

Circulaire

Date d'application : immédiate

La garde des sceaux, ministre de la justice

à

Monsieur le Procureur général près la Cour de cassation
Mesdames et Messieurs les Procureurs généraux près les cours d'appel
Monsieur le Procureur près le tribunal supérieur d'appel

Pour attribution

Monsieur le Premier président de la Cour de cassation
Mesdames et Messieurs les Premiers présidents des cours d'appel
Monsieur le Président du tribunal supérieur d'appel
Monsieur le Directeur de l'Ecole Nationale de la Magistrature

Pour information

N°NOR : JUSC1416688C

N° CIRCULAIRE : CIV/07/13

Référence de classement : 203-09/C1/3-6-5-4/MCG

OBJET : Effets juridiques du recueil légal en France.

MOTS-CLÉS : Recueil légal – kafala – reconnaissance de plein droit – action en opposabilité – adoption de l'enfant devenu français.

TEXTES SOURCES : Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 – article 370-3 du code civil - Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable à la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants - Convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition du 27 août 1964 - Convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc du 5 octobre 1957.

Publication : La présente circulaire sera publiée au *Bulletin officiel du ministère de la justice* (BOMJ) et diffusée sur l'intranet de la Direction des affaires civiles et du sceau du ministère de la justice.

MODALITES DE DIFFUSION

INTRANET

Transmission en un exemplaire à chaque destinataire à charge pour lui d'en assurer la diffusion auprès des parquets de son ressort

Table des matières

| | | |
|-----------------|--------------------------------------------------------------------------|------------------|
| <u>1</u> | <u>LES CONTOURS DU RECUEIL LEGAL DANS LES PAYS D'ORIGINE</u> | <u>3</u> |
| 1.1 | LE RECUEIL D'UN ENFANT DANS LES PAYS DE DROIT MUSULMAN | 3 |
| 1.2 | ETABLISSEMENT ET EFFETS DE LA « KAFALA » ALGERIENNE ET MAROCAINE | 4 |
| 1.2.1 | LA « KAFALA » EN ALGERIE | 4 |
| 1.2.2 | LA « KAFALA » AU MAROC | 4 |
| | | |
| <u>2</u> | <u>EFFETS JURIDIQUES DU RECUEIL LEGAL EN FRANCE</u> | <u>5</u> |
| 2.1 | RECONNAISSANCE DE LA DECISION JUDICIAIRE DE RECUEIL LEGAL | 5 |
| 2.1.1 | LE PRINCIPE : LA RECONNAISSANCE DE PLEIN DROIT | 5 |
| 2.1.2 | LES ACTIONS A FIN DE RECONNAISSANCE | 6 |
| 2.1.2.1 | L'exequatur | 6 |
| 2.1.2.2 | L'action en opposabilité à titre incident | 8 |
| 2.2 | REGIME DE LA DECISION DE RECUEIL LEGAL EN FRANCE | 8 |
| 2.2.1 | LE RECUEIL LEGAL, UNE PROTECTION QUI NE CREE PAS DE LIEN DE FILIATION | 8 |
| 2.2.1.1 | Le recueil légal n'est pas une adoption | 8 |
| 2.2.1.2 | Le recueil légal est une mesure de protection de l'enfant | 9 |
| 2.2.2 | DELEGATION D'AUTORITE PARENTALE OU TUTELLE | 9 |
| 2.2.3 | SITUATION DES ENFANTS EN CAS DE SEPARATION DES RECUEILLANTS | 11 |
| | | |
| <u>3</u> | <u>L'ADOPTION DE L'ENFANT RECUEILLI</u> | <u>11</u> |
| 3.1 | L'ADAPTABILITE DE L'ENFANT EN VERTU DE L'APPLICATION DE LA LOI FRANÇAISE | 11 |
| 3.2 | LES CONSENTEMENTS REQUIS POUR L'ADOPTION DE L'ENFANT DEvenu FRANÇAIS | 12 |
| 3.2.1 | L'ENFANT AYANT DES PARENTS CONNUS ET VIVANTS | 12 |
| 3.2.2 | L'ENFANT ORPHELIN OU ABANDONNE | 13 |

L'attention de la Chancellerie a été appelée sur la nécessité de clarifier la situation juridique en France des enfants ayant fait l'objet d'une mesure de « kafala » dans leur pays d'origine, dénommée en droit français sous le terme de « recueil légal »¹.

En effet, il apparaît que les personnes qui ont recueilli un enfant selon cette modalité rencontrent des difficultés administratives. Or, celles-ci pourraient être, pour certaines, surmontées par une meilleure connaissance de la mesure étrangère et par une meilleure prise en compte des effets de celle-ci dans notre ordre juridique interne.

Aussi, la présente circulaire a pour objet de présenter les contours du recueil légal dans les pays d'origine, d'en préciser les effets en France et de rappeler les conditions dans lesquelles un enfant ayant fait l'objet d'un recueil légal et devenu français peut être adopté.

1 Les contours du recueil légal dans les pays d'origine

Le recueil légal est une institution étrangère qui permet le recueil d'un enfant par une personne ou un couple dont l'un au moins des conjoints est de confession musulmane (1.1). Les enfants ainsi recueillis et résidant en France sont principalement d'origine marocaine et algérienne (2.2).

1.1 Le recueil d'un enfant dans les pays de droit musulman

Le droit musulman, prohibant l'adoption², connaît une institution, la « kafala »³, qui permet de confier un enfant, durant sa minorité, à une personne ou un couple dont l'un des conjoints au moins est de confession musulmane (le « kafil »)⁴ afin qu'il assure bénévolement sa protection, son éducation et son entretien.

Le recueil légal peut concerner des enfants abandonnés ou délaissés mais aussi des enfants ayant des parents qui ne peuvent matériellement ou moralement les élever.

Le recueil légal est une mesure de protection pour des enfants mineurs. Elle cesse de produire effet à la majorité de l'enfant (en Algérie, à 19 ans et au Maroc, à 18 ans ou pour les filles jusqu'à leur mariage ou leur autonomie financière⁵) ou sur décision de l'autorité qui a prononcé la mesure⁶.

¹ Dans un avis publié au journal officiel n°0282 du 5 décembre 2013, la commission générale de terminologie et de néologie a introduit l'expression de recueil légal afin de traduire la kafala et l'a défini comme l'engagement de prendre en charge un enfant mineur sans création de lien de filiation.

² La Turquie, l'Indonésie et la Tunisie permettent toutefois l'adoption.

³ La kafala se distingue du tanzil qui consiste à conférer à une tierce personne la qualité d'héritier.

⁴ La commission générale de terminologie et de néologie recommande l'emploi du terme de « recueillant » pour désigner le kafil.

⁵ Au Maroc, pour les enfants handicapés, la kafala perdure au-delà de la majorité jusqu'à leur mariage ou leur autonomie financière.

⁶ Au Maroc, la kafala prend également fin en cas de décès de l'enfant soumis à kafala, du décès des époux ou de la femme seule assurant la kafala, d'incapacité conjointe des époux ou de la femme seule assurant la kafala ou de la dissolution de l'établissement, organisme ou association assurant la kafala.

1.2 Etablissement et effets de la « kafala » algérienne et marocaine

1.2.1 La « kafala » en Algérie

➤ Modalité d'établissement de la « kafala »

En Algérie, la « kafala » peut être notariale ou judiciaire.

La « **kafala** » **notariale** est prononcée par un officier ministériel, un notaire, sans contrôle judiciaire, tandis que « **la kafala judiciaire** » est prononcée par le président du tribunal. La kafala notariale homologuée par un juge peut être considérée comme judiciaire et produisant les mêmes effets⁷.

Dans tous les cas, le juge ou le notaire doit vérifier que la mesure est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Pour prononcer une « kafala » à l'égard d'un enfant dont la filiation est connue, l'accord écrit du ou des deux parents est requis (art 117 du code de la famille algérien).

➤ Effets de la « kafala »

La « kafala » emporte automatiquement délégation de l'autorité parentale.

Si l'enfant n'a pas de filiation établie à l'égard de son père, le « kafil » peut donner son nom à l'enfant recueilli, à condition de recueillir l'avis de la mère si elle est connue. L'enfant recueilli ne figure toutefois pas sur le livret de famille du « kafil ».

S'agissant des droits successoraux, le « kafil » peut léguer à l'enfant recueilli un tiers de ses biens. Au-delà, l'accord des héritiers est nécessaire.

1.2.2 La « kafala » au Maroc

Au Maroc également, la « kafala » peut être judiciaire ou adoulaire.

➤ La « kafala » judiciaire

Depuis la loi du 13 juin 2002 (Dahir n° 1-02-172), les « kafalas » judiciaires concernent « *les enfants, nés de parents inconnus ou d'une mère connue l'ayant abandonné de son plein gré, orphelins ou ayant des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ayant des parents dissolus, dévoyés ou de mauvaise conduite, voire déchus de leur tutelle légale ne disposant pas de moyens légaux de subsistance* ».

• **Pouvoirs du juge** : Avant de prononcer une « kafala », le juge ordonne une enquête et vérifie que la mesure est conforme à l'intérêt de l'enfant. L'enfant de plus de douze ans doit donner son consentement. En tout état de cause, les enfants sont entendus lorsqu'ils ont atteint l'âge du discernement.

En cas de rupture du lien conjugal qui unit les personnes qui ont recueilli l'enfant, le juge des tutelles marocain confie la mesure à l'un des membres du couple ou à un tiers et organise les droits de visite de l'autre membre du couple et le cas échéant des parents d'origine.

• **Effets de la « kafala »** : La décision relative à l'octroi de la « kafala » ou à son annulation est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant, mais n'est pas indiquée sur les copies des actes délivrées.

⁷ Telle est l'analyse du directeur algérien des affaires civiles.

Les décisions accordant une « kafala » au Maroc emportent attribution de l'autorité parentale au « kafil » sans qu'il soit nécessaire qu'une mention expresse en ce sens apparaisse dans la décision. En effet, en droit marocain, la « kafala » judiciaire n'est pas un simple engagement à assurer l'entretien d'un enfant, mais confère aux « kafils » les obligations relatives à la garde et la protection du mineur. A cet égard, celui qui assure la « kafala » bénéficie ainsi des indemnités et allocations sociales allouées aux parents et est civilement responsable des actes de l'enfant. Si la « kafala » n'emporte pas, en principe, de changement de nom pour l'enfant recueilli, une procédure administrative, engagée ultérieurement, est toutefois possible à cette fin.

La « kafala » n'a pas d'effet en matière successorale. Si le « kafil » entend faire un don ou un legs à l'enfant recueilli, il doit soumettre le contrat au juge des tutelles qui vérifie la conformité du projet avec l'intérêt de l'enfant.

Lorsque la personne qui a recueilli l'enfant souhaite quitter le territoire marocain, le juge des tutelles doit donner son autorisation. Après le départ de l'enfant à l'étranger, les autorités consulaires marocaines du lieu de résidence de l'enfant peuvent être amenées à suivre sa situation et à contrôler son éducation. Pour le droit marocain, l'enfant reste sous le contrôle des autorités marocaines ou des autorités consulaires lorsqu'il se trouve à l'étranger⁸.

➤ **La « kafala » adoulaire au Maroc**

La « kafala » adoulaire, assimilable à un contrat, résulte d'un acte dressé par un adoul (dont le rôle s'apparente à celui d'un notaire). Elle correspond à une prise en charge intrafamiliale et peut être conclue sans condition.

Même homologuée⁹, elle ne produit pas les effets d'une « kafala » judiciaire. En effet, il n'y a aucun contrôle judiciaire ou administratif sur les conditions d'exécution de la « kafala » adoulaire qui, même sur le territoire marocain, n'a que des effets limités, notamment à l'égard des administrations ou des services sociaux.

En particulier, contrairement à la « kafala » judiciaire des enfants abandonnés, cette « kafala » ne fait pas disparaître les droits et les obligations des parents à l'égard de l'enfant confié à des tiers.

2 Effets juridiques du recueil légal en France

2.1 Reconnaissance de la décision judiciaire de recueil légal

2.1.1 Le principe : la reconnaissance de plein droit

La décision judiciaire de recueil légal est, comme toute décision relative à l'état des personnes, reconnue de plein droit sur le territoire français, sans formalité particulière, dès lors que sa régularité internationale n'est pas contestée¹⁰.

⁸ Cf infra 2.2.2 et 2.2.3 sur la compétence du juge français.

⁹ Le jugement d'homologation confère seulement à l'acte adoulaire un caractère authentique.

¹⁰ Cass. Req., 3 mars 1930, S. 1930, 1, p 377, arrêt Hainard, généralisant le principe énoncé dans l'arrêt Bulkley, (Cass. Civ., 28 février 1860 : S. 1860, 1, p.210).

La convention franco-marocaine d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition du 5 octobre 1957¹¹ et la convention franco-algérienne relative à l'exequatur et à l'extradition du 27 août 1964¹² énoncent que pour avoir de plein droit l'autorité de la chose jugée en France, les décisions contentieuses ou gracieuses rendues par une juridiction siégeant au Maroc ou en Algérie doivent réunir les conditions de compétence internationale de la juridiction, de régularité de la citation ou de la comparution des parties, du caractère exécutoire de la décision et de l'absence de contrariété de celle-ci à l'ordre public français ou à une décision rendue en France.

Il n'est donc en principe pas nécessaire de solliciter l'exequatur de la décision judiciaire prononçant le recueil légal.

2.1.2 Les actions à fin de reconnaissance

2.1.2.1 L'exequatur

Bien que non nécessaire, il est néanmoins possible de solliciter l'exequatur d'une décision judiciaire de recueil légal afin de confirmer ses effets en France.

En pratique, un jugement d'exequatur permet aux personnes qui recueillent l'enfant de prouver plus facilement, à l'aide d'une décision française, le rapport qui les unit à l'enfant et sa prise en charge. Il est, en effet, plus aisé pour les administrations de se référer à une décision française notamment, pour l'octroi de certains droits (prestations sociales, bourse,...).

Il arrive donc fréquemment que les tribunaux de grande instance¹³ soient saisis d'une demande d'exequatur.

Le contrôle exercé par le tribunal de grande instance varie selon qu'il existe ou non une convention avec le pays dont émane la décision de recueil légal.

¹¹ Article 16 de la Convention franco-marocaine :
« a. La décision émane d'une juridiction compétente selon les règles de droit international privé admises dans les pays où la décision est exécutée sauf renonciation de l'intéressée ;
b. les parties ont été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes ;
c. la décision est, d'après la loi du pays où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution ;
d. la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public du pays où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans ce pays. Elle ne doit pas non plus être contraire à une décision judiciaire prononcée dans ce pays et possédant à son égard l'autorité de la chose jugée. »

¹² Article 1^{er} de la Convention franco-algérienne :
« a. La décision émane d'une juridiction compétente selon les règles concernant les conflits de compétence admises dans l'État où la décision doit être exécutée ;
b. les parties ont été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes, selon la loi de l'État où la décision a été rendue ;
c. la décision est, d'après la loi de l'État où elle a été rendue, passée en force de chose jugée et susceptible d'exécution ;
d. la décision ne contient rien de contraire à l'ordre public de l'État où elle est invoquée ou aux principes de droit public applicables dans cet État. Elle ne doit pas non plus être contraire à une décision judiciaire prononcée dans cet État et possédant à son égard l'autorité de la chose jugée. »

¹³ La compétence du tribunal de grande instance en matière d'exequatur trouve son fondement à l'article R212-8 du COJ qui dispose que « le tribunal de grande instance connaît à juge unique des demandes en reconnaissance et en exequatur des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que des sentences arbitrales françaises ou étrangères. Le juge peut toujours renvoyer une affaire en l'état à la formation collégiale. Cette décision est une mesure d'administration judiciaire ».

➤ **L'exequatur d'une décision de recueil légal prononcée par un pays qui n'a pas signé de convention avec la France**

Pour accorder l'exequatur en dehors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude ; le juge de l'exequatur n'a donc pas à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois française¹⁴.

➤ **L'exequatur d'une décision marocaine ou algérienne de recueil légal**

Les conventions franco-marocaine et franco-algérienne précitées prévoient que l'exequatur est accordé à la demande de toute partie intéressée, par l'autorité compétente si les conditions pour jouir de l'autorité de la chose jugée (cf. supra 2.1.1) ont été respectées.

Il appartient aux parties de fournir au tribunal les pièces nécessaires mentionnées dans les conventions précitées afin de permettre la reconnaissance de la décision algérienne ou marocaine instaurant la mesure de recueil légal.

Si l'exequatur des décisions judiciaires de recueil légal ne pose pas de difficultés majeures¹⁵, une vigilance particulière devra être portée en cas de demande d'exequatur d'un acte de recueil légal notarial ou adoulaire homologué par un juge. La jurisprudence a pu refuser d'accorder l'exequatur en estimant que le recueil légal ne résultait pas d'une décision prise par l'autorité judiciaire dès lors qu'en l'homologuant, le juge étranger n'avait fait qu'attester de la régularité formelle de l'acte¹⁶.

En revanche, les juridictions du fond prononcent l'exequatur lorsque l'intervention du juge étranger homologuant l'acte de recueil légal constitue une garantie suffisante de la régularité de l'acte, de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant et de la conformité de l'acte à l'ordre public international français¹⁷.

L'acte de recueil légal adoulaire ou notarial non homologué ne pouvant en aucun cas être considéré comme une décision émanant d'une autorité judiciaire, vous veillerez à rendre, dans ce cas, un avis défavorable à la demande d'exequatur¹⁸.

¹⁴ Cass. 1^{ère} civ 20 févr. 2007, n°05-14-082, Cornelissen et Cass. 1^{ère} Civ 30 janvier 2013 *Gazprombank* n°1110588 ; Pour une présentation exhaustive des conditions, voir Circulaire Civ/05/11 du 28 octobre 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation (IGREC), n° 391

¹⁵ Cf note 17 pour les jurisprudences prononçant l'exequatur.

Contra, dans un arrêt isolé, la cour d'appel de Toulouse du 24 septembre 2013, a confirmé le refus de prononcer l'exequatur au motif que la procédure de « kafala » judiciaire n'avait pas été respectée au regard des dispositions de la loi marocaine qui impose au « kafil » souhaitant quitter le territoire d'obtenir une autorisation, RG, 13/02426.

¹⁶ Pour une « kafala » marocaine, cour d'appel de Toulouse, 1^{ère} chambre section 2, 31 mai 2011 n° RG 10/04660 ;

¹⁷ Pour une « kafala » marocaine, cour d'appel de Paris, Pôle 1 chambre 1, 15 octobre 2009, n° RG 08/11059 ; cour d'appel de Toulouse, 1^{ère} chambre section 2, 18 juin 2013, n°RG 12/05615 ; Pour le directeur algérien des affaires civiles, la « kafala » notariale homologuée par un juge a les mêmes effets qu'une « kafala » judiciaire. Le juge algérien ayant effectué les vérifications nécessaires, elle pourrait ainsi faire l'objet d'un exequatur

¹⁸ Pour une « kafala » marocaine, cour d'appel d'Agen, 1^{ère} chambre, 6 novembre 2008, n° RG 08/00376

➤ La décision d'exequatur

L'exequatur d'une décision prononçant le recueil légal ne permet pas de mentionner celui-ci sur les registres de l'état civil, dès lors qu'il ne crée pas de lien de filiation et n'affecte pas l'état des personnes.

Si le juge du contrôle de la régularité de la décision étrangère ne peut en principe connaître d'autres demandes que celle tendant à l'exequatur de la décision, il peut en revanche, statuer sur une demande dès lors que celle-ci n'a pas été soumise au juge étranger et qu'elle se présente comme une conséquence nécessaire de la décision étrangère. Ainsi, les cours d'appel de Paris et de Toulouse ont pu préciser que la décision de recueil légal dont elles avaient à connaître produisait les effets d'une délégation d'autorité parentale¹⁹. Dans la mesure où une telle précision sera très utile pour faciliter les démarches des recueillants en France, le ministère public veillera à formuler des observations afin que cette question puisse être évoquée dans les débats.

2.1.2.2 L'action en opposabilité à titre incident

A l'occasion du divorce ou de la séparation du couple ayant recueilli l'enfant, le juge aux affaires familiales peut être saisi de demandes concernant l'enfant : il est alors compétent pour opérer un contrôle de la régularité internationale à titre incident de la décision de recueil légal²⁰.

2.2 Régime de la décision de recueil légal en France

Si le recueil légal n'est pas une adoption, il constitue toutefois une protection particulière pour l'enfant (2.1.1). Inconnu dans l'ordre juridique français, il est assimilé à une délégation d'autorité parentale ou une tutelle (2.2.2).

2.2.1 Le recueil légal, une protection qui ne crée pas de lien de filiation

2.2.1.1 Le recueil légal n'est pas une adoption

La loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale a introduit l'article 370-3 du code civil. Son deuxième alinéa prévoit que « *l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si le mineur est né et réside habituellement en France* ».

Cette disposition a été adoptée à l'unanimité par le Parlement français, afin de respecter la souveraineté des Etats prohibant l'adoption, et de se conformer aux exigences de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur l'adoption internationale, qui impose de s'assurer de l'adoptabilité d'un enfant au regard de sa loi personnelle²¹.

¹⁹ Pour une kafala algérienne, cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, 9 juin 2011, n° RG 10/18164 ; cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, 16 octobre 2012 n° RG 11/23072 ; Pour une kafala marocaine, cour d'appel de Paris, pôle 1 – chambre 1, 23 avril 2013, n° RG 12/07755 ; cour d'appel de Toulouse, 1^{ère} chambre section 2, 18 juin 2013, n°RG 12/05615.

²⁰ Cass., 1^{ère} civ., 10 mai 2007, pourvoi n° K06-12.476.

²¹ L'article 4 de la convention de la Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale du 29 mars 1993 prévoit que *les adoptions visées par la convention ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'Etat d'origine ont établi que l'enfant est adoptable*.

Faisant application de l'article 370-3 du code civil, la Cour de cassation a clairement affirmé à plusieurs reprises que le recueil légal n'était pas assimilable à une adoption simple ou plénière²².

2.2.1.2 Le recueil légal est une mesure de protection de l'enfant

➤ La « kafala » est reconnue par les conventions internationales

L'article 20 de la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 prévoit expressément que la « kafala » est une mesure de protection au même titre que l'adoption. Par ailleurs, la « kafala » est reconnue comme une mesure tendant à la protection de l'enfant par la convention de la Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des enfants du 19 octobre 1996²³ et entre ainsi dans son champ d'application.

➤ La conformité du droit interne aux conventions internationales

Dans ses arrêts du 25 février 2009 et du 15 décembre 2010²⁴, la Cour de cassation s'est prononcée sur la conformité de l'alinéa 2 de l'article 370-3 du code civil, qui empêche l'adoption d'un enfant dont la loi prohibe l'institution, aux différentes conventions internationales. Elle a ainsi estimé que le refus d'assimiler la « kafala » à une adoption n'établissait pas de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant dès lors que la « kafala », reconnue par la convention internationale des droits de l'enfant, préservait, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant.

➤ La conformité du droit interne à la convention européenne des droits de l'homme

La Cour Européenne des Droits de l'Homme, dans son arrêt *Harroudj contre France* en date du 4 octobre 2012²⁵, a, dans la même affaire que celle ayant donné lieu à l'arrêt du 24 février 2009 précité, adopté une position similaire. Elle a ainsi estimé que le refus de prononcer l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle prohibe l'institution ne constitue pas une ingérence dans la vie familiale de la femme qui a recueilli l'enfant et ne porte pas atteinte au respect de sa vie privée et familiale.

2.2.2 Délégation d'autorité parentale ou tutelle

➤ Compétence et loi applicable

S'agissant des juridictions compétentes, le règlement (CE) du Conseil n°2201/2003 du 27 novembre 2003, dit Bruxelles II bis, qui s'applique notamment au droit de garde, au droit de visite, à la tutelle et aux institutions analogues, prévoit à l'article 8 que les juridictions d'un Etat membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet Etat membre au moment où la juridiction est saisie.

²² Cass, 1^{ère} civ., 10 octobre 2006 ; n° 06-15.265 et 06-15.264 ; Cass, 1^{ère} civ., 9 juillet 2008, n° 07-20.279, Cass, 1^{ère} civ., 15 décembre 2010, n° G 09-10.439.

²³ Entrée en vigueur en France le 1^{er} février 2011 et le 2 décembre 2002 au Maroc.

²⁴ Cass., 1^{ère} civ., 25 février 2009 n° 08-11.033; Cass., 1^{ère} civ., 15 déc. 2010 n° 09-10.439.

²⁵ Procédures, n° 11, Novembre 2012, comm. 327.

Ainsi, dès lors que l'enfant vit en France, le juge français sera compétent pour intervenir²⁶.

S'agissant de la loi applicable, l'article 15 de la convention de la Haye du 19 octobre 1996 prévoit que les autorités de l'État appliquent leur loi et qu'en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre État contractant, la loi de cet autre État régit, à partir du moment où le changement est survenu, les conditions d'applications des mesures prises dans l'État de l'ancienne résidence habituelle.

Il résulte de cette disposition que pour un enfant recueilli par « kafala » et vivant en France, la loi française sera applicable pour mettre en œuvre cette mesure.

➤ Distinction selon la situation de l'enfant

Le droit français ne connaissant pas le recueil légal, il convient de permettre à l'enfant et à la personne qui le prend en charge de bénéficier d'un cadre juridique traduisant les effets de la mesure prononcée à l'étranger. Le recueillant, désigné par la décision étrangère pour assurer l'éducation de l'enfant devra exercer ses pouvoirs dans les conditions prévues par la loi française.

A cet égard, deux situations paraissent devoir être distinguées :

- **Pour les enfants sans filiation connue ou orphelins** : dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins, le recueil légal produit en France des effets comparables à ceux d'une tutelle qui serait ouverte au motif que l'enfant n'a pas de filiation légalement établie ou que ses parents sont décédés. Le recueillant ayant été désigné pour prendre en charge l'enfant, sa situation est semblable à celle d'un tuteur²⁷.

Vous veillerez en conséquence à ce que dans de telles situations, les magistrats du parquet sollicitent ou apportent leur soutien à l'ouverture de la mesure de protection, afin que la situation juridique des enfants en France soit clarifiée, notamment en l'absence de décision d'exequatur ou lorsque celle-ci n'a pas précisé les effets du recueil légal en France. Lorsque le recueillant saisit le juge des tutelles, sauf élément nouveau depuis la décision étrangère, le ministère public, s'il est sollicité, pourra émettre un avis favorable à voir désigner le recueillant comme tuteur.

- **Pour les enfants avec une filiation établie et des parents vivants** : dans le cas d'enfants ayant une filiation établie, le recueil légal produit des effets semblables à ceux d'une délégation d'autorité parentale totale ou partielle²⁸ et permet ainsi au juge aux affaires familiales d'ordonner une délégation d'autorité parentale²⁹.

²⁶ Il convient de noter que la convention de la Haye du 19 octobre 1996, ratifié par le Maroc, applicable aux mesures de protection -et donc aux kafalas- prévoit des dispositions identiques. Il ressort de l'article 5 que les autorités françaises, sont compétentes pour prendre des mesures tenant à la protection et à la responsabilité parentale de l'enfant dès lors qu'il a sa résidence habituelle en France. Il est expressément précisé qu'en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant dans un autre Etat contractant, les autorités de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle sont compétentes.

²⁷ La tutelle s'organisera avec un conseil de famille en application de l'article 398 du code civil. Si le recueil légal a été confié à un couple, ses deux membres pourront chacun être désignés comme tuteurs en vertu de l'article 405 du code civil.

²⁸ Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, 9 juin 2011, n° RG 10/18164 ; Cour d'appel de Paris, Pôle 1 - Chambre 1, 16 octobre 2012, n° RG 11/23072.

²⁹ Cour d'appel d'Agen, 1^{er} chambre, 3 février 2011, n° RG 10/01541.

2.2.3 Situation des enfants en cas de séparation des recueillants

En cas de séparation des recueillants, dès lors que l'enfant vit en France, le juge français est compétent pour statuer sur sa résidence, conformément au règlement Bruxelles II bis et appliquera la loi française conformément aux dispositions de la convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable à la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesure de protection des enfants³⁰.

3 L'adoption de l'enfant recueilli

L'enfant ayant acquis la nationalité française par déclaration conformément aux dispositions de l'article 21-12 du code civil, peut être adopté (3.1). Pour autant, son adoption suppose, comme pour toute adoption, le recueil du consentement des personnes habilitées (3.2).

3.1 L'adoptabilité de l'enfant en vertu de l'application de la loi française

Dès lors qu'il est de nationalité française³¹, l'enfant recueilli par « kafala » est adoptable au regard du droit français.

Les juridictions du fond ont ainsi admis l'adoption de l'enfant recueilli par « kafala » et devenu français³². Ecartant l'application du deuxième alinéa de l'article 370-3, elles ont considéré que l'adoption de l'enfant était soumise à la loi française en vertu du premier alinéa de l'article 370-3 qui désigne la loi des adoptants.

Dans un arrêt du 4 décembre 2013³³, la Cour de cassation a rappelé que les conditions de l'adoption de l'enfant devenu français étaient régies par la loi française conformément à l'article 3 du code civil, excluant ainsi l'application de la loi étrangère et l'existence d'une fraude à la loi³⁴.

Cette position est conforme à l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme du 4 octobre 2012 *Harroudj contre France*. En effet, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a considéré que l'acquisition de la nationalité française permettait à l'enfant d'être adopté lorsqu'il a été recueilli par une personne de nationalité française et « *qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, la France qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leurs pays*

³⁰ La cour d'appel de Lyon a ainsi confirmé une ordonnance de non conciliation aux termes de laquelle le juge aux affaires familiales avait statué sur la résidence et les modalités du droit de visite et d'hébergement concernant un enfant recueilli par kafala. La cour estimant que la kafala s'assimilait à une délégation d'autorité parentale a retenu la compétence du juge français en application de l'article 8 du règlement du conseil n°2201/2003 du 27 novembre 2003 et appliqué la loi française en vertu de l'article 15 de la convention de la Haye du 19 octobre 1996, 29 janvier 2013, n° RG 11/02035.

Dans le cas où la kafala serait assimilée à une tutelle, le juge français compétent devrait être le juge des tutelles, le conseil de famille étant chargé aux termes de l'article 401 du code civil de régler les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur.

³¹ Lorsqu'un individu a plusieurs nationalités dont la nationalité française, celle-ci est seule prise en considération par les juridictions françaises, Civ, 1^{ère} 17 juin 1968, Bull n° 175.

³² Cour d'appel de Paris, 15 février 2011, Pôle 3, chambre 6, n° RG 10/12718 ; Cour d'appel de Douai, chambre 7, section 1, 05/04/2012, n° RG 11/02964.

³³ Cass., 1^{ère} civ., 4 dec 2013, n° 12-26.161.

³⁴ L'arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 25 juin 2012, qui faisait l'objet du pourvoi s'appuyait sur le mécanisme du conflit mobile, pour conclure que l'acquisition de la nationalité française de l'enfant recueilli par kafala ne permettait pas d'écartier la loi étrangère qui régissait le lien de filiation entre l'enfant et sa mère, dénommée dans l'acte de naissance et que l'enfant ne pouvait pas être adopté, n° RG 11/579.

d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante ».

Vous veillerez en conséquence à ce que soit donné, sous réserve que les autres conditions légales soient remplies et notamment de l'intérêt de l'enfant, un avis favorable à ces demandes dans le cadre des dossiers d'adoption.

3.2 Les consentements requis pour l'adoption de l'enfant devenu français

L'adoption de l'enfant suppose que ses parents ou son représentant légal y consentent expressément.

S'agissant du consentement du représentant légal de l'enfant, l'article 370-3 alinéa 3 énonce une règle matérielle indépendante du contenu de la loi de l'adopté. L'exigence du consentement s'apprécie ainsi indépendamment du droit du pays de l'enfant.

En revanche, pour déterminer la personne habilitée à consentir à l'adoption et la forme du consentement, il convient de se référer à la loi de l'adopté. L'enfant recueilli par « kafala » ayant acquis la nationalité française par déclaration, il convient d'appliquer les articles 348 et suivants du code civil. Le recueil du consentement des parents d'origine imposé par la loi française conduit alors à distinguer la situation de l'enfant abandonné ou orphelin (3.3.2) de celle où ses parents d'origine sont connus et vivants (3.3.1).

3.2.1 L'enfant ayant des parents connus et vivants

La situation de l'enfant ayant une filiation connue s'apprécie différemment de celle de l'enfant dépourvu de filiation, tant au regard de son intérêt à l'adoption que des conditions requises pour prononcer celle-ci.

La Cour de cassation, dans un arrêt de la première chambre civile du 22 octobre 2002³⁵ a rappelé que lorsque les conditions de l'adoption plénière sont régies par la loi française des adoptants, le consentement exprès et éclairé des parents de l'enfant, qui peut être recueilli par tous moyens, est une exigence de droit matériel qui ne peut être satisfaite par une délibération du conseil de famille.

Statuant pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2011 sur les consentements requis pour prononcer l'adoption d'un enfant devenu français, la première chambre civile a, dans son arrêt du 4 décembre 2013, estimé qu'en vertu de l'article 348-2 du code civil, le consentement à l'adoption ne pouvait être donné par le conseil de famille que lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale ou encore lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie. La Cour a estimé que le recueil légal, qui avait été motivé par l'impossibilité pour la mère de pouvoir subvenir aux besoins de l'enfant et non par son désintérêt volontaire, ne lui avait pas fait perdre ses droits d'autorité parentale³⁶.

Dans la mesure où le recueil légal est une mesure temporaire et révocable, il pourrait être contestable, pour justifier le recours au consentement du conseil de famille prévu à l'article 348-2 du code civil, de considérer que les parents ont perdu tous leurs droits d'autorité parentale, et ce d'autant que, pour les enfants ayant des parents connus et vivants, le recueil légal est assimilé à une délégation d'exercice de l'autorité parentale.

³⁵ N°00-12.360, (il s'agissait d'une affaire où la loi du 6 février 2001 ne s'appliquait pas)

³⁶ En outre, dans cette situation, le juge marocain ayant prononcé la kafala s'était désigné tuteur datif de l'enfant, créant avec lui un lien juridique permanent.

Dès lors, il ne paraît pas envisageable, en l'état des accords internationaux ratifiés par la France, de considérer que l'enfant ayant des parents connus et vivants pourra être adopté, sauf si les parents ont valablement consenti à l'adoption de leur enfant³⁷.

L'enfant recueilli par « kafala » pourra cependant être adopté en la forme simple à sa majorité.

3.2.2 L'enfant orphelin ou abandonné

Si l'enfant recueilli par « kafala » a été abandonné (aucune filiation n'est établie) ou est orphelin, il n'est, par hypothèse, pas possible de recueillir le consentement de ses parents d'origine.

L'article 348-2 du code civil prévoit que lorsque les père et mère de l'enfant sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui, dans les faits, prend soin de l'enfant et qu'il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie.

Ainsi, les personnes qui souhaitent adopter l'enfant qu'elles ont recueilli par kafala doivent, en premier lieu, si cela n'a pas déjà été fait, saisir le juge des tutelles mineurs³⁸ afin d'obtenir du conseil de famille le consentement requis³⁹.

Le conseil de famille, composé par le juge, comporte au moins quatre personnes qui manifestent un intérêt pour l'enfant. Outre les personnes qui ont recueilli l'enfant, le juge pourra désigner des proches de la personne ou du couple qui a recueilli l'enfant ou des personnes résidant dans le pays d'origine de l'enfant, le vote au sein du conseil de famille pouvant intervenir à distance.⁴⁰ Il pourrait être opportun, dans certains cas pour veiller à préserver pleinement l'intérêt de l'enfant, de requérir la désignation d'un administrateur ad hoc.

C'est en effet en considérant que le consentement donné par le conseil de famille était valable que la jurisprudence a pu admettre l'adoption plénière ou simple d'enfants recueillis par « kafala » devenus français⁴¹.

* * *

³⁷ Pour le directeur algérien des affaires civiles, les parents algériens ne peuvent, en aucun cas, s'extraire de la kafala et consentir à l'adoption de leur enfant.

³⁸ L'article 390 du code civil dispose que « la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale : elle s'ouvre aussi à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie. »

³⁹ En ce sens, cour d'appel de Paris, 15 février 2011, Pôle 3, chambre 6, n° RG 10/12718 ; cour d'appel de Lyon, 2^{ème} chambre A, 18 mars 2014, RG n°13.00527.

⁴⁰ Article 399 du code civil.

⁴¹ En ce sens pour une adoption plénière, cour d'appel de Paris, 15 février 2011, Pôle 3, chambre 6, n° RG 10/12718 ; cour d'appel de Douai, chambre 7, section 1, 4 juillet 2013 et pour une adoption simple, cour d'appel de Douai, chambre 7, section 1, 05/04/2012, n° RG 11/02964.

Je vous saurais gré de bien vouloir me tenir informée, sous le timbre du bureau du droit des personnes et de la famille (C1), de toute difficulté qui pourrait survenir dans la mise en œuvre de la présente circulaire.



Carole CHAMPALAUNE