

Paris, le 30 avril 2013

Décision du Défenseur des droits MDS-2013-95

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Vu la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ;

Vu le code civil ;

Vu le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile ;

Saisi par Madame X, sur la décision de refus de visa opposée par le ministère de l'intérieur pour l'enfant Y qu'elle a recueillie par acte de kafala ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Nantes

Le Défenseur des droits

Dominique Baudis

Observations devant le tribunal administratif de Nantes, présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

EXPOSE DES FAITS

Le 5 décembre 2012, Madame X a appelé l'attention du Défenseur des droits sur le refus de visa de long séjour opposé, le 13 novembre 2012, par le consul général de France à A, pour l'établissement en France de l'enfant Y.

Madame X et Monsieur Z, son époux au regard de la loi marocaine, parents d'une petite fille, V, née le 27 février 2008, se sont vus confier par ordonnance en date du 26 septembre 2012 du tribunal de première instance de B, la tutelle (kafala) de l'enfant Y, née le 8 août 2012, déclarée abandonnée par jugement du 13 septembre 2012 prononcé par le tribunal de première instance de B.

Par décision du 13 novembre 2012, le consul général de France à A a opposé à un refus à la demande d'établissement en France de l'enfant Y.

Madame X a introduit un recours auprès de la commission de recours contre les refus de visa d'entrée en France (CRRV) et un recours en référé-suspension auprès du tribunal administratif de Nantes.

Par ordonnance du 20 décembre 2012, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a suspendu l'exécution de la décision du 13 novembre 2012 et enjoint au ministre de l'intérieur de réexaminer la demande de visa présentée pour l'enfant Y.

Par décision du 25 janvier 2013, le ministre de l'intérieur a confirmé la décision de refus de refus considérant que *« les conditions matérielles, sociales et psychologiques ne sont nullement réunies pour l'accueil de l'enfant dans le foyer de Z et Madame X. En effet, il ressort du rapport social que les intéressés se trouvent dans une situation instable et fragile. Enfin, ce jugement de tutelle n'a pas été reconnu par les autorités françaises sous la forme d'un jugement d'exéquatour »*.

Cette décision appelle les observations suivantes.

OBSERVATIONS

La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989, ratifiée par la France en 1990, stipule dans son article 3-1, d'effet direct, que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait [...] des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

L'intérêt de l'enfant est, en principe, de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision de justice produisant des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale.

1. Sur les effets de l'acte de *kafala* en France

La *kafala* marocaine, acte de recueil légal institué par la loi marocaine 15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés, est une institution de droit coranique qui permet de confier un enfant, durant sa minorité à une famille musulmane (*kafil*) afin qu'elle assure bénévolement sa protection, son éducation et son entretien.

En cas de recueil d'un enfant ayant fait l'objet d'un abandon, l'acte de *kafala* procède nécessairement d'une décision judiciaire.

Il s'agit d'une institution qui permet d'offrir à l'enfant une forme de protection sans créer de lien de filiation entre l'enfant et le *kafil*. Elle ne peut être assimilée à une adoption, ainsi que l'a rappelé la Cour de cassation (Civ, 1^{ère}, 10 octobre 2006).

Cette institution est reconnue en France et produit les effets d'une délégation d'autorité parentale, sans qu'un jugement d'exéquatur ne soit exigible.

En effet, le Conseil d'Etat a, dans une décision M. Bellounis (CE 24 nov.2006, n°27557), précisé que « *Sous réserve de leur régularité internationale, notamment de leur conformité à la conception française de l'ordre public international et de l'absence de fraude, les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état et à la capacité des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf dans la mesure où ils impliquent des actes d'exécution matérielle sur des biens ou de coercition sur des personnes* ».

Dans deux décisions du 5 décembre 2005 et du 10 mai 2007, la haute juridiction, se prononçant sur l'intérêt pour agir de « *kafils* » au nom de leur nièce à qui un visa avait été refusé, reconnaît la validité de la *kafala* « *alors même qu'aucun jugement d'une juridiction française n'aurait prononcé l'exéquatur du jugement de *kafala** ».

Par ailleurs, la circulaire NOR : JUSC1017281C du ministère de la justice en date du 11 juin 2010, relative à la réception et l'enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef précise que « *la décision de kafala, dès lors qu'elle est régulièrement prise par l'autorité publique, a vocation à être reconnue de plein droit en France, sans qu'aucune procédure d'exéquatur soit nécessaire. La personne investie de la kafala (le kafil) est considérée comme exerçant l'autorité parentale sur l'enfant* ».

Aussi, Madame X et son époux doivent être considérés comme étant seuls titulaires de l'autorité parentale sur l'enfant Y.

2. Sur l'intérêt supérieur de l'enfant

Le Conseil d'Etat a considéré à plusieurs reprises (CE, 30 décembre 2009, n°319890 ; CE, 9 décembre 2009, Sepkon, n°305031), que l'autorité consulaire peut, pour rejeter la demande de visa en faveur d'un enfant recueilli par kafala se fonder sur le motif tiré de ce que les conditions d'accueil de celui-ci en France seraient, compte-tenu des ressources et des conditions de logement du titulaire de l'autorité parentale, contraires à son intérêt.

Néanmoins, il pose comme principe d'une part, que ce refus ne doit pas porter « *une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale* » et d'autre part, que l'intérêt de l'enfant est de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision de justice qui produit ses effets juridiques en France est titulaire à son égard de l'autorité parentale.

Ce faisant, la haute juridiction relève l'existence d'une présomption pour l'intérêt de l'enfant de vivre auprès du titulaire d'une kafala judiciaire.

En l'espèce, l'enfant Y a fait l'objet d'une décision d'abandon et a été confiée par acte de kafala judiciaire au couple formé par Madame X et Monsieur Z.

Monsieur Z se trouve actuellement au Maroc et a renoncé, pour l'instant, à son retour en France, aux fins de s'occuper de l'enfant qui lui a été confiée, en dépit du fait que son épouse et sa fille y vivent, qu'il y est domicilié, et qu'il est titulaire d'une carte de résident.

Il apparaît que la cellule familiale ne pourrait se reconstruire au Maroc dans la mesure où Madame X est de nationalité française, Monsieur Z est titulaire d'une carte de résident et qu'ils sont parents d'une enfant de 5 ans, scolarisée en France.

Par ailleurs, il convient de souligner que cette enfant, issue de l'union formée par Madame X et Monsieur Z, qui vit aujourd'hui en France avec sa mère, se trouve, de ce fait, privée de la présence de son père, en dépit des dispositions de l'article 9 de la CIDE qui rappelle que « *Les Etats parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré* ».

Il en résulte que la décision du consul peut, en l'espèce, porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de leur vie privée et familiale conformément aux stipulations de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, eu égard à la construction de leur vie familiale, affective et matérielle après de nombreuses années sur le territoire français.

Enfin, il serait opportun de considérer, que, au vu de la situation personnelle de cette enfant, son intérêt est de vivre en France avec des personnes ayant l'autorité parentale sur elle plutôt qu'au Maroc dans une structure pour enfant abandonné, dans l'hypothèse où aucune autre personne ne s'est vue reconnaître l'autorité parentale au Maroc.

Pour toutes ces raisons et prenant en compte la situation de ces deux enfants, et conformément aux articles 3 et 9 de la Convention internationale des droits de l'enfant ratifiée par la France qui prévoient que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale et que l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre leur gré, le Défenseur des droits invite la formation de jugement à prendre connaissance de l'ensemble de ces observations.
