah Ali Ḥusayn Khamenei, il subsiste une difficulté à reconnaître le père social comme un père à part entière ; la filiation étant conçue comme s'enracinant à la fois dans le social et dans le biologique, la séparation de ces deux principes de filiation demeure problématique. C'est sans doute pour cette raison que la position de l'ayatollah Ali Ḥusayn Khamenei reste marginale et n'est pas reconnue par la loi parlementaire iranienne, ni par l'ensemble des autres autorités religieuses shiites qui interdisent le don de sperme, que ce soit en Iran, au Liban ou en Iraq (Atighetchi, 2009 : 126).

En Iran, où le don de sperme est pratiqué conformément à la consultation juridique (*fatwâ*) de l'ayatollah Ali Ḥusayn Khamenei, certains hommes sollicitent leur propre frère comme donneur de sperme (Inhorn, 2006 : 447, note 5). Cette pratique s'explique par le fait que le frère incarne le donneur idéal, et ce en Iran comme dans d'autres sociétés, y compris la nôtre (Fortier, 2009 : 264). Recourir à son frère est une manière de s'assurer que le problème d'infertilité, qui reste honteux pour un homme en tant qu'elle représente une atteinte à son identité masculine, ne sorte pas de son entourage immédiat. Mais surtout, étant le plus proche génétiquement de son frère infertile, le frère fécond est considéré comme pouvant transmettre par son sperme le patrimoine génétique de la lignée ainsi que, par conséquent, les ressemblances propres à la famille et, de surcroît, le patrimoine familial, puisque l'enfant est censé hériter, selon la position de l'ayatollah Ali Ḥusayn Khamenei, du donneur de sperme.

Si, pour ces mêmes raisons, le lévirat, soit le fait qu'une veuve épouse le frère de son mari défunt, est un mariage valorisé dans les sociétés musulmanes ou même européennes, reste que la relation sexuelle entre une femme et son beau-frère du vivant de son mari n'en est pas moins incestueuse et adultérine dans ces mêmes sociétés ; mais comme la consultation juridique (*fatwâ*) de l'ayatollah Ali Ḥusayn Khamenei a gommé la dimension sexuelle inhérente à la rencontre des gamètes, l'inceste du second type (Héritier, 1994) qui résulte de la mise en contact des ovocytes d'une femme mariée avec le sperme de son beau-frère est conçu comme n'en étant pas un, ce qui permet ainsi à un homme infertile d'avoir recours à son frère comme donneur de sperme.

Le don d'ovocyte sans adultère chez les chiites

Si en Iran le don de sperme n'est pas autorisé par la loi parlementaire, le don d'ovocyte l'est depuis 2003 (Inhorn, 2006 : 437). Une disposition juridique de l'islam chiite, qui n'existe pas comme telle dans l'islam sunnite¹⁸, permet en effet de contourner l'adultère qu'implique le don d'ovocyte. Dans le chiisme, en effet, un homme célibataire ou marié qui veut avoir une relation sexuelle légitime avec une femme peut contracter un mariage dit « temporaire » (*mut'a*) avec elle, assorti de témoins et d'une dot, pour une période donnée sans que ce mariage ne soit rendu public par une cérémonie¹⁹. Peu importe que l'homme soit déjà marié avant d'entreprendre un mariage temporaire, la polygamie étant légale aussi bien en islam chiite que sunnite puisqu'elle trouve sa source dans le Coran (4, 3) ; en revanche, la femme doit être célibataire, la polyandrie étant bien évidemment interdite.

Ce type de mariage est utilisé dans le cadre du don d'ovocyte en Iran puisqu'il constitue un moyen de rendre licite l'union sexuelle qui résulte du contact des gamètes d'un homme avec l'ovocyte d'une autre femme que son épouse. La donneuse d'ovocyte doit être, comme on l'a vu, célibataire, et le mariage « temporaire » dure le temps du processus médical de procréation, soit jusqu'au transfert de l'embryon issu de la fécondation de l'ovocyte de la donneuse et du sperme du mari dans l'utérus de l'épouse officielle (Inhorn, 2006 : 436, Abbasi-Shavazi *et al.*, 2008 : 6).

Une autre autorité chiite basée au Liban, l'ayatollah Muḥammad Ḥusayn Fadlallah (Atighetchi, 2009 : 125), autorise comme l'ayatollah Ali Ḥusayn Khamenei le don d'ovocyte sans que l'homme n'ait à épouser temporairement la donneuse, dans la mesure où il pense, à l'instar de ce dernier, qu'il n'y a pas de sexualité, donc pas d'adultère, dans la mise en contact des gamètes. Mais à la différence de l'ayatollah iranien, il n'accepte pas le don de sperme, du fait du caractère problématique de la filiation qui est enracinée non seulement dans le social mais aussi dans le biologique.

En Iran, comme dans le cas du don de sperme où des hommes peuvent avoir recours à leur frère comme donneur, des femmes sollicitent leur sœur célibataire comme donneuse d'ovocyte (Inhorn, 2006 : 447, note 5). Cette dernière, dans

18 Nous verrons à la fin de cet article qu'il est parfois possible de contracter des mariages « secrets » en islam sunnite dans la mesure où ce type de mariage consiste en un contrat (*aqd*) devant deux témoins qui n'est pas suivi d'une noce qui le rende public ; mais la licéité d'un tel mariage est discutée par les juristes et, à la différence du mariage temporaire chiite, il n'est pas prévu de limite temporelle à cette forme d'union. Pour plus d'informations sur ce sujet, voir Fortier, 2010c.

19 Au sujet du mariage temporaire en Iran, voir Haeri, 1989.

ce cas, épouse temporairement le mari de sa sœur infertile, même s'il est interdit en islam (shiite ou sunnite) qu'un homme soit marié avec deux sœurs en même temps, puisqu'il s'agit là d'un inceste du second type (Héritier, 1994). Ce don entre sœurs apparaît en Iran, ainsi qu'en France (Fortier, 2005a : 75), comme un idéal dans la mesure où les avantages apportés – même patrimoine génétique, ressemblances avec la mère, secret de l'infertilité qui reste dans la famille – apparaissent comme plus réels que l'interdit de l'inceste qu'implique un tel don, et ce d'autant plus que certaines autorités religieuses shiites déssexualisent explicitement ce type de don.

La filiation « conjugale » au-dessus de tout soupçon

Si, dans le cas des procréations médicalement assistées ou de l'adoption, la dissociation de la paternité sociale et de la paternité biologique est patente, une telle dissociation peut aussi réellement exister dans le contexte plus commun d'une naissance au sein d'une union conjugale, bien que leur conjonction soit d'emblée présumée par le droit.

Pour signifier que l'enfant né d'un couple marié est toujours attribué à l'époux, les juristes musulmans emploient à son sujet l'expression : « l'enfant de la couche » (*al-walad al-frash*). La couche valant comme métaphore des relations sexuelles légitimes dans le cadre de l'union conjugale, on pourrait traduire cette expression juridique par l'expression française également utilisée en droit « l'enfant du lit²⁰ », le terme de « lit », comme celui de « couche », étant entendu au sens sexuel et matrimonial.

Dans ce contexte, c'est surtout la paternité sociale qui importe, paternité qui se fonde sur un lien social, celui de l'alliance du père avec la mère de l'enfant, la paternité biologique étant alors toujours supposée. Le lien opéré par l'esprit entre paternité sociale et paternité biologique est d'ordre déductif : parce qu'un homme est reconnu comme le père social de l'enfant en raison de son union conjugale avec la mère, on en déduit qu'il en est aussi le père biologique. Le biologique dans la définition juridique de la paternité relève donc de la présomption, et non de la preuve.

En effet, d'après le droit musulman, le principe selon lequel la paternité d'un enfant revient au mari de la mère est irrécusable, quels que soient les arguments invoqués, y compris un argument qui s'apparente à celui de la nature, l'argument de la dissemblance de l'enfant avec son père ; comme le remarque Louis Milliot, commentateur avisé du droit musulman : « En toute autre hypothèse,

20 On emploie surtout cette expression en France lorsqu'il s'agit de distinguer les enfants issus d'un premier mariage de ceux nés d'une seconde union, en parlant par exemple d'enfants « d'un premier lit » ou des enfants « d'un même lit ».

le mari de la mère est le père de l'enfant, même si l'enfant de parents blancs est nègre, parce que ce peut être par un retour d'hérédité (*al-'irk nazzâ'*) ; même s'il ressemble, d'une manière frappante, à quelqu'un désigné par le père ; même si le mari vient affirmer, sous la foi du serment, qu'il a cessé toute relation sexuelle avec sa femme, bien qu'ayant continué à habiter avec elle. » (1953 : 389.)

En outre, dans certaines sociétés comme la société maure de Mauritanie, les ressemblances ne sont pas référées à une logique des substances, alors même qu'on insiste sur le caractère déterminant du sperme masculin dans la procréation. Dans cette société, on parle peu des ressemblances, sans doute parce qu'on est conscient des implications qu'elles supposent sur la filiation (Fortier, 2009 : 273), et lorsque, occasionnellement, on s'y réfère, elles sont expliquées par la polarisation du regard de la mère sur certaines personnes pendant la grossesse, explication qui n'établit donc pas de lien de causalité entre ressemblance et conception.

Une des implications de la contestation de la filiation d'un enfant consiste dans l'accusation d'adultère à l'égard de la mère. Le Coran (xxiv, 2) a prévu des punitions pour les femmes comme pour les hommes mis en cause : « Frappez la débauchée et le débauché de cent coups de fouet chacun » (trad. Masson, 1967, t. II : 430), bien que dans les faits seules les femmes soient couramment accusées d'adultère. Le droit musulman a par ailleurs développé une gradation des peines selon que la femme adultère est ou non mariée ; la femme mariée ayant eu des relations sexuelles illégitimes encourt une plus lourde peine que la femme non mariée, puisqu'elle encourt la peine capitale (*ḥadd kabîr*) de lapidation (*rajîm*), et non plus la peine mineure (*ḥadd ṣaghîr*) de flagellation qui consiste en cent coups de cravache (*jalda*). Mais, bien que les textes juridiques et coraniques condamnent la femme adultère, en particulier lorsqu'elle est mariée, ils ont établi une procédure juridique d'accusation si tatillonne qu'elle est inapplicable dans la réalité.

Il est en effet quasiment impossible de prouver l'existence de relations sexuelles illégitimes. Car, d'une part, il y a très peu de chance qu'elles puissent avoir été constatées par quatre témoins, comme le demande un verset du Coran (4, 19). Le droit malékite décrit ainsi l'objet attendu du témoignage : « Quatre hommes libres, pubères et d'honorabilité testimoniale reconnue, qui attesteront qu'ils ont vu le membre du fornicateur comme le stylet dans le pot à collyre » (Qayrawânî, 1968 : 253-255). Bien qu'exprimé en termes métaphoriques, il est explicite que l'adultère consiste dans l'acte de pénétration. Or, l'exigence de précision d'observation de cet acte pour pouvoir témoigner, d'ordre quasi pornographique, s'avère improbable dans des conditions réelles.

D'autres exigences irréalistes caractérisent ce témoignage, ainsi que le montre un passage d'un traité de droit malékite : « Ces témoignages devront être déposés simultanément et si l'un des témoins ne parfait pas la description comme il est dit ci-dessus, les trois autres qui l'auront parfaite encourront la peine légale de l'imputation calomnieuse de fornication [*qadhbf*]. » (*Ibid.*) Ce texte affirme par

ailleurs que ceux qui voudraient se livrer à l'accusation d'adultère peuvent eux-mêmes faire l'objet d'un autre type d'accusation, celle de calomnie.

En effet, celui qui viendrait à accuser une femme d'adultère risque, selon le Coran, les tourments de l'enfer (24, 11) ainsi que la punition réservée aux calomnieux (24, 4-5) : « Frappez de quatre-vingts coups de fouet ceux qui accusent les femmes honnêtes (*muhanât*) sans pouvoir désigner quatre témoins ; et n'acceptez jamais leur témoignage : voilà ceux qui sont pervers, à l'exception de ceux qui, à la suite de cela, se repentent et se réforment. » (trad. Masson, 1967, t. II : 430.) Par conséquent, d'une part, les conditions requises pour témoigner d'un adultère s'avérant irréalisables, il est quasiment impossible d'établir la preuve de relations sexuelles illégitimes et, d'autre part, ceux qui tenteraient de témoigner risquent de subir la punition même qu'ils voulaient voir infliger à ceux qu'ils accusaient.

Le désaveu de paternité

Il est très difficile pour un homme d'accuser sa femme d'adultère et, éventuellement, de remettre en cause la paternité de son enfant, dans la mesure où il n'échappe pas non plus en tant qu'époux à la peine de calomnie. Malgré la difficulté pour un homme marié de désavouer sa paternité, il existe une procédure juridico-religieuse appelée *li'ân* – du mot arabe désignant la malédiction (*la'na*) – que les spécialistes du droit musulman ont coutume de traduire par « serment d'anathème ». Cette procédure, qui trouve sa source dans le Coran, est destinée à permettre à un homme d'établir l'adultère de sa femme sans témoin et ainsi de désavouer l'enfant qui lui est attribué en vertu de la présomption de paternité (Milliot, 1953 : 375)²¹.

Le Coran (24, 6-9) décrit en détail la procédure du *li'ân* : « Quant à ceux qui accusent leurs épouses, sans avoir d'autres témoins qu'eux-mêmes, le témoignage de chacun d'eux consistera à témoigner quatre fois devant Dieu qu'ils sont véridiques, et une cinquième fois pour appeler sur eux la malédiction de Dieu s'ils ont proféré un mensonge. On détournera le châtiment de la femme, si elle témoigne quatre fois devant Dieu que son accusateur ment, et une cinquième fois pour appeler sur elle-même la colère de Dieu, si c'est lui qui est véridique. » (trad. Masson, 1967, t. II : 430.)

Cette procédure consiste pour l'homme à se rendre devant le juge local ou *qâdi*, lequel doit tout d'abord vérifier si sa plainte est recevable, car elle ne l'est plus lorsqu'il a accepté la paternité de l'enfant expressément ou même

21 Dans la société maure, la procédure du *li'ân* est exceptionnelle car l'époux préfère ne pas rendre public le fait qu'il remet en cause sa paternité, ce qui entraînerait non seulement un déshonneur personnel mais familial ; le mariage étant souvent réalisé dans un degré rapproché, la famille de l'épouse peut aussi être celle de l'époux.

tacitement, c'est-à-dire lorsqu'il a cohabité avec la mère de cet enfant alors qu'il suspectait déjà sa grossesse, ou lorsqu'il a pris en charge lui-même l'accouchement, ou encore lorsqu'il n'a pas immédiatement après la naissance porté son action en désaveu de paternité devant le *cadi* (Milliot, 1953 : 389-390).

D'après le juriste malékite Khalîl (1995 : 245), l'époux prononce quatre fois le serment : « Je jure par Allah l'unique que j'ai vu cette femme en adultère, ou que sa grossesse n'est pas de mon fait », et il ajoute une formule consistant à appeler sur soi la malédiction divine (*la'natu Allah*) s'il ment : « Qu'Allah me maudisse si je suis un imposteur et si j'accuse cette femme injustement. » Le juriste Ibn 'Âṣîm (1958 : 317, note 394) recommande par ailleurs au *cadi* de souligner la gravité du parjure à celui qui prête serment ; le juge doit l'avertir que le châtement terrestre est plus doux que celui de l'au-delà, afin qu'il comprenne que la peine légale de fornication est peu de chose auprès des tourments de l'enfer auxquels il s'expose s'il fait un faux serment²².

Quand le mari, mis en demeure de prouver les relations sexuelles illégitimes de son épouse, refuse de jurer tout en continuant d'affirmer que sa femme est coupable, ou quand, l'ayant accusée et confirmé ses dires par cinq serments, il a été convaincu de faux serments, le *cadi* a le droit de prononcer contre lui la peine édictée pour imputation calomnieuse de fornication (*qadhf*), soit cent coups de cravache (*jalda*). Dans le rite malékite, l'accusation d'adultère prononcée par le mari est considérée comme une injure à l'égard de sa femme. Par conséquent, le mariage est dissous (*faskh ad vitam aeternam*), mais non le lien de filiation du père avec l'enfant (Milliot, 1953 : 378).

Dans le cas où l'époux a prêté serment, la femme peut réfuter l'accusation de son mari en prêtant à son tour serment. Après avoir répété quatre fois la formule : « Je jure par Allah l'unique que je n'ai pas été vue en adultère par cet homme, ou que je n'ai pas commis l'adultère ou qu'il a menti à mon sujet », elle ajoute : « Que la colère d'Allah m'accable si cet homme dit la vérité » (Khalîl, 1995 : 245) ; alors, dans le doute de deux serments opposés, les peines respectives d'adultère pour la femme et de calomnie pour l'homme sont suspendues et la paternité revient à l'époux (Ibn 'Âṣîm, 1958 : 77). Il est par ailleurs significatif que, dans cette procédure qui peut conduire à établir l'adultère de l'épouse et l'illégitimité de l'enfant, les juristes accordent autant de valeur au serment de la femme qu'à celui de l'homme, ce qui n'est pas toujours le cas dans d'autres domaines du droit musulman, notamment en matière de témoignage où la parole d'un homme vaut celle de deux femmes.

Cependant, dans l'éventualité où l'épouse ne répond pas aux accusations de son mari mais se contente de garder le silence, ce silence sera d'emblée interprété comme le signe de sa culpabilité. La femme subit alors la punition pour

22 Au sujet de l'importance de la crainte des tourments de l'enfer dans la vie sociale des musulmans, voir Fortier, 2005b.

adultère, et l'enfant, désormais considéré comme illégitime, n'a plus de filiation et est rattaché à sa mère. À l'égard de son père qui l'a désavoué, l'enfant n'a plus aucun droit, en particulier celui à la subsistance (*nafâqa*) et à l'héritage (*tarîka*).

Néanmoins, certains effets de la filiation perdurent, en particulier ceux qui relèvent plutôt du biologique que du social. Ainsi, les prohibitions matrimoniales découlant de l'ancien lien de filiation subsistent, par exemple le fait que l'enfant devenu adulte ne pourra épouser les enfants de l'homme qui l'a désavoué. Ces prohibitions demeurent « par crainte qu'*en fait* l'enfant ne soit l'enfant de celui qui l'a renié », selon l'explication d'un commentateur averti du droit musulman (Linant de Bellefonds, 1973 : 46). Il semble en effet qu'en dépit de la possibilité juridique du désaveu, les juristes n'en aient pas tiré toutes les conséquences, telle la levée des prohibitions matrimoniales, comme s'ils ne croyaient pas eux-mêmes complètement au désaveu du père, supposant que l'enfant peut toujours être issu biologiquement de celui qui n'est plus son père social.

C'est sans aucun doute la crainte de l'inceste, dont on a vu l'importance en islam, qui incite les juristes à maintenir prudemment les interdits matrimoniaux malgré le désaveu de paternité. À cet égard, on peut établir un parallèle entre la logique que nous avons mise au jour chez les juristes sunnites en matière de désaveu de paternité et en matière de parenté de lait : dans les deux cas, le fait de partager une même substance crée des interdits matrimoniaux sans néanmoins créer de lien de filiation. Et inversement, un enfant peut porter le même nom que son père social sans qu'il y ait véritablement de filiation ni d'interdits matrimoniaux puisqu'ils n'ont pas de lien biologique, comme l'ont montré la forme d'adoption récemment admise en Algérie, au Maroc ou en Iran, ou encore, dans ce dernier pays, l'autorisation controversée du don de sperme où les interdits matrimoniaux concernent le donneur avec lequel l'enfant partage un substrat biologique commun et non son père social dont il porte le nom.

En islam malékite, il est donc extrêmement difficile qu'un homme conteste sa paternité, contestation qui par ailleurs ne recourt pas à des arguments de type biologique mais à des arguments de type théologique, en particulier au fait de prêter serment devant Dieu. Cependant, les réformes récentes du code de la famille de certains pays musulmans malékites, comme par exemple la nouvelle *Mudawanna* marocaine de 2004, ou l'article 40 du code algérien de 2005, introduisent la notion de preuve biologique en donnant la possibilité à des hommes mariés, ou simplement fiancés, de se référer au résultat négatif d'un test ADN pour désavouer leur paternité. Ces mesures viennent ébranler la logique traditionnelle de la filiation étant donné que l'argument biologique peut être invoqué pour porter un coup à la filiation sociale, filiation qui était auparavant considérée comme intangible ou tout au moins difficilement attaquable.

Lorsqu'on connaît les conséquences de ces mesures dans ce type de société, à savoir les difficultés et la stigmatisation sociale rencontrées à la fois par l'enfant sans filiation et par sa mère accusée d'adultère, on peut être légitimement amené

à se demander si ces réformes juridiques apportent un progrès sur le long terme ou si elles ne vont pas accroître la vulnérabilité des catégories de personnes les plus fragiles de la société, à savoir les femmes et les enfants, personnes qui étaient paradoxalement mieux protégées des désordres de la filiation dans le cadre classique du droit musulman.

Dans les faits, comme le remarque Émilie Barraud (2009 : 175-176), il existe pour l'instant une propension de la justice marocaine comme algérienne à donner la priorité à la filiation juridique, et les tests génétiques sont par ailleurs plus souvent utilisés lorsqu'il s'agit de prouver la filiation que son désaveu. La loi tunisienne autorise quant à elle depuis 2003 le recours à un test ADN afin d'attribuer la paternité d'un enfant à un homme désigné par la mère ; si ce test s'avère positif, il permet à l'enfant de porter le nom de son géniteur sans que ce dernier n'ait à le reconnaître ou à épouser la mère, et dans le cas où il refuse de se prêter à ce test, il est d'office considéré comme le père (*Ibid.* : 179)²³.

Du biologique plus ou moins social

Le visible de la grossesse peut trahir le fait qu'une femme a eu une relation sexuelle illégitime. Cependant, dans de nombreuses sociétés musulmanes, la croyance au « fœtus endormi » – selon la traduction la plus répandue – peut être un moyen utilisé par une femme mariée, veuve ou divorcée pour justifier une grossesse illégitime. Cette croyance qui rend compte de certaines grossesses inexplicables n'est pas sans lien avec les longs délais de grossesse définis par les juristes musulmans.

Du point de vue du droit musulman, en effet, l'enfant dont la naissance se fait attendre est reconnu juridiquement comme légitime puisque, d'après certains juristes malékites, la grossesse peut durer cinq ans (Linant de Bellefonds, 1973 : 36) ou, selon d'autres, sept ans (Charles, 1956 : 59). Ce délai maximal de grossesse permet de reconnaître la paternité d'un enfant illégitime d'une femme dont le mari est absent, décédé, ou dont elle est divorcée depuis cette période. Ceci est juridiquement valide, à moins que l'époux n'établisse que, suite à un empêchement majeur (voyage, maladie...), il n'a pu avoir de rapports sexuels avec son épouse durant l'époque légale de la conception (*Ibid.*).

Notons que l'intention des juristes n'est pas explicite dans les textes et qu'elle nous est apparue en analysant les pratiques utilisées par les Maures de Mauritanie pour établir la filiation d'enfants illégitimes. Nous nous sommes en effet aperçus en confrontant ces pratiques sociales aux textes juridiques qu'elles étaient inspirées du droit musulman. De ce point de vue, on peut dire que les juristes

23 Cette législation est très similaire à celle en vigueur en France, voir à ce sujet l'article de Laurence Brunet dans ce même volume.

musulmans ont fait preuve d'un certain humanisme en fixant de longs délais de grossesse qui permettent d'habiller de légitimité des grossesses illégitimes.

Le retard de la délivrance est expliqué en Mauritanie par une frustration pendant la grossesse. En effet, dans la société maure, la conséquence de l'envie non satisfaite d'une femme enceinte n'est pas l'inscription sur le corps de l'enfant de ce qui a été convoité, comme c'est le cas dans d'autres sociétés maghrébines ou européennes, mais la complication de la délivrance marquée par la temporisation. Le terme maure désignant le fœtus qui tarde à naître est *amakhsûr*, terme qui désigne aussi l'enfant mort-né, le mot dérivant de l'arabe classique *khasar*, qui signifie « perdre » (Dictionnaire Kazimirski, 1944, t. I : 571). Dans la société maure, il n'est donc pas fait référence à la notion d'endormissement du fœtus.

D'ailleurs, l'expression arabe de « fœtus endormi » (*raqada janîni*) ne figure pas, comme on le pense ordinairement, dans les ouvrages fondateurs de droit musulman, et *a fortiori* dans le Coran et la Sunna, pour justifier les longs délais de grossesse dont la durée varie selon les rites ; elle n'apparaît en effet que dans des consultations juridiques (*fatâwâ*) marocaines, algériennes, tunisiennes ou andalouses. La réutilisation juridique de ce terme serait donc directement inspirée de représentations locales partagées par les membres de la plupart des sociétés arabophones ou berbérophones d'Afrique du Nord – à l'exception en l'occurrence de la société maure²⁴ –, où différentes formes dialectales du verbe dormir²⁵ sont employées pour désigner l'état du fœtus dans le ventre de la mère. En dépit de ce qui est généralement établi, le concept « d'enfant endormi » n'est donc pas une notion « musulmane » qui aurait une origine arabe ancienne, mais est issue de représentations arabo-berbères qui ont inspiré les juristes musulmans du petit Maghreb et de la Méditerranée.

Les longs délais de grossesse établis par les juristes sunnites classiques permettaient d'attribuer une filiation à un enfant illégitime, et elles permettaient par ailleurs à la femme d'échapper à l'accusation d'adultère, accusation qui pouvait lui coûter la vie. Remarquons que parmi les modifications apportées récemment aux codes de la famille de certains pays du Maghreb, la durée maximale de la grossesse a été considérablement réduite : elle est passée par exemple à une année dans la *Mudawanna* marocaine de 2004. Cette mesure ne donne plus aux femmes la possibilité de recourir à l'argument du long délai de grossesse pour garantir une filiation à leur enfant et elle les empêche par là même d'échapper à l'accusation d'adultère et aux conséquences désastreuses qui s'ensuivent.

24 Le Mzab semble également faire exception puisque, selon Anne-Marie Goichon (1927 : 179), cette croyance n'y est pas admise.

25 Joël Colin (1998 : 206) a recensé les termes de l'arabe dialectal ou du berbère utilisés dans les ouvrages ethnologiques ou juridiques de langue française sur l'Algérie, le Maroc et la Tunisie.

Le mariage comme moyen de légitimation

D'autres artifices juridiques et sociaux sont utilisés dans la société maure pour rendre légitime une filiation illégitime. Ce n'est qu'après une longue fréquentation du terrain mauritanien et après avoir établi des relations de confiance avec certaines personnes qu'ils nous ont été révélés. Ils sont pratiqués dans le secret dans la mesure où ils viennent réparer l'irréparable, l'adultère.

Être enceinte pour une femme alors qu'elle n'a jamais été mariée l'expose à de nombreuses difficultés. Car, si la présomption de paternité peut être invoquée par une femme mariée, veuve ou divorcée, elle ne peut l'être par une femme célibataire dont la grossesse prouve manifestement son adultère (*zinâ*). Pour légitimer l'enfant d'une femme non mariée, un artifice juridique est utilisé dans la société maure lorsque la grossesse est connue précocement.

En effet, les juristes musulmans ont non seulement fixé une durée maximale de grossesse mais également, ce qui est moins connu, une durée minimale. Par conséquent, lorsque la femme se marie avant les trois premiers mois de la grossesse, l'enfant né dans les limites minimales de la grossesse, qui sont de six mois, est présumé issu de l'union conjugale. Cette durée de six mois est fondée sur la soustraction de deux délais fixés par le Coran, l'un de trente mois comprenant la gestation et l'allaitement, « Sa gestation et son sevrage ont duré trente mois » (46, 15), et un autre de vingt-quatre mois relatif à la durée de l'allaitement, « Son sevrage a lieu à deux ans » (31, 14) (Linant de Bellefonds, 1973 : 34).

Une telle pratique est proscrite religieusement puisqu'une femme ne peut se marier dès lors qu'elle est enceinte, mais, dans ce cas, le code social de l'honneur (*murûwaa*) prévaut en Mauritanie. En outre, d'un point de vue religieux, ce mariage, bien qu'en principe interdit, peut être ici autorisé (*wâjib*) dans la mesure où il sert un plus grand bien, celui de la dignité (*a'rḍ*) de la femme et de la filiation (*nasab*) de l'enfant, ces deux fins participant des cinq objectifs supérieurs (*maqâṣid*) – avec la religion (*dîn*), la vie (*nâfs*) et la propriété (*mâl*) – que selon la loi islamique (*shari'a*) le croyant se doit de conserver avant tout, et ce même au prix de certaines transgressions.

L'époux qui par ce mariage devient le père de l'enfant n'est pas nécessairement celui qui l'a conçu ; il s'agit le plus souvent dans la société maure d'un cousin proche, plus particulièrement du cousin parallèle patrilatéral, motivé par la volonté d'éviter que ce scandale n'entache l'honneur de sa propre famille. Car la responsabilité des parents de la femme enceinte est également en cause, ceux-ci étant coupables d'un point de vue social de ne pas avoir suffisamment contrôlé la sexualité de leur fille. Aussi, la famille de la fille se mobilise pour cacher la grossesse illégitime et le déshonneur qu'elle implique. Le cousin obéit alors à une de ses obligations familiales qui consiste à sauver ses proches du déshonneur en « couvrant » (*yastarha*) sa cousine, selon une expression locale.

Il arrive également qu'un individu, généralement de statut inférieur, accepte contre une rétribution d'épouser une femme enceinte. Ce mariage peut être une union de façade sans consommation, suivi d'un divorce, l'essentiel étant de trouver un père juridique à l'enfant. Ou encore, une femme attendant un enfant illégitime peut manigancer un mariage secret (*sirr*) avec un homme qui, contre rémunération, endosse l'identité d'un autre, celui à qui sera alors imputée la paternité de l'enfant. Ce type de mariage est dit secret parce qu'à la suite du contrat de mariage (*aqd*), qu'il soit oral ou écrit, ne succède aucune noce qui rende publique cette union. Les deux témoins présents au contrat de mariage sont le plus souvent des personnes de passage qui signent l'acte de mariage sans vérifier l'identité du nouveau marié. Ainsi, fort de cet écrit, la femme peut contraindre l'homme dont l'identité a été usurpée à reconnaître l'enfant dont elle est enceinte depuis moins de trois mois. Celui-ci a pour seul recours de prouver la falsification en recherchant les deux témoins dont les noms figurent sur l'acte de mariage afin qu'ils constatent la tromperie.

Exceptionnellement, un homme au-dessus de tout soupçon par sa moralité peut assumer la paternité d'un enfant qui n'est pas le sien afin de sauver la femme et sa famille du déshonneur (Fortier, 2010a). Un tel acte, considéré dans la société maure d'une grande noblesse, participe d'un code de chevalerie arabe ancien (*futûwwa*), connu localement sous le nom de *murûwwa*, exercé par un « gentilhomme » envers les plus faibles de la société (femmes, enfants, vieillards, pauvres...). D'après les intéressés, le mensonge (*kadbb*) dans ce cas extrême est, du point de vue religieux, autorisé (*wâjib*) puisqu'il est subordonné à une fin supérieure, garantir la dignité (*a'rđ*) d'une personne et la filiation (*nasab*) participant, comme on l'a vu, des cinq intérêts suprêmes (*maqâsid*) qui doivent être à tout prix préservés du point de vue de la loi islamique (*sharî'a*).

En outre, le droit musulman sunnite autorise une forme de reconnaissance de paternité (*igrâr*) qui permet à un homme de reconnaître un enfant sans pour autant épouser la mère de cet enfant, pour peu que cet homme s'abstienne de mentionner la conception illégitime et que la différence d'âge permette de supposer que l'enfant est bien de lui (Linant de Bellefonds, 1973 : 51). Mais si cette procédure juridique donne une filiation à l'enfant, elle n'occulte pas l'adultère de la mère, comme pouvait le permettre le recours au mariage. De plus, l'homme qui fait cette reconnaissance se met également en position d'avouer son propre adultère.

Aussi ce type de procédure était-il surtout destiné dans le droit musulman à la reconnaissance de paternité des enfants de femmes esclaves nés hors mariage, la filiation des enfants de femmes libres ne pouvant être théoriquement établie que dans le cadre matrimonial. Dans la société maure, dans le passé, la reconnaissance de paternité était parfois utilisée dans le but d'accroître leur progéniture par des maîtres qui souhaitaient reconnaître les enfants qu'ils avaient eus de leurs femmes esclaves, étant donné que les relations sexuelles

avec leurs servantes faisaient partie de leur prérogative masculine et sociale. En revanche, cette procédure était beaucoup plus rarement utilisée lorsqu'elle concernait des enfants de femmes libres et, dans ce cas, elle ne pouvait être conduite que par des hommes qui échappaient à l'accusation d'adultère du fait de leur respectabilité religieuse²⁶.

Pour conclure, la filiation en islam repose sur la nécessaire conjonction du principe social et du principe biologique, l'un ne pouvant être envisagé sans l'autre, comme l'ont montré l'interdit de l'adoption plénière et de la procréation par don de sperme. Dans de tels cas, tout se passe comme si la dissociation des deux principes de la filiation ne peut être légitimée parce qu'elle est d'ordre structurel et connue dès le départ, alors que dans le cas des procréations « naturelles », elle peut l'être dans la mesure où cette dissociation est d'ordre accidentel, n'ayant pas été prévue comme telle au départ. Car, lorsqu'il s'agit de trouver des solutions juridiques aux désordres occasionnels de la filiation et aux désastres humains qu'ils peuvent provoquer, les juristes musulmans sont moins exigeants sur la nécessaire coïncidence du social et du biologique, ne perdant jamais de vue que la filiation est avant tout sociale.

Il semble que le droit musulman sunnite classique ait été soucieux d'assurer une filiation aux enfants illégitimes par le moyen de diverses mesures telles la présomption de paternité, l'impossibilité de prouver des relations sexuelles adultérines, la difficulté de prononcer un désaveu de paternité, la détermination de longues ou de brèves durées de grossesse, la reconnaissance de paternité. Or, l'importance de la « preuve génétique » et de la « vérité biologique » qui se font jour dans les réformes juridiques récentes de certains pays musulmans vient remettre en cause les bricolages sociaux du juridique qui permettent de donner une filiation à un enfant et une certaine protection à sa mère, les sauvant parfois même des risques d'abandon ou de mort qu'ils peuvent encourir. On peut craindre que l'importance du biologique dans les nouvelles réformes du code de statut personnel qui réduisent les délais de grossesse et permettent au père d'avoir recours à un test ADN pour désavouer sa paternité, bien loin d'autoriser une marge de jeu entre biologique et social, vienne rabattre, à plus ou moins long terme, la filiation sur le biologique dans le sens le plus pauvre et le moins social du terme.

26 Ainsi, la tradition orale mauritanienne a conservé le geste généreux d'un grand lettré maure (mort en 1315 A. H./1897 E. C.) appartenant à la tribu des Idawalḥaj dans la région du Trarza au sud-ouest de la Mauritanie, Bâba wuld Ḥamdi. Une femme enceinte célibataire lui attribua la paternité de son enfant car elle savait qu'il appartenait à cette catégorie d'hommes de moralité irréprochable dont les paroles et les actions ne pouvaient être mises en doute. Quand on vint demander à cet homme s'il était bien le père de l'enfant de la femme qui l'avait désigné comme tel, il répondit que ce fait était aussi réel que « l'ouverture de l'outre d'eau » (*mashrut fumm al-garba*) qui se trouvait devant lui. Acceptant d'endosser cette paternité, il offrit à la femme les biens nécessaires à l'entretien de l'enfant, entretien (*naḥāqa*) qui revient au père du point de vue du droit musulman.

Références bibliographiques

Abbasi-Shavazi, Mohammad Jalal, Inhorn Marcia C., Razeghi-Nasrabad, Hajjeh Bibi et Toloo Ghasem, 2008. « The “Iranian art revolution”: infertility, assisted reproductive technology, and third-party donation in the Islamic republic of Iran », *Journal of Middle East Women's Studies*, vol. 4, n° 2 : 1-28.

Atighetchi, Dariush, 2009. *Islam e Bioetica*. Roma, Armando Editore.

Barraud Émilie, 2009. « Kafala et migrations. L'adoption entre la France et le Maghreb », Thèse de doctorat en anthropologie, université de Provence.

Berque Jacques (trad.), 1990. *Coran*. Paris, Albin Michel.

Blachère Régis (trad.), 1980. *Coran*. Paris, Maisonneuve et Larose.

Bûkhârî, Muḥammad, 1993. *Le sommaire du Sahih al-Boukhari*, 2 vol. Beyrouth, Dar al-Kutub al-Ilmiyah.

Charles, Raymond, 1956. *Le droit musulman*. Paris, Presses universitaires de France (Que sais-je ?, n° 702).

Colin, Joël, 1998. *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Étude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb*. Perpignan, Presses universitaires de Perpignan/CERJEMAF.

Fortier, Corinne, 2001. « “Le lait, le sperme, le dos. Et le sang ?” Représentations physiologiques de la filiation et de la parenté de lait en islam malékite et dans la société maure de Mauritanie », *Les Cahiers d'Études Africaines*, vol. 40, n° 1, 161 : 97-138.

– 2005a. « Le don de sperme et le don d'ovocyte ou “trois font un”. Sexualité, inceste et procréation », in P. Bidou, J. Galinier et B. Juillerat dir., *Anthropologie et psychanalyse : regards croisés*. Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales : 59-80.

– 2005b. « “Infléchir le destin car la vraie souffrance est à venir” (société maure-islam sunnite) », in D. Casajus dir., *Systèmes de pensée en Afrique noire*, n° 17, *L'excellence de la souffrance* : 195-217.

– 2007. « Blood, sperm and the embryo in Sunni Islam and in Mauritania : milk kinship, descent and medically assisted procreation », in D. Tober et D. Budiani dir., *Body and Society*, vol. 13, n° 3, *Islam, Health and the Body* : 15-36.

– 2009. « Quand la ressemblance fait la parenté », in E. Porqueres i Gené dir., *Défis contemporains de la parenté*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales (Cas de figure) : 251-276.

– 2010a. « Les ruses de la paternité en islam malékite. L'adultère dans la société maure de Mauritanie », in A.-M. Moulin dir., *Le labyrinthe du corps, Islam et modernité*. Paris, Karthala.

– 2010b. « Se masturber pour les hommes, montrer son sexe pour les femmes : recueil de sperme et pratiques gynécologiques dans le cadre des

Procréations Médicalement Assistées (Islam sunnite-Égypte-France) », in L. Kotobi et A.-M. Moulin dir., *Sociologie et Santé* n° 31, *Islams et santé*.

– 2010c. « Women and men put Islamic law to their own use: monogamy versus secret marriage in Mauritania and in other Muslim countries of Africa and Middle East », in M. Badran dir., *Gender and Islam in Africa*. Washington, Woodrow Wilson Press.

Ghazâlî, Muḥammad, 1989. *Le Livre des bons usages en matière de mariage*, trad. L. Bercher et G. H. Bousquet. Paris, Maisonneuve.

Goichon, Anne-Marie, 1927. *La Vie féminine au Mzab, étude de sociologie musulmane*, t.I. Paris, Geuthner.

Haeri, Shahla, 1989. *Law of Desire. Temporary Marriage in Shi'i Iran*. Syracuse/New-York, Syracuse University Press.

Héritier, Françoise, 1994. *Les deux sœurs et leur mère. Anthropologie de l'inceste*. Paris, Odile Jacob.

Ibn 'Āṣim, Hârith, 1958. *Āṣmiyya*, trad. de L. Bercher. Alger, Institut d'études orientales- Faculté des lettres d'Alger.

Ibn Manẓûr, Mukarram, s. d., *Lisân al-'arab* (en arabe), 3 vol. Beyrouth, Dâr Şâdr.

Inhorn, Marcia, 2000. « Missing motherhood. Infertility, technology and poverty in Egyptian women's lives », in H. Ragoné et F. Winddance Twine dir., *Ideologies and Technologies of Motherhood. Race, Class, Sexuality, Nationalism*. New York/Londres, Routledge : 139-168.

– 2003. *Local Babies, global science. Gender, Religion, and In Vitro Fertilization in Egypt*. New York/Londres, Routledge.

– 2006. « Making Muslim babies: IVF and gamete donation in Sunni versus Shi'a Islam ». *Culture, Medicine and Psychiatry*, vol. 30, n° 4, december : 427-450.

Kazimirski, Albin de Biberstein, 1944. *Dictionnaire arabe/français*. Beyrouth, Librairie du Liban.

Khaiat, Lucette, 1996. « L'adoption au Maghreb : droit algérien et droit tunisien », in Z. K. S. Dahoun dir., *Adoption et cultures : de la filiation à l'affiliation*. Paris, L'Harmattan (Santé, sociétés et cultures) : 152-158.

Khalîl, Sidî, 1995. *Le précis de Khalîl*. Beyrouth, Dar el-fiker.

Linant de Bellefonds, Yvon, 1973. *Traité de droit musulman comparé*, 3 t., t. III, *Filiation, incapacités, libéralités entre vifs*. Paris/La Haye, Mouton.

Masson, Denise (trad.), 1967. *Coran*. Paris, Gallimard.

Milliot, Louis, 1953. *Introduction à l'étude du droit musulman*. Paris, Sirey.

Moulin, Anne-Marie, 1993. « Bio-éthique en terres d'Islam », *Sociologie Santé*, n° 8 : 85-97.

Moutassem-Mimouni, Badra, 2001. *Naissances et abandons en Algérie*. Paris, Karthala (Questions d'enfances).

Qayrawânî, Abû Zayd, 1968. *La Risâla. Épître sur les éléments du dogme et de*

la loi de l'Islam selon le rite mâlékite, trad. de L. Bercher. Alger, H. Pérès.

Rodinson, Maxime, 1968. *Mahomet*. Paris, Seuil.

Schneider, Monique, 2000. *Généalogie du masculin*. Paris, Aubier (Psychanalyse).

Serour, Gamal, 2000, « Les considérations éthiques des technologies reproductives assistées : une perspective proche orientale », in G. Serour dir., *Procès verbal de l'atelier sur les implications éthiques de la technologie assistée de reproduction pour le traitement de l'infertilité*, 22-25 novembre, Caire, Al-Ahram Press : 14-25.

Yavari-d'Hellencourt, Nouchine, 1996, « L'adoption en Iran », in Z. K. S. Dahoun dir., *Adoption et cultures : de la filiation à l'affiliation*. Paris, L'Harmattan (Santé, sociétés et cultures) : 140-151.

Zeghal, Malika, 1996. *Gardiens de l'islam. Les oulémas d'al-Azhar dans l'Égypte contemporaine*. Paris, Presses de Sciences Po.