



Direction de la Recherche
et Documentation

NOTE DE RECHERCHE

Reconnaissance dans les États membres de la *kafâla*, notamment dans le contexte du droit d'entrée et de séjour dans les États membres

[...]

Objet: Examen de la reconnaissance d'une mise sous tutelle de droits d'origine islamique connue sous le nom de *kafâla*, ainsi que des effets produits par une *kafâla* prononcée dans un pays tiers et de l'accord d'un droit d'entrée et de séjour dans un État membre à l'enfant placé sous *kafâla* en vue de rejoindre son tuteur y résidant.

[...]

Novembre 2018

[...]

PLAN

Synthèse.....	p. 1
Droit allemand.....	p. 17
Droit belge.....	p. 22
Droit espagnol.....	p. 37
Droit français.....	p. 45
Droit italien.....	p. 69
Droit néerlandais.....	p. 76
Droit du Royaume-Uni.....	p. 83
Droit suédois.....	p. 91
Droit algérien.....	p. 98

SYNTHÈSE

INTRODUCTION

1. La présente note de recherche porte sur la problématique de la reconnaissance dans les États membres d'une mise sous tutelle de droits d'origine islamique connue sous le nom de *kafâla*, notamment dans le contexte du droit d'entrée et de séjour dans les États membres.
2. De manière générale, la *kafâla*¹ (ar. كفالة) est une mesure d'accueil légal d'un enfant mineur dit *makfûl*² (ar. مكفول), par une personne, dite *kafîl*³ (ar. كفيـل), qui n'altère pas la filiation biologique de l'enfant.⁴
3. La *kafâla* est reconnue par des conventions internationales, notamment par la convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989, et par la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, conclue à La Haye le 19 octobre 1996, toutes deux ratifiées par l'ensemble des États membres de l'Union, en tant que mesure différente de l'adoption. À cet égard, il est considéré que la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, conclue à La Haye le 29 mai 1993, également ratifiée par l'ensemble des États membres de l'Union, ne s'applique pas à la *kafâla* dans la mesure où, conformément à son article 2, paragraphe 2, elle «ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation».

¹ D'autres orthographes sont également utilisées: *kafala*, *kefala*, *kafalah*.

² D'autres orthographes sont également utilisées: *makful*, *makfoul*.

³ Une autre orthographe est également utilisée: *kafil*.

⁴ Le Boursicot, M.-C., *La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation*, Droit et cultures [En ligne], 59 | 2010-1, mis en ligne le 6 juillet 2010, consulté le 25 octobre 2018, n° 2. Disponible sous le lien suivant: <http://journals.openedition.org/droitcultures/2138>.

4. Dans la mesure où la *kafâla*, d'une part, établit un lien juridique entre un majeur et un enfant similaire à celui créé par l'adoption et, d'autre part, fait partie d'un système qui rejette le concept de filiation juridique, il n'est guère facile de la rattacher à des catégories connues des droits nationaux des États membres. Les problèmes y afférents apparaissent dans plusieurs domaines, notamment en matière de droit de la famille, de droit social ou bien dans le domaine du droit d'entrée et de séjour dans les États membres.
5. La présente synthèse va présenter, dans un premier temps, la mesure de la *kafâla* selon les droits des pays musulmans (partie I.), dans un deuxième temps, la problématique de la reconnaissance et des effets produits par la *kafâla* selon la législation et la pratique des huit États membres représentatifs⁵ en général (partie II.), et, dans un troisième temps, l'incidence de la *kafâla* sur le droit d'entrée et de séjour d'un *makfûl* dans ces huit États membres (partie III.).

I. MESURE DE LA KAFÂLA

6. La *kafâla*, traduite généralement en français par l'expression «recueil légal»⁶, est une mesure ayant ses origines dans le droit musulman⁷. Son importance dans le monde musulman est intrinsèquement liée à l'interdiction de l'adoption par la *charî'a*.

⁵ À savoir, l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède.

⁶ Papi, S., *L'influence juridique islamique au Maghreb (Algérie – Libye – Maroc – Mauritanie – Tunisie)*, L'Harmattan, Paris, 2009, p. 145.

⁷ Aux fins de la présente note de recherche, le terme de «droit musulman» est utilisé en tant qu'équivalent du terme arabe *fiqh*. Ce terme se traduit comme la science de la compréhension de la «*charî'a*» (Papi, S., *op. cit.* p. 38). À cet égard, la *charî'a* est définie comme un ensemble de préceptes révélé par Dieu aux hommes pour réglementer leur conduite. Sa connaissance est confiée au *faqih* dont l'œuvre s'appelle le *fiqh*. La première source (*usul*) du *fiqh* est le Coran (*Qur'an*) (Gambaro, A., Sacco, R., Vogel, L., *Le Droit de l'Occident et d'ailleurs*. LGDJ – lextenso éditions, Paris, 2011, p. 351).

7. À cet égard, avant l'avènement de l'islam, l'adoption (*tabani*, ar. تبني) était couramment pratiquée dans la plupart des tribus de la péninsule arabique, même si elle produisait ses pleins effets uniquement si l'adoptant n'avait pas d'enfants⁸. Elle a néanmoins été interdite par le prophète Mahomet⁹. Cette interdiction repose en partie sur la prohibition de l'inceste mais renvoie également à la conception de la filiation dans le droit musulman. La filiation relevant de la seule volonté de Dieu, elle ne peut résulter de la seule volonté humaine et repose sur le fait d'être le fruit d'un couple marié.¹⁰
8. En raison de l'interdiction par la *chari'a*, l'adoption est toujours interdite dans les ordres juridiques d'une grande partie des pays musulmans¹¹.
9. Quant à la *kafâla* elle-même, son fondement peut être trouvé dans le Coran, à travers de nombreux appels en faveur des orphelins¹². En règle générale, conformément au droit musulman, la *kafâla* peut être exercée par les époux musulmans majeurs ou par une femme musulmane, qui sont moralement et socialement aptes à assurer la garde de l'enfant. Les obligations du *kafil* consistent à assurer bénévolement l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant au même titre que le ferait le père pour son fils. La *kafâla* ne crée cependant pas de

⁸ Papi, S., *op. cit.*, p. 143.

⁹ L'interdiction ressort du Coran (Sourate XXXIII, versets 4, 5 et 37) et est liée à une histoire de la vie du prophète Mahomet. Celui-ci était tombé amoureux de la femme de son fils adoptif Zayd. À ce titre, il ne pouvait pas l'épouser même si son mari la répudiait. La déclaration de l'adoption impossible a éliminé cet obstacle. Zayd répudia sa femme et Mahomet l'épousa sur ordre de Dieu. Aldeeb, S., et Bonomi, A., (éd.), *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux. Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse*, Zurich, 1999, p. 252.

¹⁰ Le Boursicot, M.-C., *op. cit.*, n° 4.

¹¹ À titre d'exception, l'adoption n'est néanmoins pas interdite dans certains pays musulmans, notamment en Turquie et en Tunisie (voir à cet égard par exemple, document disponible sous le lien suivant: <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/adopter-a-l-etranger/les-conditions-de-l-adoption-internationale/les-fiches-pays-de-l-adoption-internationale/>).

¹² Aldeeb, S., et Bonomi, A., (éd.), *op. cit.*, p. 253.

lien de filiation entre le *kafil* et le *makfûl*, ne donne pas le droit à la succession et cesse à la majorité de l'enfant.¹³

10. En dépit de ses origines dans le droit musulman, la *kafâla* est une institution loin d'être homogène dans la mesure où elle fait l'objet de réglementations nationales dans différents pays musulmans. Ainsi, plusieurs d'entre eux, notamment l'Algérie et le Maroc ont adopté des réglementations nationales en la matière.
11. Dans ce contexte, il convient de faire observer que les droits algérien et marocain prévoient deux types de *kafâla*, à savoir, d'une part, la *kafâla* judiciaire, concernant en principe les enfants abandonnés ou orphelins, et, d'autre part, la *kafâla* notariale, applicable aux situations où les parents confient leurs enfants à d'autres personnes.¹⁴ Cette seconde peut être homologuée par le juge.
12. Quel que soit son type, selon une disposition de droit algérien, la *kafâla* confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime.¹⁵

II. RECONNAISSANCE DE LA *KAFÂLA* ET SES EFFETS DANS LES ÉTATS MEMBRES EN GÉNÉRAL

A. APERÇU DE LA PROBLÉMATIQUE

13. Sur le plan géographique, les recherches effectuées dans presque la totalité des États membres¹⁶ permettent de constater que la problématique de la reconnaissance et des effets de la *kafâla* prononcée dans un pays tiers est surtout

¹³ Papi, S., *op. cit.*, p. 146.

¹⁴ *Ibid.* p. 146 à 150.

¹⁵ Pour la présentation plus détaillée du droit algérien, voir la contribution séparée faisant partie de la présente note de recherche.

¹⁶ Avec les seules exceptions de l'Autriche et de Malte.

présente dans les États membres où la population musulmane, originaire des pays du Maghreb, notamment du Maroc et de l'Algérie, est significative.¹⁷ Ainsi, la problématique en cause est présente surtout en **France**, et ensuite en **Belgique**, en **Espagne**, en **Italie** et aux **Pays-Bas**. Alors que les cas de figure concernant la *kafâla* marocaine semblent être présents dans tous ces États membres, ceux de la *kafâla* algérienne apparaissent notamment en **France** et en **Italie**.

14. Sur le plan matériel, les questions relatives aux effets de la *kafâla* relèvent notamment des problématiques de reconnaissance du statut personnel des étrangers, d'adoptabilité des *makfûls* par leurs *kafîls*, de droit d'entrée et de séjour d'un *makfûl* dans les États membres en vue de rejoindre le *kafîl* qui y réside déjà légalement, ainsi que de droits aux prestations sociales.

B. RECONNAISSANCE DE LA KAFÂLA DANS LES ÉTATS MEMBRES

15. À titre liminaire, rappelons que le terme «reconnaissance» a au moins deux sens. Selon le premier, il se traduit par le fait, pour un ordre juridique, de tenir pour établie une situation consacrée par un ordre juridique étranger (reconnaissance de situations). Selon le second sens, le terme «reconnaissance» implique la production automatique de certains effets dans un autre ordre juridique (reconnaissance de normes).¹⁸ Étant donné l'absence d'automatisme en ce qui concerne des effets des *kafâlas*, il convient de parler de la reconnaissance de la *kafâla* seulement au sens de reconnaissance d'une situation créée dans un autre État, ce qui ouvre ensuite la voie aux questions relatives aux effets qu'elle produit selon les États membres (voir partie C., infra).

¹⁷ Des cas de figure concernant les *kafâlas* pakistanaise et égyptienne ont néanmoins également été décelés.

¹⁸ Mayer, P., *La reconnaissance: notions et méthodes*, dans: Lagarde, P. (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de la Haye du 18 janvier 2013*, Éditions Pedone, Paris, 2013, p. 27 et 28.

16. La reconnaissance de la *kafâla* en tant que situation créée dans un ordre juridique ne semble pas poser de difficultés dans les États membres. En effet, en ce qui concerne la *kafâla* établie dans un pays tiers étant partie à la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, conclue à La Haye le 19 octobre 1996, les États membres sont tenus de la reconnaître en tant que mesure de protection de l'enfant. En ce qui concerne d'autre pays tiers (notamment l'Algérie), les *kafâlas* y établies seront en principe reconnues dans les États membres en application des règles nationales de droit international privé consacrant le principe de reconnaissance du statut personnel des étrangers.
17. Dans ce contexte, une distinction est néanmoins faite dans la pratique entre la *kafâla* notariale¹⁹ et la *kafâla* judiciaire. En effet, une des conditions de reconnaissance d'une *kafâla* aux **Pays-Bas** et en **Espagne** est qu'elle ait été prononcée par une autorité compétente en la matière. Il en va ainsi également en **Italie**, où il est considéré que seules devraient être reconnues la *kafâla* judiciaire et la *kafâla* notariale homologuée par le juge, cette dernière à condition que le juge ait exercé un contrôle de conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant de l'accord conclu par les parents et le *kafil*.
18. Cette dernière condition joue également un rôle en **France** où, en règle générale, la décision de *kafâla* prononcée ou homologuée par une autorité judiciaire est reconnue de plein droit, sans formalité particulière, dès lors que sa régularité internationale n'est pas contestée. Toutefois, en pratique, l'exequatur est conseillé, notamment en ce qu'il facilite les rapports avec l'administration. À cet égard, selon une circulaire ministérielle, l'exequatur peut être refusé si le juge homologuant la *kafâla* notariale n'a fait qu'attester de la régularité formelle de l'acte, sans procéder à des vérifications au fond.

¹⁹ Le terme «notariale» couvrant ici également le terme de «*kafâla adoulaire*» utilisé au Maroc.

19. En revanche, selon le droit **belge** la *kafâla* notariale peut être reconnue sans procédure sous certaines conditions. Si elle est exécutoire dans le pays où elle a été établie, elle peut être déclarée exécutoire en **Belgique** par le tribunal de la famille.

C. EFFETS PRODUITS PAR LA *KAFÂLA* DANS LES ÉTATS MEMBRES

20. Plus compliquée et délicate est la question des effets produits dans un ordre juridique d'un État membre par la *kafâla* prononcée dans un pays tiers. Les difficultés y afférentes pourraient être potentiellement tranchées soit par le législateur (partie 1.), soit par la pratique juridictionnelle et administrative (partie 2.).

1. LÉGISLATION NATIONALE

21. Les conventions bilatérales conclues par certains États membres avec l'Algérie²⁰ et le Maroc²¹ ne comportent pas de dispositions prévoyant la production d'effets concrets dans les États membres par les *kafâlas* établies en Algérie et au Maroc. Il en va de même pour ce qui concerne les législations nationales.²² Ainsi, en l'état actuel du droit, même s'ils existent quelques dispositions nationales qui mentionnent expressément la *kafâla*, elles ne comportent pas de précisions quant aux effets qu'elle produit.
22. Cependant, tout en restant muet en ce qui concerne le terme de *kafâla*, certains ordres juridiques comportent des dispositions particulières susceptibles d'être applicables à la *kafâla*. À cet égard, la loi **espagnole** sur l'adoption internationale contient un article portant sur les effets légaux en Espagne des décisions relatives

²⁰ Convention conclue avec la France.

²¹ Conventions conclues avec l'Espagne et la France.

²² L'adoption d'une réglementation en la matière, dans le contexte de la ratification de la convention de 1996, était néanmoins envisagée en Italie.

à la protection des mineurs dont ne découlent pas de liens de filiation agréés par des autorités étrangères. Cet article prévoit notamment la règle d'assimilation de telles mesures à des mesures nationales concrètes, à savoir à l'accueil familial ou à la tutelle.

23. Une solution particulière a été adoptée au **Royaume-Uni**. En 2002, une nouvelle institution de droit de la famille a été instaurée, à savoir la «tutelle spéciale» («*special guardianship*»), probablement en anticipation des problèmes afférents à la présence des personnes liées par la *kafâla*. La «tutelle spéciale» doit néanmoins être prononcée par le tribunal compétent du **Royaume-Uni**. Par ailleurs, même la pratique n'a pas accepté jusqu'alors l'idée d'assimiler automatiquement la *kafâla* à la «tutelle spéciale».

2. PRATIQUES NATIONALES

24. Faute d'intervention exhaustive, voire quelconque, de la part des législateurs nationaux, il appartient aux administrations et aux juridictions nationales de se prononcer sur des effets produits par une *kafâla* établie dans un pays tiers. En effet, même la législation **espagnole** présentée ci-dessus ne prévoit pas la substitution ou l'assimilation automatique de la *kafâla* à une des mesures nationales.
25. Dans ce contexte, il convient de mentionner qu'en **France**, certaines indications quant à la situation des *makfûls* ressortent de circulaires ministérielles, notamment une circulaire adoptée par le ministre de la Justice.
26. Sur le fond, la question principale à trancher est celle de savoir si la *kafâla* devrait être assimilée à une mesure prévue par le droit national et si sa substitution par cette dernière est possible.

27. À cet égard, **tous les États membres** ayant fait face à ce défi partagent l'opinion selon laquelle la *kafâla* ne peut pas être assimilée à l'adoption, non seulement plénière mais également simple.²³ En effet, l'adoption consiste en la création d'un lien de filiation entre l'enfant et l'adoptant alors que cet effet est expressément exclu par la *kafâla* ou bien plutôt par l'ordre juridique dont elle fait partie.
28. En ce qui concerne les décisions assimilant les *kafâlas* à des mesures nationales, les solutions connues sont très divergentes, ce qui se traduit par la diversité des mesures connues de différents ordres juridiques. À cet égard, la *kafâla* est assimilée le plus souvent à la tutelle (**Allemagne, France**, pour les enfants sans filiation connue ou orphelins, **Pays-Bas, Royaume-Uni**), à la tutelle officieuse²⁴ (**Belgique**) ou à la délégation de l'autorité parentale²⁵ (**France**, pour les enfants ayant une filiation établie et des parents vivants). Ont également été décelées des décisions l'assimilant au placement en famille d'accueil (**Belgique, Pays-Bas**), cette solution étant néanmoins considérée dans les États membres concernés comme moins appropriée que la tutelle ou la tutelle officieuse.
29. À cet égard, il convient de souligner que, même au sein d'un ordre juridique, l'assimilation de la *kafâla* peut dépendre non seulement de la situation personnelle du *makfûl* mais également du contexte juridique dans lequel l'assimilation est

²³ Dans certains États membres (**Belgique, Espagne, France**), cette approche s'est manifestée également en droit social, dans les décisions rejetant les demandes d'octroi de prestations sociales afférentes à l'adoption ou à la naissance de l'enfant.

²⁴ La tutelle officieuse, à la base contractuelle, confère à une personne majeure l'obligation d'entretenir un enfant mineur non émancipé, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie (article 475bis du code civil belge). Elle ne rompt pas les liens de filiation originaires.

²⁵ Selon la mesure en cause, 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. Cette délégation peut se faire au profit d'un membre de la famille comme d'un tiers. En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, la personne qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge.

effectuée. Ainsi, ses résultats peuvent être différents par exemple dans le domaine du droit social²⁶ et dans le domaine de la responsabilité parentale.

30. Quel que soit le résultat de l'assimilation, ce processus n'entraîne dans **aucun État membre** la conversion de la *kafâla* en une des mesures nationales. En revanche, le prononcé d'une mesure nationale à l'égard d'un *makfûl*, dont son adoption, n'est pas, en principe, exclu²⁷.

III. INCIDENCE DE LA *KAFÂLA* SUR LE DROIT D'ENTRÉE ET DE SÉJOUR DU *MAKFÛL* DANS LES ÉTATS MEMBRES

31. L'existence d'une *kafâla* établie dans un pays tiers pose des problèmes en matière de droit d'entrée et de séjour dans les États membres, notamment en ce qui concerne le droit d'un *makfûl* étranger de rejoindre le *kafîl* résidant dans un État membre.
32. À cet égard, il est opportun de distinguer, d'une part, les situations où le *kafîl* est citoyen de l'Union (partie A.) et, d'autre part, les situations où il est ressortissant d'un pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre (partie B.).

A. *KAFÎL* CITOYEN DE L'UNION

33. La problématique du droit d'un *makfûl* étranger de rejoindre le *kafîl* étant citoyen de l'Union relève du champ d'application de la directive 2004/38/CE relative au

²⁶ S'agissant des exemples des effets particuliers de la *kafâla* en droit social de certains États membres, voir les contributions sur les droits **allemand, belge, espagnol** et **français**.

²⁷ À cet égard, notons que, bien que les règles de droit international privé en vigueur dans des États membres semblent, en principe, renvoyer à la loi personnelle de l'enfant pour déterminer son adoptabilité, il est également considéré que l'intérêt supérieur de l'enfant peut justifier l'écart de la disposition de cette loi interdisant l'adoption. Seule la **France** s'y oppose toujours, l'adoption d'un *makfûl* devenant néanmoins possible dans cet État membre après le changement du statut personnel de l'enfant à la suite de l'acquisition de la nationalité française.

droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.²⁸

34. La directive 2004/38/CE prévoit le droit automatique d'entrée et de séjour dans un État membre pour les membres de la famille d'un citoyen de l'Union relevant de la définition de «membre de famille» contenue à l'article 2, point 2, de la directive. Conformément à l'article 2, point 2, sous c), de la directive, la notion des «membres de la famille» couvre notamment les «descendants directs» d'un citoyen de l'Union qui sont âgés de moins de 21 ans ou qui sont à charge, ainsi que les «descendants directs» de son conjoint ou du partenaire.
35. À cet égard, **tous les États membres** semblent rejeter l'idée selon laquelle un *makfûl* puisse relever de la notion de «descendant direct» au sens de la disposition précitée.
36. La situation semble à première vue être plus nuancée seulement au **Royaume-Uni**. En effet, selon une interprétation d'une réglementation prévoyant le droit d'entrée et de séjour d'un enfant adopté dans ce pays, la notion d'«adoption» comprend également l'«adoption de fait». Cette dernière notion est néanmoins interprétée de façon stricte et étroite par les juridictions nationales qui semblent ainsi réticentes à y faire recours dans leurs décisions.
37. Le rejet de l'idée de qualifier un *makfûl* en tant que «descendant direct» ne veut pas encore dire que la *kafâla* n'a pas d'incidence sur le droit d'entrée et de séjour d'un *makfûl*. En effet, la directive 2004/38/CE prévoit que les États membres disposent d'une faculté importante pour déterminer le cercle des personnes ayant le droit d'entrée et de séjour sur leurs territoires.

²⁸ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JO L 158, p. 77).

38. À cet égard, il convient de noter que parmi les États membres qui ne s'opposent pas à l'adoption des enfants dont la loi personnelle l'interdit, certains (**Belgique, Pays-Bas**) accordent le droit d'entrée et de séjour au *makfûl* au titre de sa future adoption. Or, dans cette situation, la *kafâla* semble plutôt avoir une incidence en tant que preuve d'un lien déjà existant entre les futurs adopté et adoptant et non pas la condition préalable de l'adoption d'un enfant provenant d'un pays interdisant l'adoption.
39. Parmi d'autres circonstances prises en compte par les autorités nationales dans le cadre de l'octroi à un *makfûl* du droit d'entrée et de séjour dans un État membre figurent: l'intérêt de l'enfant (**France, Italie**), les motifs graves de santé (**Italie**), la nécessité de scolarisation ou de traitement médical (**Espagne**), les raisons humanitaires (**Belgique**), l'atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale et privée (**France**).
40. Dans ce contexte, en **France**, il ressort de la jurisprudence que l'intérêt d'un enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision de justice qui produit des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale. Ainsi, dans le cas où un visa d'entrée et de long séjour en France est sollicité en vue de permettre à un enfant de rejoindre un ressortissant français qui a reçu délégation de l'autorité parentale, comme c'est le cas avec la *kafâla*, le visa ne peut en règle générale être refusé pour un motif tiré de ce que l'intérêt de l'enfant serait au contraire de demeurer auprès de ses parents ou d'autres membres de sa famille, dans son pays d'origine.
41. Nonobstant la faculté accordée aux États membres en la matière, la directive 2004/38/CE prévoit pour eux, à l'article 3, paragraphe 2, une obligation de favoriser, sous certaines conditions, l'entrée et le séjour d'«autres membres de la famille» du citoyen de l'Union, qui ne sont pas couverts par la définition figurant à l'article 2, point 2).

42. Les cas de figure décelés dans le cadre des recherches où la portée de la notion d'«autres membres de la famille» serait au cœur de la décision sont peu nombreux. Néanmoins, il semble que les approches des États membres en ce qui concerne la portée de cette notion soient divergentes. Ainsi, en **Belgique**, il a été considéré que l'absence de lien de parenté entre le *makfûl* et son *kafîl* suffit pour refuser la qualification d'un *makfûl* d'«autre membre de la famille» au sens de la disposition citée. En revanche, en **Allemagne** et en **Italie**, il a été jugé qu'un *makfûl* relève de la notion d'«autre membre de la famille» de la réglementation transposant l'article cité de la directive.

B. *KAFÎL* RESSORTISSANT D'UN PAYS TIERS RÉSIDANT LÉGALEMENT SUR LE TERRITOIRE D'UN ÉTATMEMBRE

43. La problématique du droit d'un *makfûl* étranger de rejoindre le *kafîl* étant ressortissant d'un pays tiers résidant légalement sur le territoire d'un État membre relève notamment du champ de la directive 2003/86/CE relative au droit au regroupement familial²⁹.
44. En ce qui concerne les cas de figure relevant du champ d'application *ratione personae* de la directive 2003/86/CE, il ressort de son 9e considérant que le regroupement familial devrait viser, en tout état de cause, les membres de la famille nucléaire, c'est-à-dire le conjoint et les enfants mineurs. Dans ce contexte, l'article 4 de celle-ci dispose que sont visés par ses dispositions en substance les enfants mineurs, y compris les enfants adoptés, du regroupant et de son conjoint.
45. À cet égard, en **Belgique**, le concept d'inférer de la *kafâla* le droit d'entrée et de séjour est ouvertement rejeté au motif que cette mesure peut être assimilée à une tutelle qui ne confère aucun droit de séjour.

²⁹ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251, p. 12).

46. En **France** également, il est considéré que le *makfûl* ne répond pas à la définition de l'enfant pouvant bénéficier d'un regroupement familial. Ce principe connaît néanmoins une exception importante ayant son fondement dans l'accord franco-algérien. En effet, vu que la notion de «membres de la famille» pouvant bénéficier d'un regroupement familial, utilisée dans cet accord, englobe également les enfants dont le demandeur de regroupement a juridiquement la charge, «en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne dans l'intérêt supérieur de l'enfant», il est possible de soutenir qu'un *makfûl* confié à un ressortissant algérien relève de la notion de l'enfant au sens du regroupement familial.
47. Dans ce contexte, il convient néanmoins de relever qu'en **France**, par un raisonnement analogue à celui retenu dans le contentieux des visas présenté ci-dessus, il a été jugé qu'il était nécessaire de vérifier si une décision refusant le bénéfice du regroupement familial, demandé pour un enfant n'appartenant pas à l'une des catégories prévues par la réglementation nationale, ne méconnaissait pas l'intérêt de l'enfant et ne portait pas une atteinte excessive au droit des intéressés au respect de leur vie privée et familiale. Par conséquent, il semble ressortir de la jurisprudence du Conseil d'État, qu'un *makfûl* peut généralement bénéficier de la procédure de regroupement familial pour venir rejoindre le *kafîl*.
48. Dans le même sens, en **Italie**, il est considéré que la *kafâla* constitue le titre justifiant le regroupement familial, dans la mesure où il est possible de trouver dans cette mesure de manière transversale les aspects caractérisant les catégories de l'adoption, de l'accueil familial et de la tutelle. En effet, il est estimé qu'en cas de refus du regroupement, un enfant subirait un préjudice du fait que la *kafâla* soit la seule mesure de protection à disposition selon sa loi personnelle.
49. En **Espagne** également, la Cour suprême a jugé que, dans le cas d'un *makfûl* orphelin, n'ayant plus de lien de filiation connu avec ses parents biologiques, la *kafâla* étrangère pouvant être assimilée à la tutelle et le *kafîl* étant le représentant légal du mineur, le visa de séjour au titre du regroupement familial devrait être accordé.

50. Il ne saurait être exclu que, dans certaines situations, le droit au regroupement soit accordé au *makfûl* également en **Suède**. Certes, il y a été jugé, quoique à l'égard d'une tutelle étrangère et non pas de la *kafâla*, que les enfants placés dans une famille d'accueil ou soumis à la tutelle ne relèvent pas de la notion d'enfant utilisé dans le droit national applicable au regroupement familial. De plus, a été également rejeté une telle possibilité à l'égard d'un enfant devant être accueilli seulement jusqu'à la majorité. Toutefois, il semble que, en application des dispositions de droit national permettant, sous certaines conditions, d'octroyer un titre de séjour même dans le cas où il ne s'agit pas d'un membre de famille nucléaire, les juridictions **suédoises** pourraient prendre en compte la situation individuelle de la personne concernée et les aspects tels que le lien de dépendance particulière ou des motifs particulièrement graves.

CONCLUSION

51. Certes, la *kafâla* est reconnue dans les États membres de l'Union en ce sens qu'elle est une mesure relevant du statut personnel d'un étranger. Or, cette reconnaissance dite simple n'implique pas que cette mesure produit des effets particuliers dans les États membres. En effet, en ce qui concerne ces derniers, il semble communément admis dans les États membres que la *kafâla* ne puisse pas être assimilée à l'adoption dans la mesure où elle ne crée pas de lien de filiation entre deux personnes. Faute de législations nationales imposant l'assimilation de la *kafâla* à une seule mesure de droit national, il incombe à l'administration et aux juridictions nationales de prendre une position à cet égard. Bien que des pratiques à cet égard soient divergentes, il semble que la solution admise le plus souvent soit celle d'assimiler la *kafâla* à la tutelle ou à la délégation de l'autorité parentale.
52. En matière de droit d'entrée et de séjour dans les États membres, le refus de la possibilité d'assimiler la *kafâla* à l'adoption semble impliquer le rejet de l'idée de traiter un *makfûl* en tant que descendant direct du *kafîl* ou de son enfant. La situation est moins évidente en ce qui concerne la possibilité de qualifier le *makfûl*

d'un autre membre de famille au sens de l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38/CE. En effet, tant les décisions acceptant que rejetant cette qualification peuvent être décelées.

53. Quelle que soit la portée des notions de «descendant direct», d'«autre membre de la famille» ou d'«enfant», utilisées dans le droit de l'Union, la *kafâla* est susceptible d'avoir une incidence sur le droit d'entrée et de séjour conformément aux réglementations et pratiques nationales des États membres. Ainsi, les demandes d'entrée ou de séjour pour un *makfûl* semblent pouvoir être accueillies par des États membres pour des motifs tirés notamment de l'intérêt de l'enfant et la protection de vie familiale et privée. Dans certains États membres, ces raisons justifient de manière générale le droit du *makfûl* pour rejoindre le *kafîl* résidant légalement dans un État membre, qu'il soit ou non citoyen de l'Union. Dans les autres, elles semblent être susceptibles de le justifier eu égard à la situation particulière de l'enfant concerné.

[...]

DROIT ALLEMAND

I. PROPOS LIMINAIRES

1. Le droit allemand ne prévoit pas de réglementation spécifique relative à la reconnaissance de la *kafâla*. En outre, il ne semble pas exister de convention bilatérale pertinente conclue entre l'Allemagne et des pays prévoyant le régime de la *kafâla*.
2. Il sera observé que la convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants est entrée en vigueur, en Allemagne, le 1^{er} janvier 2011.

II. PRISE EN COMPTE DE LA KAFÂLA EN DROIT ALLEMAND

3. Le problème de la reconnaissance s'est posé à plusieurs reprises dans le cadre de la procédure d'adoption, d'une part au niveau de la procédure d'adoption divisée en procédure d'intermédiation (partie A.) et procédure judiciaire (partie B.), d'autre part au niveau de la reconnaissance d'adoption prononcée à l'étranger (partie C.). Concernant l'adoption de personnes mineures, le droit allemand ne prévoit que l'adoption plénière.¹

A. LA KAFÂLA AU COURS DE LA PROCÉDURE D'INTERMÉDIATION (VERMITTLUNGSVERFAHREN)

4. De manière générale, l'adoption d'un mineur se trouvant en Allemagne ou à l'étranger doit être précédée d'une procédure d'intermédiation en vertu de la loi sur l'intermédiation en matière d'adoption (*Adoptionsvermittlungsgesetz*, AdVermiG). Cette procédure vise notamment à évaluer l'aptitude des personnes souhaitant adopter un enfant, ce qui peut permettre, par la suite, le placement en famille d'accueil pour adoption.
5. S'agissant des cas présentant un élément d'extranéité, cette loi s'applique lorsque l'enfant ou la personne souhaitant adopter celui-ci a sa résidence habituelle à l'étranger ou lorsque l'enfant est entré sur le territoire national dans un délai de deux ans précédant le début de l'intermédiation.²
6. Il a été jugé que les autorités allemandes compétentes en matière d'adoption ne sont pas tenues d'appliquer une telle procédure et d'évaluer l'aptitude des personnes

¹ Concernant l'adoption de personnes majeures, le droit allemand prévoit en général une adoption avec des effets plus faibles que ceux d'une adoption plénière, disponible sous le lien suivant: <https://www.service-bw.de/leistung/-/sbw/Adoption+eines+erwachsenen+Menschen+beantragen-1177-leistung-0#sp-js-textContent-title>.

² Article 2a, paragraphe 1, AdVermiG.

souhaitant adopter un enfant dès lors que l'État d'origine de l'enfant ne dispose pas d'organe disposé à coopérer en matière d'adoption (conforme aux exigences de la convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale) et que la réglementation de cet État interdit l'adoption (en l'occurrence l'Algérie). Le fait que les personnes souhaitant adopter soient reconnues par le régime d'une *kafâla* en tant que *kafils* pour l'enfant concerné n'a pas d'incidence sur leur demande d'adoption, dans la mesure où la *kafâla* ne constitue pas une adoption. Dans l'optique d'une prise en charge de l'enfant et de son adoption ultérieure en Allemagne, les demandeurs sont tenus d'avoir recours à la procédure prévue par la convention du 19 octobre 1996.³

B. LA KAFÂLA AU COURS DE LA PROCÉDURE JUDICIAIRE D'ADOPTION

7. À l'issue de la procédure d'intermédiation, l'adoption doit être prononcée par la juridiction compétente. Dès lors que le cas présente un élément d'extranéité, la loi applicable à l'adoption est déterminée par l'article 22, paragraphe 1, de la loi d'introduction au code civil (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*, ci-après l'"EGBGB"), qui vise, de manière générale, la loi de l'État dont la personne adoptante est ressortissante.
8. Cependant, l'article 23, première phrase, EGBGB prévoit que la nécessité et les modalités de délivrance d'un accord de l'enfant ou d'une personne ayant un lien de parenté avec celui-ci notamment en matière d'adoption relèvent, en outre, de la loi de l'État dont l'enfant est ressortissant. Il ressort de la jurisprudence administrative que cette disposition s'oppose ainsi en principe à une adoption en Allemagne d'un enfant en provenance d'un État interdisant l'adoption⁴, plus particulièrement dans la mesure où un tel accord ne découle pas d'une *kafâla*⁵. En vertu de l'article 23, seconde phrase, EGBGB, il est possible de recourir au droit allemand lorsque cela est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui peut être le cas lorsque l'enfant se trouve déjà sur le territoire allemand et que des liens étroits se sont déjà établis entre la famille d'accueil et l'enfant.⁶
9. Dans l'hypothèse où l'article 22 EGBGB mène à l'application du droit d'un État qui interdit l'adoption, il ressort toutefois de la jurisprudence que l'absence de droit applicable à l'adoption et, par conséquent, un cas de figure où des personnes seraient dans l'impossibilité de procéder à une adoption, serait contraire à l'ordre

³ *Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht* (tribunal administratif supérieur de Hambourg), ordonnance du 18 juin 2012 – 4 Bf 135/10, points 22 et suiv.

⁴ *Ibid.*, point 34; une partie de la doctrine semble toutefois d'avis que l'article 23 EGBGB ne vise pas la question de la possibilité d'une adoption en tant que telle.

⁵ *Verwaltungsgericht München* (tribunal administratif de Munich), point 30, qui précise que la *kafâla* en cause en l'espèce ne permettait que d'emmener l'enfant sur le territoire allemand aux fins d'une vie commune avec le *kafil*.

⁶ *Hamburgisches Obergerverwaltungsgericht*, point 34; *Verwaltungsgericht München*, points 31 et 32.

public allemand, ce qui permet l'application du droit allemand en matière d'adoption.⁷

C. LA *KAFÂLA* ET LE RÉGIME DE RECONNAISSANCE D'ADOPTION PRONONCÉ À L'ÉTRANGER

10. Dans le cadre de la mise en œuvre de la convention du 29 mai 1993, le droit allemand prévoit la possibilité de reconnaître l'équivalence des effets d'une décision étrangère au regard de la réglementation allemande en matière d'adoption, à condition que cette décision vise, en substance, l'établissement d'une relation parent-enfant durable ainsi que l'intégration à long terme de l'enfant dans la famille de l'adoptant.⁸ Dans ce contexte, saisie d'une demande de reconnaissance d'une *kafâla* de droit pakistanais et confiée seulement par voie contractuelle en tant qu'adoption, une juridiction supérieure allemande a estimé qu'une telle décision ne peut pas être assimilée à une adoption, dès lors que ce régime ne satisfait pas à ces conditions en ce qu'il ne prévoit qu'une obligation alimentaire et d'assistance.⁹

III. *KAFÂLA* ET DROIT DE SÉJOUR DU *MAKFÛL* EN ALLEMAGNE

11. S'agissant de la possibilité pour un *makfûl* d'entrer et de séjourner sur le territoire allemand, la Cour administrative fédérale (*Bundesverwaltungsgericht*) a eu l'occasion de se prononcer sur cette problématique dans une affaire concernant une demande de visa aux fins d'une procédure d'adoption.
12. En l'occurrence, le *kafil*, une ressortissante allemande d'origine marocaine, souhaitait adopter en Allemagne le *makfûl* qui se trouvait au Maroc. Après avoir relevé que la *kafâla* n'est pas constitutive d'un lien de parenté et que le *makfûl* ne pouvait ainsi être qualifié ni d'enfant ni d'autre membre de la famille au sens de la réglementation relative au droit de séjour, la juridiction a jugé que ceci s'oppose à l'octroi d'un visa de séjour au titre du regroupement familial. À cet effet, elle a notamment souligné que la relation existante en l'espèce (séjours de visite du *kafil* de quelques semaines par an) n'était pas d'une telle intensité qu'elle puisse justifier une interprétation plus large, à la lumière notamment de l'article 8 de la CEDH, de la notion d'"autre membre de la famille".¹⁰ Selon le *Bundesverwaltungsgericht*, un

⁷ *Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht* (tribunal régional supérieur de Schleswig-Holstein), ordonnance du 13 septembre 2007 – 2 W 227/06, point 48: en l'occurrence le droit pakistanais.

⁸ Loi sur les effets de l'adoption (*Adoptionswirkungsgesetz*, AdWirkG).

⁹ *Oberlandesgericht Hamm* (tribunal régional supérieur de Hamm), ordonnance du 10 juillet 2014 – 11 UF 269/13, II-11 IF 269/13.

¹⁰ *Bundesverwaltungsgericht* (Cour administrative fédérale), arrêt du 26 octobre 2010 – 1 C 16.09, point 8, qui fait également référence à l'article 4, paragraphe 1, sous c), de la directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, en vertu duquel "[l]es États membres autorisent l'entrée et le séjour [...] des membres de la famille suivants: [...] les enfants mineurs, y compris les enfants adoptés, du regroupant, lorsque celui-ci a le droit de garde et en a la charge

visa pourrait en revanche être octroyé pour motif d'adoption, mais à condition d'une procédure d'intermédiation entièrement accomplie et en cas d'avis positif de l'organe d'intermédiation compétent, car seule une telle approche permet de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant.¹¹ Il n'est pas fait référence aux dispositions de la directive 2004/38/CE.¹²

13. Une approche similaire avait déjà été adoptée par une juridiction administrative de première instance dans une affaire concernant une demande de visa, au titre du regroupement familial, introduite par une personne dont la *kafâla* de droit marocain était exercée par deux personnes, sa tante et son oncle, ce dernier étant ressortissant de l'Union. Après avoir constaté que la demande est fondée sur la réglementation transposant la directive 2004/38/CE, l'oncle bénéficiant de la liberté de circulation en tant que citoyen de l'Union, la juridiction a rejeté la demande en jugeant notamment, d'une part, que la *kafâla* n'établit aucun lien de parenté et n'est pas assimilable à une adoption. D'autre part, elle a estimé que la requérante ne pouvait se prévaloir d'un droit d'entrer sur le territoire allemand découlant de l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38/CE, soulignant plus particulièrement la marge d'appréciation reconnue aux États membres aux fins de l'application de cette disposition.¹³
14. En général, un enfant placé sous le régime d'une *kafâla* classifiée comme une tutelle par la jurisprudence allemande¹⁴ est considéré comme un autre membre de la famille au sens de la directive 2004/38/CE. L'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38/CE trouve sa transposition en droit allemand dans l'article 11, paragraphe 1, de la loi sur la libre circulation des citoyens de l'Union (*FreizügG/EU*) en liaison avec l'article 36, paragraphe 2, de la loi relative au séjour (*AufenthG*). Dans le cas où un citoyen de l'Union souhaite accueillir un enfant placé sous la tutelle d'un État tiers, les conditions de l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38/CE doivent être réunies. Par la suite, les autorités allemandes sont tenues de faciliter les conditions d'entrée et de séjour d'un enfant placé sous tutelle.¹⁵

IV. KAFÂLA EN DROIT SOCIAL

15. La problématique des effets d'une *kafâla* s'est posée au sujet de la question de l'affiliation du *makfûl* au régime légal de sécurité sociale par le biais du *kafîl*.

¹¹ Ibid., point 15.

¹² Toutefois, en pratique, il semble difficile d'effectuer la procédure d'intermédiation, voir partie II., A.).

¹³ *Verwaltungsgericht Berlin* (tribunal administratif de Berlin), arrêt du 13 mai 2009 – 3 V 17.08.

¹⁴ Voir partie IV. et BVerwG, Urteil vom 26.10.2010, BVerwG 1 C 16.09, Rn 8.

¹⁵ BeckOK AuslR/Tewocht FreizügG/EU § 3 Rn. 15-18, beck-online; disponible sous le lien suivant: <http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/pdf/BMI-MI3-20091026-SF-A001.pdf>, 36.2.1.1 et 36.2.2.9. ; NK-AuslR/Thomas Oberhäuser Freizügigkeitsgesetz/EU § 3 Rn. 18, beck-online.

16. La juridiction du contentieux social saisie de l'affaire a relevé que la réglementation en matière d'assurance familiale visait non seulement les enfants mais également les enfants accueillis, notion définie comme les enfants qui, à l'instar d'une relation parent-enfant, se trouvent liés au bénéficiaire par une relation d'accueil à long terme. En l'occurrence, la *kafâla* constituerait une telle relation, permettant ainsi l'affiliation du *makfûl* à l'assurance familiale du *kafîl*. À cet effet, la juridiction a notamment relevé que la *kafâla* est constitutive d'une relation d'assistance et d'éducation, assortie du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, sans pour autant créer de liens de parenté.¹⁶

[...]

¹⁶ *Sozialgericht München* (tribunal du contentieux social de Munich), arrêt du 14 mars 2012 – S 2 KR 722/09.

DROIT BELGE

I. INTRODUCTION

1. La présente contribution aborde certaines questions concernant la réception en droit belge de l'institution de la *kafâla*. Après un aperçu du statut de la *kafâla* en droit de la famille belge (partie II.), l'analyse se concentre sur les possibilités pour l'enfant soumis à une *kafâla* (ci-après le «*makfûl*») de rejoindre l'adulte qui l'a pris en charge par le biais de ce recueil légal (ci-après le «*kafil*») résidant en Belgique (partie III.). Enfin, les effets de la reconnaissance d'une *kafâla* dans le domaine du droit social belge sont brièvement discutés (partie IV.).
2. À titre liminaire, il convient de remarquer que la jurisprudence belge sur la *kafâla* concerne principalement la *kafâla* marocaine, qui diffère à certains égards de la *kafâla* algérienne. Particulièrement en ce qui concerne l'attribution de l'autorité parentale au *kafil* (automatique en droit algérien) et le changement du nom de famille du *makfûl*, l'équivalence entre les deux *kafâlas* ne semble pas complète.¹ Par ailleurs, contrairement à l'Algérie, le Maroc est partie à la convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants (ci-après la «convention de La Haye de 1996»), de sorte que la *kafâla* marocaine peut être reconnue sur cette base en Belgique (voir *infra*, paragraphe 4).

II. KAFÂLA EN DROIT DE LA FAMILLE BELGE

A. LÉGISLATION

1. RECONNAISSANCE DE LA KAFÂLA

3. Le droit belge ne connaît pas de législation spécifiquement consacrée à la *kafâla*, à sa reconnaissance dans l'ordre juridique belge et aux effets en découlant. Toutefois, depuis le 1^{er} septembre 2014, la convention de La Haye de 1996 est applicable en Belgique², de sorte qu'une *kafâla* prononcée dans un État partie à cette convention sera, en principe, reconnue de plein droit en Belgique (article 23 de la convention).

¹ Circulaire du 22 octobre 2014 relative aux effets juridiques du recueil légal en France, disponible sous le lien suivant: http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1416688C.pdf.

² Loi du 5 mai 2014 portant assentiment à la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, faite à La Haye le 19 octobre 1996, *Moniteur belge*, du 22 août 2014, p. 63 560.

4. Les *kafâlas* qui ne relèvent pas du champ d'application de la convention de La Haye de 1996, telle que la *kafâla* algérienne, sont reconnues selon les modalités des articles 22 à 31 du code de droit international privé. Une *kafâla* judiciaire est reconnue de plein droit dans la mesure où aucun des motifs de refus prévus à l'article 25 n'est présent (article 22, § 1^{er}, deuxième alinéa). En vertu de l'article 27, § 1, du code de droit international privé, la *kafâla* adoulaire, comparable à un acte notarié, peut également être reconnue sans procédure sous certaines conditions. Si elle est exécutoire dans l'État où elle a été établie, elle peut être déclarée exécutoire en Belgique par le tribunal de la famille (article 27, § 2).

2. ADOPTION D'UN MAKFÛL

5. Sans mentionner la *kafâla* explicitement dans son libellé, une disposition en matière d'adoption a été spécialement insérée dans le code civil afin de remédier aux problèmes rencontrés par des *kafils* qui voulaient adopter leur *makfûl* en Belgique. En effet, certains *kafils* optaient pour une adoption (simple ou plénière) belge après la *kafâla*, pour des raisons inhérentes au droit de séjour du *makfûl*.³ La législation belge sur l'adoption se fondant sur la coopération entre les autorités compétentes dans le pays d'origine de l'enfant et le pays d'accueil, le législateur belge a dû prévoir des règles spécifiques pour des pays d'origine qui ne connaissent pas l'adoption, afin d'éviter des impasses juridiques.⁴ Aux termes de l'article 361-5 du code civil⁵, dans le cas où le droit applicable dans l'État d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption ni le placement en vue d'adoption, le déplacement de l'enfant vers la Belgique en vue d'adoption peut avoir lieu et l'adoption peut être prononcée sous certaines conditions. Les conditions y énumérées sont strictes et prévoient, notamment, que l'enfant n'a plus de parents ou a été abandonné et mis sous tutelle de l'autorité publique et que la décision de l'autorité compétente de l'État d'origine établissant une forme de tutelle sur l'enfant dans le chef du ou des adoptants (à savoir la *kafâla*) est communiquée à l'autorité compétente en Belgique.
6. Si plusieurs adoptions après une *kafâla* ont été prononcées en vertu de cette disposition (notamment en Belgique francophone)⁶, le législateur belge a de

³ Voir, par exemple, cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 14 mai 2014, *Revue du droit des étrangers* (Rev. dr. étr.) 2014, 590, note Apers, C., et Wautelet, P., «Tutelle officieuse et droit international privé», *Revue de jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles* (JLMB) 2018, p. 780.

⁴ Saroléa, S., et Henricot, C., «Droit international privé et droit de la famille», dans *Actualités de droit international privé*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2009, p. 167.

⁵ Inséré par l'article 2 de la loi du 6 décembre 2005 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, *Moniteur belge*, du 16 décembre 2005, p. 53 933.

⁶ Projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, Exposé des motifs, *Doc. Chambre* 2016-17, n° 2259/001, p. 69.

nouveau dû intervenir après un arrêt⁷ refusant l'adoption au motif que les parents biologiques ou le tuteur n'avaient pas consenti à l'adoption conformément au droit belge (applicable au consentement selon le code de droit international privé). Cette décision créait de nouveau un vide juridique, dès lors qu'un tel consentement ne peut jamais être obtenu dans un pays interdisant l'adoption. L'article 348-5/1 du code civil⁸ prévoit dorénavant que le consentement est donné, en cas d'une telle adoption, par un tuteur *ad hoc* désigné par le tribunal.

B. JURISPRUDENCE

1. RECONNAISSANCE DE PLEIN DROIT

7. L'acte de *kafâla* pouvant être reconnu de plein droit, sans qu'il soit nécessaire de recourir à une procédure (voir *supra*, paragraphes 3 et 4), il n'a pas pu être constaté si les autorités se voient souvent confrontées à une *kafâla* dans un autre contexte que celui du droit de séjour ou du droit social (voir *infra*, parties III. et IV.) et dans quelle mesure elles vérifient, le cas échéant, la présence d'un des motifs de refus prévus à l'article 25 du code de droit international privé.
8. Jusqu'à présent, une décision (publiée) a reconnu une *kafâla* marocaine en Belgique en vertu de la convention de La Haye de 1996.⁹ Dans ses arrêts, la cour d'appel d'Anvers a constaté que la reconnaissance de l'acte de *kafâla* en cause n'était pas contraire à l'ordre public belge. Après avoir reconnu la *kafâla*, elle s'est penchée sur la question de savoir si la décision du juge marocain de placer le *makfûl* dans le ménage des *kafîls* en Belgique était exécutoire en Belgique. Plus particulièrement, la cour d'appel se demandait si la procédure de l'article 33 de la convention de La Haye de 1996, concernant l'obligation de coopération entre les autorités compétentes des États concernés, aurait dû être respectée. Or, la cour a jugé que, en l'absence d'une mise en œuvre des dispositions de l'article 33 par le législateur belge, la convention ne pouvait pas être appliquée et que la question de l'exécution devait être tranchée selon les règles du droit international privé belge. Elle a déclaré la décision du juge marocain exécutoire dans l'ordre juridique belge, dès lors qu'aucun des motifs de refus prévus à l'article 25 du code de droit international privé existait en l'espèce. Ainsi, la cour d'appel a non seulement examiné la *kafâla* à l'égard des motifs de refus de reconnaissance (facultatifs) de

⁷ Cour d'appel de Gand, arrêt du 13 mars 2013, *Nieuw Juridisch Weekblad* 2014, p. 225, note Berte, S. Confirmé par Cour de cassation, arrêt du 14 septembre 2015, *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten* (TJK) 2016, p. 342, note El Kaddouri, Y., et Verhellen, J.

⁸ Inséré par l'article 66 de la loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *Moniteur belge*, du 24 juillet 2017, p. 75 168.

⁹ Cour d'appel d'Anvers, arrêt du 25 mai 2016 (arrêt interlocutoire), *Revue@dipr.be* 2017, liv. 3, p. 17, disponible sous le lien suivant: https://www.dipr.be/sites/default/files/rechtspraak/20173_20160525.pdf, et arrêt du 16 mai 2017, *Revue@dipr.be* 2017, liv. 3, p. 15, disponible sous le lien suivant: https://www.dipr.be/sites/default/files/rechtspraak/20173_20170516.pdf.

l'article 23, paragraphe 2, de la convention de La Haye de 1996, mais a également effectué une vérification des motifs de refus (impératifs) prévus en droit interne. La cour d'appel déclarant la *kafâla* exécutoire, il ne ressort toutefois pas de l'arrêt quels effets juridiques et pratiques en découlent concrètement.

9. Les conséquences d'une reconnaissance par les autorités semblent toutefois limitées. Dans une affaire concernant l'entérinement d'une convention de tutelle officieuse conclue en Belgique après une *kafâla* marocaine, le ministère public avait conclu à l'irrecevabilité de la demande d'entérinement de la convention en arguant que «les effets [du jugement marocain homologuant la *kafâla*] sont reconnus de plein droit en Belgique» en vertu de l'article 22 du code de droit international privé. Le requérant n'aurait dès lors pas d'intérêt à demander à être confirmé en tant que tuteur officieux. Cet argument a été rejeté au motif que le requérant avait un intérêt «à voir s'appliquer les effets de la tutelle officieuse qui diffèrent de ceux de la *kafâla* de droit marocain. [...] Cet intérêt pourrait résider dans le fait de voir s'appliquer une institution de droit belge, ce qui faciliterait en pratique la reconnaissance en Belgique de la prise en charge de l'enfant.»¹⁰. Il peut en être déduit qu'une *kafâla* reconnue n'a pas les mêmes effets que les institutions d'accueil d'un enfant connues de l'ordre juridique belge (voir *infra*, paragraphe 13). En revanche, il n'est pas spécifié quels effets découlent bien de la *kafâla* reconnue en droit belge.

2. ASSIMILATION À DES INSTITUTIONS FAMILIALES DE DROIT BELGE

a) INSTITUTIONS DE DROIT BELGE ÉQUIVALENTES

10. En ce qui concerne l'équivalence de la *kafâla* à des institutions de droit de la famille belges, il est généralement reconnu que la *kafâla* s'apparente à la tutelle officieuse¹¹, même si dans le cas de la tutelle officieuse, les parents restent en principe titulaires de l'autorité parentale, le tuteur n'en exerçant que certains aspects (article 475quater du code civil). En effet, cette institution, qui confère à une personne majeure l'obligation d'entretenir un enfant mineur non émancipé, de l'élever et de le mettre en état de gagner sa vie (article 475bis du code civil), est à la base contractuelle et ne rompt pas, à l'instar de la *kafâla*, les liens de filiation

¹⁰ Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, jugement du 29 juin 2005, *Journal du droit des jeunes* 2005, p. 60, et sommaire dans Verhellen, J., «Ouderlijke verantwoordelijkheid. Voogdij. Bescherming van onbekwamen», *Tijdschrift voor Privaatrecht* 2006, p. 1532 et 1533. Confirmé par cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 28 novembre 2006, *Revue Trimestrielle de Droit Familial* (Rev. trim. dr. fam.) 2008, p. 90.

¹¹ Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 1^{er} octobre 2007, *Rev. trim. dr. fam.* 2008, p. 1 257; cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 16 février 2010, *Rev. trim. dr. fam.* 2011, p. 147; cour d'appel d'Anvers, arrêt du 25 mai 2016, précité, note de bas de page 9; cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 24 avril 2017, *JLMB* 2018, p. 776, note Wautelet, P., et *Revue@dipr.be* 2017, p. 61, disponible sous le lien suivant: https://www.dipr.be/sites/default/files/rechtspraak/20174_20170424B.pdf.

originaires. Peu employée, elle a toutefois permis une certaine reconnaissance de la *kafâla* dans l'ordre juridique belge.¹²

11. En matière de droit de la famille, il est de jurisprudence constante que la *kafâla* ne peut pas être assimilée à une adoption et n'en confère pas les effets prévus par le code civil.¹³ Selon cette jurisprudence, la *kafâla* n'a rien de commun avec une adoption¹⁴ et elle ne peut être convertie ni en adoption simple (qui ne crée en principe de lien de parenté qu'entre l'adoptant, d'une part, et l'adopté et ses descendants, d'autre part) ni en adoption plénière, dès lors qu'elle ne change pas le lien de filiation.¹⁵ Il a été souligné que seule l'adoption (en Belgique) peut attribuer un lien de filiation à un *makfûl*. *A contrario*, la *kafâla* ne crée aucun lien de filiation en droit belge.
12. Une décision dans le cadre d'une procédure d'adoption d'un *makfûl* décrit la *kafâla* comme une forme d'accueil familial (réversible) avec désignation d'un tuteur et sous contrôle judiciaire permanent.¹⁶ Il semble toutefois que l'accueil familial mentionné ne doive pas être compris comme une référence à l'accueil familial prévu par le droit belge, mais plutôt comme la description d'une situation factuelle, afin d'expliquer l'institution de la *kafâla*.

a) EFFETS DE L'ASSIMILATION À DES PROCÉDURES DE TUTELLE OFFICIEUSE ET D'ADOPTION ULTÉRIEURES

13. Bien que selon des déclarations de la ministre de la Justice en 2005, la *kafâla* «[puisse] être reconnue en Belgique mais en l'assimilant à un type de tutelle connu en droit belge», à savoir la tutelle officieuse (voir *supra*, paragraphe 10),¹⁷ des décisions judiciaires convertissant la *kafâla* directement en tutelle officieuse n'ont pas pu être identifiées. Toutefois, même si une *kafâla* n'est pas automatiquement reconnue en tant que tutelle officieuse, rien n'empêche le *kafîl* d'entamer la procédure de tutelle officieuse.¹⁸ Cependant, il ne ressort pas de la

¹² *Traité de droit civil belge - Tome I: Les personnes*. Volumes 1 et 2, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 1 116.

¹³ Cour d'appel de Liège, arrêt du 15 décembre 2009, n° 2009/RQ/41, disponible sous le lien suivant: http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20091215-16&idxc_id=236774&lang=FR.

¹⁴ Justice de paix de Saint-Gilles, jugement du 16 janvier 2001, *Revue générale de droit civil belge* 2001 (abrégé), p. 245.

¹⁵ Cour d'appel d'Anvers, arrêt du 25 mai 2016, précité, note de bas de page 9; cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 24 avril 2017, précité, note de bas de page 11. El Kaddouri, Y., et Verhellen, J., «De kafala in de Belgische rechtsorde. Opent het Kinderbeschermingsverdrag nieuwe perspectieven?», *TJK* 2016, p. 346 et 347.

¹⁶ Cour d'appel de Gand, arrêt du 13 mars 2013, précité, note de bas de page 7.

¹⁷ Question orale n° 3-914, *Annales Sénat* 2005-06, n° 3-140, p. 27.

¹⁸ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 25 juin 2015, n° 148 613, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A148613.AN.pdf>.

jurisprudence si cette procédure est allégée par la circonstance que le candidat tuteur et l'enfant sont déjà liés par une *kafâla*. Les deux étapes principales d'une telle procédure doivent en tout cas être parcourues, à savoir l'établissement de la convention de tutelle officieuse devant un juge de paix ou un notaire et l'entérinement de cette convention par le tribunal de la jeunesse. Il semble toutefois que certains problèmes pratiques liés à l'implication de personnes résidant à l'étranger soient abordés de façon souple. Ainsi, il est possible d'obtenir le consentement des parents à la tutelle officieuse par le biais d'un acte authentique dressé dans leur pays de résidence¹⁹, et ce même après l'introduction de la demande d'entérinement de la tutelle officieuse²⁰. Partant, il n'est pas nécessaire que les parents donnent leur consentement devant le juge de paix belge établissant la convention de tutelle officieuse.

14. De même, l'existence d'un acte de *kafâla* ne semble pas simplifier une procédure d'adoption (simple ou plénière) introduite en Belgique. Selon la jurisprudence, l'acte de *kafâla* ne contient pas le consentement (des parents) à une adoption²¹, de sorte qu'un acte authentique séparé contenant ce consentement doit être dressé. Dans une affaire devant un tribunal de la jeunesse, une requête «en prononciation d'adoption» a été déposée après une *kafâla* égyptienne²², ce qui semble impliquer une demande de transformation de la *kafâla* en adoption. L'issue de cette affaire n'étant pas connue, il ressort toutefois de la décision interlocutoire publiée que le ministère public doit mener certaines investigations. Partant, la procédure d'adoption (interne, en l'espèce) doit en tout cas être partiellement parcourue.

III. KAFÂLA ET DROIT D'ENTRÉE ET DE SÉJOUR

15. Dans l'hypothèse où un *makfûl* résidant dans son pays de naissance veut rejoindre son *kafîl* en Belgique, la qualification retenue en droit belge de la *kafâla* prononcée dans le pays de naissance est un des facteurs déterminants pour ses possibilités d'entrer sur le territoire belge et d'y séjourner pendant une durée illimitée. En effet, en l'absence d'un lien de filiation selon le droit belge, les dispositions prévues par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers²³ (ci-après la «loi des étrangers») pour le regroupement familial de descendants ou d'enfants d'un regroupant résidant en Belgique sont inapplicables (voir *infra*, paragraphe 20). Par ailleurs, l'application à la situation d'un *makfûl* de certaines conventions

¹⁹ Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, jugement du 29 juin 2005, précité, note de bas de page 10.

²⁰ Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 24 avril 2017, précité, note de bas de page 11.

²¹ Cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 16 février 2010, précité, note de bas de page 11; cour d'appel de Gand, arrêt du 13 mars 2013, précité, note de bas de page 7.

²² Tribunal de la jeunesse de Bruxelles, jugement du 24 novembre 2011, *Rev. dr. étr.* 2012, p. 464.

²³ *Moniteur belge*, du 31 décembre 1980, p. 14 584.

bilatérales prévoyant un droit de regroupement familial ne semble pas non plus évidente (voir *infra*, paragraphe 27). Cette articulation entre le statut selon le droit de famille belge et le regroupement familial sera examinée dans les paragraphes suivants. Il convient de remarquer que cette analyse ne porte pas sur les demandes d'autorisation de séjour pour motifs humanitaires. En fonction des circonstances, l'autorité compétente, l'Office des étrangers, peut délivrer une telle autorisation à un *makfûl* afin qu'il rejoigne son *kafîl* ou – dans l'hypothèse où il réside déjà en Belgique – puisse rester en Belgique.²⁴ Les situations de regroupement familial évoquées doivent également être distinguées de l'octroi d'un visa en vue d'une procédure d'adoption en Belgique. Si le *kafîl* cherche à adopter le *makfûl* en Belgique, un visa à durée limitée peut être délivré. Ce visa peut être prolongé à plusieurs reprises en attendant l'issue de la procédure d'adoption.²⁵ Le résultat de la procédure d'adoption déterminera par la suite le droit de séjour de l'enfant.

A. REGROUPEMENT FAMILIAL EN VERTU DE LA LOI DES ÉTRANGERS

1. DISPOSITIONS APPLICABLES

a) ENFANTS ET AUTRES DESCENDANTS

16. La loi des étrangers fixe les conditions de regroupement familial tant pour le regroupement avec un ressortissant belge, qu'avec un citoyen de l'Union, ainsi qu'avec un ressortissant d'un pays tiers résidant légalement en Belgique. En ce qui concerne les personnes visées par le regroupement, et plus particulièrement les descendants du regroupant, un ressortissant d'un pays tiers peut être rejoint par ses enfants ou les enfants de son conjoint ou partenaire enregistré, âgés de moins de 18 ans (article 10, § 1, alinéa 1er, 4^o, deuxième et troisième tirets, et 5^o)²⁶, tandis que les citoyens de l'Union et les ressortissants belges peuvent être rejoints par leurs descendants et les descendants de leur conjoint ou partenaire, âgés de moins de 21 ans ou qui sont à leur charge (article 40bis, § 2, alinéa 1er, 3^o et article 40ter, §2, alinéa 1er, 1^o).
17. Les dispositions concernant les ressortissants d'un pays tiers transposant la directive 2003/86/CE²⁷, la loi des étrangers prévoit des conditions supplémentaires pour le regroupement visant un enfant qui n'est pas commun au

²⁴ Voir, par exemple, tribunal de la jeunesse de Bruxelles, jugement du 24 novembre 2011, précité, note de bas de page 10.

²⁵ Une telle situation était en cause dans l'arrêt de la CEDH du 16 décembre 2014, Chbihi Loudoudi e.a. c. Belgique, [CE:ECHR:2014:1216JUD005226510](#). Pour un sommaire de l'arrêt rejetant l'adoption sollicitée: cour d'appel de Bruxelles, arrêt du 19 mai 2010, *Rev. dr. étr.* 2012, p. 323.

²⁶ L'article 10 concerne les ressortissants d'un pays tiers bénéficiant d'un droit de séjour illimité. Les ressortissants d'un pays tiers avec un droit de séjour limité (par exemple des étudiants) ont également le droit d'être rejoints par leurs enfants, sous certaines conditions supplémentaires prévues par l'article 10 bis de la loi des étrangers.

²⁷ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial, JO 2003, L 251, p. 12.

regroupant et à son conjoint ou partenaire enregistré. À l’instar de l’article 4, paragraphe 1, sous c) et d), de ladite directive, de tels enfants ne peuvent rejoindre le regroupant pour autant que l’étranger rejoint, son conjoint ou le partenaire enregistré en ait le droit de garde et la charge et, en cas de garde partagée, à la condition que l’autre titulaire du droit de garde ait donné son accord (article 10, § 1, alinéa 1er, 4^o, troisième tiret). Curieusement, le législateur belge a introduit l’exigence de droit de garde également pour les regroupements familiaux avec un citoyen de l’Union (ou un ressortissant belge), bien que la directive 2004/38/CE²⁸ n’impose pas une telle condition.²⁹ Cette condition ne concernerait que les descendants mineurs, malgré la circonstance qu’il n’y a pas d’âge maximal pour le regroupement familial avec un descendant (à charge) d’un citoyen de l’Union.³⁰ Ainsi, le législateur ajoute une condition matérielle à la notion de «descendant» au sens de la directive 2004/38/CE. Dès lors, si un *kafil* demande un regroupement familial avec son *makfûl* en vertu de l’article 40bis ou 40ter de la loi des étrangers, non seulement la portée de la notion de «descendant» est en cause mais il doit également être établi que le *kafil* concerné est titulaire du droit de garde.

b) AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE

18. Avant 2014, la loi des étrangers ne prévoyait pas de dispositions spécifiques relatives au droit d’entrée et de séjour d’autres membres de la famille d’un citoyen de l’Union au sens de l’article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38/CE. À la suite de l’avis motivé de la Commission européenne dans le cadre d’une procédure d’infraction pour la transposition incomplète de ladite directive³¹, les articles 47/1 à 47/4 ont été ajoutés à la loi des étrangers, portant sur de tels autres membres de la famille.³² Sont, notamment, considérés comme autres membres de la famille d’un citoyen de l’Union, les membres de la famille, non visés à l’article 40bis, § 2, de la loi des étrangers qui, dans le pays de provenance,

²⁸ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l’Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE, JO 2004, L 158, p. 77.

²⁹ Loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l’accès au territoire, le séjour, l’établissement et l’éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial, *Moniteur belge*, du 12 septembre 2011, p. 58 915. Le gouvernement était conscient du fait que la loi deviendrait plus sévère que la directive 2004/38/CE: propositions de loi 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l’accès au territoire, le séjour, l’établissement et l’éloignement des étrangers, Rapport de la commission de l’Intérieur, des Affaires générales et de la Fonction publique, *Doc. Chambre* 2010-11, n° 0443/018, p. 206.

³⁰ Dawoud, S., «Gezinshereniging in België: kan men het bos nog door de bomen zien?», *Tijdschrift voor Vreemdelingenrecht* (T. Vreemd) 2014, p. 296.

³¹ Projet de loi portant dispositions diverses en matière d’asile et de migration et modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l’accès au territoire, le séjour, l’établissement et l’éloignement des étrangers, Exposé des motifs, *Doc. Chambre* 2013-14, n° 3239/001, p. 7.

³² Articles 24 à 27 de la loi du 19 mars 2014, *Moniteur belge*, du 5 mai 2014, p. 36 137.

sont à charge ou font partie du ménage du citoyen de l'Union (article 47/1). La loi des étrangers ne contient pas de dispositions analogues pour les autres membres de la famille d'un citoyen belge n'ayant pas exercé son droit à la libre circulation.

2. EXCLUSION DU *MAKFÛL* DU REGROUPEMENT FAMILIAL DE DESCENDANTS

19. À titre liminaire, il convient de relever que la plupart des affaires examinées concernent un *kafil* de nationalité belge ou ressortissant d'un pays tiers. Il est toutefois rappelé que les dispositions relatives au regroupement familial de descendants sont similaires pour les ressortissants belges et les citoyens de l'Union (voir *supra*, paragraphe 16). Par ailleurs, la jurisprudence concernant le regroupement avec un ressortissant d'un pays tiers peut également contenir des éléments utiles, bien qu'elle porte sur la notion d'enfant au lieu de descendant.
20. En ce qui concerne la pratique administrative, l'Office des étrangers rejette systématiquement toute demande de regroupement familial de descendants impliquant un enfant recueilli sous *kafâla*.³³ En effet, ne pouvant être assimilée à une adoption et n'opérant pas de transfert de filiation, la *kafâla* n'emporte aucun effet sur le plan administratif.³⁴ Ainsi, il a été décidé qu'«une procédure de regroupement familial conformément à l'article 40 ter ne peut pas être entamée car la *kafâla* est relative à une tutelle et que la tutelle n'établit aucun lien de filiation entre le pupille et ses tuteurs»³⁵ ou, encore, que «l'acte de *kafâla* n'établit aucun lien de filiation [...] et que dès lors, [les intéressés, ressortissants belges] ne peuvent se prévaloir des dispositions relatives au regroupement familial».³⁶ Selon l'Office des étrangers, l'acte de *kafâla* «ne lie en rien les autorités belges».³⁷ Plus généralement, l'Office des étrangers est d'avis qu'une tutelle (sans faire de distinction entre ses modes d'établissement) ne confère aucun droit de séjour.³⁸
21. Selon la jurisprudence constante du Conseil du contentieux des étrangers, la juridiction compétente pour les recours contre les décisions administratives concernant les demandes d'autorisation de séjour, la *kafâla* n'ouvre pas un droit

³³ Voir, par exemple, Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 29 juillet 2014, n° 127 567, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A127567.AN.pdf>.

³⁴ Carlier, J.-Y., et Henricot, C., «Belgique, de l'exception d'ordre public aux accommodements réciproques?», dans *Ordre public et droit musulman de la famille*, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 262.

³⁵ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 21 décembre 2017, n° 196 955, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A196955.AN.pdf>.

³⁶ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 5 juillet 2016, n° 171 258, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A171258.AN.pdf>.

³⁷ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 26 octobre 2015, n° 155 326, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A155326.AN.pdf>.

³⁸ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 8 août 2013, n° 108 146, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A108146.AN.pdf>.

particulier au séjour sur le territoire.³⁹ Il peut en être déduit que le *makfûl*, contrairement à un enfant adopté⁴⁰, ne relève pas de la catégorie de descendant ou enfant au sens de la loi des étrangers. Un acte de *kafâla* ne peut être assimilé à une adoption au sens du droit belge.⁴¹

22. Dans le nombre limité d'affaires concernant une *kafâla* algérienne, le Conseil du contentieux des étrangers n'a jamais dû se prononcer sur l'existence d'un droit d'entrée et de séjour du *makfûl* dans le cadre d'un regroupement familial.⁴²
23. Les autres décisions du Conseil du contentieux des étrangers sur le droit de séjour d'un *makfûl* concernent la *kafâla* marocaine et portent sur des demandes d'autorisation de séjour pour motifs humanitaires, souvent pour des *makfûls* résidant déjà (de manière légale ou illégale) sur le territoire belge. Dans ces affaires, le Conseil du contentieux des étrangers est régulièrement amené à se prononcer sur l'articulation entre l'existence d'une *kafâla* et le droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la CEDH.⁴³ Il peut être déduit d'une décision concernant le regroupement familial de neveux-*makfûls* avec leur oncle-*kafîl* belge qu'une telle relation ne relève pas de la catégorie de descendants pouvant rejoindre le regroupant.⁴⁴ Dans le contexte d'un regroupement familial d'ascendants d'un citoyen de l'Union (en l'espèce un *kafîl* désirant rejoindre son *makfûl*), il a été explicitement jugé que la *kafâla* ne crée pas de lien de parenté, de sorte qu'un *kafîl* ne peut être considéré comme un membre de la famille d'un citoyen de l'Union au sens de l'article 40bis, § 2.⁴⁵

³⁹ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 30 avril 2009, n° 26 847, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A26847.AN.pdf>; Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 24 février 2011, n° 56 659, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A56659.AN.pdf>.

⁴⁰ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 25 juin 2015, n° 148 503, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A148503.AN.pdf>. Kruger, T., note sous CEDH, arrêt du 16 décembre 2014, *Rechtskundig Weekblad* 2015-16, p. 1 434.

⁴¹ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 26 octobre 2015, n° 155 326, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A155326.AN.pdf>.

⁴² Voir, par exemple, Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 24 février 2011, n° 56 659, précité, note de bas de page 39; Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 9 mars 2015, n° 140 560, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A140560.AN.pdf>.

⁴³ Voir, par exemple, Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 14 mars 2017, n° 183 881, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A183881.AN.pdf>.

⁴⁴ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 19 septembre 2014, n° 129 725, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A129725.AN.pdf>.

⁴⁵ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 5 juin 2009, n° 28 339, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A28339.AN.pdf>.

3. INTERPRÉTATION DE LA NOTION D'«AUTRES MEMBRES DE LA FAMILLE»

24. L'Office des étrangers semble observer une interprétation stricte des «autres membres de la famille qui, dans le pays de provenance, sont à charge ou font partie du ménage du citoyen de l'Union». Il utilise les termes «membres de la famille éloigné» pour de tels membres de famille et exige un lien de parenté avec le regroupant.⁴⁶ L'article 47/1 de la loi des étrangers n'étant entré en vigueur que le 15 mai 2014⁴⁷, la jurisprudence concernant cet article est limitée. L'interprétation stricte de l'Office des étrangers ressort toutefois d'un arrêt. Dans le cas d'un *kafîl* de nationalité italienne, nommé tuteur d'un *makfûl* marocain par une juridiction italienne, l'autorité compétente a refusé la délivrance d'une carte de séjour en tant que membre de la famille d'un citoyen de l'Union au motif que le *makfûl* «[...] n'est pas un membre de la famille dans la mesure où il n'y a pas de lien de parenté au sens strict. Les documents déposés attestent uniquement d'un lien entre un tuteur et sa pupille et non d'un lien de famille [...]».⁴⁸ Toutefois, le Conseil du contentieux des étrangers ne s'est pas prononcé sur le fond de cette affaire mais a conclu à l'irrecevabilité du recours.⁴⁹ Actuellement, il ne ressort pas non plus de la jurisprudence si un enfant soumis à une tutelle officieuse, l'institution belge la plus similaire à la *kafâla*, peut être qualifié d'autre membre de la famille au sens de l'article 47/1 de la loi des étrangers.

4. ARTICULATION ENTRE LA LOI DES ÉTRANGERS ET LA RECONNAISSANCE D'UNE KAFÂLA EN VERTU DE LA CONVENTION DE LA HAYE DE 1996

25. Comme relevé (voir *supra*, paragraphe 4), une *kafâla* marocaine peut désormais être reconnue de plein droit en Belgique en vertu de la convention de La Haye de 1996. Toutefois, les effets d'une telle reconnaissance pour le droit d'entrée et de séjour du *makfûl* ne sont pas clairs. D'une part, le législateur belge n'a pas encore fixé toutes les mesures de mise en œuvre de la convention. D'autre part, la cour d'appel d'Anvers a souligné dans son arrêt de reconnaissance de la *kafâla* qu'une telle reconnaissance n'octroie pas automatiquement à l'enfant concerné un droit

⁴⁶ Disponible sous le lien suivant: https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/FR/Guidedesprocedures/Pages/Regroupement_familial/Les_autres_membres_de_la_famille_d_un_citoyen_de_l_Union_Les_conditions_Article_47.aspx.

⁴⁷ De plus, l'Office des étrangers n'avait pas de compétence pour prendre des décisions sur les demandes en vertu de l'article 47/1 jusqu'au 13 janvier 2016, faute de l'arrêté ministériel requis portant délégation.

⁴⁸ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 5 septembre 2017, n° 191 454, disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-cce.be/sites/default/files/arr/A191454.AN.pdf>.

⁴⁹ Confirmé par le Conseil d'État, arrêt du 17 mai 2018, n° 241 535, disponible sous le lien suivant: http://www.raadvst-consetat.be/Arrets/241000/500/241535Dep.pdf#xml=http://www.raadvst-consetat.be/apps/dtsearch/getpdf.asp?DocId=34038&Index=c%3a\software\dtsearch\index\arrets_fr\&HitCount=2&hits=17+18+&01025432018152.

de séjour en Belgique.⁵⁰ De même, le représentant du ministre des Affaires étrangères a affirmé pendant les travaux préparatoires de la ratification de la convention de La Haye de 1996 que la *kafâla* est une figure juridique atypique et non reconnue en droit belge qui «était devenue un moyen d'immigration»⁵¹, démontrant une certaine méfiance vis-à-vis de l'utilisation de la *kafâla* dans le cadre du droit de séjour. La reconnaissance de la *kafâla* en droit de la famille belge ne changerait donc en rien les interprétations constantes retenues en matière de droit d'entrée et de séjour. Ainsi, la reconnaissance aurait un effet pratique limité dans les cas où l'objectif principal de son demandeur était de faciliter le déplacement du *makfûl* vers la Belgique. La question a été soulevée de savoir si un tel refus de rattacher des conséquences au niveau du droit de séjour à une reconnaissance n'affecte pas l'effectivité de la protection envisagée par ladite convention.⁵²

B. REGROUPEMENT FAMILIAL EN VERTU DE CONVENTIONS BILATÉRALES D'EMPLOI

26. En vertu de l'article 10, § 1, alinéa 1er, 1^o, de la loi des étrangers, l'étranger dont le droit de séjour est reconnu par un traité international est de plein droit admis à séjourner plus de trois mois sur le territoire belge. Partant, les étrangers qui puisent un droit de regroupement familial d'une convention bilatérale entre leur État et la Belgique, peuvent se voir octroyer un droit de séjour illimité en Belgique. De telles conventions bilatérales existent avec, notamment, l'Algérie et le Maroc, à savoir respectivement la convention relative à l'emploi et au séjour en Belgique des travailleurs algériens et de leurs familles et ses annexes, signées à Alger, le 8 janvier 1970, et la convention relative à l'occupation de travailleurs marocains en Belgique et ses annexes, signées à Bruxelles le 17 février 1964.⁵³ Lesdites conventions prévoient, notamment, le regroupement familial pour des «enfants mineurs à charge».⁵⁴
27. La jurisprudence publiée ne traite pas de questions concernant la qualification de la *kafâla* à la lumière de la convention bilatérale avec l'Algérie. En revanche, dans le cadre de la convention bilatérale avec le Maroc, il a été jugé qu'un *makfûl* ne

⁵⁰ Cour d'appel d'Anvers, arrêt du 25 mai 2016, précité, note de bas de page 9.

⁵¹ Projet de loi portant assentiment à la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, de La Haye du 19 octobre 1996, Rapport de la commission des relations extérieures et de la défense, *Doc. Sénat* 2013-14, n° 5-2321/2, p. 5.

⁵² El Kaddouri, Y., et Verhellen, J., voir note de bas de page 15, p. 346 et 347; Kruger, T., voir note de bas de page 40, p. 1 435.

⁵³ Approuvées par la loi du 13 décembre 1976, *Moniteur belge*, du 17 juin 1977, p. 8 060.

⁵⁴ Depuis 2011, il est en outre requis que le lien de filiation soit préexistant à l'arrivée de la personne rejointe (article 15 de la loi du 8 juillet 2011, précitée, note de bas de page 29). Il semble s'agir d'une modification unilatérale des conventions concernées (Walley, L., «50 jaar bilaterale tewerkstellingsakkoorden: nog steeds actueel?», *T. Vreemd*. 2014, 179).

peut pas être considéré comme un enfant au sens de ladite convention, la *kafâla* ne créant pas de lien de filiation.⁵⁵

IV. KAFÂLA ET PRESTATIONS FAMILIALES

A. PRIME D'ADOPTION

28. La qualification de la *kafâla* a également été en cause dans un certain nombre de décisions concernant l'octroi de certaines prestations familiales. Notamment, les rejets de demandes de prime d'adoption introduites par des *kafils* ont généré de la jurisprudence. À l'instar de la jurisprudence en matière de droit privé et droit de séjour, ces décisions refusent, en principe, également d'assimiler la *kafâla* à une adoption.⁵⁶ Il n'y a qu'une seule décision, réformée en appel, qui ait retenu l'équivalence entre les institutions de l'adoption simple en droit belge et de la *kafâla* en droit marocain.⁵⁷ Dans d'autres décisions, il a été jugé que la *kafâla* peut être comparée à une tutelle officieuse ou à une prise en charge d'enfant.⁵⁸
29. La Cour constitutionnelle belge a été interrogée sur la constitutionnalité de la disposition légale portant sur l'octroi de la prime d'adoption dans la mesure où elle n'est pas appliquée à la *kafâla*. La question s'est posée de savoir si l'institution de l'adoption et l'institution de la *kafâla* marocaine sont effectivement incomparables, de sorte qu'il ne peut y avoir de discrimination.⁵⁹ La Cour constitutionnelle a jugé que l'exclusion du bénéfice de la prime d'adoption en cas de *kafâla* ne viole pas les principes d'égalité de traitement et non-discrimination prévus par la Constitution, lus en combinaison avec, notamment, les articles 2 et 20 de la convention relative aux droits de l'enfant, et avec l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme.⁶⁰ Elle a souligné que la *kafâla* se distingue «clairement» de l'adoption.

⁵⁵ Conseil du contentieux des étrangers, arrêt du 28 mai 2009, n° 28 068, *T. Vreemd.* 2009 (somm.), p. 331 et disponible sous le lien suivant: <http://www.rvv-ccce.be/sites/default/files/arr/A28068.AN.pdf>.

⁵⁶ Cour du travail de Mons, arrêt du 3 septembre 2009, *Rev. dr. étr.* 2009, p. 389, note; cour du travail de Mons, arrêt du 10 décembre 2009, *Rev. dr. étr.* 2010 (sommaire), p. 581.

⁵⁷ Tribunal du travail de Mons, jugement du 9 septembre 2008, n° 08/372/A, disponible sous le lien suivant: http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=F-20080909-4&idxc_id=225492&lang=FR.

⁵⁸ Cour du travail de Mons, arrêt du 3 septembre 2009, précité, note de bas de page 56.

⁵⁹ Cour du travail de Liège, arrêt du 18 juin 2012, *Rev. dr. étr.* 2012, p. 246.

⁶⁰ Cour constitutionnelle, arrêt du 19 juin 2013, n° 92/2013, disponible sous le lien suivant: <http://www.const-court.be/public/f/2013/2013-092f.pdf>.

B. ALLOCATIONS FAMILIALES

30. L'absence de l'assimilation de la *kafâla* à une adoption ou à une autre institution de droit de la famille belge n'implique d'ailleurs pas que le *kafil* se voie exclu de toute sorte d'allocation sociale dont bénéficie le *makfûl*. En effet, certaines allocations n'exigent pas l'existence d'un lien de filiation. Dans des décisions portant sur d'autres prestations familiales que la prime d'adoption, il a également été jugé qu'il n'est pas possible d'assimiler la *kafâla* à une adoption plénière ou simple.⁶¹ Par ailleurs, la cour du travail de Bruxelles a refusé l'octroi d'allocations familiales à un enfant pris en charge par son frère dans le cadre d'une *kafâla* marocaine au motif que la *kafâla* «ne présente pas suffisamment de garanties notamment sur le plan juridique de manière telle qu'elle ne saurait être assimilée à une adoption ou à une tutelle officieuse».⁶²

V. CONCLUSION

31. Le droit belge ne connaît pas de législation spécifiquement consacrée à la *kafâla*. Une disposition en matière d'adoption porte (implicitement) sur ledit concept juridique (article 361-5 du code civil), en prévoyant la possibilité de prononcer, sous certaines conditions, l'adoption d'un enfant provenant d'un pays interdisant l'adoption (voir paragraphes 5 et 6). La *kafâla* prononcée à l'étranger peut toutefois être reconnue de plein droit conformément aux règles du code de droit international privé belge ou, le cas échéant, en vertu de la convention de La Haye de 1996 (voir paragraphes 3 et 4). Les conséquences d'une telle reconnaissance semblent toutefois limitées. Par ailleurs, il n'est pas clair actuellement si la reconnaissance d'une *kafâla* en vertu de la convention de La Haye de 1996 a des effets sur le droit d'entrée et de séjour d'un *makfûl* (voir paragraphe 25).
32. Il est généralement accepté que l'institution la plus proche à la *kafâla* en droit belge est la tutelle officieuse (voir paragraphe 10). Il est de jurisprudence constante que la *kafâla* ne peut être assimilée à une adoption (voir paragraphe 11). L'équivalence fonctionnelle entre la *kafâla* et la tutelle officieuse n'entraîne toutefois pas de conséquences au niveau juridique. Le *kafil* souhaitant être reconnu en tant que tuteur officieux du *makfûl* doit néanmoins entamer la procédure prévue à cette fin, qui ne semble pas être allégée par la circonstance que le candidat tuteur et l'enfant sont déjà liés par une *kafâla* (voir paragraphe 13).

⁶¹ Cour du travail de Mons, arrêt du 29 juillet 2010, n^{os} 2009/AM/21.871 et 2009/AM/21.908, disponible sous le lien suivant: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20100729-10.

⁶² Cour du travail de Bruxelles, arrêt du 14 septembre 2005, n^o 40 420, disponible sous le lien suivant: http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20050914-8.

33. Quant à l'articulation entre l'existence d'une *kafâla* et le droit d'entrée et de séjour d'un *makfûl* qui veut rejoindre son *kafil* résidant en Belgique, l'autorité compétente exclut le *makfûl* du bénéfice du regroupement familial prévu pour les descendants d'un citoyen de l'Union ou d'un ressortissant belge (voir paragraphe 20). Cette position a été confirmée par la jurisprudence (voir paragraphe 21). Selon l'autorité compétente, seules les personnes ayant un lien de filiation avec le regroupant relèvent de la notion de «descendant». Par ailleurs, elle applique de façon restrictive la disposition prévoyant un droit au regroupement familial pour d'autres membres de la famille qui, dans le pays de provenance, sont à charge ou font partie du ménage du citoyen de l'Union, de sorte qu'il semble que certains *makfûls* ne puissent pas non plus bénéficier d'un regroupement sur cette base. En effet, l'autorité compétente interprète la notion d'«autre membre de la famille» en ce sens qu'il doit exister un lien de parenté avec le regroupant (voir paragraphe 24). Partant, un *makfûl* sans lien de parenté ne pourrait pas entrer sur le territoire belge et y séjourner dans le cadre d'un regroupement familial, mais il devrait recourir à d'autres types d'autorisation, tel qu'un visa pour motifs humanitaires.
34. La problématique des effets d'une *kafâla* est également apparue dans le domaine du droit social, notamment en ce qui concerne l'octroi de la prime d'adoption et d'allocations familiales (voir paragraphes 28 à 30). Dans ce contexte, il a également été jugé que la *kafâla* ne peut pas être assimilée à une adoption et s'apparente plutôt à une tutelle officieuse ou à une prise en charge de fait.

[...]

DROIT ESPAGNOL

I. INTRODUCTION

1. La présente contribution porte sur la réglementation espagnole applicable en ce qui concerne la reconnaissance des effets d'une mise sous tutelle d'un enfant prononcée à l'étranger, ainsi que sur la pratique administrative et la jurisprudence y afférentes afin de reconnaître les effets d'une mise sous *kafâla* ou d'une mesure équivalente prévue par la loi du pays d'origine de l'enfant.
2. Le droit espagnol a déjà été confronté aux difficultés découlant de la reconnaissance du régime de la *kafâla* qui, par sa typologie et ses caractéristiques, diffère des institutions existant en droit de la famille. Toutefois, la *kafâla* peut déployer des effets juridiques en Espagne, pourvu qu'elle ait été valablement accordée.
3. Ces difficultés d'encadrement de la *kafâla* ont été essentiellement rencontrées en matière de demandes de visa pour regroupement familial ainsi que d'octroi de prestations sociales (allocation d'enfant à charge, pension de survie d'orphelin).
4. Il mérite d'être souligné qu'en raison de sa proximité géographique, l'Espagne est une destination incontournable pour les orphelins et mineurs, sous régime de la *kafâla*, provenant notamment du Maroc¹.

II. DROIT NATIONAL

5. La loi 54/2007 sur l'adoption internationale, du 28 décembre 2007 (ci-après la «LA») entend, essentiellement, garantir la protection des enfants contre tout type de trafic et renforcer l'idée de l'adoption internationale comme mesure de protection des enfants abandonnés et comme faisant partie d'un système de protection intégrale.
6. Cette loi établit, entre autres, une description détaillée du régime de reconnaissance en Espagne des adoptions menées par des autorités étrangères à défaut de normes internationales. De telles adoptions sont reconnues en Espagne seulement si elles ont été menées valablement dans le pays d'origine. Dans ce cadre, les autorités espagnoles doivent procéder à leur contrôle et vérifier que ces adoptions aient bien les mêmes effets que les adoptions effectuées en Espagne².

¹ Selon les données publiées par l'*Instituto Nacional de Estadística* (INE), depuis 2008 la nationalité marocaine est l'une des nationalités prédominantes parmi les étrangers résidents en Espagne (14,9% en 2011).

² Depuis l'entrée en vigueur de la loi organique 21/1987 du 11 novembre 1987, l'adoption " simple " a disparu. Il n'y a plus qu'une seule forme d'adoption, équivalente à l'ancienne adoption plénière.

7. La loi 26/2015, du 28 juillet 2015³, a opéré une réforme du système de protection de l'enfance et de l'adolescence, en modifiant, entre autres, la LA.
8. Cette réforme a ajouté un quatrième point à l'article 19 de la LA, dont découle une interdiction de conversion de la *kafâla* en adoption. En effet, selon cette disposition, dans le cas de mineurs dont la législation nationale interdit ou n'envisage pas l'adoption, la constitution de l'adoption sera refusée, sauf si le mineur est dans une situation d'abandon et se trouve protégé par une entité publique.
9. L'article 34 de la LA, également modifié par la loi 26/2015, intitulé «Effets légaux en Espagne des décisions relatives à la protection des mineurs dont ne découlent pas des liens de filiation agréés par des autorités étrangères», prévoit:
- «1. Les institutions de protection des mineurs constituées par des autorités étrangères et qui, selon la loi de leur constitution, ne déterminent aucun lien de filiation seront assimilées à l'accueil familial ou, s'il y a lieu, à une tutelle⁴, tous deux réglementés par le droit espagnol, si les conditions suivantes sont remplies:
- 1°. les effets substantiels de l'institution étrangère sont équivalents à ceux du placement en famille d'accueil ou, le cas échéant, de la tutelle, tels que prévus par la législation espagnole.
- 2°. les institutions de protection ont été agréées par une autorité étrangère compétente, qu'elle soit judiciaire ou administrative. L'autorité étrangère qui constitue la mesure de protection sera considérée comme compétente sur le plan international si les faits en l'espèce présentent des liens raisonnables avec l'État étranger dont les autorités l'ont constituée.
- Nonobstant la règle précédente, si l'institution de protection ne présente pas des liens d'origine, de famille ou d'ordres similaires avec le pays de l'autorité qui a constitué cette institution, on considérera que l'autorité étrangère n'a pas de compétence sur le plan international.
- 3°. les effets de l'institution de protection étrangère ne violent pas l'ordre public espagnol.
- 4°. le document, dans lequel l'institution constituée devant une autorité étrangère est certifiée, remplit les conditions d'authenticité, à savoir la légalisation ou apostille et traduction dans la langue officielle espagnole, exception faite des documents exemptés de légalisation ou de traduction en vertu d'autres réglementations en vigueur.
2. L'autorité publique espagnole devant laquelle se pose la question de la validité d'une mesure de protection constituée par une autorité étrangère et, en particulier, la personne en charge du registre de l'état civil sur lequel figure l'annotation de ladite mesure, sera responsable de contrôler, par ailleurs, la validité de ladite mesure en Espagne conformément à cet article».

³ Journal officiel de l'État (BOE) 180, du 29 juillet 2015.

⁴ La tutelle confère au tuteur la représentation légale du mineur, contrairement à l'accueil.

10. Par conséquent, il ressort de cette disposition que, pour que la *kafâla* puisse être reconnue en tant qu'accueil ou tutelle, il est nécessaire que les effets substantiels de cette mesure de protection soient équivalents à ceux de l'accueil familial ou de la tutelle, tels que prévus par la législation espagnole.
11. Cela dit, la reconnaissance des effets de la validité d'une telle mesure de protection étrangère ne connaît pas toujours une réponse homogène dans la mesure où elle dépend de l'autorité (administrative ou judiciaire) devant laquelle une telle reconnaissance est sollicitée et de la finalité recherchée (visa pour regroupement familial, prestations sociales, etc.).
12. En outre, dans le cadre de la reconnaissance et de l'exécution des décisions judiciaires étrangères, l'Espagne a conclu plusieurs conventions bilatérales, entre autres, le *Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos del 30 de mayo de 1997* ainsi que le *Convenio entre el Reino de España y la República de Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales del 24 de septiembre de 2001*.

III. PRATIQUE ADMINISTRATIVE

13. Il importe de mentionner la position défendue par la *Direction General de Registros y del Notariado* (ci-après la «DGRN») sur la reconnaissance de la *kafâla* en Espagne.
14. Dans la résolution-circulaire du 15 juillet 2006⁵, la DGRN défend que la *kafâla* doit être reconnue comme un régime assimilable à l'accueil familial, tel qu'établi par le droit espagnol, dans la mesure où le *kafîl* remplit uniquement une obligation d'hébergement, de repas et d'éducation, sans que celle-ci n'opère aucune modification de l'ordre de succession légal, ni ne crée la naissance d'un quelconque lien de parentalité.
15. Dans ce sens, la *kafâla* ne sera pas assimilée à une adoption. Par l'application des règles du droit international privé et partant des fonctions développées par cette institution, celles-ci peuvent être plutôt assimilées à celles développées par l'accueil familial⁶, en ce que l'accueil familial ne crée pas de lien de parentalité, ni n'enlève l'autorité parentale des parents du mineur concerné⁷.

⁵ BOE 207, 30/08/2007.

⁶ Dans le même sens, résolutions de la DGRN du 14 mai 1992, du 18 octobre 1993, du 13 octobre 1995, du 25 avril 1995 et du 21 mars 2006.

⁷ Articles 173 et 173 bis du code civil espagnol relatifs à la garde et au placement des mineurs.

IV. JURISPRUDENCE

16. Les juridictions nationales ont eu l'opportunité de se pencher sur les effets d'une *kafâla*, notamment dans le cadre de litiges portant sur des demandes de visa pour regroupement familial pour des mineurs.
17. Dans ce contexte, il convient de mettre en exergue un arrêt de la Cour suprême espagnole, du 19 décembre 2011, qui a précisé la jurisprudence applicable et régulièrement rappelée par les autres juridictions.
18. Dans le cas d'espèce, la Cour suprême a confirmé le refus du visa pour regroupement familial à une mineure, nièce du *kafil*, ressortissant marocain résident en Espagne. La Cour suprême a constaté qu'il s'agissait d'une *kafâla* notariale, sur la base d'un document privé, établie par les parents biologiques du mineur dans son pays d'origine⁸.
19. Dans un tel cas, et notamment en l'absence d'une situation d'abandon ou d'un besoin de protection pour l'enfant, il n'est pas possible d'accéder à un tel visa, notamment car les fonctions assumées par le *kafil* semblent plutôt s'inscrire dans le contexte d'une cession ou d'une délégation de certaines obligations découlant de l'autorité parentale, mais qu'en aucun cas elles n'enlèvent aux parents du mineur leur représentation légale.
20. La Cour suprême a affirmé que la réglementation nationale sur le regroupement familial, notamment en ce qui concerne la notion de «représentant légal» doit être interprétée de façon restrictive afin de poursuivre l'objectif de la réglementation de l'Union, qui est applicable, en principe, aux conjoints et aux enfants mineurs et non aux neveux.
21. Dans un tel cas, poursuit la Cour suprême, il serait envisageable, si les autres conditions sont réunies, de demander un visa de séjour dans un but de scolarisation, de traitement médical ou de vacances.
22. La Cour suprême a également précisé que la pratique administrative, en vertu des instructions émises par le secrétaire d'État de l'immigration et l'émigration⁹, part du principe que l'étranger résident ne peut pas être considéré comme représentant légal du mineur dès lors que celui-ci est toujours sous l'autorité parentale des

⁸ Dans le même sens, le tribunal de Barcelone (contencioso-administrativo) s'est prononcé dans un arrêt du 5 juillet 2013 en refusant une demande de carte de séjour à un mineur marocain résident en Espagne, sur la base de la condition de représentant légal octroyée, selon la requérante, par le biais d'une *kafâla* sans aucune intervention judiciaire ou administrative. Dans le cas d'espèce, le *kafil* était un mineur ressortissant du Maroc, également résident en Espagne. Dans cet arrêt, le tribunal de Barcelone a évoqué la jurisprudence issue de la Cour suprême dans l'arrêt précité du 9 décembre 2011.

⁹ Instructions DGI/SGR/06/2007 relative à la *kafâla* et DGI/SGR/01/2008, du 17 janvier 2008, relative au regroupement familial de mineurs pour lesquels le regroupant a la représentation légale.

parents biologiques ou adoptifs, lorsqu'il n'y a pas de déclaration judiciaire d'abandon.

23. Par contre, la Cour suprême précise que, si la *kafâla* a été établie parce que le mineur était orphelin ou parce qu'un besoin de protection a été constaté, bien que la *kafâla* n'établisse aucun lien de filiation, elle s'apparente, dans ces cas, à la tutelle. De ce fait, le *kafil* sera considéré comme représentant légal du mineur. Par conséquent, celui-ci obtiendra le visa de séjour pour regroupement familial et sera accueilli sur le territoire espagnol de manière permanente¹⁰.
24. D'autres litiges concernant la reconnaissance d'effets juridiques de la *kafâla* en Espagne portent sur le droit à une prestation ou à une allocation de sécurité sociale.
25. Dans ce contexte, le *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*¹¹ s'est penché sur la question des effets légaux de la *kafâla* au regard d'une demande de prestation/allocation pour la naissance ou l'adoption d'un enfant. Suivant la réflexion de l'Institut National de la Sécurité Sociale (ci-après l'«INSS»), il a refusé la prestation dans la mesure où la naissance ou l'adoption d'un enfant donnant lieu à une telle prestation doit être inscrite dans le livret de famille du demandeur (*kafil*), ce qui n'était pas le cas du mineur concerné, faisant l'objet d'une *kafâla*, alors même qu'il a été constaté dans l'acte de constitution de la *kafâla* que celui-ci était en situation d'abandon.
26. Dans un autre arrêt du 31 janvier 2008, le Tribunal Superior de Justicia de Madrid s'est prononcé dans le cadre d'un appel contre un arrêt de première instance accordant une demande de versement d'une pension de survie d'orphelin pour deux mineurs, faisant l'objet de *kafâla*.
27. Un couple marié de nationalité marocaine, résident en Espagne, avait accueilli deux enfants, en situation d'abandon, par le biais d'une *kafâla*. À la suite du décès de l'épouse, une demande de pension de survie a été présentée devant l'INSS pour les mineurs qui avaient déjà obtenu un visa pour regroupement familial. L'INSS a

¹⁰ Article 17.1° c) de la loi relative aux étrangers, loi organique 4/2000 du 11 janvier, portant sur les droits et les libertés des étrangers et leur intégration sociale («LOE»), ainsi que *Real decreto* (arrêté royal) 557/2011, du 20 avril 2011, approuvant le règlement de la loi en vigueur («RLOE»), appliqué à tous les étrangers ressortissants de pays tiers à qui le «régime communautaire» n'est pas applicable. Ce règlement sera applicable de façon supplétive et dans la mesure où il est plus favorable pour les ressortissants des États membres de l'Union et pour d'autres personnes incluses dans le champ d'application du *Real decreto* 240/2007 du 16 février 2007, qui transpose en droit espagnol la directive 2004/238/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2009, relative au droit des ressortissants de l'Union et des membres de leur famille à circuler et séjourner librement sur le territoire des États membres.

¹¹ Arrêt du *Tribunal Superior de Justicia de Castilla-Léon*, du 20 décembre 2013; ST 2236/2013; ECLI: ES: TSJCL: 2013:5797 (rec.1077/2010). Dans le même sens, arrêt du *Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León*, du 11 mai 2015 (St. 875/2015, rec. 35/2012).

refusé l'octroi de ladite pension sur la base de la résolution-circulaire de la DGRN, du 15 juillet 2006, précitée dans la référence à la pratique administrative.

28. L'arrêt de première instance contesté a accordé la pension de survie en vertu du principe d'égalité. Le juge de première instance a ainsi considéré que, partant du fait que la nationalité des *kafils* n'était pas espagnole, et que cela entraînait l'impossibilité pour les mineurs d'acquérir le caractère d'enfants adoptifs, le refus de ladite pension de survie comporterait une discrimination indirecte.
29. Cette affirmation est fondée sur la jurisprudence constitutionnelle eu égard aux principes de l'égalité devant la loi et de la non-discrimination¹², établis dans l'article 14 de la Constitution espagnole (ci-après la «CE»)¹³ par rapport à la filiation des enfants, biologiques ou adoptifs. Le principe d'égalité s'applique dans le contexte de l'article 39 CE¹⁴ qui établit que les pouvoirs publics assurent également la protection intégrale des enfants, qui sont égaux devant la loi indépendamment de leur filiation, et également, l'obligation des parents de prêter assistance dans tous les domaines à leurs enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors de celui-ci, pendant leur minorité et dans les autres cas que la loi déterminera.
30. À la lumière de cette jurisprudence constitutionnelle, le juge de première instance a affirmé que, bien que la décision de l'INSS contestée refusant la pension de survie d'orphelin aux mineurs semble refléter l'application neutre d'une règle, en réalité elle comporte une discrimination indirecte pour ces mineurs. Dans ce contexte et dans le rôle attribué aux organes judiciaires de correction des traitements discriminatoires par le biais d'une interprétation plus conforme avec l'application du principe d'égalité, tel qu'établie par la CE, le juge de première instance a accordé ladite pension, dans la mesure où, dans les cas d'orphelins survivants, les règles applicables doivent garantir aux enfants la protection établie

¹² Arrêts de la Cour constitutionnelle 22/1981, du 2 juillet 1981 (ECLI:ES:TC:1981:22), 220/2001, du 18 juillet 2001 (ECLI:ES:TC:2001:220A) et 154/2006, du 22 mai 2006 (ECLI:ES:TC:2006:154).

¹³ Article 14: «[I]es espagnols sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination fondée sur la naissance, la race, le sexe, la religion, l'opinion ou tout autre condition ou circonstance personnelle ou sociale».

¹⁴ Sous l'intitulé «Des principes recteurs de la politique sociale et économique», l'article 39 CE prévoit:

- «1. Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille.
2. Les pouvoirs publics assurent également la protection intégrale des enfants, qui sont égaux devant la loi indépendamment de leur filiation, et celle de leur mère, quel que soit son état civil. La loi rendra possible la recherche de la paternité.
3. Les parents doivent prêter assistance dans tous les domaines à leurs enfants, qu'ils soient nés dans le mariage ou hors de celui-ci, pendant leur minorité et dans les autres cas que la loi déterminera.
4. Les enfants jouiront de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent sur leurs droits.»

à l'article 39 CE à travers l'octroi de prestations de sécurité sociale (article 41 CE¹⁵).

31. Toutefois, face à une telle argumentation, la cour d'appel a considéré que le traitement différent dont les mineurs en situation d'accueil font l'objet par rapport aux enfants biologiques ou adoptifs ne mérite pas de reproche vis-à-vis du principe constitutionnel d'égalité. Bien que la différence de situations résultant de ces deux cas puisse affecter le principe d'égalité devant la loi, cette différence ne peut pas être qualifiée de discrimination, dans la mesure où les deux situations concernent des institutions connexes mais distinctes.
32. Dans son raisonnement, la cour d'appel s'est penchée sur l'objectif de la pension de survie octroyée à un enfant. Elle a ainsi affirmé que cette pension a pour but de compenser la perte de l'assistance dont bénéficiait l'enfant, en raison du décès de ses parents adoptifs ou du *kafil*. Cela étant, la cour d'appel a conclu que la *kafâla* et l'adoption, en tant que mesures de protection de l'enfant, accomplissent une fonction sociale semblable et apportent le même type d'assistance à l'enfant.
33. Compte tenu de ce raisonnement, la cour d'appel a accordé la pension de survie aux mineurs faisant l'objet de la *kafâla*.
34. Enfin, le *Tribunal Superior de Justicia* de Barcelone, dans un arrêt du 3 octobre 2017¹⁶, a confirmé la décision de l'INSS rejetant la demande d'allocation d'un enfant à charge présentée par une résidente en Espagne, eu égard à son neveu, pour lequel elle argumentait être responsable à la suite d'une *kafâla* établie par les parents du mineur devant un notaire à Alger. Le mineur, résident en Espagne, a un permis de séjour de longue durée dont la période de validité est identique à celle octroyée à la requérante sans que ce fait, ainsi qu'établi dans la résolution administrative d'octroi dudit permis, soit une conséquence de la *kafâla* évoquée. La résolution émise par l'INSS a refusé ladite allocation dans la mesure où la constitution de la *kafâla* du cas d'espèce ne comportait aucune intervention administrative ou judiciaire pouvant constater les conditions requises par l'article 34 de la LA.
35. Dans cette affaire, suivant le raisonnement de l'arrêt de la Cour suprême du 9 décembre 2011, précité, le *Tribunal Superior de Justicia* de Barcelone a confirmé que les situations qui découlent d'une *kafâla* établie devant un notaire en Algérie et l'accueil familial en droit espagnol ne sont pas comparables.

¹⁵ Article 41: «[I]es pouvoirs publics assureront un régime public de sécurité sociale pour tous les citoyens qui garantira une assistance et des prestations sociales suffisantes dans les cas de nécessité, tout particulièrement en ce qui concerne le chômage. L'assistance et les prestations complémentaires seront facultatives».

¹⁶ Sentencia 5832/2017; rec. 3666/2017; ECLI: ES:TSJCAT:2017:8666.

V. CONCLUSION

36. Il est certes très difficile d'établir une assimilation entre la *kafâla* et une institution juridique du droit espagnol de la famille. Toutefois, le droit espagnol n'ignore pas les situations factuelles et les effets juridiques découlant d'une *kafâla* valablement constituée si les conditions prévues par la LA sont remplies.
37. À cet effet, ainsi que proposé par la Cour suprême, les juridictions espagnoles doivent procéder à un examen au cas par cas. L'analyse individuelle des cas permettra de prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce et de déterminer, en particulier, les effets juridiques que la *kafâla* peut déployer en droit espagnol.

[...]

DROIT FRANÇAIS¹

INTRODUCTION

1. Le mécanisme de la *kafâla* semble propre aux pays de droit musulman, qui interdisent, pour la plupart, la filiation élective et donc l'adoption. La *kafâla*, traduite en France par l'expression de "recueil légal"², permet de confier un enfant (le *makfûl*) à une personne ou un couple, dont l'un au moins est de confession musulmane (le ou les *kafîls*), afin qu'il(s) assure(nt) bénévolement sa protection, son éducation et son entretien³.
2. Le recueil d'un enfant par *kafâla* recouvre des réalités très différentes. En effet, peuvent être concernés des enfants abandonnés ou orphelins mais également des enfants ayant des parents qui ne peuvent pas matériellement les élever et qui les confient alors, bien souvent, à un autre membre de la famille. De plus, l'acte de *kafâla* peut être judiciaire, "adoulaire" ou notarial⁴. Ces distinctions sont susceptibles d'avoir des conséquences, s'agissant des effets qu'il peut produire.
3. En droit français, ce mécanisme n'existe pas. Pourtant, la question de sa réception dans l'ordre juridique national s'est posée avec acuité, comme en témoigne les nombreuses publications doctrinales et questions parlementaires aux ministres sur le sujet⁵, ainsi que l'importance du contentieux qu'elle suscite. Cette effervescence

¹ Outre les textes normatifs et la jurisprudence, cette contribution s'est fondée, notamment, sur les ressources suivantes: Godechot-Patris, S., "ADOPTION. – Conflits de lois", *Fascicule du JurisClasseur Civil Code*, articles 370-3 à 370-5 (mis à jour le 1^{er} mars 2017); Dossier sur la *kafala*, *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009; Bulletin d'information de la Cour de cassation, mars 2013, n° 777, p. 5 à 60; Guides pratiques réalisés par l'Apaerk (Association de parents adoptifs d'enfants recueillis par *kafâla*).

² Expression introduite par la commission générale de terminologie et de néologie, dans un avis publié au JORF n° 0282, du 5 décembre 2013.

³ Cette définition est reprise dans la circulaire du ministre de la Justice du 22 octobre 2014, relative aux effets juridiques du recueil légal en France, BOMJ n° 2014-11, 28 novembre 2014, JUSC1416688C.

⁴ Selon la circulaire du 22 octobre 2014, précitée, au Maroc, la *kafâla* peut être judiciaire ou adoulaire. La *kafâla* judiciaire qui, depuis une loi de 2002 (Dahir n° 1-02-172), ne concerne que "les enfants, nés de parents inconnus ou d'une mère l'ayant abandonné de son plein gré, orphelins ou ayant des parents incapables de subvenir à ses besoins, ou des parents dissolus, dévoyés ou de mauvaise conduite, voire déchus de leur tutelle légale ne disposant pas de moyens légaux de subsistance". En revanche, la *kafâla* adoulaire est assimilable à un contrat et résulte d'un acte dressé par un "adou" (dont le rôle s'apparente à celui d'un notaire). Il s'agit, en général, d'organiser le placement intrafamilial d'un enfant. La *kafâla* adoulaire, même homologuée, ne produit pas les effets d'une *kafâla* judiciaire. Toujours selon cette circulaire, en Algérie, la *kafâla* peut être judiciaire ou notariale. Cette dernière est prononcée par un officier ministériel mais peut être homologuée par un juge et est alors considérée comme judiciaire.

⁵ 58 questions parlementaires depuis 2002. (Disponibles sous le lien suivant: <http://questions.assemblee-nationale.fr/>).

peut s'expliquer par le fait que le droit français n'appréhende que difficilement la *kafâla*, tout en ne pouvant ignorer que cette institution étrangère est une réalité sur le territoire national. En effet, en raison des liens étroits avec le Maroc et l'Algérie, le nombre de situations dans lesquelles un *makfûl*, originaire de l'un de ces deux pays, a été confié à un ressortissant français ou à un ressortissant étranger résidant régulièrement en France est loin d'être insignifiant. Néanmoins, ces situations restent mal connues des administrations et sont dénoncées comme étant source d'incertitudes et d'insécurité juridiques pour les familles, confrontées à des difficultés conséquentes auprès des services consulaires, sociaux, fiscaux ou éducatifs et à des inégalités selon les territoires⁶.

4. À cet égard, il convient d'ores et déjà de mentionner une circulaire du 22 octobre 2014 émanant du ministre de la Justice⁷. En effet, si de façon générale la reconnaissance en France de l'existence et des effets d'une décision étrangère n'est pas subordonnée à l'existence dans le droit substantiel français de dispositifs identiques, l'obligation pour les autorités françaises de prendre en compte la *kafâla* étrangère suscite des interrogations⁸. Le ministre de la Justice avait donc été interpellé à de nombreuses reprises sur la nécessité de clarifier la situation juridique des *makfûls*. Bien que cette circulaire ne règle pas l'ensemble des points soulevés par la présente note de recherche, notamment celui du droit d'entrée et de séjour, elle constitue un document utile.
5. La question de la réception de la *kafâla* dans l'ordre juridique français doit être abordée en deux temps. Il est d'abord nécessaire de préciser la manière dont l'acte de *kafâla* est reconnu (partie I.), avant de déterminer les effets juridiques qu'il peut produire (partie II.).

I. LA RECONNAISSANCE DE LA KAFÂLA EN FRANCE

6. Dans la mesure où le système français ne connaît pas la *kafâla*, il a fallu, afin de lui permettre de produire des effets, l'inclure dans une catégorie juridique déjà existante, considérée comme équivalente, en vue de lui appliquer le régime juridique

⁶ Voir, notamment, Dubos, O., "La kafala et le juge administratif: court séjour au pays de l'insécurité juridique", *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009, dossier 4. Voir également, parmi d'autres, question n° 2068 à la ministre déléguée auprès de la ministre des Affaires sociales et de la Santé, chargée de la famille, JORF du 31 juillet 2012, p. 4573 (réponse publiée au JORF le 28 août 2012, p. 7006) et question n° 22371 au ministre de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire, JORF du 6 mai 2008, p. 3749 (réponse publiée au JORF le 12 août 2008, p. 6985).

⁷ Circulaire du 22 octobre 2014, relative aux effets juridiques du recueil légal en France, précitée (voir note de bas de page n° 3).

⁸ Réponse de la ministre de la Justice à la question écrite n° 5725, JORF du 20 février 2018, p. 1331 (réponse publiée au JORF le 10 juillet 2018, p. 6109).

correspondant à cette catégorie (partie A.). À ce processus de qualification juridique peuvent venir s'ajouter des modalités techniques de reconnaissance de l'acte étranger, même si cette reconnaissance est, en la matière, grandement facilitée (partie B.).

A. LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA *KAFÂLA*

7. L'assimilation de la *kafâla* à une adoption est aujourd'hui totalement exclue (partie 1.). Elle s'apparente alors à une délégation de l'autorité parentale ou à une tutelle (partie 2.).

1. LE REFUS DE L'ASSIMILATION À UNE ADOPTION

8. Depuis 2001, le code civil français dispose, en son article 370-3, alinéa 2, 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"⁹. Outre l'objectif de limiter le trafic d'enfants, l'introduction de cette disposition a été justifiée par la volonté de respecter la souveraineté des États prohibant l'adoption et de se conformer aux exigences de la convention de la Haye du 29 mai 1993, sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (ci-après la "convention de la Haye")¹⁰. En effet, cette convention, ratifiée par la France en 1998, prévoit, en son article 4, que les adoptions ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine ont établi que l'enfant était adoptable.
9. Avant 2001, des solutions différentes pouvaient être retenues par les juridictions. La plupart admettait que, sous certaines conditions, un *makfûl* pouvait être adopté, que ce soit via une adoption simple ou plénière¹¹. À cet égard, selon la règle de conflits de lois alors fixée par la Cour de cassation, les conditions et les effets de l'adoption internationale devaient être régis par la loi nationale de l'adoptant lorsque celui-ci était une personne seule, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les

⁹ Article introduit par la loi n° 2001-111, du 6 février 2001, relative à l'adoption internationale, JORF n° 33, du 8 février 2001, p. 2136.

En application de cet article, si la personne concernée est majeure, le droit français ne s'oppose pas à son adoption (voir, en ce sens, cour d'appel d'Amiens, arrêt du 5 mai 2004, n° 03/4374).

¹⁰ Ces justifications sont présentées dans la circulaire du 22 avril 2014. Elles ont été critiquées par certains membres de la doctrine, notamment au motif que l'Algérie et le Maroc ne sont pas partie à la convention de la Haye.

¹¹ L'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, crée un lien de filiation. Toutefois, dans le cadre de l'adoption plénière, cette nouvelle filiation se substitue à sa filiation d'origine: l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang (article 356 du code civil). Par ailleurs, s'agissant de la nationalité, l'enfant adopté sous la forme plénière est considéré comme français dès sa naissance (article 18 du code civil) alors que l'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité (article 21 du code civil).

conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté¹². Par la suite, la Cour de cassation avait affirmé que l'étendue de ce consentement devait être appréciée indépendamment des dispositions de la loi de l'enfant. Ainsi, il était possible de procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaissait pas, ou prohibait, cette institution, dès lors que son représentant avait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'une adoption 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'origine¹³. Cette jurisprudence, permissive, avait déjà été remise en cause avant la modification législative de 2001, par une circulaire du ministère de la Justice¹⁴. D'ailleurs, selon certains auteurs, le but du nouvel article 370-3 du code civil n'était "autre, en vérité, que de briser cette orientation jurisprudentielle"¹⁵.

10. Après 2001, des juridictions du fond, hostiles à cette réforme, ont continué à prononcer des adoptions simples lorsque le *makfûl* était abandonné ou orphelin. Pour cela, elles ont interprété l'article 370-3 du code civil comme n'empêchant que l'adoption plénière et ont estimé que l'adoption simple avait des effets similaires à ceux d'une *kafâla* et respectait la loi d'origine de l'enfant¹⁶.
11. Toutefois, en 2006, la Cour de cassation a fait une stricte application de la loi et a jugé que la *kafâla* ne pouvait être assimilée à l'adoption, plénière comme simple, car même cette dernière crée un lien de filiation entre l'enfant et ses adoptants¹⁷. Cette solution a dû être rappelée à plusieurs reprises¹⁸, des juridictions refusant encore de

¹² Cour de cassation, 1^e chambre civile, arrêt du 7 novembre 1984, n° 83-12897, dit "Torlet". Cette solution est aujourd'hui codifiée à l'article 370-3, alinéa 1, du code civil.

¹³ Cour de cassation, 1^e chambre civile, arrêt du 10 mai 1995, n° 93-17633, dit "Fanthou". Pour un rappel plus complet de la jurisprudence, voir *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2008, p. 160 à 162.

¹⁴ Circulaire du ministre de la Justice du 16 février 1999, relative à l'adoption internationale, JORF n° 78, du 2 avril 1999, p. 4930, JUSI9980193C.

¹⁵ Guerchoun, F., "La kafala, c'est toujours non !", note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 25 février 2009, n° 08-11033, *Gazette du Palais*, 30 avril 2009, n° 120, p. 18.

¹⁶ Voir, par exemple, cour d'appel de Reims, arrêt du 2 décembre 2004, n° 04/01178; cour d'appel de Toulouse, arrêt du 15 février 2005; cour d'appel de Colmar, arrêt du 30 mars 2006.

Même le Conseil d'État avait pu faire preuve d'ambiguïté. Dans une affaire, les autorités consulaires avaient refusé de délivrer un visa à un *makfûl*, au motif que le Maroc prohibait l'adoption et que la loi personnelle de l'enfant n'avait pu permettre au *kafil* d'adopter le *makfûl*. Le Conseil d'État avait alors indiqué que par la décision judiciaire de *kafâla*, "l'enfant [devait] être regardé comme ayant fait l'objet d'une adoption, au sens des dispositions applicables en France" (décision du 8 juin 2005, n° 221774).

¹⁷ Cour de cassation, 1^e chambre civile, arrêts du 10 octobre 2006, n° 06-15265 et n° 06-15264.

¹⁸ Voir, par exemple, Cour de cassation, 1^e chambre civile, arrêt du 9 juillet 2008, n° 07-20279.

la suivre, au nom de l'intérêt de l'enfant abandonné ou orphelin à vivre en France et à disposer d'une filiation¹⁹. Ces juridictions ont également pu souligner que les autorités étrangères confient des enfants à des ressortissants français en sachant pertinemment qu'une adoption sera prononcée.

12. À cet égard, malgré les critiques²⁰, la Cour de cassation a affirmé que l'impossibilité d'obtenir l'adoption des *makfûls* n'était contraire ni aux engagements internationaux de la France ni à l'intérêt supérieur de l'enfant ni au respect de sa vie familiale. En effet, selon elle, l'article 370-3 du code civil est une traduction en droit interne des règles édictées par la convention de la Haye et y est donc conforme. En outre, il ne méconnaît pas l'article 3, paragraphe 1, de la convention internationale relative aux droits de l'enfant (ci-après la "CIDE")²¹, qui prévoit que, dans toute décision le concernant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale, puisque l'article 20, alinéa 3, de cette convention reconnaît expressément que la *kafâla* préserve, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant.²²
13. Cette analyse a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après la "Cour EDH") qui a conclu, dans l'arrêt Harroudj c. France du 4 octobre 2012²³, à la conventionalité du système français au regard de l'article 8 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la "CEDH"). La Cour EDH a notamment indiqué que la France disposait d'une large marge d'appréciation en la matière, en raison de l'absence d'un consensus entre les États contractants, mise en exergue par une étude comparative menée sur vingt-deux ordres juridiques. Elle a également relevé que, s'il existait bien une vie familiale entre le *kafil* et le *makfûl*, la prohibition de l'adoption ne constituait pas une ingérence dans la vie familiale du *kafil*. Par ailleurs, sous l'angle des obligations positives, elle a estimé que la France respectait le pluralisme culturel et ménageait un juste équilibre entre les intérêts en présence. La Cour EDH a ainsi souligné que la France a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national, compte tenu de la possibilité de contourner, dans un délai réduit, l'interdiction de l'adoption.

¹⁹ Voir, par exemple, cour d'appel d'Aix en Provence, arrêt du 24 octobre 2006, n° 05/19774 (pour une adoption simple) et cour d'appel de Limoges, arrêt du 1^{er} octobre 2007 (pour une adoption plénière).

²⁰ L'idée d'une suppression de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil a été avancée à plusieurs reprises (propositions de loi en ce sens, rapports critiques du défenseur des droits, avis du Conseil supérieur de l'adoption, etc.) mais ne semble plus d'actualité.

²¹ Convention adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies, dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, et entrée en vigueur le 2 septembre 1990.

²² Cour de cassation, 1^{re} chambre civile, arrêt du 25 février 2009, n° 08-11033 ; voir également l'arrêt du 15 décembre 2010, n° 09-10439.

²³ Arrêt n° 43631/09. Dans un contexte différent, cet arrêt a été confirmé par l'arrêt Chbihi Loudoudi c. Belgique, du 16 décembre 2014, n° 52265/10.

14. En effet, l'adoption d'un *makfûl* est possible, ultérieurement, s'il change de statut personnel en acquérant la nationalité française et qu'il a été recueilli par une personne de nationalité française.
15. Plus précisément, s'agissant de l'acquisition de la nationalité, l'article 21-12, alinéa 2, du code civil, modifié en 2016²⁴, prévoit que peut réclamer la nationalité française, par simple déclaration, "l'enfant qui, depuis au moins trois années, est recueilli sur décision de justice et élevé par une personne de nationalité française ou est confié au service de l'aide sociale à l'enfance", ainsi que "l'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins une formation française [...]". La première hypothèse viserait seulement les *kafâlas* judiciaires (prononcées ou homologuées par un juge, compte tenu de l'exigence d'une "décision de justice") alors que la seconde pourrait également couvrir les *kafâlas* adoulaïres ou notariales non homologuées par un juge.
16. Une fois que l'enfant a acquis la nationalité française, sa loi d'origine prohibant l'adoption peut être écartée, en vertu des articles 3, alinéa 3²⁵, et 370-3, alinéa 1, du code civil²⁶ et en application de la solution traditionnelle en matière de conflit mobile faisant prévaloir la loi de la nouvelle nationalité²⁷. Toutefois, la question du consentement du représentant légal à l'adoption reste entière car, selon l'alinéa 3 de l'article 370-3, ce consentement est requis, quelle que soit la loi applicable. Pour déterminer la personne habilitée à consentir à l'adoption et la forme du consentement, il convient alors de se référer à la loi de l'adopté (la loi française lorsque l'enfant a acquis la nationalité), ce qui conduit à distinguer la situation de l'enfant volontairement abandonné ou orphelin de celle de l'enfant dont les parents sont connus et vivants. En effet, dans le premier cas, le consentement peut être donné par un "conseil de famille" (voir infra), après avis de la personne qui, dans les

²⁴ Par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfant, JORF n° 0063 du 15 mars 2016. S'agissant de la première hypothèse visée à l'article 21-12, alinéa 2, du code civil, la loi de 2016 a fait passer la durée du délai de cinq à trois ans. Elle a aussi supprimé l'exigence que l'enfant soit recueilli "en France".

²⁵ "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger."

²⁶ "Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union."

²⁷ L'argument de la fraude à la loi étrangère ne saurait alors prospérer. À cet égard, il peut être relevé qu'une cour d'appel avait estimé que la demande d'adoption d'un *makfûl*, qui avait obtenu la nationalité française sans autorisation préalable de l'autorité consulaire marocaine, était faite en fraude de la loi marocaine (cour d'appel de Nouméa, arrêt du 25 juin 2012, n° 11/579). Cet arrêt a été ensuite censuré par la Cour de cassation (4 décembre 2013, n° 12-26161).

faits, prend soin de l'enfant²⁸. Dans le second cas, le consentement des parents biologiques à l'adoption demeure nécessaire²⁹. Il semble alors moins probable que les *makfûls* dont les parents sont connus et vivants soient adoptés.

2. L'ASSIMILATION À UNE TUTELLE OU À UNE DÉLÉGATION DE L'AUTORITÉ PARENTALE

17. En droit français, la *kafâla* est assimilée, s'agissant de ses effets, soit à une délégation d'autorité parentale³⁰, pour les enfants ayant une filiation établie et des parents vivants, soit à une tutelle, pour les enfants sans filiation connue ou orphelins.
18. La délégation de l'autorité parentale est prévue aux articles 376 et suivants 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. Cette délégation peut se faire au profit d'un membre de la famille comme d'un tiers. En cas de désintérêt manifeste ou si les parents sont dans l'impossibilité d'exercer tout ou partie de l'autorité parentale, la personne qui a recueilli l'enfant peut également saisir le juge.

²⁸

Selon l'article 348-2 du code civil, "[l]orsque 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, en fait, prend soin de l'enfant. Il en est de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie."

Par ailleurs, il semble qu'il soit possible de se passer du consentement du conseil de famille lorsque l'enfant été déclaré abandonné, selon la nouvelle procédure de déclaration judiciaire de délaissement parental, introduite par la loi du 14 mars 2016, précitée (remplaçant la procédure de déclaration judiciaire d'abandon). En effet, l'article 347, 1° et 3°, du code civil prévoit que peuvent être adoptés "[l]es enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption" et "[l]es enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues aux articles 381-1 et 381-2". En vertu de l'article 381-1, un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit.

²⁹

Selon l'article 348 du code civil, "[l]orsque la filiation d'un enfant est établie à l'égard de son père et de sa mère, ceux-ci doivent consentir l'un et l'autre à l'adoption. Si l'un des deux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, s'il a perdu ses droits d'autorité parentale, le consentement de l'autre suffit."

La Cour de cassation a même jugé qu'une mère ne pouvant subvenir aux besoins de son enfant devait consentir à l'adoption et que ce consentement ne pouvait être donné par le conseil de famille. Selon la Cour de cassation, un "délaissement", tel que celui en cause, constaté par un jugement marocain, n'était pas assimilable à un abandon, au sens de l'article 347 et de l'ancien article 350 (remplacé depuis 2016 par l'article 381-1) du code civil. Celui-ci nécessite en effet un "désintérêt volontaire", ce qui n'était pas le cas ici (1^e chambre civile, arrêt du 4 décembre 2013, n° 12-26161).

³⁰

À cet égard, il peut être intéressant de noter qu'une cour d'appel avait rapproché la *kafâla* de la délégation de responsabilité parentale, visée à l'article 1, paragraphe 1, sous b) du règlement Bruxelles II bis (n° 2201/2003), afin d'appliquer ce règlement dans une affaire portant sur le retrait d'une *kafâla* aux grands-parents et sur la restitution totale de leurs droits d'autorité parentale aux parents (cour d'appel de Limoges, arrêt du 25 janvier 2011, n° 08/0139).

19. La tutelle, quant à elle, est prévue aux articles 390 et suivants du code civil. Elle s'ouvre, d'une part, lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale et, d'autre part, lorsque la filiation de l'enfant n'est pas légalement établie. La tutelle s'organise avec un conseil de famille dont les membres (au moins quatre), désignés par le juge, sont choisis en considération de l'intérêt du mineur. En font nécessairement partie le tuteur et le subrogé tuteur. Dans le contexte d'une *kafâla*, le ministre de la Justice a souligné que, outre la ou les personnes qui ont recueilli l'enfant, le juge pourra notamment désigner certains de leurs proches ou des personnes résidant dans le pays d'origine de l'enfant (le vote au sein du conseil de famille pouvant intervenir à distance), voire un administrateur *ad hoc*³¹. Le conseil de famille règle les conditions générales de l'entretien et de l'éducation du mineur. Il prend les décisions et donne au tuteur les autorisations nécessaires pour la gestion des biens du mineur. Le tuteur est chargé de prendre soin du mineur et de le représenter dans tous les actes de la vie civile. Le subrogé tuteur surveille l'exercice de la mission tutélaire et représente le mineur lorsque les intérêts de celui-ci sont en opposition avec ceux du tuteur.
20. Les qualifications de délégation de l'autorité parentale et de tutelle sont aujourd'hui largement admises³². Elles sont notamment reprises dans la circulaire du 22 octobre 2014, précitée. Ces catégories juridiques apparaissent cependant inaptées à saisir les spécificités de la *kafâla*. La doctrine a souligné à plusieurs reprises leurs limites, dénonçant le fait que "[c]ette absorption de l'institution étrangère dans une catégorie du *for* [...] dénature les effets de l'institution étrangère"³³. Selon deux auteures, "[o]n se heurte ici aux limites de la réception par le droit français d'institutions étrangères dont les particularités semblent vouloir être niées faute d'être comprises, alors qu'il serait tout à fait possible de recevoir l'institution de la *kafâla* avec ses effets propres sans chercher à lui donner une qualification franco-française"³⁴. Pour ne donner que quelques exemples d'incohérences, il convient de relever que si la *kafâla* permet normalement au *kafil* de donner son nom au *makfûl*, tel n'est pas le

³¹ Voir circulaire du 22 octobre 2014, précitée (note de bas de page n° 3).

³² Voir, par exemple, au sein des juridictions, Conseil d'État, décisions du 28 décembre 2007, n° 303956, du 27 juin 2008, n° 291561; cour d'appel de Paris, arrêt du 9 juin 2011, n° 10/18164; cour d'appel de Toulouse, arrêt du 18 juin 2013, n° 12/05615. Voir, au sein du gouvernement, parmi d'autres, les réponses du ministre de la Justice à la question n° 5828, JORF du 2 octobre 2012, p. 5344 (réponse publiée au JORF le 12 mars 2013, p. 2872), du ministre de l'Intérieur à la question n° 43409, relative à la délivrance de visa long séjour pour les enfants recueillis par acte de *kafâla*, JORF du 26 novembre 2013, 12278 (réponse publiée au JORF le 4 février 2014, p. 1104).

³³ Farge, M., "Kafala et adoption : un inattendu brevet de conventionalité accordé au système français", *Droit de la famille*, n° 12, décembre 2012, comm. 187.

³⁴ Gouttenoire, A., et Lamarche, M., "La recherche d'équivalent: l'autorité parentale", *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009, dossier 9. Voir également, pour d'autres critiques, Plazy, J.-M., "La recherche d'équivalent: la tutelle", *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009, dossier 10; Le Boursicot, M.-C., "La *Kafâla* ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation", *Droit et cultures*, 59 | 2010, p. 283 à 302.

cas dans le cadre d'une délégation de l'autorité parentale ou d'une tutelle. En outre, contrairement à ce qui est prévu pour la *kafâla*, le délégataire de l'autorité parentale n'a pas l'obligation d'entretenir l'enfant et, s'agissant de la tutelle, celle-ci implique normalement un contrôle des actes les plus graves du *makfûl*, de la part du conseil de famille et de l'autorité judiciaire, alors que le *kafîl* a normalement une liberté totale de gestion. Sur un plan plus théorique, d'une part, certains droits musulmans distinguent la *kafâla* de la tutelle légale et, d'autre part, le concept même de la délégation de l'autorité parentale est lié à la filiation.

B. LES MODALITÉS DE RECONNAISSANCE DE LA KAFÂLA

21. Lorsque la décision de *kafâla* a été prononcée ou homologuée par une autorité judiciaire, elle 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 contestée³⁵. En principe, il n'est donc pas nécessaire d'en solliciter l'exequatur. Toutefois, il est parfois exigé de faire constater sa force exécutoire, en la faisant viser par le tribunal de grande instance³⁶.
22. Cependant, en pratique, l'exequatur est conseillé pour confirmer les effets de l'acte de *kafâla* en France (la juridiction française précisant généralement à cette occasion que la décision de *kafâla* produit les effets d'une délégation d'autorité parentale ou d'une tutelle) et pour faciliter les rapports avec l'administration³⁷. À cet égard, des conventions franco-marocaine et franco-algérienne simplifient la procédure³⁸. Le ministre de la Justice recommande toutefois de porter une attention particulière en cas de demande concernant un acte de *kafâla* notarial ou adoulaire homologué par un juge. L'exequatur peut être refusé si le juge étranger n'a fait qu'attester de la régularité formelle de l'acte. En revanche, l'exequatur est prononcé lorsque l'intervention du juge étranger homologuant la *kafâla* constitue une garantie

³⁵ Voir circulaire du 22 octobre 2014, précitée (note de bas de page n° 3).

³⁶ Cette exigence, de certaines préfectures semblerait-il, découle de l'article 509-2 du code civil, qui prévoit que sont présentées au président du tribunal de grande instance, ou à son délégué, les requêtes aux fins de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire, sur le territoire français, des titres exécutoires étrangers en application, notamment, du règlement Bruxelles II bis.

³⁷ Par exemple, le Conseil d'État avait un moment considéré que lorsqu'un acte de *kafâla* (même judiciaire) n'avait pas fait l'objet d'un jugement d'une juridiction française accordant l'exequatur, les *kafîls* n'avaient pas qualité pour agir au nom du *makfûl* (en l'espèce leur nièce), pour contester le refus de délivrance de visa d'entrée en France qui lui avait été opposé (décision du 16 janvier 2004, n° 235310). Cette jurisprudence a été abandonnée par la suite (voir, par exemple, décision du 20 mai 2007, n° 284172).

³⁸ Convention franco-marocaine, du 5 octobre 1957, d'aide mutuelle judiciaire, d'exequatur des jugements et d'extradition, publiée par décret n° 60-11, du 12 janvier 1960 (JORF du 14 janvier 1960, p. 421) et convention franco-algérienne, du 27 août 1964, relative à l'exequatur et à l'extradition, publiée par décret n° 65-679, du 11 août 1965 (JORF du 17 août 1965, p. 7269). Voir aussi la convention franco-marocaine, du 10 août 1981, relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, publiée par décret n° 83-435, du 27 mai 1983 (JORF du 1^{er} juin 1983, p. 1643).

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 français³⁹.

23. A contrario, lorsque l'acte de *kafâla* est adoulaire ou notarial et n'a pas été homologué par un juge, il ne peut être considéré comme émanant d'une autorité judiciaire. Il ne peut donc produire directement des effets en France et une demande d'exequatur ne peut aboutir. Il est alors nécessaire d'obtenir une décision judiciaire française de délégation de l'autorité parentale ou de tutelle, selon les cas.

II. LES EFFETS JURIDIQUES DE LA *KAFÂLA* EN FRANCE

24. S'il convient d'envisager en détails les conséquences d'une *kafâla* en matière d'entrée et de séjour sur le territoire français (partie A.), les conséquences en matière de droit social et de droit civil ne seront présentées que brièvement (partie B.).

A. EFFETS JURIDIQUES SUR LE DROIT D'ENTRÉE ET DESÉJOUR

25. Se pose principalement la question de savoir si un *makfûl* peut se voir délivrer un visa lui permettant d'entrer sur le territoire français, afin de rejoindre le *kafîl* et de s'installer avec celui-ci. En effet, les mineurs ne sont pas tenus par l'obligation faite aux étrangers de détenir un titre pour séjourner plus de trois mois en France⁴⁰. La problématique de l'obtention d'un tel titre, permettant au *makfûl* de rester durablement sur le territoire français, ne se pose alors qu'à sa majorité, s'il n'a pas acquis, entretemps, la nationalité française.
26. S'il n'existe pas de statistiques officielles, il est estimé que 300 à 400⁴¹ couples français ou étrangers obtiennent, chaque année, un visa de long séjour pour un enfant recueilli par *kafâla*. Le taux de refus serait d'environ 50%⁴². Alors même que le droit commun ne prévoit pas, en principe, un tel droit d'entrée (partie 1.), cette réalité s'explique par l'aménagement d'exceptions importantes, de nature conventionnelle et surtout jurisprudentielle (partie 2.).

³⁹ Voir circulaire du 22 octobre 2014, précitée (note de bas de page n° 3).

⁴⁰ Article L. 311-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA). Toutefois, les mineurs étrangers doivent demander une carte de séjour à partir de 16 ans, s'ils veulent travailler, suivre un stage professionnel ou s'inscrire auprès de Pôle emploi.

⁴¹ Réponse du ministre de l'Intérieur du 4 février 2014, précitée (note de bas de page n° 32). Selon une autre réponse du ministre des Affaires étrangères, en 2011 et en 2012 environ 285 visas de long séjour ont été délivrés en moyenne chaque année en Algérie et au Maroc au titre d'une procédure de *kafâla* (réponse à la question n° 6609, JORF du 9 octobre 2012, p. 5412, réponse publiée au JORF le 11 décembre 2012, p. 7363).

⁴² Réponse du ministre des Affaires étrangères du 11 décembre 2012, précitée.

27. Par ailleurs, bien qu'en la matière les difficultés juridiques se cristallisent autour de cette première entrée sur le territoire français, une autre problématique doit également être mentionnée, celle de savoir si le *makfûl*, une fois entré sur le territoire français grâce à un visa pourra, après l'expiration de ce visa, sortir et entrer de nouveau librement en France (partie 3.).

1. ABSENCE D'UN DROIT D'ENTRÉE ET DE SÉJOUR

28. Le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après le "CESEDA") prévoit, d'une part, qu'une carte de résident, valable pendant dix ans, est délivrée de plein droit au mineur étranger, enfant d'un ressortissant de nationalité française⁴³. D'autre part, sous certaines conditions, un mineur étranger peut bénéficier d'un droit au séjour au titre du regroupement familial, lorsque l'un de ses parents est un ressortissant étranger qui séjourne régulièrement en France.⁴⁴ Dans ces deux cas, l'admission au droit au séjour implique évidemment que l'enfant concerné soit autorisé à venir en France.

29. Toutefois, la notion d'"enfant" visée dans ces deux hypothèses est définie strictement par le CESEDA. Il s'agit seulement de l'"enfant ayant une filiation légalement établie, y compris 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"⁴⁵. Or, comme souligné précédemment, le *makfûl* ne saurait être assimilé à un enfant adopté.

30. C'est pourquoi, selon une jurisprudence constante du Conseil d'État⁴⁶, rappelée à l'occasion par le ministre de l'Intérieur⁴⁷, l'acte de *kafâla*, qui ne crée aucun lien de filiation, n'emporte aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français. Celui-ci ne peut donc prétendre à la délivrance automatique d'un visa.

31. L'existence d'accords bilatéraux avec le Maroc et l'Algérie est sans incidence sur cette analyse, hormis une exception. En premier lieu, l'accord franco-marocain⁴⁸ ne régit ni la situation des enfants marocains d'un ressortissant français ni les

⁴³ Article L. 314-11, alinéa 1, 2°, du CESEDA.

⁴⁴ Article L. 411-1 du CESEDA. Le ressortissant étranger doit séjourner régulièrement en France depuis au moins dix-huit mois, sous couvert d'un des titres d'une durée de validité d'au moins un an prévus par le présent code ou par des conventions internationales.

⁴⁵ Articles L. 314-11, alinéa 2, et L. 411-1, du CESEDA.

⁴⁶ Voir, par exemple, Conseil d'État, décisions du 29 décembre 2006, n° 284467, du 9 novembre 2007, n° 296173, du 18 avril 2008, n° 303765, et du 27 juin 2008, n° 291561.

⁴⁷ Voir la réponse du ministre de l'Intérieur du 4 février 2014, précitée (note de bas de page n° 32).

⁴⁸ Accord franco-marocain, du 9 octobre 1987, en matière de séjour et d'emploi, publié par décret n° 94-203, du 4 mars 1994 (JORF n° 59, du 11 mars 1994, p. 3846).

conditions d'admission au regroupement familial pour les enfants d'un ressortissant marocain. C'est donc les dispositions du CESEDA qui s'appliquent. En second lieu, à l'inverse, l'accord franco-algérien⁴⁹ régit d'une manière complète les conditions dans lesquelles les ressortissants algériens peuvent être admis à séjourner en France et dans lesquelles les enfants mineurs peuvent s'y établir. Il déroge donc à ce qui est prévu par le CESEDA. En ce qui concerne l'enfant algérien d'un ressortissant français, à l'instar du droit commun, cet accord prévoit qu'un certificat de résidence de dix ans lui est délivré de plein droit (article 7 bis) et il ressort clairement de la jurisprudence qu'un *makfûl* algérien ne peut être considéré comme un tel enfant⁵⁰. La situation qui, en revanche, diffère de façon notable du droit commun est celle dans laquelle le *kafîl* est algérien. En effet, le *makfûl* peut alors, sous certaines conditions, bénéficier du regroupement familial (voir infra).

32. Au vu de ce qui précède, à l'exception du *makfûl* algérien souhaitant rejoindre un *kafîl* algérien, selon la législation française et les accords bilatéraux spécifiques, une *kafâla* ne permet pas au *makfûl* d'obtenir, de façon générale, un visa d'entrée en France.

2. EXISTENCE D'EXCEPTIONS IMPORTANTES

33. Le *Rapport sur l'adoption* remis au Président de la République en 2008⁵¹ ne proposait pas d'autoriser l'adoption des *makfûls* mais préconisait de s'orienter vers des mécanismes de coopération avec les pays d'origine, en vue de faciliter la délivrance de visas au profit de ces enfants. En ce sens, la jurisprudence est venue infléchir le principe selon lequel l'acte de *kafâla* n'emporte aucun droit particulier à l'entrée en France du *makfûl*. À cet égard, même si, *in fine*, les solutions retenues apparaissent similaires, il convient de distinguer selon que le *kafîl* est un ressortissant français (partie a.) ou un ressortissant étranger, résidant régulièrement en France (partie b.). En effet, dans la première hypothèse, l'entrée sur le territoire du *makfûl* est permise par la délivrance d'un visa classique, alors que dans la seconde hypothèse, elle est susceptible de relever de la procédure de regroupement familial.

a. EN PRÉSENCE D'UN KAFÎL DE NATIONALITÉ FRANÇAISE

34. Dès 2004, le Conseil d'État a jugé que, dans certains cas spécifiques, le fait de refuser un visa à un *makfûl* confié à un ressortissant français pouvait, d'une part, porter une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale du *makfûl*

⁴⁹ Accord franco-algérien, du 27 décembre 1968, relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour des ressortissants algériens et de leurs familles, publié par décret n° 2002-1500, du 20 décembre 2002 (JORF n° 0300 du 26 décembre 2002, p. 21614).

⁵⁰ Voir, par exemple, Conseil d'État, décision du 29 décembre 2006, précitée.

⁵¹ Colombani, J.-M., *Rapport sur l'adoption*, Mission confiée par le Président de la République et le Premier ministre à M. Colombani, La documentation française, mars 2008, annexe IV, p. 116.

et/ou du *kafil*, contraire à l'article 8 de la CEDH⁵², et/ou, d'autre part, méconnaître l'intérêt de l'enfant, protégé par l'article 3, paragraphe 1, de la CIDE.

35. Il en va ainsi, notamment, lorsque l'enfant a été abandonné et se trouve sans aucune attache familiale dans son pays d'origine⁵³, ou qu'il n'a plus de famille pouvant matériellement le prendre en charge⁵⁴, et que, en parallèle, les *kafils* ne peuvent pas avoir d'enfants et que leur situation, tant personnelle que professionnelle, ne leur permet pas d'envisager des séjours réguliers dans le pays d'origine du *makfûl*⁵⁵.
36. En revanche, dans un premier temps, les décisions de refus de visa étaient considérées comme justifiées dans des situations où, d'une part, le *makfûl* résidait depuis sa naissance avec ses parents, toujours en vie, et où, d'autre part, il n'était pas établi que ces derniers ne seraient plus en mesure d'assurer son éducation ou son entretien⁵⁶ et que le *kafil* (souvent un autre membre de la famille) n'alléguait pas ne pas pouvoir lui rendre visite⁵⁷, ou encore qu'il n'était pas établi qu'il n'existait pas dans ce pays de centre spécialisé capable d'accueillir le *makfûl* en raison du handicap dont il souffrait⁵⁸.
37. Une exception semblait être faite lorsque la demande de visa s'appuyait sur une décision d'une juridiction française, confiant à un ressortissant français la délégation de l'autorité parentale sur un *makfûl*, dans les conditions définies par le code civil français, ou sur une décision d'une juridiction étrangère ayant été soumise à une mesure d'exequatur. En effet, dans ces cas, le Conseil d'État a jugé que les autorités consulaires, chargées de délivrer les visas, ne disposaient pas d'une large marge

⁵² Par le passé, le Conseil d'État avait déjà admis dans des circonstances très particulières que le refus de délivrer un titre de séjour à un enfant ivoirien était contraire à l'article 8 de la CEDH. En l'espèce, l'enfant avait été confié par son père en mauvaise santé, à la suite du décès de sa mère, à son oncle, de nationalité française. Ce dernier avait reçu délégation de l'autorité paternelle par décision de justice ivoirienne et aucun autre membre de sa famille ne pouvait prendre en charge l'enfant (décision du 8 décembre 1997, n° 160973).

⁵³ Conseil d'État, décisions du 16 janvier 2006, n° 274934, et du 17 février 2010, n° 319818.

⁵⁴ Conseil d'État, décisions du 17 décembre 2004, n° 242192 et du 5 décembre 2005, n° 267953.

⁵⁵ Conseil d'État, décision du 16 janvier 2006, précitée.

⁵⁶ Conseil d'État, décisions du 29 décembre 2006, n° 284467, du 9 novembre 2007, n° 296173 et du 28 décembre 2007 n° 303956.

À cette époque, la jurisprudence apparaît parfois fluctuante et sévère. Par exemple, n'a pas été sanctionné le refus de délivrer un visa à une *makfûl*, sœur du *kafil*, sourde et muette, au motif qu'elle conservait l'essentiel de ses attaches familiales en Algérie et ce, alors même qu'il était allégué que son éducation ne pouvait être assurée par leur mère, malade et élevant seule huit enfants (Conseil d'État, décision du 12 décembre 2005, n° 268993).

⁵⁷ Conseil d'État, décisions du 29 décembre 2006, du 9 novembre 2007 et du 27 juin 2008, précitées.

⁵⁸ Conseil d'État, décision du 18 avril 2008, précitée.

d'appréciation et que l'intérêt de l'enfant était, en principe, de vivre auprès de la personne qui avait reçu la délégation de l'autorité parentale⁵⁹.

38. Dans un second temps, en 2009⁶⁰, le Conseil d'État a étendu cette solution, en affirmant de façon générale, au visa de la CIDE, que "l'intérêt d'un enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision de justice qui produit des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale". Ainsi, selon la juridiction suprême, "dans le cas où un visa [...] est sollicité en vue de permettre à un enfant de rejoindre un ressortissant français ou étranger⁶¹ qui a reçu délégation de l'autorité parentale [...], ce visa ne peut, en règle générale [...] être refusé pour un motif tiré de ce que l'intérêt de l'enfant serait au contraire de demeurer auprès de ses parents ou d'autres membres de sa famille". Le Conseil d'État a ajouté que la circonstance selon laquelle la délégation d'autorité parentale aurait pour motivation de permettre au mineur de s'installer durablement en France ne saurait caractériser un détournement de l'objet de ce visa ou de la procédure d'adoption internationale⁶². Cette jurisprudence a été confirmée à de nombreuses reprises par la suite⁶³.

⁵⁹ Conseil d'État, décisions du 27 mai 2005, n° 280612 (*makfûl* marocaine confiée à sa tante), du 28 décembre 2007, n° 304202 (*makfûl* marocaine confiée à ses grands-parents, en raison des difficultés financières de ses parents), du 29 février 2008, n° 290871 (*makfûl* marocaine confiée à sa tante), et du 18 juin 2008, n° 278663 (*makfûls* algériens, confiés à leur frère).

⁶⁰ Conseil d'État, décision du 9 décembre 2009, n° 305031, dite "Sekpon". Cette affaire ne concernait toutefois pas un acte de *kafâla* mais une institution comparable de droit béninois. Une ressortissante française s'était vue confier la tutelle et la prise en charge d'un enfant de nationalité béninoise par une décision judiciaire étrangère, rendue exécutoire en France. Cependant, sa demande de visa avait été refusée, au motif que l'enfant avait toujours vécu au Bénin auprès de ses parents.

Voir, dans le même sens pour un acte de *kafâla*, Conseil d'État, décision du 16 avril 2010, n° 333416. En l'espèce, une ressortissante française s'était vue confier un enfant, par un jugement marocain d'homologation de *kafâla*, ainsi que par un jugement de délégation de l'autorité parentale prononcé par le juge français, en vertu du code civil. Sa demande de visa avait également été refusée, au motif que l'enfant avait toujours vécu auprès de ses parents au Maroc.

Dans ces deux affaires, il est vrai que les conditions posées antérieurement (existence d'une décision française de délégation de l'autorité parentale ou d'une décision étrangère ayant fait l'objet d'un exequatur) étaient également remplies mais le Conseil d'État se réfère désormais seulement à toute "décision qui produit des effets juridiques en France".

⁶¹ Voir infra en ce qui concerne la procédure de regroupement familial.

⁶² Conseil d'État, décisions du 22 octobre 2010, n° 33035, et du 30 mars 2011, n° 334553.

⁶³ Voir, par exemple, Conseil d'État, décisions du 13 juillet 2010, n° 337091, du 19 octobre 2010, n° 326443, du 22 octobre 2010, précitée, du 23 décembre 2010, n° 333897, du 30 mars 2011, précitée, du 19 avril 2011, n° 332231 et n° 336681.

39. Ainsi, la charge de la preuve semble désormais inversée et l'administration doit démontrer que l'intérêt de l'enfant est de rester dans son pays. En l'absence de circonstances particulières, la décision de refus de visa est considérée par le Conseil d'État comme entachée d'une erreur d'appréciation, en ce qu'elle méconnaît l'intérêt supérieur de l'enfant et porte une atteinte excessive au droit au respect de la vie familiale des bénéficiaires de l'autorité parentale et de l'enfant.
40. Toutefois, d'une part, cette présomption ne vaut pas pour les *kafâlas* notariales ou adoulaïres non homologuées⁶⁴, ni même pour les *kafâlas* adoulaïres marocaines homologuées⁶⁵. À cet égard, le Conseil d'État a indiqué que ces dernières ne concernent pas des orphelins ou des enfants dont les parents se trouvent dans l'incapacité d'exercer l'autorité parentale, que leurs effets sur le transfert de l'autorité parentale sont variables et que le juge étranger se borne à homologuer les actes dressés devant notaire. Dès lors, l'intérêt supérieur de l'enfant à vivre auprès du *kafil* ne peut être présumé et doit être établi au cas par cas. Ainsi, les *kafâlas* notariales ou adoulaïres sont soumises à un régime différent de celui des *kafâlas* judiciaires.
41. D'autre part, sous réserve de ne pas porter une atteinte disproportionnée au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, l'autorité chargée de la délivrance des visas peut toujours se fonder, pour rejeter la demande dont elle est saisie, sur

⁶⁴ Conseil d'État, décision du 22 octobre 2010, n° 321645, ECLI:FR:CESSR:2010:321645.20101022 (*kafâla* notariale en Algérie - le refus de délivrance du visa a été censuré au motif que l'enfant a été confiée à un foyer d'enfants assistés en Algérie et n'a pas conservé de liens avec des membres de sa famille).

⁶⁵ Conseil d'État, décision du 22 février 2013, n° 330211, ECLI:FR:CESSR:2013:330211.20130222 (*kafâla* adoulaïre au Maroc). Dans cette affaire, le Conseil d'État a validé le refus de visa, au motif que l'intérêt supérieur de l'enfant était de demeurer au Maroc, compte tenu de la présence dans ce pays de plusieurs membres de sa famille, dont ses parents, de l'absence de preuve que ces derniers soient dans l'incapacité de subvenir à ses besoins ou à son éducation et de l'absence de circonstances graves justifiant la séparation de l'enfant de son environnement familial, social et culturel. Voir, pour un exemple récent, dans le même sens, cour administrative d'appel de Nantes, 12 juillet 2017, n° 16NT00052. Outre les arguments déjà utilisés par le Conseil d'État en 2013, la juridiction d'appel a souligné qu'aucune circonstance ne faisait obstacle à ce que le *makfîl* rende visite à sa tante (*kafil*) en France en sollicitant des visas de court séjour et qu'il n'était pas établi que celle-ci ne puisse pas se rendre au Maroc.

l'atteinte à l'ordre public qui pourrait résulter de l'accès de l'enfant au territoire national, mais aussi sur le motif tiré de ce que les conditions matérielles d'accueil de celui-ci en France seraient, compte tenu notamment des ressources⁶⁶ et du logement du titulaire de l'autorité parentale, contraires à son intérêt .

b) EN PRÉSENCE D'UN KAFÎL DE NATIONALITÉ ÉTRANGÈRE

42. Alors que, selon le CESEDA, un *makfûl* ne répond pas à la définition de l'enfant pouvant bénéficier d'un regroupement familial (voir supra), le Conseil d'État a jugé que l'admission en France, au titre d'un tel regroupement familial, doit parfois être autorisée (partie i.). Les autorités consulaires ne peuvent alors refuser de délivrer un visa au *makfûl* que pour des motifs strictement encadrés par la jurisprudence (partie ii.).

i. ADMISSION AU TITRE DU REGROUPEMENT FAMILIAL⁶⁷

43. La situation des *makfûls* algériens doit être présentée séparément, ces derniers bénéficiant d'un régime plus favorable en raison de l'existence d'un accord bilatéral (exception conventionnelle). S'agissant des autres *makfûls*, le Conseil d'État a prévu une extension du champ d'application de la notion de regroupement familial lorsqu'il en va de l'intérêt supérieur de l'enfant et que les droits fondamentaux sont menacés (exception de droit commun).

⁶⁶ Conseil d'État, décision du 9 décembre 2009, précitée.

Outre l'insuffisance ou l'instabilité des ressources du *kafil* et l'exiguïté de son logement, le ministre de l'Intérieur insiste également sur le fait que l'âge avancé du conjoint du *kafil*, les attaches familiales de l'enfant dans le pays d'origine, ainsi que le très jeune âge de l'enfant peuvent faire obstacle à la délivrance d'un visa (ou au regroupement familial - voir infra). (Disponible sous le lien suivant: <https://www.immigration.interieur.gouv.fr/Immigration/L-immigration-familiale/La-kafala>).

Par exemple, une décision de refus de visa n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et n'a pas porté une atteinte excessive au droit au respect de la vie privée et familiale des intéressés lorsque, d'une part, il ne ressort pas du dossier du *kafil*, et notamment de ses avis d'imposition et des attestations de paiement de sa caisse d'allocations familiales, qu'il dispose de ressources suffisantes pour assurer l'entretien en France du *makfûl*, en plus de l'une de ses deux filles qui est encore à sa charge et que, d'autre part, le *makfûl*, qui est né au Maroc et qui y a toujours vécu auprès de ses parents, n'y est pas dépourvu d'attaches familiales (Conseil d'État, décision du 3 février 2011, n° 333835). Une telle décision ne peut non plus être annulée lorsque le couple de *kafils* ne bénéficie à eux deux que de la pension de retraite de l'époux, d'un montant mensuel de 600 euros environ, qui est trop modeste pour accueillir l'enfant et subvenir à ses besoins (Conseil d'État, décision du 23 décembre 2011, n° 331996).

⁶⁷ Bien entendu, un *kafil* de nationalité étrangère n'est pas obligé de suivre la procédure de regroupement familial, même si c'est le plus courant. Les considérations présentées précédemment pour le *kafil* français sont alors également valables pour le *kafil* étranger.

- Exception de droit commun

44. Par un raisonnement analogue à celui retenu dans le contentieux des visas, le Conseil d'État a jugé qu'il était nécessaire de vérifier si une décision refusant le bénéfice du regroupement familial, demandé pour un enfant n'appartenant pas à l'une des catégories mentionnées par le CESEDA (enfant ayant une filiation légalement établie et l'enfant adopté), ne porte pas une atteinte excessive au droit des intéressés au respect de leur vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la CEDH, et ne méconnaît pas les stipulations de l'article 3, paragraphe 1, de la CIDE. Ainsi, sur le fondement de ces dispositions, un *makfûl* peut bénéficier de la procédure de regroupement familial pour venir rejoindre en France la personne à qui il a été confié par acte de *kafâla*.
45. Plus encore que dans le domaine des visas, dans un premier temps, les situations dans lesquelles un *makfûl* non algérien pouvait bénéficier d'un regroupement familial semblaient exceptionnelles⁶⁸. Ce caractère exceptionnel avait d'ailleurs été rappelé par des circulaires ministérielles⁶⁹, mettant en avant certains critères à prendre en considération (le fait que les parents biologiques de l'enfant soient décédés, inconnus ou incapables d'assumer son entretien et son éducation, l'âge de l'enfant au moment où il a été recueilli, la situation familiale et l'ancienneté du séjour du couple qui le recueille, etc.). Dans un second temps, le principe selon lequel l'intérêt d'un 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, s'applique également pour les demandes de regroupement familial, fondée sur les dispositions du CESEDA⁷⁰. Il faut néanmoins respecter les autres conditions prévues en la matière (justification de

⁶⁸ Voir, pour deux affaires emblématiques où le regroupement familial a été autorisé: Conseil d'État, décisions du 24 mars 2004, n° 249369 et n° 220434. Dans la première affaire, le *makfûl* avait été abandonné et ne disposait d'aucune attache familiale. De plus, la *kafil*, une ressortissante marocaine, était atteinte d'une stérilité définitive. Elle résidait régulièrement en France depuis quinze ans et sa situation tant personnelle que professionnelle ne lui permettait ni d'envisager des séjours réguliers au Maroc ni un retour dans son pays d'origine. Dans la seconde affaire, le *makfûl*, âgé de quatre ans, était le neveu du *kafil*. Il avait été accueilli par celui-ci quelques semaines après sa naissance et avait vécu en France depuis. Le *kafil*, un ressortissant marocain, résidait en France depuis plus de quinze ans et avait épousé une compatriote avec laquelle il ne pouvait avoir d'enfants. Il s'était également vu reconnaître sa qualité de tuteur par une juridiction française.

⁶⁹ Circulaire du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, du 27 octobre 2005, relative au droit au séjour en France des étrangers relevant de régimes juridiques spéciaux, NOR/INT/D/05/00094/C; circulaire du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, du ministre de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement, du 17 janvier 2006, relative au regroupement familial des étrangers, DPM/DMI/2/2005/ et NOR:INT/D/06/00009/C.

⁷⁰ Voir, par exemple, cour administrative de Marseille, arrêt du 6 octobre 2015, n° 15MA01180.

ressources stables et suffisantes pour subvenir aux besoins de la famille, disposition d'un logement considéré comme normal, respect des principes essentiels régissant la vie familiale en France - article L. 411-5 du CESEDA), sous réserve de ne pas porter une atteinte excessive au respect de la vie privée et familiale du demandeur⁷¹.

- Exception instaurée par l'accord franco-algérien

46. L'accord franco-algérien précité prévoit, en son article 4, que les "membres de la famille" d'un ressortissant algérien qui s'établissent en France sont mis en possession d'un certificat de résidence de même durée de validité que celui de la personne qu'ils rejoignent, l'admission sur le territoire français et l'octroi de ce certificat de résidence étant subordonnés à la délivrance de l'autorisation de regroupement familial par l'autorité française compétente. Or, le titre II du protocole annexé à cet accord énonce les membres de la famille concernés et mentionne, notamment, "les enfants de moins de dix-huit ans dont le demandeur a juridiquement la charge, en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne dans l'intérêt supérieur de l'enfant". Bien que le terme de *kafâla* ne soit pas expressément utilisé, il est clairement fait référence à cette mesure. Un *makfûl* confié à un ressortissant algérien peut donc faire l'objet d'une demande de regroupement familial. À cet égard, il peut être noté que l'accord bilatéral avec le Maroc ne prévoit pas de disposition similaire, même si un aménagement en ce sens a été proposé⁷².
47. L'effet d'une *kafâla* algérienne n'est toutefois pas automatique car, d'une part, il faut respecter les autres conditions relatives au regroupement familial prévues par l'accord (ressources suffisantes, logement convenable, certificat médical) et, d'autre part, la condition relative à l'"intérêt de l'enfant"⁷³ a pu être utilisée par les autorités

⁷¹ Par exemple, la cour administrative d'appel de Bordeaux a estimé que le préfet, en se bornant à relever que les ressources du *kafîl* étaient insuffisantes, sans viser l'article 8 de la CEDH ni mentionner d'éléments circonstanciés tenant à la situation familiale de l'intéressée, n'a pas recherché si la décision de rejeter la demande de regroupement familial portait atteinte au respect de la vie privée et familiale de la requérante. Il a donc commis une erreur de droit (arrêt du 18 janvier 2018, n° 17BX0289). En revanche, dans une autre affaire, la cour administrative de Marseille a estimé que le préfet n'avait pas commis d'erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences de sa décision de rejet de la demande de regroupement familial. En effet, le préfet s'était fondé sur l'insuffisance des ressources du *kafîl* (la grand-mère de la *makfûl*) pour accueillir l'enfant et subvenir à ses besoins, en relevant le montant de ses revenus. Par ailleurs, si la mère de l'enfant et deux de ses tantes avaient déclaré ne pas pouvoir assumer son entretien, il ne ressortait pas des pièces du dossier qu'elles ne seraient pas en mesure de la prendre en charge avec l'aide matérielle d'autres membres de la famille qui avaient déjà apporté leur aide par le passé (arrêt du 29 février 2016, n° 15MA01520).

⁷² Voir Colombani, J.-M., *Rapport sur l'adoption*, précité (note de bas de page n° 51).

⁷³ Cette condition a été introduite par un avenant du 11 juillet 2001. La possibilité d'obtenir le regroupement familial pour un *makfûl* algérien avait elle-même été introduite par un premier avenant, en date du 22 décembre 1985.

administratives françaises, chargées de l'évaluer, pour limiter l'accès au territoire. Par exemple, selon une circulaire ministérielle⁷⁵, en présence de parents ou d'une fratrie en Algérie, l'établissement projeté en France ne pouvait être considéré comme conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant que s'il était justifié par des circonstances particulières, comme l'impossibilité des parents de subvenir aux besoins élémentaires matériels et affectifs de l'enfant, étant précisé que des considérations socio-économiques ne sauraient suffire.

48. Cependant, depuis 2010, le Conseil d'État suit le même raisonnement que celui retenu en matière de visas et une demande d'autorisation de regroupement familial, fondée sur l'accord franco-algérien et ayant pour objectif de permettre à un enfant de rejoindre, en France, un ressortissant algérien qui en a la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne, ne peut plus, en règle générale, être refusée au motif que l'intérêt de l'enfant serait de demeurer en Algérie auprès de ses parents ou d'autres membres de sa famille⁷⁵.
49. En revanche, l'autorité administrative peut se fonder, pour rejeter la demande dont elle est saisie, sur les motifs énumérés à l'article 4 de l'accord franco-algérien, notamment sur ceux tirés de ce que les conditions d'accueil de l'enfant en France seraient, compte tenu en particulier des ressources et des conditions de logement du titulaire de l'autorité parentale, contraires à son intérêt⁷⁶.
50. Dans cette lignée, il est intéressant de relever une décision récente, condamnant l'État français à verser une indemnité à un *kafil* et à son épouse, ainsi qu'à leurs *makfûls*, en raison du rejet de leur demande de regroupement familial, jugé illégal et constitutif d'une faute engageant la responsabilité de l'État. Le montant de l'indemnité destinée à réparer le préjudice moral du *kafil* et de son épouse, résultant de l'impossibilité, pendant douze ans, d'élever les enfants qui leur avaient été confiés par l'autorité judiciaire algérienne (leur neveu et leur nièce en l'occurrence),

⁷⁴ Circulaire du ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire, du 27 octobre 2005, précitée.

⁷⁵ Conseil d'État, décision du 1^{er} décembre 2010, n° 328063. En l'espèce, le refus de l'autorité administrative de délivrer l'autorisation de regroupement familial pour la nièce du *kafil* était justifié par le fait que l'intérêt de l'enfant, qui avait vécu jusqu'à l'âge de neuf ans en Algérie où résidaient toujours ses parents ainsi que ses sept frères et sœurs, était de demeurer également en Algérie. Voir aussi, Conseil d'État, décision du 7 février 2013, n° 347936, ECLI:FR:CESJS:2013:347936.20130207. En l'espèce, une cour administrative d'appel avait validé le refus de délivrer une autorisation de regroupement familial, au motif que les requérants ne fournissaient aucun élément permettant d'établir l'intérêt pour les enfants mineurs (neveu et nièce du *kafil*) d'être séparés de leurs parents, de leur milieu de vie et de leurs frères et sœurs majeurs qui résidaient en Algérie. Le Conseil d'État a censuré cette approche.

⁷⁶ Conseil d'État, décision du 1^{er} décembre 2010, précitée.

a été évalué à 10 000 euros; celui des *makfûls*, d'avoir été privés de la possibilité d'être élevés par leur oncle et leur tante, à 15 000 euros chacun⁷⁷.

ii. DÉLIVRANCE DU VISA SUITE À L'ADMISSION AU
TITRE DU REGROUPEMENT FAMILIAL

51. Lorsque l'autorité administrative compétente (généralement le préfet) a autorisé la venue en France d'un *makfûl* dans le cadre de la procédure du regroupement familial, les intéressés doivent encore saisir, dans les six mois, l'autorité consulaire qui est chargée de délivrer le visa nécessaire à l'entrée sur le territoire.
52. Cette autorité ne peut alors refuser de délivrer ce visa que pour des motifs d'ordre publics strictement encadrés. Tout d'abord, elle ne peut pas invoquer le fait que le regroupement familial n'aurait pas dû être autorisé, l'enfant n'appartenant pas aux catégories légales ouvrant droit à un tel regroupement⁷⁸. Ensuite, lorsque les parents du *makfûl* sont encore vivants, elle ne peut pas non plus soutenir qu'il serait dans son intérêt de demeurer dans son pays et son milieu familial d'origine⁷⁹. En effet, cette appréciation appartient uniquement à l'autorité se prononçant sur la demande de regroupement familial⁸⁰. Enfin, elle ne peut se fonder sur un risque de détournement de la procédure de regroupement familial et de visa à des fins migratoires, compte tenu de la circonstance que le demandeur ait atteint, ou était sur le point d'atteindre, l'âge de 18 ans⁸¹.

⁷⁷ Conseil d'État, décision du 6 avril 2016, n° 378338, ECLI:FR:CECHR:2016:378338.20160406.

Plus précisément, s'agissant du *kafîl* et de son épouse, la cour administrative d'appel avait fixé à 2 500 euros le montant de l'indemnité. Le Conseil d'État a estimé que l'arrêt était entaché, à cet égard, d'une dénaturation et que ce montant devait être réévalué. S'agissant des *makfûls*, la cour administrative d'appel ne leur avait accordé aucune indemnité. Elle avait jugé que les actes de *kafâla* qui confiaient leur garde à leur oncle et à leur tante n'avaient ni pour objet ni pour effet d'obliger les *makfûls* à quitter leur pays d'origine pour les rejoindre en France et que le fait d'en avoir été empêchés était sans lien direct avec les décisions de refus de regroupement familial. Le Conseil d'État a indiqué que, au contraire, le rejet d'une demande de regroupement familial a pour conséquence directe l'impossibilité pour les personnes qu'elle vise de venir vivre en France et a donc estimé que la juridiction d'appel avait commis une erreur de droit.

⁷⁸ Conseil d'État, décisions du 30 juin 2003, n° 223327 et n° 227844.

⁷⁹ Conseil d'État, décisions du 5 décembre 2005, n° 266300, du 21 septembre 2005, n° 265306, du 25 octobre 2005, n° 285977, du 26 octobre 2005, n° 264971, 29 décembre 2006, n° 266156, du 7 mars 2007, n° 285679, du 4 mai 2007, n° 284699, du 9 novembre 2007, n° 279743, du 22 février 2008, n° 293833, du 27 mars 2009, n° 286886, du 30 avril 2009, n° 313730.

⁸⁰ Conseil d'État, décisions du 5 décembre 2005, du 7 mars 2007, du 9 novembre 2007 et du 27 mars 2009, précitées.

⁸¹ Conseil d'État, décisions du 9 novembre 2007, du 22 février 2008, et du 27 mars 2009, précitées, et du 28 février 2008, n° 296908. Dans l'affaire où le demandeur avait déjà 18 ans à la date à laquelle il avait présenté sa demande de visa, il bénéficiait d'une autorisation de regroupement familial délivrée avant son anniversaire.

3. POSSIBILITÉ DE VOYAGER DANS LE PAYS D'ORIGINE ET DE REVENIR EN FRANCE

53. Si les mineurs étrangers n'ont pas besoin d'un titre de séjour pour rester en France, après l'expiration de leur visa, ils ne peuvent plus sortir et entrer librement. À cette fin, ils peuvent solliciter un "document de circulation pour étranger mineur" (ci-après le "DCEM"). Ce document, qui a une durée de validité de cinq ans, est destiné à faciliter le retour sur le territoire national, après un déplacement hors de France, des mineurs étrangers y résidant. Les conditions dans lesquelles ce document peut être délivré sont prévues par le CESEDA (procédure de droit commun) et, pour les ressortissants algériens, par l'accord franco-algérien précité⁸². Plusieurs hypothèses sont visées et la situation d'un *makfûl* est parfois susceptible de correspondre à l'une d'elles. Cependant, dans la plupart de ces hypothèses, les mineurs pouvant se voir délivrer un DCEM sont définis par référence à la catégorie à laquelle appartient au moins l'un des "parents". Les autorités administratives compétentes peuvent alors refuser un DCEM à un *makfûl*, en faisant une interprétation restrictive de cette notion et en considérant que le *kafil* n'est pas un parent. À cet égard, le Conseil d'État a affirmé que lorsque le mineur étranger ne remplit pas les conditions légales pour bénéficier du DCEM, il est nécessaire de s'assurer que le refus de délivrer ce document ne méconnaît pas l'article 3, paragraphe 1, de la CIDE. Pour cela, il faut rechercher s'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant de pouvoir se rendre dans son pays d'origine, puis de rentrer en France, sans être soumis aux formalités d'obtention d'un visa de long séjour. Selon le Conseil d'État, tel n'est pas le cas pour un enfant confié par ses parents dès l'âge de quatre ans à un *kafil*, dans la mesure où lesdits parents ne se trouvent pas dans l'impossibilité d'entreprendre eux-mêmes un déplacement en France pour le rencontrer et que le *kafil* ne justifie d'aucune autre circonstance qui rendrait nécessaires des voyages réguliers entre la France et le pays d'origine du *makfûl*⁸³. L'appréciation semble donc très stricte.

B. EFFETS JURIDIQUES SUR LE DROIT SOCIAL ET LE DROIT CIVIL (EXEMPLES)

54. Il s'agit ici de signaler, brièvement, que le problème de la reconnaissance de la *kafâla* a également suscité des questions dans d'autres domaines, notamment en droit social⁸⁴ et en droit civil.

55. S'agissant du droit social, il convient de rappeler que, en la matière, c'est généralement la notion de "personne à charge" qui importe, indépendamment de toute référence à un lien familial. Ainsi, en vertu du code de la sécurité sociale, les "prestations familiales sont dues [...] à la personne physique qui assume la charge

⁸² Articles L. 321-4 et D. 321-16 du CESEDA; article 10 de l'accord franco-algérien précité.

⁸³ Conseil d'État, 3 octobre 2012, n° 351906, ECLI:FR:CESSR:2012:351906.20121003.

⁸⁴ Voir, pour une analyse plus complète, Badel, M. et Pujolar, O., "Kafala - Kafala et droits sociaux", *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009, dossier 5.

effective et permanente de l'enfant"⁸⁵. Cette approche, pragmatique, permet au *kafil* de se voir attribuer des droits, au titre du *makfûl* à sa charge⁸⁶.

56. Cependant, l'ouverture de certaines prestations familiales reste subordonnée à l'existence d'un lien de filiation juridiquement établi. Il en est ainsi, par exemple, du congé d'adoption⁸⁷ ou de l'allocation de parent isolé. Dans ce domaine, s'est posée, en particulier, la question de savoir si le *kafil* pouvait prétendre au bénéfice de la "prestation d'accueil du jeune enfant"⁸⁸, comprenant, d'une part, une prime à la naissance ou à l'adoption et, d'autre part, une allocation de base versée pendant trois ans et visant à compenser le coût lié à l'entretien de l'enfant. La Cour de cassation a répondu par la négative, au motif que cette prestation exige une adoption ou l'accueil d'un enfant en vue de l'adoption et que l'acte de *kafâla* ne constitue qu'un acte de délégation d'autorité parentale, n'ayant pas pour effet de permettre l'adoption de l'enfant ni de le confier à celui-ci en vue de son adoption⁸⁹. Pour faire droit à une telle demande, une juridiction inférieure avait retenu que "la *kafâla* est très proche de l'institution de l'adoption française"⁹⁰. Le défenseur des droits, quant à lui, a déjà affirmé que le refus de verser la prime à l'adoption apparaît contraire au principe de non-discrimination à raison de la nationalité et constitue une atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant recueilli⁹¹. En pratique, il semblerait que cette prestation, ou l'une de ses composantes, soit parfois versée au *kafil*, selon les départements et les caisses d'allocations familiales (ci-après les "CAF"), ce qui contribue également à créer des inégalités territoriales.

⁸⁵ Article L. 513-1 du code de la sécurité sociale.

⁸⁶ Tel est le cas, par exemple, de l'allocation de soutien familial (ASF), prévue par l'article L. 523-1 du code de la sécurité sociale. Cette allocation est versée, sous certaines conditions, à la personne qui élève seule un enfant dont au moins l'un des parents est décédé ou ne participe plus à son entretien. La situation doit être prouvée, par exemple par un acte notarié ou une décision judiciaire. À cet égard, l'article D. 523-2, I, 2°, sous j), du code de la sécurité sociale précise explicitement qu'une *kafâla* figure parmi les décisions juridictionnelles qui peuvent être présentées (ce qui est également repris dans une circulaire de la Caisse d'allocations familiales, voir à ce sujet la question parlementaire n° 5725 précitée, du 20 février 2018).

⁸⁷ Encore récemment (mars 2016), l'Assemblée des Français de l'étranger (une instance politique consultative représentant les français établis hors de France) a déposé une motion visant à ce que les parents *kafil*s en activité professionnelle en France puissent bénéficier du droit au congé d'adoption, au même titre que les parents adoptants. Le ministère des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes a répondu par la négative.

⁸⁸ Articles L. 531-1 et L. 531-3 du code de la sécurité sociale.

⁸⁹ Cour de cassation, 2e chambre civile, arrêts du 11 juin 2009, n° 08-15571 et du 29 novembre 2012, n° 11-27195.

⁹⁰ Tribunal des affaires de sécurité sociale de Valence, jugement du 21 mars 2008.

⁹¹ Voir, par exemple, décision MSP-MDE-MLD-2015-206 du 27 août 2015.

57. Par ailleurs, il faut également indiquer que, pour les ressortissants étrangers, le droit aux prestations sociales dépend, hormis quelques exceptions, à la fois de la régularité du séjour de l'allocataire et de celle de l'enfant à charge⁹². La liste des situations et des documents susceptibles de justifier cette régularité est fixée, de façon exhaustive, par le code de la sécurité sociale⁹³. Si cette liste tient compte de la situation des enfants entrés sur le territoire français dans le cadre de la procédure de regroupement familial, la situation de ceux ayant rejoint un *kafil* étranger hors regroupement familial n'est pas couverte, ce qui est à l'origine de contentieux entre les familles concernées et les CAF. Toutefois, la Cour de cassation a déjà sanctionné le refus de la CAF d'accorder le bénéfice des prestations familiales en raison de l'absence d'un des documents mentionnés par le code de la sécurité sociale. Elle a jugé que, au regard des articles 8 et 14 de la CEDH, il fallait écarter l'exigence de régularité du séjour des enfants pour ne retenir que celle relative à la régularité du séjour des parents⁹⁴. En outre, toujours en vertu des articles 8 et 14 de la CEDH, lorsque le demandeur aux allocations est de nationalité française, il doit également pouvoir bénéficier des prestations familiales pour les enfants étrangers dont il assume la charge, en exécution d'un jugement français lui ayant délégué l'autorité parentale. Il n'a alors pas à justifier de la régularité de sortie du territoire d'origine et de l'entrée sur le territoire français de ces enfants étrangers⁹⁵.
58. S'agissant du droit civil, il faut relever que, parmi d'autres problématiques, la question de l'existence d'une obligation alimentaire s'est posée. En effet, alors que le *kafil* a normalement une obligation d'entretien envers le *makfûl*, une telle obligation n'est pas prévue en droit français pour le délégataire de l'autorité parentale, puisque l'obligation alimentaire est fondée sur un lien de filiation. Ainsi, dans le cadre du divorce de deux *kafils*, le juge a refusé de statuer sur la demande visant à condamner l'époux à verser une pension alimentaire pour le *makfûl*⁹⁶.

⁹² Article L. 512-2 du code de la sécurité sociale.

⁹³ Articles L. 512-2 et D. 512-2 du code de la sécurité sociale.

⁹⁴ Cour de cassation, 2e chambre civile, 6 avril 2004, n° 02-30157. Toutefois, cette affaire ne concernait pas un acte de *kafâla*. Pour cela, voir cour d'appel de Bordeaux, arrêt du 22 mai 2008, Driss Chrifi c. MSA de la Gironde. En l'espèce, un ressortissant marocain résidant en France avait recueilli, en vertu d'une *kafâla*, ses deux neveux (marocains). La juridiction a noté que, malgré l'absence de tout lien de filiation biologique comme de toute délégation d'autorité parentale par une autorité française, le requérant a assuré la charge effective et permanente des deux enfants. Elle a alors jugé que le fait de subordonner le bénéfice des prestations familiales à la production d'un justificatif de régularité du séjour en France des enfants porterait une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et au droit à la protection de la vie familiale, garantis par les articles 8 et 14 de la CEDH.

⁹⁵ Cour de cassation, 2e chambre civile, arrêt du 14 septembre 2006, n° 04-30837. La Cour de cassation a fait application ici de l'article L. 512-1 du code de la sécurité sociale, selon lequel toute personne française ou étrangère ayant à sa charge un ou plusieurs enfants résidant en France bénéficie pour ces enfants des prestations familiales (dans les conditions prévues par ledit code).

⁹⁶ Cour d'appel de Bordeaux, 11 décembre 2007, n° 06/05878.

III. CONCLUSION

59. S'agissant de la qualification juridique de la *kafâla*, le système français ne connaissant pas ce mécanisme étranger, il a fallu la rattacher à une catégorie déjà existante, afin de lui permettre de produire des effets. Le choix s'est porté sur la figure de la tutelle ou de la délégation de l'autorité parentale, même si ce rattachement reste insatisfaisant, car impropre à saisir la spécificité de la *kafâla*. Son assimilation à une adoption, en revanche, a été rejetée avec force par le législateur, qui a introduit dans le code civil la règle de l'interdiction de l'adoption d'un mineur dont la loi personnelle prohibe cette institution. Pour cette seule raison, il ne semble pas qu'un *makfûl* puisse être qualifié, en droit français, de "descendant direct", au sens de la directive 2004/38/CE, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. La prohibition de l'adoption peut toutefois être rapidement contournée, si le *makfûl* acquiert la nationalité française (ce qui est possible au bout de trois ans s'il a été confié par une *kafâla* judiciaire à un ressortissant français) et qu'il a été abandonné ou est orphelin. En revanche, si ses parents sont vivants et connus, ils doivent donner leur consentement. C'est cette possibilité de contourner, dans un délai réduit, l'interdiction de l'adoption qui a notamment conduit la Cour EDH à valider le système français, au regard de l'article 8 de la CEDH.
60. S'agissant des effets de la *kafâla* sur le droit d'entrée et de séjour, selon la législation française et les accords bilatéraux spécifiques existants, un acte de *kafâla* ne permet normalement pas au *makfûl* d'obtenir automatiquement un visa l'autorisant à entrer sur le territoire français, afin de rejoindre le *kafîl* et de s'installer avec celui-ci. Toutefois, en la matière, les juridictions accordent une place centrale à la notion d'intérêt de l'enfant, devenu un critère de référence, et au droit à la vie privée et familiale. Le Conseil d'État a ainsi jugé, d'abord dans des cas concernant des *makfûls* orphelins, abandonnés, ou dont les parents ne pouvaient subvenir à leurs besoins, que le refus de délivrer un visa méconnaissait l'intérêt de l'enfant et portait une atteinte disproportionnée à ce droit. Par la suite, il a affirmé de façon générale que l'intérêt d'un enfant est en principe de vivre auprès de la personne (ressortissant français ou étranger) qui, en vertu d'une décision de justice qui produit des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale. Cette jurisprudence conduit donc à délivrer des visas, ou à autoriser des regroupements familiaux, y compris dans des situations où l'enfant a des parents ou d'autres membres de sa famille dans son pays d'origine. Cette présomption n'est toutefois valable que pour les *kafâlas* judiciaires et peut également être combattue, en présence de circonstances particulières ou si les conditions d'accueil en France ne sont pas satisfaisantes. Par ailleurs, en ce qui concerne le droit au séjour, dans la mesure où les mineurs étrangers ne sont pas tenus de détenir un tel titre, la question de son obtention ne se pose alors qu'à la majorité du *makfûl*, s'il n'a pas acquis, entretemps, la nationalité française.

[...]

DROIT ITALIEN

I. INTRODUCTION

1. Jusqu'en 1998, l'entrée sur le territoire italien aux fins de l'adoption d'un mineur recueilli par le biais de la *kafâla* par des citoyens italiens était permise par la loi n° 184 de 1983 sur l'adoption internationale. Toutefois, selon la loi n° 476 de 1998 ratifiant la convention de la Haye de 1993, seuls les actes d'adoption ou de placement en vue d'adoption pouvaient être déclarés efficaces.
2. En raison de ce changement législatif, les juridictions nationales ont dû faire face à l'impossibilité d'accueillir en Italie des mineurs abandonnés et de reconnaître à l'acte étranger de *kafâla* les effets d'un acte d'adoption.
3. Avec l'introduction de la convention de la Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, la situation semblait pouvoir changer. Toutefois, l'Italie n'a ratifié la convention qu'en 2015, par la loi n° 101 du 18 juin 2015¹. Ce retard est dû à la préoccupation d'introduire dans l'ordre juridique national une construction juridique complètement étrangère à la culture juridique nationale². En effet, l'examen du projet de loi par les deux chambres du Parlement a été ralenti par l'absence d'accord sur les normes d'adaptation de l'ordre juridique interne à la convention (ci-après les «normes d'adaptation») et sur les procédures concernant les mineurs abandonnés.
4. Cette situation a été débloquée en 2015 grâce à la suppression des normes d'adaptation du projet de loi, et notamment des règles portant sur une réglementation de la *kafâla* et une harmonisation des effets de la *kafâla* avec les mesures de protection de l'enfance déjà existantes dans l'ordre juridique italien. Par conséquent, la loi de ratification contient simplement les dispositions portant sur l'autorisation de la ratification, l'ordre d'exécution, la détermination de l'autorité centrale italienne, la clause d'inaltération financière et celle sur l'entrée en vigueur.

¹ Ratifica ed esecuzione della Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996, pubblicata in G.U. n° 157 del 9 luglio 2015.

² Les propositions de loi de ratification de la convention présentées entre 2010 et 2014 sont restées sans suite en raison de cette préoccupation. Voir Tomeo, T., *La Kafala in Comparazione e Diritto civile*, p. 11 et 12 (disponible sous le lien suivant: www.comprazionediritto.civile.it).

5. Selon le service Études du Sénat, la suppression de ces articles a été décidée pour permettre la ratification dans les délais souhaités et s'explique par la nécessité «d'approfondir la question concernant les normes d'adaptation en raison de la difficile compatibilité de la *kafâla* avec l'ordre juridique existant»³.
6. Le seul acte permettant une qualification de *kafâla* est le décret du ministère de la Justice du 26 juillet 2013 lequel se limite, cependant, à identifier la *kafâla* en tant qu'acte pré-adoptif. Il reste également la possibilité pour l'Italie de conclure des accords bilatéraux avec le pays où la *kafâla* est régie. À cet égard, il convient toutefois de signaler qu'il n'en résulte pas des recherches que de tels accords aient été conclus notamment avec des pays n'ayant pas ratifié la convention de la Haye de 1996⁴.
7. L'absence de règles de qualification de la *kafâla* dans l'ordre juridique italien tout au long de ces années, a obligé les juridictions italiennes à continuer de remplir ce vide législatif.
8. Les décisions des juridictions italiennes en matière de *kafâla* sont fondées sur des demandes de regroupement familial (partie II.) et des demandes d'adoption (partie III.).

II. QUALIFICATION DE LA KAFÂLA EN CAS DE REGROUPEMENT FAMILIAL

9. À titre liminaire, il convient de signaler que le regroupement familial constitue le premier motif⁵ à la base des pratiques d'entrée pour les étrangers demandant le visa de séjour de longue durée en Italie⁶.

³ Voir Nota Breve n° 81 – giugno 2015, disegno di legge A.S. n° 1552-bis «Norme di adeguamento dell'ordinamento interno alla Convenzione sulla competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità genitoriale e di misure di protezione dei minori, fatta all'Aja il 19 ottobre 1996.

⁴ La possibilité de conclure des accords bilatéraux est prévue également par l'article 52 de la convention de la Haye de 1996 entre deux États contractants. Toutefois, le seul État de tradition juridique islamique ayant ratifié la convention de la Haye de 1996 est le Maroc. L'Italie ne semble pas avoir conclu d'accord avec cet État bien qu'une procédure poursuivant cet objectif ait été mise en place. Document disponible sous le lien suivant: http://www.gruppocrc.net/IMG/pdf/par_2-20.pdf.

⁵ Les mineurs entrés en Italie pour regroupement familial sont passés de 68 601 (en 2011) à 331 608 (en 2016). Toutefois et malgré les demandes d'information dues à l'exigence de protection des mineurs, il n'est pas possible de connaître le nombre de *makfûls* présents sur le territoire italien.

⁶ Le regroupement familial est réglé par des dispositions prévoyant des conditions spécifiques pour la demande, qui ont fait l'objet de modifications dans le temps, notamment de 2011 à aujourd'hui. Voir *ricongiungimento familiare e Kafala*, 3° rapporto supplementare 2017.

10. Il convient de classer les décisions selon que la demande de regroupement est effectuée par un *kafîl* étranger sur le territoire italien ou par des citoyens italiens ayant recueilli à l'étranger le *makfûl* par *kafâla*⁷.
11. Dans le cadre de demandes effectuées par des *kafîls* étrangers, les juridictions italiennes, à partir de la fin des années 2000, se sont prononcées favorablement quant à la possibilité pour la *kafâla* de constituer un titre permettant le regroupement familial en se fondant sur le décret législatif n° 268 de 1998, texte unique sur l'immigration, dédié à l'unité familiale et à la protection des mineurs⁸.
12. Ceci a été possible grâce au fait qu'en comparant la *kafâla* avec les catégories prévues par ledit décret, les juridictions du fond ont jugé que, dans la *kafâla*, peuvent être retrouvés, de manière transversale, les aspects caractérisant les catégories de l'adoption, de l'accueil familial et de la tutelle⁹.
13. Par la suite, la Cour de cassation a fait prévaloir la protection du *makfûl* sur les autres valeurs garanties par la Constitution en affirmant que, aux fins du regroupement familial, lorsque la *kafâla* n'est pas assimilée à l'accueil familial, les mineurs ressortissants de pays arabes orphelins ou abandonnés subiraient un préjudice en raison du fait que cette construction juridique est le seul instrument les protégeant¹⁰.
14. En 2010, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question, relativement nouvelle, du regroupement familial demandé par des citoyens italiens. Bien que la délivrance du visa ait été ordonnée par les deux instances de fond, la Cour de cassation a exclu que la *kafâla* puisse constituer le prérequis pour le regroupement

⁷ Voir Magno, G., Ingresso in Italia del minore straniero affidato in kafâla a Coniugi italiani: una questione da chiarire, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, fasc. 1, 2014, p. 99.

⁸ Decreto legislativo, testo coordinato, del 25 luglio 1998, n° 286, pubblicato in G.U. 18 agosto 1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero. Les juridictions ont identifié l'article 29 de ce décret législatif comme la disposition permettant le regroupement familial. Plus particulièrement, le paragraphe 2 de cet article prévoit l'assimilation de mineurs adoptés ou soumis à tutelle aux enfants légitimes.

⁹ Corte d'appello di Torino, decreto del 28 giugno 2007.

¹⁰ Cette conclusion a été possible grâce à une interprétation conforme à la Constitution de l'article 29 du décret législatif n° 286/1998. L'affaire concernait un couple ayant recueilli une *makfûl* d'origine marocaine et ayant obtenu un visa pour regroupement familial par la cour d'appel de Bologne. Corte di cassazione, sentenza del 20 marzo 2008, n° 7472.

familial en raison du fait qu'aux citoyens italiens doit uniquement être appliquée la réglementation en matière d'adoption internationale¹¹.

15. Un revirement dans la jurisprudence a été effectué en 2013, lorsque la Cour de cassation a jugé applicable le décret législatif n° 30 du 6 février 2007 de transposition de la directive 2004/38/CE (ci-après le «décret n° 30/2007») en raison du renvoi effectué à l'article 28, paragraphe 2, du décret législatif n° 286 de 1998, précité¹². Par conséquent, selon la Cour, le mineur étranger recueilli par un citoyen italien par *kafâla* peut être inséré dans la catégorie «d'autres membres de la famille» prévue par l'article 3, paragraphe 2, sous a), du décret n° 30/2007¹³.
16. Plus précisément, la Cour a précisé que «l'entrée sur le territoire national ne peut pas être refusée à un mineur recueilli par un citoyen italien qui réside en Italie par *kafâla* prononcée par un juge étranger dans le cas où des motifs graves de santé imposent que le mineur doit être assisté personnellement par le *kafil*». En outre, par cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que la primauté de l'intérêt du mineur doit être assurée par rapport aux autres intérêts en conflit et que de l'interprétation conforme à la Constitution il découle que les dispositions du décret n° 30/2007 ne doivent pas exclure de manière absolue le regroupement d'un *makfûl* et d'un *kafil* italien¹⁴.
17. Toutefois, la Cour impose deux limitations. En effet, la *kafâla* ne constitue pas le prérequis pour l'adoption et seule la *kafâla* judiciaire peut obtenir une protection dans l'ordre juridique italien¹⁵.
18. En 2015, la Cour de cassation, en confirmant cette jurisprudence, a précisé que l'absence de reconnaissance de la *kafâla* dans l'ordre juridique italien est contraire à la convention de New York relative aux droits de l'enfant, ainsi qu'à la convention de la Haye, signées par l'Italie¹⁶. Toutefois, la Cour précise que, dans le cadre de la *kafâla* notariale, la reconnaissance de la *kafâla* n'apparaît pas compatible avec l'ordre public italien en l'absence d'un contrôle public *ab origine*

¹¹ L'affaire trouve son origine dans une demande de visa d'entrée présentée par un *kafil* italien d'origine marocaine. Corte di cassazione, sentenza del 1° marzo 2010, n° 4868. Voir Peraro, C., *Il riconoscimento degli effetti della kafalah: una questione non ancora risolta*, in *Rivista di diritto internazionale e processuale* – n. 3-2015, p. 545.

¹² Corte di cassazione, sentenza del 16 settembre 2013, n° 21108.

¹³ Il convient de signaler que les articles 2 et 3 du décret législatif n° 30/2007 correspondent à ceux de la directive 2004/38/CE.

¹⁴ Savoia, R., *Visto d'ingresso per il minore extracomunitario affidato con provvedimento di kafalah al cittadino italiano*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 0, 2013, p. 1306.

¹⁵ Au niveau national, il existait la préoccupation que la *kafâla* pouvait être utilisée comme un instrument pour contourner les restrictions à l'entrée sur le territoire national de mineurs approchant l'âge de la majorité légale grâce à des procédures non suffisamment contrôlées.

¹⁶ Corte di cassazione (sez. I civ.), sentenza del 2 febbraio 2015, n. 1843. En outre, la Cour s'est prononcée sur la conformité de la *kafâla* notariale, confirmée par une autorité publique l'ayant homologuée, selon le modèle légal découlant de la convention de New York.

et permanent sur la conformité de l'accord (entre les parents biologiques et les «recueillants») à l'intérêt supérieur du mineur.

19. Enfin, la Cour de cassation a jugé que la *kafâla* notariale homologuée par un juge d'un autre État constitue le titre pour le regroupement familial. En effet, par l'arrêt n. 28154, du 24 novembre 2017, la Cour de cassation a rejeté le recours introduit par le ministère des Affaires étrangères demandant l'annulation de la décision de deuxième instance ayant donné le feu vert à l'octroi du visa pour regroupement familial demandé par une citoyenne italienne en faveur d'une *makfûl* marocaine. Selon la Cour, non seulement la *kafâla* judiciaire mais également la *kafâla* notariale homologuée peuvent constituer le prérequis juridique pour le regroupement familial en raison du fait que, parmi ceux ayant le droit d'entrer et de séjourner sur le territoire national, l'article 3, paragraphe 2, du décret législatif n° 30/2007 inclut «tout autre membre de la famille» qui n'est pas couvert par la définition figurant à l'article 2, en laissant ainsi une marge pour l'insertion d'autres catégories.
20. La Cour conclut que c'est seulement ainsi qu'une seule interprétation conforme à la Constitution et respectant les principes énoncés par les réglementations internationales est assurée.
21. Sur la base de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les demandes de regroupement familial fondées sur un acte de *kafâla* allant de 2013 à 2017, le tribunal de Mantova¹⁷ s'est prononcé sur la nécessité de nommer une personne comme tuteur légal d'une mineure algérienne résidant en Italie déjà recueillie par la même personne sur la base d'un acte rendu par un tribunal algérien au sens des articles 116 à 122 du code de la famille algérien régissant la construction juridique de la *kafâla*.
22. À cet égard, le tribunal a jugé qu'en raison du fait qu'un acte de *kafâla* accordé par un tribunal algérien est pleinement applicable dans l'ordre juridique italien au sens des articles 65 et 66 de la loi n° 218/1995 concernant la réforme du système italien de droit international privé¹⁸ (ainsi que des conventions de New York et de la Haye) et compte tenu du fait que, selon l'article 121 du code de la famille algérien, le recueil légal confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime, la tutelle ne doit pas être ouverte, la mineure ayant déjà en Italie, comme effet de l'acte de *kafâla*, un représentant légal.

¹⁷ Tribunal di Mantova, 10 maggio 2018.

¹⁸ Ces articles sont consacrés à la reconnaissance des actes étrangers.

III. QUALIFICATION DE LA *KAFÂLA* EN CAS DE DEMANDES D'ADOPTION

23. Bien que les décisions rendues par les juridictions italiennes concernent principalement le regroupement familial, les décisions prononcées à la suite de demandes d'adoption méritent d'être relevées en raison du fait qu'elles portent directement sur la question de la qualification juridique de la *kafâla* par rapport au droit italien de la famille.
24. En effet, les juridictions nationales ont dû évaluer l'aptitude de la *kafâla* à être considérée en tant que prérequis pour l'instauration du rapport de filiation légitime découlant d'une adoption pleine.
25. Par l'arrêt n° 21395 du 4 novembre 2005, la Cour de cassation a examiné pour la première fois la déclaration d'adoptabilité du *makfûl*. Par cet arrêt, la Cour de cassation a jugé que la *kafâla*, poursuivant l'objectif de réaliser une prise en charge de l'éducation du *makfûl* par des *kafîls* peut être comparée à l'accueil familial. Toutefois, les personnes ayant recueilli un mineur en Italie, par le biais de la *kafâla*, ne peuvent pas s'opposer à la déclaration sur le statut d'adoptabilité du même mineur prononcée par le tribunal pour les mineurs. La Cour a ajouté que ces personnes ne disposent pas de ce droit car elles ne sont ni les parents, ni des membres de la famille, ni même des tuteurs en raison du fait que la *kafâla* attribuée à ces personnes un pouvoir-devoir de «garde» mais n'attribue pas la tutelle ni la représentation légale du mineur¹⁹.
26. En 2011, la Cour de cassation a, en revanche, considéré applicable la loi n° 218 de 1995, précitée et par conséquent, également les dispositions de la loi n° 184 de 1983 sur l'adoption internationale²⁰.
27. Enfin, les tribunaux de fond, et notamment le tribunal de Brescia, saisi par un couple ayant recueilli en 2006 un *makfûl*, fils de père inconnu, qui en 2009 avait obtenu le regroupement familial, a traité la demande d'adoption en comparant la *kafâla* à l'adoption dans des cas particuliers²¹ et en concluant qu'il s'agit d'une construction juridique différente par sa nature et ses caractéristiques. Par conséquent, la *kafâla* n'est pas susceptible de constituer le fondement de l'adoption en cas particuliers ni de celle «légitimante» et le tribunal n'a pas considéré applicable la loi n° 184 de 1983 car l'attribution de la responsabilité parentale aux *kafîls* serait contraire à la nature de la *kafâla* dont la protection

¹⁹ Les faits trouvent leur origine dans la demande du procureur auprès du Tribunal pour les mineurs de Turin d'ouvrir une procédure permettant de déclarer adoptable un mineur né à Rabat, de parents inconnus et transféré en Italie par un couple d'italiens. Le couple avait recueilli l'enfant par la *kafâla* mais n'avait pas le «visa pour adoption» pour l'enfant.

²⁰ Corte di cassazione, sentenza del 23 settembre 2011, n° 19450. La Cour avait été saisie afin de déclarer applicable en Italie l'ordonnance de recueil par *kafâla* d'un mineur marocain abandonné.

²¹ Il convient de distinguer l'adoption en cas particuliers ou simple ou encore «non légitimante» de l'adoption pleine ou «légitimante».

prévaut pour le juge du fond. Toutefois, la *kafâla* a été reconnue applicable dans l'ordre juridique italien sur la base de l'article 66 de la loi n° 218 de 1995²².

CONCLUSION

28. La *kafâla* n'a pas de construction juridique correspondante dans l'ordre juridique italien. Par conséquent, les juridictions nationales ont dû trouver des solutions alternatives. À cet égard, il convient de signaler que malgré l'existence de différences importantes dans les premières décisions jurisprudentielles, dans les dernières années, la jurisprudence est devenue moins restrictive en reconnaissant la *kafâla* comme prérequis pour le regroupement familial et en lui attribuant une efficacité directe.

[...]

²² Les actes étrangers des procédures gracieuses ont une applicabilité de plein droit (ou automatique) dans l'ordre juridique italien. Voir Peraro, C., Il riconoscimento degli effetti della kafalah: una questione non ancora risolta, in *Rivista di diritto internazionale e processuale* – n. 3-2015, p. 554.

DROIT NÉERLANDAIS

I. INTRODUCTION

1. À titre liminaire, il convient de remarquer qu'aux Pays-Bas aucune législation spéciale consacrée à la qualification et la reconnaissance de la *kafâla* ne semble exister.
2. Toutefois, les juridictions néerlandaises ont traité plusieurs affaires dans lesquelles il était question de la *kafâla*. Ces affaires concernaient, notamment, des décisions de *kafâla* prononcées au Maroc. Aucune affaire portant sur une décision de *kafâla* prononcée en Algérie n'a pu être trouvée.¹
3. La présente contribution donne un aperçu de la qualification, en droit néerlandais, de la *kafâla* prononcée à l'étranger, de la reconnaissance d'une décision de *kafâla* aux Pays-Bas et des effets produits par une *kafâla* prononcée dans un pays tiers en ce qui concerne le droit de l'enfant recueilli sous *kafâla* d'entrer et de séjourner aux Pays-Bas.

II. LE CADRE JURIDIQUE

A. QUALIFICATION DE LA KAFÂLA

1. ADOPTION

4. La *kafâla* ne semble pas pouvoir être qualifiée, en droit néerlandais, comme une mesure équivalente à une adoption, étant donné que celle-ci ne crée pas de liens de filiation entre l'enfant et les adoptants.² En effet, en vertu de l'article 10:104 du code civil, on entend par «adoption», une décision de l'autorité compétente

¹ Contrairement à l'Algérie, le Maroc a signé la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, conclue à La Haye le 19 octobre 1996 (ci-après la «convention de La Haye de 1996»). Ladite convention est entrée en vigueur pour le Maroc, le 1^{er} décembre 2002 et pour les Pays-Bas le 1^{er} mai 2011. Toutefois, les deux pays tiers n'ont pas signé la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, conclue à La Haye le 29 mai 1993 (ci-après la «convention de La Haye de 1993»).

² Rechtbank Utrecht, jugement du 5 octobre 2005, 192066/FA RK 05-1255, ECLI:NL:RBUTR:2005:AU8343; Rechtbank 's-Gravenhage, jugement du 11 mars 2009, 318928 - FA RK 08-7001, ECLI:NL:RBSGR:2009:4210.

établissant des liens de filiation entre un mineur et deux personnes ensemble ou une personne toute seule.³

2. TUTELLE/GARDE

5. La *kafâla* semble plutôt devoir être qualifiée comme la tutelle de l'enfant.⁴ En effet, dans plusieurs jugements des juridictions néerlandaises, la décision de *kafâla* est dénommée «décision de tutelle» et est reconnue ainsi.⁵
6. En vertu de l'article 1:245, paragraphes 1 et 2, du code civil, les mineurs sont soumis à la garde des parents ou d'un tuteur. Le paragraphe 3 de cette disposition prévoit que la garde est effectuée par les parents ensemble ou par un des parents. La tutelle est effectuée par une personne autre qu'un parent. En vertu du paragraphe 4 de cette même disposition, la garde concerne la personne du mineur, l'administration de ses biens, ainsi que sa représentation légale tant judiciairement qu'extrajudiciairement.

3. PLACEMENT DANS UNE FAMILLE D'ACCUEIL

7. Parfois, les juridictions néerlandaises qualifient la *kafâla*, dans leurs décisions, comme étant un placement de l'enfant en famille d'accueil.⁶ Toutefois, il convient de noter à cet égard que la famille d'accueil n'a pas toujours la tutelle/la garde de l'enfant.⁷ Une telle qualification de la *kafâla* semble partant moins appropriée.

³ Cela correspond à la définition de la notion d'adoption de la convention de La Haye de 1993. En effet, en vertu de l'article 2, paragraphe 2, de cette convention, celle-ci ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation. Voir également, Rutten, S.W.E., et Saarloos, K.J., De erkenning van de *kafala* in het IPR en het vreemdelingenrecht, FJR 2007, 125, p. 4. Il convient de préciser que le droit néerlandais ne connaît que l'adoption plénière et non l'adoption simple. Toutefois, en vertu de l'article 10:110, paragraphe 2, du code civil, l'adoption simple prononcée à l'étranger est reconnue aux Pays-Bas. Dans un tel cas, une demande ultérieure est souvent introduite, aux Pays-Bas, aux fins de convertir l'adoption simple en une adoption plénière au sens du droit néerlandais.

⁴ Voir également, Rutten, S.W.E., et Saarloos, K.J., De erkenning van de *kafala* in het IPR en het vreemdelingenrecht, FJR 2007, 125, p. 5.

⁵ Rechtbank 's-Gravenhage, jugement du 13 avril 2012, 411976 - FA RK 12-633, ECLI:NL:RBSGR:2012:7671 ; Rechtbank Maastricht, jugement du 1er décembre 2010, 154306/FA RK 10-1310, ECLI :NL :RBMAA:2010 :BO6444. Dans sa décision du 7 août 2013, C-09-445069 - FA RK 13-4615, ECLI:NL:RBDHA:2013:11124, le Rechtbank Den Haag a jugé que la *kafâla* doit être considérée comme une forme de garde, telle que la garde prévue par le droit néerlandais. Voir également, Kind en Ouders in de 21ste eeuw. Rapport van de Staatscommissie herijking ouderschap, oktober 2016, p. 188, disponible sous le lien suivant: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-792289>.

⁶ Rechtbank Gelderland, jugement du 11 novembre 2017, 318961, ECLI:NL:RBGEL:2017:6903.

⁷ Voir également, Rutten, S.W.E., et Saarloos, K.J., De erkenning van de *kafala* in het IPR en het vreemdelingenrecht, FJR 2007, 125, p. 15.

B. RECONNAISSANCE DE LA DÉCISION DE *KAFĀLA*

8. Lorsque la *kafāla* a été prononcée dans un État contractant de la convention de La Haye de 1996, la décision est reconnue de plein droit aux Pays-Bas, conformément à l'article 23 de cette convention.⁸
9. Lorsque la *kafāla* a été prononcée dans un État n'ayant pas signé la convention de La Haye de 1996, les règles du droit international privé néerlandais s'appliquent. En vertu de ces règles, une décision étrangère est reconnue aux Pays-Bas, lorsque trois conditions sont remplies: la décision a été prononcée par une autorité compétente à cet égard, suite à un bon fonctionnement de la justice, et la décision n'est pas contraire à l'ordre public.
10. Ainsi, dans un jugement du 13 avril 2012, le tribunal de première instance de la Haye a dit pour droit qu'une décision d'un tribunal de première instance du Maroc prononçant la *kafāla*, à savoir la tutelle sur l'enfant, était susceptible d'être reconnue aux Pays-Bas.⁹

C. DROIT D'ENTRER ET DE SÉJOURNER DE L'ENFANT PLACÉ SOUS *KAFĀLA*

1. ADOPTION VISÉE

11. L'article 3.26 de l'arrêté de 2000 sur les étrangers prévoit qu'un permis de séjour à durée limitée peut être accordé, sous la condition de séjour en tant que membre de la famille, à un mineur qui souhaite séjourner dans la famille d'un ou de plusieurs ressortissants néerlandais ou de ressortissants étrangers séjournant de manière régulière aux Pays-Bas, au sens de l'article 8, sous a) à e), et l), de la loi sur les étrangers de 2000, dans l'attente de son adoption par cette famille, lorsque les conditions énumérées dans la loi sur l'admission des enfants étrangers en vue de l'adoption¹⁰ sont remplies.
12. Ces conditions, en vertu de l'article 3.6.2. de la circulaire de 2000 relative aux étrangers, sont les suivantes:

⁸ La convention est entrée en vigueur pour les Pays-Bas le 1^{er} mai 2011. Partant, les décisions de *kafāla* antérieure à cette date ne sont pas reconnues de plein droit aux Pays-Bas.

⁹ Rechtbank 's-Gravenhage, jugement du 13 avril 2012, 411976 - FA RK 12-633, ECLI:NL:RBSGR:2012:7671. Dans cette affaire, la décision de *kafāla* avait été prononcée le 29 septembre 2009, donc bien avant que la convention soit entrée en vigueur aux Pays-Bas. Voir également, Rutten, S.W.E., et Saarloos, K.J., De erkenning van de *kafala* in het IPR en het vreemdelingenrecht, FJR 2007, 125, p. 5.

¹⁰ Wet van 8 december 1988, houdende regelen inzake de opnemng in Nederland van buitenlandse pleegkinderen met het oog op adoptie (Wet opnemng buitenlandse kinderen ter adoptie), Stb. 1988, 566.

1. le ministre néerlandais compétent a donné un accord de principe sur l'adoption;¹¹
 2. ledit ministre a donné son accord concernant l'intégration de l'enfant dans la famille des candidats adoptants;
 3. l'enfant n'a pas de maladie infectieuse extrêmement dangereuse ou de maladie physique ou mentale de longue durée. Cela doit être attesté par une attestation médicale provenant du pays d'origine;¹²
 4. les parents biologiques ont renoncé à leur autorité parentale (et cela a été correctement organisé);¹³
 5. les autorités du pays d'origine ont donné leur accord concernant l'intégration de l'enfant dans la famille des candidats adoptants.¹⁴
13. La demande de titre de séjour est rejetée lorsque l'identité de l'enfant n'est pas attestée. En cas d'absence d'un document valable pour franchir la frontière, il est nécessaire d'attester l'identité de l'enfant d'une autre manière.
14. En vertu de l'article 3:27 de l'arrêté de 2000 sur les étrangers, un permis de séjour à durée limitée peut être accordé, sous la condition de séjour en tant que membre de la famille, à un mineur qui a déjà été accueilli dans la famille des candidats adoptants lors de leur séjour à l'étranger, où ils se sont consacrés à son éducation, lorsqu'il est entré aux Pays-Bas en même temps que les candidats adoptants, lorsque ces derniers sont des ressortissants néerlandais ou des étrangers en situation régulière au sens de l'article 8, sous a) à e), et l), de la loi sur les étrangers de 2000, et lorsque les parents biologiques ont donné leur consentement quant au départ du mineur dans le pays de résidence avant l'entrée de la famille aux Pays-Bas et quant à l'adoption de l'enfant.
15. Lorsque le mineur au sens de l'article 3.27 de l'arrêté de 2000 sur les étrangers, au moment d'entrer aux Pays-Bas, réside plus d'un an chez les candidats adoptants et a été éduqué par ceux-ci pendant cette période, l'aptitude desdits candidats adoptants n'est plus vérifiée par les autorités compétentes néerlandaises.¹⁵ Elles considèrent, dans ce cas, le mineur comme enfant légal au sens de l'article 3.14,

¹¹ L'article 2 de la loi sur l'admission des enfants étrangers en vue de l'adoption.

¹² L'article 8, sous b), de la loi sur l'admission des enfants étrangers en vue de l'adoption.

¹³ L'article 8, sous d), de la loi sur l'admission des enfants étrangers en vue de l'adoption.

¹⁴ L'article 8, sous e), de la loi sur l'admission des enfants étrangers en vue de l'adoption.

¹⁵ L'article 3.6.3 de la circulaire de 2000 relative aux étrangers.

paragraphe 1, sous c), de l'arrêté de 2000 sur les étrangers¹⁶, estimant que les conditions énumérées dans l'article 3.27 de l'arrêté de 2000 sur les étrangers précité sont remplies.

2. PLACEMENT DANS UNE FAMILLE D'ACCUEIL VISÉ

16. En vertu de l'article 3.28 de l'arrêté de 2000 sur les étrangers, un permis de séjour à durée limitée¹⁷ peut être accordé, sous la condition de séjour en tant que membre de la famille, à un mineur qui:
 1. souhaite séjourner aux Pays-Bas dans la famille d'un ou de plusieurs ressortissants néerlandais ou de ressortissants étrangers séjournant de manière régulière aux Pays-Bas, au sens de l'article 8, sous a) à e), et l), de la loi sur les étrangers de 2000;
 2. selon le ministre néerlandais compétent, n'a plus de futur acceptable dans son pays d'origine. En vertu de l'article 3.7.1. de la circulaire de 2000 relative aux étrangers, un enfant est considéré comme n'ayant plus de futur acceptable dans son pays d'origine lorsqu'il ne peut pas y recevoir les soins adéquats par un ascendant ou une personne apparentée.
17. Toutefois, il convient de préciser qu'en vertu de l'article 3.7.2. de la circulaire de 2000 relative aux étrangers, les autorités compétentes néerlandaises accordent le permis de séjour précité uniquement lorsque les conditions suivantes sont également remplies:
 1. l'enfant étranger est un descendant ou une personne apparentée (bloed- of aanverwant), au sens de l'article 1:3 du code civil;
 2. les parents ou les représentants légaux ont donné leur consentement quant au placement de l'enfant dans la famille d'accueil;

ou

¹⁶ En vertu de l'article 3.14, paragraphe 1, sous c), de l'arrêté de 2000 sur les étrangers, un permis de séjour à durée limitée peut être accordé, sous la condition de séjour en tant que membre de la famille, au mineur biologique ou légal qui, de l'avis des autorités compétentes néerlandaises, fait réellement partie et faisait déjà réellement partie, dans l'État d'origine, de la famille de la personne chez laquelle il entend séjourner. En vertu de l'article 3.2.1. de la circulaire de 2000 relative aux étrangers, les autorités compétentes considèrent que le mineur fait réellement partie et faisait déjà réellement partie, dans l'État d'origine, de la famille de la personne chez laquelle il entend séjourner, en cas de vie familiale au sens de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'homme, entre le mineur et la personne concernée.

¹⁷ Verblijfsvergunning regulier voor bepaalde tijd.

les autorités compétentes dans le pays d'origine de l'enfant ont donné leur accord¹⁸ quant à ce placement, dans la mesure où les parents ou les représentants légaux sont décédés ou lorsque leur domicile est inconnu;¹⁹ et

3. la garde de l'enfant par la famille d'accueil a été encadrée par les autorités compétentes.
18. Par ailleurs, la famille d'accueil doit être composée d'une personne étant un grand-parent de l'enfant, un frère ou un demi-frère, une sœur ou une demi-sœur, une belle-sœur ou un beau-frère, un oncle ou une tante.

III. CONCLUSION

19. Au vu de ce qui précède, il peut être conclu que la *kafâla* ne peut pas être qualifiée, en droit néerlandais, en tant que mesure d'adoption, mais doit plutôt être considérée comme une sorte de tutelle.
20. Il semble, partant, qu'un permis de séjour puisse uniquement être accordé lorsqu'une personne de la famille d'accueil est le grand-parent de l'enfant, le frère ou demi-frère, la sœur ou demi-sœur, la belle-sœur ou le beau-frère, l'oncle ou la tante, de l'enfant.
21. Si un tel lien entre l'enfant et la famille d'accueil n'existe pas, la seule possibilité pour obtenir un permis de séjour semble l'introduction d'une demande de permis de séjour en vue de l'adoption de l'enfant.
22. Il convient de préciser, à cet égard, que l'adoption d'un enfant placé sous *kafâla* s'avère possible aux Pays-Bas, même si l'adoption n'est pas prévue dans la législation du pays tiers dans lequel la *kafâla* a été prononcée, voire interdite en vertu de cette législation, et cela lorsque l'intérêt de l'enfant l'exige.²⁰

¹⁸ Dans son jugement du 15 février 2016, le tribunal de première instance de la Haye a rejeté le recours introduit à l'encontre du refus des autorités compétentes néerlandaises d'accorder un permis de séjour pour un enfant mineur marocain placé sous *kafâla*, en raison de l'absence d'accord des autorités compétentes marocaines quant au placement de l'enfant dans la famille d'accueil. Il convient de préciser que cette affaire concernait le placement d'un enfant en vertu de la convention de La Haye de 1996.

¹⁹ Uniquement lorsque le droit du pays d'origine l'exige, l'accord tant des parents que des représentants légaux est nécessaire aux fins de remplir cette condition.

²⁰ Rechtbank Gelderland, jugement du 27 novembre 2017, 318961, ECLI:NL:RBGEL:2017:6903; Rechtbank Den Haag, jugement du 8 janvier 2014, C-09-432924 - FA RK 12-9385. Il s'agissait dans ces affaires de l'adoption d'enfants marocains qui avaient été placés sous *kafâla*. Dans la dernière affaire, les candidats adoptants avaient omis de demander au ministre compétent néerlandais un accord de principe sur l'adoption avant d'amener l'enfant aux Pays-Bas. Toutefois, dans la mesure où un rejet de la demande d'adoption porterait gravement atteinte aux intérêts de l'enfant, le tribunal de

23. Dans le cadre du traitement de la demande de permis de séjour en vue de l'adoption de l'enfant, ainsi que d'ailleurs dans le cadre du traitement de l'éventuelle adoption de l'enfant, la décision de *kafâla* ordonnée dans le pays d'origine peut avoir une importance. En effet, dans le cadre desdits traitements, pourraient être pris en compte le fait que l'aptitude des candidats adoptants a déjà été examinée dans le cadre de la prise de décision *kafâla*, ainsi que la renonciation des parents biologiques à leur autorité parentale.²¹

[...]

première instance de la Haye a décidé d'accueillir la demande d'adoption malgré le fait qu'un accord de principe sur l'adoption n'avait pas été demandé au préalable. Les conditions sous lesquelles l'adoption peut être prononcée, en droit néerlandais, sont énumérées dans les articles 1:227 et 1:228 du code civil. Voir également, Rutten, S.W.E., et Saarloos, K.J., De erkenning van de *kafala* in het IPR en het vreemdelingenrecht, FJR 2007, 125, p. 7, ainsi que Kind en Ouders in de 21ste eeuw. Rapport van de Staatscommissie herijking ouderschap, oktober 2016, p. 188, disponible sous le lien suivant: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-792289>.

²¹ Voir également, Rutten, S.W.E., et Saarloos, K.J., De erkenning van de *kafala* in het IPR en het vreemdelingenrecht, FJR 2007, 125, p. 6.

DROIT DU ROYAUME-UNI

I. INTRODUCTION

1. La présente contribution vise à exposer le cadre législatif ainsi que la jurisprudence portant sur l'éventuelle reconnaissance des effets d'une mise sous tutelle d'un enfant prononcée à l'étranger, et notamment ceux découlant d'une mise sous *kafâla* prévue par la loi du pays d'origine de l'enfant concerné.
2. La présente contribution vise à examiner successivement le cadre juridique anglais en matière d'adoption, notamment dans le cadre de l'immigration (partie II.) et la position de la *kafâla* dans l'ordre juridique anglais, en analysant deux notions juridiques du droit anglais qui peuvent avoir les mêmes effets juridiques qu'un placement sous *kafâla* (partie III.).

II. CADRE JURIDIQUE

A. RATIFICATION DES CONVENTIONS INTERNATIONALES PERTINENTES

3. Le Royaume-Uni est partie à la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant de 1989 (ci-après la «convention sur les droits de l'enfant de 1989»), à la convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale de 1993 (ci-après la «convention de La Haye de 1993»)¹, ainsi qu'à la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants de 1996 (ci-après la «convention de La Haye de 1996»)².
4. La convention sur les droits de l'enfant de 1989 a fait l'objet d'une mise en œuvre sectorielle et incomplète dans l'ordre juridique anglais. Par conséquent, plusieurs dispositions de cette convention ne peuvent pas être directement invoquées devant les juridictions anglaises³. L'article 20, paragraphe 3, de cette convention, désignant le placement sous *kafâla* comme une protection de remplacement pour les enfants qui sont temporairement ou définitivement privés de leur milieu

¹ Le Royaume-Uni a ratifié la convention de La Haye de 1993 le 27 février 2003. L'*Adoption (Intercountry Aspects) Act* de 1999 ainsi que l'*Intercountry Adoption (Hague Convention) Regulations 2003* la mettent en œuvre.

² La convention de La Haye de 1996, entrée en vigueur au Royaume-Uni le 1er novembre 2012, est d'effet direct. Le règlement sur la responsabilité parentale et les mesures de protection des enfants (obligations internationales, Angleterre, pays de Galles et Irlande du Nord) de 2010 [*Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (International Obligations) (England and Wales and Northern Ireland) Regulations 2010*, SI 2010/1898] a été introduit afin de faciliter la ratification de la convention.

³ *House of Commons Library, UN Convention on the Rights of the Child: a brief guide, Briefing paper*, n° 7721, 29 November 2016, p. 13.

familial, ou qui dans leur propre intérêt ne peuvent pas être laissés dans ce milieu, n'a pas été transposé en droit national⁴.

5. De plus, il convient de signaler qu'il n'y existe aucune législation ni aucun projet de loi spéciaux consacrés à la reconnaissance de la *kafâla* telle qu'issue du droit islamique.

B. LES RÈGLES EN MATIÈRE D'ADOPTION

6. Le chapitre 6 de la loi sur l'adoption et l'enfance de 2002⁵ (ci-après la «loi de 2002»), concerne les adoptions impliquant un élément d'extranéité. Plus précisément, aux termes de la section 83 de la loi de 2002, est punissable, sauf si le règlement sur l'adoption comprenant un élément d'extranéité de 2005 (ci-après le «règlement de 2005») ⁶ a été respecté, le fait de faire entrer au Royaume-Uni un enfant soit en vue de son adoption dans ce pays, soit ayant fait l'objet d'une adoption dans un autre pays. Ce règlement exige, entre autres, qu'une agence d'adoption du Royaume-Uni évalue la capacité des adoptants à adopter. Cette exigence ne s'applique pas aux adoptions relevant de la convention de La Haye de 1993, car les garanties prévues dans la convention elle-même protègent ces enfants.
7. La section 66, paragraphe 1, de la loi de 2002 dresse la liste des adoptions reconnues par le droit d'Angleterre et du pays de Galles comme conférant à l'enfant la qualité d'enfant adopté. Dans cette liste, figure l'adoption à la suite d'un jugement d'adoption rendu en Angleterre et au pays de Galles, en Écosse, en Irlande du Nord ou dans les îles anglo-normandes ou l'île de Man, l'«adoption d'outre-mer» à la suite d'un jugement d'adoption rendu dans un des pays figurant (actuellement) sur la liste dressée par le décret de 2013 relatif à l'adoption (reconnaissance des adoptions d'outre-mer, ci-après le «décret de 2013») ⁷, et l'adoption intervenue en vertu de la loi d'un autre pays et reconnue en droit anglais et gallois selon les critères de reconnaissance issus du *Common law*.
8. Comme la plupart des pays du *Common law*, le Royaume-Uni ne connaît qu'une forme juridique d'adoption d'enfant, assimilable à l'adoption plénière⁸. Dans la mesure où l'Algérie n'est ni partie à la convention de La Haye de 1996 ni mentionnée dans le décret de 2013, précité, la *kafâla* algérienne n'est pas reconnue comme une adoption par le droit du Royaume-Uni.

⁴ En revanche, il convient de signaler que le *Rights of Children and Young Persons (Wales) Measure de 2011*, mettant en œuvre la convention sur les droits de l'enfant de 1989 en droit gallois, transpose *verbatim* l'article 20, paragraphe 3, de ladite convention, concernant le placement sous *kafâla*.

⁵ *Adoption and Children Act 2002*.

⁶ *Adoption with a Foreign Element Regulations 2005*, SI 2005/392.

⁷ *Adoption (Recognition of Overseas Adoptions) Order 2013*, SI 2013/1801.

⁸ Lavallée, C., *La convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en œuvre en droit québécois* (2005), 35 R.D.U.S. 357-374, p. 374.

C. LES RÈGLES EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

9. La directive 2004/38/CE⁹ a été transposée dans le droit du Royaume-Uni par le règlement de 2006 sur l'immigration [Espace économique européen (ci-après l'«EEE»)] (ci-après le «règlement de 2006»)¹⁰ qui a été mis à jour par le règlement sur l'immigration (Espace économique européen) de 2016 (ci-après le «règlement de 2016»)¹¹.
10. En vertu de l'article 7 du règlement de 2016, aux fins de la libre circulation et du séjour des membres de la famille d'un ressortissant de l'EEE sur le territoire des États membres, sont considérés comme «membres de la famille», entre autres, ses descendants directs ou ceux de son conjoint ou de son partenaire civil, à condition qu'ils aient moins de 21 ans et qu'ils soient à sa charge ou à la charge de son conjoint ou de son partenaire civil.
11. Il convient de souligner que les lignes directrices issues du *Home Office* précisent que l'enfant sous tutelle légale n'est pas considéré comme «descendant direct» du ressortissant de l'EEE au sens de la directive 2004/38/CE, étant donné que cette notion suppose l'existence d'un lien de sang¹². Ainsi, un enfant sous tutelle légale doit répondre aux exigences des règles en matière d'immigration pour rester au Royaume-Uni, sauf dans le cas où il est un des parents du ressortissant de l'EEE et il satisfait aux conditions prévues permettant de le qualifier de membre de la famille élargie de ce dernier¹³.
12. L'article 8 du règlement de 2016 définit la notion de «membre de la famille élargie» du ressortissant de l'EEE comme une personne qui n'est pas un membre de sa famille au sens de l'article 7, précité, mais qui est, en revanche, un de ses

⁹ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (JO L 158, p. 77).

¹⁰ *Immigration (European Economic Area) Regulations 2006*, SI 2006/1003.

¹¹ *Immigration (European Economic Area) Regulations 2016*, SI 2016/1052.

¹² *Home Office, Free Movement Rights: direct family members of European Economic Area (EEA) nationals*, Version 6.0, publié pour le personnel du Home Office le

24 juillet 2018, p. 9, disponible sous le lien suivant: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/727595/free-movement-rights-direct-family-members-of-EEA-nationals-v6.0-EXT.PDF.

¹³ Ibid.

parents¹⁴, sous certaines conditions. Parmi celles-ci figure la condition que le parent en cause réside dans un pays autre que le Royaume-Uni, où le ressortissant de l'EEE réside également, et qu'il soit à charge ou fasse partie du ménage de ce dernier, qu'il l'accompagne au Royaume-Uni ou souhaite l'y rejoindre ou qu'il l'y rejoigne tout en continuant d'être à sa charge ou de faire partie de son ménage. Par ailleurs, un parent répond aux conditions requises si, pour des raisons de santé graves, le ressortissant de l'EEE doit impérativement et personnellement s'en occuper. En outre, un parent peut également être qualifié de membre de la famille élargie d'un ressortissant de l'EEE si, dans l'hypothèse où ce dernier serait présent et établi au Royaume-Uni, le parent en cause satisferait aux exigences prévues par les règles en matière d'immigration en vue d'obtenir le permis d'entrer ou l'autorisation de séjourner au Royaume-Uni pour une durée indéterminée en tant que parent à charge dudit ressortissant.

13. L'*Entry Clearance Officer* est tenu de délivrer un titre familial EEE à un «membre de la famille» lorsque certaines conditions sont remplies, et peut délivrer un titre familial EEE à un «membre de la famille élargie», si certaines conditions sont remplies ou s'il estime qu'il est approprié de délivrer un tel titre¹⁵.
14. En outre, l'article EU11 de la réglementation en matière d'immigration relative aux citoyens de l'Union européenne et aux membres de leur famille prévoit une liste des personnes pouvant bénéficier d'une autorisation de séjourner au Royaume-Uni pour une durée indéterminée en tant que membres de la famille d'un citoyen de l'Union. En vertu de celle-ci, l'enfant d'un citoyen de l'Union ou de son conjoint ou partenaire civil, ayant moins de 21 ans peut en bénéficier. L'annexe I de la même réglementation définit la notion d'«enfant» comme comprenant, entre autres, l'enfant adopté du citoyen ou l'enfant à l'égard duquel une ordonnance de *special guardianship* est en vigueur¹⁶.

¹⁴ Il convient de signaler que la loi anglaise restreint la portée de la notion de «membre de la famille élargie» aux parents du ressortissant de l'EEE, alors que la directive 2004/38/CE, précitée, s'étend à «toute autre personne de [sa] famille». Voir l'article 3, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/38/CE, précitée. En outre, il est à noter qu'à partir du 1^{er} février 2017, les parents du conjoint ou du partenaire civil du ressortissant de l'EEE ne sont plus considérés comme membres de la famille élargie de celui-ci au sens de la directive 2004/38/CE, précitée. *Home Office, Free Movement Rights: extended family members of EEA nationals*, version 6.0, publié pour le personnel du Home Office le 8 juin 2018, p. 8 et 9, disponible sous le lien suivant: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/715659/Extended-family-members-V6.0.pdf.

¹⁵ Voir l'article 12, paragraphes 1 à 4, du règlement de 2016.

¹⁶ *Home Office, Immigration Rules, Appendix EU, EU citizens and family members*, publié le 25 février 2016 et mis à jour le 28 août 2018, disponible sous le lien suivant: <https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-appendix-eu>.

III. LA NOTION DE *KAFÂLA* DANS L'ORDRE JURIDIQUE ANGLAIS

15. La notion juridique de *kafâla* a fait l'objet de discussions dans la jurisprudence anglaise. La question du traitement d'un enfant placé sous *kafâla* a été soulevée notamment dans des cas d'adoption et de regroupement familial.
16. Par exemple, les juridictions anglaises ont été saisies d'affaires relatives à l'adoption d'un *makfûl*¹⁷ déjà placé sous tutelle de ses futurs parents adoptifs au titre de la *kafâla*. Le problème qui se pose dans de telles affaires est un problème de consentement à l'adoption qui est requis pour qu'une ordonnance à cet effet soit prononcée, tandis que l'adoption n'est pas admise dans les pays disposant du régime de la *kafâla*¹⁸.
17. Or, la mise sous *kafâla* dans le pays d'origine de l'enfant ne constitue pas un obstacle à l'adoption au Royaume-Uni, même en l'absence du consentement à une adoption de la part des parents ou des autorités musulmans en vue de l'interdiction de celle-ci en droit islamique.

A. TUTELLE SPÉCIALE EN TANT QU'ALTERNATIVE À LA *KAFÂLA*

18. En tout état de cause, le gouvernement du Royaume-Uni semble avoir reconnu les difficultés résultant de l'absence d'alternatives à l'adoption, plus appropriées à la population musulmane. En conséquence, la notion de «tutelle spéciale» («*special guardianship*») a été introduite dans la loi de 2002. Le gouvernement de l'époque a justifié l'introduction de cette notion par les difficultés culturelles et religieuses rencontrées par certaines communautés ethniques à admettre l'adoption telle que la connaissent l'Angleterre et le pays de Galles¹⁹. Ainsi, il peut en être déduit que la notion juridique de *special guardianship* a été introduite en anticipation des situations impliquant, notamment, la *kafâla*.
19. Il s'agit d'une décision prise par le tribunal relative au transfert de la responsabilité parentale au *special guardian*, qui est responsable pour élever l'enfant au quotidien jusqu'à l'âge de 18 ans, sans rompre les liens avec la famille de naissance²⁰. Le *special guardian*, désigné par ordonnance, exerce la responsabilité parentale à l'exclusion de toute autre personne ayant la responsabilité parentale de l'enfant (sauf un autre *special guardian* désigné)²¹. Les

¹⁷ À des fins d'uniformité, on entend par «*makfûl*» l'enfant mineur qui est placé sous *kafâla* et par «*kafîl*» la ou les personnes qui le recueillent en vertu de ce régime.

¹⁸ *Re J (A Child) (Adoption: consent of Foreign Public Authority)* [2002] EWHC 766 (Fam); *Re Z (A Child) (English Adoption: Egyptian Orphan)* [2016] EWHC 2963 (Fam).

¹⁹ *Department of Health, Adoption: A new Approach*, A White Paper, Cm 5017, December 2000, London, au paragraphe 5.8, disponible sous le lien suivant: http://dera.ioe.ac.uk/2241/1/dh_4080512.pdf.

²⁰ O'Donovan, K., *L'adoption dans le droit du Royaume-Uni*, Revue internationale de droit comparé, (2003), Vol. 55, no.4, p. 854 et 855.

²¹ Voir l'article 115, paragraphe 14C, sous 1), de la loi de 2002.

personnes pouvant demander à devenir *special guardians* sont le tuteur, une personne désignée par une ordonnance pour que l'enfant réside chez elle, le personnel ou les membres de la famille d'accueil du service d'assistance, une personne avec laquelle l'enfant a vécu pendant trois des cinq dernières années ou toute autre personne désignée par le tribunal²². Suite à la notification²³ à l'autorité locale de l'intention d'une personne de demander une ordonnance de *special guardianship*, ladite autorité locale est en charge de préparer et de déposer au tribunal un rapport concernant l'aptitude du demandeur²⁴. À cette fin, le rapport doit porter sur tout dommage subi par l'enfant ou qu'il risque de subir et sur la nature de la relation (passée et présente) entre l'enfant et le ou les *special guardians* envisagés²⁵.

20. Une relation permanente et continue avec l'enfant est ainsi créée, les *special guardians* continuant à bénéficier d'un soutien financier de l'État ou d'autres services d'assistance²⁶. Cependant, les *special guardians* ne peuvent pas changer le nom de l'enfant ou l'emmener à l'étranger pour un séjour de plus de trois mois sans l'accord des autres personnes ayant la responsabilité parentale (si applicable) ou sans l'autorisation préalable du tribunal²⁷. À la différence de ce qui se passe dans le cadre de l'adoption, il existe la possibilité de modifier le jugement de *special guardianship* ou d'y mettre fin soit d'office soit à la suite de la demande du *special guardian*, du parent ou du tuteur de l'enfant, de l'enfant lui-même, d'une autorité locale désignée dans une ordonnance de placement à l'égard de l'enfant ou de toute autre personne ayant eu la responsabilité parentale de l'enfant avant sa mise sous *special guardianship*.²⁸
21. Il ressort de ce qui précède que la *kafâla* peut être assimilée à une mise sous *special guardianship* car les deux produisent des effets similaires. Cependant,

²² Voir l'article 115, paragraphe 14A, sous 5), de la loi de 2002; *Department of Education, Special Guardianship Guidance, Statutory guidance for local authorities on the Special Guardianship Regulations 2005 [as amended by the Special Guardianship (Amendment) Regulations 2016]*, January 2017, p.7.

²³ En vertu de l'article 115, paragraphe 14A, sous 7), de la loi de 2002, l'intention de demander un *special guardianship* doit être notifiée par écrit à l'autorité locale responsable dans les trois mois précédant le dépôt de la demande.

²⁴ Voir l'article 115, paragraphe 14A, sous 7) à 11), de la loi de 2002.

²⁵ *Special Guardianship (Amendment) Regulations 2016*, disponible sous le lien suivant: http://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/111/pdfs/uksi_20160111_en.pdf; Baginsky, M., Gorin, S. et Sands, C., *Department of Education, The fostering system in England: Evidence review*, Research report, July 2017, p. 32.

²⁶ L'autorité locale responsable peut procéder à une évaluation des besoins d'une personne pour les services d'assistance. Voir l'article 115, paragraphe 14F, de la loi de 2002 ainsi que les *Special Guardianship Regulations 2005*.

²⁷ Voir l'article 115, paragraphe 14C, sous 3), de la loi de 2002.

²⁸ Voir l'article 115, paragraphe 14D, sous 1) et 2), de la loi de 2002.

cette assimilation n'a pas été reconnue au niveau de la législation et de la jurisprudence anglaises.

B. LA *KAFÂLA* EN TANT QU'ADOPTION DE FAIT DANS LE CADRE DE L'IMMIGRATION

22. Étant, en principe, une notion inconnue dans l'ordre juridique anglais, la tutelle sous *kafâla*, en tant que telle, ne constitue pas un cas de figure expressément prévu par la réglementation en matière d'immigration²⁹ pour qu'un enfant sous *kafâla* rejoigne sa famille aux fins du regroupement familial.
23. En vertu des articles 310 à 316C de cette réglementation, l'enfant adopté par des parents présents et établis sur le territoire du Royaume-Uni peut obtenir un permis d'entrée et/ou de séjour temporaire ou à durée indéterminée afin d'accompagner ou de rejoindre ces derniers, si certaines conditions relatives à l'âge et au statut de l'enfant et de ses parents adoptifs sont remplies.
24. La disposition interprétative de cette réglementation précise que la notion d'adoption comprend également l'adoption de fait (adoption de facto).
25. En vertu du paragraphe 309A de la même réglementation, deux conditions doivent être remplies afin d'établir l'existence d'une adoption de fait. Premièrement, les parents adoptifs doivent apporter la preuve qu'ils ont vécu ensemble à l'étranger pendant une période d'au moins dix-huit mois, dont les douze mois précédant immédiatement la demande autorisant leur entrée sur le territoire du Royaume-Uni, pendant lesquels ils ont vécu avec l'enfant. Deuxièmement, ils doivent prouver qu'ils ont assumé un rôle parental depuis le début de la période de dix-huit mois, ce qui permet un véritable transfert de la responsabilité parentale.
26. À toutes fins utiles, il convient de signaler que la définition de l'enfant adopté dans le cadre de la réglementation concernant les membres de la famille d'un citoyen de l'Union ne comprend pas explicitement l'adoption de fait³⁰.
27. Ainsi, il ressort de ce qui précède qu'il existe la possibilité de reconnaître une mise sous tutelle prononcée à l'étranger, comme la *kafâla*, en tant qu'adoption de fait. Cependant, la politique d'immigration anglaise impose des conditions très restrictives en ce que, en exigeant un véritable transfert de la responsabilité

²⁹ Home Office, *Immigration Rules*, publié le 25 février 2016 et mis à jour le 28 août 2018, disponible sous le lien suivant: <https://www.gov.uk/guidance/immigration-rules/immigration-rules-part-8-family-members#pt8children>. Les *Immigration Rules* reflètent la politique administrative du secrétaire d'État; *Mahad v Entry Clearance Officer* [2010] 1 WLR 48, point 10.

³⁰ Ibid. En vertu de l'annexe I de la réglementation en matière d'immigration, un enfant possède la qualité d'enfant adopté à la suite d'un jugement d'adoption rendu par l'autorité ou la juridiction compétente au Royaume-Uni ou à la suite d'un jugement rendu dans un autre pays qui est reconnu en droit anglais ou l'est à titre exceptionnel.

parentale, elle implique la rupture du lien familial entre le *makfûl* et sa famille biologique³¹.

28. De plus, les juridictions anglaises semblent réticentes à étendre la définition de l'adoption de fait, même à des situations où l'accomplissement des conditions strictes prévues au paragraphe 309A, telles que les situations impliquant des réfugiés, s'avère impossible³².

IV. CONCLUSION

29. Il ressort de ce qui précède que la mise sous tutelle en vertu de la *kafâla*, et notamment celle du droit algérien, n'est pas reconnue, en tant que telle, au Royaume-Uni.
30. Toutefois, il existe deux alternatives susceptibles de produire les mêmes effets juridiques que la *kafâla* dans l'ordre juridique anglais, à savoir le placement sous une tutelle spéciale/*special guardianship* ou l'assimilation de la *kafâla* à une adoption de fait dans le cadre de l'immigration. Cependant, aucune législation ou jurisprudence assimilant la *kafâla* à l'adoption de fait ou au *special guardianship* n'a été identifiée.
31. À toutes fins utiles, il est à noter que le problème de la reconnaissance de la *kafâla* ne semble pas se poser ni dans le cadre de l'application de la directive 2004/38/CE ni dans d'autres domaines.

[...]

³¹ Duca, R., "Diffusion of Islamic Law in the UK: The Case of the "Special Guardianship", in Farran, S., Gallen, J., et Rautenbach, C., *The Diffusion of Law: The Movement of Laws and Norms Around the World* (2015), (Routledge, 1st ed.), Ch. 4, p.55.

³² *AA (Somalia) (FC) v Entry Clearance Officer (Addis Ababa)* [2013] UKSC 81. Toutefois, étant consciente des difficultés liées à l'accomplissement de ces conditions dans les situations impliquant des réfugiés en vertu du paragraphe 352D, lu en combinaison avec le paragraphe 309A de la réglementation en matière d'immigration, la Cour suprême a proposé la modification de ces règles de sorte à correspondre aux obligations internationales liant le Royaume-Uni, et notamment au principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, au point 25; *MK (Somalia) v Entry Clearance Officer* [2009] Imm AR 386.

DROIT SUÉDOIS

I. INTRODUCTION

1. La *kafâla* est un concept juridique qui n'existe pas dans le système juridique suédois et il n'existe pas de jurisprudence des juridictions supérieures traitant de ce concept juridique. En revanche, la Cour suprême a déjà traité un autre concept juridique du droit islamique, considéré étranger au système juridique suédois.¹ De plus, l'éventuelle portée juridique de la *kafâla* à la suite de la transposition de la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant en droit suédois a été débattue au sein du parlement suédois au cours du processus législatif relatif à ladite transposition. Cependant, ce débat n'a pas mené à des modifications du texte de la loi portant la transposition².

II. LE CADRE JURIDIQUE

A. LA NOTION DE KAFÂLA DANS LA LÉGISLATION SUÉDOISE

2. Même si la *kafâla* n'existe pas en tant que concept juridique dans le système juridique suédois, la notion de *kafâla* se trouve dans des instruments de droit national auxquels la Suède a adhéré. Ainsi, la convention de la Haye de 1996 et la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, qui ont été transformées en droit suédois³, comportent ledit concept qui est dès lors repris dans les lois suédoises transposant ces conventions, à savoir la *lag (2012:318) om 1996 års Haagkonvention* [la loi (2012:318) sur la convention de la Haye de 1996, ci-après la «loi sur la convention de la Haye de 1996»] et la *lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter* [la loi (2018:1197) sur la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant, ci-après la «loi sur la convention sur les droits de l'enfant»]. La loi sur la convention de la Haye est entrée en vigueur en janvier 2013 et la loi sur la convention sur les droits de l'enfant entrera en vigueur en janvier 2020. Outre ces lois, il n'existe pas d'autres réglementations nationales ou de projets de loi traitant de la *kafâla*.

¹ Le Högsta domstolen (Cour suprême suédoise) a traité le *mahr* dans l'affaire NJA 2017 s. 168.

² À savoir, la *lag (2018:1197) om Förenta nationernas konvention om barnets rättigheter* [loi (2018:1197) sur la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant]. Pour le débat au sein du parlement, voir le document disponible sous le lien suivant: https://www.riksdagen.se/sv/webb-tv/video/interpellationsdebatt/fns-barnkonvention_H510531.

³ Il est à noter que, selon la théorie du dualisme applicable en droit suédois, les actes juridiques de droit international doivent être transposés en droit national pour être applicables. À cet égard, différentes méthodes de transposition sont appliquées en Suède, dont notamment celle d'incorporation («*inkorporering*») impliquant que les conventions en question ont été reprises dans le droit suédois par des lois nationales renvoyant aux textes desdites conventions. Tel est le cas pour la convention de la Haye de 1996 et la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant.

B. RECONNAISSANCE D'UNE DÉCISION ÉTRANGÈRE PORTANT SUR L'ADOPTION OU LA *KAFÁLA* EN SUÈDE

3. La *lag (2018:1289) om adoption i internationella situationer* [la loi (2018:1289) sur l'adoption dans les situations internationales, ci-après la «loi (2018:1289)»]⁴ est appliquée sous réserve des dispositions du *förordning (1931:429) om vissa internationella rättsförhållanden rörande äktenskap, adoption och förmynderskap* [ordonnance (1931:429) relative à certains aspects de mariage, adoption et garde d'enfant à caractère international]. La loi (2018:1289) ne s'applique pas non plus aux cas pour lesquels la convention de la Haye de 1993 est applicable.⁵
4. Une ordonnance définitive sur l'adoption qui est prononcée ou qui s'applique dans l'État de résidence habituelle de l'enfant adopté ou dans l'État de résidence habituelle d'un des parents adoptifs est reconnue en Suède.⁶ Une condition pour que les règles de la loi (2018:1289) sur la reconnaissance d'une ordonnance sur l'adoption prononcée dans un pays étranger soient applicables, est qu'il s'agisse d'une décision étrangère sur une mesure équivalant à une adoption suédoise. Il n'est pas nécessaire que les effets juridiques de la décision étrangère dans le pays étranger soient les mêmes que les effets juridiques d'une décision suédoise sur l'adoption en Suède.⁷ Ainsi, bien que l'ordre juridique suédois aujourd'hui ne connaisse que l'adoption plénière⁸, le fait qu'il s'agisse d'une adoption simple n'a pas pour effet de rendre la décision sur l'adoption non reconnaissable en Suède.⁹ Toutefois, les décisions qui ressemblent plutôt à des placements dans une famille d'accueil ou à la tutelle ne peuvent pas être reconnues comme des ordonnances sur l'adoption.¹⁰

⁴ En vigueur depuis septembre 2018.

⁵ 1^{er} article de la loi (2018:1289), travaux préparatoires prop. 2017/18:121, p. 115 et 116, 1^{er} article de la *lag (1997:191) med anledning av Sveriges tillträde till Haagkonventionen om skydd av barn och samarbete vid internationella adoptioner* [loi (1997:191) sur la convention de la Haye de 1993] et article 23 de la convention de la Haye de 1993.

⁶ Article 4 de la loi (2018:1289). Dans l'hypothèse où l'enfant adopté est suédois ou avait sa résidence habituelle en Suède lorsque la procédure de l'adoption a été commencée, voir l'article 6 de la même loi.

⁷ Prop. 1971:113, p. 45 et prop. 2017/18 :121, p. 122 et 168.

⁸ Voir l'article 21 du chapitre 4 du *föräldrabalken* (code de la parentalité). La notion d'adoption simple existait dans le système juridique suédois auparavant, voir les travaux préparatoires SOU 2009:61, p. 65 et 66.

⁹ Prop. 2017/18:121, p. 122. Voir également l'arrêt du Svea hovrätt (cour d'appel siégeant à Stockholm) dans l'affaire 3873-18, en vertu duquel une ordonnance sur l'adoption prononcée en Chine a été reconnue en Suède. Selon ladite juridiction, le fait qu'une adoption chinoise peut dans certains cas être renoncée, ne constitue pas en soi un obstacle pour la reconnaissance de cette décision en Suède, et les juridictions doivent toujours faire une appréciation en fonction des circonstances de chaque cas concret.

¹⁰ Prop. 2017/18:121, p. 122.

5. Une appréciation visant à juger si une ordonnance étrangère portant sur l'adoption peut être qualifiée comme une mesure équivalant à l'adoption suédoise se fait en fonction des circonstances de l'espèce.¹¹ Or, selon les travaux préparatoires de la loi (2018:1289), la *kafâla* n'a pas d'effets juridiques équivalents à ceux de l'adoption. En effet, en vertu de la *kafâla*, les liens juridiques entre l'enfant et ses parents sont maintenus. Ainsi, selon le raisonnement desdits travaux préparatoires, il n'est pas question de créer une nouvelle relation parent-enfant entre le *makfûl* et le *kafil*.¹² En revanche, il semblerait que la *kafâla* prononcée à l'étranger serait reconnue comme une mesure tendant à la protection de l'enfant en vertu de la convention de la Haye de 1996.¹³
6. Dans les cas où les conditions d'adoption sont satisfaites, une juridiction suédoise peut statuer sur l'adoption d'un enfant placé sous *kafâla*, même si le concept juridique d'adoption n'existe pas dans le pays avec lequel l'enfant ou le parent adoptif a un lien proche. Dans l'ancienne loi sur l'adoption dans les situations internationales¹⁴, il existait une disposition en vertu de laquelle, dans les cas concernant l'adoption d'enfants en provenance de pays interdisant l'adoption, les juridictions devaient vérifier spécialement qu'une décision suédoise sur l'adoption n'allait pas constituer un inconvénient majeur pour l'enfant. Certes, cette disposition n'existe plus dans la nouvelle loi. Cependant, cette vérification doit maintenant faire partie de l'appréciation entamée par la juridiction en vue de juger si l'adoption est susceptible d'être considérée comme appropriée, ce qui est une condition pour l'adoption selon le droit suédois.¹⁵ En vertu des travaux préparatoires, l'article 20 de la convention des Nations unies sur les droits de

¹¹ Prop. 2017/18:121, p. 168.

¹² SOU 2009:61, p. 240 et 272.

¹³ Il n'existe pas de jurisprudence des juridictions supérieures suédoises à cet égard. En revanche, voir les articles 3 et 23 de la convention de la Haye de 1996, SOU 2005:111 p. 120 et 142, prop. 2011/12:85 p. 39 et 40 et Sayed, M., *The Kafala of Islamic Law: How to Approach it in the West*, Essays in Honour of Michael Bogdan, 2013, Juristförlaget i Lund, p. 520. Cependant, l'article 23 de la convention de la Haye prévoit plusieurs conditions pour la reconnaissance, notamment le respect de la procédure selon l'article 33 de ladite convention.

¹⁴ Voir l'article 2 de la *lag (1971:796) om internationella rättsförhållanden rörande adoption* [loi (1971:796) relative aux relations juridiques internationales concernant l'adoption]. Cette loi n'est plus en vigueur.

¹⁵ Article 2 du chapitre 4 du *föräldrabalken* (code de la parentalité) et prop. 2017/18:121, p. 41 et 120.

l'enfant¹⁶ ne s'oppose pas non plus à une telle application de la loi, car l'intérêt le plus important doit toujours être l'intérêt supérieur de l'enfant.¹⁷

7. Il ne semble pas exister de jurisprudence des juridictions supérieures suédoises définissant la notion de *kafâla*. Néanmoins, en 1991, la Cour suprême suédoise a rendu un arrêt dans une affaire portant sur un couple marié, dont l'un des époux avait la double nationalité suédoise et marocaine et l'autre époux, de nationalité marocaine, avait introduit une demande d'adoption d'un enfant marocain pour lequel il avait le droit de garde selon une *kafâla*.¹⁸ Dans son arrêt, la Cour suprême leur a octroyé l'adoption de l'enfant en question, estimant ainsi que le fait qu'une décision sur l'adoption ne soit pas reconnue au Maroc ne constitue pas un tel inconvénient pour l'enfant en question qu'il ferait obstacle à une décision d'adoption.

C. KAFÂLA ET MIGRATION

8. La migration en Suède est actuellement réglée par plusieurs lois, dont la loi principale est l'*utlänningsslag (2005:716)* [loi (2005:716) relative aux étrangers, ci-après la «loi relative aux étrangers»]. S'agissant du séjour en Suède, il existe deux systèmes pour la migration des membres d'une famille selon le droit en matière de migration, à savoir le système du *droit de séjour* et le système du *titre de séjour*. D'un côté, le système du droit de séjour s'applique uniquement aux citoyens de l'Union qui se rendent ou séjournent dans un État membre autre que celui dont ils ont la nationalité, ainsi qu'aux membres de sa famille.¹⁹ D'un autre côté, le système du titre de séjour peut être appliqué à chaque personne qui remplit les conditions de la loi relative aux étrangers.

¹⁶ En vertu de cet article, tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'État. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la *kafâla* de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité du placement dans un établissement pour enfants approprié. Le choix entre ces solutions doit, selon ledit article, prendre en compte la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

¹⁷ SOU 2009:61, p. 242.

¹⁸ NJA 1991 s. 21. La Cour suprême ne mentionne pas la notion de *kafâla* dans son arrêt. En revanche, ladite juridiction explique que la garde de l'enfant en question a été enregistrée au nom de l'homme du couple marié selon le droit coutumier marocain, pour qu'il prenne soin de l'enfant, de son éducation et de tous ses besoins. Voir également Sayed, M., *The Kafala of Islamic Law: How to Approach it in the West*, Essays in Honour of Michael Bogdan, 2013, Juristförlaget i Lund, p. 519 et 520.

¹⁹ Ce système s'applique également aux membres de la famille d'un citoyen suédois, étant retourné en Suède après avoir exercé son droit de circuler et de séjourner librement.

9. Les règles du droit de séjour sont prévues au chapitre 3 a de la loi relative aux étrangers et relèvent de la transposition de la directive 2004/38/CE²⁰ en droit suédois. Il est à noter que, même si le droit des citoyens de l'Union et des membres de sa famille ressort, en principe, du droit de séjour, rien ne les empêche de demander un titre de séjour.²¹ En outre, le système du titre de séjour peut être considéré dans certains cas comme plus avantageux que le système du droit de séjour, en raison par exemple du fait qu'un titre de séjour ne peut normalement pas être accordé à quelqu'un en tant que membre de famille d'une personne séjournant en Suède à l'appui d'un droit de séjour et non pas d'un titre de séjour.²² Dans l'hypothèse où un citoyen de l'Union ou un membre de sa famille ne répond pas aux exigences du droit de séjour, ce citoyen ou membre de famille doit posséder un titre de séjour pour pouvoir entrer en Suède.²³ Les règles sur le titre de séjour sont prévues au chapitre 5 de la loi relative aux étrangers. Le système du titre de séjour existait en Suède déjà avant l'adoption de la directive 2003/86/CE, mais certaines dispositions relatives à ce système ont été modifiées partiellement à la suite de l'adoption de ladite directive pour sa transposition.²⁴
10. Le système du droit de séjour utilise la notion de «descendant direct»²⁵ et le système du titre de séjour utilise celles d'«enfant» ou d'«enfant qui a été adopté ou est destiné à être adopté si la décision sur l'adoption a été prononcée par une juridiction suédoise ou si elle est applicable en Suède selon législation suédoise»²⁶.
11. Il existe dans le système du droit de séjour la notion d'«autre membre de la famille». Pour obtenir un droit de séjour, ledit autre membre de la famille doit être à la charge du citoyen de l'Union, ou faire partie de son ménage ou faire preuve

²⁰ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 158, p. 77).

²¹ La directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial (JO L 251, p. 12) a été transposée en droit suédois par les règles sur le titre de séjour. Cependant, le système du titre de séjour existait en Suède déjà avant la transposition, et il est considéré comme droit national. Ainsi le chapitre 5 de la loi relative aux étrangers s'applique également aux citoyens de l'Union et ses membres de famille, s'ils optent pour un titre de séjour. Voir prop. 2005/06:77 p. 58 et 71 et arrêts de la Cour supérieure de l'immigration dans les affaires MIG 2016:9 et MIG 2017:17.

²² Arrêts de la Cour supérieure de l'immigration dans les affaires MIG 2016:9 et MIG 2017:17.

²³ Cela pourrait être le cas par exemple dans l'hypothèse où un membre de la famille élargie d'un citoyen de l'Union n'est pas considéré comme un membre de famille en vertu du système du droit de séjour. Voir chapitres 3 a et 5 de la loi relative aux étrangers, l'arrêt de la Cour supérieure de l'immigration dans l'affaire MIG 2016:9 et prop. 2005/06:72 p. 58.

²⁴ Voir prop. 2005/06:72 et *lag (2006:220) om ändring i utlänningslagen (2005:716)* [loi (2006:220) sur la modification de la loi relative aux étrangers(2005:716)].

²⁵ Article 2, alinéa 1, point 2 du chapitre 3 a, de la loi relative aux étrangers.

²⁶ Article 3, alinéa 1, points 2 et 3 du chapitre 5, de la loi relative aux étrangers.

de raisons graves de santé exigeant que le citoyen de l'Union s'occupe personnellement du membre de la famille concerné.²⁷ La notion d'«autre membre de la famille» n'a pas été précisée dans la loi relative aux étrangers, ni dans les travaux préparatoires ou par la jurisprudence. Selon les travaux préparatoires, il incombe aux juridictions de préciser cette notion.²⁸

12. Quant au titre de séjour, il existe une notion comparable à celle d'«autre membre de la famille» dans le système du droit de séjour, selon laquelle un parent proche du regroupant peut obtenir un titre de séjour s'il a fait partie du ménage du regroupant, sous condition qu'il existait un lien de dépendance particulière entre eux déjà dans le pays de départ.²⁹ Un titre de séjour peut être octroyé également dans d'autres situations sous condition qu'il existe des motifs graves ainsi qu'un lien particulier avec la Suède ou dans d'autres cas exceptionnels s'il existe des motifs particulièrement graves.³⁰ Il est à noter que, pour le moment, il existe une loi provisoire en matière de migration qui limite la possibilité d'obtenir un titre de séjour dans les hypothèses mentionnées.³¹
13. Il n'a pas été possible de trouver de la jurisprudence pertinente dans le contexte du droit de migration concernant la notion de *kafala*. Pourtant, quelques arrêts concernant la tutelle et le placement dans une famille d'accueil ont pu être identifiés. Il est à noter que l'ensemble de ces arrêts concerne le titre de séjour, et ainsi l'application des règles nationales du chapitre 5 de la loi relative aux étrangers. Il n'a pas été possible d'identifier de la jurisprudence concernant l'application des règles du droit de séjour à la tutelle, voire au placement dans une famille d'accueil.³²
14. En 2007, la Cour supérieure de l'immigration a dit pour droit, en dernière instance, qu'il n'existe pas de définition légale de l'adoption dans le droit suédois, mais que la convention de Haye de 1993 pourrait servir à l'interprétation de cette notion. Ladite juridiction a trouvé que les documents fournis par la requérante dans l'affaire devant elle n'étaient pas susceptibles de montrer que l'enfant en

²⁷ Article 2, alinéa 1, point 4 du chapitre 3 a de la loi relative aux étrangers.

²⁸ Prop. 2013/14:81 p. 25-26. Il convient de mentionner que le Migrationsverket (l'autorité suédoise sur la migration) s'est exprimé dans le cadre des travaux préparatoires sous-jacents à la loi relative aux étrangers, en précisant qu'il pourrait être envisagé que la notion d'«autre membre de la famille» pourrait, le cas échéant, être interprétée de la même manière que la notion du «parent proche» dans le système du titre de séjour. Selon le Migrationsverket, il pourrait donc dans certains cas être question d'un frère, d'une sœur ou d'une tante, voir prop 2013/14 :81, p. 25.

²⁹ Article 3 a, alinéa 1, point 2 du chapitre 5 de la loi relative aux étrangers.

³⁰ Article 3 a, alinéa 3, point 3 et article 6 du chapitre 5 de la loi relative aux étrangers.

³¹ *Lag (2016:752) om tillfälliga begränsningar av möjligheten att få uppehållstillstånd i Sverige* [loi (2016:752) portant restrictions provisoires de la possibilité d'obtenir un titre de séjour en Suède].

³² La jurisprudence en matière du droit de séjour en vertu du chapitre 3 a est moins abondante que la jurisprudence sur le titre de séjour. Ceci s'expliquerait éventuellement par le fait que, souvent, le système du titre de séjour est choisi car il est considéré comme plus avantageux, voir le paragraphe 9 et l'arrêt de la Cour supérieure de l'immigration dans l'affaire MIG 2016:9.

question aurait été adopté, mais qu'il s'agissait plutôt d'une tutelle. En l'espèce, la Cour supérieure de l'immigration a décidé de ne pas octroyer un titre de séjour audit enfant en raison de l'absence de motifs graves.³³ Il existe également de la jurisprudence des juridictions inférieures, selon laquelle les enfants placés dans une famille d'accueil ou selon des mesures équivalentes à la tutelle ne peuvent pas être considérés comme des enfants au sens de l'article 3 du chapitre 5 de la loi relative aux étrangers, ni comme des enfants adoptifs en vertu de ladite disposition. Cependant, dans certains cas les juridictions ont considéré qu'un titre de séjour peut être octroyé grâce à un lien de dépendance particulière, grâce à des motifs graves et un lien particulier avec la Suède ou bien grâce à des motifs particulièrement graves.³⁴

III. CONCLUSION

15. Il n'existe pas de législation en droit suédois consacrée à la reconnaissance de la *kafâla* ni de projet de loi à cet égard. Il n'existe pas non plus de jurisprudence des juridictions supérieures concernant la notion de *kafâla*.
16. Ainsi, la *kafâla* n'est pas qualifiée comme une mesure équivalant à l'adoption. Dans les cas où les conditions pour une adoption selon le droit suédois sont satisfaites, une juridiction suédoise peut cependant décider de l'adoption d'un enfant placé sous *kafâla*, même si le concept juridique d'adoption n'existe pas dans le pays avec lequel l'enfant ou le parent adoptif a un lien proche. Comme la *kafâla* n'est pas considérée comme une mesure équivalant à l'adoption, il semble qu'un enfant placé sous la *kafâla* ne soit pas considéré comme «descendant direct» en vertu du droit de migration. Il ne ressort pas de la jurisprudence si, dans ces cas, un enfant peut obtenir un droit de séjour en tant qu'«autre membre de la famille» en vertu de la directive 2004/38/CE.

[...]

³³ Arrêt de la Cour supérieure de l'immigration dans l'affaire UM 2082-07. Dans cette affaire, il ressortait d'un document du dossier que l'enfant serait accueilli jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge adulte, ce qui indique que le but n'était pas de créer une relation permanente entre l'enfant et le parent.

³⁴ S'agissant d'affaires concernant un enfant qui était un parent proche de la personne ayant sa garde, voir les arrêts du tribunal de l'immigration siégeant à Malmö, notamment dans l'affaire UM 4892-13, où il existait un arrêt afghan sur la garde de l'enfant, et dans l'affaire UM 6144-16 où il s'agissait d'une tutelle, ainsi que l'arrêt du tribunal de l'immigration siégeant à Luleå dans l'affaire UM 909-14, où il existait un arrêt éthiopien sur la garde de l'enfant. L'arrêt du tribunal de l'immigration siégeant à Malmö dans les affaires UM 6184-17 et UM 6571-17, portait sur des enfants placés dans un foyer d'accueil en Suède.

DROIT ALGÉRIEN

I. INTRODUCTION

1. L'introduction de la *kafâla* dans le code de la famille algérien a été la réponse du législateur algérien au phénomène très important de l'abandon d'enfants en l'absence de l'adoption.
2. Actuellement, la *kafâla* est régie par le code de la famille de 1984. La dernière modification significative de ce code est intervenue en 2005. Par conséquent, le cadre légal présenté dans l'arrêt de la Cour EDH du 4 octobre 2012 (requête n° 43631/09) Haroudj c. France est toujours actuel.
3. En outre, ce code prohibe expressément l'adoption. En effet, l'article 46 du code de la famille énonce que «l'adoption (*Tabanni*) est interdite par la *charî'a* et par la loi».
4. Dans un souci d'exhaustivité, il convient de préciser que l'adoption plénière était pratiquée, grâce aux lois françaises qui n'avaient pas été abrogées, jusqu'en 1976 avec la parution du code de la santé publique¹, traitant la filiation hors mariage et plus précisément, prévoyant des mesures de protection des mères célibataires.

II. CADRE LÉGAL ET INTERPRÉTATIONS JURISPRUDENTIELLES

5. La *kafâla* est régie par les articles 116 à 125 du code de la famille.
6. L'article 116 prévoit que «[l]e recueil légal est l'engagement à prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal». Il s'agit d'un engagement unilatéral consacré par un acte légal permettant d'atténuer la rigueur de l'interdiction absolue de l'adoption².
7. L'article 117 portant sur la procédure et les conditions relatives à l'enfant recueilli prévoit que «[l]e recueil légal est accordé par un juge ou un notaire³ avec le

¹ Le premier code de la santé publique a été rendu par l'ordonnance n° 75-79 du 23 octobre 1976.

² Houhoul, Y., *La kafâla en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, 2014.

³ À la suite de la décision prononçant la *kafâla*, un extrait de celle-ci est transmis à l'officier de l'état civil aux fins de la transcription en marge de l'acte de naissance de l'enfant recueilli. En revanche, la retranscription de la *kafâla* sur le livret de famille du *kafil* est interdite. Le décret exécutif 92-94 du 13 janvier 1992 relatif à la concordance du nom entre *kafil* et *makfûl* (complétant le décret 71-157 du 3 juin 1971 relatif au changement de nom), a permis à l'enfant de porter le patronyme de la famille recueillante et de l'intégrer.

consentement de l'enfant⁴ lorsque celui-ci a un père et une mère».

8. La *kafâla* accordée par un juge est appelée *kafâla* judiciaire, celle accordée par un notaire est appelée *kafâla* notariale⁵. À cet égard, il convient de préciser que la *kafâla* notariale concerne généralement les enfants de filiation connue.
9. La *kafâla* judiciaire est régie par le code de procédure civile et administrative⁶ et notamment par les articles 492 à 497, introduits en 2008. Plus précisément, l'article 492 de ce code prévoit que «la demande aux fins de la *kafâla* est formée par une requête présentée par le demandeur au juge aux affaires familiales du tribunal du lieu de son domicile». À cet égard, il convient de préciser que, sur la base de la généralité de cette disposition, cette demande peut être présentée pour tout enfant confié à un *kafil* indépendamment de la situation de l'enfant⁷.
10. En vertu de l'article 493, le juge statue sur la demande aux fins de la *kafâla* par une ordonnance gracieuse. Les articles 494 et 495 énoncent que «la demande aux fins de la *kafâla* est instruite en chambre du conseil, après avis du ministère public⁸», le juge aux affaires familiales vérifie si le *kafil* remplit les conditions légales. «S'il y a lieu, il fait procéder à une enquête et peut ordonner toutes mesures utiles pour déterminer si le *kafil* est capable de protéger, entretenir, et assurer l'éducation de l'enfant recueilli».
11. La *kafâla* notariale est accordée par le biais d'un acte notarié signé par le notaire et les parties⁹. Toutefois, en raison d'irrégularités concernant la vérification des conditions requises par les notaires remettant en cause la légitimité de certains

⁴ L'enfant qui doit consentir au recueil légal est celui capable de discernement, à savoir l'enfant ayant atteint l'âge de treize ans révolus. En effet, selon l'article 42 du code civil algérien, «est réputé dépourvu de discernement l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de treize ans.»

⁵ Le droit marocain prévoit également deux types de *kafâla*, une judiciaire et une adoulaire, assimilable à un contrat. Cette dernière est dressée par le notaire et tel qu'en droit algérien, la *kafâla* adoulaire concerne les enfants de filiation connue. Enfin, l'acte du notaire peut être homologué. Snidaro, G., *La tutela del minore e l'istituto della kafala*, disponible sous le lien suivant: <http://dspace.unive.it/bitstream/handle/10579/12311/838501-1209876.pdf?sequence=2>; Tomeo, T., *La Kafala*, disponible sous le lien suivant: http://www.comparazionedirittocivile.it/prova/files/ncr_tomeo_kafala.pdf.

⁶ La refonte de ce code est intervenue en 2008 par la loi n° 08-09 du 25 février 2008 portant code de procédure civile et administrative modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-154 du 8 juin 1966 portant code de procédure civile (JO n° 21/2208).

⁷ Houhoul, Y., *La kafâla en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, 2014.

⁸ La présence du ministère public devrait assurer un certain contrôle et surveillance sur la procédure.

⁹ L'acte présente des qualités telles que: l'engagement du notaire, date certaine, force probante et force exécutoire, comme un jugement. L'authenticité de l'acte de la *kafâla* repose d'abord sur les informations et l'explication du notaire des conditions de la *kafâla* et de ses effets. Il doit aussi constater la réalité des conditions légales de la *kafâla* et du consentement du représentant de l'enfant *makfûl*, à consentir la *kafâla* pour que son contenu puisse être considéré comme la réalité de ce que les parties ont voulu. Houhoul, Y., *La kafâla en droit algérien et ses effets en droit français*, thèse de doctorat, 2014.

actes de *kafâla* notariale, celle-ci est dans la pratique désormais rendue en suivant la procédure judiciaire.

12. Les juges ou les notaires doivent vérifier si les conditions du recueil légal sont remplies. La présence du juge ou du notaire traduit la volonté du législateur d'offrir un environnement sécurisé et stable à l'enfant recueilli, dont il a été privé dans sa famille d'origine¹⁰.
13. L'article 118 est consacré aux conditions que le *kafil* doit remplir de manière à pouvoir prendre en charge l'enfant mineur, l'éduquer et le protéger comme un père le ferait avec son fils. Cet article dispose que «[l]e titulaire du droit de recueil légal (*kafil*) doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli (*makfûl*) et capable de le protéger». Par conséquent, il semblerait que le titulaire de ce droit peut être une personne physique, de l'un ou de l'autre sexe, de situation sociale indistincte, mariée, célibataire ou même veuve¹¹. Enfin, aucune limite d'âge n'est prévue ou mieux aucune différence d'âge n'est requise entre le recueillant et l'enfant recueilli. Toutefois dans la pratique le titulaire du droit de recueil doit être âgé de 60 ans au plus pour l'homme et de 55 ans pour la femme¹².
14. En outre, le *kafil* doit être apte moralement et socialement à assurer la *kafâla* en disposant des moyens matériels suffisants. À cet égard, la Cour suprême a cassé un arrêt des juges du fond refusant ainsi de mettre à la charge du *kafil* l'obligation d'entretien au motif que c'était la demanderesse au pourvoi qui avait la garde des enfants et qu'elle n'avait pas renoncé à la *kafâla* dans les formes légales, sur la base du fait que «l'article 116 du code de la famille dispose très clairement que le *kafil* se trouve dans l'obligation d'entretenir les enfants qu'il a recueilli en *kafâla*; qu'il ne peut échapper sous aucun prétexte aux obligations mises à sa charge par l'article précité, à moins qu'il prouve qu'il a juridiquement renoncé à la *kafâla*; et qu'en l'espèce, le défendeur au pourvoi a reconnu avoir recueilli le garçon M. R. ainsi que la fille A. H. en vertu d'un acte de *kafâla*; ce qui lui impose de subvenir à leur entretien et de se charger de leur éducation»¹³.

¹⁰ Une telle conception ne limiterait donc pas leur rôle à une simple homologation ou certification de l'acte, mais tendrait à la vérification de sa validité.

¹¹ Dans l'interprétation administrative du code, bien qu'elles demeurent isolées et en nombre plus limitées, les femmes célibataires ont droit à la qualité de *kafil*, tandis que les hommes célibataires en sont écartés. Un exemple est donné par un passage de l'arrêt de la Cour suprême du 13 décembre 2006 selon lequel «[a]ttendu qu'il apparaît de l'étude de l'arrêt attaqué et des documents sur lesquels il est fondé, que la *kafâla* de l'enfant sujet du litige, revient à la défenderesse au pourvoi et ce, en application de l'acte de *kafâla* daté du 15 octobre 2002, comme l'a souligné l'arrêt attaqué; qu'elle est considérée comme la *kafâla* légitime au sens de l'article 116 du code de la famille». Voir Saadi, N., *L'institution de la kafâla en Algérie et sa perception par le système juridique français*, R.I.D.C. 1-2014. En droit marocain, la *kafâla* est conférée à des époux musulmans ou à une femme musulmane.

¹² Voir *La Kafala En Algérie*, disponible sous le lien suivant: <http://jafbase.fr/maghreb>.

¹³ Arrêt du 13 décembre 2006 dans Revue de la Cour Suprême, 2007, n° 2, p. 443.

15. L'article 119 dispose que «[l]’enfant recueilli peut être de filiation connue ou inconnue».
16. En vertu de l'article 120, «[l]’enfant recueilli doit garder sa filiation d’origine s’il est de parents connus. Dans le cas contraire, il est fait application de l’article 64 du code de l’état civil».
17. L'article 64 du code de l’état civil énonce que «la demande de changement de nom¹⁴ peut également être effectuée, au nom et au bénéfice d’un enfant mineur né de père inconnu, par la personne l’ayant recueilli légalement dans le cadre de la *kafâla*, en vue de faire concorder le nom patronymique de l’enfant recueilli avec celui de son tuteur. Lorsque la mère de l’enfant mineur est connue et vivante, l’accord de cette dernière donnée sous la forme d’un acte authentique doit accompagner la requête.» Il découle de cet article que le *makfûl* sans filiation bénéficie du nom du *kafil* par le changement de nom¹⁵.
18. L'article 121 prévoit que «[l]e recueil légal confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l’enfant légitime».
19. L'article 122 prévoit que «[l]’attribution du droit de recueil légal assure l’administration des biens de l’enfant recueilli résultant d’une succession, d’un legs ou d’une donation dans l’intérêt supérieur de celui-ci».
20. Conformément à l'article 123, «l’attributaire du droit de recueil légal peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l’enfant recueilli. Au-delà de ce tiers, la disposition testamentaire est nulle et de nul effet sauf consentement des héritiers».
21. La cessation «naturelle» de la *kafâla* est la survenance de la majorité¹⁶, cependant, le lien unissant le *kafil* et le *makfûl* est susceptible d’être révoqué à la suite de la demande des parents biologiques de réintégrer l’enfant objet d’un recueil légal sous leur tutelle, de l’abandon de la part de la famille d’accueil ou du décès du *kafil*.

¹⁴ Le nom est modifié par ordonnance du président du tribunal, prononcée sur réquisition du procureur de la République saisi par le ministre de la Justice de la demande de changement de nom. Voir Saadi, N., *L’institution de la kafâla en Algérie et sa perception par le système juridique français*, R.I.D.C. 1-2014, p. 110.

¹⁵ Egalement en droit marocain, 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. En outre, si l’enfant a un état civil avec un nom et un prénom qui lui ont été attribués par l’officier d’état civil, le *kafil* doit présenter une demande adressée à une commission siégeant à Rabat et ensuite examinée par le ministère de l’Intérieur. Si la demande est acceptée, le *kafil* peut alors demander la modification de l’acte de naissance de l’enfant. Le Boursicot, M.C., *La Kafâla ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation*, Droit et cultures [En ligne], 59 | 2010-1, document mis en ligne le 6 juillet 2010 sous le lien suivant: <http://journals.openedition.org/droitcultures/2138>.

¹⁶ Cette règle vaut également pour le droit marocain.

22. Dans la première hypothèse, l'article 124 prévoit que «si le père et la mère ou l'un d'eux demande la réintégration sous leur tutelle de l'enfant recueilli, il appartient à celui-ci, s'il est en âge de discernement, d'opter pour le retour ou non chez ses parents. Il ne peut être remis que sur autorisation du juge compte tenu de l'intérêt de l'enfant recueilli si celui-ci n'est pas en âge de discernement». La Cour suprême a veillé à la stricte application de cet article et notamment a exigé que l'enfant en âge de discernement doive être entendu¹⁷.
23. Dans la seconde hypothèse, l'article 125 dispose que «[l]'action en abandon du recueilli légal doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribué, après notification au ministère public. En cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Dans le cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance».
24. Enfin, lors de la modification du code civil algérien en 2005, le législateur a introduit un nouvel article concernant non seulement la *kafâla* mais également l'adoption¹⁸.
25. Ainsi l'article 13 ter dispose que «[l]a validité du recueil légal (*kafâla*) est soumise simultanément à la loi nationale du titulaire du droit de recueil (*kafil*) et à celle de l'enfant recueilli (*makfûl*) au moment de son établissement. Les effets du recueil légal (*kafâla*) sont soumis à la loi nationale du titulaire du droit de recueil (*kafil*). L'adoption est soumise aux mêmes dispositions».

[...]

¹⁷ La Cour suprême a jugé par exemple que «[p]lusieurs années après la naissance hors mariage de l'enfant et son recueil à l'âge de 17 jours par une amie de la mère biologique, les parents biologiques se sont mariés et ont demandé la restitution de leur enfant, la Cour Suprême a jugé qu'en ordonnant cette restitution, les juges du fond ont fait une application judicieuse de la loi et ont pris en considération l'intérêt de l'enfant». Voir Saadi, N., *L'institution de la kafâla en Algérie et sa perception par le système juridique français*, R.I.D.C. 1-2014, p. 106 et 114.

¹⁸ Voir Boulenouar Azzemou, M., *La réception par le système juridique algérien de l'imagination juridique française, droit de la famille* – revue mensuelle lexisnexis juriclasser, janvier 2009, p. 55. Selon elle, le législateur algérien a pour la première fois évoqué le concept d'adoption sans référence au principe de sa prohibition en précisant qu'il serait soumis aux mêmes règles que la *kafâla*.