

LA KAFALA OU RECUEIL LÉGAL

I. La notion de kafala

Si l'adoption est interdite dans certains pays de droit musulman (voir le chapitre sur la prohibition de l'adoption dans les pays de droit musulman, p. 233), il existe une alternative juridique pour les personnes désireuses de recueillir un enfant : il s'agit de la *kafala*.

La *kafala* est une notion de droit musulman, elle consiste à prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur.

Parmi les pays qui pratiquent la *kafala* on compte notamment l'Algérie, l'Arabie Saoudite, le Bahreïn, l'Égypte, les Émirats Arabes Unis, la Jordanie, le Maroc, la Tunisie, la Syrie, etc.

Prévue à l'origine pour venir en aide aux enfants orphelins ou abandonnés, la *kafala* ou recueil légal est également pratiquée au sein des familles ou entre proches. En effet, certains parents qui rencontrent des difficultés pour élever leur enfant choisissent de le confier à des proches. Il arrive fréquemment que des enfants originaires des pays du Maghreb soient ainsi pris en charge par des membres de leur famille qui résident en France.

La *kafala* peut être prononcée sous la forme d'un jugement, il s'agit de la *kafala* judiciaire. La procédure de la *kafala* judiciaire s'effectue, en général, auprès du tribunal civil de première instance. La tutelle de l'enfant est accordée si l'enquête sur la situation familiale, la situation financière et les antécédents judiciaires des futurs tuteurs ou personnes qui souhaitent recueillir l'enfant fait apparaître qu'ils sont aptes à s'en occuper.

Il existe également la *kafala* notariée : il ne s'agit pas d'un jugement mais d'un document rédigé par un notaire et enregistré par le tribunal. Cette forme est plus fréquemment utilisée lorsque l'enfant est confié à des proches mais sa validité n'est pas toujours reconnue en France.

Pour plus de détails, voir les chapitres sur la *kafala* marocaine, p. 241 et la *kafala* algérienne, p. 247.

II. La reconnaissance juridique de la kafala en France

La *kafala* n'a pas son équivalent en droit français. On peut toutefois considérer que la *kafala* judiciaire s'apparente à une délégation de l'autorité parentale. Selon les conventions bilatérales signées entre la France et l'Algérie¹, le Maroc² et la Tunisie³, les décisions en matière civile rendues par les juridictions de ces trois pays ont de plein droit l'autorité de la chose jugée sur le territoire français. Cela signifie que les jugements de *kafala* sont reconnus en France sans qu'il soit nécessaire de faire d'autres démarches.

Toutefois, il peut arriver qu'une administration ou un organisme émette un doute sur la validité de l'acte en France et demande aux personnes qui ont recueilli l'enfant d'entamer une procédure d'*exequatur* (voir le chapitre sur la validité des jugements étrangers en France, p. 25). À l'issue de cette procédure, le jugement étranger pourra produire tous ses effets en France.

1. Convention du 27 août 1964 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relative à l'*exequatur* et à l'extradition.

2. Convention d'aide mutuelle judiciaire, d'*exequatur* des jugements et d'extradition entre la France et le Maroc du 5 oct. 1957.

3. Convention entre la France et la Tunisie relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires du 28 juin 1972.

Si la procédure d'*exequatur* échoue, mieux vaut effectuer une procédure française de délégation de l'autorité parentale voire de tutelle.

La délégation volontaire de l'autorité parentale, totale ou partielle, relève d'un jugement rendu par le juge aux affaires familiales (art. 376 et s du Code civil). Seuls les parents pourront saisir le juge pour demander cette délégation quel que soit l'âge du mineur (voir le chapitre sur l'autorité parentale, p. 251).

Article 377 du Code civil : « Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance.

En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, le particulier, l'établissement ou le service départemental de l'aide sociale à l'enfance qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge aux fins de se faire déléguer totalement ou partiellement l'exercice de l'autorité parentale.

Dans tous les cas visés au présent article, les deux parents doivent être appelés à l'instance. Lorsque l'enfant concerné fait l'objet d'une mesure d'assistance éducative, la délégation ne peut intervenir qu'après avis du juge des enfants. »

La tutelle est prévue lorsque l'un des parents (ou les deux) est décédé ou se trouve privé de l'exercice de l'autorité parentale. Le juge des tutelles désigne alors un administrateur légal chargé de gérer les biens du mineur et de le représenter (art. 389-2 et s du Code civil).

Dans les pays où l'adoption et la *kafala* n'existent pas (par exemple : Afghanistan, Bangladesh, Malaisie, Pakistan) la tutelle obtenue sur place est la procédure la plus utilisée pour permettre la prise en charge d'un enfant. En France, les effets seront les mêmes que ceux de la *kafala*.

III. Les effets de la kafala

A. Les effets de la kafala relatifs à la filiation

En droit français, la *kafala* peut être assimilée à une délégation de l'autorité parentale ou à une tutelle légale qui cesse en général à la majorité de l'enfant.

Même si la *kafala* peut avoir l'apparence d'une adoption simple ou plénière, elle s'en distingue par ses effets.

En effet la *kafala* ne crée pas de lien de filiation contrairement à l'adoption. La *kafala* ne dissout pas les liens de l'enfant avec sa famille d'origine. Il conserve en effet, son nom, sa filiation et sa nationalité. Cependant dans certains pays, la législation permet à l'enfant de porter le nom des personnes qui l'ont recueilli et de le transmettre à ses descendants.

La *kafala* n'ouvre pas de droits sur la succession des personnes qui recueillent l'enfant. Toutefois ces dernières peuvent, si elles le souhaitent, faire bénéficier l'enfant d'une gratification testamentaire : le *tanzil*, qui permet à une tierce personne d'être placée au rang d'héritier.

B. Les effets de la kafala relatifs au séjour en France et à l'acquisition de la nationalité française

1. Le regroupement familial de l'enfant confié à un ressortissant étranger par kafala

L'enfant pouvant bénéficier du regroupement familial est celui qui répond à la définition donnée au dernier alinéa de l'article L 314-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Il s'agit de « l'enfant légitime ou naturel ayant une filiation légalement établie ainsi que de 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. »

Or la *kafala* n'a pas le caractère d'une mesure d'adoption même lorsque l'*exequatur* du jugement étranger a été prononcé par une juridiction française⁴. L'enfant confié par voie de *kafala* n'est donc pas visé par la loi pour le bénéfice du regroupement familial.

4. CAA Lyon, 27 déc. 2001, Merabet, n° 99LY01863.

Cependant, le préfet ne peut pas refuser le regroupement familial de cet enfant si ce refus porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Ainsi la personne qui sollicite la venue en France de l'enfant dans le cadre du regroupement familial doit apporter la preuve de la réalité et de l'intensité des liens affectifs qu'elle entretient avec cet enfant. Elle doit également justifier d'une situation régulière et matériellement stable sur le territoire français démontrant que l'enfant peut être accueilli dans de bonnes conditions⁵.

5. CE, 24 mars 2004, Dra, n° 220434 / CE, 24 mars 2004, ministre des Affaires sociales, n° 249369.

Le refus de regroupement familial est également susceptible de méconnaître l'intérêt supérieur de l'enfant protégé par l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant⁶.

6. CAA Paris, 8 juin 2005, ministre de l'Intérieur, n° 03PA00021.

Enfin, il convient de préciser que, dans ce domaine, **les Algériens bénéficient d'un régime plus favorable**. En effet, l'Accord franco-algérien prévoit qu'un enfant de moins de 18 ans, à charge d'un ressortissant algérien en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne, fait partie des membres de la famille pouvant faire l'objet d'un regroupement familial, à la condition que cela soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Un enfant confié à un ressortissant algérien par une *kafala* judiciaire pourra donc faire l'objet d'une demande de regroupement familial.

2. La délivrance d'un visa à l'enfant confié par kafala en vue de son installation en France

Il faut distinguer deux types de demande de visa :

a. La demande de visa formulée en faveur d'un enfant bénéficiant d'une autorisation d'admission en France au titre du regroupement familial

Comme nous l'avons vu, si la loi ne vise pas l'enfant confié par *kafala* pour le bénéfice du regroupement familial, l'administration peut cependant accorder ce regroupement notamment au regard du droit au respect de la vie familiale de l'intéressé.

Dans ce cas, les autorités consulaires ne peuvent pas refuser la délivrance d'un visa au seul motif que cet enfant n'appartient pas aux catégories légales qui ouvrent droit au regroupement familial⁷.

7. CE, 30 juin 2003, Ouaziz, n° 27844. Voir également en ce sens CE, 30 juil. 2003, Y., n° 223327 / CE, 30 mai 2005, X., n° 266110.

b. La demande de visa formulée en faveur d'un enfant pour lequel n'a pas été sollicité le regroupement familial

Une demande de visa en faveur d'un enfant confié par *kafala* peut être formulée afin de lui permettre de vivre en France sans qu'une demande de regroupement familial n'ait été au préalable déposée et acceptée. Tel sera par exemple le cas lorsque la personne qui recueille l'enfant est de nationalité française. Dans cette hypothèse en effet, la procédure du regroupement familial n'est pas applicable.

Une décision refusant la délivrance du visa ne pourra être prise que dans la mesure où elle ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale ou si elle ne méconnaît pas l'intérêt supérieur de l'enfant.

3. La demande de titre de séjour pour les jeunes entrés en France hors regroupement familial

Le fait d'être confié par *kafala* à une personne résidant en France ne garantit pas à l'enfant concerné le droit d'obtenir un titre de séjour lorsqu'il atteindra sa majorité (âge à partir duquel la détention d'un titre de séjour est obligatoire pour un ressortissant étranger non communautaire).

Le statut de l'enfant recueilli par *kafala* est encore plus fragile depuis la réforme du CESEDA⁸. Avant la loi du 24 juillet 2006, l'article L 313-11, 2° du CESEDA prévoyait la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire au jeune qui en faisait la demande dans l'année qui suivait son dix-huitième anniversaire s'il justifiait avoir sa résidence habituelle en France depuis qu'il avait atteint au plus l'âge de 13 ans. Une nouvelle condition doit aujourd'hui être remplie : le jeune majeur doit justifier « avoir résidé habituellement en France avec au moins un de ses parents légitimes, naturels ou adoptifs. » La *kafala* n'étant pas reconnue comme une adoption, les personnes qui assurent la *kafala* sont considérées comme des tiers et l'enfant recueilli ne peut plus se prévaloir de l'article L 313-11, 2° du CESEDA pour obtenir un titre de séjour.

Dorénavant, le jeune recueilli par *kafala* doit demander la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale » en démontrant que, selon l'article L 313-11, 7° du CESEDA, ses « liens personnels et familiaux en France, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus. » Il pourra aussi fonder sa demande sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui énonce le droit au respect de la vie privée et familiale.

Les critères de l'article L 313-11, 7° du CESEDA laissent une large marge d'appréciation aux services préfectoraux. Le fait que le jeune soit entré tardivement durant la minorité et/ou que ses parents vivent dans son pays d'origine risque de conduire l'administration à lui refuser la délivrance d'un titre de séjour.

8. Les accords bilatéraux signés entre le Gouvernement français et les Gouvernements algérien et tunisien, prévoient un régime spécifique en ce domaine pour les ressortissants de ces États. En effet, un titre de séjour sera délivré de plein droit à un jeune Algérien ou Tunisien entré en France hors regroupement familial, s'il réside habituellement en France depuis qu'il a atteint au plus l'âge de 10 ans.

4. L'acquisition de la nationalité française

Un mineur étranger recueilli par une personne de nationalité française (ou binationale) peut acquérir la nationalité française pendant sa minorité. L'article 21-12 du Code civil prévoit en effet que, peut réclamer la qualité de Français par déclaration de nationalité, l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française depuis au moins cinq années. La déclaration doit être déposée auprès du tribunal d'instance du lieu de résidence du déclarant, par la personne qui exerce à son égard l'autorité parentale, ou par l'enfant dès l'âge de 16 ans. Cette déclaration de nationalité ne peut être faite que jusqu'à la majorité du jeune (si aucune déclaration n'a été déposée avant cet âge, le jeune conservera sa nationalité étrangère et sera donc soumis à l'obligation d'être en possession d'un titre de séjour).

En pratique, il est conseillé au Français qui a pris en charge un enfant par *kafala*, de demander l'*exequatur* du jugement étranger dans les cas de *kafala* judiciaire, ou d'obtenir une décision judiciaire française de délégation de l'autorité parentale ou de tutelle dans les cas de *kafala* notariée. En effet, le juge d'instance devrait considérer que la *kafala* suffit en soi à attester du recueil de l'enfant, mais la production d'un jugement français permettra d'éviter toute contestation.

D'une façon générale, la situation au regard du séjour et de la nationalité est à examiner au cas par cas ; il est conseillé de se renseigner auprès d'une association ou d'un avocat compétents dans ce domaine.