

Des conditions de l'adoption d'un enfant mineur, né de parents inconnus, recueilli par kafala puis devenu français

Jézabel Jannot

Chargée d'enseignement, Université Jean Moulin Lyon 3 et CFPN

18-07-2014

L'arrêt rendu par la cour de Lyon le 18 mars 2014 offre une nouvelle illustration des conditions requises pour l'adoption d'un enfant mineur recueilli par *kafala*. En l'espèce, l'enfant dont il était demandé l'adoption plénière est née en Algérie en 2002, sans filiation établie, et a été recueillie par le couple X. à la suite d'une décision judiciaire de *kafala* en 2003 ; le *kafil* ayant obtenu ensuite l'autorisation d'amener l'enfant en France, où elle réside depuis. Par déclaration souscrite en 2009, l'enfant a acquis la nationalité française (art. 21-12 C. civ.) et, en 2010, elle a été autorisée par décret à porter le nom de famille de ses *koufala*.

L'on sait qu'une décision judiciaire étrangère prononçant une *kafala* ne saurait, en France, ni être reconnue comme valant directement adoption, ni en être considérée comme l'équivalent : l'institution de la *kafala* ne peut être assimilée à une adoption au sens du droit français (Cass. civ. 1^{re}, 10 oct. 2006, n° 06-15.264 et 06-15.265, *Bull. civ. I*, n° 431 et 432 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 juill. 2008, n° 07-20.279) que ce soit du point de vue de son fondement comme de celui de ses effets. En fonction de l'effet recherché en France, elle y est assimilée tantôt à la délégation d'autorité parentale, tantôt à la tutelle, aucune de ces institutions ne permettant toutefois une assimilation globalement satisfaisante, ainsi que l'a expliqué une abondante doctrine (dont il n'est pas possible ici de mentionner exhaustivement toutes les références ; s'agissant, cependant, de la *kafala* de droit algérien, nous renverrons utilement au dossier spécial sur la question de sa réception par le droit français, dans la revue *Droit de la famille*, janv. 2009, p. 9 et s., et aux réf. citées), mais tel n'est pas, au moins directement, la question que soulève l'arrêt ici étudié. Quoiqu'il en soit, la *kafala* n'est donc pas l'adoption, même simple, mais le *kafil* peut vouloir, par la suite, déposer en France une requête à fins d'adoption de l'enfant recueilli. Si l'enfant est de nationalité étrangère, le conflit de lois est résolu depuis la loi du 6 février 2001, par l'article 370-3 du Code civil, dont le deuxième alinéa – strictement appliqué par la jurisprudence – interdit l'adoption d'un mineur étranger dès lors que sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si l'enfant est né et réside habituellement en France.

Dès lors que le critère de rattachement prévu par l'alinéa 2, la nationalité, est apprécié non pas au jour du recueil de l'enfant mais à celui de la demande d'adoption, l'on conçoit la possibilité de « neutraliser » l'interdiction posée grâce à l'obtention de la nationalité française dans les conditions de l'article 21-12 du Code civil : la résolution du conflit mobile en faveur de la nouvelle loi personnelle permet ainsi d'ouvrir la possibilité d'une adoption. Telle est la position de la jurisprudence

Bacaly n° 5 - Janvier-Juin 2014

actuelle, et le gouvernement en a fait officiellement la sienne, notamment devant la CEDH (arrêt Harroudj c/ France du 4 oct. 2012, req. n° 43631/09, devenu définitif le 4 janv. 2013 : la Cour européenne a jugé que la position française ne violait pas l'article 8 de la Convention et, sous l'angle des obligations positives, a constaté que les états membres disposaient d'une ample marge d'appréciation), de sorte que l'on peinerait à déceler dans cette « opération » juridique une fraude à la loi étrangère ou à la règle de conflit de lois française. En l'espèce, l'enfant étant devenue Française, la loi applicable aux conditions de l'adoption est donc la loi française, point non contesté.

Mais chassez l'élément d'extranéité de l'alinéa 2 de l'article 370-3 C. civ., il reste encore la règle matérielle de l'alinéa 3 qui exige le consentement du représentant légal, quelle que soit la loi applicable (le consentement à la *kafala* ne pouvant être considéré comme valant consentement à adoption : Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2008, n° 07-20.279) : sans pouvoir ici développer la question, soulignons simplement que le contournement de la règle prohibitive ne ramène ainsi pas forcément la situation à une pure situation de droit interne, si le représentant est étranger ou à l'étranger. Remarquons également que l'application de cette règle matérielle à une situation de *kafala* n'est pas sans susciter la perplexité à certains égards, car le texte vise le « représentant légal » et non pas « les parents biologiques » : *qui* est le représentant légal de l'enfant ? *Quand* cette qualité doit-elle être appréciée (représentant d'origine ou celui actuel) ? Le *kafil* n'est-il pas considéré comme exerçant l'autorité parentale (c'est d'ailleurs en cette qualité – art. 17-3 C. civ – que le *kafil* a la capacité de procéder à la déclaration visée à l'article 21-12, al. 3, 2°, C. civ.) ? Et lorsque, comme en l'espèce, l'enfant est né de parents inconnus, ne faudrait-il pas se tourner vers les autorités étrangères d'origine ? On tourne en rond...

Cela étant, s'agissant d'un enfant sans filiation établie et dont la loi personnelle est devenue là à la loi française, la règle matérielle de l'art. 370-3 al. 3 n'est pas en jeu (sauf à considérer qu'il faille rechercher le consentement des autorités étrangères d'origine...), et c'est sans doute en ce sens que la requérante faisait en l'espèce valoir que les parents de l'enfant étant inconnus, leur consentement ne pouvait être constaté... Pour autant, la cour d'appel confirme le premier jugement qui l'avait déboutée, non pas au regard de l'opportunité de l'adoption (critère de la conformité à l'intérêt de l'enfant) pas plus qu'au regard de la *forme* du consentement, arguments avancés par la requérante, mais parce qu'il faut bien un consentement à l'adoption, et ce, sur le fondement des règles de droit internes en la matière, au titre des conditions légales prévues par les articles 343 à 350 du Code civil. En effet, en droit interne, un consentement demeure dans tous les cas exigé (art. 347, 1°) et, pour qu'il soit valablement donné, la question de la détermination de l'auteur du consentement doit être résolue, en l'absence de filiation, conformément aux dispositions de l'article 348-2: le conseil de famille peut seul consentir, « après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant » (v , pour comp., Cass. civ. 1^{re}, 30 septembre 2003, n° 01-02.630, s'agissant d'un enfant pupille de l'Etat né au Rwanda, puis devenu Français – le droit rwandais autorisant l'adoption simple, de sorte que l'analogie avec une situation de *kafala* n'est pas sans limites), le *kafil* comme le tuteur n'ayant donc pas le pouvoir de consentir. Or, en l'espèce, aucune procédure d'ouverture de tutelle n'avait été

encore mise en œuvre et si, sur le terrain du droit de la nationalité, la *kafala* d'un enfant sans filiation connue produit en France, d'après la Chancellerie, les effets d'une tutelle, c'est d'une tutelle sans conseil de famille dont il s'agit... (Circulaire du 11 juin 2010 relative à la réception et l'enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef, point 3.1.2, 2°).

En définitive, il faut retenir que si, en l'état le plus récent de la jurisprudence, le consentement à l'adoption donné par le conseil de famille ne saurait se substituer à celui des père et mère lorsqu'ils sont connus et qu'ils ne sont pas dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou n'ont pas perdu leurs droits d'autorité parentale (v. Cass. civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26.161 : la première chambre civile y considère que le conseil de famille ne pouvait valablement donner son consentement à l'adoption de l'enfant par le *kafil*, la mère « n'ayant pas perdu ses droits d'autorité parentale » – mais alors, peut-on réagir, *quid* de l'effet de la *kafala* sur ces derniers, habituellement assimilée en ce cas à une délégation d'autorité parentale ?!), en revanche, lorsque l'enfant n'a point de filiation établie, l'ouverture d'une tutelle et la réunion d'un conseil de famille *ad hoc* seraient donc nécessaires pour consentir à l'adoption.

Arrêt commenté :

CA Lyon 1, chambre 2 A, N° 13/04964