

LA KAFALA

LETTRE THEMATIQUE N°36

I. La *kafala* dans les pays de droit musulman

La *kafala* est une institution de droit arabo-musulman qui se caractérise par la prise en charge d'un enfant afin de garantir son entretien, son éducation et sa protection. La *kafala* prend toute sa signification dans les pays où l'adoption est prohibée. Prévues dans le Code de la famille algérien aux articles 116 et suivants et dans la loi n°15-01 promulguée le 13 juin 2002 au Maroc, la *kafala* offre une protection aux enfants délaissés ou abandonnés, qu'ils aient ou non une filiation établie. La *kafala* ne crée pas de lien de filiation mais confère la tutelle légale au *kafil* (celui qui recueille l'enfant). Celui-ci peut transmettre son patronyme au *makfoul* (l'enfant recueilli) mais ce dernier ne peut hériter des personnes qui l'ont recueilli, avec la nuance à apporter par la voie du *tanzil* au Maroc. Le droit algérien et le droit marocain prévoient des causes de cessation et de révocation de la *kafala*. Judiciaire ou notariée, elle est utilisée pour offrir un cadre familial à des enfants sans filiation mais permet également des arrangements intrafamiliaux.

Cette institution est reconnue par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 *sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* et par la Convention de New York du 26 janvier 1990 *relative aux droits de l'enfant*.

II. La *kafala* et l'adoption : le statut prohibitif

La *kafala*, prononcée à l'étranger, n'est pas une adoption. Elle ne crée aucun lien de filiation entre le *kafil* et le *makfoul*. Depuis la loi du 6 février 2001, les enfants recueillis en *kafala* ne sont plus adoptables en France. L'article 370-3 alinéa 2 du Code civil prévoit en effet que l'adoption ne peut être prononcée si la loi nationale de l'enfant prohibe cette institution, sauf si le mineur est né et réside habituellement en France. Cette loi est appliquée strictement par les tribunaux depuis un arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2006. Saisie de la question du refus d'adoption d'enfants recueillis en *kafala*, la Cour EDH n'a pas condamné la législation française prohibitive (CEDH, 5e Sect. 4 octobre 2012, *Harroudj c. France*, Req. n° 43631/09). Dans cet arrêt, la Cour a affirmé

que la législation française prohibant l'adoption d'une enfant recueillie au titre de la *kafala* ne portait pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la CEDH. Il n'existe pas, à l'heure actuelle, de consensus entre les pays membres du Conseil de l'Europe quant à l'adoptabilité d'enfants de statut prohibitif. La Belgique, par exemple, a introduit un article 361-5 dans le Code civil permettant, sous conditions, l'entrée sur le territoire belge des enfants recueillis par *kafala* en vue de leur adoption en Belgique.

- *Adoption et nationalité française*

Malgré la prohibition du droit français, une voie a été trouvée pour permettre l'adoption des enfants recueillis en *kafala* par des parents français. L'enfant a la possibilité d'acquérir la nationalité française après 5 années de résidence en France auprès d'un ressortissant français, en vertu de l'art. 21-12 al. 3 du Code civil, la Cour de cassation, dans un avis n° 1200004 du 4 juin 2012, est venu préciser qu'il ne suffit pas que la personne qui recueille l'enfant soit française au moment de la déclaration. Elle doit avoir la nationalité française depuis au moins 5 ans. Une fois la nationalité française obtenue, la prohibition posée par la loi nationale d'origine tombe, ce qui permet l'adoption en France (CA Paris, 15 février 2011, CA de Douai, 5 avril 2012). La circulaire du 22 octobre 2014 *relative aux effets juridiques du recueil légal en France* vient confirmer cette position.

- *Adoption et consentement*

La question du consentement des représentants légaux à l'adoption est primordiale. Selon l'art. 370-3, al. 3, du Code civil., le consentement du représentant légal doit être donné « quelle que soit la loi applicable ». Il s'agit d'une disposition de droit matériel dont il n'est pas possible de s'affranchir. Le consentement doit être libre, obtenu sans contrepartie et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier sur la rupture complète et irrévocable du lien de filiation en cas d'adoption plénière. Le consentement du représentant légal pourra toutefois s'avérer difficile à caractériser dès lors que l'Etat d'origine du mineur prohibe l'adoption. A cet égard, il est important de distinguer la situation des enfants ayant une filiation connue de celle des enfants sans filiation légalement établie.

La circulaire du 22 octobre 2014 prévoit que les enfants ayant une filiation légalement établie ne pourront être adoptés que sur la base d'un consentement exprès des représentants légaux ou des parents. L'exigence de consentement s'appréciera indépendamment du droit du pays de l'enfant. Les enfants sans filiation établie, dont les parents sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou ont perdu leurs droits d'autorité parentale ne seront adoptables que sur consentement du conseil de famille après avis de la personne qui, dans les faits, prend soin de l'enfant (cf. article 348-2 du Code civil). Un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, rendu le 4 décembre 2013, est venu préciser que le placement en *kafala*, motivé par l'impossibilité de subvenir aux besoins de l'enfant et non par un désintéret volontaire, n'avait pas fait perdre à la mère ses droits d'autorité parentale de sorte que celle-ci devait valablement consentir à l'adoption.

III. Les effets de la *kafala* en France

- *Autorité parentale*

La *kafala* est assimilée à une délégation d'autorité parentale ou à une tutelle de droit français.

Le juge français est compétent pour assurer la protection de l'enfant recueilli, en vertu de l'art. 8 du règlement de l'Union européenne du 27 novembre 2003, dit « Bruxelles II bis ». Le juge français applique à ces questions la loi française, conformément à l'art. 15 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996.

- *Visa*

Hormis le cas des ressortissants algériens qui, en vertu de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, peuvent faire entrer en France, au titre du regroupement familial, les mineurs de moins de 18 ans dont ils ont juridiquement la charge, les couples étrangers et les ressortissants français ne peuvent pas prétendre de plein droit à la délivrance d'un visa pour l'enfant qu'ils ont recueilli par *kafala*. Le refus de visa ne doit cependant pas porter atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant et au respect de la vie privée et familiale. Une telle violation peut être invoquée lorsqu'il s'agit d'un enfant abandonné et placé en institution. Dans un arrêt du 9 décembre 2009, le Conseil d'Etat a pu estimer que « l'intérêt d'un enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision de justice qui produit des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale ».

S'agissant des *kafalas* intrafamiliales, il n'est pas rare que le visa soit refusé et que le juge considère qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de rester avec sa famille biologique à l'étranger (voir notamment l'arrêt CE, 22

févr. 2013, n°330211). Les décisions de refus peuvent être contestées devant la Commission de recours contre les refus de visa et devant les juridictions administratives, le cas échéant.

- *Séjour*

L'obtention d'un titre de séjour à la majorité de l'enfant recueilli par *kafala* n'est pas de plein droit, excepté pour les algériens qui bénéficient là aussi d'un régime juridique plus favorable en vertu de l'accord de 1968. Ainsi, les mineurs algériens entrés en France avant l'âge de 10 ans bénéficient d'un titre de séjour à leur majorité (article 7 bis e). Ils bénéficient également d'un DCEM lorsqu'ils sont arrivés en France avant l'âge de 10 ans et ont séjourné en France au moins 6 ans (article 10 b). Pour les ressortissants marocains, soumis au droit commun (CESEDA), l'obtention d'un titre de séjour est conditionnée à la présence en France du père ou de la mère, au sens filial du terme. Les enfants recueillis par *kafala* en sont donc exclus, même s'ils sont entrés en France en bas âge. Ils peuvent néanmoins demander un titre de séjour « vie privée et familiale », dont la délivrance sera soumise à l'appréciation du préfet et du juge administratif en cas de recours.

- *Aides sociales*

Un arrêt du 16 avril 2004 de la Cour de cassation avait reconnu le droit aux prestations familiales des enfants entrés hors regroupement familial afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, le principe européen de non discrimination et le droit à mener une vie privée et familiale normale. Puis, par une décision du 15 avril 2010, la Cour avait opéré un revirement en conditionnant l'octroi des prestations familiales à la production d'un certificat médical OFII pour prouver l'entrée régulière de l'enfant en France. Selon la Cour, cette exigence répondait « à l'intérêt de la santé publique et à l'intérêt de la santé de l'enfant ». La Haute juridiction avait confirmé sa position dans un arrêt du 3 juin 2011, estimant que la demande de certificat OFII revêtait un caractère justifié dans un État démocratique et ne portait pas atteinte au droit à la vie privée et familiale et à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Deux arrêts rendus en Assemblée plénière le 5 avril 2013 viennent nuancer cette position. Il faut désormais distinguer entre les ressortissants des États ayant conclu avec l'Union européenne des accords assurant à leurs ressortissants une égalité de traitement dans le domaine de la protection sociale, pour lesquels le certificat médical n'est pas requis, et les ressortissants des autres États, pour lesquels le versement des prestations familiales reste conditionné à la production du certificat de l'OFII.