

N° 353

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2010-2011

Enregistré à la Présidence du Sénat le 10 mars 2011

PROPOSITION DE LOI

relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala,

PRÉSENTÉE

Par M. Alain MILON,
Sénateur

(Envoyée à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, sous réserve de la constitution éventuelle d'une commission spéciale dans les conditions prévues par le Règlement.)

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames, Messieurs,

Les enfants en kafala sont des enfants sans famille, recueillis légalement pour la plupart d'entre eux en Algérie ou au Maroc par des familles venues de différents pays d'Europe, l'Espagne, l'Italie, la Suisse, la Belgique, mais aussi la France. La kafala est un mode de recueil prévu par le Coran et reconnu par la Convention internationale des droits de l'enfant comme une mesure pérenne de protection de l'enfant sans famille : c'est quasiment une adoption dans ses conditions et ses effets, mais c'est une adoption sans filiation.

Les autres pays européens, pragmatiques, reconnaissent la kafala dans tous ses effets et la transforment en adoption, créatrice d'un lien de filiation, afin que les enfants de kafala puissent bénéficier des mêmes droits au sein de leur famille et dans le pays où ils habitent que les autres enfants recueillis régulièrement dans des pays étrangers par des familles adoptives.

Cette position fut celle de la Cour de cassation et de la jurisprudence au cours des années 1990. Dans un arrêt de principe du 10 mai 1995¹, la Cour de cassation a affirmé : « *Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine* ». Faisant application de ce principe, les cours et tribunaux, saisis par les familles de requêtes en adoption d'un enfant recueilli en Algérie ou au Maroc, analysaient les situations au cas par cas, afin de déterminer si le représentant légal du mineur avait donné son consentement à l'adoption et pour quel type d'adoption, puisque le droit français en connaît deux, la plénière et la simple. Cette jurisprudence pragmatique

¹ Civ. 1^{ère} 10 mai 1995 Bull. Civ. – n° 198.

explique en grande partie qu'en 1996², le Parlement, auquel le député Jean-François MATTEI avait présenté une réforme du droit de l'adoption, n'ait pas adopté la norme de conflits de lois que contenait sa proposition initiale, destinée selon lui à ne pas laisser les enfants recueillis en kafala au milieu du gué.

Il faut remarquer que cette orientation de la jurisprudence française n'a jamais empêché les autorités marocaines et algériennes de continuer à confier des enfants en kafala à des familles françaises, en sachant pertinemment que l'adoption serait prononcée en France ; ces autorités n'ont pas alors émis de protestations publiques, ni à notre connaissance officieuses, à cette pratique. En réalité, l'opposition au prononcé de l'adoption des enfants en kafala est venue des services du ministère de la justice. Dans une circulaire du Garde des sceaux du 16 février 1999, destinée au parquet et adressée à l'ensemble des magistrats du siège, il était affirmé que le droit international s'opposait à la constitution en France d'un rapport de filiation sur le fondement d'une kafala, ce lien n'étant pas susceptible d'être reconnu dans le pays d'origine des enfants concernés. Cette circulaire du 16 février 1999 visait globalement à limiter le prononcé de l'adoption plénière aux enfants nés dans les seuls pays connaissant cette institution et ayant ratifié au surplus la Convention de La Haye du 29 mai 1993 et pour les enfants de kafala, à casser ... la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même. C'est donc en réaction à cette circulaire que notre ami Jean-François MATTEI, alors toujours député mais de l'opposition cette fois, a déposé au printemps 2000, une seconde proposition de loi relative à l'adoption, consacrée exclusivement à l'adoption internationale. Fidèle à ses convictions, Jean-François MATTEI entendait permettre le prononcé de l'adoption pour les enfants recueillis régulièrement en kafala à certaines conditions et sous le contrôle du juge français. Les discussions furent âpres tant à l'Assemblée nationale qu'au Sénat, entre partisans du respect absolu de la loi du pays de naissance, par souci de diplomatie essentiellement et les défenseurs du droit des enfants à bénéficier d'une famille.

Le Parlement néanmoins, a voté³ le texte prohibitif proposé par les services du ministère de la justice, lequel figure désormais à l'article 370-3 alinéa 2 du code civil : « *L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur*

² Loi n° 96-604 du 5 juillet 1996 relative à l'adoption, votée à partir d'une proposition de loi de Jean-François MATTEI de septembre 1995.

³ Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

est né et réside habituellement en France. » On ne peut être plus clair : ce texte impose aux juges français d'appliquer la loi du pays de naissance des enfants recueillis en kafala et leur interdit d'appliquer la loi française, contrairement aux règles énoncées par la loi du 6 février 2001 en matière d'adoption internationale.

Dans un premier temps, les juges du fond se sont montrés réticents à appliquer cette règle nouvelle, qui fige les enfants dans un statut imposé uniquement par leur lieu de naissance, jusqu'à ce que par deux arrêts du 10 octobre 2006, la Cour de cassation leur rappelle fort logiquement qu'en droit français, l'article 370-3 alinéa 2 du code civil interdit de prononcer l'adoption, même simple, d'un enfant né en Algérie ou au Maroc et recueilli dans son pays de naissance en kafala⁴. Depuis ces arrêts de principe, les juges du fond se sont inclinés. Le 25 février 2009, la Cour de cassation a rendu un nouvel arrêt énonçant que le refus de prononcer l'adoption recueilli par kafala ne constitue pas une différence de traitement ni une atteinte au droit de mener une vie familiale normale et ne méconnaît pas l'intérêt supérieur de l'enfant.

Pourtant, le droit français est le seul droit européen à avoir introduit le principe prohibant l'adoption par référence à la loi personnelle de l'enfant. Ceux qui sont recueillis en kafala par des familles espagnoles, italiennes, belges ou suisses, peuvent bénéficier d'une adoption et partant d'une vraie vie familiale dans leur pays d'accueil.

Une autre disposition législative a contribué à modifier le statut des enfants recueillis en kafala, la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité exigeant désormais une durée de recueil de 5 ans pour que l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française, puisse faire une déclaration de nationalité française (article 21-12 du code civil), alors qu'aucune durée n'est exigée en cas d'adoption simple.

En pratique, il en résulte des difficultés quotidiennes pour les familles d'enfants, vis-à-vis des administrations et des organismes sociaux. Certes, le Conseil d'État à plusieurs reprises, a jugé que l'enfant recueilli en kafala a la possibilité d'entrer et de séjourner en France au titre du regroupement familial et au visa de la Convention européenne des droits de l'homme et plus précisément du droit au respect de la vie privée et

⁴ Civ. 1^{ère} 10 octobre 2006, Bull. Civ. I n° 431, cassant, sur pourvois dans l'intérêt de la loi du Procureur Général de la Cour de cassation, deux arrêts de cours d'appel (Reims 2 décembre 2004 - enfant né au Maroc le 6 février 2003 et Toulouse 15 février 2005 - enfant né en Algérie le 28 juin 2002).

familiale. Cependant, les problèmes de la vie quotidienne en France commencent alors. L'ouverture de certains droits sociaux est subordonnée à l'existence d'un lien familial juridiquement établi et les dispositions du code de la sécurité sociale sont à l'origine d'un contentieux important entre les familles et les caisses d'allocations familiales. Sur le plan de l'autorité parentale rien n'est clair, les juristes assimilant la kafala tantôt à une délégation d'autorité parentale, tantôt à une tutelle. Comment dans ces conditions, pouvoir demander aux administrations de faire produire ses pleins effets à la kafala prononcée en Algérie ou au Maroc (différents dans ces deux pays) en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée à l'étranger en matière d'état des personnes ? Pourtant, ce serait là la seule solution juridique, mais pas pratique pour un sou, proposée par les services du ministère de la justice.

En réalité, les enfants recueillis en kafala se trouvent aujourd'hui dans un statut précaire ; ils ne bénéficient pas des mêmes droits que tous les autres enfants résidant sur notre territoire, parce que ces droits reposent d'abord sur le lien de filiation qui les unit à un père et/ou une mère. Le nombre des visas délivrés pour ces enfants n'est pas communiqué. Mais selon les sources algériennes et marocaines, il se situerait entre 150 et 200 par an.

De nombreuses voix se sont élevées depuis 2001 pour dénoncer la discrimination que subissent ces enfants. Notamment, celle de la Défenseure des enfants (rapports de 2004 et de 2005) et celle du Conseil supérieur de l'adoption dans un avis donné en 2007. Le 14 avril 2010, après avoir réuni un groupe de travail sur le sujet, le Médiateur de la République a formulé une proposition de réforme⁵ visant à améliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis par kafala en France, comportant cinq mesures. Dans ce texte qui rappelle les importantes inégalités de traitement subies par ces enfants et qui apparaissent contraires à la Convention des droits de l'enfant, le Médiateur souligne que si les quatre premières, relatives à la procédure d'agrément, à celle de regroupement familial, à la précision des effets juridiques de la kafala et au délai de résidence pour solliciter la nationalité française, pouvant être adoptées à court terme, entraîneraient une amélioration sensible du sort des 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. »**

⁵ Proposition de réforme 10-R.009.

Nous partageons entièrement cette position que nous avons déjà défendue en juin 2006 par le biais d'amendements déposés lors de l'examen en première lecture par le Sénat du projet de loi relative à l'immigration. C'est pourquoi l'objet de cette proposition de loi, qui ne comporte que deux articles, est bien de mettre fin à la discrimination pour les enfants recueillis en kafala résultant de deux articles du code civil.

PROPOSITION DE LOI

Article 1^{er}

Au premier alinéa de l'article 21-12 du code civil, après les mots : « adoption simple », sont insérés les mots : « ou qui a été régulièrement recueilli en kafala ».

Article 2

Le deuxième alinéa de l'article 370-3 du code civil est supprimé.