



LA KAFALA Lettre thématique n° 47

La kafala est une institution de droit 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.

La kafala n'est pas une adoption car elle n'établit pas de lien de filiation entre l'enfant recueilli (makfoul) et la ou les personnes le prenant en charge (kafil). La kafala n'entre donc pas dans le champ d'application de la convention de La Haye du 29 mai 1993 *sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*. La kafala est néanmoins considérée par la convention de New York du 26 janvier 1990 *relative aux droits de l'enfant* (CIDE) comme une mesure de protection de remplacement pour les mineurs temporairement ou définitivement privés de leur milieu familial, au même titre que l'adoption ou le placement dans un établissement.

La kafala relève du champ d'application de la convention de La Haye du 19 octobre 1996 *applicable en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants* qui contient des règles relatives à la compétence des autorités judiciaires et administratives des Etats contractants, à la loi applicable, à la reconnaissance et l'exécution des décisions et à la coopération des Etats contractants.

Institution inconnue du droit français, la kafala pose de délicates questions juridiques lorsque les mineurs recueillis par kafala viennent vivre sur le territoire français. La connaissance de la kafala par les professionnels du secteur de l'enfance, de la famille et de l'éducation est alors essentielle pour assurer la protection de ces mineurs vivant en France.

I. La kafala dans les pays de droit musulman

1) Définition

La kafala est une institution de droit musulman qui permet la prise en charge d'un enfant là où l'adoption est interdite. La Tunisie est l'un des seuls Etats basé sur un référentiel islamique à avoir autorisé l'adoption. Judiciaire ou notariée, la kafala est utilisée pour offrir un cadre familial à des enfants sans filiation mais permet également des arrangements intra familiaux.

Prévue par le code algérien de la famille aux articles 116 et suivants et par la loi du 13 juin 2002 au Maroc, la kafala offre une protection aux enfants délaissés ou abandonnés, qu'ils aient ou non une filiation établie. Elle ne crée pas de lien de filiation mais confère la tutelle légale au kafil. Celui-ci peut transmettre son patronyme au makfoul mais ce dernier ne peut hériter des personnes qui l'ont recueilli, avec la nuance à apporter par la voie du legs, ou encore du tanzil au Maroc.

Le droit algérien et le droit marocain prévoient des causes de cessation et de révocation de la kafala. Pour autant, ces dispositions ne sont en principe pas applicables aux enfants makfouls vivant en France,

leur protection étant assurée par la loi française lorsqu'ils vivent en France (convention de La Haye du 19 octobre 1996, article 15, 1°).

2) Conditions et procédure

Les conditions et la procédure à suivre afin de recueillir un enfant par kafala sont réglementées par la législation des Etats qui autorisent ce mode de placement légal. Il faut notamment être de confession musulmane.

Pour les couples vivant en France désireux de recueillir un enfant par kafala, la procédure à suivre n'est pas tout à fait la même que pour les couples qui résident dans le pays d'origine de l'enfant. Il convient à ce titre de prendre contact avec les représentations consulaires étrangères en France pour avoir des informations plus amples à ce sujet. Il est également utile de se rapprocher du service de l'enfance du département de résidence en France, afin de savoir quel accompagnement a été mis en place en faveur des familles candidates à un recueil par kafala.

Par ailleurs, **une procédure spécifique a été mise en place dans le cadre franco-marocain** depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 19 octobre 1996. En application de l'article 33 de cette convention, lorsqu'une autorité compétente marocaine envisage le placement par kafala d'un enfant auprès d'une personne ou d'un couple vivant en France, cette autorité doit contacter l'autorité centrale française (le bureau du droit de l'Union et du droit international privé - BDIP) afin que cette autorité approuve le recueil de l'enfant en France.

Le défaut de respect de cette procédure peut entraîner le refus de reconnaissance de la kafala (article 23, f) de la convention de 1996).

II. La kafala en France

1) Les effets de la kafala en droit français

La circulaire du ministère de la justice 22 octobre 2014 est venue clarifier les effets juridiques du recueil légal en France.

a) Le principe : la reconnaissance de plein droit de la décision étrangère de kafala

En application des conventions multilatérales, bilatérales ou du droit interne, les décisions étrangères de kafala sont reconnues de plein droit en France sans qu'il soit nécessaire, en principe, de recourir à une procédure d'exequatur.

Une décision d'exequatur, bien que non obligatoire, peut toutefois être sollicitée en France auprès du tribunal de grande instance afin que soit constatée de manière certaine la régularité internationale de la décision de kafala (circulaire précitée, p 4 et ss).

b) Une délégation d'autorité parentale ou une tutelle

Lorsque l'enfant recueilli par kafala n'a pas de parents connus ou qu'ils ont été abandonnés, la kafala est assimilée en France à une décision de tutelle. Lorsque la kafala concerne un enfant ayant une filiation établie et des parents vivants, l'acte de recueil légal est assimilé à une délégation totale ou partielle d'autorité parentale.

Si l'enfant est confié à un couple, il est important que les deux membres du couple soit désignés dans l'acte de kafala de façon à ce qu'ils soient tous deux investis de l'autorité parentale.

En application de l'article 8 du règlement de l'Union européenne du 27 novembre 2003, dit « Bruxelles II bis », le juge français est compétent pour statuer sur toute question relative à la responsabilité parentale ou à la protection de l'enfant recueilli par kafala dès lors que celui-ci réside en France de manière habituelle au moment où la juridiction française est saisie.

Le juge français applique à ces questions la loi française, conformément à l'article 15 de la convention de La Haye du 19 octobre 1996.

2) Kafala et adoption

a) L'interdiction d'adopter en France des enfants étrangers de statut prohibitif

Depuis la loi du 6 février 2001, les enfants recueillis par 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 français depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 10 octobre 2006.

La Cour de cassation considère que l'article 370-3 alinéa 2 du code civil, qui prohibe l'adoption d'enfants recueillis par kafala, est conforme aux conventions internationales dès lors que la kafala est reconnue comme une protection de remplacement, au même titre que l'adoption (Cass, 1ère, 25 février 2009, Cass, 1ère, 15 décembre 2010). Malgré les critiques que ces décisions ont pu susciter au regard du statut précaire des makfouls vivant en France, celles-ci n'ont pas été remises en cause par la Cour EDH.

Saisie de la question du refus d'adoption d'enfants recueillis par 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'un 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.

b) La possibilité d'adoption après acquisition de la nationalité française

- L'acquisition de la nationalité française

Malgré la prohibition du droit français, une voie a été trouvée pour permettre l'adoption des enfants recueillis par kafala par des parents français.

L'enfant recueilli par une personne de nationalité française a la possibilité d'acquérir la nationalité française en vertu de l'article 21-12 du code civil : « *L'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance* ».

La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a réduit de 5 à 3 ans la durée de résidence en France pour pouvoir demander la nationalité française et cette même loi a supprimé l'exigence que l'enfant soit recueilli « en France ».

Il faut toutefois que le recueil de l'enfant par une personne française soit effectif et continu, c'est-à-dire qu'il ne soit pas épisodique, avec une résidence alternée auprès d'autres personnes à l'étranger. En revanche, le séjour peut se dérouler en France ou à l'étranger, dès lors que l'enfant vit de manière constante auprès du kafil de nationalité française.

- Les conditions d'adoption

L'acquisition par l'enfant de la nationalité française fait tomber la prohibition venant de sa loi personnelle antérieure. Or, pour être adoptable, les autres conditions posées par le droit français devront toutefois être respectées.

La question du consentement des représentants légaux à l'adoption d'un enfant recueilli par kafala a notamment soulevé des difficultés spécifiques. Selon l'article 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.

Pour les enfants recueillis par kafala, il est important de distinguer la situation des enfants ayant une filiation connue de celle des enfants abandonnés ou sans filiation légalement établie.

La circulaire du 22 octobre 2014 précitée 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.

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 1ère 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.

Outre des effets en matière familiale, la kafala emporte des effets en matière d'entrée et de séjour en France ainsi que l'attribution de certains droits sociaux. Ces droits feront l'objet d'une étude ultérieure.