



Proposition de réforme visant à améliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis par *Kafala* en France (proposition de réforme 10-R009)

La *kafala* est une modalité spécifique de recueil d'un enfant en droit coranique ne créant pas de lien de filiation et pouvant se définir comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur. Il s'agit d'une mesure de protection de l'enfance reconnue par la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant et qui se distingue de l'adoption, prohibée par plusieurs pays de tradition musulmane (notamment par l'Algérie et le Maroc, et avec des exceptions notables telles que la Turquie, la Tunisie ou l'Indonésie). Dans le cadre de la loi n° 2001-111 du 6 janvier 2001, le législateur français a entériné l'interdiction de prononcer l'adoption d'un mineur étranger « *si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* » (cf. l'art. 370-3 alinéa 2 du code civil).

Dans ce contexte, la *kafala* s'avère dépourvue de bases juridiques claires (elle est tantôt assimilée à une délégation d'autorité parentale, tantôt à une tutelle) et être une source de complications multiples non seulement pour les familles qui accueillent ces enfants, mais aussi pour les administrations, les conseils généraux ou encore les organismes sociaux. Surtout, elle place les enfants concernés dans une précarité de statut et leur fait subir d'importantes inégalités de traitement qui apparaissent contraires à la Convention précitée.

Dans le prolongement des réunions du groupe de travail consacré à la *kafala* constitué à son initiative, le Médiateur de la République a décidé de soumettre aux pouvoirs publics une proposition de réforme préconisant les mesures suivantes :

- **Définir une procédure d'agrément applicable à la *kafala***, susceptible de garantir les bonnes conditions d'accueil de ces enfants et de sécuriser la compétence des conseils généraux.
- **Prévoir que les enfants recueillis en application d'une décision de *kafala* judiciaire par des personnes résidant régulièrement en France sont éligibles à la procédure de regroupement familial**, conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat.
- **Edicter un texte précisant et rendant opposable de plein droit les effets juridiques de la *kafala* en France**, notamment au regard de l'exercice de l'autorité parentale.
- **Supprimer le délai de résidence de cinq ans fixé par l'article 21-12 du code civil pour solliciter la nationalité française au bénéfice des enfants recueillis par *kafala* judiciaire et élevés par une personne de nationalité française**, la possession de celle-ci étant pour eux le seul moyen d'être éligible à l'adoption.
- **Inviter le législateur à reconsidérer l'interdiction d'adopter un enfant étranger lorsque la loi de son pays d'origine n'autorise pas l'adoption** (interdiction posée par l'article 370-3 alinéa 2 du code civil) pour, *a minima*, ouvrir l'accès à l'adoption simple pour les enfants recueillis par *kafala* judiciaire.

Si les quatre premières mesures, pouvant être adoptées à court terme, entraîneraient déjà une amélioration sensible du sort de ces enfants et de leurs familles, seule la possibilité d'accéder à l'adoption, préconisée en dernier lieu, permettrait une résolution globale des problèmes évoqués, lorsque cette mesure serait conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié par le juge.

I. Définir une procédure d'agrément applicable à la *kafala*

Dans le cadre de la procédure d'instruction des demandes de *kafala* émanant de familles séjournant en France, les autorités marocaines et algériennes requièrent généralement (ou recommandent fortement) la production d'un agrément français, délivré à l'issue d'une enquête sociale. **Or, en l'état actuel du droit français, le seul agrément délivré est celui en vue d'adoption qui relève de la compétence des conseils généraux.** Ces derniers peuvent dès lors être conduits à refuser d'instruire une demande d'agrément lorsqu'elle est effectuée pour obtenir une *kafala*, celle-ci ne correspondant pas à une adoption. Cette situation peut inciter les intéressés à dissimuler le fait que la demande d'agrément s'effectue pour accueillir un enfant originaire du Maroc ou d'Algérie, par crainte que cette demande soit automatiquement rejetée. En dépit de la consigne donnée, depuis 2007, par le ministère des affaires étrangères aux consulats français de ne plus exiger d'agrément du conseil général pour la délivrance des visas, il s'avère que les familles concernées continuent fréquemment à le solliciter car elles considèrent que la présentation d'un tel agrément permet de faciliter l'obtention du visa.

En outre, même en l'absence d'agrément, les autorités françaises instruisant une demande de visa procèdent à une enquête sociale préalable. Or, les conditions de déroulement de cette enquête varient selon un critère de nationalité peu satisfaisant. Lorsque le postulant est un Algérien résidant en France, et en application de la convention franco-algérienne de 1968, l'entrée en France s'effectue selon la procédure du regroupement familial, et l'enquête est alors diligentée par la préfecture ou la direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS) auprès de laquelle a été déposé le dossier, et conduite par la mairie de la commune de résidence du demandeur. Lorsque la famille d'accueil est de nationalité française ou lorsque l'enfant est d'origine autre qu'algérienne, ce dernier doit obtenir un visa long séjour « visiteur ». **L'on constate alors un vide juridique s'agissant des fondements de la procédure d'enquête sociale devant être conduite dans cette hypothèse.** En effet, ni l'enquête sociale pouvant être ordonnée par le JAF dans les circonstances prévues par l'article 373-2-12 du code civil, ni celle relevant de la compétence des services départementaux dans le cadre de la protection de l'enfance en danger n'apparaissent adaptées aux finalités d'une enquête destinée à vérifier que les conditions d'accueil de l'enfant en France sont conformes à son intérêt.

Il convient enfin de relever que les personnes désireuses d'accueillir un enfant au titre d'une *kafala* peuvent être assujetties à un double dispositif d'enquête, puisque certains pays étrangers – et notamment l'Algérie et le Maroc - procèdent à leurs propres enquêtes dans le but d'accorder ou pas la *kafala*. Or, l'insuffisance de la collaboration entre les autorités du pays d'origine et celle du pays d'accueil durant la phase d'enquête est génératrice de complications et peut entraîner des conséquences dramatiques lorsqu'une *kafala* est accordée par le juge étranger mais que le visa est ensuite refusé par la France.

Proposition n°1 :

Définir une procédure d'agrément applicable au recueil d'enfant par *kafala*, garantissant la fiabilité de l'enquête sociale et permettant de sécuriser la compétence des conseils généraux, en complétant le code de l'action sociale et des familles.

L'exigence d'un agrément délivré sur la base d'une enquête apparaît en effet conforme à l'intérêt de l'enfant. Elle est aussi souhaitée par les familles qui estiment qu'un tel dispositif permet d'instruire les demandes sur la base de données objectives et de faciliter l'obtention d'un visa.

Cette procédure devrait donner lieu à des consultations entre les différents pays impliqués, afin que chacun d'eux puisse prendre en compte l'enquête menée par l'autre (lorsqu'elle existe). Enfin, un dispositif inspiré de l'actuelle procédure d'agrément en vue d'adoption est apparu comme celui qui offrirait les meilleures garanties.

II. Etendre l'accès à la procédure de regroupement familial à tous les enfants recueillis par une *kafala* judiciaire, quelle que soit leur nationalité

Selon l'article L411-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers, « *le ressortissant étranger qui séjourne régulièrement en France depuis au moins dix-huit mois (...) peut demander à bénéficier de son droit à être rejoint, au titre du regroupement familial, par son conjoint, si ce dernier est âgé d'au moins dix-huit ans, et les enfants du couple mineurs de dix-huit ans.* » En application de l'article L411-4, l'enfant éligible à cette procédure s'entend comme celui « *ayant une filiation légalement établie, y compris l'enfant adopté, en vertu d'une décision d'adoption, sous réserve de la vérification par le ministère public de la régularité de cette décision lorsqu'elle a été prononcée à l'étranger* » (cf. l'article L. 314-11 du même code).

Si ces conditions excluent *a priori* de ce dispositif les enfants recueillis par *kafala*, une dérogation est prévue au bénéfice des seuls enfants algériens, en application de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968. Pour les enfants qui sont nés ailleurs, l'autorité consulaire apprécie souverainement au cas par cas la délivrance d'un visa de long séjour. Outre les refus de visas qui demeurent fréquents et peuvent favoriser l'entrée illégale de ces enfants en France, cette situation a des répercussions sur les droits sociaux des intéressés, qui ne peuvent prétendre aux prestations familiales ¹.

Appelé à se prononcer sur ce problème, le Conseil d'Etat a pourtant élaboré une jurisprudence protectrice initiée dans son arrêt du 24 mars 2004 (n° 249369). Il a ainsi jugé que, malgré l'absence d'un lien de filiation, le refus d'accorder le bénéfice du regroupement familial pour un enfant marocain abandonné et faisant l'objet d'une mesure de *kafala* homologuée par le juge du pays d'origine, est susceptible de constituer une violation du droit au respect de sa vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Force est de constater que cette jurisprudence est souvent ignorée par l'autorité préfectorale.

Proposition n°2 :

Comme l'impliquent la jurisprudence du Conseil d'Etat et la CEDH, il apparaît nécessaire de modifier le code de l'entrée et du séjour des étrangers, pour prévoir que les enfants régulièrement recueillis en France, selon une décision de *kafala* judiciaire, sont éligibles à la procédure de regroupement familial.

III. Préciser et rendre opposables de plein droit les effets juridiques de la *kafala* en France

Des incertitudes pèsent sur la nature juridique de la *kafala* en droit français, qui ne manquent pas de créer des difficultés concrètes et quotidiennes pour les enfants et les familles concernées, obligées fréquemment de recourir au juge pour faire reconnaître leurs droits, mais également pour les différents services publics (notamment sociaux, fiscaux ou éducatifs) qui sont loin d'avoir une vision claire de cette institution !

Selon le ministère de la Justice, « *les effets qu'elle produit sont plus ou moins étendus et dépendent à la fois de la législation du pays d'origine, du contenu de la décision et de la situation de l'enfant recueilli. Ainsi, dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue ou*

¹ L'octroi de ces prestations pour les enfants étrangers suppose en effet que ces derniers soient entrés régulièrement en France par la procédure du regroupement familial, condition impossible à remplir pour les enfants sous *kafala* (autres qu'algériens).

orphelins, la kafala peut être assimilée en France à une tutelle. Lorsque les attributs de l'autorité parentale ont été transférés au kafil, sans renoncement définitif des parents à les exercer, la kafala produit les effets d'une délégation d'autorité parentale. » Pour éclairer les administrations, ce ministère indiquait qu' « *une circulaire interministérielle viendra prochainement rappeler à ces services le régime et les effets de la kafala en France.* »² Or force est de constater que, deux ans après cette annonce, aucune circulaire n'a vu le jour.

Proposition n°3 :

Afin de permettre aux familles concernées de faire valoir leurs droits sans avoir à recourir au juge, il apparaît indispensable qu'un texte normatif vienne préciser le statut de la kafala et ses effets juridiques en France.

Il devrait être rappelé que, comme toute décision relative à l'état des personnes, la *kafala*, lorsqu'elle est judiciaire, a vocation à être reconnue de plein droit sur le territoire français, sans avoir à passer par un jugement d'exequatur. Les effets de celle-ci devraient dès lors être directement mis en œuvre par les différents services, qu'il s'agisse des droits et obligations liés à l'exercice de l'autorité parentale, du devoir d'entretien et de protection, de la responsabilité de la gestion courante des biens du mineur ou du bénéfice des droits sociaux sous réserve que les demandeurs assument la charge effective et permanente de l'enfant.

IV - Supprimer le délai de résidence de cinq ans pour pouvoir solliciter la nationalité française au bénéfice des enfants recueillis par *kafala*

Selon une disposition introduite par la loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003, l'enfant recueilli et élevé en France par une personne de nationalité française, ne peut solliciter la qualité de Français qu'à l'issue d'une période de cinq ans de résidence (cf. l'article 21-12 du code civil). Cette condition aggrave la situation des enfants recueillis par *kafala*, puisque l'acquisition de la nationalité française est une condition de leur accès à l'adoption et donc de la normalisation de leur statut (l'alinéa 2 de l'article 370-3 du code civil imposant le respect de la loi personnelle de l'enfant ne concerne en effet que les mineurs étrangers). Il n'existe par contre aucun délai pour les enfants étrangers adoptés en la forme simple, ce qui accentue le caractère discriminant de ce délai pour les enfants relevant de la *kafala*.

Proposition n°4 :

Supprimer le délai de résidence de cinq ans fixé par l'article 21-12 du code civil pour l'acquisition de la nationalité française par les enfants bénéficiant d'une *kafala* judiciaire et élevés par une personne de nationalité française.

V - Inviter le législateur à reconsidérer l'interdiction absolue d'ouvrir l'accès à l'adoption pour les enfants recueillis en *kafala*, posée par alinéa 2 de l'article 370-3 du code civil

Pour régler les problèmes de conflit de lois en matière d'adoption, le législateur français a posé l'interdiction d'adopter en France un mineur étranger si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France. En vertu de ce texte, par deux arrêts de principe en date du 10 octobre 2006, la Cour de cassation a cassé deux arrêts de cours d'appel qui prononçaient l'adoption simple d'enfants (l'un marocain, l'autre algérien) recueillis par *kafala*. Il s'est agi d'un revirement de jurisprudence, puisqu'antérieurement la Cour de cassation (dans son arrêt Fanthou du 10 mai 1995) considérait que l'adoption, y compris plénière, d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas ou prohibe cette institution était possible, à la condition que le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption.

² Voir la réponse de la Chancellerie à plusieurs questions écrites parlementaires, dont QE n°03703 du sénateur B.Piras, publiée dans le JO du sénat du 13/03/2008.

Justifiée par le souci de ne pas imposer unilatéralement l'application du droit français à des États de culture juridique différente de la nôtre, cette interdiction entraîne, comme on l'a vu, de multiples difficultés au nom du respect d'une prohibition d'inspiration religieuse. Les enfants recueillis en France par *kafala* subissent une précarité de leur statut personnel préjudiciable et ne disposent pas des mêmes droits que les autres enfants susceptibles d'être adoptés y compris des enfants nés dans un pays de droit musulman qui ne prohibe pas l'adoption (Tunisie, Indonésie notamment).

Cette situation n'est humainement pas acceptable et contrevient aux obligations internationales de la France au regard du respect dû aux droits de l'enfant énumérés par la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989, « indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation. » (article 2) Cette Convention énonce également que « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. » (article 3) L'interdiction d'adopter un enfant dont la loi du pays d'origine prohibe cette institution ne figure pas dans cette Convention, qui prévoit au contraire que « Les États parties prévoient pour cet enfant [càd l'enfant privé de son milieu familial ou nécessitant une protection] une *protection de remplacement conforme à leur législation nationale.* » (article 20).

Or, non seulement la France n'offre pas aux enfants relevant d'une *kafala* une protection prévue par sa législation nationale, mais elle ne leur permet pas en outre d'accéder à une protection au moins équivalente à la *kafala*, puisque des droits conférés par celle-ci dans les pays d'origine (concordance des noms, droits en matière de succession, de droits sociaux etc.) ne sont pas reconnus dans notre pays, du fait qu'ils découlent du lien de filiation.

Par ailleurs, la disposition prohibitive française ne se retrouve pas nécessairement dans les pays voisins. La Belgique, notamment, a adopté une position beaucoup plus ouverte dans sa loi du 6 décembre 2005, en rendant possible l'adoption simple ou même plénière des enfants régulièrement confiés par *kafala* à leurs ressortissants, sous des conditions précisément définies.

Proposition n°5 :

Inviter le législateur à reconsidérer l'interdiction absolue d'ouvrir l'accès à l'adoption pour les enfants recueillis par *kafala*, posée par l'article 370-3 alinéa 2 du code civil. A minima, il serait souhaitable de permettre l'accès à l'adoption simple, qui représenterait déjà une amélioration notable de la situation des enfants recueillis par *kafala*, tout en pouvant se concilier avec les principes des droits étrangers en cause ³.

En effet, contrairement à l'adoption plénière qui implique une rupture totale et irrévocable du lien de filiation préexistant, la nouvelle filiation se substituant à la filiation d'origine, l'adoption simple maintient le lien de filiation originel, l'adopté conservant ses droits, notamment héréditaires, dans sa famille d'origine. Elle n'implique pas non plus l'acquisition automatique de la nationalité française. L'enfant adopté peut cependant acquérir cette nationalité par déclaration jusqu'à sa majorité. L'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté mais en l'ajoutant au nom de ce dernier.

Il est par ailleurs surprenant de constater que l'interdiction actuelle ne concerne que les mineurs alors que les personnes majeures étrangères originaires d'un pays prohibant l'adoption peuvent être adoptées en la forme simple.

³ Le Conseil supérieur de l'adoption réclame quant à lui la suppression pure et simple de l'alinéa 2 de l'article 370-3 du code civil et préconise ainsi l'accès à l'adoption plénière des enfants recueillis par *kafala*.

Cette modification permettrait au juge de l'adoption, comme c'était le cas avant 2001, de statuer en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, de vérifier l'existence ou non d'une filiation biologique et de la possibilité pour le représentant légal de l'enfant de consentir à l'adoption.

On notera que des amendements en ce sens sont régulièrement discutés par le Parlement, notamment lors du débat sur la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration ou à l'occasion de l'examen de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance. Encore récemment, madame la sénatrice Monique Cerisier-ben Guiga a déposé une proposition de loi n°162, visant à autoriser l'adoption simple des enfants faisant l'objet d'une *kafala*. Le débat public sur ce sujet n'est donc visiblement pas clos et mériterait ainsi d'être réouvert dans le cadre de la prochaine discussion du projet de loi relatif à l'adoption.

* * *

Ministres saisis :

- Ministre de la Justice et des Libertés
- Ministre des Affaires étrangères et européennes
- Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire
- Ministre du travail, de la solidarité et de la fonction publique

• ***Evolution du dossier :***

7/06/2010 : **réponse d'attente du ministre des affaires étrangères** : une réunion est organisée le 7 juin avec le ministère de la justice pour avancer sur cette problématique.

14/06/2010 : **réponse d'attente de la Garde des Sceaux** : évoque également la réunion interministérielle du 7 juin. **Annonce de la diffusion prochaine aux parquets généraux d'une circulaire rappelant le régime et les effets de la *kafala* en France**

Septembre 2010 : discussion d'**amendements à l'AN dans le cadre de l'examen du projet de loi sur l'immigration** – plusieurs amendements présentés par des parlementaires ont été rejetés par le rapporteur et le gouvernement.

18/02/11 : **réponse du MAE, direction des Français à l'étranger et de l'administration consulaire** : incompétence du MAE à régler les questions de droit soulevées par ce sujet. Souligne néanmoins que « *la sous-direction de la protection des droits des personnes se trouve quotidiennement confrontée à des familles en difficultés à qui elle fournit des informations pratiques... Du point de vue de cette direction, il est évident qu'il devient urgent et nécessaire de clarifier le rôle des différents acteurs concernés par cette problématique...* »

24 janvier 2012 : organisation d'une **table-ronde sur la *kafala*** par la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée de l'examen de la proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption ; 1/03/2012 : adoption d'un amendement au sein de ce texte introduisant une dérogation à l'impossibilité d'adopter un enfant dont la loi personnelle prohibe cette mesure lorsqu'une convention bilatérale avec l'Etat concerné l'autorise expressément.