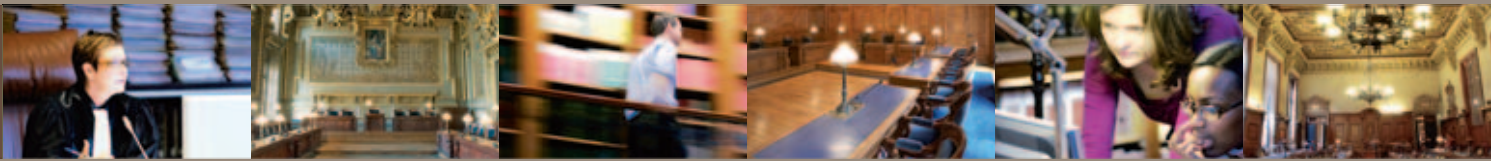


Bulletin *d'information*

Diffusion de jurisprudence, doctrine et communications

N° 777



*Publication
bimensuelle*

*I^{er} mars
2013*

Les éditions des
JOURNAUX OFFICIELS



COUR DE CASSATION

internet

Consultez

sur

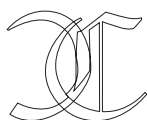
www.courdecassation.fr

le site de la Cour de cassation



En refondant son portail, la Cour de cassation a souhaité :

- se doter d'un site dynamique, lui permettant notamment de favoriser la remontée en page d'accueil d'informations de premier plan ;
- réorganiser les contenus, accessibles par un nombre limité de rubriques et améliorer l'ergonomie du site pour favoriser l'accès à la jurisprudence et aux colloques organisés par la Cour ;
- faciliter la navigation sur le site par la mise en place d'un moteur de recherche ;
- apporter des informations nouvelles : données statistiques, liens vers les sites de cours suprêmes de l'Union européenne et du reste du monde, en plus des contenus presque tous repris de l'ancien site.



COUR DE CASSATION

Bulletin *d'information*

Communications

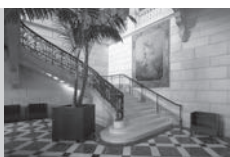
Jurisprudence

Doctrine

En quelques mots...

Communications

Jurisprudence



2
•

Par trois arrêts du 7 novembre dernier, la première chambre a jugé (*infra*, n° 374) qu'« en application des articles 255, 10° et 267, alinéa 4, du code civil, s'il a désigné un notaire lors de l'audience de conciliation pour élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager et si celui-ci contient des informations suffisantes, le juge aux affaires familiales a le pouvoir, en cas de désaccord persistant, de fixer l'indemnité d'occupation à l'occasion du prononcé du divorce », qu'« en application de l'article 267, alinéa premier, du code civil, le juge aux affaires familiales, en prononçant le divorce des époux, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux » (*infra*, n° 375) et, enfin, qu'« en application des articles 267, alinéa premier, du code civil et 1361, alinéa 2, du code de procédure civile, le juge aux affaires familiales, en prononçant le divorce des époux, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, désigne un notaire » (*infra*, n° 376).

Commentant ces décisions, Virginie Larribau-Terneyre (*Droit de la famille*, décembre 2012, commentaire n° 179) note que « cette possibilité de désigner un notaire au moment du prononcé du divorce lorsque le juge ordonne la liquidation et le partage [...] avait semblé conforme à l'intention du législateur [...] d'accélérer les opérations de liquidation et de partage des intérêts des époux » et « s'inscrit aussi dans l'idée retenue par le législateur que, dès le début de la procédure de divorce, les époux doivent tenter de régler conventionnellement (et donc amiablement) la question de la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux », concluant ainsi : « ces trois décisions s'inscrivent donc bien dans l'idée d'une extension des pouvoirs du juge aux affaires familiales », manifestant la « volonté de la Cour de cassation de consacrer des solutions qui vont dans le sens de la rapidité du règlement des intérêts patrimoniaux et de l'augmentation des pouvoirs liquidatifs du juge du divorce ».

Doctrine



Le 15 novembre 2012, la chambre sociale a jugé (*infra*, n° 404) qu'« aux termes de l'article L. 2131-1 du code du travail, les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts », approuvant un tribunal d'instance qui, « ayant ainsi constaté [...] que l'activité de l'organisation consistait exclusivement à proposer des services rémunérés d'assistance et de conseil juridique », en déduisait « que l'objet de l'organisation n'est pas conforme aux dispositions de l'article L. 2131-1 du code du travail ». Commentant cette solution, Franck Petit (*Droit social*, janvier 2013, p. 69-70) note « qu'un parallèle étroit peut se dessiner, quant aux sanctions encourues par un syndicat poursuivant un objet illicite, entre [cet] arrêt et ceux du 10 avril 1998 » (*Bull.* 1998, Ch. mixte, n° 2), « dans lesquels elle avait empêché les syndicats litigieux de se prévaloir de la qualité juridique de syndicat ».

Enfin, le 17 décembre 2012, la Cour de cassation, saisie pour avis dans une instance aux fins d'adoption plénière d'une enfant recueillie en kafala, a rappelé que « l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à la partie qui présente une nouvelle demande fondée sur l'existence d'un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale » et dit n'y avoir lieu à avis s'agissant de questions « dont la solution ne dépend pas de la seule constatation de l'acquisition de la nationalité française, [supposant] chacune l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond » et d'une question qui, concernant « la compatibilité de la règle de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis ».

Table des matières

Jurisprudence

Cour de cassation (*)

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

Séance du 17 décembre 2012

Cassation _____ Page 5

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Numéros

Question prioritaire de constitutionnalité _____ 359-360

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS - ARRÊTS DES CHAMBRES

Numéros

⁴ Architecte entrepreneur _____	361	Officiers publics ou ministériels _____	385-386
Association syndicale _____	362	Procédure civile _____	387
Assurance dommages _____	363	Procédure civile d'exécution _____	388
Avocat _____	364	Propriété littéraire et artistique _____	389
Bail d'habitation _____	365	Sécurité sociale _____	390
Bail rural _____	366	Sécurité sociale, accident du travail _____	391-392
Banque _____	367-368	Sécurité sociale, assurances sociales _____	393 à 395
Conflit de juridictions _____	369	Société à responsabilité limitée _____	396
Contrat d'entreprise _____	370-371	Société par actions simplifiée _____	397
Contrat de travail, rupture _____	372	Solidarité _____	398
Dépôt _____	373	Statut collectif du travail _____	399-400
Divorce, séparation de corps _____	374 à 376	Syndicat professionnel _____	401 à 404
Droit maritime _____	377	Testament _____	405
Expropriation pour cause d'utilité publique _____	378	Travail réglementation, durée du travail _____	406
Fonctionnaires et agents publics _____	379	Urbanisme _____	407-408
Impôts et taxes _____	380		
Jugements et arrêts _____	381		
Mineur _____	382		
Nationalité _____	383-384		

* Les titres et sommaires des arrêts publiés dans le présent numéro paraissent, avec le texte de l'arrêt, dans leur rédaction définitive, au *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* du mois correspondant à la date du prononcé des décisions.

Jurisprudence

Cour de cassation

I. - AVIS DE LA COUR DE CASSATION

SÉANCE DU 17 DÉCEMBRE 2012

Titre et sommaire	Page 5
Avis	Page 6
Rapport	Page 7
Observations	Page 31

1^o Cassation

Saisine pour avis - Demande - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Question de droit ne présentant pas de difficulté sérieuse.

2^o Cassation

Saisine pour avis - Demande - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Question supposant l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond.

3^o Cassation

Saisine pour avis - Demande - Domaine d'application - Exclusion - Cas - Question de la compatibilité d'une disposition de droit interne avec la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant.

1^o La première question ne présente pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation, dès lors que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à la partie qui présente une nouvelle demande fondée sur l'existence d'un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale.

2^o Les deuxième et troisième questions, sur lesquelles l'avis de la Cour de cassation est sollicité, dont la solution ne dépend pas de la seule constatation de l'acquisition de la nationalité française, supposant chacune l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond, il n'y a pas lieu à avis.

3^o La quatrième question, concernant la compatibilité d'une disposition de droit interne avec la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis.

AVIS

LA COUR DE CASSATION,

Vu les articles L. 441-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 et suivants du code de procédure civile ;

Vu la demande d'avis formulée le 7 septembre 2012 par le tribunal de grande instance de Limoges, reçue le 8 octobre 2012, dans une instance introduite par Mme X... aux fins d'adoption plénière d'un enfant recueillie en kafala, et ainsi libellée :

« - la recevabilité d'une action engagée à fin d'adoption plénière par une partie ayant été déboutée d'une précédente demande mais réitérant celle-ci après acquisition de la nationalité française par l'enfant,

- la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption,

- la forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil,

- la conformité de la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la CIDE » ;

Sur le rapport de Mme Guyon-Renard, conseiller référendaire, et les conclusions de M. Jean, avocat général, entendu en ses conclusions orales ;

1° La première question ne pose pas de difficulté sérieuse, dès lors que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée à la partie qui présente une nouvelle demande fondée sur l'existence d'un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale ;

2° Telles qu'elles sont formulées, les deuxième et troisième questions, dont la solution ne dépend pas de la seule constatation de l'acquisition de la nationalité française, supposent chacune l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond ;

3° La quatrième question, qui concerne la compatibilité de la règle de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis.

En conséquence,

DIT N'Y AVOIR LIEU À AVIS.

N° 12-00013. - TGI Limoges, 7 septembre 2012.

M. Lamanda, P. Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap., assistée de Mme Norguin, greffier en chef. - M. Jean, Av. Gén.

Rapport de Mme Guyon-Renard

Conseiller rapporteur

I. - Rappel des faits et de la procédure

A. - Les faits

B. - La précédente requête en adoption plénière

C. - Les faits nouveaux et la procédure en cours

II. - Recevabilité de la demande d'avis

A. - Au regard des règles de forme

B. - Au regard des règles de fond

1. Condition relative à la nature de la procédure en cours

2. Conditions relatives à la nature de la question

2.1. La demande d'avis doit porter sur une question de droit

2.2. La question de droit doit commander l'issue du litige

2.3. La question ne doit pas porter sur la conventionnalité de dispositions de droit interne

3. Caractères de la question

3.1. La question doit être nouvelle

3.2. La question doit présenter une difficulté sérieuse

3.3. La question doit se poser dans de nombreux litiges

C. - L'analyse de la recevabilité des questions posées

III. - Éléments de discussion au fond

A. - Les éléments de contexte

1. La kafala : une institution de droit musulman qui ne crée pas de lien de filiation

1.1. Le Coran prohibe l'adoption

1.2. La kafala en droit algérien

1.3. Le recueil en kafala recouvre des réalités très différentes

1.4. La difficile qualification de la kafala

2. La kafala et les conventions internationales

2.1. La kafala et la Convention internationale des droits de l'enfant

2.2. La kafala et la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale

2.3. La kafala et 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

3. La kafala et le législateur français

3.1. La loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale

3.2. Les critiques et initiatives parlementaires prises en faveur notamment d'une abrogation de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil

4. La jurisprudence française après la loi du 6 février 2001

4.1. Les arrêts de la première chambre civile du 10 octobre 2006

4.2. L'arrêt de la première chambre du 25 février 2009 : la compatibilité de l'article 370-3, alinéa 2, avec la CEDH et les conventions internationales

5. La jurisprudence européenne : l'arrêt Harroudj/France du 4 octobre 2012, une validation du dispositif français

B. - L'acquisition de la nationalité française et ses conséquences en matière d'adoption internationale

1. Les textes relatifs à l'acquisition de la nationalité française à raison du recueil en France

2. La mise en œuvre de l'article 21-12, alinéa 3, 1°, du code civil

2.1. La circulaire du 11 juin 2010 relative à la réception et enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef

2.2. La jurisprudence de la Cour de cassation

3. Le changement de statut et l'application de la loi française

3.1. Principes

3.2. Références au principe de l'application de la loi française

3.3. La jurisprudence

3.4. La substitution de la loi française dans un tel cas, seule exception au principe de l'inadoptabilité du mineur de statut prohibitif ?

4. Les conséquences de l'acquisition de la nationalité française sur la procédure d'adoption

5. Les conséquences de l'acquisition de la nationalité française sur les conditions de l'adoption

ANNEXES

I. - Rappel des faits et de la procédure

A. - Les faits

Mme Rabia X... a acquis la nationalité française par déclaration souscrite le 20 janvier 1994 à raison de son premier mariage, célébré le 17 juin 1991. Elle a déposé une demande d'agrément le 14 avril 2004, qui a été acceptée le 26 octobre 2004 par le conseil général de la Haute-Vienne.

Suite à la demande de recueil d'un enfant en kafala, déposée par Mme X... au consulat général d'Algérie à Bordeaux, à une date qui n'est pas précisée, les autorités consulaires lui ont notifié, le 21 mai 2005, un avis favorable au recueil d'un enfant de sexe féminin, sauf avis contraire motivé de la psychologue et de l'assistante sociale de la wilaya d'Alger, émis le 10 mai 2005 par le ministère des affaires étrangères algérien.

Par lettre du 12 juillet 2005 (cachet du 17 juillet 2005) adressée à la directrice de la pouponnière de Palm Beach, le directeur de l'action sociale de la wilaya d'Alger a émis un avis favorable à l'accueil d'un enfant en kafala après avoir rappelé : « Suite à la demande d'adoption formulée par Mme X... demeurant [...] à Limoges et qui désire prendre un enfant en kafala, j'ai l'honneur de vous informer que le dossier déposé à mes services est en conformité avec la réglementation en vigueur ».

L'enfant, Bouchra Y..., est née le 1^{er} septembre 2005 à Zéralda, en Algérie, sans filiation connue.

La responsable de la pouponnière AMEL de l'association algérienne Enfance et famille d'accueil bénévole à Palm Beach a certifié, le 27 décembre 2005, que Mme X... avait accueilli le même jour, en vue d'une kafala, l'enfant Bouchra Y..., « en fonction de l'agrément 3023/05 du 12 juillet 2005 délivré par la DAS d'Alger ».

Par actes du 31 décembre 2005 portant un cachet du 2 janvier 2006, le directeur de l'action sociale, tuteur délégué des enfants assistés de la wilaya d'Alger, a autorisé Mme X..., demeurant à Limoges, à faire porter l'enfant sur son passeport et à « emmener l'enfant [...] à l'étranger ».

Par « acte de recueil légal (kafala) » en date du 7 janvier 2006, le président du tribunal d'Hussein Dey a désigné « Mlle X... Rabia, fille de Hammouda et de Sebni Z..., née le [...] à Kouba, Alger, demeurant [...] à Alger en qualité de bénéficiaire du recueil légal » de l'enfant...

Le lendemain, ce même magistrat a autorisé la sortie du territoire algérien de l'enfant en vue de se rendre en France avec sa « tutrice du recueil légal ».

Le 23 janvier 2006, le conseil général de la Haute-Vienne a attesté que, « suite à un acte de recueil légal délivré le 7 janvier 2006 par les autorités algériennes, l'enfant [...] est arrivée le 14 janvier 2006 au domicile de Mme X... ». En conclusion d'un rapport d'adaptation concernant l'enfant, établi le 22 septembre 2006, la psychologue a estimé « opportun de prononcer une adoption plénière ».

Par ordonnance du 2 mai 2006, le président du tribunal de Cheraga a ordonné le changement de nom de l'enfant afin d'être autorisée à s'appeler « X... Bouchra ».

Par acte du 21 (mois inconnu) 2007, le directeur de l'action sociale, tuteur délégué des enfants assistés de la wilaya d'Alger, a attesté que l'enfant « X... Bouchra a[vait] été confiée le 25 décembre 2005 en recueil légal définitif à Mme X... Rabia suite à l'abandon définitif et irrévocable, selon procès-verbal dressé au bureau d'admission ouvert à l'hôpital de Zéralda, Alger, en date du 3 septembre 2005, admise à l'Assistance publique le 11 septembre 2005, corroboré par un jugement de kafala du tribunal d'Alger le 7 janvier 2006 impliquant la rupture totale des liens de celle-ci avec les organes de tutelle ».

B. - La précédente requête en adoption plénière

Par jugement du 6 avril 2007, le tribunal de grande instance de Limoges, saisi par Mme X... le 19 janvier 2007, a prononcé l'adoption plénière aux motifs que l'enfant, abandonné à sa naissance, avait vocation à vivre en France, que ses liens avec l'organe de tutelle algérien étaient rompus, qu'une délégation d'autorité parentale ne correspondrait pas à sa situation réelle et que son intérêt supérieur, « face à l'insuffisance d'une loi étrangère, insuffisance législative reconnue implicitement par les autorités dudit pays étranger », était d'être adopté plénièrement.

Sur appel du ministère public, la cour d'appel de Limoges, par arrêt du 1^{er} octobre 2007, a confirmé la décision entreprise et repris les motifs des premiers juges.

Par arrêt du 9 juillet 2008 (pourvoi n° 07-20.279, *Bull.* 2008, I, n° 198), la première chambre civile, au visa de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, suivi du chapeau ainsi rédigé : « Attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est

né et réside habituellement en France », a censuré cet arrêt qui, « pour prononcer l'adoption plénière, a[vait] retenu que, malgré la prohibition de l'adoption, les autorités algériennes confient des enfants à des étrangers sachant qu'une adoption sera prononcée ; qu'en l'espèce, l'enfant avait fait l'objet d'un abandon définitif et irrévocable, qu'il n'avait plus de filiation et avait vocation à rester en France, qu'il était en conséquence de son intérêt d'avoir une filiation et d'être adopté ».

Par arrêt du 20 mai 2009, la cour d'appel de Poitiers, statuant sur renvoi, a infirmé le jugement du 6 avril 2007 et a débouté Mme X... de sa requête en adoption plénière.

C. - Les faits nouveaux et la procédure en cours

L'enfant est devenue française par déclaration souscrite le 8 mars 2011 devant le greffier en chef du tribunal d'instance de Limoges, qui l'a enregistrée le 29 août 2011.

L'acte de naissance de l'enfant a été établi par le service central d'état civil le 5 octobre 2011. Il est fait mention de la francisation du prénom de l'enfant, qui a été accordée par décret du 14 décembre 2011, l'enfant étant autorisée à s'appeler Sarah, Bouchra, X...

Par jugement du 9 septembre 2011, le juge aux affaires familiales du tribunal de grande instance de Limoges a fait droit à la requête de Mme X... tendant à la délégation totale de l'autorité parentale sur l'enfant Bouchra X...

Par requête du 17 janvier 2012, Mme X... a saisi le tribunal d'une nouvelle requête en adoption plénière de l'enfant, fondée sur le changement de statut de celle-ci, devenue française.

Le ministère public s'est opposé à la demande « *en excipant, d'une part, de l'autorité de la chose jugée, et, d'autre part, de l'absence de consentement valable donné par quiconque à une adoption plénière, les pièces algériennes ne pouvant y suppléer* ».

Par jugement du 7 septembre 2012, le tribunal a sursis à statuer jusqu'à réception de l'avis de la Cour de cassation.

La décision est ainsi motivée : « *Attendu qu'aux termes des articles L. 441-1 à L. 441-4 du code de l'organisation judiciaire et des articles 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ;*

Qu'en l'espèce, pour justifier de sa demande d'adoption plénière, la requérante, s'appuyant sur une correspondance de Mme le garde des sceaux du 8 avril 2008, excipe de l'acquisition par l'enfant de la nationalité française et du changement de son statut personnel qui en résulte ;

Que la règle de droit applicable deviendrait alors celle de l'adoption plénière édictée par les articles 343 et suivants du code civil et que les dispositions de l'article 370-3 du même code n'auraient plus vocation à s'appliquer ;

Que plusieurs questions répondant aux critères de nouveauté, de difficulté sérieuse et de multiplicité de litiges, énoncés à l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, se posent ainsi avec une particulière acuité ;

Que des réponses diamétralement opposées mais d'égale pertinence y sont apportées par la requérante et le ministère public ;

Que si, par arrêt du 1^{er} juillet 1997 (n° 95-14-075), la première chambre civile de la Cour de cassation a statué sur un cas présentant certaines similitudes avec l'instance en cours, la Haute juridiction n'a pas défini pour autant les principes devant être mis en œuvre lorsque l'enfant dont le pays d'origine interdit l'adoption acquiert ultérieurement la nationalité d'un pays la reconnaissant ;

Que les effets de cette nouvelle nationalité, tant sur la recevabilité d'une action en justice engagée à fin d'adoption plénière que sur les conditions de recueil des consentements à ladite adoption, méritent examen ;

Que, de même, pour le cas d'enfants nés à l'étranger, l'articulation entre l'article 3-1 de la CIDE et l'article 370-3 du code civil peut être utilement précisée ;

Qu'au regard de l'actuel accroissement du nombre des adoptions internationales et de la diversité des législations des pays d'origine des enfants en la matière, les juridictions du fond sont amenées à connaître de litiges où se posent de manière récurrente les points de droit évoqués ci-dessus ».

Le tribunal de grande instance de Limoges sollicite l'avis de la Cour de cassation sur :

« - la recevabilité d'une action engagée à fin d'adoption plénière par une partie ayant été déboutée d'une précédente demande mais réitérant celle-ci après acquisition de la nationalité française par l'enfant,

- la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption,

- la forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil,

- la conformité de la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la CIDE ».

II. - Recevabilité de la demande d'avis

A. - Au regard des règles de forme

La procédure suivie et les diligences accomplies par le tribunal de grande instance de Limoges satisfont aux exigences des articles 1031-1 et 1031-2 du code de procédure civile.

En effet, à l'audience du 15 juin 2012, la juridiction a avisé les parties et le ministère public de son intention de saisir la Cour de cassation.

Dans le délai fixé par cette juridiction au conseil de la requérante et au ministère public, pour faire valoir leurs observations, seul le premier d'entre eux a produit une note en délibéré, maintenant son argumentation initiale.

La décision de sursis à statuer du 7 septembre 2012 et la date de transmission du dossier ont été notifiées le 14 septembre 2012 à la requérante et à son conseil ainsi qu'au ministère public, par lettres recommandées avec accusés de réception signés le 17 septembre 2012.

Le premier président de la cour d'appel et le procureur général ont été avisés dans les mêmes formes par lettres du 27 septembre 2012, les avis de réception sont signés du 28 septembre 2012.

B. - Au regard des règles de fond

Aux termes de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, « *avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ».

Les conditions légales sont cumulatives¹. Elles ont pour objet d'exclure les cas dans lesquels le juge du fond demande à la Cour de cassation de remplir son office².

Elles sont exposées ici pour l'ensemble des questions posées par le tribunal de grande instance.

1. Condition relative à la nature de la procédure en cours

Ainsi que le précise J. Buffet dans son exposé du 29 mars 2000³, « *le juge doit avoir été appelé à statuer sur une "demande". Il faut donc :*

- *que la question soit posée à l'occasion d'un "procès" en cours, mais la Cour de cassation, libérale, admet aussi bien que la demande en justice soit en matière gracieuse (donc, par définition, en dehors de tout "litige") qu'en matière contentieuse ;*

- *que la question de droit litigieuse ait été évoquée par les parties au litige* ».

2. Conditions relatives à la nature de la question

2.1. La demande d'avis doit porter sur une question de droit

« *Lorsque la demande d'avis est formulée de manière très générale et n'énonce aucune question de droit précise* », il n'y a pas lieu à avis⁴.

Une question mélangée de fait⁵ ou « *qui ne répond pas à l'exigence d'être de pur droit et dégagée des éléments de fait de l'espèce* » ne peut donner lieu à avis⁶. Ainsi, lorsque la réponse à la question suppose l'examen d'une situation concrète relevant de l'office du juge du fond et de son pouvoir souverain, il n'y a pas lieu à avis.

2.2. La question de droit doit commander l'issue du litige⁷

2.3. La question ne doit pas porter sur la conventionnalité de dispositions de droit interne⁸

L'ensemble des motifs justifiant les avis de la Cour de cassation en ce sens ont été rappelés dans le rapport rédigé au soutien de l'avis du 8 octobre 2007 précité (note n° 8). Les observations de l'avocat général Kehrig lors de l'examen de la demande qui a donné lieu à l'avis du 16 décembre 2002 et les commentaires de la doctrine rappelés dans le rapport précité servent à nouveau de référence pour démontrer qu'il appartient au juge de remplir son office en procédant lui-même, sous le contrôle éventuel et ultérieur de la Cour de cassation, à l'appréciation de la conventionnalité d'une disposition de droit interne, et que l'absence de contrôle préalable se justifie par l'objectif poursuivi lors de la mise en place de la procédure de demande d'avis⁹, celui de donner à la Cour de cassation un rôle unificateur par une interprétation et une application commune de la règle de droit, et par la nécessité de ne pas créer un mécanisme de question préjudicielle¹⁰.

¹ Avis, 31 mai 1999, n° 99-20.008, *Bull.* 1999, Avis, n° 4 ; Avis, 5 mai 1995, n° 09-50.001, *Bull.* 1995, Avis, n° 2.

² J. et L. Boré, *Droit et pratique de la procédure civile. La cassation en matière civile*, n° 24-31.

³ Présentation générale - La saisine pour avis de la Cour de cassation - Exposé devant les premiers présidents de cours d'appel réunis à la Cour de cassation le 29 mars 2000, site internet de la Cour de cassation - Accueil > Jurisprudence > Avis de la Cour.

⁴ Avis, 29 octobre 2007, n° 07-00.014, *Bull.* 2007, Avis, n° 12.

⁵ N° 406, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 2012, éd. Lexisnexis : Avis, 20 juin 1997, n° 09-70.006, *Bull.* 1997, Avis, n° 4 ; Avis, 10 octobre 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 2.

⁶ *Ibid.* Avis, 5 décembre 2011, n° 11-00.006, *Bull.* 2011, Avis, n° 8 ; Avis, 12 décembre 2011, n° 11-00.007, *Bull.* 2011, Avis, n° 9.

⁷ Avis, 20 octobre 2000, n° 02-00.014, *Bull.* 2000, Avis, n° 8, et *ibid.*, avis, 23 avril 2007, n° 07-00.008, *Bull. crim.* 2007, n° 3.

⁸ Avis, 16 décembre 2002, n° 00-20.008, *Bull.* 2002, Avis, n° 6 ; 1^{er} décembre 2003, *Bull.* 2003, Avis, n° 2 ; 2 septembre 2005, n° 05-00.006, *Bull.* 2005, Avis, n° 6 ; 8 octobre 2007, n° 07-00.011 *Bull.* 2007, Avis, n° 7.

⁹ *AJDA* 2001, p. 416, « La saisine pour avis du Conseil d'État et de la Cour de cassation », H. M. Darnaville.

¹⁰ *Revue Droit et procédures* (n° 3, mai-juin 2004) par M. Bugada, intitulé « La formation pour avis de la Cour de cassation, juge des lois ? », cité dans rapport de l'avis précité, rendu le 16 décembre 2002, p. 11.

Il pourra également être souligné que le Conseil constitutionnel a rendu encore récemment des décisions rappelant le principe selon lequel le contrôle de la compatibilité d'une règle de droit interne avec les engagements internationaux ou européens de la France incombe aux juridictions administratives et judiciaires¹¹.

3. Caractères de la question

3.1. La question doit être nouvelle¹²

La question est nouvelle soit parce qu'elle est suscitée par l'application d'un texte nouveau, soit parce que, suscitée par un texte ancien, elle n'a pas encore été tranchée par la Cour de cassation statuant sur un pourvoi¹³ ou une demande d'avis précédemment formulée¹⁴.

Il n'y a pas lieu à avis lorsque la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi sur la même question de droit et sur lequel elle a statué depuis la réception de la demande d'avis¹⁵ ou elle va statuer dans un délai rapproché¹⁶.

3.2. La question doit présenter une difficulté sérieuse

Ainsi que l'a rappelé Mme Zylberberg dans sa note de synthèse « La saisine de la Cour de cassation pour avis, en matière civile »¹⁷ :

« Georges Kiejman, au cours des débats parlementaires, avait précisé : « On ne saurait demander l'avis de la Cour de cassation pour quelque chose qui va de soi ».

Frédéric Zenati¹⁸ rappelle que cette condition a pour but d'écartier les demandes d'avis qui procèdent d'une méconnaissance du droit, soit que celui-ci comporte la solution recherchée, soit que les juges et les parties aient commis une erreur dans l'analyse juridique du litige et, en conséquence, dans l'élaboration de la question de droit.

Cet auteur observe qu'« une question peut être inédite sans pour autant requérir l'intervention de la cour suprême, laquelle ne doit pas être considérée comme un service public de consultation juridique. Selon cet auteur, ce n'est que dans le cas où plusieurs solutions s'offrent raisonnablement avec une égale pertinence qu'un risque de contrariété de jurisprudence existe et mérite donc d'être prévenu en permettant de poser la question par le biais de la procédure d'avis ».

Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud¹⁹ ajoute que cette condition de « difficulté sérieuse de la question » permet au juge du fond d'être éclairé sur une question d'importance, sans le libérer de son obligation de juger et sans retarder inutilement l'issue du procès au profit de l'une des parties. Celle-ci souligne que l'appréciation du caractère sérieux est délicate.

Henri-Michel Darnanville²⁰, pour sa part, écrit que « seul un problème de droit paralysant le travail du juge du fond car l'empêchant de rendre son jugement en toute conscience semble [...] justifier la recevabilité d'une demande d'avis ». Il rappelle que « la condition liée au caractère sérieux de la question de droit peut en outre être appréciée plus ou moins largement par les hautes juridictions en fonction de l'utilisation par les juges du fond de la saisine pour avis ».

À titre d'illustration de l'appréciation de cette condition par la Cour de cassation

« La prescription quinquennale régissant l'action en nullité du licenciement pour motif économique est-elle également applicable à l'action en contestation du caractère réel et sérieux du motif économique du licenciement, et à l'action indemnitaire afférente ? L'action en contestation de la cause réelle et sérieuse de licenciement et en paiement d'une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse n'étant pas une action en nullité, la question posée ne présente pas une difficulté sérieuse »²¹.

« Ne présente pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation la question de savoir si l'article L. 3133-6 du code du travail, relatif à l'indemnisation des salariés occupés à travailler la journée du 1^{er} Mai, s'applique également au travail des jours fériés propres aux départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin fixés à l'article L. 3134-13 du code du travail, dès lors que les dispositions de l'article L. 3133-6 du code du travail ne s'appliquent qu'aux salariés occupés à travailler le 1^{er} Mai »²².

Est mélangée de fait et de droit et ne présente pas de difficulté sérieuse la question ainsi libellée : « La personne munie d'une procuration, telle que prévue au deuxième alinéa de l'article 544 du code de procédure pénale :

- a-t-elle qualité pour représenter régulièrement devant la juridiction de proximité un contrevenant poursuivi pour une infraction punissable d'une seule peine d'amende ;

¹¹ Décision n° 2010-612 DC du 5 août 2010, loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale ; décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne.

¹² N° 406, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 2012, *op. cit.*

¹³ Avis, 29 avril 2002, n° 02-00.002 (diffusé) ; 10 janvier 2011, n° 10-00.007 *Bull.* 2011, Avis, n° 1.

¹⁴ Avis, 6 octobre 2008, n° 08-00.010, *Bull.* 2008, Avis, n° 3.

¹⁵ Avis, 7 avril 2008, n° 08-00.001, *Bull.* 2008, Avis, n° 1, et n° 08-00.003, *Bull.* 2008, Avis, n° 2 ; 25 juin 2010, n° 10-00.003, *Bull.* 2010, Avis, n° 3.

¹⁶ Avis, 14 février 1997, n° 09-60.011 ; Avis, 31 mai 1999, n° 99-20-008, *Bull.* 1999, Avis, n° 4 ; Avis, 22 octobre 2012, n° 12-00.012.

¹⁷ SDER, 10 décembre 2010, p. 9.

¹⁸ « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *Chronique - XLIX, Dalloz* 1992, p. 36.

¹⁹ « La saisine pour avis de la Cour de cassation », *JCP* 1992, éd. G., n° 15, p. 173.

²⁰ *AJDA* 2001, p. 416, *op. cit.*

²¹ Avis, 14 mai 2001, n° 01-00.001, *Bull.* 2001, Avis, n° 2.

²² Avis, 17 septembre 2012, n° 12-00.011, *Bull.* 2012, Avis, n° 7.

- lorsqu'elle se présente comme une personne physique - dépourvue de la qualité d'avocat - sans faire explicitement état de sa fonction de dirigeant d'une SAS ayant pour fonds de commerce "le conseil juridique" ;
- alors même que l'adresse sociale dudit fonds apparaît dans la demande écrite du prévenu aux fins d'obtention de la copie des pièces de procédure ;

- et ce, sachant qu'elle intervient comme mandataire dans près de cinq cents dossiers portant sur le contentieux des contraventions de stationnement actuellement en instance devant la juridiction de proximité de Paris ? »²³

« Ne présente pas de difficulté sérieuse permettant la saisine pour avis de la Cour de cassation la question de savoir si le fait de se servir en carburant puis de ne pouvoir le payer à la caisse constitue une infraction pénale et, dans l'affirmative, s'il s'agit d'un vol, d'une filouterie ou d'une autre infraction dès lors que, lorsque cette appréhension est frauduleuse, un tel comportement est constitutif de vol »²⁴.

3.3. La question doit se poser dans de nombreux litiges²⁵

Cette condition est entendue au sens large. Il n'est pas en effet exigé que la question de droit en cause soit posée dans plusieurs litiges en cours, la Cour de cassation ne disposant pas de données statistiques à cet égard. Au regard de l'objectif de prévention du contentieux poursuivi par la procédure de saisine pour avis, la potentialité de litiges à venir est une considération au moins aussi importante.

Le caractère général de la question, son utilité pour l'unification de la jurisprudence conditionne sa recevabilité²⁶.

À titre d'illustration de l'appréciation de cette condition par la Cour de cassation

« Un salarié muté sur sa demande à l'étranger depuis plus de six mois, dans des conditions d'éloignement ne lui permettant plus d'exercer normalement son mandat de conseiller prud'homme, sans avoir toutefois démissionné ni été démis de ce mandat, bénéficie-t-il encore de la protection absolue prévue par les articles L. 514-2 et L. 412-18 du code du travail ? La demande ne soulève pas une question de droit se posant dans de nombreux litiges, au sens de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire »²⁷.

« Un contrat d'assurance obligatoire peut-il valablement exclure de son champ d'application territorial une partie du territoire national, tels les départements d'Outre-mer ? La demande d'avis ne soulève pas une question de droit se posant dans de nombreux litiges, au sens de l'article L. 151-1 du code de l'organisation judiciaire »²⁸.

C. - L'analyse de la recevabilité des questions posées

La quatrième question, relative à « la conformité de la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la CIDE », répond à l'exigence de devoir être dégagée de tout élément de fait. Toutefois, elle suscite d'emblée plusieurs interrogations, indépendamment de la question de savoir si elle porte sur une disposition applicable au litige, débattue devant le juge du fond :

- ne se heurte-t-elle pas au principe rappelé au n° 2.3, selon lequel la question ne doit pas porter sur la conventionnalité de dispositions de droit interne ?

- de plus, n'a-t-elle pas déjà été tranchée par la Cour de cassation (cf. III A 4-2) ?

Par les trois premières questions, le tribunal de grande instance de Limoges soumet à la Cour de cassation ses interrogations relatives aux effets à donner à l'acquisition française de l'enfant dont l'adoption est sollicitée.

Sont-elles de pur droit ?

Les circonstances particulières de l'espèce sont précisées dans les questions elles-mêmes :

- une précédente requête en adoption a été rejetée alors que la loi nationale de l'enfant prohibe l'adoption ;

- l'adoption plénière de l'enfant, née de parents inconnus, est à nouveau sollicitée,

tandis que d'autres, résultant des motifs de la décision, sont indispensables pour leur analyse :

- l'enfant a été recueillie dans le cadre d'une kafala judiciaire algérienne à la suite de laquelle elle a été autorisée à quitter le territoire algérien pour résider en France ;

- il n'est pas contesté qu'elle bénéficie de la double nationalité franco-algérienne ;

- la requérante se fonde sur les documents établis par les autorités algériennes pour justifier du consentement à l'adoption.

Auraient-elles pu être formulées en termes plus généraux ?

Leur examen rapproché de l'exposé dans la décision de sursis à statuer des moyens soumis à l'appréciation des juges du fond pourrait autoriser à les dégager de toute considération de fait.

La première question est relative à l'autorité de la chose jugée d'un jugement d'adoption et aux effets à donner à la survenance d'un fait nouveau, celui de l'acquisition de la nationalité française.

²³ Avis, 10 octobre 2011, n° 11-00.005, *Bull. crim.* 2011, Avis, n° 2.

²⁴ Avis, 4 mai 2010, n° 10-00.001, *Bull. crim.* 2010, Avis, n° 2.

²⁵ N° 408, *Droit et pratique de la cassation en matière civile*, 2012, *op. cit.*, motifs exposés par J. Buffet lors de sa présentation générale de la saisine de la Cour de cassation pour avis du 29 mai 2000 précitée. Il avait précisé que, « sur ce fondement, 5 seulement des 134 demandes d'avis examinées au 1^{er} mars 2000 n'ont pas été accueillies ».

²⁶ Anne-Marijke Morgan de Rivery-Guillaud, communication, *BICC* du 15 décembre 1993, p. 12.

²⁷ Avis, 9 juillet 1993, n° 09-30.007, *Bull.* 1993, Avis, n° 10.

²⁸ Avis, 16 juin 1995, n° 09-50.009, *Bull.* 1995, Avis, n° 7.

La deuxième question pose plusieurs difficultés.

La Cour de cassation est interrogée « sur la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant », alors que la réponse à cette question relève de l'office du juge en matière d'adoption. De plus, il est fait référence dans la question à la législation du « pays de naissance » de l'enfant.

Mais il résulte des motifs de la décision que la juridiction doit trancher le litige portant sur l'application des dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 370-3 du code civil lorsque le mineur étranger, dont la loi personnelle prohibait l'adoption, est devenu français.

La Cour de cassation est saisie depuis le 25 septembre 2012 d'un pourvoi (n° 12-26.161) formé contre l'arrêt du 25 juin 2012 (n° 11/579), rendu par la cour d'appel de Nouméa, qui, statuant sur une requête en adoption plénière d'un enfant recueilli par kafala dont la filiation maternelle était connue, n'a pas fait produire d'effet à l'acquisition de la nationalité française. Le mémoire ampliatif doit être déposé avant le 25 février 2013.

La troisième question (la forme que doit revêtir le consentement) suscite des interrogations identiques quant à sa formulation et quant au fond.

Une lecture littérale du terme « forme » devrait conduire à considérer que la question n'est pas détachée de toute considération de fait et est, par voie de conséquence, irrecevable.

Mais il résulte également des motifs de la décision que, selon la juridiction, « les effets de [la] nouvelle nationalité [...] sur les conditions de recueil des consentements [...] méritent examen ».

Bien qu'elle ne précise pas qu'elle vise un mineur dont la loi nationale applicable avant l'acquisition de la nationalité française prohibe l'adoption, cette question a pour objet de rechercher selon quelle loi doivent être déterminées les personnes chargées de consentir à l'adoption et la forme de l'expression du consentement²⁹. Elle est étroitement liée à la précédente.

Enfin, s'agissant de la condition relative à l'importance du contentieux, il est soutenu par la juridiction « Qu'au regard de l'actuel accroissement du nombre des adoptions internationales et de la diversité des législations des pays d'origine des enfants en la matière, les juridictions du fond sont amenées à connaître de litiges où se posent de manière récurrente les points de droits évoqués ci-dessus ».

Dans son commentaire précité de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 9 juillet 2008, M. Farge écrivait : « Cette réception des arrêts de la Cour régulatrice n'épuise pas le contentieux suscité par la kafala. Désormais, la jurisprudence judiciaire va se concentrer sur la possibilité de solliciter une adoption après que l'enfant a acquis la nationalité française et sur la question, particulièrement complexe, des effets de la kafala dans l'ordre juridique français »³⁰.

Toutefois, les recherches de décisions de cour d'appel démontrent que peu d'entre elles ont statué (quatorze entre 2006 et 2012). L'analyse des décisions permet de relever que la question du champ d'application de l'article 370-3 du code civil est en effet souvent tranchée par les cours d'appel. Peu de divergences sont à relever. Certaines décisions de rejet de la requête en adoption contiennent des indications relatives à la faculté de la réitérer après acquisition de la nationalité française.

Selon les statistiques du service central d'état civil³¹ effectuées à partir de chacune des transcriptions de jugement d'adoption depuis 2007, 168 adoptions plénières d'enfants nés en Algérie ou au Maroc ont été prononcées. 62,5 % d'entre eux avaient antérieurement acquis la nationalité française (article 21-12 du code civil).

Ainsi, le nombre relativement limité de litiges relatifs aux conséquences de l'acquisition de la nationalité française est sans relation avec l'importance des débats existant depuis de très nombreuses années sur les effets juridiques de la kafala dans diverses matières : visas, prestations sociales, adoption, nationalité.

Les treize questions écrites, déposées entre le 3 juillet et le 6 novembre 2012, portant sur ces sujets témoignent de leur acuité et de leur actualité.

S'il est permis d'envisager les questions dans leur acception la plus large, il est proposé de rechercher quels sont les éléments d'analyse et de réponse mis à la disposition du juge en les replaçant dans leur contexte dès lors que, exception faite de la première question, purement technique, les deux suivantes reviennent à interroger le sens du principe de respect de la prohibition de l'adoption dans certains pays étrangers, énoncé à l'article 370-3, alinéa 2, du code civil à l'égard de mineurs ressortissants de l'un de ces États (III-A), qui est mis en balance avec celui de la nécessité de tirer les conséquences de l'intégration du mineur dans la société française (III-B).

²⁹ Dans sa lettre adressée au SDER le 13 avril 2012, le président de la juridiction exposait que celle-ci se posait la question suivante : « La désignation d'un administrateur ad hoc qui donnerait consentement à l'adoption plénière est-elle envisageable ? À défaut, sous quelle forme ledit consentement pourrait-il être recueilli ? »

³⁰ *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2008, commentaire 133 : « Comment accueillir les kafalas musulmanes ? »

³¹ Ce service transcrit les jugements d'adoption concernant les personnes nées à l'étranger (article 354, alinéa 2, du code civil et, pour l'adoption simple, article 3 du décret n° 65-422 du 1^{er} juin 1965) et établit les actes de l'état civil des étrangers devenus français (article 98 et suivants du code civil).

III. - Éléments de discussion au fond

A. - Les éléments de contexte

1. La kafala : une institution de droit musulman qui ne crée pas de lien de filiation

1.1. *Le Coran prohibe l'adoption*

La sourate 33 se traduit comme suit : « Dieu n'a pas mis deux cœurs dans la poitrine de l'homme... Il n'a pas fait que vos fils adoptifs soient comme vos fils ».

Les États de droit coranique, à l'exception de la Turquie, de l'Indonésie et de la Tunisie, interdisent l'adoption.

Le Coran reconnaît en revanche la kafala.

Distincte de l'adoption, la kafala est un recueil légal qui ne crée pas de lien de filiation. Elle peut se définir comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur. En droit français, elle pourrait se rapprocher d'une délégation d'autorité parentale ou d'une tutelle.

L'éducation donnée à l'enfant doit s'effectuer dans le respect des principes de l'islam, le kafil (personne recueillant l'enfant) doit être, *a priori*, de confession musulmane.

Qu'ils soient judiciaires ou adoulaïres (notariaux), les actes de recueil légal en kafala font obligation pour celui qui recueille l'enfant (le makfoul) « *d'en prendre soin en matière d'éducation, d'enseignement et de subvenir à tous ses besoins* ».

La kafala est une décision provisoire et révocable (article 125 du code de la famille algérien), à laquelle il peut être mis fin à tout moment et qui cesse à la majorité de l'enfant. Le kafil reste lié, durant la durée de la kafala, à l'institution compétente dont dépend l'enfant. Dans le cas où les parents du makfoul sont connus, l'article 124 du code de la famille algérien rend possible sa réintégration dans sa famille par le sang.

Dans sa contribution au numéro spécial du droit de la famille (n° 1, janvier 2009), T. Oubrou, imam et recteur de la mosquée de Bordeaux, précisait, s'agissant de la kafala : « *Disons d'emblée que son noyau insécable reste l'interdiction d'attribution de filiation [...] : les musulmans pratiquants résistent à l'adoption même simple [...], les résidents ou citoyens nationaux (généralement binationaux) de confession musulmane qui ont un certain respect des prescriptions coraniques cherchent d'autres modes de prise en charge d'enfants sans entrer en porte-à-faux avec leur religion* ».

1.2. *La kafala en droit algérien*

Le droit civil algérien et la réglementation familiale sont fondés sur les principes du droit musulman, auxquels ils ne peuvent déroger.

L'article 46 de la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille dispose que « *l'adoption (Tabanni) est interdite par la chari'a et la loi* ».

Ainsi, « *aucun enfant ne peut se voir attribuer par simple acte de volonté une filiation autre que sa filiation biologique* » (M. Boulouar Azzemou, professeur à l'université d'Oran, *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009).

Le code de la famille algérien n'admet que la filiation découlant du mariage, seul l'enfant conçu pendant le mariage peut prétendre à l'établissement d'une filiation, *a priori*, la légitimation de l'enfant par le mariage subséquent de ses parents n'est pas admis.

À la différence du Maroc, **la kafala algérienne peut être accordée par un juge ou un notaire.**

L'article 118 du code de la famille algérien ne pose pas de condition précise pour le kafil, il doit seulement être « musulman, sensé, intègre et à même d'entretenir l'enfant ».

Un décret n° 92-24 du 13 janvier 1992 a permis au makfoul, c'est-à-dire à l'enfant recueilli, de changer de nom et de prendre celui de son tuteur. La demande doit être faite par le tuteur au ministère de la justice, lequel charge le procureur général de la circonscription judiciaire concernée de faire une enquête, le nom est modifié par ordonnance du président du tribunal.

L'association algérienne enfance et familles d'accueil bénévole (AAEFAB), exerçant depuis vingt ans une activité reconnue à l'égard des enfants abandonnés, précise clairement que l'enfant makfoul, en dépit du nom patronymique que le kafil peut lui donner s'il est d'ascendance inconnue, « *n'en a ni la filiation ni ses attributs (héritage notamment)* ».

1.3. *Le recueil en kafala recouvre des réalités très différentes*

La kafala suscite un important contentieux s'agissant de la délivrance des visas et regroupe des situations diverses, celle qui nous est soumise ne constitue qu'une facette de cette réalité.

Conformément à son acception première, la kafala intrafamiliale est utilisée pour faire venir des enfants en France afin qu'ils puissent, auprès de membres de leur famille y résidant (oncles, tantes...), poursuivre leurs études ou suivre des traitements médicaux dans de meilleures conditions.

Dans son article précité, M. Boulouar Azzemou précise que la kafala reflète « *une conception des structures de la famille étendue. C'est d'ailleurs cette même conception qui a prévalu et qui prévaut en Algérie et qui fait que l'on assiste bien souvent à un recueil de fait d'un neveu ou d'une nièce, d'un petit-fils ou d'une petite-fille par un oncle, une tante, un grand-père ou une grand-mère* ».

Dans leur article à propos de la proposition de loi déposée par M. Milon le 10 mars 2011 (voir n° 3.2), E. Massalve et C. Corso³² mettent en évidence ces deux réalités, l'une respectant l'institution de la kafala prévue par le Coran, l'autre la modifiant :

« La kafala recouvre deux types de situations : l'une permet à un enfant d'être accueilli par un membre de sa famille - il a une filiation établie et son adoption est rarement recherchée - l'autre concerne les enfants n'ayant plus de filiation préexistante, soit parce qu'ils sont orphelins de père et de mère, soit parce qu'ils font l'objet d'un jugement d'abandon et qu'ils sont placés sous la tutelle de l'autorité publique ».

Le Conseil d'État s'est prononcé à plusieurs reprises sur la régularité de l'entrée sur le territoire des enfants recueillis en kafala³³.

La kafala ne créant pas de lien de filiation, elle n'emporte aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français (Conseil d'État, n° 284467, du 29 décembre 2006 : « *Considérant qu'un acte de kafala ne crée aucun lien de filiation et n'emporte, par suite, aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français* »). Toutefois, la France et l'Algérie sont liées par un accord franco-algérien du 27 décembre 1968. Cet accord, modifié par plusieurs avenants, n'a vocation à s'appliquer que lorsque le kafil est de nationalité algérienne ; lorsque le recueillant est français, il n'existe aucun droit au regroupement familial.

Dans sa version issue de l'avenant du 11 juillet 2001, l'accord franco-algérien permet au makfoul de bénéficier du regroupement familial, les autorités administratives françaises devant cependant se prononcer sur l'intérêt de l'enfant.

Le Conseil d'État, saisi en matière de demande de visa, examine la situation du mineur au regard de son intérêt supérieur et de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Au regard de l'article 8, son appréciation sera différente selon que l'enfant dispose ou non d'une famille biologique (notamment Conseil d'État, n° 221774, du 8 juin 2005 ; 16 janvier 2006, n° 274934), l'appréciation de son intérêt supérieur peut lui permettre, selon les circonstances d'espèce, de limiter ou non son entrée sur le territoire. En l'absence de dispositions spécifiques dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et d'éléments factuels très divers, la jurisprudence administrative reste fluctuante.

Le Conseil d'État a sanctionné une décision implicite refusant un visa d'entrée à un enfant ayant perdu sa mère et dont l'oncle dispose d'une délégation d'autorité parentale rendue exécutoire en France au motif que :

« Considérant 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 ; qu'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 ou étranger qui a reçu délégation de l'autorité parentale dans les conditions qui viennent d'être indiquées, ce visa ne peut en règle générale, eu égard notamment aux stipulations du paragraphe premier de l'article 3 de la Convention du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, être refusé pour un motif tiré de ce que l'intérêt de l'enfant serait au contraire de demeurer auprès des parents ou d'autres membres de sa famille ; qu'en revanche, et sous réserve de ne pas porter atteinte disproportionnée au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée et familiale, l'autorité chargée de la délivrance des visas peut se fonder, pour rejeter la demande dont elle est saisie, non seulement sur 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 d'accueil de celui-ci en France seraient, compte tenu notamment des ressources et des conditions de logement du titulaire de l'autorité parentale, contraires à son intérêt » (Conseil d'État, n° 337091, 13 juillet 2010).

Ce considérant de principe est repris dans de nombreux arrêts, étant précisé que c'est sur le fondement d'un erreur d'appréciation que la juridiction administrative se place majoritairement.

La situation des enfants recueillis en kafala est donc très diverse, selon qu'ils sont accueillis dans leur famille élargie et disposent de parents biologiques ou ont été abandonnés dès leur naissance dans des circonstances souvent imprécises et sont recueillis par des kafils qui ont un projet d'adoption.

À cela s'ajoute des variantes géographiques relevées par certains auteurs. Selon T Oubrou³⁴, « *Un fait remarquable est à soulever : dans la même région (Haute-Vienne), on trouve des makfûls qui viennent tous de la même région, Mostaganem en Algérie, plus précisément. On est alors en droit de soupçonner un certain « trafic », surtout lorsque l'on sait qu'une seule personne, pourtant pauvre, peut avoir l'autorisation de prendre en charge plusieurs mineurs (makfûls). Peut-être l'ambiguïté des conventions signées entre les deux pays explique-t-elle ces aberrations. Dans un rapport consacré à l'exclusion, le comité économique et social du Limousin soulignait que « du fait de la méconnaissance du phénomène », la kafala constituait une véritable bombe à retardement et que « la réalité de l'importance des enfants de la kafala à Limoges [soulevait] de nombreuses interrogations ». En 2005, le nombre de ces enfants est évalué entre deux cents et six cents dans le département, et principalement à Limoges. Cette approximation en dit long sur le flou juridique et social dans lequel ces enfants vivent en France, même l'adoption simple ou même plénière ne règlera pas ce problème. On trouve un phénomène relativement similaire dans la région de Libourne, où vit une communauté d'origine marocaine, issue presque toute d'une même région du Maroc ».*

³² *Actualité juridique Famille* 2011, p. 421, « à propos de la proposition de loi du 10 mars 2011 relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala ».

³³ *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009, « La kafala et le juge administratif : court séjour au pays de l'insécurité juridique », O. Dubos.

³⁴ *Ibid.*, *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009.

1.4. *La difficile qualification de la kafala*

Le rattachement de la kafala à une catégorie déjà existante en droit français reste insatisfaisant. En effet, la tutelle ou la délégation d'autorité parentale ne sont pas équivalentes à cette mesure de protection spécifique.

Les internationalistes raisonnent en grandes catégories de rattachement³⁵. La kafala pourrait ainsi entrer dans la catégorie du statut personnel, soumise à la loi dont l'individu a la nationalité.

Situation de fait soumise aux juridictions sans qu'un contrôle préalable n'intervienne lors de l'entrée sur le territoire de l'enfant, comme en matière d'adoption internationale, il est tentant d'éviter la spécificité de cette institution, d'en oublier le contenu et de considérer la situation de l'enfant au regard du seul droit français.

La doctrine, qui reconnaît la spécificité de cette institution, propose de lui laisser produire ses effets sans la contraindre, en la dénaturant, à entrer dans une catégorie connue de notre droit national :

« *On se heurte 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 kafala avec ses effets propres sans chercher à lui donner une qualification franco-française* »³⁶.

Certains auteurs ont clairement énoncé que la kafala n'était pas un « *chemin indirect de l'adoption* »³⁷.

2. La kafala et les conventions internationales

2.1. *La kafala et la Convention internationale des droits de l'enfant*

Dans son article **3-1, dont la première chambre de la Cour a consacré**, par ses arrêts du 18 mai 2005 (pourvoi n° 02-20.613, *Bull.* 2005, I, n° 212, pourvoi n° 02-16.336, *Bull.* 2005, I, n° 211) et ses arrêts subséquents (14 juin 2005, pourvoi n° 04-16.942, *Bull.* 2005, I, n° 245, 13 juillet 2005, pourvoi n° 05-10.519, *Bull.* 2005, I, n° 334, 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-17.912, *Bull.* 2005, I, n° 434), **l'applicabilité directe**, la Convention prévoit que :

« *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ».

L'article **20** de la Convention précitée envisage de façon spécifique le cas des enfants séparés de leurs parents, et pour lesquels une protection de remplacement doit intervenir. Dans son alinéa 3, il dispose :

« *Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la "kafala" de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique* ».

L'article **21, qui concerne l'adoption**, distingue bien les pays dans lesquels elle est admise, puisqu'il commence par ces termes :

« *Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale...* »

En conséquence, la Convention prend clairement en considération le respect de la loi nationale de l'enfant et distingue la protection de l'enfant de son adoption, qui ne peut intervenir que si les États l'admettent ou l'autorisent, ce qui n'est pas le cas de la quasi majorité des pays de droit musulman.

2.2. *La kafala et la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*

Dans son article 2, alinéa 2, la Convention précise qu'elle « *ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation* ».

Il est précisé dans le rapport explicatif que :

« *Le deuxième paragraphe de l'article 2 montre clairement que la Convention s'applique à tous les types d'adoption qui entraînent l'établissement d'un lien de filiation, et cela que le lien juridique préexistant entre l'enfant et ses parents soit totalement rompu (adoption plénière) ou ne le soit que partiellement (adoption simple ou limitée). La Convention ne s'applique cependant pas aux « adoptions », qui ne sont des adoptions que de nom et n'établissent pas de lien de filiation* ».

La kafala n'entre donc pas dans le champ d'application de la Convention.

Il convient toutefois de préciser que **cette Convention instaure un mécanisme de contrôle, reposant sur les autorités centrales des pays d'origine et d'accueil, ayant pour finalité notamment de lutter contre les trafics illicites d'enfants, de veiller au caractère subsidiaire de l'adoption internationale et à la régularité du consentement donné par les parents biologiques.**

Ce dispositif exclut notamment toute prise de contact direct entre la famille adoptive et l'enfant ou ses parents de naissance, un tel apparemment direct étant souvent source de dérives. S'agissant des enfants sans filiation connue recueillis en kafala, aucune médiation institutionnelle n'intervient, les familles se rendant directement sur place. L'encadrement nécessaire à la régularité d'une adoption internationale est en conséquence ignoré.

³⁵ *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009, « *La kafala et le droit international privé : besoin de qualification* », S. Sana-Chaille de Nere.

³⁶ « *La recherche d'équivalent ; l'autorité parentale* », A. Gouttenoire, M. Lamarche, *Droit de la famille*, janvier 2009.

³⁷ J. Hauster, *Droit de la famille*, 2009, n° 1.

2.3. *La kafala et 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*

Cette Convention, entrée en vigueur au Maroc le 1^{er} décembre 2002, applicable en France à compter du 1^{er} février 2011, **a pour objet de déterminer et d'assurer la mise en œuvre des mesures de protection prises à l'égard des mineurs** (droit de garde, tutelle ou curatelle, placement de l'enfant, administration de ses biens).

L'article 4 de la Convention exclut de son domaine d'application : l'établissement et la contestation de la filiation, l'adoption, le nom et prénom de l'enfant, l'émancipation, les obligations alimentaires, les successions...

La kafala entre, en revanche, explicitement dans le champ d'application de la Convention, qui, dans son article 3, dispose que « *les mesures prévues peuvent porter notamment sur [...] le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement, ou son recueil légal par kafala ou par une institution analogue* ».

Dans le rapport explicatif, Paul Lagarde relève, après avoir fait mention des documents déposés par la délégation marocaine, que « *La kafala n'est pas une adoption, interdite par le droit islamique, et elle ne produit aucun effet quant à la filiation. L'enfant qui en bénéficie ne devient pas membre de la famille du kafil, et c'est la raison pour laquelle la kafala n'est pas couverte par la Convention sur l'adoption du 29 mai 1993. Mais c'est indiscutablement une mesure de protection, qui, à ce titre, doit entrer dans le champ d'application d'une convention sur la protection des enfants* ».

3. La kafala et le législateur français

3.1. *La loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*

L'objectif principal de cette loi était de fixer une règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale.

L'article **370-3 du code civil** dispose, dans son deuxième alinéa, que « ***l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France*** ».

Le législateur a pris en considération, pour poser **cette règle de conflit de lois en matière d'adoption internationale**, le caractère particulièrement délicat d'une question où interfèrent « *les relations inter-étatiques, les questions juridiques complexes et les relations humaines chargées d'affectivité* »³⁸.

La commission des lois du Sénat a ainsi estimé « *qu'il était très difficile de ne pas se rallier à l'interdiction d'adopter des enfants de statut personnel prohibitif, tels les enfants soumis au droit coranique. [La commission] n'a pas jugé souhaitable d'imposer unilatéralement l'application du droit français à des États ayant des conceptions différentes des nôtres* ».

La commission des lois poursuit en relevant que « *même si la clarification apportée par la proposition de loi est douloureuse* », il ne lui semble pas souhaitable d'imposer unilatéralement l'application du droit français à des États étrangers cultivant une conception contraire à la nôtre, à partir du moment où cette conception n'est pas contraire à notre ordre public. Or, la Cour de cassation a reconnu que l'interdiction d'adoption n'était pas contraire à l'ordre public français (1^{re} Civ., 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-20.345, *Bull.* 1999, I, n° 282).

La règle prohibitive posée par le législateur français a pour finalité de ne pas imposer unilatéralement une conception européenne de l'adoption, mais aussi de ne pas aboutir à ce que l'enfant ait un statut « boiteux ». Sa qualité d'enfant adopté n'ayant pas vocation à être reconnue dans son pays d'origine, quand bien même un retour paraîtrait hypothétique, il convient de relever que les instruments internationaux existant en matière d'adoption internationale veillent à conserver à l'enfant un statut personnel unique et reconnu tant dans son pays de naissance que dans celui de sa résidence, la coexistence de deux statuts personnels différents ayant toujours été présentée comme un écueil à éviter.

Dans son article sur « *la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification* », P. Lagarde³⁹ relève, s'agissant de l'interdiction posée par le Sénat : « *le Sénat, qui est à l'origine de cette règle, a visiblement craint que le rattachement subsidiaire à la loi française en cas de simple résidence en France de l'enfant ne soit une incitation à provoquer frauduleusement le déplacement en France de l'enfant et ne suscite un contentieux sur les conditions dans lesquelles la venue en France de l'enfant s'est produite* ».

3.2. *Les critiques et initiatives parlementaires prises en faveur notamment d'une abrogation de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil*

Déjà, lors de l'adoption de la loi du 6 février 2001, **les associations de parents adoptifs s'étaient opposées à cette disposition, au motif qu'elle serait contraire à l'intérêt de l'enfant**, voire discriminatoire à l'égard des enfants de statut prohibitif, qui seraient de ce fait exclus de l'adoption.

Dans ses recommandations, le **rapport sur l'adoption de J.-M. Colombani**⁴⁰, après avoir précisément analysé les situations, quelque peu différentes, des kafalas marocaines et algériennes et reçu les associations regroupant des parents ayant recueilli des enfants en kafala, concluait :

« *S'il ne paraît pas possible de revenir sur l'article 370-3 du code civil et de donner à un enfant recueilli en kafala un statut d'adopté que ne reconnaît pas sa loi personnelle, une coopération avec les deux principaux pays concernés, à savoir l'Algérie, notamment le Maroc, paraît devoir être recherchée.*

³⁸ Cf. rapport fait au nom de la commission des lois par Nicolas About, sénateur.

³⁹ *Revue critique de droit international privé* 2001, p. 275.

⁴⁰ La Documentation française, mars 2008, Annexe IV, spécialement p. 116.

Si l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 permet aux enfants recueillis en kafala de bénéficier d'une mesure de regroupement familial en France, si, par ailleurs, les autres conditions du regroupement familial sont remplies (ressources, logement, etc.), pour le Maroc, aucune disposition de cette nature ne figure dans l'accord bilatéral franco-marocain du 9 octobre 1987 [...] Il convient donc d'étudier l'aménagement de cet accord afin de permettre un tel regroupement ».

Saisi à son tour, le **médiateur de la République** a été plus radical dans ses propositions de réforme (10-R.009) et a conclu :

« Dans le prolongement des réunions du groupe de travail consacré à la kafala constitué à son initiative, le médiateur de la République a décidé de soumettre aux pouvoirs publics une proposition de réforme préconisant les mesures suivantes :

- *définir une procédure d'agrément applicable à la kafala, susceptible de garantir les bonnes conditions d'accueil de ces enfants et de sécuriser la compétence des conseils généraux ;*
- *prévoir que les enfants recueillis en application d'une décision de kafala judiciaire par des personnes résidant régulièrement en France sont éligibles à la procédure de regroupement familial, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État ;*
- *édicter un texte précisant et rendant opposable de plein droit les effets juridiques de la kafala en France, notamment au regard de l'exercice de l'autorité parentale ;*
- *supprimer le délai de résidence de cinq ans fixé par l'article 21-12 du code civil pour solliciter la nationalité française au bénéfice des enfants recueillis par kafala judiciaire et élevés par une personne de nationalité française, la possession de celle-ci étant pour eux le seul moyen d'être éligible à l'adoption ;*
- *inviter le législateur à reconsidérer l'interdiction d'adopter un enfant étranger lorsque la loi de son pays d'origine n'autorise pas l'adoption (interdiction posée par l'article 370-3, alinéa 2, du code civil) pour, à minima, ouvrir l'accès à l'adoption simple pour les enfants recueillis par kafala judiciaire ».*

Dans le rapport n° 4330 de Mme Tabarot, présenté lors de l'examen par l'Assemblée nationale de la **proposition de loi sur l'enfance délaissée**, il était précisé :

« Lors de la table ronde organisée par votre commission spéciale sur la kafala le 24 janvier 2012, les difficultés rencontrées dans notre pays par les enfants kafales et leurs familles ont été exposées. Soucieux de répondre de manière efficace et pragmatique à ces problèmes, les membres de la commission spéciale ont décidé, sur proposition de votre rapporteure, de réfléchir, d'ici l'examen du texte en séance publique, à un dispositif juridique. Parmi les pistes de réflexion figure le rapprochement du régime de la kafala judiciaire de celui de l'adoption simple ».

Les amendements présentés visant à supprimer le délai de cinq ans prévu à l'article 21-12 du code civil à l'égard des enfants recueillis en kafala n'ont pas été retenus par la commission. Aucune date n'est fixée pour l'examen de ce texte.

Enfin, une **proposition de loi spécifique relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala a été déposée au Sénat** (n° 353) le 10 mars 2011 par M. Milon. Elle vise à supprimer l'article 370-3, alinéa 2, du code civil et à étendre le bénéfice de l'article 21-12, alinéa premier, du code civil aux enfants recueillis en kafala, qui, comme les adoptés simples, ne seraient plus soumis au délai de cinq ans. Aucune suite n'a été donnée à cette proposition.

Dans un article publié dans la revue *Droit de la famille*, n° 6, en juin 2011, M. Bruggeman précisait, s'agissant de cette nouvelle proposition de loi :

*« Le succès du texte déposé demeure évidemment incertain s'agissant d'une proposition de loi. Rappelons par ailleurs que, bien que ses auteurs l'aient expressément placé sous l'égide de la **Convention internationale des droits de l'enfant**, celle-ci n'exige pas des États qu'ils transforment la kafala, qu'elle reconnaisse comme une mesure pérenne de protection de l'enfant sans famille, en adoption ni bien sûr qu'ils enseignent pour cela les principes les mieux établis du droit international privé ».*

E. Massalve et C. Corso⁴¹ font état de leurs doutes quant à la suppression de l'article 370-3, alinéa 2, et à la conversion revendiquée de la kafala en adoption :

« Une fois la nationalité française obtenue, la prohibition pourrait être contournée, l'enfant devenant adoptable, de manière assez contestable nous semble-t-il. En effet, reste posée la question du consentement du représentant légal de l'enfant à l'adoption. Selon l'article 370-3, alinéa 3, du code civil, le consentement doit être donné quelle que soit la loi applicable ».

Il s'agit de disposition de droit matériel dont il n'est pas possible de s'affranchir. Le consentement doit être libre, obtenu sans contrepartie et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier sur la rupture complète et irrévocable du lien de filiation en cas d'adoption plénière. **Or le représentant légal de l'enfant, l'institution étrangère dans le cas des enfants abandonnés, peut-il valablement consentir à une adoption dès lors qu'elle est prohibée par le droit auquel il est soumis ?** Pour contourner cette difficulté, certains parents recueillants sont tentés, dès lors qu'une tutelle est ouverte en France, de se tourner vers le conseil de famille pour recueillir son consentement à l'adoption. Heureusement, la Cour de cassation refuse de suivre cette voie en considérant que, *« même lorsque les conditions de l'adoption sont régies par la loi française des adoptants, le consentement exprès et éclairé des parents de l'enfant, qui peut être recueilli par tous moyens, est une exigence de droit matériel qui ne peut être satisfaite par une délibération du conseil*

⁴¹ *Op. cit.*, note 32.

de famille selon la loi française ». Cela étant, la Cour de cassation a admis le consentement du conseil de famille à l'adoption d'un enfant rwandais devenu français (1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-02.630, *Bull.* 2003, I, n° 194). Cet arrêt est cependant à prendre avec réserve, car il tenait compte du contexte particulier d'un enfant recueilli pendant le génocide au Rwanda sans famille d'origine.

Ces juristes évoquent la nécessité, alors que le processus de l'adoption internationale est très régulé, de soumettre cet accueil aux mêmes exigences :

« Au-delà, il faudrait envisager, à l'instar de la Belgique avec le Maroc, un système de coopération entre la France et le pays d'origine afin d'encadrer les demandes d'adoption dans le respect des principes relatifs à l'adoption internationale. Ceci afin d'empêcher, sauf exception, les démarches individuelles directes dans le pays d'origine de l'enfant et les contacts préalables entre les candidats à l'adoption et les dépositaires de la garde ».

4. La jurisprudence française après la loi du 6 février 2001

La Cour de cassation, qui avait, avant la loi du 6 février 2001, dissocié, s'agissant des pays de statut prohibitif, le consentement de la loi nationale de l'adopté, a, depuis son entrée en vigueur, fait application de ce texte dans plusieurs arrêts.

4.1. Les arrêts de la première chambre civile du 10 octobre 2006 (*Bull.* 2006, I, n° 431 et 432)

Le ministère de la justice a eu connaissance de décisions des juridictions du fond qui, en dépit de la règle de conflit de lois clairement posée dans le nouvel article 370-3, alinéa 2, du code civil, avaient prononcé des décisions, dont il n'avait pas été relevé appel, d'adoption simple sur des recueils en kafala.

Saisie de deux pourvois dans l'intérêt de la loi, la première chambre, dans **deux arrêts du 10 octobre 2006 (pourvois n° 06-15.264, *Bull.* 2006, I, n° 431, et 06-15.265, *Bull.* 2005, I, n° 432)**, concernant un recueil en kafala marocain et un recueil en kafala algérien, a jugé, au visa de l'article 370-3 alinéa 2 du code civil :

« Attendu que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ;

Attendu que les époux A..., titulaires d'un agrément délivré le 4 avril 2000 pour une durée de cinq ans, ont recueilli en kafala, par un jugement algérien du 30 décembre 2003, l'enfant Hichem, né le 28 juin 2002 en Algérie et abandonné par sa mère biologique ; qu'ils ont saisi le juge français d'une requête en adoption plénière de l'enfant ;

Attendu que pour prononcer l'adoption simple, subsidiairement demandée en appel, l'arrêt attaqué, après avoir relevé que la loi personnelle de l'enfant interdisait l'adoption, retient que la loi algérienne, sous le nom de kafala ou recueil légal, connaît une institution aux effets similaires à ceux d'une adoption simple ;

Qu'en statuant ainsi, **alors que, selon ses propres constatations, la loi algérienne interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, la cour d'appel a violé le texte susvisé** » (pourvoi n° 06-15.265, *Bull.* 2006, I, n° 432).

La Cour rappelle le contenu de la loi française et constate que l'enfant n'entre pas dans le cas dérogatoire prévu, n'étant pas né et ne résidant pas habituellement sur le territoire.

Ces décisions ont été commentées notamment par M. Farge⁴², qui se pose, dans un article paru au *Droit de la famille*, n° 4, avril 2007, commentaire n° 96, la question de savoir quelle sera la situation de l'enfant recueilli, une fois qu'il aura obtenu la nationalité française en application de l'article 21-12 du code civil ; le raisonnement suivant s'inscrit dans la problématique soumise à la Cour dans le présent avis :

« **Une fois la nationalité française acquise, la situation paraît libérée de l'élément d'extranéité qui entraînait la prise en considération de la loi étrangère prohibitive : l'adoption pourrait alors être intégralement soumise au droit français. Juridiquement, la figure est complexe. Elle s'analyse comme un conflit mobile : la nationalité de l'enfant, facteur de rattachement subordonnant la prise en considération de la loi étrangère restrictive, a changé. Il faut alors déterminer s'il faut continuer à se référer à la loi ancienne. Comme l'institution de l'adoption est tournée vers l'avenir, ainsi que le révèle la règle de conflit, qui confère un rôle prééminent à la loi de l'adoptant (v. 370-3, alinéa premier, du code civil), le changement de nationalité doit chasser la consultation de loi ancienne afin de ne pas figer l'enfant dans un statut qui ne correspond plus à son environnement socio-juridique. Reste que cette méthode pourra rencontrer deux écueils** ».

5. D'une part, la modification de l'élément de rattachement ne risque-t-elle pas d'être taxée de fraude ? [cité *supra* au III. B. 3.1]

6. D'autre part et surtout, le changement de nationalité de l'enfant ne suffit pas à le rendre adoptable, encore faut-il respecter les droits de son éventuelle famille d'origine. Dans cette ligne, la Cour de cassation a déjà approuvé des juges du fond pour avoir décidé qu'une adoption prononcée sans le recueil préalable du consentement à l'adoption des représentants légaux de l'enfant était contraire à l'ordre public (1^{re} Civ., 18 juillet 2000 : *RJPF*, janvier 2001, p. 43, note M.-C. Le Boursicot). Autrement dit, si l'alinéa 2 de l'article 370-3 a pu être chassé par le changement de nationalité, l'adoption demeure subordonnée au respect de l'alinéa 3 du même texte : « *Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant [...]* ». C'est dire qu'outre l'acte de kafala, les « recueillants » devront disposer d'un document comportant un consentement éclairé à l'adoption. Et, pour apprécier le consentement à

⁴² *La Semaine juridique, édition générale*, n° 18, 2 mai 2007, II, 10072. Pas de passerelle entre la kafala et l'adoption.

l'adoption de l'enfant, même recueilli en France et devenu français, il faudra se référer à la jurisprudence subtile, sinon incertaine, initiée par les arrêts Torlet, Pistre et Fanthou (précités). À cet égard, les dernières décisions, rendues à l'occasion d'adoptions sollicitées avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2001, ne semblent plus opérer de distinction selon la personne (famille par le sang ou autorité publique) qui a consenti à l'adoption. Pareille distinction était choquante, puisqu'elle conduisait à interdire systématiquement (par respect de la *lex auctoris*) l'adoption des enfants abandonnés ou nés de parents inconnus, c'est-à-dire à refuser l'adoption dans la situation où elle devrait être le plus facilement admise. Aujourd'hui, la question semble dépendre exclusivement de l'appréciation du caractère éclairé du consentement par les juges du fond, lesquels se révèlent, semble-t-il, très exigeants, conformément à l'hostilité, inscrite dans le code civil, à l'égard de l'adoption des enfants à statut prohibitif (v. 1^{re} Civ., 25 janvier 2005, et 1^{re} Civ., 8 mars 2005, *Defrénois* 2005, p. 1219, note M. Revillard ; *JCP* 2005, éd. G, I, 199, obs. Y. Favier ; *Defrénois* 2005, p. 1356, obs. J. Massip ; *Droit de la famille* 2005, comm. 98, obs. P. Murat). Pour ne pas être confrontés à cette jurisprudence, les « recueillants » peuvent, si une tutelle a été ouverte, être tentés de réunir un conseil de famille *ad hoc* pour consentir à l'adoption. Ce consentement peut-il se substituer à celui de la famille d'origine ? Une réponse négative doit logiquement s'imposer. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle déjà jugé que « *même lorsque les conditions de l'adoption sont régies par la loi française des adoptants, le consentement exprès et éclairé des parents de l'enfant, qui peut être recueilli par tous moyens, est une exigence de droit matériel qui ne peut être satisfaite par une délibération du conseil de famille selon la loi française* ».

Dans un arrêt subséquent du **9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20.279, Bull. 2008, I, n° 198**, la première chambre de la Cour, **s'agissant du jugement algérien de kafala de l'enfant, dont la seconde demande d'adoption fait l'objet de la présente demande d'avis**, a cassé un arrêt confirmatif ayant prononcé l'adoption plénière en reprenant les mêmes motifs : « *la loi algérienne interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'était pas né en France* ».

E. Fongaro⁴³ se pose aussi les mêmes questions relatives au statut du makfoul ayant obtenu la nationalité française :

« *Cependant, il importe de souligner que l'acquisition de la nationalité française sur le fondement de l'article 21-12 du code civil ne permettra pas nécessairement de résoudre toutes les difficultés inhérentes à l'adoption projetée. Il convient en effet de tenir compte, même une fois l'enfant devenu français, de la règle de droit matériel de l'article 370-3, alinéa 3, selon laquelle, quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement de représentant légal de l'enfant ; lequel consentement "doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant". Mais comment obtenir un tel consentement éclairé sachant que l'adoption est prohibée par le droit local ? Sur ce point, il semble exclu, lorsque l'enfant a été placé en kafala par sa famille d'origine, de substituer au consentement de cette famille celui d'un conseil de famille constitué ad hoc. Tel est le sens de la jurisprudence de la Cour de cassation, pour laquelle "même lorsque les conditions de l'adoption sont régies par la loi française des adoptants, le consentement exprès et éclairé des parents de l'enfant, qui peut être recueilli par tous moyens, est une exigence de droit matériel qui ne peut être satisfaite par une délibération du conseil de famille selon la loi française" (1^{re} Civ., 22 octobre 2002 : *JCP* 2003, éd. G, I, 148, n° 6, note Y. Favier ; *RJPF* 2003-1/31, p. 19, obs. M.-C. Le Boursicot)* ».

La première chambre de la Cour a aussi repris sa jurisprudence énoncée dans ses arrêts du 10 octobre 2006 et dans un arrêt du 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.034, *Bull.* 2009, I, n° 17.

4.2. *L'arrêt de la première chambre du 25 février 2009 (pourvoi n° 08-11.033, Bull. 2009, I, n° 41) : la compatibilité de l'article 370-3, alinéa 2, avec la CEDH et les conventions internationales*

Ce nouveau pourvoi avait posé à la Cour la question de la compatibilité de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, interdisant le prononcé d'une adoption pour les enfants de statut prohibitif, avec les articles 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) du 20 novembre 1989 et les articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Il s'agissait en l'espèce d'un enfant, né en Algérie, sans filiation connue, et dont la recueillante sollicitait l'adoption plénière et, à défaut, l'adoption simple.

La première chambre a jugé : « *Mais attendu qu'après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, celle-ci n'ayant vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, c'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci que la cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, a rejeté la requête en adoption, dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci* ».

Cette décision a fait l'objet d'une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui a statué, le 4 octobre 2012, dans une décision Harroudj/France.

⁴³ *JDI Clunet*, n° 1, janvier 2009, 2.

Elle a été reprise dans des termes quasi identiques dans un arrêt du 15 décembre 2010 (pourvoi n° 09-10.439, Bull. 2010, I, n° 265), le début de la motivation (« c'est sans méconnaître l'intérêt primordial de l'enfant ») répondant expressément à la deuxième branche du moyen, qui invoquait une violation de l'article 3-1 de la CIDE (cf. 2.1).

5. La jurisprudence européenne : l'arrêt Harroudj/France du 4 octobre 2012 (requête n° 43631/09)⁴⁴, une appréciation positive du dispositif français

La Cour européenne (cinquième section), dans une formation de sept juges, a dit, à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 8 de la Convention.

Elle a repris et validé le raisonnement suivi par la première chambre dans son arrêt du 25 février 2009.

La Cour européenne donne en outre quelques éléments de contexte :

« 21. **Sur les vingt-deux États contractants ayant fait l'objet d'une étude de droit comparé (Albanie, Allemagne, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Danemark, Espagne, Finlande, Géorgie, Grèce, Irlande, Italie, ex-République yougoslave de Macédoine, Pays-Bas, Royaume-Uni, Russie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine), où, compte tenu des facteurs historiques, soit la majorité de la population est traditionnellement musulmane, soit il y a une communauté ou des communautés musulmanes suffisamment importantes, aucun n'assimile une kafala établie à l'étranger à une adoption.** Là où les tribunaux internes ont reconnu les effets d'une kafala prononcée à l'étranger, ils l'ont toujours assimilée à une tutelle, une curatelle ou un placement en vue de l'adoption ».

Elle précise que, dans certains pays, souvent cités en exemple, comme la Belgique, une procédure spécifique et stricte a été mise en place, passant par un accord préalable du pays d'accueil et d'origine, qui n'est pas sans rappeler la procédure suivie par la convention de La Haye de 1993 :

« 22. Dans le droit interne des États examinés par la Cour, les règles de conflit de lois en matière d'adoption ne sont guère uniformes. Ils peuvent être repartis en quatre groupes, à savoir :

a) les États privilégiant la loi du for (là où l'adoption a lieu) ;

b) les États privilégiant la loi nationale de l'adopté ;

c) les États privilégiant la loi nationale de l'adoptant ;

d) les États opérant une approche cumulative (c'est-à-dire exigeant que les conditions posées tant par la loi nationale de l'adoptant que celle de l'adopté soient remplies). Dans neuf États (Belgique, Danemark, Finlande, Grèce, Irlande, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse), la loi nationale de l'adopté ne constitue réellement ou apparemment pas un obstacle à l'adoption. Toutefois, dans certains de ces États (Finlande, Suisse, Danemark, Suède, Belgique), la législation ou la pratique internes expriment une certaine réticence face à l'adoption d'enfants en provenance de pays interdisant l'adoption - par exemple, en imposant des conditions supplémentaires dans une telle hypothèse. Ainsi, en Belgique, une disposition spécifique a été introduite dans le code de droit international privé en décembre 2005, qui vise les « 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 et l'adoption elle-même ne sont pas interdits, mais sont soumis à une procédure stricte, comprenant notamment un rapport adressé par l'État d'origine de l'enfant à l'État belge, la preuve du consentement de l'enfant s'il a atteint l'âge de douze ans ainsi que l'accord des autorités d'origine et des autorités belges pour confier l'enfant aux adoptants ».**

Sur le fond, après avoir rappelé que l'article 8 de la Convention ne garantit ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter et que celle-ci ne doit pas être interprétée isolément mais en harmonie avec les principes généraux du droit international, la Cour européenne, se plaçant sous l'angle des obligations positives, constate qu'il n'y a pas de communauté de vue entre les États, qui disposent en conséquence d'une marge d'appréciation ample.

Elle précise :

« 50. **Il résulte de ce qui précède que le refus opposé à la requérante tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales.** Or, la Cour considère que la reconnaissance de la kafala par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les États la réceptionnent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de loi qui se présentent.

51. [...] L'ensemble des éléments examinés ci-dessus fait apparaître que l'État défendeur, appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une **articulation flexible** entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national. La Cour relève à ce titre que le statut prohibitif de l'adoption résulte de la règle de conflit de lois de l'article 370-3 du code civil, mais que le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française. C'est ainsi, d'une part, que la règle de conflit est écartée explicitement par ce même article 370-3 lorsque « le mineur est né et réside habituellement en France ». D'autre part, **cette règle de conflit est volontairement contournée par la possibilité ouverte à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française.** La Cour observe à ce titre que l'État défendeur soutient sans être démenti que la jeune Hind pourrait déjà bénéficier de cette possibilité.

⁴⁴ Communiqué de presse du greffier de la CEDH 366 (2012) : « Conformément aux dispositions des articles 43 et 44 de la Convention, cet arrêt de chambre n'est pas définitif. Dans un délai de trois mois à compter de la date de son prononcé, toute partie peut demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour ».

La Cour estime **qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante.**

52. Dans ces conditions, et après avoir rejeté l'exception du gouvernement déduite du non-épuiement des voies de recours internes, dont ne fait pas partie l'acquisition de la nationalité française, la Cour conclut, eu égard à la marge d'appréciation de l'État en la matière, qu'il n'y a pas eu manquement au respect du droit de l'intéressée à sa vie familiale. Partant, il n'y a pas eu de violation de l'article 8 de la Convention ».

B. - L'acquisition de la nationalité française et ses conséquences en matière d'adoption internationale

1. Les textes relatifs à l'acquisition de la nationalité française à raison du recueil en France

Aux termes de l'article 21-12 du code civil (loi n° 73-42 du 9 janvier 1973), « *l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française peut, jusqu'à sa majorité, déclarer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants, qu'il réclame la qualité de Français, pourvu qu'à l'époque de sa déclaration il réside en France* ».

(Loi n° 98-170 du 16 mars 1998) « *Toutefois, l'obligation de résidence est supprimée lorsque l'enfant a été adopté par une personne de nationalité française n'ayant pas sa résidence habituelle en France* » - Entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1998.

Peut, dans les mêmes conditions, réclamer la nationalité française :

1° (Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003) « *l'enfant qui, depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou qui, depuis au moins trois années, est confié au service de l'aide sociale à l'enfance* »⁴⁵ ;

2° L'enfant recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq années au moins, une formation française (loi n° 93-933 du 22 juillet 1993) « *soit par un organisme public, soit par un organisme privé présentant les caractères déterminés par un décret en Conseil d'État* ».

Aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 17-3 du code civil, « *les demandes en vue d'acquérir, de perdre la nationalité française ou d'être réintégré dans cette nationalité, ainsi que les déclarations de nationalité, peuvent, dans les conditions prévues par la loi, être faites, sans autorisation, dès l'âge de seize ans.*

Le mineur âgé de moins de seize ans doit être représenté par celui ou ceux qui exercent à son égard l'autorité parentale ».

Aux termes de l'article 16 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993, relatif aux déclarations de nationalité, aux décisions de naturalisation, de réintégration, de perte, de déchéance et de retrait de la nationalité française susvisé, « *pour souscrire la déclaration prévue à l'article 21-12 du code civil, le déclarant doit fournir les pièces suivantes : [...] 4 ° Lorsque le déclarant est un enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française, les actes de l'état civil ou tous documents émanant des autorités françaises de nature à établir que cette personne possède la nationalité française (décret n° 2005-25 du 14 janvier 2005) ainsi que tout document justifiant que l'enfant a été recueilli en France et élevé par cette personne depuis au moins cinq années* ».

2. La mise en œuvre de l'article 21-12, alinéa 3, 1°, du code civil

2.1. La circulaire (JUSC 1017281 C n° Civ/08/10) du 11 juin 2010 relative à la réception et enregistrement des déclarations de nationalité française par les greffiers en chef

Cette circulaire, en son point 3.1.2., 2°, relatif à l'article 21-12, alinéa 3, 1°, du code civil énonce⁴⁶ :

« 3.1.2. *Déclaration en vue de réclamer la nationalité française pour l'enfant par application de l'article 21-12 du code civil.*

Cette déclaration, dont les modalités de souscription sont énoncées par l'article 16 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993, s'adresse à l'enfant qui a fait l'objet d'une adoption simple par une personne de nationalité française (1°), ou bien a été recueilli par une personne de nationalité française (2°) ou par l'aide sociale à l'enfance (3°).

[...]

2° *Recueil d'au moins cinq ans par une personne de nationalité française.*

L'enfant recueilli et élevé pendant au moins cinq ans par une personne de nationalité française peut également souscrire cette déclaration. La notion de recueil recouvre la situation d'un enfant pris en charge par une personne de nationalité française. Il n'est pas requis que l'enfant soit détaché de son milieu familial. Ainsi le recueil par des membres de la famille de l'enfant ou par kafala ouvre la faculté de souscrire cette déclaration.

Aux termes de l'article 16-4 du décret n° 93-1362 du 30 décembre 1993, il appartient au déclarant de produire tout document justifiant que l'enfant a été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française depuis au moins cinq années. À ce titre, il pourra être produit l'acte judiciaire ou administratif de recueil, les certificats de scolarité de l'enfant, le justificatif de la prise en charge de l'enfant par les organismes sociaux dont dépend le recueillant.

⁴⁵ Ancien article 21-12, 1° : l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ou confié au service de l'aide sociale à l'enfance.

⁴⁶ Le texte est souligné pour les besoins du rapport.

Si le recueillant est de nationalité étrangère au moment du recueil et s'il n'acquiert la nationalité française que postérieurement, la déclaration ne pourra être souscrite qu'après un délai de cinq ans courant à compter de l'acquisition de la nationalité française du recueillant.

Dans le cadre d'une kafala, les effets diffèrent en fonction du contenu de la décision et de la situation de l'enfant recueilli. La décision de kafala, dès lors qu'elle a été régulièrement prise par l'autorité publique, a vocation à être reconnue de plein droit en France, sans qu'une procédure d'exequatur soit nécessaire. La personne investie de la kafala (le kafil) est considérée comme exerçant l'autorité parentale sur l'enfant⁴⁷. Lorsque les attributs de cette autorité ont été transférés au kafil, sans renoncement définitif des parents à les exercer, la kafala peut être assimilée à une délégation d'autorité parentale. Dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue, ou orphelins, la kafala produira en France les effets d'une tutelle (sans conseil de famille). Le recueillant est dès lors en capacité de procéder à la déclaration visée à l'article 21-12, alinéa 3, 2^o, du code civil. En revanche, dans le cas d'une kafala non judiciaire, le recueillant devra produire une décision de délégation d'autorité parentale ou une décision l'autorisant à souscrire cette déclaration ».

2.2. La jurisprudence de la Cour de cassation

La première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « le seul acte de kafala ne suffit pas à établir le recueil effectif de l'enfant, pas plus qu'un recueil épisodique, avec résidence alternativement en France et dans le pays d'origine » (1^{re} Civ., 14 avril 2010)⁴⁸.

Selon S. Corneloup⁴⁹, l'approche de la Cour de cassation se caractérise par le refus d'apporter une solution de principe, qui jouerait de façon mécanique et généralisée. « Tout est question d'espèce. L'acte de kafala ne suffit pas à établir à lui seul que l'enfant est recueilli et élevé en France. Il faut encore vérifier si telle était bien la situation en l'espèce. Cette solution empreinte d'un certaine casuistique nous semble bien convenir à la réalité de la kafala » (cf., sur ce point, III. A., 1.3).

Le 4 juin 2012, la Cour de cassation a rendu l'avis (n° 01-20.004, BICC n° 766, du 15 juillet 2012, p. 5 et suivantes) suivant : « Peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du code civil, la nationalité française en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1^o, de ce code l'enfant recueilli en France, depuis au moins cinq années au jour de la déclaration et élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, pourvu qu'à l'époque de celle-ci, il réside en France »⁵⁰.

3. Le changement de statut et l'application de la loi française

3.1. Principes

Selon l'alinéa 2 de l'article 3 du code civil, « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

Aux termes de l'article 22 du code civil, « la personne qui a acquis la nationalité française jouit de tous les droits et est tenue de toutes les obligations attachés à la qualité de Français, à dater du jour de cette acquisition ».

Lorsqu'un individu a plusieurs nationalités, dont la nationalité française, celle-ci est seule prise en considération par les juridictions françaises (1^{re} Civ., 17 juin 1968, Bull. 1968, I, n° 175)⁵¹.

L'arrêt Kasapyan est le « premier à avoir énoncé [...] dans des conditions qui ne prêtent à aucune équivoque » (Batiffol, note Rev. crit 1969.60) la règle qui veut que lorsqu'un individu a plusieurs nationalités, dont la nationalité française, cette dernière soit seule prise en considération par les juridictions françaises⁵².

Il est également rappelé par P. Mayer et V. Heuzé⁵³ comme un « principe de solution traditionnel et général : lorsque l'une des nationalités est celle de l'autorité saisie, elle prévaut systématiquement ».

Le principe de la primauté de la nationalité du for a été appliqué notamment pour déterminer la compétence du juge français, par exemple :

- 27 janvier 1987, pourvoi n° 85-12.324, Bull. 1987, I, n° 27 : « Mais attendu que l'article 15 du code civil édicte une règle de compétence exclusive fondée sur la nationalité française du défendeur et que, dans le cas où celui-ci possède une autre nationalité, seule la nationalité française peut être prise en considération ».

- 1^{re} Civ., 13 octobre 1992, pourvoi n° 90-19.903, Bull. 1992, I, n° 246 : « Mais attendu, d'abord, que l'arrêt a constaté que M. X... avait acquis la nationalité française ; que, dès lors, cette nationalité pouvait seule être prise en compte, par le juge français, saisi directement d'une demande en divorce, qui a, d'ailleurs, fondé sa compétence internationale sur la nationalité française du défendeur ; qu'ainsi, la cour d'appel,

⁴⁷ Analyse confirmée par le représentant du ministère de la justice et des libertés en 2012. Rapport de Mme Tabarot, n° 4330 précité, p. 237 (cf. III A 3.2).

⁴⁸ D. 2010, Actu. 1075, obs. Gallmeister : « On relèvera encore que cette solution, rendue par application de l'article 21-12 dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2004-1119 du 26 novembre 2003, n'est pas remise en question par la nouvelle rédaction de ce texte, qui n'a fait qu'y ajouter une condition de délai : quand bien même l'enfant aurait été recueilli depuis plus de cinq ans, ce recueil pourrait n'avoir été qu'épisodique et, par conséquent, impuissant à justifier l'acquisition de la nationalité française » ; *ibid.*, 1904, obs. Gouttenoire ; RLDC 2010/72, n° 3854, obs. Pouliquen ; Droit de la famille 2010, n° 160, obs. Farge.

⁴⁹ JDI, n° 3, juillet 2010, 10.

⁵⁰ Actualité juridique Famille 2012, 400, obs. Salvage-Gerest.

⁵¹ Les grands arrêts de la jurisprudence française de DIP, 5^e édition, B. Ancel/Y. Lequette n° 46, p. 413 et s. ; Rev. crit. 1969.59, note Batiffol. Voir aussi, pour des solutions antérieures relatives à des recherches judiciaires de paternité avant 1972 en cas d'acquisition de la nationalité française en cause d'appel, arrêts cités au n° 233, Précis Dalloz DIP, Loussaour, Bourel, de Varteilles-Sommières, p. 299, note 1 (9 juin 1921, RCDIP, 1924.73, et 27 mai 1937, RCDIP, 1938.82).

⁵² Voir également n° 412.163, Dalloz action Droit de la famille 2010-2011, op. cit.

⁵³ Droit international privé, Domat, droit privé, 10^e édition, Montchrestien, n° 139, p. 134.

dans la recherche du point de savoir si la loi sénégalaise se reconnaissait compétence, a, sans encourir les griefs du pourvoi, retenu que les époux X... n'avaient pas de loi nationale commune, mais relevaient de lois différentes ».

Ainsi que le rappelle F. Monéger⁵⁴, « *cette règle, qui découle du caractère unilatéral des lois sur la nationalité et du principe de droit international public selon lequel il revient à chaque État de déterminer ses nationaux, figure dans l'article 3 de la Convention de La Haye du 12 avril 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité* ».

Selon cette auteure, ce principe a été réaffirmé en cas de création d'un droit en France, les discussions doctrinales ou les divergences de solution jurisprudentielles portant sur des cas de reconnaissance de droits acquis à l'étranger ou de compétence de juridiction étrangère en cas de nationalité commune de deux États de l'Union européenne.

M. Farge, commentant l'arrêt du 14 avril 2010 précité⁵⁵, relève que « *si on admet que l'acquisition de la nationalité française fait perdre à la situation son caractère international - ou plus précisément que le conflit mobile doit être résolu en faveur de la nouvelle loi personnelle de l'enfant, l'adoption pourra enfin être prononcée sans interférence de l'ancienne loi prohibitive* ».

La modification de l'élément de rattachement ne risque-t-elle pas d'être taxée de fraude à la loi étrangère ? M. Farge répond à cette interrogation⁵⁶ ainsi :

« *Il est en effet acquis que la fraude à la loi étrangère⁵⁷ (en l'occurrence prohibant l'adoption) doit être sanctionnée par le juge, notamment parce qu'elle s'analyse aussi comme une fraude à la règle de droit international privé française (ici, l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, qui impose de prendre en considération la loi prohibitive). Si la fraude était retenue, l'enfant conserverait la nationalité française, mais l'effet recherché, à savoir l'adoption, ne pourrait pas être accordé. Comme souvent, l'élément intentionnel de la fraude peut prêter à discussion. Pour le caractériser, encore faut-il que le changement de l'élément de rattachement ait été inspiré exclusivement par une intention d'éluder les dispositions de la loi fraudée. Le délai d'attente de cinq ans pendant lequel l'enfant doit aujourd'hui être recueilli en France avant de pouvoir réclamer la nationalité française favorise un tel enracinement de l'enfant au territoire français qu'il nous semblerait peu réaliste de considérer que la déclaration de nationalité est exclusivement l'instrument d'une fraude* ».

3.2. Références au principe de l'application de la loi française

Ce principe a été rappelé à de nombreuses reprises par le ministère de la justice, avant d'être soutenu devant la Cour européenne des droits de l'homme (cf. III., A. 5) en réponse à des interrogations sur la situation juridique des enfants recueillis par kafala et sur l'application de l'article 370-3 du code civil :

- Rep. min. n° 63220, JOAN, 11 juillet 2006, p. 7365

« **Ces dispositions, qui s'appliquent à l'enfant recueilli par kafala dont la loi personnelle prohibe l'adoption, ne sont toutefois plus applicables dans l'hypothèse où le mineur acquiert la nationalité française postérieurement à son arrivée en France** ».

- Rep. min. (justice) n° 63221, JOAN, 18 juillet 2006, p. 7621

- Rep. min. (justice) n° 78, n° 293, JO Sénat 30 août 2007, p. 1545

« **Elles cessent toutefois de s'appliquer le jour où le mineur acquiert la nationalité française postérieurement à son arrivée en France, dans les conditions de l'article 21-12 du code civil** ».

- Rep. min. (justice) n° 1013, JO Sénat, 13 septembre 2007, p. 1624

« **Elles prennent fin le jour où le mineur acquiert la nationalité française postérieurement à son arrivée en France, dans les conditions de l'article 21-12 du code civil** ».

- Rep. min. n° 18150, JOAN, 12 août 2008, p. 6984

- Rep. min. (justice) n° 19460, n° 22371, n° 20373, JOAN, 12 août 2008, p. 6985⁵⁸

- Rep. min. n° 3703, n° 3758, n° 3811, JO Sénat, 21 août 2008, p. 1698

- Rep. min. n° 1362, JOAN, 11 août 2009, p. 7979

« *Dès lors que l'enfant a été élevé pendant cinq ans en France par des Français, la nationalité française peut lui être accordée, selon les conditions fixées par l'article 21-12 du code civil. **La loi française lui étant alors applicable, l'enfant devient adoptable.** Ce dispositif, qui garantit le respect du statut personnel de l'enfant et des droits qui en découlent, ne paraît pas devoir être remis en cause* ».

⁵⁴ *Droit international privé*, « cours objectif droit », 5^e édition, Litec.

⁵⁵ *Droit de la famille*, n° 10, octobre 2010, commentaire 160.

⁵⁶ *Droit de la famille*, n° 4, avril 2007, commentaire 96 : « *Aucune passerelle entre la kafala et l'adoption* », commentaire sous l'arrêt du 10 octobre 2006, et *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2008, commentaire 133 : « *Comment accueillir les kafalas musulmanes ?* », commentaire sous l'arrêt du 9 juillet 2008, cités par P. Murat, *Droit de la famille* 2009, dossier n° 8 : « *le refus de la transformation de la kafala en adoption* » : « *la doctrine [...] semble conclure par la négative de même que la chancellerie* ».

⁵⁷ M. Farge cite dans son article « Détermination de la loi applicable », *Daloz action Droit de la famille* 2010-2011, au n° 412 304, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 septembre 2005 (RCDIP 1996 p. 112, note Muir Watt). Dans cette espèce, la reconnaissance mensongère, tendant à conférer artificiellement la nationalité française à l'enfant, visait à soustraire celui-ci à l'empire de sa loi personnelle, au regard de laquelle l'adoption d'un enfant brésilien doit être prononcée par un tribunal de ce pays.

⁵⁸ (Justice) Les trois réponses qui suivent sont identiques.

- Rep. min. (justice) n° 83139, JOAN, 19 octobre 2010, p. 11444

« Il convient de souligner que **si un mineur recueilli par kafala acquiert la nationalité française dans les conditions de l'article 21-12 du code civil, il pourra faire l'objet d'une adoption conformément à la loi française** ».

3.3. La jurisprudence

L'application de ce principe peut être relevée dans plusieurs décisions de cour d'appel (cf. annexe 1).

Dans certains arrêts, en cas de rejet de la demande d'adoption sur le fondement de la loi personnelle du mineur prohibant l'adoption, les cours d'appel font état de la faculté d'adopter après acquisition de la nationalité française (cf. annexe 2).

Toutefois, dans le sens contraire, par arrêt du 25 juin 2012 précité, frappé de pourvoi, la cour d'appel de Nouméa n'a pas fait produire d'effet à l'acquisition de la nationalité française.

3.4. La substitution de la loi française dans un tel cas, seule exception au principe de l'inadoptabilité du mineur de statut prohibitif ?

Le législateur a expressément prévu, à l'alinéa 2 de l'article 370-3 du code civil, de faire produire des effets à la loi du for dès lors que le mineur, dont la loi personnelle prohibe l'adoption, est né et réside en France.

Cette exception est admise dès lors que l'enfant a vocation à acquérir la nationalité française à sa majorité sur le fondement de l'article 21-7 du code civil ou par réclamation à partir de l'âge de 13 ans (article 21-11, alinéa 2, du code civil). Ainsi, l'anticipation de l'acquisition d'un statut permissif a été prise en considération par la loi elle-même.

De plus, le législateur a cantonné le principe du respect de la loi prohibitive à la minorité de l'enfant.

Par arrêt du 6 avril 2011 (pourvoi n° 10-30.821, Bull. 2011, I, n° 73), la Cour de cassation a décidé que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que, l'adopté étant majeur à la date de la requête, la loi française, loi nationale de l'adoptante, était applicable, les dispositions de l'alinéa 2 de ce texte, qui visent exclusivement le mineur étranger, ne pouvant recevoir application.

4. Les conséquences de l'acquisition de la nationalité française sur la procédure d'adoption

La juridiction interroge la Cour de cassation sur l'autorité de la chose jugée d'une décision d'adoption en précisant que la seule difficulté, à laquelle elle se heurte, est relative au fait nouveau invoqué par la requérante, à savoir l'acquisition de la nationalité française de l'enfant dont l'adoption est sollicitée.

Aux termes de l'article 1351 du code civil, « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ».

Les trois conditions légales de l'autorité de la chose jugée sont cumulatives, de sorte qu'est privée de base légale la décision qui accueille la fin de non-recevoir sans en caractériser la réunion (Com., 16 janvier 1980, pourvoi n° 78-12.056, Bull. n° 26).

La question posée par la juridiction a trait au changement de nationalité.

S'il est généralement souligné que la notion d'identité de cause est la plus complexe à appréhender, la jurisprudence ne s'est-elle pas efforcée d'en simplifier l'application ?

Ainsi qu'il est résumé dans la fiche méthodologique élaborée par la Cour de cassation⁵⁹, « l'autorité de la chose jugée apparaît devoir jouer dès lors que la même chose est demandée au sujet des mêmes faits, et la cause, définie de manière purement factuelle, est donc comme absorbée par l'objet ».

La cause étant l'ensemble des faits existants lors de la formation de la demande, la Cour de cassation décide que l'autorité de la chose jugée n'est pas opposable lorsque les faits ont changé depuis le prononcé du premier jugement : par exemple 2^e Civ., 6 mai 2004, pourvoi n° 02-13.689, Bull. 2004, II, n° 208⁶⁰ ; 2^e Civ., 6 mai 2010, pourvoi n° 09-14.737, Bull. 2010, II, n° 88.

Il peut s'agir de circonstances de fait ou de droit⁶¹ ou d'un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale⁶².

Si aucun arrêt n'a été rendu par la Cour de cassation dans un cas similaire à celui soumis au tribunal de grande instance de Limoges, celui-ci était-il pour autant confronté à un problème de droit sans éléments de réponse ?

Il peut être observé, à la lecture de plusieurs décisions de cours d'appel précitées, que l'autorité de la chose jugée n'est pas un obstacle à l'examen d'une nouvelle requête dès lors que certaines d'entre elles ont envisagé la faculté pour le requérant de saisir à nouveau le juge après acquisition de la nationalité française (cf. annexe 2).

Dans le cas d'espèce jugé par la cour d'appel de Paris le 24 juin 2010 (n° 10/02082, cf. annexe 1), la requérante avait saisi le tribunal d'une nouvelle demande d'adoption plénière d'un enfant étranger devenu

⁵⁹ BICC n° 756, du 15 février 2008, p. 6 et s.

⁶⁰ Cité dans la fiche méthodologique, il est possible aussi de citer 1^{er} Civ., 22 octobre 2002, pourvoi n° 00-14.035, Bull. 2002, I, n° 234, p. 181 (rejet) : seconde requête en *exequatur* acceptée après nouvelle signification régulière de la décision étrangère.

⁶¹ 3^e Civ., 25 avril 2007, pourvoi n° 06-10.662, Bull. 2007, III, n° 59.

⁶² 2^e Civ., 10 juin 2010, pourvoi n° 09-67.172 ; Com., 17 mars 2009, n° 08-11.943.

français après que ses précédentes requêtes, l'une en adoption plénière, puis en adoption simple d'un mineur né en Algérie entré en France et ayant bénéficié d'une kafala, ont été rejetées pour les mêmes motifs tirés de la nationalité algérienne de l'enfant et de la prohibition de l'adoption par sa loi personnelle.

5. Les conséquences de l'acquisition de la nationalité française sur les conditions de l'adoption

La loi française, applicable, selon les principes rappelés ci-dessus (B. 3), dès lors que l'enfant est devenu français, prescrit au juge, saisi d'une requête en adoption, d'effectuer une double vérification, en droit et en opportunité.

En effet, l'alinéa premier de l'article 353 du code civil dispose que « *l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant* ».

L'article 1171 du code de procédure civile précise : « *Le tribunal vérifie si les conditions légales de l'adoption sont remplies dans un délai de six mois à compter soit du dépôt de la requête, soit de sa transmission dans le cas prévu au second alinéa de l'article 1168. S'il y a lieu, il fait procéder à une enquête par toute personne qualifiée. Il peut commettre un médecin aux fins de procéder à tout examen qui lui paraîtrait nécessaire.*

Il peut recueillir les renseignements relatifs à un pupille de l'État dans les conditions prévues aux articles L. 221-7 et L. 221-8 du code de l'action sociale et des familles ».

Parmi les conditions légales énoncées aux articles 343 à 349 du code civil figure celles de l'exigence d'un consentement (article 347, 1^o), de la détermination de l'auteur du consentement (articles 348 à 348-2) et de la forme de celui-ci (article 348-3, alinéa 1, s'agissant du consentement parental ou procès-verbal du conseil de famille selon les règles communes, article 1235 du code de procédure civile).

Toute question relative à la « forme » du consentement est en conséquence indissociable des conditions de fond, notamment celles relatives à l'adoptabilité de l'enfant, qui sont liées aux règles de protection du mineur et à sa représentation, soumises également à la loi française, conformément au principe énoncé à l'article 3 du code civil, précité.

La Cour de cassation a décidé dans un cas précis, correspondant aux circonstances de fait énoncées dans la question (enfant né à l'étranger, de parents inconnus, ayant acquis la nationalité française), qu'en application de l'article 26-5 du code civil, **l'enfant de filiation ignorée, né au Rwanda** en janvier 1994, **ayant acquis la nationalité française** le 7 janvier 1997, date de la souscription de la déclaration de nationalité dès lors qu'elle avait été enregistrée, **le conseil de famille pouvait, le 2 octobre 1998, consentir à son adoption plénière** par des époux remplissant les conditions légales pour une telle adoption (1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvoi n^o 01-02.630, *Bull.* 2003, I, n^o 194).

La Cour de cassation a statué sur « *les trois moyens réunis, le premier, pris en ses trois branches* » ainsi rédigées :

« *1° qu'il faut se placer à la date du recueil de l'enfant par les candidats à l'adoption pour déterminer la loi régissant les modalités de son consentement à l'adoption ; que, le 6 mai 1994, l'enfant était de nationalité rwandaise et qu'il convenait d'appliquer la loi rwandaise ;*

2° qu'il est constant que l'enfant a acquis la nationalité française le 7 janvier 1997 après enregistrement de sa déclaration le 19 février 1999, que le conseil de famille s'est prononcé alors que l'enfant n'avait pas encore la nationalité française, que le consentement donné dans ces conditions ne saurait être validé rétroactivement ;

3° que, pour les mêmes motifs, la requête en adoption plénière déposée le 10 décembre 1998 n'était pas recevable sur le fondement de la loi française relative à l'adoption ;

4° que la convention de parrainage passée le 6 mai 1994 entre le président du conseil général et les époux X... ne constituait en aucune manière un placement en vue de l'adoption, de sorte que la cour d'appel a violé l'article 351 du code civil ;

5° que le consentement à l'adoption aurait dû être donné par le conseil de famille des pupilles de l'État, de sorte que la cour d'appel a violé l'article 349 du code civil ; la nouveauté de celui-ci ayant fondé son irrecevabilité ».

Dans ce cas, l'enfant était soumis à la tutelle du service de l'aide sociale à l'enfance (ASE), prévue par l'article 411 [ancien 433]⁶³ du code civil, pour le cas où la tutelle se trouve vacante, en l'absence de famille. Dans cette hypothèse, la tutelle s'ouvre de plein droit, conformément aux dispositions de l'article 390 du code civil⁶⁴.

Le responsable du service de l'ASE avait souscrit la déclaration de nationalité française de l'enfant en qualité de tuteur de l'enfant.

L'arrêt du 30 septembre 2003 précité sert de référence à la doctrine pour rechercher des éléments de réponse aux interrogations relatives aux conditions auxquelles doit être soumise la validité du consentement à l'adoption d'un mineur recueilli par kafala après l'acquisition de la nationalité française.

⁶³ Note de J. Massip, *Defresnois* 2004, p.155. Cet auteur précise, au sujet de deux autres arrêts rendus le même jour concernant des enfants rwandais, que la loi rwandaise admet l'adoption simple.

⁶⁴ « *La tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie. Il n'est pas dérogé aux lois particulières qui régissent le service de l'aide sociale à l'enfance* ». Pour un exemple de circonstances de fait similaires concernant un enfant angolais, 1^{re} Civ., 18 mai 2005, pourvoi n^o 03-16.617, *Bull.* 2005, I, n^o 220. Sur l'application de cette disposition légale, voir l'article d'Isabelle Corpart, « Tutelle des mineurs, un régime exceptionnel et complexe » (*Actualité juridique Famille* 2010, p. 414).

Les auteurs, tels que M. Farge, précité, commentant les arrêts du 10 octobre 2006⁶⁵ et S. Godechot-Patris⁶⁶, relèvent les circonstances particulières de l'espèce, qui ont permis à la Cour de cassation d'admettre la validité de la décision du conseil de famille, à savoir l'absence de filiation connue, afin de souligner que l'acquisition de la nationalité française ne doit pas conduire à s'affranchir du consentement de la famille d'origine.

La Cour de cassation n'a pas rendu de décision relative à une procédure d'adoption engagée, après l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2001, dans un cas d'espèce similaire à celui qui a suscité la demande d'avis.

Les décisions des cours d'appel qui peuvent en être rapprochées (cf. annexe 3) n'ont pas été frappées de pourvoi.

Toutefois, la Cour devrait, sous réserve de la poursuite de la procédure pendante, examiner un pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Nouméa le 25 juin 2012, concernant l'adoption d'un enfant dont la filiation maternelle est établie.

Il ressort très nettement de ces différentes décisions et des motivations des jugements infirmés ou confirmés que les éléments de fait entourant le recueil de l'enfant, les décisions des autorités locales et la protection de celui-ci sont déterminants lors de l'examen de la validité du consentement.

Ils sont le reflet de la diversité des situations dans lesquelles les enfants sont recueillis dans le cadre d'une kafala, ainsi qu'il a été exposé au III. A., 1.3.

Enfin, il sera rappelé que le juge est souverain **dans l'appréciation de la conformité du projet d'adoption à l'intérêt de l'enfant**, ce qui peut le conduire à la refuser alors que l'adoption est « techniquement » parfaite.

À cet égard, il peut être fait référence au commentaire de M. Douris sous l'arrêt du 15 février 2011 (cf. annexe 3) rendu par la cour d'appel de Paris, statuant sur le refus d'un juge des tutelles d'organiser un conseil de famille en vue d'une adoption plénière du mineur au motif que rien ne justifiait que l'enfant, qui avait acquis la nationalité française, ait perdu ou renoncé à la nationalité algérienne⁶⁷, qui relève que, « *contrairement aux candidats à l'adoption d'un enfant pupille ou étranger, qui nécessite un agrément, aucune enquête sociale et psychologique permettant de décrire la capacité à exercer une fonction parentale n'est obligatoire dans le cadre de la kafala. Il en résulte que la déclaration de nationalité et la procédure initiale de recueil légal facilitent les conditions de l'adoption de l'enfant qui n'est plus étranger et qui n'est pas un pupille de l'État (article 353-1 du code civil). Certes, nombre de conseils généraux pourraient démontrer que leur charge de travail s'amplifie lorsque leurs services doivent délivrer des enquêtes sociales requises par le juge étranger qui statue en kafala. Mais ce type d'enquête, qui n'est que « sociale », n'est jamais obligatoire et nombre de familles recueillantes peuvent légitimement ne pas en faire l'objet si le juge étranger ne la demande pas. Dans ces circonstances, lors de la requête en adoption d'un enfant désormais français, peut-être n'est-il pas vain de rappeler que la protection de l'enfance exige une vérification encore plus scrupuleuse par le tribunal de grande instance des conditions d'accueil du mineur et de son intérêt à être adopté.*

À l'aune de cette jurisprudence, si la Cour de cassation allait prochainement dans le même sens, il est utile de penser au statut le plus protecteur pour l'enfant déclaré français. Au lieu d'une délégation de l'autorité parentale - ce que les recueillants avaient obtenu à l'issue de la déclaration de nationalité -, il conviendrait de prévoir rapidement l'ouverture d'une tutelle familiale. D'une part, cette solution permet une protection collégiale sous le contrôle du juge des tutelles du mineur (article L. 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire). D'autre part, ce statut assure à l'enfant une perspective de liens familiaux plus aboutis, rendant compte des relations affectives qui se sont progressivement construites ».

Au vu de l'ensemble de ces analyses, la formation pour avis devra répondre aux questions suivantes :

« - la recevabilité d'une action engagée à fin d'adoption plénière par une partie ayant été déboutée d'une précédente demande mais réitérant celle-ci après acquisition de la nationalité française par l'enfant,

- la possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption,

- la forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil,

- la conformité de la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la CIDE ».

ANNEXES

Annexe 1 du III-B. 3.3 et 4

- Cour d'appel de Douai (septième chambre, section 1), 5 avril 2012, n° 11/02975

En l'espèce, il est constant que l'enfant, né en Algérie, était, par sa naissance, de nationalité algérienne.

Le code de la famille algérien prohibe l'adoption.

Cependant, l'enfant a acquis la nationalité française par déclaration d'acquisition souscrite en application des dispositions de l'article 21-12 du code civil.

⁶⁵ La Semaine juridique, édition générale, n° 18, 2 mai 2007, II, 10072.

⁶⁶ Juris-Classeur, articles 370-3 à 370-5, Adoption - Conflits de lois, mars 2011, n° 65.

⁶⁷ Actualité juridique Famille 2011, p. 320. Texte souligné pour les besoins du rapport.

Dès lors, l'adoption de l'enfant étranger qui acquiert la nationalité française est régie par la loi française, et non plus par celle du pays d'origine.

- Cour d'appel de Paris, 15 février 2011, n° 10/12718

En l'espèce, il n'est pas contesté que le tribunal de grande instance de Créteil a ordonné l'enregistrement de la déclaration de nationalité française qui avait été souscrite sur le fondement de l'article 21-12 du code civil par les époux requérants au profit de la mineure auprès du tribunal d'instance d'Ivry-sur-Seine ; la mineure est donc de nationalité française, de sorte qu'elle a changé de statut personnel ; les dispositions de l'article 370-3 du code civil, empêchant l'adoption si la loi personnelle le prohibe, ne sont pas applicables.

- Cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 1), 24 juin 2010, n° 10/02082

L'enfant est devenu français par déclaration du 29 novembre 2006, sur le fondement de l'alinéa 3-2° de l'article 21-12 du code civil.

Dès lors, la cour d'appel estime que les conditions et le consentement à l'adoption de cet enfant de nationalité française par une mère française relève de la loi française. *À rapprocher de l'arrêt du 4 octobre 2007.*

- Cour d'appel de Montpellier, 9 novembre 2009, n° 09/03439

L'enfant a la nationalité française depuis le 9 juin 2009.

La cour d'appel relève que cette enfant a désormais acquis la nationalité française par l'effet de la déclaration souscrite le 9 juin 2009 et enregistrée par le juge du tribunal d'instance de Nice ; « dès lors, son droit national est devenu le droit français et c'est au regard des règles de celui-ci qu'il convient d'apprécier la prohibition édictée à l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, laquelle n'a plus d'application en ce qui la concerne, dès lors qu'elle n'est plus une mineure étrangère ».

- Cour d'appel de Paris (première chambre, section C), 4 octobre 2007, n° 07/02978

La cour d'appel de Paris infirme le jugement du tribunal de grande instance de Paris ayant rejeté la demande d'adoption plénière d'une mineure née en Algérie sans filiation connue et ayant acquis la nationalité française. Elle estime que la loi personnelle de l'enfant est la loi française dès lors qu'il a acquis la nationalité française par déclaration, en application de l'article 21-12 du code civil. Les premiers juges ont donc dit à tort que les dispositions de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, applicables à l'adoption d'un mineur étranger, empêchaient l'adoption. *Arrêt cité par M. Farge dans son commentaire précité sous l'arrêt du 9 juillet 2008 (« Comment accueillir les kafalas musulmanes »), qui approuve la décision relative à l'application de la loi française.*

Annexe 2 du III-B. 3.3 et 4

- Cour d'appel de Colmar, 3 avril 2008, n° 2 A 06/03260

La cour d'appel précise que « les appelants soutiennent à titre subsidiaire que l'application de la disposition sus-rappelée de l'article 370-3 du code civil tend, par sa prise en compte de la prohibition édictée par la loi algérienne, à interdire à l'enfant [...] de voir établir une filiation en France, en contrariété avec l'ordre public international français ; que cette affirmation n'est cependant pas démontrée du seul fait de la prohibition de l'adoption par la loi algérienne, les demandeurs, qui sont de nationalité française, étant en outre en mesure, une fois remplies les conditions de l'article 21-12, troisième alinéa, du code civil, permettant au (mineur) de réclamer la nationalité française et, celle-ci acquise, de demander son adoption conformément au droit français » ;

- Cour d'appel d'Aix-en-Provence (6^e chambre A), 10 décembre 2008, n° 08/06790⁶⁸

« Il convient de préciser, au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention internationale des droits de l'enfant, que dès lors que la kafala prononcée en Algérie a, en France, les effets d'une délégation d'autorité parentale permettant à l'enfant de vivre une vie familiale adaptée à son âge auprès de ceux qui l'ont recueilli, son intérêt est préservé ; en outre, l'acquisition de la nationalité française, susceptible d'intervenir rapidement, permettra de faire droit à une nouvelle demande d'adoption ».

- Cour d'appel de Rennes, 11 janvier 2011, n° 09/02245

Infirmité un jugement ayant prononcé l'adoption simple d'un mineur étranger, né en Algérie, ayant fait l'objet d'une kafala, la cour d'appel fait cependant observer qu'aux termes de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, « l'interdiction de prononcer l'adoption s'applique à un " mineur étranger ", de sorte que l'adoption est possible lorsque l'enfant acquiert la nationalité française ou lorsque l'enfant devient majeur ».

- Cour d'appel de Nîmes (chambre 2 C), 3 novembre 2010, n° 08/00987

Rejetant une requête en adoption plénière d'un mineur né au Maroc de parents inconnus ayant fait l'objet d'une kafala, la cour d'appel précise néanmoins que « la difficulté liée à la nationalité d'origine de l'enfant peut être évitée par la mise en œuvre des dispositions de l'article 21-12, 2°, du code civil, qui

⁶⁸ Arrêt cité au n° 224-43, *Dalloz action*, adoption internationale, également *JCP* 2009, n° 25, p. 8.

permet à un enfant de réclamer la nationalité française, s'il a été recueilli en France et élevé dans des conditions lui ayant permis de recevoir, pendant cinq ans au moins, une formation française... soit par un organisme public, soit par un organisme privé... »

Annexe 3 du III-B. 5

- Cour d'appel de Paris (première chambre, section C), 4 octobre 2007, n° 07/02978

Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris infirme le jugement du tribunal de grande instance de Paris ayant rejeté la **demande d'adoption plénière d'une mineure née en Algérie sans filiation connue et ayant acquis la nationalité française**. Elle estime que :

- **la loi personnelle de l'enfant est la loi française dès lors qu'il a acquis la nationalité française** par déclaration, en application de l'article 21-12 du code civil. Les premiers juges ont donc dit à tort que les dispositions de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, applicable à l'adoption d'un mineur étranger, empêchaient l'adoption ;

- **si l'article 348-2 du code civil prévoit que, lorsque les père et mère sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou qu'ils ont perdu leurs droits à autorité parentale, le consentement à l'adoption doit être donné par le conseil de famille après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant, il en va de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie**. Dès lors, **le conseil de famille ayant donné son consentement à l'adoption plénière de l'enfant déclarée pupille de l'État algérien**, recueilli par un couple de Français selon acte de kafala et **devenu français par déclaration**, il convient d'infirmar le jugement et de prononcer l'adoption plénière.

- Cour d'appel de Montpellier, 9 novembre 2009, n° 09/03439

Suivant la requête déposée le 21 mai 2008, des époux de nationalité française ont demandé l'adoption simple d'une mineure, née en Algérie. Le 16 mai 2001, le président du tribunal de Bab El Oued a autorisé le recueil légal, selon le droit algérien, de l'enfant par l'épouse.

Par jugement du 6 janvier 2009, le tribunal de grande instance de Perpignan a fait droit à cette demande et prononcé l'adoption simple de l'enfant par les intimés.

L'enfant a la nationalité française depuis le 9 juin 2009.

La cour d'appel relève que **cette enfant a désormais acquis la nationalité française par l'effet de la déclaration** souscrite le 9 juin 2009 et enregistrée par le juge du tribunal d'instance de Nice : « **dès lors, son droit national est devenu le droit français et c'est au regard des règles de celui-ci qu'il convient d'apprécier la prohibition édictée à l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, laquelle n'a plus d'application en ce qui la concerne, dès lors qu'elle n'est plus une mineure étrangère** ».

Par jugement du 13 novembre 2007, le tribunal de grande instance de Perpignan a déclaré abandonnée l'enfant et a délégué les droits d'autorité parentale aux époux français.

« Il résulte des dispositions combinées des articles 361 et 347 du code civil que peuvent notamment être adoptés les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues à l'article 350 du même code.

Dès lors, par ces motifs substitués à ceux des premiers juges, le jugement dont appel doit être confirmé ».

Dans un arrêt récent, la cour d'appel de Paris (24 juin 2010, RG n° 10/02082) a décidé qu'un enfant recueilli en kafala répond désormais de la loi française pour « *les conditions et le consentement à l'adoption de cet enfant de nationalité française par une mère française* ».

- Cour d'appel de Paris (pôle 1, chambre 1), 24 juin 2010, n° 10/02082

Par deux jugements, le tribunal de grande instance de Créteil a rejeté une requête en adoption plénière, puis une en adoption simple, d'un mineur né en Algérie, entré en France et ayant bénéficié d'une kafala, par les mêmes motifs de nationalité algérienne de l'enfant et de la prohibition de l'adoption par la loi algérienne.

Un certificat de nationalité française a été délivré le 6 juillet 2006, par le tribunal d'Ivry-sur-Seine, à la requérante.

L'enfant est devenu français par déclaration du 29 novembre 2006, **sur le fondement de l'alinéa 3-2° de l'article 21-12 du code civil**.

Dès lors, la cour d'appel estime que **les conditions et le consentement à l'adoption de cet enfant de nationalité française par une mère française relèvent de la loi française**.

Aux termes de **l'article 347 du code civil**, peuvent être adoptés :

1° Les enfants pour lesquels les père et mère ou le conseil de famille ont valablement consenti à l'adoption ;

2° Les pupilles de l'État ;

3° Les enfants déclarés abandonnés dans les conditions prévues à l'article 350 du code civil.

L'alinéa 2 de l'article 348-2 de ce code prévoit que, **lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, le consentement est donné par le conseil de famille, après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant**.

Cependant, par ordonnance, le juge des tutelles du tribunal d'instance d'Ivry-sur-Seine a rejeté la requête de la requérante en vue de la réunion d'un conseil de famille du mineur aux fins de consentir à son adoption plénière.

Rien n'indique que le juge des tutelles ait alors statué en considération d'éléments autres que ceux liés à la nationalité algérienne de l'enfant, soit l'acte de kafala et son *exequatur*, et la prohibition de l'adoption par la législation algérienne, seuls éléments expressément repris dans sa décision.

Le consentement du conseil de famille est expressément prévu dans l'hypothèse d'un enfant français sans filiation établie ; ce conseil doit se prononcer sur le consentement à l'adoption demandée. Il appartient à la requérante de se prévaloir, auprès du juge des tutelles, des effets de la nationalité française du mineur et de son absence de filiation, conditions de mise en œuvre des modalités de consentement de l'article 348-2, alinéa 2, du code civil.

La nécessité de recueillir un consentement préalable dans les conditions légales françaises pour un enfant de nationalité française n'est en rien constitutive d'une violation des articles 8 et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ou encore des Conventions de New York et de La Haye.

La demande de la requérante, qui ne remplit pas les conditions légales d'adoption d'un enfant français et dépourvu de filiation, sur lesquelles elle se fonde, ne peut qu'être rejetée.

- Cour d'appel de Paris, 15 février 2011, n° 10/12718

Statuant sur le refus d'un juge des tutelles d'organiser un conseil de famille en vue d'une adoption plénière du mineur au motif que rien ne justifiait que l'enfant, qui avait acquis la nationalité française, ait perdu ou renoncé à la nationalité algérienne, la cour d'appel de Paris, suivant les conclusions du ministère public, a infirmé la décision en retenant :

« Il résulte de l'article 348-2 du code civil que, lorsque les parents d'un enfant mineur sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou s'ils ont perdu leurs droits d'autorité parentale, le consentement à l'adoption 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 ; il en est ainsi même quand l'enfant a changé de statut personnel, le consentement à l'adoption relevant du conseil de famille, étant rappelé qu'il appartiendra au tribunal de grande instance et non au juge des tutelles de se prononcer sur l'adoption elle-même, juridiquement possible dès lors que l'enfant mineur a acquis la nationalité française ; la kafala n'y fait en elle-même pas obstacle ».

En l'espèce, il n'est pas contesté que le tribunal de grande instance de Créteil a ordonné **l'enregistrement de la déclaration de nationalité française qui avait été souscrite, sur le fondement de l'article 21-12 du code civil**, par les époux requérants au profit de la mineure auprès du tribunal d'instance d'Ivry-sur-Seine ; **la mineure est donc de nationalité française, de sorte qu'elle a changé de statut personnel ; les dispositions de l'article 370-3 du code civil, empêchant l'adoption si la loi personnelle le prohibe, ne sont pas applicables.**

Observations de M. Jean

Avocat général

Par jugement sur requête en date du 7 septembre 2012, le tribunal de grande instance de Limoges, après avoir adressé à la requérante et au ministère public les avis prévus à l'article 1031-1, alinéa premier, du code de procédure civile, a saisi la Cour de cassation d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire et posé les questions suivantes :

1. « La recevabilité d'une action engagée à fin d'adoption plénière par une partie ayant été déboutée d'une précédente demande mais réitérant celle-ci après acquisition de la nationalité française par l'enfant » ;
2. « La possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption » ;
3. « La forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil » ;
4. « La conformité de la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la CIDE. »

PLAN DE L'ÉTUDE

1. - La recevabilité de la demande d'avis

1.1. La recevabilité d'une action engagée à fin d'adoption plénière par une partie ayant été déboutée d'une précédente demande mais réitérant celle-ci après acquisition de la nationalité française par l'enfant

1.2. La possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption

1.3. La conformité de la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant

1.4. La forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil

1.4.1. Une question de droit nouvelle posant une difficulté sérieuse

1.4.1.1. La difficulté à dégager des principes communs relatifs au consentement au regard de la diversité des situations

La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de consentement à l'adoption avant la loi du 6 février 2001

1.4.1.2. La loi du 6 février 2001 a-t-elle permis de clarifier les règles relatives au consentement à l'adoption ?

La volonté du législateur

La jurisprudence de la Cour de cassation depuis la mise en œuvre de la loi du 6 février 2001

Le moment du consentement à l'adoption et la détermination du représentant légal

La Cour de cassation a admis le consentement des parents à l'adoption plénière dans un pays dont la loi ne connaît qu'une forme d'adoption révocable

1.4.1.3. La Cour de cassation a-t-elle déjà répondu le 30 septembre 2003 à la question posée dans la demande d'avis ?

Une décision inscrite dans un contexte particulier

La nécessité de ne pas ignorer la décision du juge algérien

L'intention du législateur est de ne pas imposer sa règle de droit à une autre règle de droit reconnue au niveau international

1.4.2. Une question susceptible de se poser dans de nombreux litiges

1.4.2.1. Les jurisprudences connues des juridictions du fond

L'évolution des requêtes au vu de l'évolution de la jurisprudence

L'appréciation du consentement

Un arrêt de la cour d'appel de Paris a prononcé une adoption plénière dans une espèce qui pourrait paraître proche de celle soumise au TGI de Limoges

Les autres arrêts référencés ayant fait droit à la requête ont toujours prononcé une adoption simple

Certains arrêts aboutissent à une adoption simple à l'issue d'une autre procédure

1.4.2.2. Les exigences procédurales relatives au recueil du consentement

La nécessité du consentement à l'adoption donné par le conseil de famille

Le changement de nationalité de l'enfant ne suffit pas à le rendre adoptable, encore faut-il respecter les droits de son éventuelle famille d'origine

La question semble dépendre exclusivement de l'appréciation du caractère éclairé du consentement par les juges du fond

L'arrêt de rejet prononcé par la cour d'appel de Nouméa le 25 juin 2012

La stratégie de « contournement » de la prohibition de l'adoption

Par-delà la question de « l'adoptabilité » de l'enfant recueilli sous kafala puis devenu français, désormais résolue, est donc ouvert le débat entre une conception large et une conception stricte de l'adoption, à travers la question des conditions du recueil du consentement

2. - Les conditions de recueil du consentement à l'adoption en France pour un enfant initialement confié à l'étranger par kafala

2.1. De la kafala à l'adoption, entre négation et conciliation des droits nationaux

2.1.1. Le régime de kafala a évolué dans les lois algérienne et marocaine, mais ne peut être assimilé à celui de l'adoption, toujours prohibée

2.1.2. Le droit français refuse l'assimilation de la kafala à une adoption, en cohérence avec les normes internationales

2.1.3. L'office du juge pour l'enfant confié par kafala puis devenu français, dont l'adoption est demandée

2.1.4. Le passage d'un régime d'adoption internationale de fait à un régime d'adoption nationale de droit

2.2. La nécessité de mieux prendre en compte la réalité de la pratique de la kafala dans un processus d'adoption

2.2.1. La mesure du phénomène du recueil par kafala en France au regard de l'adoption internationale

2.2.2. Les démarches effectuées en Algérie et au Maroc au titre de la kafala par les candidats à l'adoption

2.2.3. La mesure de l'impact du recueil par kafala sur l'adoption après accès à la nationalité française de l'enfant

2.2.4. La diversité et l'impact des décisions de kafala entre l'Algérie et la France

2.2.5. La nécessaire distinction entre kafala judiciaire et kafala intrafamiliale par acte extrajudiciaire

2.3. La diversité des réponses judiciaires

2.3.1. La diversité des réponses des pays d'accueil en Europe

2.3.2. La diversité des pratiques judiciaires quant aux procédures suivies

Conclusion : les garanties nécessaires à apporter dans le processus conduisant d'une adoption internationale de fait à une adoption nationale en droit

La chronologie des faits et de la procédure à l'origine de la demande d'avis

L'enfant Bouchra Y... est née le 1^{er} septembre 2005 à Zeralda (Alger). Après abandon définitif et irrévocable constaté le 3 septembre au bureau d'admission de l'hôpital de Zeralda, elle a été placée en pouponnière, puis admise à l'assistance publique et confiée, par décision du directeur de l'action sociale de la wilaya d'Alger du 1^{er} décembre 2005, à Mme X... Rabia, née le 8 décembre 1958 à Kouba, Alger, à compter du 27 décembre 2005.

Mme X... , qui possède la double nationalité, française et algérienne, divorcée, sans enfant, résidait à Limoges au moment de sa demande auprès des autorités algériennes. Elle avait été agréée par le conseil général de la Haute-Vienne en 2004 pour l'accueil en vue de l'adoption « *d'un enfant d'origine étrangère* ».

Mme X... a été désignée en qualité de bénéficiaire du recueil légal dans le cadre d'un acte de kafala émanant du président du tribunal de Hussein Dey, en date du 7 janvier 2006, lui conférant un droit de « tutelle légale » jusqu'à la majorité de l'enfant. Après avoir obtenu, le 8 janvier 2006, une autorisation de quitter le territoire avec l'enfant, elle est revenue en France avec Y... le 14 janvier 2006, puis a obtenu auprès du président du tribunal de Chéraga, le 2 mai 2006, une ordonnance de changement de nom de l'enfant ainsi recueilli, en X...-Y...

Le 9 juillet 2008, au visa de l'article 370-3 du code civil, la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Limoges en date du 1^{er} octobre 2007 confirmant le jugement du tribunal de grande instance de Limoges du 6 avril 2007 prononçant l'adoption plénière de l'enfant Bouchra Y... par Mme X..., aux motifs que la loi algérienne interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que l'enfant n'était pas né en France. La cour d'appel de Poitiers, sur renvoi de cassation, par arrêt du 20 mai 2009, a infirmé le jugement du tribunal de grande instance de Limoges et débouté Mme X... de sa requête en adoption plénière.

Mme X... a souscrit, le 8 mars 2011, auprès du greffier en chef du tribunal d'instance de Limoges, une déclaration de nationalité française au nom de la mineure recueillie depuis au moins cinq ans et élevée par une Française, sur le fondement de l'article 21-12 du code civil. Le tribunal de grande instance de Limoges, par jugement sur requête du 9 septembre 2011, lui a délégué en totalité l'autorité parentale sur l'enfant.

Le décret du ministère de l'intérieur et de l'immigration du 14 décembre 2011, constatant l'acquisition par déclaration de la nationalité française par X... Bouchra, l'a autorisée à s'appeler X... Sarah Bouchra. L'extrait de l'acte de naissance délivré le 2 janvier 2012 établit la transcription à l'état civil de l'acquisition de la nationalité française à la date du 8 mars 2011 (date de l'enregistrement de la déclaration, conformément aux dispositions de l'article 26-5 du code civil) et de la nouvelle identité de l'enfant, sans filiation connue.

C'est dans ce contexte factuel et procédural qu'est intervenue, le 7 septembre 2012, la demande d'avis du tribunal de grande instance de Limoges, saisi le 17 janvier 2012 par Mme X... d'une nouvelle requête en adoption plénière de l'enfant, devenue française.

33

INTRODUCTION

La question de la kafala, institution de droit musulman de « recueil légal », fait l'objet de nombreux débats, contentieux et décisions judiciaires au niveau national et international. Par-delà le respect de la « diversité culturelle » au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme, le débat concerne la nature et les effets juridiques de la kafala dans les pays d'accueil comme la France, pour les enfants confiés, dans les pays d'origine qui prohibent l'adoption, en particulier l'Algérie et le Maroc, à des citoyens français issus de l'immigration, possédant généralement la double nationalité.

Sans que ce terme ait été utilisé, la question de la kafala a été centrale dans l'avis n° 12-00004 rendu par votre Cour le 4 juin 2012 (président : M. Lamanda, rapporteur : Mme Bodard-Hermant, conseiller référendaire, assistée de Mme Dorothee Dibie, auditeur au SDER), selon lequel « *peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux articles 26 et suivants du code civil, la nationalité française en application de l'article 21-12, alinéa 3, 1°, de ce code l'enfant recueilli en France, depuis au moins cinq années au jour de la déclaration et élevé par une personne ayant la nationalité française depuis au moins cinq années au jour de la déclaration, pourvu qu'à l'époque de celle-ci, il réside en France* ».

La Cour européenne des droits de l'homme, dans la décision Harroudj c/ France du 4 octobre 2012 venant conforter votre jurisprudence (1^{re} Civ., 25 février 2009, pourvoi n° 08-11.033, *Bull.* 2009, I, n° 41 - rapport de Mme Vassallo, conseiller référendaire, conclusions de M. Pagès, avocat général) a affirmé que la kafala, institution du droit islamique qui prohibe l'adoption, était reconnue par les conventions internationales comme se distinguant de l'adoption mais assurant une protection adaptée à l'enfant, tenant compte de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. La France, à travers l'article 370-3 du code civil, issu de la loi du 6 février 2001, « *... appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national* ».

La présente demande d'avis intervient dans ce contexte, marqué aussi par une abondance de la doctrine, parfois critique à votre égard, dont une partie attendait beaucoup de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme pour remettre en cause une vision estimée restrictive de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ces critiques visaient votre jurisprudence du 25 janvier 2009 précitée, refusant l'adoption d'un enfant étranger recueilli sous le régime de la kafala, reconnu par les conventions internationales, mais plus encore le législateur de 2001, qui a formellement interdit l'adoption de ce mineur si sa loi personnelle prohibait l'adoption, sauf s'il était né et résidait en France.

Par-delà les quatre questions qui vous sont posées aujourd'hui, une seule en réalité, plus transversale, est soulevée. Elle concerne le parcours du demandeur à l'adoption d'un enfant recueilli par kafala, après une

incertitude désormais levée, celle de notre législation nationale au regard de la conventionnalité, et après une étape supplémentaire franchie, celle de l'accès de l'enfant à la nationalité française. Cet élément déterminant, qui lève l'obstacle du principe de l'impossibilité de l'adoption, laisse-t-il subsister une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, conditions cumulatives de la recevabilité de la demande d'avis ? Ce sera l'objet de la première partie de cette étude, la seconde étant consacrée à l'approfondissement de la question de la procédure relative au consentement à l'adoption, remise en perspective dans le contexte des systèmes juridiques et culturels du pays d'origine et du pays d'accueil.

1. La recevabilité de la demande d'avis

En la forme, la demande d'avis est recevable, la juridiction ayant respecté les dispositions de l'article 1031-1, alinéa premier, du code de procédure civile, en sollicitant l'avis de la requérante et du ministère public. Elle a en outre assuré de façon effective un débat contradictoire après renvoi, afin que les parties puissent conclure sur l'hypothèse d'une saisine pour avis de la Cour de cassation.

Sur le fond, l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire subordonne la recevabilité de la demande d'avis à des conditions cumulatives, à savoir que la question de droit soit nouvelle, qu'elle présente une difficulté sérieuse et qu'elle se pose dans de nombreux litiges. Chaque question posée doit être successivement étudiée au regard de ces critères, même si toutes sont liées et que leur enchaînement permet d'aborder les différentes facettes d'une même problématique. Cependant, les questions 1, 2 et 4, qui nous paraissent irrecevables, seront abordées dans un premier temps, avant la question 3, concernant la forme du consentement à l'adoption, qui nous paraît nécessiter des développements particuliers.

1.1. La recevabilité d'une action engagée à fin d'adoption plénière par une partie ayant été déboutée d'une précédente demande mais réitérant celle-ci après acquisition de la nationalité française par l'enfant

Une question de droit est nouvelle soit parce qu'elle est liée à un texte nouveau, soit parce qu'elle n'a jamais été tranchée par la Cour de cassation.

Le tribunal de grande instance de Limoges soulève la question de l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du 20 mai 2009 de la cour d'appel de Poitiers, sur renvoi de cassation, qui a débouté Mme X... de sa requête en adoption plénière d'un enfant étranger. Le fait nouveau de la requête est, depuis lors, l'acquisition de la nationalité française par l'enfant.

L'autorité de la chose jugée suppose le constat cumulatif de la triple identité visée à l'article 1351 du code civil : identité de parties, d'objet et de cause. L. Cadiet, citant l'arrêt 3^e Civ., 25 avril 2007 (pourvoi n° 06-10.662, *Bull.* 2007, III, n° 59, *Procédures* 2007, n° 274, obs. Perrot), estime que « *la cause est désormais réduite aux seuls faits, de sorte qu'il n'est possible d'intenter un nouveau procès que si les faits au soutien de la nouvelle demande sont différents des faits allégués.../... Un nouveau procès est donc possible si on ne peut reprocher aux parties leurs lacunes. Cette manière d'envisager la cause permet de mettre en lumière que l'autorité de la chose jugée sert aussi le service public de la justice*¹ ».

L'acquisition de la nationalité française par l'enfant dont l'adoption est sollicitée constitue un droit né après la décision rendue à l'issue de l'instance initiale et qui change les bases légales de la requête.

Le service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation (SDER) n'a mis en évidence aucune décision dans laquelle la Cour de cassation aurait eu à se prononcer dans une espèce identique, posant la question de pur droit de l'autorité de la chose jugée concernant une situation relevant du droit international privé interdisant l'adoption d'un mineur étranger, mais ayant évolué par l'acquisition ultérieure de la nationalité française par cet enfant. Cependant, au regard du droit national directement applicable dans cette nouvelle situation, il apparaît que l'autorité de la chose jugée ne peut ici jouer, afin de ne pas priver cet enfant devenu français du bénéfice des droits nouvellement acquis.

Le tribunal de grande instance de Limoges disposait donc de tous les éléments de droit pour estimer si l'action était recevable, le principe de cette recevabilité ne faisant d'ailleurs guère de doute. D'autres juridictions ont déjà eu à statuer sur cette question et ont toutes répondu favorablement (cour d'appel de Paris, première chambre, section C, 4 octobre 2007, n° 07/02978 ; cour d'appel de Paris, 24 juin 2010, pôle 1, chambre 1, n° 10/02082). La seule condition posée par une cour d'appel est que l'acquisition de la nationalité française ait été effective lors de l'introduction de l'instance (cour d'appel de Versailles du 5 avril 2012, qui confirme un jugement rejetant une requête en adoption simple d'un enfant étranger et mineure au moment de la requête en adoption, devenue française et majeure en cours de procédure).

La question posée n'est donc pas véritablement nouvelle et ne pose pas de difficulté sérieuse. Je conclus à son irrecevabilité.

1.2. La possibilité de déclarer adoptable plénièrement un enfant d'origine étrangère ayant acquis la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, alors même que la législation de son pays de naissance prohibe ladite adoption

Cette question ne paraît pas nouvelle, pas plus qu'elle ne paraît présenter de difficulté sérieuse, encore moins depuis l'arrêt rendu de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 octobre 2012, confortant, au regard des droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'adoption des enfants étrangers recueillis sous le régime de la kafala.

¹ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 2010, p. 903.

L'appréciation de la conventionnalité du droit français relève de l'office du juge saisi, sous contrôle de la Cour de cassation, et ne peut faire l'objet d'une demande d'avis². Il en est de même de la compatibilité du droit interne avec les engagements internationaux et européens de la France³.

À ce stade - pour de plus amples développements, cf. *infra* 2.1., il peut simplement être rappelé que la kafala, institution de droit coranique, qualifiée aussi de « recueil légal », se définit en droit algérien comme « l'engagement de 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 » (article 116 du code de la famille). Sa finalité est d'offrir un cadre familial à des enfants délaissés ou abandonnés, qu'ils aient ou non une filiation établie. Judiciaire ou notariée, la kafala ne peut conférer aucun lien de filiation, mais délègue seulement une tutelle au seul *kafil*, obligatoirement de confession musulmane (articles 120 et 121), qui recueille l'enfant, alors appelé *makfoul*. La kafala, mesure révocable et provisoire, permet de confier un enfant à un adulte (ce ne peut être à un couple) pour éduquer et protéger l'enfant recueilli. Elle est distinguée de l'adoption, qui est expressément prohibée par l'article 46 du code algérien de la famille : « l'adoption (tabanni) est interdite par la chari'a et la loi ».

Ainsi que l'a décidé la Cour de cassation (1^{re} Civ., 25 février 2009, pourvoi n° 08-11.033, *Bull.* 2009, I, n° 41, rapport de Mme Vassallo, conseiller référendaire, conclusions de M. Pagès, avocat général ; 1^{re} Civ., 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-10.439, *Bull.* 2010, I, n° 265, rapport de Mme Vassallo, conseiller référendaire), les dispositions du paragraphe 2 de l'article 370-3 du code civil, qui renvoient à la loi personnelle de l'adopté, s'opposent à l'adoption d'un enfant étranger recueilli sous le régime de la kafala.

Article 370-3 du code civil, alinéas 1 et 2 (loi n° 2001-111 du 6 février 2001) :

« 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. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.

L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France [...].

Quelle que soit la nationalité d'origine d'un enfant, une fois la nationalité française acquise, il n'existe plus d'obstacle de principe à son adoption, puisque sa nouvelle loi personnelle la permet sous certaines conditions. Il n'y a plus à faire référence à sa nationalité d'origine sur le principe même du droit d'adoption applicable, qui est le droit français, intégrant les normes internationales dont doit bénéficier de façon égalitaire tout Français, sans distinction selon le statut personnel qu'il a pu posséder avant son acquisition de nationalité. Ce qui ne veut pas dire qu'il convient de faire abstraction des éléments de fait et de droit qui s'attachent au parcours de l'enfant depuis sa naissance, notamment les conditions, le cadre juridique et les finalités de son recueil. Ces éléments sont ceux relatifs aux décisions judiciaires algériennes prononcées et exécutoires, touchant autant le mandat du *kafil* (le recueillant) que le statut personnel du *makfoul* (le recueilli) au regard du droit algérien et de sa double nationalité.

Une interprétation pragmatique et cohérente des normes internationales et nationales doit permettre de résoudre les questions du statut personnel de l'enfant X... Sarah Bouchra, comme de tous ceux qui se trouvent ou se trouveront dans une situation similaire. La Cour européenne des droits de l'homme, dans la décision Harroudj c/ France du 4 octobre 2012, en rappelle le cadre tout en soulignant l'intérêt de cette « articulation flexible »⁴ du droit français. Cette expression illustre le mode de combinaison des différents systèmes de droit et leurs traditions culturelles, pour faire passer un mineur né et recueilli dans un pays régi par la kafala dans le régime juridique du pays qui l'accueille et qui l'intègre progressivement. Ce, avec un passage obligé par l'accès à la nationalité, qui marque son intégration, dans un délai minimum de cinq ans, sous la condition d'avoir été recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française, selon la procédure de l'article 21-12 alinéa 3, 1^o, du code civil.

« 51. De plus, la Cour relève que la kafala judiciaire est reconnue de plein droit par l'État défendeur et qu'elle y produit des effets comparables en l'espèce à ceux d'une tutelle dès lors que l'enfant Hind était sans filiation lors de son recueil. À ce titre, elle observe que les juridictions nationales ont souligné que la requérante et l'enfant avaient, à la suite de la requête en concordance des noms, le même nom de famille et que la première était titulaire de l'autorité parentale, ce qui lui permettait de prendre à l'égard de l'enfant toute décision dans son intérêt. Certes, la kafala ne créant pas de lien de filiation, elle est dépourvue d'effets successoraux et ne suffit pas pour permettre à l'enfant d'acquiescer la nationalité du recueillant. Cela étant, il peut être remédié aux restrictions qu'engendre l'impossibilité d'adopter l'enfant. Outre la requête en concordance de nom, ici acquise du fait de la filiation inconnue de l'enfant en Algérie, il est possible d'établir un testament, qui a pour effet de faire entrer l'enfant dans la succession de la requérante et de nommer un tuteur légal en cas de décès du recueillant.

L'ensemble des éléments examinés ci-dessus fait apparaître que l'État défendeur, appliquant les conventions internationales régissant la matière, a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national. La Cour relève à ce titre que le statut prohibitif de l'adoption résulte de la règle de conflit de lois de l'article 370-3 du code civil, mais que le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française. C'est

² Notamment : avis du 16 décembre 2002, n° 00-20.008, *Bull.* 2002, Avis, n° 6, et avis du 8 octobre 2007, n° 07-00.011, *Bull.* 2007, Avis, n° 7.

³ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-612 du 5 août 2010, relative à la loi portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale.

⁴ C. 51, « L'État défendeur [...] a institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine de l'enfant et le droit national [...] le droit français ouvre des voies d'assouplissement de cette interdiction... ». Comment ces expressions ne pourraient-elles pas ne pas faire penser au doyen Jean Carbonnier, in *Flexible droit*, LGDJ, 10^e édition, 2001, notamment « Droit et non-droit, l'hypothèse du pluralisme juridique », p. 20 ?

ainsi, d'une part, que la règle de conflit est écartée explicitement par ce même article 370-3 lorsque "le mineur est né et réside habituellement en France". D'autre part, cette règle de conflit est volontairement contournée par la possibilité ouverte à l'enfant d'obtenir, dans un délai réduit, la nationalité française, et ainsi la faculté d'être adopté, lorsqu'il a été recueilli en France par une personne de nationalité française. La Cour observe à ce titre que l'État défendeur soutient sans être démenti que la jeune Hind pourrait déjà bénéficier de cette possibilité.

La Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'État défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante ».

Même si cela était contesté avec des arguments pertinents par une partie de la doctrine (F. Eudier, *Adoption, Répertoire civil Dalloz*, octobre 2008 - mise à jour : juin 2012, n° 253) qui critique « la stratégie de contournement de la loi personnelle du mineur consistant à transformer une adoption internationale en adoption interne », cette « règle de conflit volontairement contournée », selon l'expression de la Cour européenne des droits de l'homme, allait nécessairement conduire, ainsi que l'annonçait M. Farge, à une évolution des demandeurs, qui s'étaient vu fermer la voie de l'adoption des enfants étrangers recueillis par kafala par la loi du 6 février 2001 et la jurisprudence de la Cour de cassation : « Cette réception des cours régulatrices n'épuise pas le contentieux suscité par la kafala. Désormais, la jurisprudence judiciaire va se concentrer sur la possibilité de solliciter une adoption après que l'enfant a acquis la nationalité française et sur la question, particulièrement complexe, des effets de la kafala dans l'ordre juridique français⁵ ».

Il apparaît en effet que la question de principe peut être résolue à travers le processus intégrateur d'accès à la nationalité française souligné par les juges de Strasbourg et qu'avait anticipé la Cour de cassation dans son avis du 4 juin 2012 précité, qui s'applique notamment aux effets de la kafala, le bénéficiaire pouvant accéder à la nationalité française à l'issue d'un délai de cinq années, sous condition de résidence.

Cette analyse rejoint celle de Mme S. Godechot-Patris, *Juris-Classeur Droit international*, fasc. 548-30, à jour au 5 janvier 2011 : *Adoption - Conflits de lois*, n° 65, « Kafala, adoption et conflit mobile » : « Pour relativiser les inconvénients de la solution ainsi posée, il a été souligné que la prohibition n'est appelée à jouer que tant que les mineurs conservent leur nationalité d'origine. À compter du jour où ils acquièrent la nationalité française, ils deviennent adoptables. Or l'article 21-12 du code civil dispose que l'enfant qui, depuis au moins cinq ans, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française peut réclamer la nationalité française ».

Cette interprétation, qui était aussi celle soutenue par le gouvernement français devant la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Harroudj, a fait l'objet de nombreuses réponses des ministres de la justice aux questions écrites depuis 2006 et les deux arrêts de la première chambre civile du 10 octobre 2006 interdisant l'adoption en France d'un enfant étranger recueilli dans un pays prohibant l'adoption, sur le fondement de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil. Ces réponses ministérielles sont dépourvues de toute ambiguïté quant aux conséquences de l'application de la loi française et ne font aucune référence au double statut personnel de l'enfant au regard des décisions judiciaires de son pays d'origine. Cette formulation constante a été confortée par les conclusions du rapport de M. Jean-Marie Colombani au Président de la République, en 2008.

Ainsi, dans une réponse ministérielle du 11 août 2009⁶ : « S'agissant de la possibilité de prononcer en France l'adoption d'un mineur recueilli dans le cadre d'une kafala, il convient d'observer que la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale a introduit, à l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, des dispositions interdisant le prononcé en France de l'adoption d'un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce dernier est né et réside habituellement en France. Cet article a vocation à s'appliquer aux mineurs recueillis par kafala dont la loi nationale ne reconnaît pas l'adoption, notamment l'Algérie et le Maroc. La Cour de cassation l'a d'ailleurs rappelé dans deux arrêts de principe du 10 octobre 2006 (n° 1486 et n° 1487). Ces dispositions sont conformes aux engagements internationaux de la France, notamment la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui imposent de s'assurer de l'adoptabilité d'un enfant au regard de sa loi personnelle, avant le prononcé d'une adoption. Toutefois, dès lors que l'enfant a été élevé pendant cinq ans en France par des Français, la nationalité française peut lui être accordée, selon les conditions fixées par l'article 21-12 du code civil. La loi française lui étant alors applicable, l'enfant devient adoptable. Ce dispositif, qui garantit le respect du statut personnel de l'enfant et des droits qui en découlent, ne paraît pas devoir être remis en cause. Le rapport sur l'adoption remis au Président de la République le 19 mars 2008 par M. Colombani ne propose d'ailleurs aucune modification législative sur ce point. Il préconise en revanche de s'orienter vers des mécanismes de coopération avec les pays d'origine, et en particulier le Maroc, notamment en vue de faciliter la délivrance de visas au profit des enfants concernés. Ces conclusions rejoignent celles formulées par le groupe de travail chargé de réfléchir au statut des enfants recueillis par la kafala, mis en place par le ministère de la justice en février 2007, en liaison avec le ministre chargé de la famille. Ces préconisations font actuellement l'objet d'une concertation interministérielle ». C'est une réponse de même nature que l'on trouve dans le présent dossier, où la ministre de la justice, garde des sceaux, par un courrier du 8 avril 2008, conseille à Mme X... d'utiliser cette voie procédurale.

Dans sa réponse la plus récente à une question écrite, faisant suite à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Harroudj, du 4 octobre 2012, et par-delà les changements politiques intervenus depuis lors, la chancellerie réaffirme cette orientation, toutefois à ce jour non confortée par une circulaire aux

⁵ *Droit de la famille*, n° 9, septembre 2008, commentaire de 1^{er} Civ., du 9 juillet 2008 : « Comment accueillir les kafalas musulmanes ? »

⁶ Réponse ministérielle n° 1362 à M. Pierre Cardo (*JO Assemblée nationale*, 11 août 2009, p. 7979).

parquets, annoncée depuis plusieurs années, mais en soulignant au préalable la volonté du respect des droits étrangers qu'exprimait la modification législative de 2001 : « [...] Afin de garantir le respect de la législation des pays étrangers, la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale a introduit dans le code civil des dispositions interdisant le prononcé en France de l'adoption d'un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce dernier est né et réside habituellement en France. Or, le droit algérien comme le droit marocain prohibent formellement ce mode d'établissement de la filiation. Si la kafala ne peut pas être assimilée à une adoption, elle permet toutefois à l'enfant de bénéficier d'une protection en France conformément aux prescriptions de l'article 20 de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, qui prévoit qu'un enfant privé de son milieu familial doit pouvoir bénéficier d'une protection de remplacement. Ainsi, la kafala judiciaire (ainsi que la kafala adoulaire homologuée par le tribunal), comme toute décision relative à l'état des personnes, a vocation à être reconnue de plein droit sur le territoire français, sans formalité particulière, dès lors que sa régularité internationale n'est pas contestée. Les effets du jugement de kafala diffèrent en fonction du contenu de la décision et de la situation de l'enfant recueilli. Ainsi, dans le cas d'enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins pour lesquels seule une kafala judiciaire peut être prononcée, celle-ci produit en France des effets comparables à ceux d'une tutelle sans conseil de famille, le kafil étant investi de l'ensemble des prérogatives d'autorité parentale sur l'enfant. Dans le cas d'enfants ayant encore des parents en état d'exercer leurs prérogatives, la kafala est assimilable en France à une délégation d'autorité parentale totale ou partielle. La kafala est donc reconnue en droit interne, tout en conciliant les impératifs que sont la protection de l'enfant et le respect de sa loi personnelle. La nécessité de cet équilibre est au fondement de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 octobre 2012, qui a considéré que le droit français était respectueux des conventions internationales et ne portait pas atteinte au droit à une vie familiale normale. Il n'est donc pas envisagé de modifier ces dispositions du code civil. Il convient de relever en outre que l'interdiction d'adopter cesse à partir du moment où l'enfant acquiert la nationalité française, ce qui est possible après que l'enfant ait résidé cinq années sur le territoire français au sein de sa famille d'accueil. Toutefois, la garde des sceaux ne méconnaît pas les difficultés auxquelles peuvent se trouver confrontées les familles comprenant un enfant régi par la kafala. Afin de renforcer l'information des juridictions, un projet de circulaire à leur attention rappelant précisément le cadre juridique applicable à la kafala est en cours d'élaboration.

Par ailleurs, elle entend examiner les propositions de réforme portées à l'attention de la chancellerie par le défenseur des droits qui seraient susceptibles d'améliorer les conditions d'accueil et de vie en France des enfants concernés⁷ ».

Les autorités politiques et administratives se sont beaucoup investies sur la situation des enfants recueillis sous kafala, sur sollicitation des demandeurs à l'adoption. Le Défenseur des droits a formulé une proposition de réforme 10-R 109 du 14 avril 2010 « visant à améliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis par kafala en France ». Le ministère de la justice, après le dépôt du rapport Colombani en 2008, face aux incertitudes sur la nature juridique de la kafala en droit français et aux difficultés concrètes rencontrées par les familles comme par « les différents services publics, qui sont loin d'avoir une vision claire de cette institution », a annoncé depuis à plusieurs reprises dans des questions écrites et des courriers parlementaires qu'« une circulaire interministérielle viendra prochainement rappeler à ces services le régime et les effets de la kafala en France ». Le défenseur des droits constatait en mars 2012 que, plus de deux ans après cette annonce, aucune circulaire n'avait encore vu le jour.

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser certaines conditions relatives au délai de recueil par kafala : « Si la notion de recueil n'implique pas que l'enfant ait rompu tous liens avec sa famille d'origine, il faut, pour bénéficier des dispositions de l'article 21-12 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, que l'enfant soit effectivement accueilli, recueilli et élevé en France, ce que ne suffisait pas à établir à lui seul l'acte de kafala, et qu'il ne s'agisse pas d'un recueil épisodique avec résidence alternativement en France et dans le pays d'origine » (1^{re} Civ., 14 avril 2010, pourvoi n° 08-21.312, Bull. 2010, I, n° 95, rapport de Mme Trapero, conclusions de M. Legoux, avocat général ; Droit de la famille 2010, commentaire n° 160, obs. M. Farge, « La lutte contre les kafalas de complaisance met en exergue la dualité de finalités de l'institution étrangère en France » ; JDI 2010, comm. 10, note S. Corneloup ; Dalloz 2010, 1075, obs. Gallmeister ; O. Boskovic, Dalloz 2010, p. 2868, S. Corneloup, Journal du droit international (Clunet) n° 3, juillet 2010, 10 ; I. Gallmeister, « Déclaration de nationalité française : enfant recueilli par kafala », Dalloz, actualité, 28 avril 2010, A. Gouttenoire, Dalloz 2010, p. 1904 ; E. Pouliquen, RLD Civ. 2010, p. 43-44, n° 3854 ; E. Putman, RJP Fam. 2010, juillet-août, p. 15).

L'interaction entre ces deux voies a été voulue par le législateur dans un esprit prolongé par la jurisprudence de la Cour de cassation (avis du 4 juin 2012, précité). En conséquence, une intégration effective, conçue de façon progressive, par étapes, avec la volonté objectivement appréciée par le juge que l'enfant devienne français (effectivité du recueil, de la résidence et de l'éducation) permettent à celui-ci d'accéder dans un délai de cinq années à la nationalité française, et cet accès à la nationalité française peut permettre ensuite son adoption si les autres conditions sont remplies.

Le principe même de la possibilité de l'adoption d'un enfant français, le fait qu'il soit adoptable quel que soit son pays d'origine ne m'apparaît pas pouvoir être contesté. Le caractère effectif, durant le délai minimum de cinq ans, des conditions de recueil, de résidence et d'éducation de l'enfant adoptable relève de l'appréciation des juges du fond saisis de l'espèce. Relevant de l'office du juge saisi, faute de difficulté sérieuse, la question relative à la possibilité de l'adoption de cet enfant, par-delà les conditions pouvant rendre effective cette possibilité, ne me paraît donc pas relever de la procédure de demande d'avis.

⁷ Réponse ministérielle à M. Bui Gwenegan, député, publiée au JO le 20 novembre 2012, p. 6795.

1.3. La conformité de la règle de conflit de l'article 370-3 du code civil avec l'article 3-1 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant

La question relative au principe de la conformité de la règle posée par l'article 370-3 du code civil avec la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant (CIDE) ne me paraît pas non plus constituer une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse. La Cour de cassation, qui a consacré l'applicabilité directe de la Convention (1^{re} Civ., 14 juin 2005, pourvoi n° 04-16.942, *Bull.* 2005, I, n° 245, 13 juillet 2005, pourvoi n° 05-10.519, *Bull.* 2005, I, n° 334, et 22 novembre 2005, pourvoi n° 03-17.912, *Bull.* 2005, I, n° 434) en estimant que « l'intérêt de l'enfant doit être une valeur primordiale », a eu l'occasion d'affirmer cette règle de conformité aux articles 20 et 21 de la CIDE⁸ dans deux arrêts récents très commentés.

Dans la première affaire, concernant un enfant né en Algérie, sans filiation connue, bénéficiant d'une décision de kafala prononcée par une juridiction algérienne, dans un cas d'espèce similaire à celui faisant l'objet de la présente demande d'avis, Mme Harroudj faisait grief à l'arrêt attaqué (Lyon, 23 octobre 2007) d'avoir rejeté sa demande d'adoption plénière à titre principal et d'adoption simple à titre subsidiaire.

1^{re} Civ., 25 février 2009, pourvoi n° 08-11.033, *Bull.* 2009, I, n° 41 (aff. Harroudj) - rapport de Mme Vassallo, conseiller référendaire, conclusions de M. Pagès, avocat général :

« C'est sans établir de différence de traitement au regard de la vie familiale de l'enfant et sans méconnaître le droit au respect de celle-ci, après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, renvoyant à la loi personnelle de l'adopté, était conforme à la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux seuls enfants adoptables, excluant ceux dont le pays d'origine interdit l'adoption, qu'une cour d'appel, constatant que l'article 46 du code de la famille algérien prohibe l'adoption mais autorise la kafala, rejette une requête en adoption dès lors que la kafala est expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de celui-ci ». A. Boiché, « L'impossibilité d'adopter un enfant recueilli par kafala ne porte pas atteinte aux droits fondamentaux de l'enfant », *Actualité juridique Famille* 2009, p. 170 ; V. Egea, « Kafala : préservation de l'intérêt de l'enfant », *Recueil Dalloz* 2009, p. 730 ; M. Farge, « Le refus de métamorphoser une kafala en adoption n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant recueilli », *JCP*, 18 mars 2009, éd. G., act. 136 ; M. Farge, « La Cour de cassation refuse d'atténuer la conception abstraite de l'intérêt de l'enfant retenue par le législateur », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2009, comm. 82 ; E. Fongaro, « Droit international et européen », *JCP*, 27 juillet 2009, éd. G., 181 ; Th. Garé, « Kafala : le rejet de l'adoption n'est pas contraire aux engagements internationaux de la France », *RJPF* mai 2009, p. 24 ; A. Gouttenoire, « Les enfants interdits d'adoption : la Cour de cassation refuse le recours aux droits fondamentaux », *JCP*, 29 avril 2009, éd. G., II, 10072 ; J. Hauser, « Le temps et la filiation : la kafala et l'intérêt de l'enfant », *RTD civ.* 2009 p. 308 ; F. Jault-Seseke, *Droit international privé*, janvier 2009 - février 2010, *Recueil Dalloz* 2010, p. 1585 ; J. Massip, *Deffrénois*, 15 juin 2009 n° 11, p. 1156 ; E. Pouliquen, « Adoption et kafala : deux institutions incompatibles », *RLDC*, mai 2009, p. 44.

La seconde affaire concernait également un enfant né en Algérie, sans filiation connue, bénéficiant d'une décision de kafala prononcée par une juridiction algérienne, les époux X... faisant grief à l'arrêt attaqué (Chambéry, 18 novembre 2008) d'avoir rejeté leur demande d'adoption plénière à titre principal et d'adoption simple à titre subsidiaire.

1^{re} Civ., 15 décembre 2010, pourvoi n° 09-10.439, *Bull.* 2010, I, n° 265, rapport de Mme Vassallo, conseiller référendaire :

« C'est sans méconnaître l'intérêt primordial de l'enfant, ni établir de différence de traitement au regard de sa vie familiale, ni compromettre son intégration dans une famille, qu'une cour d'appel, après avoir relevé que la règle de conflit de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, qui renvoie à la loi personnelle de l'adopté, est la traduction, en droit interne, des règles édictées par la Convention de La Haye du 29 mai 1993, qui dispose, notamment dans son article 4 a, que l'adoption ne peut être prononcée que si l'enfant est adoptable, constate que l'article 46 du code de la famille algérien interdit l'adoption, tandis que l'article 116 de ce même code définit la kafala comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant comme le ferait un père pour son fils, et rejette la requête en adoption, dès lors que la kafala, expressément reconnue par l'article 20, alinéa 3, de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, préserve son intérêt supérieur ». D. Boulanger, « Droit international privé notarial », *JCP*, n° 30, septembre 2011, 1256 ; Ch. Chalas, *Journal du droit international* (Clunet), n° 3, juillet 2011, 10 ; M. Farge, « Encore le refus de métamorphoser une kafala en adoption », *Droit de la famille*, n° 4, avril 2011, comm. 62 ; J. Gallois, « La Cour de cassation persiste et signe : la kafala n'est pas synonyme d'adoption », *RLDC*, février 2011, p. 49 ; Th. Garé, « Le refus de transposer la kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux », *JCP*, 14 mars 2011, éd. G., 301 ; Th. Garé, « Kafala : le rejet de l'adoption n'est pas contraire aux engagements internationaux de la France », *RJPF*, mars 2011, p. 32 ; A. Gouttenoire, « Droit des mineurs - juin 2010 - juin 2011 », *Recueil Dalloz* 2011, p. 1995 ; B. Haftel, « Kafala : le fait de n'avoir aucune filiation n'est pas contraire à l'intérêt de l'enfant », *Actualité juridique Famille* 2011, p. 101 ; V. Parisot « Refus de prononcer l'adoption d'un enfant recueilli par kafala et préservation de l'intérêt supérieur de cet enfant », *Petites Affiches*, 29 novembre 2011, n° 237, p. 5.

⁸ Article 20, alinéa 3, concernant la protection de remplacement dont doit bénéficier tout enfant temporairement ou définitivement privé de son milieu familial : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ». Article 21 : « Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale en la matière... »

La contestation de cette jurisprudence par une partie de la doctrine a été formulée en des termes traduisant les enjeux passionnels qui peuvent parfois s'attacher à ces débats : « *Le juge était au cas présent placé devant une alternative simple, mais terrible : violer la loi ou violer le sentiment de justice. En affirmant, en substance, que le fait de priver l'enfant de toute filiation n'était pas contraire à son intérêt, la Cour de cassation a respecté la légalité* » (Haftel, 2011, précité). « *La Cour de cassation fait ainsi preuve, à propos de l'adoption d'un enfant bénéficiaire d'une kafala, d'un loyalisme à toutes épreuves à l'égard du législateur et refuse obstinément, fût-ce au nom des droits fondamentaux, de contourner la lettre de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil* » (Gouttenoire, 2011, précité).

Les critiques s'appuyaient sur une conception de l'intérêt supérieur de l'enfant selon laquelle la jurisprudence de la Cour de cassation faisait que l'enfant non adoptable ne pourrait mener une vie familiale normale au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et établissait une discrimination au sens de l'article 14 en refusant le droit à l'adoption aux seuls enfants nés dans un pays de statut prohibitif. C'est donc au regard des droits fondamentaux qu'était attendue la décision des juges de Strasbourg pour remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation dans ses arrêts des 25 janvier 2009 et 15 décembre 2010 (« Une solution contestable, prétendument conforme aux droits fondamentaux », Parisot, 2011, précité.).

La Cour européenne des droits de l'homme, dans la décision Harroudj c/ France du 4 octobre 2012, qui concernait l'arrêt du 25 janvier 2009, a répondu très clairement aux paragraphes 49, 50 et 55 que la législation française et son interprétation dans l'espèce concernée résolvait le conflit de loi en respectant l'esprit et l'objectif des conventions internationales visant à protéger les intérêts supérieurs de l'enfant et n'étaient pas contraires à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale, pas plus qu'à l'article 14 de ladite Convention, assurant qu'aucune distinction dans la jouissance des droits ne pouvait être fondée sur la nationalité.

CEDH, 5^e section, 4 octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France

« 49. *En l'espèce, pour rejeter la requête en adoption de l'enfant Hind, les juridictions nationales se sont fondées sur l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, qui interdit le prononcé de l'adoption d'un mineur étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution.*

Elles ont également pris appui sur la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, dont l'article 20, qui reconnaît expressément la kafala de droit islamique comme "protection de remplacement", au même titre que l'adoption. La Cour relève que ce même article cite, parmi les critères guidant le choix du mode de protection le plus adapté à l'enfant, son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. Elle observe par ailleurs que l'article 21 de cette même Convention, qui concerne l'adoption, indique que les "États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale" (paragraphe 18 ci-dessus).

La Cour de cassation a d'autre part rappelé que l'article 370-3 du code civil était conforme à la Convention de La Haye du 29 mai 1993, inspirée par le souci de prévenir " l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfant ", même si cette convention ne vise que les adoptions " établissant un lien de filiation " (article 2, § 2), et a souligné que ces adoptions ne peuvent avoir lieu que si les autorités compétentes de l'État d'origine ont établi que l'enfant est adoptable (article 4 a, paragraphe 19 ci-dessus).

Enfin, la kafala entre explicitement dans le champ d'application 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 (paragraphe 20 ci-dessus).

50. Il résulte de ce qui précède que le refus opposé à la requérante tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales. Or, la Cour considère que la reconnaissance de la kafala par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les États la réceptionnent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de loi qui se présentent [...].

55. La Cour estime qu'au cœur du grief énoncé par la requérante sur le terrain de l'article 14 de la Convention, se trouve l'impossibilité d'adopter l'enfant Hind en raison de sa loi personnelle. Cette question a été examinée sous l'angle de l'article 8, dont la non-violation a été constatée. Dans ces conditions, la Cour estime qu'aucune question distincte ne se pose au regard de l'article 14 de la Convention et ne formule aucune conclusion séparée sur ce grief ».

Les premiers commentaires de la doctrine sont partagés. N. Hervieu, « L'adoption internationale aux prises avec la kafala sous le regard européen », in *Lettre Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 8 octobre 2012, souligne que « *l'argument international est donc ici particulièrement salutaire au raisonnement strasbourgeois* », mais « *permet de consolider une solution qui, sous le seul angle de l'intérêt de l'enfant, n'est pas à toute épreuve* ». Pour N. Fricero, « Respect du droit à la vie familiale en dépit du refus d'adoption », *Procédures*, n° 11, novembre 2012, commentaire n° 327, « *tous ces éléments conduisent à considérer que le droit français ménage un juste équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant, l'intérêt général et celui de la requérante* ». Mais pour M. Kebir, « Kafala : le refus d'adoption ne porte pas atteinte au respect de la vie familiale », *Dalloz*, actualité, 17 octobre 2012 : « *L'attention portée à la sauvegarde de cet équilibre ne saurait toutefois occulter que cette solution s'explique aussi, dans une certaine mesure, par la volonté de la Cour de Strasbourg de ne pas faciliter le recours à une institution que les pays d'origine des enfants recueillis prohibent fermement* ».

Les tenants de la ligne doctrinale qui contestait la jurisprudence estimée trop stricte de la Cour de cassation au regard des droits fondamentaux n'en appellent plus maintenant qu'à un changement législatif⁹. G. Gonzalez, « Éloge de la kafala au nom du pluralisme culturel », *JCP*, 22 octobre 2012, éd. G., n° 43, 1145, estime que

⁹ Voir en ce sens *infra* la proposition de loi n° 353 du 10 mars 2011 déposée au Sénat par M. Milon.

« *Le pluralisme culturel fait son entrée dans la panoplie du juge nouvellement soucieux de respecter le principe de subsidiarité* » et que « *cette décision est la confirmation de la dureté de la solution posée et maintenue par la Cour de cassation depuis 2006* ».

La Cour européenne des droits de l'homme, à l'instar de la Cour de cassation, a donc estimé que la kafala, reconnue expressément par les conventions internationales, en particulier par la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant, spécialement visée dans la question posée, assurait un statut et une protection juridique à l'enfant, distincte de l'adoption, qui préserve l'intérêt supérieur de l'enfant. La question de droit n'est pas nouvelle et ne présente pas de difficulté sérieuse. L'office du juge, sous le contrôle de la Cour de cassation, est d'apprécier la compatibilité du droit interne avec les engagements internationaux de la France, et cette question ne peut relever de la procédure de demande d'avis. La demande du tribunal de grande instance de Limoges me paraît donc irrecevable à ces deux titres.

1.4. La forme que doit revêtir le consentement à adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil

La question relative à la forme du consentement à adoption plénière d'un enfant français né à l'étranger de parents inconnus me paraît la seule pour laquelle le débat sur la recevabilité peut se poser sérieusement. On pourrait en effet considérer qu'elle n'est pas totalement détachée de tout élément de fait relevant de l'office du juge du fond. En effet, si le principe de l'application de la loi française au cas de l'enfant recueilli par kafala devenu français ne fait pas de doute, les conditions mises par la loi française dans la procédure de l'adoption quant à la forme que doit revêtir le consentement nécessitent d'en déterminer les modalités précises à partir des principes dégagés par la Cour de cassation au vu des textes applicables.

1.4.1. Une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse

L'hypothèse étudiée est celle du consentement à l'adoption par un Français d'un enfant né en Algérie de parents inconnus, recueilli au titre de la kafala, puis devenu français par acquisition de la nationalité.

La loi applicable est la loi française puisque c'est celle de l'adoptant aux termes de l'alinéa 1 de l'article 370-3 du code civil, ainsi que celle de l'adopté puisque la loi française est devenue en France sa loi personnelle. L'alinéa 2 n'est pas applicable, l'enfant étant français, mais il éclaire la solution sur la volonté du législateur, qui a édicté que le droit du sol (enfant né et résidant habituellement en France) primait le statut personnel attaché à sa nationalité quand celui-ci prohibait l'adoption. Ce texte s'inscrit dans la tradition du double droit du sol républicain, fondé sur la socialisation et l'éducation¹⁰.

Quelle que soit la situation, l'alinéa 3 de l'article 370-3 du code civil édicte une règle matérielle relative au consentement à l'adoption, qui doit émaner du représentant légal de l'enfant. Les juges du fond doivent vérifier que ce consentement répond à des critères stricts : être libre et obtenu sans contrepartie, après la naissance de l'enfant. Ce consentement doit être éclairé, en particulier en matière d'adoption plénière, sur les conséquences de cette décision, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant. L'intention du législateur est particulièrement claire en la matière.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans la décision précitée Harroudj c/ France du 4 octobre 2012, ne dit rien de la question du consentement, qui, pourtant, conditionne l'effectivité de la possibilité de l'adoption.

La jurisprudence de la Cour de cassation en matière de consentement à l'adoption doit être examinée au regard des principes édictés en ce qui concerne l'adoption internationale ou nationale et des règles communes dégagées.

1.4.1.1. La difficulté à dégager des principes communs relatifs au consentement au regard de la diversité des situations

Avant la loi du 6 février 2001, la jurisprudence de la Cour de cassation est constante sur la question du consentement dans le domaine de l'adoption internationale, puisque le législateur de 2001 s'est inscrit dans la ligne des arrêts de référence qu'elle avait rendus en la matière.

Dans l'arrêt Torlet (1^{re} Civ., 7 novembre 1984, pourvoi n° 83-2.897, *Bull.* 1984, I, n° 294), la Cour de cassation a précisé que « *les conditions comme les effets de l'adoption sont régis, lorsque l'adoption est demandée par une seule personne, par la loi nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté ; lorsque le consentement à l'adoption par un Français d'un enfant étranger ne précise pas en considération de quel type d'adoption il a été donné, ce consentement vaut pour l'une et l'autre des formes d'adoption que connaît le droit français* ».

L'arrêt Pistre a détaché de la loi nationale de l'adopté le consentement à l'adoption : « *Si le contenu même du consentement doit être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français doit s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti. Dès lors, les juges du fond, qui relèvent que le consentement a été spécialement donné par l'autorité brésilienne compétente en vue d'une adoption simple, justifient leur décision de rejeter la demande d'adoption plénière présentée par les adoptants* » (F. Boulanger, « Adoption plénière : rôle du ministère public et loi applicable au consentement à l'adoption d'un enfant étranger », *Recueil Dalloz* 1991, p. 105 ; J. Hauser, « Conditions de l'adoption : droit interne et international », *RTD civ.* 1991, p. 308 ; J. Rubelin-Devichi, « Pour l'abandon partiel de la fiction créée par l'adoption », *D. Civ.* 1990, p. 263).

¹⁰ Patrick Weil, *Qu'est-ce qu'un Français ?*, Grasset, 2002.

Selon l'arrêt Moreau, les juges du fond doivent « vérifier que le consentement donné par l'adopté ou son représentant légal l'a été en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à cette institution et, notamment dans le cas d'adoption en forme plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture des liens qui unissent l'enfant à sa famille par le sang » (1^{re} Civ., 1^{er} juin 1994, pourvoi n° 92-18.057, *Bull.* 1994, I, n° 196, *Rev. crit. DIP* 1994, p. 654, note H. Muir Watt ; Recueil *Dalloz* 1995, jurisprudence, p. 261, note E. Poisson-Drocourt, « Adoption internationale : la recherche de la volonté exprimée par les personnes ayant consenti à l'adoption doit s'opérer par référence aux termes employés dans les actes dressés en application de la loi nationale de l'adopté »).

Aux termes de l'arrêt Fanthou, dans le cas où le pays d'origine de l'enfant prohibe l'adoption, celle-ci est possible en France, mais sous les mêmes conditions de consentement du représentant du mineur (1^{re} Civ., 10 mai 1995, pourvoi n° 93-17.634, *Bull.* 1995, I, n° 198 : « Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, cette institution, à la condition qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas d'adoption en forme plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine » (Larribeau-Terneyre, « Rejet de la requête en adoption plénière d'un enfant marocain, sa loi nationale ne connaissant pas une telle institution », *Recueil Dalloz* 1995, p. 544 ; F. Monéger, « Adoption internationale. Loi personnelle de l'enfant adopté prohibant l'adoption », *Revue de droit sanitaire et social* 1995, p. 606 ; H. Muir-Watt, « De l'adoption d'un enfant que sa loi personnelle prohibe », *Revue critique de droit international privé* 1995, p. 547).

De vives polémiques, dans les années qui suivirent, ont opposé les juridictions du fond et une partie de la doctrine qui se prononça, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, pour l'adoption de mineurs « confiés » par l'autorité d'un pays prohibant l'adoption.

La jurisprudence de la Cour de cassation a pu paraître distinguer la portée du consentement selon la nature de l'adoption, puisqu'elle semblait dire que celui-ci ne pouvait être retenu pour l'adoption plénière concernant un enfant né dans un pays étranger de régime prohibitif, alors qu'il pouvait l'être pour l'adoption simple. Quelques grandes lignes doivent être rappelées.

Dans l'arrêt Lorre (1^{re} Civ., 1^{er} juillet 1997, pourvoi n° 95-14.075, *Bull.* 1997, I, n° 223), est édicté le principe que l'autorité étrangère représentant légal de l'enfant, non habilitée à cette fin, ne pouvait donner un consentement valable à une adoption plénière : « *Viole les principes généraux qui régissent l'adoption d'enfants étrangers une cour d'appel qui accueille la requête en adoption plénière présentée par deux époux français d'un enfant étranger alors que l'autorité publique étrangère, représentant légal du mineur, n'avait pas le pouvoir de donner son consentement à une adoption plénière.* »

Attendu que, selon l'arrêt attaqué, le 12 mars 1993, un nouveau-né de sexe masculin a été découvert sur la voie publique à Meknès ; qu'il a été recueilli par le service social du ministère de la santé publique et déclaré à l'état civil sous le nom de Y... et le prénom de Jendal ; que les époux X..., demeurant en France, ont été autorisés à l'adopter par arrêté du wali et gouverneur de la préfecture du 20 avril 1993 ; que, le 21 avril 1993, un acte de fâfala et tanzil (prise en charge et institution d'héritier) a été établi par deux adouls, soulignant que l'enfant a été remis aux époux X... dans le but de l'adopter, avec toutes les garanties de ses droits matériels et moraux, comme s'il était leur propre fils ; que, par ordonnance du 22 avril 1993, le président du tribunal de première instance de Meknès a autorisé les époux X... à se faire accompagner de l'enfant à leur domicile en France ; que les époux X... ont présenté une requête en adoption plénière ;

Attendu que, pour accueillir cette requête, la cour d'appel énonce qu'en confiant à des parents sans enfant un nourrisson abandonné dès la naissance et en laissant ce dernier quitter son pays d'origine pour venir s'installer en France chez eux, en leur demandant de s'engager officiellement à l'élever comme leur propre enfant et à lui laisser tous leurs biens, les autorités marocaines ont manifestement entendu faire bénéficier le jeune Jendal Y... d'une cellule familiale qui lui faisait défaut dans son pays et qui correspond, en France, à l'adoption plénière, même si celle-ci n'existe pas au Maroc ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'autorité publique étrangère, représentant légal du mineur, n'avait pas le pouvoir de consentir à une telle adoption, la cour d'appel a violé les principes susvisés » (C. Bridge, « L'autorité publique marocaine, représentant légal du mineur, n'a pas le pouvoir de consentir à une adoption plénière par des Français d'un enfant marocain », *Recueil Dalloz* 1998, p. 292 ; Y. Favier, « Droit de la famille », *JCP*, 7 janvier 1998, éd. G., I, 101, n° 27 à 29 ; Th. Garé, « Réflexions sur une adoption impossible », *JCP*, 1^{er} octobre 1997, éd. G., II, 22916 ; F. Monéger, « Adoption d'un enfant marocain confié en kafala à un couple français », *Revue de droit sanitaire et social* 1997, p. 895 ; H. Muir Watt, « De l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ignore cette institution », *Revue critique de droit international privé* 1997, p. 705 ; E. Poisson-Drocourt, « L'adoption internationale : l'inadoptabilité d'un enfant marocain », *Recueil Dalloz* 1998, p. 187).

Quelques mois plus tard, dans l'arrêt Lenoir (1^{re} Civ., 16 décembre 1997, *Revue critique de droit international privé* 1997, 433, note H. Muir Watt ; *JCP* 1997, II, 10816, note T. Garé), a été estimé valable le consentement à l'adoption simple du représentant légal, donné par décision judiciaire, du mineur né de parents inconnus et recueilli sous kafala :

« Attendu que les juges du fond ont relevé que M. et Mme X... répondaient aux conditions légales de l'adoption simple selon le droit français et qu'ils produisaient une décision du président du tribunal de première instance de Rabat, autorisant M. X... à adopter l'enfant Saïd, de nationalité marocaine, né au Maroc de parents inconnus, et à l'emmener en France, ainsi qu'un acte faisant état de la remise de l'enfant par le centre Lalla Mariam de Rabat à M. et Mme X... en vue de son adoption, afin de veiller à son éducation, et attestant qu'ils l'instituaient comme leur propre fils ;

Attendu qu'il résulte de ces énonciations qu'indépendamment des dispositions prohibitives de la loi personnelle de l'enfant, les époux français pouvaient adopter cet enfant, dès lors que le représentant légal du mineur avait donné son consentement en connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption projetée ».

Le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond quant à la portée du consentement a été réaffirmé dans une espèce particulière : « *Le contenu même du consentement devant être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'enfant à adopter et uniquement au regard de la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti, la cour d'appel, pour prononcer l'adoption simple d'un enfant en Haïti, sans filiation connue, retient souverainement que le consentement du maire de Port-au-Prince, en sa qualité de représentant légal de l'enfant, avait été donné au cours de la procédure d'adoption diligente en Haïti, en considération des caractères de l'adoption dans ce pays, qui ne connaît qu'un seul type d'adoption, ne pouvant être assimilé à l'adoption plénière de droit français » (1^{re} Civ., 3 octobre 2000, pourvoi n° 98-22.784, *Bull.* 2000, I, n° 229 ; F. Monéger, « L'adoption plénière d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît que l'adoption simple », *Droit et patrimoine* 2001, n° 90).*

L'interprétation très large faite au nom de l'intérêt de l'enfant par des juges du fond quant au consentement à l'adoption entraîna une intervention du ministère de la justice à travers une circulaire du 14 février 1999 estimant que l'adoption n'était pas possible au regard du régime prohibitif de la loi personnelle de l'adopté, contrairement à la jurisprudence de l'arrêt Fanthou. L'inquiétude était que ces règles de jurisprudence libérales ne favorisent les trafics d'enfants. Cette position s'inscrivait dans la ligne de la Convention de La Haye de 1993, selon laquelle l'adoption ne peut avoir lieu que si les autorités compétentes du pays d'origine ont établi que l'enfant est adoptable. Ce conflit d'interprétation est à l'origine de la modification législative de l'article 370-3 du code civil.

Cette intervention législative a été rendue nécessaire pour apporter « *une opportune clarification* » (H. Muir Watt, *Revue critique de droit privé* 2001, p. 275), car les interprétations jurisprudentielles permettaient l'adoption d'un enfant dont la loi prohibe ou ignore l'adoption, sous la seule condition « *qu'indépendamment de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption* » (1^{re} Civ., 10 mai 1995, précité). La loi du 6 février 2001, dans le paragraphe 2 de l'article 370-3 du code civil, a voulu très clairement mettre fin à une jurisprudence qui ouvrait les possibilités d'adoption d'un enfant né dans un régime prohibitif, estimant implicitement que la loi française protégeait mieux l'intérêt de l'enfant. « *Elle est venue consacrer une solution contraire, répondant ainsi aux nombreuses critiques qui reprochaient à la solution de la jurisprudence de mépriser à ce point la loi nationale de l'enfant et de conduire à des adoptions boiteuses, c'est-à-dire à des adoptions non reconnues dans le pays d'origine de l'enfant* » (M.-F. Mbala, « Adoption internationale : lorsque le pays d'origine prohibe l'adoption », *Recueil Dalloz* 2004, p. 459).

1.4.1.2. La loi du 6 février 2001 a-t-elle permis de clarifier les règles relatives au consentement à l'adoption ?

La volonté du législateur

La loi du 6 février 2001, issue de la proposition de la loi Mattei modifiée a été adoptée à l'unanimité¹¹.

Mme Marylise Lebranchu, garde des sceaux, ministre de la justice, le 24 janvier 2001 à l'Assemblée nationale, a expliqué la nécessité de : « *[...] donner des règles simples et claires à l'adoption internationale, qui protègent d'abord l'intérêt supérieur de l'enfant... l'effet du statut prohibitif de l'adopté et le consentement à l'adoption sont désormais régis par des dispositions distinctes [...]. S'agissant du consentement lorsqu'il est donné en vue d'une adoption plénière, il doit porter sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant. Il s'agit là d'une précision utile pour garantir le caractère libre et éclairé du consentement. De façon plus essentielle, cette disposition est érigée en principe supérieur, indépendant de la loi applicable. J'en arrive ainsi à la règle qui a retenu plus spécialement l'attention de votre commission des lois : la loi applicable aux conditions de l'adoption est la loi personnelle de l'adoptant [...]. Certains ont pu craindre qu'elle remette en cause la jurisprudence actuelle qui soumet à la loi de l'adopté, d'une part, la détermination du représentant de l'adopté habilité à donner son consentement et, d'autre part, les conditions de ce consentement. Toutefois, cette disposition a été adoptée avec la volonté affichée de codifier la jurisprudence. Elle consacre un principe sans pour autant condamner les aménagements qui lui ont été apportés. Quelle autre loi, en effet, que la loi personnelle de l'adopté pourrait désigner son représentant et régir les conditions de son consentement ? Enfin, le dispositif lui-même traite de façon spécifique du consentement, d'une part en le soumettant à un principe général transcendant la loi applicable, d'autre part en en tirant toutes les conséquences, en particulier lorsque la loi personnelle de l'enfant est prohibitive.../... »*

Ce principe général relatif au consentement « *transcendant la loi applicable* » doit servir de fil conducteur pour déterminer les conditions matérielles applicables au consentement à l'adoption d'un enfant français ayant été recueilli à l'étranger sous le régime prohibitif de kafala.

Article 370-3, alinéa 3, du code civil : « *Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant* ».

Puisque la question posée concerne un enfant né à l'étranger de parents inconnus, les dispositions de l'article 348-2 du code civil ont aussi vocation à s'appliquer en l'espèce : « *Lorsque les père et mère de*

¹¹ M. Revillard, « La loi du 6 février 2001, relative à l'adoption internationale », *Defrénois* 2001, article 37316, p. 333 ; E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international relatives à l'adoption », *Dalloz* 2001, chroniques, p. 1404. ; F. Monéger, « L'adoption internationale après la loi du 6 février 2001 », *Droit de la famille* 2001, chronique n° 15.

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 n'est pas établie ».

La loi française, au regard des principes internationaux, notamment ceux édictés par la Convention de La Haye, régit les règles relatives au consentement en prenant en compte chaque élément de fait touchant tant à la situation de l'adoptant qu'à celle de l'adopté. Or il semble que cette appréciation des juges du fond ouvre à une certaine disparité de jurisprudences, selon les conceptions de l'intérêt de l'enfant recueilli dans ces conditions.

Depuis la mise en œuvre de la loi du 6 février 2001, la Cour de cassation a pu se prononcer sur différentes conditions liées au consentement à l'adoption par le représentant légal pour des enfants nés à l'étranger et devenus français. Ces décisions permettent-elles de résoudre la question liée au consentement si les pays où ces enfants sont nés et ont été recueillis ont une législation prohibant l'adoption, en particulier les pays musulmans régis par la kafala ?

Chaque cas d'espèce relève de l'office du juge du fond en ce qui concerne l'appréciation du caractère libre et éclairé du consentement, l'information du représentant légal sur les conséquences précises de l'adoption au regard de la loi française. Mais cette appréciation souveraine des juges du fond implique un préalable, la définition d'un cadre procédural précis relatif au recueil du consentement. Face à la diversité des cas d'espèce, la Cour de cassation ne paraît pas, à ce jour, avoir eu l'opportunité de fixer ce cadre permettant de traiter l'ensemble des cas particuliers de même nature soumis aux juridictions. Il convient d'évoquer les arrêts les plus significatifs à ce titre.

Le moment du consentement à l'adoption et la détermination du représentant légal

En matière d'adoption d'un enfant né et recueilli à l'étranger, devenu français, à quel moment doit-on apprécier le caractère libre et éclairé du consentement et quel est le représentant légal apte à donner le consentement à l'adoption encadré par un strict régime de conditions ? La situation varie bien entendu selon que la filiation est inconnue ou établie. Mais cette distinction permet-elle de déterminer si c'est au moment de la remise de l'enfant sous le régime de la kafala ou au moment de la demande d'adoption de l'enfant devenu français ? Car le choix du moment du recueil du consentement, qui conditionne la détermination du représentant légal, va bien évidemment conditionner le résultat, à savoir la validation ou non par le juge du fond, au regard du processus qui va du recueil sous kafala de l'enfant étranger né à l'étranger jusqu'à la requête en adoption formulée pour le même enfant en France, devenu français au minimum cinq ans plus tard.

Pour Mme S. Godechot-Patris (*Juris-Classeur Droit international*, fasc. 548-30, à jour au 5 janvier 2011 : Adoption - Conflits de lois), « *le prononcé de l'adoption reste subordonné au consentement éclairé des parents d'origine. Certes il a été proposé de passer outre cette exigence par la constitution d'un conseil de famille ad hoc. Mais sur ce point la jurisprudence semble délicate à systématiser. Dans un arrêt rendu en 2002, la Cour de cassation a considéré qu'il ne pouvait être passé outre le consentement des représentants légaux par la constitution d'un conseil de famille (1^{re} Civ., 22 octobre 2002 : Revue juridique personnes et famille, janvier 2003, p. 19, obs. M.-C. Boursicot ; JCP 2003, éd. G., I, 148, obs. Y. Favier). Mais en l'espèce l'enfant n'était pas français. Un an plus tard, elle accepte de s'en tenir au seul consentement du conseil de famille (1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-02.630, Bull. 2003, I, n° 194 ; Revue juridique personnes et famille, février 2004, p. 21, obs. M.-C. Le Boursicot ; Defrénois 2004, p. 155, obs. J. Massip). Mais si, en l'espèce, la décision du conseil de famille a pu être considérée comme suffisante, c'est que l'enfant était de filiation inconnue. Il n'est donc pas certain qu'à supposer la filiation de l'enfant établie, la jurisprudence acceptera de passer outre le consentement de la famille d'origine. La porte demeure donc étroite ; mais la solution semble pleinement justifiée car respectueuse des intérêts en présence ».*

En ce qui concerne l'adoption demandée en France par des Français d'un enfant étranger, le consentement exigé est celui des parents de l'enfant, et non celui du conseil de famille constitué en France. « *Il résulte des principes régissant l'adoption des enfants étrangers que, même lorsque les conditions de l'adoption plénière sont régies par la loi française des adoptants, le consentement exprès et éclairé des parents de l'enfant, qui peut être recueilli par tous moyens, est une exigence de droit matériel qui ne peut être satisfaite par une délibération du conseil de famille selon l'article 348-2 du code civil » (1^{re} Civ., 22 octobre 2002, pourvoi n° 00-12.360, Bull. 2002, I, n° 236 ; M.-C. Boursicot, « Consentement à une adoption internationale : le conseil de famille ne peut se substituer aux père et mère de l'enfant », *Revue juridique personnes et famille*, janvier 2003, p. 19, S. D.-B., « Le conseil de famille ne peut pas toujours consentir à l'adoption plénière du mineur », *Actualité juridique Famille* 2003, p. 100).*

La Cour de cassation a admis le consentement des parents à l'adoption plénière dans un pays dont la loi ne connaît qu'une forme d'adoption révocable, dans deux décisions qui sont considérées par la doctrine comme à prendre avec réserve comme tenu de leur contexte particulier, s'agissant d'enfants étrangers recueillis au Rwanda pendant ou après le génocide. Par ailleurs, les dispositions de la loi du 6 février 2001 n'étaient pas applicables, puisque l'action avait été engagée avant son entrée en vigueur (1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvois n° 01-02.565 et 01-02.629, deux arrêts : « *En matière d'adoption d'enfants étrangers, le consentement exprès et éclairé des parents, règle de droit matériel, peut être recueilli par tous les moyens. En conséquence, bien que la loi rwandaise ne connaisse qu'une forme d'adoption révocable sans rupture des liens avec la famille d'origine, une cour d'appel peut valablement prononcer l'adoption plénière dès lors que le représentant légal de l'enfant a consenti à l'adoption en parfaite connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption plénière »). Elle a estimé que le consentement à l'adoption plénière avait été apprécié souverainement par les juges du fond comme ayant été donné par les parents dans des circonstances permettant de dire qu'il y avait « une certitude » quant à la volonté du père de l'enfant (dont la mère était décédée) de faire adopter l'enfant et « la parfaite connaissance des effets attachés par la loi française à*

l'adoption plénière » (J. Massip, *Defrénois*, 30 janvier 2004, n° 2, p. 155 ; E. Massalve et C. Corso, « À propos de la proposition de loi du 10 mars 2011 relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala », *Actualité juridique Famille* 2011, p. 421).

Concernant des enfants sans filiation connue, la Cour de cassation renvoie au pouvoir souverain d'appréciation de la juridiction estimant qu'une simple attestation de remise de l'enfant par un « juge aux actes notariés » ne pouvait suffire à établir le consentement à adoption : « *C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain qu'une cour d'appel décide de ne pas accueillir une demande d'adoption plénière d'un enfant né au Maroc en retenant que la décision du juge aux actes notariés ne caractérisait pas un consentement des autorités marocaines à une adoption plénière, avec les conséquences attachées à ce type d'adoption, et qu'une attestation produite prouvait seulement la remise de l'enfant aux requérants et ne pouvait s'analyser en un consentement* » (1^{re} Civ., 25 janvier 2005, pourvoi n° 02-11.927, *Bull.* 2005, I, n° 34).

Commentant cette décision, Th. Garé estimait, tout en le regrettant, que l'accès à la nationalité française reste la seule voie permettant l'adoption plénière d'un enfant recueilli dans un pays de régime prohibitif (« Retour sur l'adoption des enfants de statut personnel », *Revue juridique personnes et famille*, avril 2005, p. 23) et que « *pour sortir de l'impasse, à supposer que rien, malgré les nombreuses tentatives, y compris d'origine parlementaire, en ce sens, ne vienne atténuer cette position dogmatique de la loi française, reste la solution qui se dessine de plus en plus : prononcer une adoption plénière lorsque l'enfant a changé de statut personnel, autrement dit est devenu français. Cela revient a priori à appliquer la théorie du conflit mobile et nécessite qu'un conseil de famille constitué en France consente à cette adoption en lieu et place des parents d'origine de l'enfant* ». Cf. aussi M. Bruggeman, « L'adoption bientôt possible des enfants recueillis en kafala ? » *Droit de la famille*, n° 6, juin 2011, alerte 55.

1.4.1.3. La Cour de cassation a-elle déjà répondu le 30 septembre 2003 à la question posée dans la demande d'avis ?

Les deux arrêts susvisés du 30 septembre 2003 sur les enfants recueillis au Rwanda n'éclaircissent pas suffisamment la question posée dans la demande d'avis quant au consentement à l'adoption plénière de l'enfant devenu français, puisque le consentement a été donné, dans un pays qui ne prohibe pas l'adoption mais n'en connaît qu'une forme révocable, par le parent survivant, dans des conditions de recueil du consentement quant à sa volonté et sa compréhension des conséquences d'une adoption plénière en France.

Une décision inscrite dans un contexte particulier

La troisième décision rendue le même jour par la Cour de cassation, sur pourvoi du procureur général contre les arrêts rendus par la cour d'appel de Douai le 12 février 2001 concernant des enfants recueillis au Rwanda après le génocide, était d'une espèce différente, puisque l'enfant, au moment de la demande d'adoption, était devenu français. Parmi les moyens soulevés pouvant encore faire débat aujourd'hui, le parquet général estimait qu'il fallait se placer à la date du recueil de l'enfant par les candidats à l'adoption pour déterminer la loi régissant les modalités de son consentement à l'adoption et qu'à cette date, l'enfant était de nationalité rwandaise, moyen auquel il n'a pas été véritablement répondu.

1^{re} Civ., 30 septembre 2003, pourvoi n° 01-02.630, *Bull.* 2003, I, n° 194 : « *Mais attendu que la cour d'appel a décidé exactement qu'en application de l'article 26-5 du code civil, Joseph Y... avait acquis la nationalité française dès le 7 janvier 1997, date de la souscription de la déclaration de nationalité, dès lors qu'elle avait été enregistrée ; qu'elle a relevé que le conseil de famille, réuni le 2 octobre 1998, avait consenti à son adoption plénière par les époux X..., qui remplissaient les conditions légales requises pour une telle adoption ; qu'enfin, les observations présentées par le procureur général devant la cour d'appel n'avaient nullement invoqué les dispositions de l'article 349 du code civil ; d'où il suit que le dernier moyen est irrecevable comme ayant été soulevé pour la première fois devant la Cour de cassation ; qu'ainsi, l'arrêt attaqué n'encourt aucun des griefs du pourvoi* ».

J. Massip (*Defrénois* 2004 précité) souligne que l'on peut voir dans ce recours « *un acharnement du ministère public, peut-être sur la suggestion de la chancellerie, qui, comme le montre la circulaire de la chancellerie de 1999, est hostile à la jurisprudence de la Cour de cassation et aurait souhaité une interprétation plus large de la loi de l'adopté* ».

La décision concernait effectivement un cas tragique, celui d'un enfant recueilli au Rwanda par des passants lors d'un massacre et remis à l'orphelinat de Masaka, d'où il avait été évacué vers la France en avril 1994, avant d'être confié par le juge des tutelles à l'aide sociale à l'enfance, qui avait souscrit pour lui une déclaration de nationalité française en 1997, le conseil de famille ayant consenti à l'adoption plénière prononcée par jugement du 8 juin 2000. Cette décision s'est donc inscrite dans un processus antérieur à la loi du 6 février 2001, dans le contexte particulier de l'accueil des enfants rwandais recueillis pour échapper au génocide, dans un pays qui ne prohibe pas l'adoption, mais lui donne seulement un caractère révocable.

La nécessité de ne pas ignorer la décision du juge algérien

Incontestablement, à partir du moment où l'enfant recueilli a acquis un autre statut personnel en devenant français¹², la loi française régit le mode de désignation de l'autorité compétente pour consentir à son adoption, les règles de droit matériel qui s'attachent au consentement à l'adoption ayant vocation à s'appliquer pleinement.

¹² Rappelons que dans certaines lois nationales, le fait d'acquiescer une autre nationalité ne fait pas perdre sa nationalité d'origine. Dans la question posée à la Cour, au regard de la double nationalité, l'enfant confié par kafala qui a acquis la nationalité française reste algérien au regard du droit algérien et de l'état civil algérien.

Mais, en fond, reste la question, déjà soulevée avant 2001, résolue dans un sens restrictif par le législateur pour les enfants étrangers, des rapports avec le droit d'origine de l'enfant et les décisions judiciaires toujours en vigueur, avec la difficulté qui demeure quant au principe même et aux modalités du consentement concernant un enfant recueilli dans un pays qui prohibe l'adoption. Car, à ce moment là, les règles du droit français viennent en contradiction, dans le cas soumis dans la demande d'avis, avec les règles du droit du pays d'origine sur deux points.

Tout d'abord, l'autorité judiciaire algérienne qui a confié l'enfant en recueil légal sous kafala, à la demande de la direction de l'aide sociale d'Alger, qui continue de suivre sa situation, au regard du droit algérien, l'a fait de façon non définitive et sa décision est révocable à tout moment dans l'intérêt de l'enfant, si le *kafil*, délégataire temporaire de l'autorité parentale, ne respectait pas ses engagements. Ensuite, l'enfant, s'il est adopté, et encore plus s'il est adopté plénièrement, voit rompus de façon définitive les liens avec son origine dans tous les actes d'état civil, sauf la mention de son lieu de naissance, par une décision qui ne peut être juridiquement reconnue par les autorités algériennes, dont la législation prohibe l'adoption.

Or l'intention du législateur de 2001 était très claire de ne pas imposer sa règle de droit à une autre règle de droit également reconnue au niveau international. Comment trouver « le juste équilibre » entre l'intérêt de l'enfant à disposer en France d'un statut encore plus protecteur que celui de la kafala et ne pas décider pour lui de la coupure avec ses origines sans avoir pris toutes les garanties pour vérifier que l'autorité qui l'a seulement confié de façon temporaire et révocable était pleinement consciente de toutes les conséquences ?

La question de droit relativement au consentement me paraît donc nouvelle, au sens où elle n'a pas été posée pour un pays qui prohibe l'adoption, et présente une difficulté sérieuse car ouvrant à des interprétations tant sur les conditions du recueil du consentement et les garanties qui doivent l'entourer que sur les conséquences de celui-ci. L'éventail des réponses données par les juridictions du fond montre que d'autres difficultés sérieuses se posent, qui n'ont pas encore été soumises à la censure de la Cour de cassation, et que les litiges à venir risquent d'être à la fois nombreux et particulièrement sensibles, comme touchant au statut personnel de mineurs au parcours difficile.

1.4.2. Une question susceptible de se poser dans de nombreux litiges

La recherche documentaire effectuée par le SDER montre que les cours d'appel peuvent avoir des appréciations différentes quant aux fondements juridiques de leur appréciation souveraine des faits de chaque espèce, mais aussi de la procédure à suivre relative au recueil du consentement.

1.4.2.1. Les jurisprudences connues des juridictions du fond

L'évolution des requêtes au vu de l'évolution de la jurisprudence

Maintenant que la jurisprudence de la Cour de cassation qui refuse l'adoption en France d'un enfant étranger confié sous le régime de la kafala dans un pays de régime prohibitif a été confortée par l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 octobre 2012, l'accès à la nationalité française du mineur devient nécessairement le préalable à la nouvelle voie procédurale utilisée, ainsi que le recommandent les réponses parlementaires et des courriers ministériels émanant de la chancellerie, comme cela a été le cas dans le présent dossier (*cf. supra*, 1.2).

Il est révélateur à cet égard que les décisions des cours d'appel qui déboutent les demandeurs concernant des enfants étrangers recueillis par kafala signalent souvent par un considérant la possibilité de l'adoption une fois le mineur devenu français : « *la cour fera cependant observer que, aux termes de l'article 370, alinéa 2, susvisé, l'interdiction de prononcer l'adoption s'applique à un "mineur étranger", de sorte que l'adoption est possible lorsque l'enfant acquiert la nationalité française ou lorsque l'enfant devient majeur* » (cour d'appel de Rennes, 11 janvier 2011, n° 09/02245 infirmant, sur appel du ministère public, un jugement du TGI de Morlaix ayant prononcé l'adoption simple ; dans le même sens, cour d'appel de Colmar, 3 avril 2008, n° 2 A 06/03260 ; cour d'appel d'Aix-en-Provence, 10 décembre 2008, n° 08/06790 ; cour d'appel de Nîmes, 3 novembre 2010, n° 08/00987).

L'appréciation du consentement

Avant l'application de la loi du 6 février 2001, on peut relever deux décisions de la cour d'appel de Paris ayant pour objet les demandes d'adoption pour l'enfant de nationalité étrangère au regard du consentement : « *Les conditions comme les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale des adoptants, sauf en ce qui concerne le consentement et la représentation de l'adopté, qui obéissent à la loi nationale de l'adopté, le contenu même du consentement devant être apprécié indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté de la personne qui a consenti [...]. Cette kafala ne pouvant en aucun cas être assimilée à une adoption plénière au sens de la loi française, il doit être constaté qu'aucun consentement valable dans l'ordre international n'a été donné à l'adoption sollicitée* » (première chambre, section C, 16 octobre 1997, numéro *Juris-data* : 1997-024811) ; « *Le juge doit ainsi vérifier que le consentement donné par l'adoptant ou son représentant l'a été en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à cette institution. Ne peuvent être considérées comme ayant donné un tel consentement les autorités algériennes qui ont remis une enfant abandonnée de nationalité algérienne à un couple de Français, au titre de la kafala, cet acte qui donne pour mission à ces derniers de prendre en charge bénévolement l'enfant, de l'entretenir, de l'éduquer et de le protéger comme le feraient des parents pour leur enfant, ayant les effets d'une tutelle légale, la filiation d'origine de l'enfant étant maintenue, et la loi algérienne prohibant par ailleurs l'adoption* » (cour d'appel de Paris, 1^{re} chambre, section C, 24 juin 1997, numéro *Juris-data* : 1997-024802).

En revanche, la cour d'appel de Paris, le 30 octobre 2001 (n° 2001/03652), a infirmé une décision de première instance rejetant la requête aux motifs que le Maroc ne reconnaissait pas cette adoption pour un enfant

abandonné, et prononcé, au nom de l'intérêt de l'enfant, l'adoption plénière après consentement donné par le conseil de famille, « *incontestablement dans l'intérêt de l'enfant, entièrement intégrée depuis cinq années au foyer de la requérante, comme dans le reste de la famille, dans les meilleures conditions, ainsi qu'il apparaît des attestations produites* » : « Adoption internationale : un moyen de "contourner" la loi personnelle du mineur étranger », *Actualité juridique Famille* 2002, p. 26.

Un arrêt de la cour d'appel de Paris (première chambre, section C, 4 octobre 2007, n° 07/02978) a prononcé l'adoption plénière dans un cas qui aurait pu paraître proche de l'espèce soumise au tribunal de grande instance de Limoges. Mais une différence fondamentale doit être constatée, à savoir qu'un jugement d'adoption et de changement de nom aurait été préalablement prononcé en faveur de M. B. le 20 avril 2005, avant même que l'enfant n'acquière la nationalité française, le 13 décembre de la même année, donc alors qu'il était encore étranger, ce, apparemment en contradiction avec la loi du 6 février 2001 et l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 10 octobre 2006. Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris infirme le jugement du tribunal de grande instance de Paris ayant rejeté la demande d'adoption plénière d'une mineure née en Algérie sans filiation connue, déjà adoptée par le mari puis ayant acquis la nationalité française, et se prononce en faveur de l'adoption plénière en faveur du couple aux motifs que « *La loi personnelle de l'enfant est la loi française dès lors qu'il a acquis la nationalité française par déclaration en application de l'article 21-12 du code civil, enregistrée le 13 décembre 2005 ; que les premiers juges ont donc dit à tort que les dispositions de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, applicable à l'adoption d'un mineur étranger, empêchaient l'adoption ; considérant que, selon l'article 348-2 du code civil, lorsque les père et mère sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou qu'ils ont perdu leurs droits à autorité parentale, le consentement à l'adoption est donné par le conseil de famille après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant, il en va de même lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie ; qu'en l'espèce, Asma, née le 17 mars 2004, a été déclarée pupille de l'État algérien après avoir été déclarée abandonnée par sa mère le 24 mars 2004, recueillie par M. et Mme B... selon acte de kafala prononcé par le tribunal de Sidi-M'hamed le 7 avril 2004, puis adoptée par M. B... selon jugement du 20 avril 2005, qui a dit qu'elle porte ce patronyme ; qu'en l'absence de filiation connue, le conseil de famille a donné régulièrement son consentement à l'adoption plénière de la mineure Asma par M. et Mme B... et ne l'a pas rétracté ; que cette adoption est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant par M. et Mme B... étant réunies et Asma étant élevée par les adoptants depuis sa naissance ; qu'il convient d'infirmar la décision entreprise ; [...] Par ces motifs... prononce l'adoption plénière...* ».

Les autres arrêts référencés ayant fait droit à la requête ont toujours prononcé une adoption simple. Ils ont apprécié de façon différente, selon les situations, qui doit donner le consentement à l'adoption et selon quelles modalités, pour l'enfant né à l'étranger, devenu français par acquisition de nationalité (article 21-12 du code civil) après avoir été recueilli sous le régime de la kafala.

Infirmer un jugement du tribunal de grande instance de Lille du 31 mars 2011 rejetant une requête en adoption plénière aux motifs de ce que la procédure engagée était susceptible de constituer une fraude aux droits de la mère biologique, la cour d'appel de Douai, dans deux arrêts du 5 avril 2012 (septième chambre, section 1, n° 11/02975), a prononcé l'adoption simple de deux enfants nés de parents inconnus nés à l'étranger recueillis sous kafala, ayant acquis depuis la nationalité française. Le consentement à l'adoption a été donné par le conseil de famille dans le cadre de l'article 348-2 du code civil (père et mère de l'enfant décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté), après audition des deux mineurs, dont l'un âgé de plus de 13 ans, par la cour d'appel, pour confirmer le consentement donné sur le fondement de l'article 360 du code civil.

Certains arrêts aboutissent à une adoption simple à l'issue d'une autre procédure. Ainsi, le tribunal de grande instance de Perpignan a déclaré l'enfant abandonné dans les conditions de l'article 350 du code civil et délégué l'autorité parentale aux requérants. Constatant « *l'impossibilité de recueillir le consentement du conseil de famille, sa composition s'avérant impossible* », et que les conditions relatives à son recueil n'ayant plus d'objet du fait de sa nationalité française, l'adoption simple a été prononcée. Le ministère public, qui avait fait appel de la première décision prononçant l'adoption, ne s'est pas opposé à son prononcé en seconde instance (cour d'appel de Montpellier, 9 novembre 2009, n° 09/03439).

1.4.2.2. Les exigences procédurales relatives au recueil du consentement

La cour d'appel de Paris s'est prononcée à deux reprises sur la nécessité du consentement à l'adoption donné par le conseil de famille (article 348-2 du code civil) à propos de décisions du juge des tutelles ayant refusé d'ouvrir une tutelle à cette fin en faveur de mineurs français. Par arrêt du 24 juin 2010 (pôle I, chambre 1, n° 10/02282), elle a confirmé une décision de rejet d'une demande en adoption plénière par le tribunal de grande instance, faute d'avoir pu obtenir la réunion d'un conseil de famille pour se prononcer sur le consentement, le juge des tutelles ayant refusé cette constitution au vu de « *la nationalité algérienne de l'enfant, soit l'acte de kafala et son exequatur et la prohibition de l'adoption par la législation algérienne* ». Dans un arrêt du 15 février 2011 (pôle 3, chambre 6, n° 10/12718), à l'inverse, elle a infirmé la décision du tribunal de grande instance refusant l'ouverture d'une tutelle et, suivant les réquisitions du ministère public, ordonné son ouverture et la constitution d'un conseil de famille, afin qu'il « *donne son consentement à l'adoption plénière sollicitée* ».

Commentant ces décisions, M. Douris (« L'adoption d'un enfant recueilli en kafala et le recours à la nationalité française : mode d'emploi », *Actualité juridique Famille* 2011, 320) souligne que la cour d'appel de Paris « *avait pu éclairer le sujet en considérant qu'un enfant recueilli en kafala répond désormais de la loi française pour "les conditions et le consentement à l'adoption de cet enfant de nationalité française par une mère française" et que "pour que cet enfant sans filiation soit adoptable, le consentement à l'adoption doit alors être donné par le conseil de famille d'une tutelle de droit commun, formé de quatre membres, comprenant le tuteur et le subrogé-tuteur (article du code civil)". Stratégiquement, le recueil légal donne une place privilégiée au recueillant, qui peut ensuite intervenir dans un conseil de famille* ». Mais cet auteur souligne aussi la différence

des pratiques des conseils généraux, dont certains ne peuvent, du fait de leur charge de travail, procéder à des enquêtes sociales sur les familles recueillantes pour les produire devant le juge étranger. En conséquence, lors de la requête en adoption, une « vérification scrupuleuse » des conditions d'accueil du mineur recueilli déclaré français devrait être effectuée, voire même une forme de tutelle familiale devrait être organisée¹³. Ce statut assurerait à l'enfant « *une perspective de liens familiaux plus aboutis, rendant compte des relations affectives qui se sont progressivement construites. Si le tribunal conclut à l'intérêt de l'enfant d'être adopté, outre l'obligation d'entretien puis alimentaire, et en dehors des qualités d'héritier réservataire, l'enfant s'inscrit alors complètement dans sa famille du point de vue généalogique* ».

M. Farge¹⁴, dès 2007, avait formulé ces enjeux dans son commentaire des deux arrêts de la Cour de cassation des 10 octobre 2006 susvisés (*Droit de la famille*, n° 4, avril 2007, commentaire 96 ; « Pas de passerelle entre la kafala et l'adoption », *La Semaine juridique, édition générale*, n° 18, 2 mai 2007, II, 10072) : « *Une fois la nationalité française acquise, la situation paraît libérée de l'élément d'extranéité qui entraînait la prise en considération de la loi étrangère prohibitive : l'adoption pourrait alors être intégralement soumise au droit français. Juridiquement, la figure est complexe. Elle s'analyse comme un conflit mobile : la nationalité de l'enfant, facteur de rattachement subordonnant la prise en considération de la loi étrangère restrictive, a changé. Il faut alors déterminer s'il faut continuer à se référer à la loi ancienne. Comme l'institution de l'adoption est tournée vers l'avenir, ainsi que le révèle la règle de conflit, qui confère un rôle prééminent à la loi de l'adoptant (v. article 370-3, alinéa premier, du code civil), le changement de nationalité doit chasser la consultation de loi ancienne afin de ne pas figer l'enfant dans un statut qui ne correspond plus à son environnement socio-juridique. Reste que cette méthode pourra rencontrer deux écueils.*

D'une part, la modification de l'élément de rattachement ne risque-t-elle pas d'être taxée de fraude ? [...] » (NDR : cf. *infra*, cour d'appel de Nouméa du 25 juin 2012).

« *D'autre part et surtout, le changement de nationalité de l'enfant ne suffit pas à le rendre adoptable, encore faut-il respecter les droits de son éventuelle famille d'origine. Dans cette ligne, la Cour de cassation a déjà approuvé des juges du fond pour avoir décidé qu'une adoption prononcée sans le recueil préalable du consentement à l'adoption des représentants légaux de l'enfant était contraire à l'ordre public (1^{re} Civ., 18 juillet 2000 : *Revue juridique personnes et famille*, janvier 2001, p. 43, note M.-C. Le Boursicot). Autrement dit, si l'alinéa 2 de l'article 370-3 a pu être chassé par le changement de nationalité, l'adoption demeure subordonnée au respect de l'alinéa 3 du même texte : « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant [...] ». C'est dire qu'outre l'acte de kafala, les "recueillants" devront disposer d'un document comportant un consentement éclairé à l'adoption. Et, pour apprécier le consentement à l'adoption de l'enfant, même recueilli en France et devenu français, il faudra se référer à la jurisprudence subtile, sinon incertaine, initiée par les arrêts Torlet, Pistre et Fanthou (préc.). À cet égard, les dernières décisions, rendues à l'occasion d'adoptions sollicitées avant l'entrée en vigueur de la loi du 6 février 2001, ne semblent plus opérer de distinction selon la personne (famille par le sang ou autorité publique) qui a consenti à l'adoption. Pareille distinction était choquante, puisqu'elle conduisait à interdire systématiquement (par respect de la lex auctoris) l'adoption des enfants abandonnés ou nés de parents inconnus, c'est-à-dire à refuser l'adoption dans la situation où elle devrait être le plus facilement admise. Aujourd'hui, la question semble dépendre exclusivement de l'appréciation du caractère éclairé du consentement par les juges du fond, lesquels se révèlent, semble-t-il, très exigeants, conformément à l'hostilité, inscrite dans le code civil, à l'égard de l'adoption des enfants à statut prohibitif (v. 1^{re} Civ., 25 janvier 2005 et 8 mars 2005 : *Defrénois 2005*, p. 1219, note M. Revillard ; *JCP G 2005*, I, 199, obs. Y. Favier ; *Defrénois 2005*, p. 1356, obs. J. Massip ; *Droit de la famille 2005*, comm. 98, obs. P. Murat). Pour ne pas être confrontés à cette jurisprudence, les "recueillants" peuvent, si une tutelle a été ouverte, être tentés de réunir un conseil de famille ad hoc pour consentir à l'adoption. Ce consentement peut-il se substituer à celui de la famille d'origine ? Une réponse négative doit logiquement s'imposer. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle déjà jugé que, même lorsque les conditions de l'adoption sont régies par la loi française des adoptants, le consentement exprès et éclairé des parents de l'enfant, qui peut être recueilli par tous moyens, est une exigence de droit matériel qui ne peut être satisfaite par une délibération du conseil de famille selon la loi française ».*

Ces exigences relatives au consentement, qui marquent un véritable parcours d'intégration dans la famille, ne peuvent être respectées pour les enfants abandonnés ou nés de parents inconnus, cas étudié en l'espèce, que si les juges aux affaires familiales compétents en matière de tutelle des mineurs (depuis le 1^{er} janvier 2010, suite à la loi dite Guinchard du 12 mai 2009), dont on connaît déjà les charges, peuvent mettre place des pratiques adaptées à cette nouvelle réalité. Cela inclut la composition du conseil de famille, qui n'a pas seulement à « donner son consentement », mais à se prononcer sur le consentement à l'adoption dans l'intérêt de l'enfant. Pour sa composition, le juge des tutelles dispose d'un large choix dans les personnes, qui peuvent résider en France ou à l'étranger (article 399 du code civil). Mais restera toujours le fait que le demandeur à l'adoption, celui qui « prend soin de l'enfant » au sens de l'article 348-2 du code civil, est aussi celui qui donne son avis audit conseil et qu'il faut donc éviter tout conflit d'intérêt, en désignant par exemple un tuteur *ad hoc* à l'enfant. Le choix de ce dernier sera déterminant, et l'on peut se demander par exemple s'il serait pertinent qu'une personne représentant le consulat de l'État concerné soit désignée par le juge dans cette fonction ou au sein du conseil de famille.

¹³ Article L. 213-3-1 du code de l'organisation judiciaire (loi du 12 mai 2009) : « *Le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs. Il connaît : 1° De l'émancipation ; 2° De l'administration légale et de la tutelle des mineurs ; 3° De la tutelle des pupilles de la nation* ».

¹⁴ Cf. sa thèse publiée sous le titre : *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2002, notamment p. 182-228.

L'arrêt de rejet prononcé par la cour d'appel de Nouméa le 25 juin 2012

On peut relever qu'une cour d'appel a confirmé un jugement rejetant une requête en adoption simple d'une enfant, au motif qu'elle était étrangère et mineure au moment de la requête en adoption, et devenue française et majeure seulement en cours de procédure (cour d'appel de Versailles, première chambre, section 1, 5 avril 2012, n° 11/08532).

Mais le débat de fond, qui sera soumis à la Cour de cassation dans le cadre d'un pourvoi en cours, a été posé par la cour d'appel de Nouméa dans un arrêt, particulièrement motivé, du 25 juin 2012 (RG n° 11/579). La cour d'appel, partageant l'appréciation du ministère public, qui avait interjeté appel contre la décision du tribunal de grande instance prononçant l'adoption plénière d'un enfant né à l'étranger et recueilli en kafala, devenu français, a eu une autre appréciation relative au consentement à l'adoption donné par le conseil de famille composé du requérant, de parents et de proches et d'une association « SOS violences sexuelles » qui avait été désignée tutrice *ad hoc*. La différence de situation avec le cas soumis pour avis était cependant importante puisque l'enfant n'était pas abandonné, mais avait une mère identifiée à qui il avait été retiré par jugement marocain sur le fondement du « *dahir* du 13 juin 2002 relatif aux enfants délaissés », avant d'être confié. Suivant les conclusions du ministère public quant à la fraude à la loi lors du jugement d'*exequatur*, la cour d'appel relevait que le lien de filiation avec la mère biologique, pour un enfant abandonné, imposait le statut personnel de l'enfant, même s'il était devenu français, ce statut prohibant l'adoption. Le consentement donné par un conseil de famille incompétent était déclaré nul. Sur l'intérêt supérieur de l'enfant, la cour estimait que c'était aux autorités marocaines, sous la tutelle desquelles restait l'enfant, de consentir aux actes graves le concernant.

La cour d'appel de Nouméa, comme le ministère public dans son mémoire ampliatif d'appel, soulève des questions essentielles, qui aboutissent à une décision contraire à celle des autres cours d'appel évoquées *supra*, tant sur le fond que sur la procédure à suivre.

La cour relève tout d'abord une fraude à la loi et le non-respect de l'autorité de la chose jugée au regard du droit marocain. Le demandeur à l'adoption n'avait en effet obtenu des juridictions marocaines le droit de recueillir l'enfant que sous forme de kafala, qui prohibe formellement l'adoption et ne peut remettre en cause le lien de filiation. Le consentement ne pouvait donc être donné qu'en vertu du statut personnel de l'enfant qui résulte de son lien de filiation, le conseil de famille français étant incompétent à cet égard.

La cour souligne ensuite que l'enfant ne lui avait été confié, en tant que *kafil*, que dans le cadre d'un mandat temporaire et restreint et la requête en adoption a donc été engagée « *de manière unilatérale et sans y avoir été autorisée par les autorités marocaines* », et son action « *en vue de faire acquérir la nationalité française à l'enfant, préalablement à la procédure d'adoption, et qui manifeste sa volonté de se placer sous l'empire d'une loi favorable à ses propres intérêts, excède les pouvoirs qui lui ont été conférés au titre de la kafala* ». Confié dans le cadre d'un mandat précis sous kafala par les autorités judiciaires marocaines, une obligation de suivi incombe aux autorités consulaires du lieu de résidence de l'enfant, qui peuvent à tout moment saisir le juge marocain en vue de la révocation de la kafala. Le demandeur n'a pas avisé les autorités consulaires de l'acquisition de la nationalité française de l'enfant, acte important pour l'avenir de l'enfant, et a donc « *contourné le dispositif de surveillance établi pour préserver l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui démontre clairement la fraude à la loi dénoncée par le ministère public* ».

L'intérêt de cette décision, par-delà des différences de situation des cas d'espèce, est de mettre en évidence qu'il y a bien deux conceptions relatives à l'application des règles matérielles relatives au consentement sur plusieurs points. Au regard du respect par la France des systèmes de droit des autres États et des conventions internationales, on ne peut ignorer que le mandat judiciaire de kafala, si l'on ne se situe que dans le seul cadre de la kafala judiciaire, ne constitue qu'un mandat limité et révocable, qui continue à produire ses effets au regard de la loi régissant le statut de l'enfant au moment où il est confié. Cet élément doit être pris en compte dans l'appréciation objective des modalités de recueil de ce consentement au regard du principe de « l'adoptabilité » de l'enfant qui a acquis la nationalité française, et non pas faire prévaloir une conception abstraite de l'intérêt supérieur de l'enfant, dont la conception peut beaucoup varier selon la juridiction saisie.

La stratégie de « contournement » de la prohibition de l'adoption

En tout état de cause, certains auteurs estiment que le problème du consentement à l'adoption reste entier dans le cadre de cette stratégie de « contournement » de la prohibition de l'adoption : « *une fois la nationalité française obtenue, la prohibition pourrait être contournée, l'enfant devenant adoptable, de manière assez contestable nous semble-t-il. En effet, reste posée la question du consentement du représentant légal de l'enfant à l'adoption. Selon l'article 370-3, alinéa 3, du code civil, le consentement doit être donné " quelle que soit la loi applicable ". Il s'agit d'une disposition de droit matériel dont il n'est pas possible de s'affranchir. Le consentement doit être libre, obtenu sans contrepartie et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier sur la rupture complète et irrévocable du lien de filiation en cas d'adoption plénière. Or le représentant légal de l'enfant, l'institution étrangère dans le cas de l'enfant abandonné, peut-il valablement consentir à une adoption dès lors qu'elle est prohibée par le droit auquel il est soumis ?* » (E. Massalve et C. Corso, « À propos de la proposition de loi du 10 mars 2011 relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala », *Actualité juridique Famille* 2011, p. 421).

La proposition de loi n° 353 présentée le 10 mars 2011 par M. Alain Milon au Sénat, relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala, qui assimile, pour l'acquisition de la nationalité française, ces enfants à ceux adoptés en la forme simple, vise à accélérer le processus en supprimant le délai de cinq années (E. Massalve et C. Corso, *op. cit.* ; M. Bruggeman, « L'adoption bientôt possible des enfants recueillis en kafala ? », *Droit de la famille*, n° 6, juin 2011, alerte 55).

Par-delà la question de principe de « l'adoptabilité » de l'enfant recueilli sous kafala devenu français, désormais résolue, est donc ouvert le débat entre une conception large et une conception stricte de l'adoption, à travers notamment celui des conditions de recueil du consentement et de l'appréciation de situations différentes. Le législateur a fixé la règle de droit par la loi du 6 février 2001 pour l'enfant étranger et mis fin au débat jurisprudentiel. Ce débat est rouvert aujourd'hui sur une question similaire pour l'enfant recueilli à l'étranger sous kafala et devenu français.

Nombre de contentieux risquent de s'ouvrir face aux interprétations qui peuvent résulter de jurisprudences divergentes des juges du fond dans des cas d'espèce très proches. De telles différences seraient difficilement compréhensibles par les justiciables sur une question aussi sensible que le statut personnel des enfants dans le domaine de l'adoption, où la certitude de la règle juridique apparaît fondamentale. J'estime en conséquence que la Cour de cassation devrait répondre à la demande d'avis du tribunal de grande instance de Limoges sur les principes du cadre procédural devant s'appliquer à la question relative aux modalités du recueil du consentement du représentant légal. Je relève seulement que les questions de fond posées par le pourvoi en cours formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 25 juin 2012, même si les situations juridiques diffèrent quelque peu, ouvrent à un débat d'opportunité sur la mise en cohérence des deux voies procédurales au regard du principe de la bonne administration de la justice.

2. Les conditions de recueil du consentement à l'adoption pour un enfant initialement confié par kafala

La requête en adoption plénière d'un enfant devenu français, recueilli en Algérie (ou au Maroc) à sa naissance sous le régime de la kafala, dans un pays dont la législation prohibe l'adoption, nécessite de bien remettre en perspective non seulement le cadre juridique qui accompagne ce processus, mais aussi les pratiques sociales effectives de recours au droit par les populations migrantes, phénomène analysé dans des travaux juridiques et de sciences sociales confrontant juristes et anthropologues¹⁵. La confrontation des systèmes de droit musulman avec le droit français et les droits européens en matière de statut personnel constitue une question particulièrement délicate au regard des règles du droit international privé, mais aussi des règles de droit interne auxquelles ont recours les populations françaises issues de l'immigration récente, notamment lorsqu'ils ont conservé un statut de bi nationalité (F. Monéger, « L'applicabilité du droit international privé de la famille », in *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, op. cit., p 11-32 ; M-C. Foblets, professeur de droit et d'anthropologie aux universités de Louvain, Bruxelles et Anvers, *Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe : une reconnaissance conditionnelle*, ibid., pp. 33-71 et les références citées). Il convient de resituer le contexte de cette problématique à travers les diverses étapes conduisant de la remise de l'enfant sous kafala à la demande d'adoption pour bien en mesurer les enjeux.

2.1. De la kafala à l'adoption, entre négation et conciliation des droits nationaux

Le régime juridique de la kafala a fait l'objet de nombreuses publications et est désormais bien connu. Il suffit d'en rappeler les éléments essentiels pour resituer son régime juridique au regard du droit français, avant d'essayer de mieux comprendre les évolutions récentes quant à la pratique effective des textes par les demandeurs.

2.1.1. Le régime de kafala a évolué dans les lois algérienne et marocaine, mais ne peut être assimilé à l'adoption, toujours prohibée

Le Coran interdit l'adoption, qui crée un lien de filiation et des rapports de droit identiques à ceux résultant d'un lien de descendance. Tous les États de droit coranique appliquent cette règle, à l'exception de l'Indonésie, de la Tunisie et de la Turquie. La législation de plusieurs pays arabo-musulmans, notamment l'Algérie et le Maroc, a récemment évolué pour faire face à deux phénomènes : l'abandon des enfants dits illégitimes, sans droit à la filiation, et les phénomènes migratoires transnationaux, notamment entre le Maghreb et la France.

Parmi les chercheurs en sciences sociales qui ont orienté leurs travaux sur cette question, on peut souligner la thèse d'anthropologie d'Émilie Barraud, complétée par plusieurs articles. Cette recherche doctorale a été conduite entre 2003 et 2009 en France et au Maghreb auprès des familles concernées, des consulats, des centres de recueil des enfants abandonnés, des hôpitaux, des associations, des ministères et des juridictions (« Kafala et migrations. L'adoption entre la France et le Maghreb », université Aix-Marseille I, deux volumes, 2009, publié in *Kafala et migrations. L'adoption entre la France et la Maghreb*, Sarrebrück, 2010, éditions universitaires européennes, 532 p. ; « Kafala transnationale, modalités de formation des familles kafalates de France », Presses de Science-Po, *Autrepart*, 2111/1 n° 57-58, pp 247 à 261 ; « L'adoption au prisme du genre : l'exemple du Maghreb », *Clio. Histoire, femmes et société*, 34, 2011, pp 153-164, revues.org ; « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Droit et cultures* 2010, vol. 59, n° 1, p. 91-118).

Cette recherche, qui vient s'ajouter à d'autres travaux juridiques¹⁶, fournit nombre d'éléments d'éclairage indispensables pour comprendre la pratique du droit, après avoir rappelé le cadre juridique de cette institution de droit coranique qu'est le régime de la kafala et la resituer au regard de notre ordre juridique national.

¹⁵ *L'étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, (Ph. Kahn dir.), La Documentation française, Mission de recherche droit et justice, 2001 ; N. Rouland, « La tradition juridique française et la diversité culturelle », *Droit et société*, n° 27, 1994, p 380 ; M. Tribalat, *Les yeux grand fermés : l'immigration en France*, Denoël, 2010 ; cf. aussi nombre d'articles dans la revue semestrielle *Droit et culture*, L'Harmattan.

¹⁶ *La kafala et la sharia*, étude par Tareq Oubrou, imam et recteur de la mosquée de Bordeaux, président d'IDEMM (institut de découverte et d'étude du monde musulman), président de « Imams de France », *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009, dossier « La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala ».

Le système de filiation patrilinéaire au Maghreb fait que la filiation naturelle, hors mariage, n'est pas reconnue. Dans une société où l'appartenance filiale définit l'individu, l'enfant illégitime est rejeté, et les mères célibataires, stigmatisées. La légalisation de la kafala, en Algérie au moment de l'adoption du code de la famille rappelant l'interdiction de l'adoption (article 46 de la loi du 9 juin 1984 portant code de la famille) puis au Maroc en 1993, constitue une réponse à l'intensification des abandons d'enfants dans les années quatre-vingt¹⁷. La kafala est un régime de recueil légal, décision provisoire qui ne crée pas de lien de filiation, consistant en un engagement bénévole de prendre en charge et de prendre soin d'un mineur (*makfûl*) en lui assurant jusqu'à sa majorité entretien, éducation et protection. Le tuteur (*khafil*) à qui l'enfant est confié se comporte comme un père avec son fils, mais aucun lien filial ne peut être établi entre le *khafil* et le *makfûl* : « *Allah n'a pas mis à [l'] homme deux cœurs en son sein [...]. De vos fils adoptifs, il n'a point fait vos fils* ». Le Coran, Sourate 33, 4, trad. R. Blachère : Librairie orientale et américaine, 1957, p. 444, cité in M. Farge, « Pas de passerelle entre la kafala et l'adoption », *JCP*, 2 mai 2007, édition générale, n° 18, II, 10072.

La pratique de la kafala était déjà reconnue dans les relations bilatérales, ainsi par l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 dans le cadre du regroupement familial en vue de l'obtention de visa si les autres conditions relatives à l'accueil en France (logement, ressources...) sont remplies. L'article 20, alinéa 3, de la Convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989, dite Convention de New York du 26 janvier 1990, dispose que tout enfant privé de son milieu familial doit pouvoir bénéficier d'une protection de remplacement, qui « *peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafala de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié* ».

En conséquence de l'absence de lien filial entre le *khafil* et le *makfûl*, l'enfant confié ne prend pas le nom et n'hérite pas de son tuteur, dès lors que les règles de droit islamique reposent strictement sur la consanguinité et l'alliance. Mais la législation algérienne a évolué et un décret du 13 janvier 1992 a permis que l'enfant recueilli puisse prendre le nom de son tuteur (*idem* en 2005, au Maroc). L'attributaire du recueil légal, en Algérie comme au Maroc, peut aussi léguer ou faire don d'une partie de ses biens au *makfûl*, dans la limite du tiers de ses biens.

2.1.2. *Le droit français refuse l'assimilation de la kafala à une adoption, en cohérence avec les normes internationales*

La kafala, qui est formellement prohibée par la loi algérienne, ne peut être assimilée à une adoption. Cette forme de tutelle légale ou délégation d'autorité parentale ne nécessite pas de jugement d'*exequatur* pour produire des effets juridiques en France, même si cela offre l'avantage d'une décision plus compréhensible par les administrations (Mme Gaffinel, direction des affaires civiles du sceau, rapport Tabarot susvisé, p. 236). Elle offre un statut juridique à l'enfant et, en conséquence, ne peut être assimilée à une adoption plénière ou à une adoption simple pour un mineur étranger accueilli en France.

Après le vote de la loi du 6 février 2001, le ministère de la justice a eu connaissance de décisions de juridictions du fond non frappées d'appel qui, en dépit de la nouvelle règle de conflit de lois exprimée, avaient prononcé des jugements d'adoption simple pour des enfants recueillis en kafala¹⁸.

Saisie dans le cadre de pourvois dans l'intérêt de la loi, au regard des dispositions de l'article 370-3 du code civil, pour le mineur étranger, la Cour de cassation a affirmé à plusieurs reprises que la kafala n'était pas une adoption (1^{re} Civ., 10 octobre 2006, pourvoi n° 06-15.264, *Bull.* 2006, I, n° 431, et pourvoi n° 06-15.265, *Bull.* 2006, I, n° 432 : « *Viole l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, qui dispose que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, la cour d'appel qui, pour prononcer l'adoption simple, retient, comparant les effets de l'adoption simple et de la kafala, que cette dernière met à la charge des tuteurs désignés les obligations parentales du droit français, qu'il s'agisse de l'entretien, de l'éducation ou de la protection de l'enfant abandonné et que l'adoption simple confère à l'adoptant les droits et obligations de l'autorité parentale à l'égard de l'enfant, sans porter atteinte à ses origines et sans instaurer un lien fictif de filiation ; alors que, selon ses propres constatations, la loi marocaine interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs, l'enfant n'est pas né et ne réside pas habituellement en France* ». Pour H. Fulchiron (*Recueil Dalloz* 2007, p. 816), « *la solution posée par la loi de 2001, et que vient conforter la Cour de cassation dans ses arrêts, est, au fond, une solution équilibrée. De fait, l'intérêt de l'enfant n'exige nullement que soit prononcée une adoption à la française. Il exige seulement que l'enfant soit pris en charge de manière stable* ».

Les juridictions du fond ne s'étant pas toutes inclinées, la Cour de cassation (1^{re} Civ., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-20.279, *Bull.* 2008, I, n° 198), s'agissant d'un jugement algérien de kafala, a cassé un arrêt confirmatif ayant prononcé une adoption plénière au motif que « *la loi algérienne interdit l'adoption, que la kafala n'est pas une adoption et que, par ailleurs l'enfant n'était pas né en France* » (*idem* 1^{re} Civ., 28 janvier 2009, pourvoi n° 08-10.034, *Bull.* 2009, I, n° 17), avant de se prononcer sur la compatibilité des dispositions de l'article 370-3 du code civil avec les normes internationales et européennes (1^{re} Civ., 25 février 2009 précité), au regard desquelles la kafala est expressément reconnue comme préservant, au même titre que l'adoption, l'intérêt supérieur de l'enfant (*cf. supra*, 1.3). La Cour européenne des droits de l'homme, dans la décision précitée Harroudj c/ France du 4 octobre 2012, a conforté cette analyse, estimant que la France avait « *institué une articulation flexible entre le droit de l'État d'origine et le droit national [...] respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante* » (*cf. supra*, 1.2).

¹⁷ Sur l'évolution juridique, K. Saïdi, *Juris-Classeur Droit comparé*, Algérie, mise à jour 20 février 2005, fasc. 2 : n° 110 à 112 sur l'adoption ; pour une vision critique au regard de l'égalité hommes-femmes, *cf.* F. Lalami, « Une réforme en trompe-l'œil », *L'Harmattan, Confluences Méditerranée*, 2006/4, n° 59, pages 23 à 30.

¹⁸ Cour de cassation, *rapport annuel* 2008, p. 161.

2.1.3. L'office du juge pour l'enfant confié par kafala puis devenu français, dont l'adoption est demandée

Une fois que l'enfant confié par kafala est devenu français, le principe même de la possibilité de son adoption n'est plus discutable, quels que soient son origine et son statut personnel antérieur. Mais demeure l'office du juge de vérifier les conditions nécessaires à son adoption, en particulier celles relatives au consentement des parents ou représentants légaux.

L'appréciation du consentement à l'adoption relève du pouvoir souverain du juge du fond, après avoir vérifié tous les éléments nécessaires. L'article 21 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 prévoit que : « Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt de l'enfant est la considération primordiale et veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi, et aux procédures applicables, et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux, et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires ».

La France, dans la Convention de La Haye du 29 mai 1993, convention de coopération entre États, s'est engagée, pour lutter contre le trafic d'enfants en matière d'adoption internationale, à ce que l'État d'origine s'assure de ce que le représentant légal de l'enfant ait bien été informé des conséquences de son consentement, notamment sur le maintien ou la rupture des liens de droit avec la famille d'origine, et que ce consentement ait été donné de façon libre, sans paiement ou contrepartie.

En matière d'adoption plénière en France, d'un enfant français par un Français, comme cela est le cas dans la demande d'avis, doivent s'appliquer des conditions différentes selon ses liens avec sa famille d'origine et son mode de recueil.

Si la filiation de l'enfant est établie, le consentement du ou des parents doit être valablement constaté, sauf en cas de décès ou d'impossibilité de manifester leur volonté (article 348 du code civil).

Lorsque la filiation de l'enfant n'est pas établie, ou bien que les père et mère sont décédés, sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté ou 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 (article 348-2 du code civil). Ce consentement est recueilli et apprécié dans les conditions des articles 348-3 à 350 du code civil. Les conditions générales de l'article 370, alinéa 3, du code civil doivent être vérifiées par le juge, quelle que soit la loi applicable, en particulier s'il est donné en vue d'une adoption plénière, ces dispositions concernant à la fois l'adoption internationale comme l'adoption nationale.

Cette disposition générale s'applique dans tous les cas d'adoption. Dans le domaine de l'adoption internationale, la jurisprudence de la Cour de cassation est constante, les juges du fond devant « vérifier que le consentement donné par l'adopté ou son représentant légal l'a été en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à cette institution et, notamment dans le cas d'adoption en forme plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture des liens qui unissent l'enfant à sa famille par le sang ».

2.1.4. Le passage d'un régime d'adoption internationale de fait à un régime d'adoption nationale en droit

C'est bien ici que se trouve le point central de la question posée. De fait, on passe d'un régime d'adoption internationale de fait (recueil d'un enfant étranger à l'étranger par un binational excipant de sa nationalité étrangère) à un régime d'adoption nationale de droit, par le biais de l'accès à la nationalité de l'adopté (adopté par un binational excipant de sa nationalité française¹⁹), le tout sous un regard estimé par certains ambigu des autorités algériennes et marocaines (services d'aide sociale, consulats) et une approche dispersée des différents intervenants français (affaires étrangères, services sociaux, conseils généraux, ministères publics, juridictions).

H. Muir-Watt, dès 1997, estimait déjà que le fait, pour un État, de confier un enfant dans ces conditions revenait à accepter la possibilité de l'adoption : « *L'on comprend mal pourquoi il faut empêcher l'intégration complète du mineur étranger à son foyer d'accueil en France au nom du respect de la loi prohibitive étrangère, alors que les autorités du même pays se prêtent, en toute complaisance, au départ de l'enfant, pleinement conscientes de la finalité recherchée par ceux qui s'adressent ainsi à elles* » (« De l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ignore cette institution », *Revue juridique personnes et famille* 1997, p. 705. Et il revient à ces États de faire un choix : « *Si l'enfant est de statut prohibitif, l'absence de consentement légal à une rupture complète et irrévocable de son lien de filiation deviendra indifférente dès qu'il sera français et il pourra être adopté en adoption plénière [...] C'est aux États d'origine qu'il appartient de décider à quels pays ils acceptent de confier leurs ressortissants mineurs, eu égard aux conditions que ces pays proposent ; ce n'est pas aux États d'accueil qu'il appartient de moduler les conditions de cet accueil en fonction des lois personnelles des enfants. La seule distinction à opérer entre les enfants, s'il y en a une, est entre ceux qui ont, dans leur État d'origine, une famille avec laquelle ils sont susceptibles de maintenir les liens et qui a entendu les maintenir, et ceux qui n'en ont pas* » : P. Salvage-Gerest, in *Droit de la famille*, Dalloz action 2010-2011 (P. Murat dir.), Adoption internationale, 222.44.

Tout en partageant la nécessité de faire bénéficier le mineur de la situation juridique la plus favorable et la plus protectrice, peut-on faire cependant totalement abstraction de la réalité complexe et de la situation juridique, au regard du droit algérien et des normes internationales, de l'enfant recueilli en Algérie sous le régime de la kafala ?

¹⁹ Il convient de rappeler que la France reconnaît la validité de la double nationalité et qu'elle sait en tirer les conséquences lorsque c'est nécessaire, c'est-à-dire privilégier l'application du droit étranger dans certaines circonstances afin d'éviter des situations juridiques contradictoires ou insupportables pour son ressortissant.

La coexistence et l'articulation des droits nationaux s'effectuent au regard des principes du droit international, ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Harroudj précité : « 50.../... le refus opposé à la requérante tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales. Or, la Cour considère que la reconnaissance de la kafala par le droit international est un élément déterminant pour apprécier la manière dont les États la réceptionnent dans leurs droits nationaux et envisagent les conflits de loi qui se présentent ».

Le processus juridique proposé en l'espèce aboutit à une adoption nationale en droit, dans le cadre d'un processus d'adoption internationale de fait, d'un enfant recueilli par un binational qui doit nécessairement déclarer être musulman et prendre l'engagement de l'élever dans cette religion, dans un pays qui prohibe l'adoption, ce dans le cadre d'un régime de kafala reconnu par les textes internationaux comme alternatif à l'adoption. La personne qui donne l'avis au conseil de famille est celle qui, en fait, prend soin de l'enfant (article 348-2 du code civil) et est en même temps demanderesse à l'adoption. Son avis ne pourra donc pas être autre que favorable.

Sans nier une certaine ambivalence, il ne suffit pas d'affirmer que les autorités judiciaires algériennes ou marocaines ont implicitement abandonné leurs prérogatives concernant ces mineurs confiés par kafala. Cette complexité oblige à revenir sur la réalité des pratiques sociales et judiciaires en cause.

2.2. La nécessité de mieux prendre en compte la réalité de la pratique de la kafala dans un processus d'adoption

Quelles sont les données disponibles en la matière et la réalité des pratiques ?

2.2.1. La mesure du phénomène du recueil par kafala en France au regard de l'adoption internationale

Le rapport Colombani en 2008, la commission parlementaire présidée par Mme Tabarot en 2012, les données officielles publiques constatent toujours le fort différentiel entre le nombre de candidats à l'adoption (27 000 Français prétendants à l'adoption sont bénéficiaires d'un agrément délivré par un conseil général) et le faible nombre d'enfants adoptables en France. Plus de 6 000 agréments sont délivrés chaque année alors qu'environ 4 000 aboutissent, dont seulement 800 à 900 enfants français, les autres relevant de l'adoption internationale, après des procédures longues et coûteuses.

Nombre d'adoptions internationales réalisées entre 2008 et 2011					
Pays d'origine	2008	2009	2010	2011	Total
Chine	144	102	100	92	438
Colombie	305	242	369	260	1 176
Éthiopie	484	444	352	270	1 550
Haïti	732	651	992	31	2 406
Mali	72	117	71	59	319
90 autres	1 536	1 462	1 620	712	5 330
Total	3 273	3 018	3 504	1 804	11 219

Nota : Les sources sont constituées des données du ministère de la justice transmises à la mission Tabarot (rapport février 2012, p. 145) mais, parmi les pays d'origine de l'enfant, n'ont été retenus dans nos calculs que ceux ayant donné lieu à plus de 300 adoptions sur les quatre dernières années. La forte baisse de 2011 correspond en particulier aux adoptions d'enfants haïtiens.

2.2.2. Les démarches effectuées en Algérie et au Maroc au titre de la kafala par les candidats à l'adoption

L'Algérie et le Maroc ne sont bien évidemment pas comptabilisés dans ces chiffres, puisque leur législation prohibe l'adoption. Les demandes effectuées auprès de la chancellerie et du parquet de Paris ne permettent pas d'identifier les juridictions les plus saisies en demandes d'adoption pour des enfants recueillis en kafala, une fois devenus français, alors que cette voie ne peut qu'être plus empruntée au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les enfants étrangers et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 4 octobre 2012. Les questions concrètes posées par cette réalité sociale sont mises en valeur par les associations de parents français candidats à l'adoption en France (couples et célibataires) d'enfants recueillis en Algérie et au Maroc, qui se sont créées pour faciliter les démarches tout au long du processus, mettant en évidence les disparités tant des réponses administratives (caisses d'allocations, éducation nationale, conseils généraux, préfectures, services des visas) que judiciaires²⁰. La principale source de contentieux concerne l'obtention de visas auprès des consulats en Algérie et au Maroc, mais ensuite aussi l'accès aux droits sociaux des enfants ainsi recueillis puis résidant en France, au titre du regroupement familial, jusqu'à ce qu'ils obtiennent la nationalité française. La délivrance des visas « long séjour adoption », qui relèvent du ministère des affaires étrangères, n'est pas applicable au recueil sous kafala, qui relève du visa « court séjour » délivré par le ministère de l'intérieur. C'est seulement au titre de l'accord franco-algérien que les ressortissants algériens bénéficient de dispositions particulières relatives au regroupement familial sous kafala, à la condition, soumise au contrôle des juridictions administratives, que les conditions exigées par la loi soient remplies (ressources, logement...), le Conseil d'État affirmant que l'intérêt de l'enfant est de vivre auprès de la personne qui a reçu délégation de l'autorité parentale (CE, n° 337091, 13 juillet 2010).

²⁰ Nombre d'informations figurent sur les sites internet de ces associations : PARAENAM (Parents adoptifs d'enfants nés en Algérie et au Maroc), APAERK (Association de parents adoptifs d'enfants recueillis par kafala). L'association kafala.fr, créée en 2011, se consacre uniquement à l'accueil des enfants recueillis au Maroc.

Le rapport parlementaire de Mme Tabarot en février 2012²¹, tout comme le rapport Colombani en 2008²², reprennent, pour les souligner, des éléments très précis à cet égard, et le défenseur des droits, le 14 avril 2010²³, a formulé cinq propositions détaillées notamment pour redéfinir une procédure d'agrément applicable à la kafala à l'attention des conseils généraux, rendre opposables de plein droit les décisions judiciaires de kafala en France, notamment au titre de la délivrance des visas, l'exercice de l'autorité parentale et le bénéfice des prestations correspondantes, outre l'invitation au législateur à reconsidérer la législation restrictive de l'article 370-3 du code civil instaurée par la loi du 6 février 2001.

Le magistrat français de liaison à Alger²⁴ et les autorités consulaires nous ont précisé qu'elles distinguent, dans les demandes de visas pour les enfants recueillis par kafala, celles formulées par les ressortissants « exclusivement algériens », régies par l'accord bilatéral, et les demandes « long séjour » formulées par un ressortissant français (qui est toujours binational, selon les constatations du consulat), devant obligatoirement être musulman pour bénéficier de ce recueil. Sur les trois consulats de France en Algérie :

- 236 visas avaient été délivrés à ce seul dernier titre entre le 1^{er} janvier et le 1^{er} décembre 2012 par le consulat d'Alger ;

- 36 visas ont de même été délivrés à des enfants recueillis en kafala par des binationaux au consulat d'Oran sur la même période de 2012 (89 demandes et 53 refus), contre 85 en 2011 (163 demandes, 67 refus) et 48 en 2010 (115 demandes, 67 refus) ;

- 41 visas ont été délivrés au consulat d'Annaba, 14 en 2011, 11 en 2010²⁵.

Ce chiffre d'au moins 300 enfants par an arrivant en France depuis l'Algérie sous le régime de la kafala semble à peu près correspondre à ceux donnés par les associations (cf. *infra*, 2.2.4).

2.2.3. La mesure de l'impact du recueil par kafala sur l'adoption après accès à la nationalité française de l'enfant

Les statistiques établies par le service de l'état civil de Nantes²⁶ permettent d'identifier, sur les six dernières années (onze mois sur 2012), selon que les enfants sont nés au Maroc ou en Algérie, les transcriptions de jugements d'adoption simple ou plénière et de déterminer combien ont été précédés d'une acquisition de la nationalité française au titre de l'article 21-12 du code civil.

La différence apparaît frappante selon le type d'adoption. Mais ces données doivent être prises avec prudence quant aux adoptions simples, dont seulement 6 (sur un total de 1 393) auraient été prononcées en 2011 et 2012 pour des enfants nés en Algérie (4) ou au Maroc (2), aucun n'ayant acquis auparavant la nationalité française.

En revanche, il apparaît que 168 enfants (128 nés en Algérie et 40 nés au Maroc) auraient fait l'objet d'un jugement d'adoption plénière entre 2007 et 2012, après avoir acquis la nationalité française sous la condition de cinq années de résidence exigée de l'article 21-12 du code civil.

Cela signifie que le faible nombre d'arrêts de cour d'appel (13 référencés sur la même période) ne traduit pas un contentieux important en volume et que ces 168 adoptions plénières prononcées sur la période 2007-2012 (à comparer à un total de 21 593 prononcées) l'ont été par les tribunaux de grande instance, exception faite de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 4 octobre 2007 (cf. *supra*).

La procédure par étapes successives est donc parfaitement réalisable et réalisée, après passage par l'acquisition de la nationalité française dans presque deux tiers des cas au total (105 sur 168 au total, soit 63 %, mais 100 sur 128, soit 82 % pour les seuls enfants nés en Algérie), par les adoptants qui veulent aboutir à l'établissement d'une nouvelle filiation et la rupture avec l'identité d'origine de l'enfant.

Indirectement, cela nous apprend donc aussi que, sur une amplitude de 25 (en 2009) à 50 (en 2010) adoptions plénières (24 en 2011 et 34 en 2012) prononcées par an pour des enfants recueillis à l'étranger sous kafala, un tiers de ces adoptions (mais dans une proportion moindre pour ceux nés en Algérie que pour ceux nés au Maroc) n'est pas passé par l'acquisition de la nationalité *via* l'article 21-12 du code civil. Près d'une adoption plénière prononcée sur trois l'a donc été soit pour des enfants devenus français par une autre voie que celle de l'article 21-12 du code civil, soit pour des enfants étrangers ainsi recueillis, donc *contra legem* au sens de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, non suivis d'un appel du ministère public. Une étude de la DACS serait utile sur ce point.

2.2.4. La diversité et l'impact des décisions de kafala entre l'Algérie et la France

Les données recueillies par les rares chercheurs ayant pu traiter de l'ensemble de la question (E. Barraud, « Kafala transnationale, modalités de formation des familles kafalates de France », Presses de Science-Po, *Autrepart*, 2111/1 n° 57-58, pp 247) nous apprennent qu'en 2009, selon le ministère de la solidarité nationale algérien, sur 29 000 enfants abandonnés les dix dernières années, plus de 13 000 ont été pris en charge par kafala par des familles en Algérie et 2 500 autres « par la communauté nationale à l'étranger », les « familles kalifates de France ».

²¹ Table ronde de la commission spéciale de l'Assemblée nationale chargée d'examiner la proposition de loi sur l'enfance délaissée et l'adoption, séance du 24 janvier 2012, in rapport de Mme Tabarot n° 4330 du 8 février 2012, p. 231 s.

²² J.-M. Colombani, *Rapport sur l'adoption*, La Documentation française, 2008, annexe IV, *Aménager des solutions pour les enfants recueillis en kafala*, p. 107 et suivantes.

²³ Proposition de réforme 10-R 009 visant à améliorer les droits et le statut juridique des enfants recueillis par kafala en France.

²⁴ Je remercie S. Mackowiak pour les informations transmises et les démarches effectuées à ma demande, tout comme le SAEI, ainsi que Y. Rabineau, ancien magistrat de liaison au Maroc.

²⁵ Ces chiffres de visas long séjour doivent être relativisés au regard de ceux des demandes de visa court séjour au titre du regroupement familial : 160 000 demandes à Alger, 60 000 à Oran, 45 000 à Annaba.

²⁶ Source : service central de l'état civil à Nantes pour le ministère des affaires étrangères, sous-direction de la protection des droits des personnes, service des affaires civiles et de l'entraide judiciaire.

De 2001 à 2005, 9 080 décisions judiciaires de kafala se sont réparties en 8 012 nationales et 898 internationales (essentiellement françaises et italiennes). Le pourcentage de requérants vivant à l'étranger est passé de 4,2 % en 2001 à 17,1 en 2005, ce qui montre l'importance de la progression du phénomène que cette recherche souligne comme lié à la binationalité et aux mariages mixtes franco-algériens, en substitution à l'institution prohibée de l'adoption. Si l'adoption internationale s'organise entre pays ayant d'une façon ou d'une autre légalisé l'adoption (par exemple la Tunisie depuis 1958), les binationaux franco-algériens et les Français de parents algériens qui ne peuvent adopter un enfant recueillent celui-ci sous le régime de la kafala. Le code algérien de la famille précise en effet que le titulaire du droit de recueil doit être « *sensé, intègre et musulman* ».

D'autres chiffres plus anciens, recueillis auprès des autorités algériennes, nous ont été transmis par le magistrat français de liaison en Algérie, pour le SAEI. Le ministère algérien de la solidarité a avancé le nombre de 2 896 enfants privés de famille qui ont transité par les services sociaux en 2004 ; 215 ont été repris par leur mère, 769 recueillis dans le cadre de la kafala par des familles installées en Algérie et 116 ont été placés, toujours dans le cadre de la kafala, dans des familles algériennes vivant à l'étranger.

Le recueil dans le cadre de la kafala aurait connu un recul. Ainsi, le nombre des enfants recueillis en kafala serait passé de 3 339 en 2001, 3 260 en 2002, 3 193 en 2003, à moins de 2 000 de 2003 à 2007. Sur cinq ans, de 2003 à 2007, environ 15 000 enfants seraient nés hors mariage, plus de 9 000 ont été recueillis dans le cadre de la kafala, 8 098 ont été placés dans des familles algériennes en Algérie et 1 056 dans des familles algériennes à l'étranger, essentiellement en France. Selon l'Association des parents adoptifs d'enfants recueillis par kafala, 300 à 400 couples accueilleraient chaque année en France un enfant sous ce régime.

En conséquence, l'impact de la décision qui sera rendue par la Cour de cassation en matière de forme du consentement à l'adoption d'un enfant étranger devenu français initialement recueilli sous le régime de la kafala dans un pays prohibant l'adoption est donc important. Un tel processus, s'il conduit à l'adoption, présente de multiples avantages pour les candidats, le Maroc et l'Algérie figurant parmi les très rares pays où peuvent être recueillis des enfants abandonnés, sans filiation connue et âgés de moins de trois mois. Il est mis en évidence dans les travaux de recherche que les personnes voulant recueillir un enfant dans leur pays d'origine, contrairement aux candidats à l'adoption internationale, ont l'avantage de parler la langue, de connaître tous les rouages administratifs et de bénéficier sur place d'appuis à la fois matériels et psychologiques, de la part d'amis et de parents. Si le processus d'adoption est conduit jusqu'à la fin, la double appartenance identitaire des parents facilitera celle de l'enfant, qui ne sera pas coupé de ses racines (E. Barraud, *op. cit.*).

2.2.5. La nécessaire distinction entre kafala judiciaire et kafala intrafamiliale par acte extrajudiciaire

La pertinence de la réponse judiciaire implique aussi, pour un enfant recueilli sous le régime de la kafala, que soient clairement distinguées deux formes de recueil, ce que n'évoque par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 4 octobre 2012, ni les juridictions dans certaines décisions. L'hypothèse évoquée en l'espèce est celle d'un enfant abandonné, sans filiation établie et confié après décision judiciaire algérienne saisie par le service de l'action sociale après une procédure d'abandon à la maternité. Ces enfants sont pour la plupart abandonnés par des mères célibataires stigmatisées par la société (E. Barraud, « L'adoption au prisme du genre : l'exemple du Maghreb », *Clio. Histoire, femmes et société*, 34 (2011), pp. 153-164, *revues.org*)²⁷. Toutefois, ces enfants « illégitimes », auparavant ostracisés, se voient progressivement trouver une place qui explique le développement du recours à la kafala et l'extension de leur statut, à savoir prendre le nom du *kafil* et la possibilité de transmission de biens. Il convient de distinguer cette kafala judiciaire de la kafala notariale, qui formalise un recueil d'enfant intrafamilial, geste coutumier au sein de familles musulmanes consistant en un « don » d'enfant à un parent dépourvu de descendance, qui, avec l'immigration en France, peut conduire à des jugements de délégation d'autorité parentale, mais qui pose aussi de nombreux problèmes dans le cadre du regroupement familial, ne serait-ce qu'au niveau de l'obtention des visas, sur lequel on trouve une abondante jurisprudence des juridictions administratives (*cf. supra*, 2.2.2).

Ainsi, T. Oubrou, recteur de la mosquée de Bordeaux et président de « Imams de France » (*in* « La kafala et la sharia », *Droit de la famille*, n° 1, janvier 2009), souligne les évolutions intervenues en Algérie, avec la possibilité de transmettre son nom à un enfant adopté, mais sans conséquence sur les effets juridiques de la filiation et de l'héritage. Le droit musulman classique ne peut autoriser l'enfant qui bénéficie de la kafala à porter le nom de sa famille de lait, ni à avoir une part nommée scripturairement dans la succession, mais lui permet de bénéficier des biens du *kafil* par un legs, un testament ou une disposition équivalente à un legs universel, à condition qu'elle ne dépasse pas le tiers de la succession globale.

Il précise que « *lorsque des citoyens vivant dans un pays musulman pratiquent la kafala, cela ne pose aucun problème juridiquement. En revanche, quand il s'agit de binationaux (franco-marocains et franco-algériens) ou de simples résidents marocains ou algériens qui veulent pratiquer la kafala, des problèmes inextricables apparaissent [...] Les musulmans pratiquants résistent à l'adoption, même simple [...] La kafala reste l'option idéale, surtout pour le couple qui ne peut avoir d'enfants [...] La kafala reste, en effet, assez proche, quant à ses effets, de l'adoption simple, qui permet à l'adopté de rester dans sa famille d'origine et d'y conserver tous ses droits. Elle s'en distingue bien sûr par le fait qu'elle refuse l'attribution de la filiation de la famille d'accueil.*

²⁷ Une étude de Fatima Abadlia, médecin à la Wilaya de Boumerdès, estime que « *Le sujet des enfants abandonnés, qu'on appelle communément les "X" est rarement évoqué, même lors des réunions officielles ; car cela sous-entend non seulement grossesses illégitimes, qui constituent chez nous un tabou du point de vue social, mais aussi un péché du point de vue religieux. Or, le nombre de ces enfants nés de relation illégales est en hausse permanente [...] L'abandon en Algérie concerne en priorité les enfants illégitimes, car les enfants orphelins ou les enfants dont les parents sont pauvres, malades ou détenus sont pris généralement en charge par la famille étendue, et ce, conformément aux valeurs et traditions de la famille algérienne* ». NDR : des études montrent qu'en France, l'accouchement sous X est aussi pour beaucoup le fait de jeunes femmes célibataires de familles d'origine maghrébine, qui doivent cacher ou ne peuvent assumer socialement cette maternité.

L'adaptation de la kafala à l'adoption simple pourrait être une solution médiane, car l'enfant reste informé que ses adoptants ne sont pas ses vrais parents, si l'on ne peut garantir l'intérêt de l'enfant autrement, lequel intérêt doit en principe être un souci majeur des législateurs des deux bords ».

T. Oubrou relève enfin « le fait qu'aucune sociologie sérieuse n'ait été engagée jusqu'à présent, à ma connaissance, sur la pratique de la kafala en France afin de nous décrire objectivement l'ampleur et la réalité sociologiques de ce phénomène »²⁸ et que « des dérives dans la pratique de la kafala ont été pourtant constatées. La motivation du kafil, résident étranger ou citoyen français, n'est pas toujours ni éthique, ni généreuse, ni religieuse, mais parfois opportuniste et intéressée. En effet, le makfûl une fois sur le territoire français, se trouvant dans une situation vulnérable, coupé de sa famille d'origine et à cause de son statut ambigu, pourrait se trouver objet d'une exploitation par le kafil. Déjà, au début des années 2000, l'UDAF de la Haute-Vienne - région qui a toujours opté pour une politique active de repeuplement - avait attiré l'attention sur ces enfants mineurs auxquels étaient déniés de nombreux droits, hormis la scolarisation. À partir de dix-huit ans, la majorité de ces jeunes se retrouve en situation irrégulière. Beaucoup ont sombré dans la délinquance. On peut trouver parmi les kafils des retraités, des septuagénaires et des familles d'accueil (kafil) qui ne sont même pas en mesure d'assumer leurs propres besoins, vivant principalement d'aides sociales. Cette situation n'est conforme ni au droit de la kafala du pays d'origine ni au droit français. Un fait remarquable est à soulever : dans la même région (Haute-Vienne), on trouve des makfûls qui viennent tous de la même région, Mostaganem, en Algérie, plus précisément. On est alors en droit de soupçonner un certain « trafic », surtout lorsque l'on sait qu'une seule personne, pourtant pauvre, peut avoir l'autorisation de prendre en charge plusieurs mineurs (makfûls). Peut-être l'ambiguïté des conventions signées entre les deux pays explique-t-elle ces aberrations. Dans un rapport consacré à l'exclusion, le comité économique et social du Limousin soulignait que « du fait de la méconnaissance du phénomène », la kafala constituait une véritable bombe à retardement et que « la réalité de l'importance des enfants de la kafala à Limoges [soulevait] de nombreuses interrogations ». En 2005, le nombre de ces enfants est évalué entre 200 et 600 dans le département, et principalement à Limoges. Cette approximation en dit long sur le flou juridique et social dans lequel ces enfants vivent en France, même l'adoption simple ou même plénière ne réglera pas ce problème. On trouve un phénomène relativement similaire dans la région de Libourne, où vit une communauté d'origine marocaine, issue presque toute d'une même région du Maroc ».

On retrouve effectivement ces éléments dans un rapport officiel²⁹ à partir d'informations transmises données par l'UDAF. Mais la source originelle est un rapport de recherche³⁰ mettant en évidence l'importance de la kafala intrafamiliale. Il s'agit alors d'une « composante essentielle de l'immigration familiale et s'applique alors à des mineurs plus âgés. Dans ce cadre, il existe une diversité de profils de kafil, résidents en France et issus de l'immigration, animés par des motivations et des intérêts forts variés [...] Il s'agit aussi de déléster les parents biologiques de charges qu'ils ne peuvent assumer. En outre, nombreux sont les grands-parents qui recueillent un petit-fils (ou petite-fille) pour les seconder dans les faiblesses du troisième âge. [...] dans la région de Limoges où l'on compte près de cinq cents enfants confiés. La kafala apparaît comme une entreprise de réparation, une seconde chance donnée au train de l'immigration, au regroupement familial qui n'a pas été pris à temps. Enfin, notons que la kafala est parfois détournée de ses visées initiales de protection pour se greffer à la coutume "des petites bonnes", un phénomène prospère au Maroc, et se muer ainsi, parfois, en un instrument de traite et de maltraitance » (E. Barraud, « Adoption et kafala dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *L'Année du Maghreb*, IV, 2008, p. 459).

La demande formulée auprès du parquet général de Limoges n'a pas fait ressortir de lien entre cette kafala intrafamiliale et des difficultés relatives aux requêtes en adoption dans ce ressort, par-delà le contentieux soulevé dans la présente affaire. Il convient donc de bien distinguer cette kafala intrafamiliale, constatée le plus souvent par acte extrajudiciaire, acte notarial, de la kafala judiciaire, et vérifier que sont concernés uniquement des enfants abandonnés ou (et) sans filiation, dans l'hypothèse d'une procédure pouvant conduire à une adoption. C'est pourquoi aussi s'impose la vérification des documents produits comme provenant d'une source judiciaire du pays d'origine, même si la procédure d'*exequatur* n'apparaît pas obligatoire, mais recommandée vis-à-vis des administrations, qui font plus confiance à des documents authentifiés par la justice française³¹.

2.3. La diversité des réponses judiciaires

Face à un phénomène juridique complexe marqué par le « pluralisme culturel » relevé par la Cour européenne des droits de l'homme, les réponses du droit au niveau européen, comme celles des juridictions de première instance, ont des difficultés à trouver une réponse coordonnée.

2.3.1. La diversité des réponses des pays d'accueil en Europe

Comment se situe la règle de droit française au regard de la législation des autres pays européens accueillant des ressortissants de pays de droit musulman prohibant l'adoption ? La législation belge, réformée en 2005, est la plus souvent citée comme exemplaire par les partisans d'une conception extensive de l'adoption d'enfants recueillis sous kafala. La seule étude globale existante, consacrée aux pays des États membres du Conseil de l'Europe comportant « une communauté musulmane suffisamment importante », semble être celle

²⁸ *Contra*, les recherches visées Barraud *supra* et la bibliographie citée.

²⁹ Conseil économique et social du Limousin, *Se mobiliser contre l'exclusion en Limousin*, III.6.3. La « kafala », phénomène émergent à Limoges, juin 2005, p. 49.

³⁰ F. Messica et C. Younes, *La Situation des enfants mineurs légalement recueillis par acte kafala dans l'agglomération de Limoges*, rapport final d'une recherche menée par Act Consultants et l'Agence nationale pour la cohésion et l'égalité des chances, 2007.

³¹ « La procédure d'*exequatur*, sans être nécessaire, répond à un besoin de sécurité juridique », selon M. Portéous, représentant du ministère de l'intérieur, table ronde de la commission Tabarot, janvier 2012, précité.

réalisée au sein de la Cour européenne de droits de l'homme, qui n'a pas été estimée communicable. Il n'en sera donc rapporté que la partie publique, trop synthétique et sans référence aux pratiques réelles, de l'arrêt du 4 octobre 2012 précité :

« 3. *Droit comparé*

21. *Sur les vingt-deux États contractants ayant fait l'objet d'une étude de droit comparé (Albanie, Allemagne, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Danemark, Espagne, Finlande, Géorgie, Grèce, Irlande, Italie, ex-République yougoslave de Macédoine, Pays-Bas, Royaume-Uni, Russie, Suède, Suisse, Turquie et Ukraine), où, compte tenu des facteurs historiques, soit la majorité de la population est traditionnellement musulmane, soit il y a une communauté ou des communautés musulmanes suffisamment importantes, aucun n'assimile une kafala établie à l'étranger à une adoption. Là où les tribunaux internes ont reconnu les effets d'une kafala prononcée à l'étranger, ils l'ont toujours assimilée à une tutelle, une curatelle ou un placement en vue de l'adoption.*

22. *Dans le droit interne des États examinés par la Cour, les règles de conflit de lois en matière d'adoption ne sont guère uniformes. Ils peuvent être répartis en quatre groupes, à savoir : a) les États privilégiant la loi du for (là où l'adoption a lieu) ; b) les États privilégiant la loi nationale de l'adopté ; c) les États privilégiant la loi nationale de l'adoptant ; d) les États opérant une approche cumulative (c'est-à-dire exigeant que les conditions posées tant par la loi nationale de l'adoptant que celle de l'adopté soient remplies). Dans neuf États (Belgique, Danemark, Finlande, Grèce, Irlande, Pays-Bas, Royaume-Uni, Suède et Suisse), la loi nationale de l'adopté ne constitue réellement ou apparemment pas un obstacle à l'adoption. Toutefois, dans certains de ces États (Finlande, Suisse, Danemark, Suède, Belgique), la législation ou la pratique internes expriment une certaine réticence face à l'adoption d'enfants en provenance de pays interdisant l'adoption - par exemple, en imposant des conditions supplémentaires dans une telle hypothèse. Ainsi, en Belgique, une disposition spécifique a été introduite dans le code de droit international privé en décembre 2005, qui vise les " 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 et l'adoption elle-même ne sont pas interdits, mais sont soumis à une procédure stricte, comprenant notamment un rapport adressé par l'État d'origine de l'enfant à l'État belge, la preuve du consentement de l'enfant s'il a atteint l'âge de douze ans ainsi que l'accord des autorités d'origine et des autorités belges pour confier l'enfant aux adoptants ».*

G. Gonzalez (« Éloge de la kafala au nom du pluralisme culturel », *JCP*, 22 octobre 2012, éd. G, n° 43, 1145) relève que, si la Cour affirme qu'il « n'y a pas, de manière claire, communauté de vue entre les États membres » sur la question de « savoir si la prohibition par la loi nationale de l'enfant mineur [peut] constituer [r] un obstacle à l'adoption », elle « minimise ici un élément clef : la position très minoritaire voire tout à fait isolée de la législation française en Europe. En effet, la France est le seul pays européen à prohiber en soi l'adoption d'enfants mineurs recueillis via la kafala (v. tout au plus la stricte procédure prévue par la législation belge) ».

La législation belge était jusque-là présentée par la doctrine simplement comme permettant l'adoption d'enfants recueillis sous kafala, essentiellement au Maroc³². Des contacts pris avec des magistrats belges et les magistrats de liaison au Maroc et en France, la consultation des documents ministériels et consulaires ainsi que ceux proposés par les associations doivent nuancer les réponses sur les pratiques effectives³³. La cour du travail de Bruxelles a jugé, le 14 septembre 2005, que la kafala était une institution qui ne pouvait générer des liens de filiation et la cour du travail de Mons, le 9 septembre 2008, qu'elle n'équivalait pas à une adoption pouvant générer la prime correspondante (sources : www.juridat.be). Les lois du 24 avril 2003 et du 26 décembre 2005 ont voulu empêcher les adoptions en filière libre et ont instauré une procédure très précise, concernant notamment les résidents en Belgique, impliquant une coopération en amont entre l'autorité centrale communautaire et l'autorité compétente de l'État d'origine, l'adoptant ne devant avoir eu aucun contact préalable avec les personnes qui ont la garde de l'enfant, sauf si l'enfant est membre de sa famille. Les personnes qui souhaitent adopter un enfant dans un pays qui ne connaît pas l'adoption doivent s'adresser à l'autorité centrale communautaire pour la préparation obligatoire à l'adoption, puis obtenir un jugement d'aptitude à adopter rendu par le tribunal de la jeunesse, enfin une décision d'« apparemment » suite à laquelle est proposé, au Maroc, le recueil d'un enfant sous kafala. La poursuite de la procédure d'adoption en Belgique se poursuit avec des exigences très fortes au niveau des enquêtes préalables, du recueil du consentement, des renseignements très précis reçus des autorités du pays d'origine (article 361-1 et suivants du code civil belge, si l'enfant réside habituellement à l'étranger, 362-2 et 362-3, si l'enfant réside habituellement en Belgique). Les documents consulaires belges diffusés au Maroc soulignent que la procédure d'adoption ne peut être engagée pour un enfant confié sous kafala que si l'enfant est membre de la famille, ou bien orphelin ou abandonné et placé sous la tutelle de l'autorité publique³⁴. Une procédure transitoire spécifique a été prévue pour les enfants confiés par les États d'origine, notamment ceux recueillis sous kafala, avant le 1^{er} septembre 2005. Une nouvelle loi de régularisation du 11 avril 2012 traite de la reconnaissance des adoptions pour les demandeurs n'ayant pu suivre la préparation ni obtenir le jugement et susvisés, sans toutefois remettre en cause la philosophie des réformes de 2003 et 2005 (source : ministère fédéral de la justice).

Le magistrat de liaison au Maroc soulignait dans une note³⁵ que le manque d'unité de la jurisprudence française avait souvent pour origine l'ambiguïté des documents fournis par les familles adoptantes, d'où

³² On peut reprendre l'expression entendue du professeur G. Giudicelli-Delage (UMR droit comparé, Paris I, La Sorbonne) selon laquelle, face à la diversité des droits « en droit comparé, il faut se défier de prendre ce qui nous arrange et rejeter ce qui nous dérange ».

³³ N. Bernard-Maugiron et N. Dupret, *Ordre public et droit musulman de la famille en Europe et en Afrique du Nord*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

³⁴ Vingt-deux à vingt-cinq adoptions d'enfants originaires principalement du Maroc seraient prononcées par an en Belgique via cette procédure, selon E. Sudre (service de l'adoption internationale au MAE), *in* table ronde de la commission Tabarot, précité. Selon la même source, deux ou trois adoptions d'enfant sous kafala seraient réalisées en Suisse par an.

³⁵ Y. Rabineau, note du 1^{er} octobre 2008.

l'intérêt de rapports d'une grande clarté, tant de la part du pays d'accueil que du pays d'origine. À cet égard, la législation marocaine relative à la kafala encadre ce régime depuis une loi du 9 juin 1984 et le *dahir* portant loi du 10 septembre 1993 pour éviter les abus. Le régime de kafala concernant les seuls enfants abandonnés relève de la loi 15-01, promulguée par le *dahir* du 13 juin 2002 (BO n° 5036, du 15 septembre 2002).

2.3.2. La diversité des pratiques judiciaires quant aux procédures suivies

L'analyse des jurisprudences des cours d'appel (*cf. supra*, 1.4) ne permet de voir qu'un échantillon des décisions³⁶ et des procédures concernant l'adoption d'enfants initialement recueillis à l'étranger par kafala. L'information des magistrats quant aux différents aspects de ces questions, la teneur des documents présentés et les recours engagés par les demandeurs déboutés, ou le ministère public en cas de désaccord sur le prononcé de l'adoption, ne permettent pas de mesurer le phénomène réel ni les jurisprudences effectives, du fait de l'absence de motivation en cas de suite positive donnée à la requête.

La jurisprudence très différente des tribunaux peut conduire à un « nomadisme judiciaire » d'opportunité - le « *forum shopping* » -, phénomène parfois lié avec le rôle d'orientation joué par les associations et les avocats spécialisés. Un constat a pu être effectué auprès de la responsable du parquet civil de Paris en charge de ces questions dans le pôle judiciaire, qui regroupe, depuis le 1^{er} janvier 2010, toutes les adoptions internationales pour l'entier ressort de la cour d'appel. Ainsi, jusqu'à fin 2006, il semble que la jurisprudence de la première chambre du tribunal de grande instance était « attractive », assimilant l'acte de kafala à une adoption simple pour les mineurs étrangers, niant la prohibition de la législation algérienne et celle de la loi du 6 février 2001, sans que le parquet ne s'oppose (« *attendu que la kafala produit des effets comparatifs à ceux de l'adoption simple, s'agissant notamment de l'autorité parentale et de l'état civil ; que cette dernière institution, contrairement à l'adoption plénière, n'est donc pas prohibée par la loi algérienne* » : tribunal de grande instance de Paris, 24 novembre 2004). Après que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 16 novembre 2006 sur appel du ministère public, a rappelé, en cohérence avec les arrêts de la Cour de cassation du 10 octobre 2006, que ce recueil égal n'avait d'effets comparables qu'avec la tutelle légale, exclusive de tout lien de filiation, et infirmé une décision prononçant l'adoption simple, la jurisprudence s'est stabilisée au sein du ressort. Le même phénomène peut se reproduire sur de nouvelles demandes, après accès de l'enfant à la nationalité française, si n'est exigée qu'une procédure de vérification très sommaire tenant aux conditions de fond et de forme du consentement, et si, sur des cas similaires, des divergences existent entre le choix de l'adoption simple ou plénière, qui, dans ce dernier cas, crée une nouvelle filiation.

Une recherche récente s'intéressant aux pratiques judiciaires des juges français et belges face à la diversité culturelle aborde notamment le traitement des affaires familiales au regard de « communautés culturelles » résidentes et le contentieux de l'état des personnes face à des traditions et références juridiques qui peuvent s'opposer³⁷. Comme dans d'autres travaux antérieurs³⁸, sont mises en évidence des approches qui peuvent être très différentes selon les magistrats, par rapport à leurs représentations et leur appréhension de situations complexes entre deux cultures et deux pays.

La nécessité d'un cadre procédural précis

Il semble donc d'autant plus nécessaire que, par-delà les légitimes différences d'interprétation des juges eu égard aux différences de situation qui se présentent à eux, les règles de droit applicables au contentieux en cause connaissent un cadre procédural identique. Or, il apparaît que ce n'est pas le cas. Un contact pris avec des magistrats de chambres de la famille de cours d'appel, des juges aux affaires familiales et des juges des tutelles permet de mettre en évidence plusieurs problèmes procéduraux non résolus de façon identique.

En premier lieu, le recours préalable ou non à un jugement d'*exequatur* pour les décisions de kafala des juges algériens ou marocains, démarche qui ne semble pas nécessaire, sauf à vérifier l'authenticité des pièces produites et à faciliter les démarches auprès des services sociaux, qui, à juste titre, préfèrent prendre leurs décisions au regard d'actes validés par la justice française.

Une série de distinctions semble ensuite devoir être effectuée entre, d'une part, la kafala judiciaire pour enfants orphelins ou abandonnés, qui paraissent ne faire parfois l'objet que d'une vérification *a minima* pouvant conduire jusqu'à l'adoption plénière, et, d'autre part, la kafala notariée intrafamiliale, qui ne peut être acceptée en vue d'une adoption, nombre d'autres situations intermédiaires ou préalables pouvant par ailleurs être envisagées, nécessitant des vérifications quant à la nature et la portée de l'acte. Certains juges d'instance disent par exemple vérifier la portée de la délégation de l'autorité parentale au *kafil* et refuser la demande de nationalité si celle-ci n'a pas été initialement prévue dans l'acte judiciaire.

Il a été relevé (*supra*, 1.4) que des juridictions n'exigent pas que le consentement soit donné par un conseil de famille (CA Montpellier, 9 novembre 2009), ou que la composition de celui-ci peut ne pas présenter des garanties suffisantes d'extériorité par rapport au demandeur à l'adoption, qui donne son avis en tant que personne prenant soin de l'enfant (article 348-2 du code civil), et que, très rarement, soit désigné un tuteur *ad hoc* pour assurer la défense des intérêts propres de l'enfant, par-delà la personne exerçant la délégation d'autorité parentale.

³⁶ Échantillon non significatif, puisqu'une seule décision prononce l'adoption plénière et toutes les autres, l'adoption simple, alors que l'étude réalisée au niveau des actes de l'état civil (*cf.* 2.2.3) montre que l'adoption plénière est presque toujours prononcée par les tribunaux de grande instance.

³⁷ A. Wyvekens, *Justice et diversité culturelle*, CNRS-Cersa (université Paris II), mission de recherche droit et justice, juillet 2012, p. 101.

³⁸ *L'Étranger et le droit de la famille. Pluralité ethnique, pluralisme juridique*, *op. cit.*, 2001, ouvrage issu d'un programme de recherche regroupant une série de travaux socio-juridiques sur les usages du droit et le recours à la justice en droit de la famille, à partir de décisions de tribunaux concernant différents groupes identifiés localement en tant que « communautés » : populations d'origine congolaise et sénégalaise sur Paris (E. Le Roy), turque en Alsace (F. Messner), vietnamienne et marocaine en Île-de-France (E. Rude-Antoine), algérienne et comorienne à Marseille (F. Lorcerie), maghrébine à Orléans (F. Monéger), maghrébine en région lyonnaise (H. Fulchiron).

Il convient de relever que la demande en adoption plénière formée par Mme X... devant le tribunal de grande instance de Limoges a été instruite, après un jugement de délégation de l'autorité parentale puis l'acquisition de nationalité, par une requête directement adressée à la juridiction, sans ouverture d'une tutelle et constitution d'un conseil de famille, ni *a fortiori* désignation d'un tuteur *ad hoc* pour donner le consentement à l'adoption d'un enfant abandonné, sans filiation établie, recueilli sous kafala. Or, une tutelle doit s'ouvrir de plein droit pour un enfant dont la filiation n'est pas légalement établie (article 390, alinéa 2, du code civil). Les qualités personnelles de Mme X... et son attachement à l'enfant ne sont pas en cause, et le dossier ainsi que l'enquête des services sociaux le démontrent, mais une question sérieuse de droit se pose à plusieurs niveaux, notamment quant aux modalités de recueil du consentement, que seule l'intervention du ministère public local a pu faire mettre en évidence.

Conclusion : les garanties nécessaires à apporter dans le processus conduisant d'une adoption internationale de fait à une adoption nationale en droit

À la question n° 3 posée par le tribunal de grande instance de Limoges, relative à « *la forme du consentement à l'adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil* », il pourrait être répondu par une décision d'irrecevabilité au motif que les principes relatifs aux règles matérielles du consentement sont clairement énoncés dans la loi française s'appliquant à l'adoption d'un enfant français par un Français, et qu'il ressort de l'office du juge de les appliquer au cas d'espèce en vérifiant, conformément aux termes des articles 353 du code civil et 1171 du code de procédure civile, que les conditions légales de l'adoption sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Il pourrait aussi être refusé de donner une réponse en l'état - ce serait également l'effet indirect de l'irrecevabilité -, au vu du pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Nouméa du 25 juin 2012. Mais cette autre affaire, même si elle intègre une partie de la question aujourd'hui soumise pour avis, concerne un enfant doté d'une filiation, contrairement au cas présent.

Il me semble toutefois qu'il revient à la Cour de répondre sur le cadre procédural relatif aux règles matérielles du consentement pour l'enfant sans filiation connue, recueilli en kafala sous un régime légal prohibitif, et qui, devenu français, fait l'objet d'une demande d'adoption plénière.

L'interdiction d'adopter cesse dans son principe en France lorsque l'enfant recueilli sous kafala est devenu français. Mais comme le *kafil*, candidat en France à l'adoption, l'enfant, qui est aussi *makfoul*, possède, au regard du droit algérien, un autre statut personnel.

Comme le *kafil*, devenu délégataire de l'autorité parentale, l'enfant possède deux nationalités, il est français et algérien. Deux lois personnelles s'appliquent et doivent se concilier. Deux États et deux systèmes judiciaires cohabitent, deux juges nationaux statuent, sous l'égide des règles et conventions internationales.

Le candidat à l'adoption, binational, devant obligatoirement se déclarer musulman, a pu, grâce à ce statut, de par la décision d'un juge algérien, se voir déléguer une forme d'autorité parentale limitée en tant que *kafil*, puis faire modifier le nom de l'enfant confié, dans un régime juridique qui interdit l'adoption parce qu'il ne reconnaît pas le changement de filiation. Un mandat temporaire et révocable lui a été confié par un juge algérien jusqu'à la majorité de l'enfant.

Revenu en France, au bout de cinq années, l'enfant confié est devenu français par déclaration, sur le fondement de l'article 21-12 du code civil. Mais il n'a pas perdu sa nationalité algérienne, ni son état civil en Algérie, pays où il est né, a ses racines, et où il a été confié par la décision d'un juge.

Double appartenance, double nationalité, double état civil. À ce stade, rien n'est incompatible, du fait des phénomènes migratoires, la binationalité, les appartenances culturelles multiples et les identités complexes sont des réalités d'un monde en mouvement.

Si le *kafil* en Algérie (ou au Maroc) veut devenir adoptant en France, la loi française le lui permet, la Cour européenne des droits de l'homme le rappelle, reste à en fixer les modalités et le cadre. Cela signifie tout d'abord que le *kafil* demandeur à l'adoption plénière ne respecte pas le cadre légal du mandat judiciaire algérien qui lui a été confié, puisque celui-ci interdit l'adoption, qui modifie la filiation. Il fonde sa demande en France sur une situation créée par un mandat judiciaire algérien qui le lui interdit. Ce comportement est celui que la cour d'appel de Nouméa qualifie de fraude à la loi, mais ce débat n'est pas celui d'aujourd'hui.

L'adoption est-elle conforme à l'intérêt de l'enfant, règle primordiale qu'il appartient au juge d'apprécier (article 353 du code civil) ? Très jeune, au nom de son statut personnel français, il pourrait être décidé pour lui, dans le cadre d'une adoption plénière, de rompre en France avec la décision de justice algérienne en lui créant une filiation qui va fictivement lui créer un nouvel état civil. Enfant né à l'étranger de parents inconnus, devrait être utilisée la procédure de l'article 348-2 du code civil - qui a été omise dans la procédure devant le tribunal de grande instance de Limoges, ainsi que le ministère public l'avait pertinemment relevé - et le juge des tutelles sera saisi pour constituer un conseil de famille compétent pour donner le consentement à l'adoption « après avis de la personne qui en fait prend soin de l'enfant », c'est-à-dire le *kafil*, vu du droit algérien, l'adoptant, vu du droit français, en tout cas le demandeur, qui donnera un avis sur sa propre requête. S'il a plus de treize ans, l'enfant devra consentir personnellement à son adoption.

Est-il souhaitable de décider définitivement du choix de filiation de cet enfant entre deux pays, deux cultures ? Décider pour lui de rompre juridiquement avec ses origines quand on sait la quête de nombre d'enfants abandonnés de retrouver ce chemin à l'âge adulte ? Peut-on unilatéralement faire comme si le droit algérien de la kafala n'existait pas, alors que ce statut juridique protecteur de l'enfant est reconnu par les conventions internationales, validé par la Cour européenne des droits de l'homme et que l'Algérie et le Maroc ont justement judiciarisé le système de la kafala pour en augmenter les garanties et réduire les kafalas de complaisance et les fraudes ? Peut-on rendre une décision contraire à la décision d'un juge algérien ou marocain en faveur

d'un candidat à l'adoption qui a reçu de ce même juge un mandat limité et temporaire dans un cadre juridique qui interdit l'adoption en ce qu'elle remet en cause un système de filiation ? Admettre une telle solution sans négociation présente le risque, s'il se développe, ainsi que nous l'ont rappelé des collègues et diplomates en relation avec des magistrats algériens et marocains, de conduire à bloquer ou réduire le processus judiciaire de kafala pour les enfants abandonnés, qui ne seraient alors plus confiés aux binationaux français, mais à des ressortissants d'autres pays demandeurs, dont les *kafils* respecteraient la prohibition de l'adoption, qui modifie la filiation.

La volonté de respect des droits nationaux dans le cadre des conventions internationales a été celle du législateur unanime de 2001³⁹. On doit relever à cet égard que le ministre marocain de la justice a diffusé, le 12 septembre 2012, une circulaire qui restreint considérablement la kafala pour les résidents à l'étranger : « *attendu que la volonté du législateur vise essentiellement à protéger l'intérêt supérieur de l'enfant marocain, la préservation de cet intérêt nécessite, conformément à l'esprit et à la philosophie du régime de la Kafala des enfants abandonnés, que la Kafala ne soit accordée qu'aux demandeurs qui résident d'une manière habituelle sur le territoire national* ». L'argument principal réside dans les difficultés rencontrées dans le contrôle de l'éducation religieuse des enfants marocains qui quittent le territoire et le fait que la kafala masque souvent des projets d'adoption qui sont inconciliables avec les objectifs de la loi de 2002 et l'engagement des demandeurs à élever l'enfant selon les préceptes de l'islam. Ce qui n'empêche pas le Maroc de rester ouvert à des accords bilatéraux permettant le départ d'enfants à l'étranger dans un cadre strict, comme cela est le cas avec la Belgique, si certaines conditions sont respectées, en particulier le respect du principe de l'interdiction de l'adoption plénière par les pays d'accueil.

De même, au vu des informations recueillies, les autorités algériennes sont inquiètes de voir transformer la kafala en adoption, considérant qu'il s'agit d'un détournement de procédure, d'une violation de leurs décisions judiciaires et d'une atteinte au droit coranique, qui interdit l'adoption, et elles attendent un contrôle effectif des juridictions françaises.

Pour toutes ces raisons, il me semble qu'il est difficile d'admettre qu'un mineur français, par ailleurs algérien au regard du droit algérien, recueilli en Algérie sous le régime de la kafala, puisse être adopté plénièrement par celui ou celle qui a reçu mandat d'un juge algérien d'assurer la tutelle légale de ce mineur sans lui donner une autre filiation et un autre état civil que celui dont il devra justifier à l'occasion de voyages dans le pays où il est né. Il pourra en être différemment dès que l'enfant sera devenu majeur, moment où il pourra choisir en toute connaissance de cause son statut.

À la question posée n° 3, sur la forme du consentement à l'adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, la réponse me semblerait donc devoir être négative, dans l'hypothèse où elle ne serait pas déclarée irrecevable. Car, sinon, ce serait nier les décisions des juges d'autres pays qui ont leur tradition culturelle et juridique et décider, au nom d'un intérêt de l'enfant qui serait d'abord l'intérêt des adoptants, de créer une fiction juridique dans la filiation et deux états civils issus de deux décisions judiciaires incompatibles, l'une dans son pays d'origine, l'autre dans son pays d'accueil ; ce, alors même que rien ne dit que l'intérêt de l'enfant n'est pas de vivre entre ces deux cultures, avec un statut en France lui donnant toutes garanties et protection, mais lui laissant le choix à sa majorité de rester dans ce statut ou de le faire évoluer au regard de sa filiation.

Mais, face aux interprétations divergentes qui pourraient résulter de jurisprudence des juges du fond, et les conflits douloureux affectivement qui risquent d'être ouverts dans le domaine du statut personnel des enfants, où la certitude de la règle juridique est fondamentale, il me semble que les ressources du droit permettent de trouver une solution de compromis acceptable, que l'on retrouve dans nombre de propositions de juristes ou de parlementaires.

En effet, la Cour européenne des droits de l'homme constate que le droit français parvient progressivement à un équilibre respectant le pluralisme culturel, à condition d'être flexible. Il ressort de la plupart des propositions de réforme, des deux côtés de la Méditerranée, que le régime de l'adoption simple⁴⁰ permet d'établir un lien juridique avec l'adoptant, sans toucher à la filiation d'origine ni être en contradiction avec l'état civil du pays d'origine. Cette voie paraît la plus raisonnable et respecte les souverainetés nationales⁴¹. Mais il faut encadrer cette possibilité en veillant à ce que le juge - cela ressort de son office - vérifie préalablement toutes les conditions exigées pour la validation du consentement à l'adoption simple dans le cadre des dispositions des articles 348-2, 350 et 370-3, alinéa 3, du code civil et de l'article 4 de la Convention de La Haye, ce qui implique :

- une kafala décidée par un juge et seulement dans ce cadre ;
- un jugement d'*exequatur* relatif à cette décision ou une vérification approfondie des pièces judiciaires produites s'il est estimé que le caractère authentique et exécutoire en France de la décision n'est pas discutable ;
- la situation d'un enfant sans filiation établie, ou sans parents, décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur volonté, ou qui ont perdu leur autorité parentale ;

³⁹ « À l'époque, la commission des lois jugeait qu'il n'était pas souhaitable d'imposer unilatéralement l'application du droit français à des États étrangers cultivant une conception contraire à notre ordre public, étant précisé, par ailleurs, que l'interdiction de l'adoption n'est pas contraire à ce dernier, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans cet arrêt du 9 octobre 1999. Le ministère de la justice continue d'adhérer à cette appréciation de la commission des lois, et ne souhaite donc aucune modification législative en ce domaine. Il en va, notamment, du respect des engagements internationaux de la France ». Propos de M.-C. Gaffinel, DACS représentant le ministère de la justice, table ronde de la commission Tabarot, janvier 2012.

⁴⁰ Cf. 2.1.1, le positionnement ouvert sur cette hypothèse de T. Oubrou, imam et recteur de la mosquée de Bordeaux, président de « Imams de France ».

⁴¹ « Dans l'intérêt de tous, ne vaudrait-il pas mieux d'éviter que les parents qui souhaitent accueillir un enfant ne voient de salut que dans l'adoption plénière ? », H. Fulchiron, *Recueil Dalloz* 2007, p. 816.

- une enquête sociale préalable, comme en Belgique, réalisée par le service de l'aide sociale à l'enfance du lieu de résidence en France du candidat à l'adoption⁴² transmise au juge algérien préalablement à la décision de kafala, ce qui permettra de présumer l'accord, même implicite, des autorités ayant confié l'enfant ;
- l'ouverture d'une tutelle familiale, qui assure une protection collégiale sous le contrôle du juge des tutelles du mineur⁴³ ;
- le consentement éclairé d'un conseil de famille spécialement composé par le juge chargé des tutelles des mineurs, avec la désignation d'un administrateur *ad hoc* par le juge pour défendre l'intérêt propre de l'enfant, par-delà l'avis donné par celui « qui prend soin de lui », à savoir le *kafil*, demandeur à l'adoption ;
- la présence éventuelle d'un représentant du consulat d'Algérie en France au sein du conseil de famille.

Ce dernier point pourrait aussi permettre, tout comme la transmission de l'enquête préalable du service de l'aide sociale à l'enfance, l'éventuelle expression de l'autorité algérienne qui a confié initialement l'enfant pour cet acte de kafala et répondre ainsi à l'interrogation : « ... le représentant légal de l'enfant, l'institution étrangère dans le cas des enfants abandonnés, peut-il valablement consentir à une adoption dès lors qu'elle est prohibée par le droit auquel il est soumis ? » (E. Massalve et C. Corso, « À propos de la proposition de loi du 10 mars 2011 relative à l'adoption des enfants régulièrement recueillis en kafala », *Actualité juridique Famille* 2011, p. 421).

C'est bien un système de ce type qu'a mis en place la Belgique en 2005⁴⁴, mais avec un encadrement plus structuré, à savoir l'interdiction par le candidat à l'adoption de tout contact préalable à l'étranger avec l'enfant ou l'institution qui l'accueille, sauf en cas de kafala familiale, et le passage obligé par un organisme *ad hoc*, une procédure d'agrément et une décision du tribunal de la jeunesse. Le problème est donc traité en amont, avant que l'enfant ne quitte le territoire. En France, la dispersion des réponses administratives et judiciaires aboutit à ce que les juges essayent de résoudre, au mieux des intérêts de l'enfant, en droit mais de façon pragmatique, une situation de fait devant laquelle ils sont placés par un candidat à l'adoption qui est allé chercher lui-même, par un contact direct, un enfant abandonné en Algérie ou au Maroc.

Il est évident que la partie essentielle de la solution est du ressort de la négociation entre les autorités algériennes et françaises, afin de trouver une forme de compromis acceptable aboutissant à ce que des enfants abandonnés soient confiés dans un cadre plus clair, avec la certitude que ne sera pas possible en France l'adoption plénière, qui crée une nouvelle filiation. Dans le cadre législatif actuel, aucune distinction n'est faite et le juge n'est pas législateur. En cohérence avec un accord bilatéral, une circulaire aux parquets, annoncée depuis plusieurs années, permettrait au moins de donner au ministère public le cadre d'une politique publique coordonnée avec les administrations et d'assurer une ligne directrice claire au regard des appels et des pourvois. Le rôle du juge de cassation est quant à lui de rappeler et de fixer les principes de procédure régissant les solutions applicables aux litiges par les juridictions du fond.

C'est à ce titre, au cas où vous estimeriez tout de même la question recevable, qu'il me paraîtrait nécessaire que vous répondiez au tribunal de grande instance de Limoges pour dire - première hypothèse - qu'il ne peut y avoir de consentement à adoption plénière d'un enfant né à l'étranger de parents inconnus dans un pays qui prohibe l'adoption et ayant acquis ultérieurement la nationalité française par application de l'article 21-12 du code civil, ou bien - seconde hypothèse - pour uniquement préciser les conditions de forme que doit revêtir le recueil de ce consentement, conditions qui s'appliqueraient alors aussi à l'adoption simple.

⁴² Dans le cadre de l'article 1171 du code de procédure civile, le juge peut faire procéder à une enquête par toute personne qualifiée. Pour un pupille de l'État, il peut, tout comme le procureur de République, recueillir tous renseignements utiles auprès du service de l'aide sociale à l'enfance (articles L. 221-7 et L. 221-8 du code de l'aide sociale et des familles).

⁴³ Proposition inspirée de M. Douris, « L'adoption d'un enfant recueilli en kafala et le recours à la nationalité française : mode d'emploi », *Actualité juridique Famille* 2011, 320 (cf. 1.4.2.2).

⁴⁴ Pays pourtant souvent cité en exemple par les tenants d'une conception « large » de l'adoption des enfants recueillis par kafala.

II. - ARRÊTS DES CHAMBRES STATUANT EN MATIÈRE DE QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

N° 359

Question prioritaire de constitutionnalité

Code civil. - Article 414-2. - Droit au recours. - Droit de propriété. - Principe d'égalité. - Liberté individuelle. - Caractère sérieux. - Renvoi au Conseil constitutionnel.

Attendu que, par acte authentique reçu le 16 novembre 2009, Joseph X... a vendu à la Société financière Roquebillière (SOFIROC) un immeuble moyennant le paiement d'une rente viagère ; que MM. Pierre et Philippe X... (les consorts X...), héritiers de Joseph X..., décédé le 1^{er} juin 2010, ont assigné la société SOFIROC le 29 novembre 2010, en annulation de la vente ; que les consorts X... ont présenté une question prioritaire de constitutionnalité, dont le juge de la mise en état a ordonné la transmission à la Cour de cassation ;

Attendu que la question transmise est ainsi rédigée :

« *L'article 414-2 du code civil porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par les articles 2, 4, 5, 6, 12, 16 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ?* »

Attendu que la disposition contestée est applicable au litige ;

Qu'elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel ;

Et attendu que la question posée présente un caractère sérieux en ce que les restrictions apportées à l'action en nullité d'un acte à titre onéreux, engagée par des héritiers pour cause d'insanité d'esprit de leur auteur, lorsque celui-ci n'a pas été placé sous sauvegarde de justice ou que n'a pas été demandée une mesure de protection, pourraient être considérées comme portant une atteinte disproportionnée au droit d'agir en justice ; D'où il suit qu'il y a lieu de la renvoyer au Conseil constitutionnel ;

Par ces motifs :

RENVOIE au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

RENVOI AU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

N° 12-40.068. - TGI Marseille, 3 août 2012.

M. Charruault, Pt. - Mme Guyon-Renard, Rap. - Mme Petit, P. Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Chroniques - droit des contrats, n° 124, p. 210 à 217, spéc. n° 3, p. 212, note Yves-Marie Serinet (« Transmission d'une QPC sur l'action des héritiers tendant à critiquer l'acte à titre onéreux fait par leur auteur pour insanité d'esprit »).

N° 360

Question prioritaire de constitutionnalité

Ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958. - Article 11-1. - Article 15 de la Déclaration de 1789. - Mémoire écrit, distinct et motivé. - Défaut de signature du requérant. - Irrecevabilité.

Attendu que la question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée :

« *L'article 11-1 de la loi organique portant statut des magistrats est-il conforme à l'article 15 de la Déclaration de 1789 ?* »

Attendu que le mémoire présentant une question prioritaire de constitutionnalité soulevée à l'occasion d'une requête tendant au renvoi d'une affaire devant une autre juridiction pour cause de suspicion légitime, sans le recours au ministère d'un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, doit porter la signature du requérant en personne, un mémoire présenté par son avocat, s'il n'est pas avocat aux Conseils, n'étant pas recevable ;

Attendu que, par conséquent, le mémoire distinct contenant la question prioritaire de constitutionnalité déposé au greffe de la Cour de cassation par le conseil du requérant, avocat au barreau de Seine-Saint-Denis, qui n'est pas signé par le requérant lui-même, n'est pas recevable ;

Par ces motifs :

DÉCLARE IRRECEVABLE la question prioritaire de constitutionnalité.

Crim. - 14 novembre 2012.
IRRECEVABILITÉ

N° 12-86.954. - CA Poitiers

M. Louvel, Pt. - Mme Lazerges, Rap. - M. Sassoust.

III. - TITRES ET SOMMAIRES D'ARRÊTS

ARRÊTS DES CHAMBRES

N° 361

Architecte entrepreneur

Responsabilité. - Responsabilité à l'égard du maître de l'ouvrage. - Garantie décennale. - Domaine d'application. - Construction d'un ouvrage. - Définition. - Cas.

Ayant relevé que la terrasse litigieuse était située au niveau du premier étage de la maison, était desservie depuis le salon par une baie vitrée coulissante, reposait sur une structure bois composée de huit solives ancrées du côté maison dans la façade au moyen de sabots fixés dans le mur par chevilles et tire-fonds et reposant du côté opposé sur une poutre transversale reposant sur deux poteaux en bois accolés au mur séparatif d'avec la propriété voisine et fixés au sol sur des plots en béton au moyen, le premier, d'une platine et, le second, d'un pavé autobloquant, que la configuration de cette terrasse permettait de constater qu'elle constituait une extension de l'étage, était accessible par une ouverture conçue à cet effet, était fixée dans le mur de la façade et reposait du côté opposé sur des fondations, peu important le fait que celles-ci soient de conception artisanale, voire non conforme, et que cette terrasse faisait corps avec la maison vendue, la cour d'appel a pu en déduire qu'il s'agissait d'un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil.

3^e Civ. - 7 novembre 2012.

REJET

N° 11-25.370. - CA Rennes, 9 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - Mme Guilquet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Hémerly et Thomas-Raquin, M^e Le Prado, Av.

N° 362

1^o Association syndicale

Association libre. - Assemblée générale. - Délibération. - Nullité. - Action en justice. - Prescription quinquennale.

2^o Association syndicale

Association libre. - Statuts. - Objet. - Détermination.

3^o Association syndicale

Association libre. - Assemblée générale. - Délibération. - Nullité. - Convocation de tous les membres. - Défaut.

1^o L'action en annulation d'une assemblée générale d'une association syndicale libre se prescrit par cinq ans.

2^o Une association syndicale libre peut avoir pour objet la gestion et l'entretien des équipements et services communs d'une

résidence services, l'énumération figurant à l'article premier de la loi du 21 juin 1865 quant à l'objet d'une telle association n'étant pas limitative et l'article premier de l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 autorisant la constitution d'une association syndicale pour la mise en place de services collectifs et équipements communs destinés à assurer la jouissance de l'immeuble conformément à sa destination.

3^o Dès lors qu'une association syndicale libre s'impose, selon ses statuts, à tous les propriétaires d'immeubles inclus dans son périmètre, l'assemblée générale à laquelle n'ont été convoqués que les propriétaires susceptibles de bénéficier des équipements entretenus par l'association ou des services gérés par elle, et non tous les membres de l'association, est nulle.

3^e Civ. - 14 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-23.808. - CA Angers, 28 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Masson-Daum, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - M^e Foussard, M^e Le Prado, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Chroniques - droit des contrats, n° 124, p. 210 à 217, spéc. n° 7, p. 210-211, note Yves-Marie Serinet (« La nature de la nullité d'une délibération prise par un groupement personnalisé »).

N° 363

Assurance dommages

Recours contre le tiers responsable. - Recours du syndicat des copropriétaires, de l'assureur dommages-ouvrage et du maître d'œuvre. - Identité d'objet. - Défaut. - Effet. - Prescription civile. - Interruption. - Ordonnance de référé déclarant commune à d'autres constructeurs une mesure d'expertise. - Effet interruptif.

L'action du syndicat des copropriétaires, de l'assureur dommages-ouvrage et du maître d'œuvre, bien que tendant à la mise en œuvre d'une même expertise judiciaire relative aux mêmes travaux en vue de la détermination des dommages subis et des responsabilités encourues, n'ont pas le même objet.

En conséquence, les ordonnances de référé, déclarant commune à d'autres constructeurs, à la requête de l'assureur dommages-ouvrage et du maître d'œuvre, une mesure d'expertise précédemment ordonnée, ne sont pas interruptives de prescription au profit du syndicat des copropriétaires qui n'était partie qu'à l'ordonnance initiale.

3^e Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-23.229 et 11-24.140. - CA Aix-en-Provence, 20 mai 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Maunand, Rap. - Mme Guilguet-Pauthé, Av. Gén. - SCP Boutet, M^e Balat, SCP Bouloche, SCP Defrenois et Levis, M^e Rouvière, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Annales des loyers et de la propriété commerciale, rurale et immobilière, n° 12-2012, décembre 2012, Revue de jurisprudence - Expertise judiciaire, p. 2874 à 2890, spéc. n° 28487, p. 2883, note Gilles Bourgeois et Michel Zavaro (« Extension de la mission et interruption de la prescription »).

N° 364

Avocat

Barreau. - Inscription au tableau. - Conditions particulières. - Juriste d'entreprise. - Définition. - Fonctionnaire affecté au service juridique d'une collectivité territoriale (non).

Les collectivités territoriales n'étant pas, même si elles sont amenées à favoriser le maintien ou le développement de l'économie sur leur territoire et sont dotées de possibilités d'intervention financière ou économique, des entités à finalité économique et, partant, ne constituant pas des entreprises au sens de l'article 98, 3°, du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, les fonctionnaires de catégorie A ou les personnes assimilées, affectés à leur service juridique, ne peuvent, quelles que soient les fonctions par eux exercées, être qualifiés de « juristes d'entreprise ».

1^{re} Civ. - 14 novembre 2012.

REJET

N° 11-18.995. - CA Pau, 6 avril 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Gallet, Rap. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, Av.

N° 365

Bail d'habitation

Bail soumis à la loi du 1^{er} septembre 1948. - Maintien dans les lieux. - Action en contestation. - Congé préalable mettant fin au bail. - Nouveau congé visant un cas d'exclusion. - Nécessité (non).

Ajoute une condition à la loi une cour d'appel qui retient qu'après délivrance d'un congé sur le fondement de l'article 4 de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948, l'envoi d'un nouveau congé est indispensable pour contester utilement le droit au maintien dans les lieux pour occupation effective insuffisante, alors qu'une contestation pour ce motif ne requiert aucune forme particulière.

3^e Civ. - 14 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-24.778. - CA Paris, 30 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Pic, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

N° 366

Bail rural

Bail à ferme. - Mise à disposition. - Groupement d'exploitation en commun. - Changements intervenus. - Information *a posteriori* du bailleur. - Défaut dans le délai requis. - Résiliation. - Mise en œuvre. - Loi applicable. - Détermination.

La résiliation du bail pour défaut d'information des bailleurs sur les changements intervenus dans la mise à disposition dans les conditions de l'article L. 411-37 du code rural et de

la pêche maritime n'est pas soumise à la preuve de l'existence d'un préjudice susceptible d'être causé aux bailleurs, dès lors que ces changements sont antérieurs à l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2006-870 du 13 juillet 2006.

3^e Civ. - 14 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-23.652. - CA Amiens, 7 juin 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Pic, Rap. - M. Bruntz, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 41, 29 novembre 2012, Actualité/droit immobilier, p. 2736 (« Bail rural : résiliation en cas de mise à disposition des biens »). Voir également la Revue de droit rural, n° 409, janvier 2013, commentaire n° 4, p. 73-74, note Samuel Crevel (« Sanction de la mise à disposition irrégulière : toujours plus douce »).

N° 367

Banque

Chèque. - Transmission. - Avance sur encaissement. - Chèque impayé. - Contre-passation. - Conditions. - Recours contre le tireur du chèque. - Nécessité (non).

Après avoir constaté qu'une caisse avait porté au crédit du compte de sa cliente le montant d'un chèque, libellé à son ordre mais correspondant au paiement de travaux effectués par cette dernière, puis, ce chèque étant revenu impayé, avait débité le compte du même montant, et retenu que la caisse, simple porteur et bénéficiaire du chèque, n'avait pas à faire son affaire de son recouvrement, faisant ainsi ressortir qu'elle avait fait l'avance du montant du chèque sous réserve de son encaissement, une cour d'appel a exactement déduit que la caisse était fondée à exercer un recours contre sa cliente par voie de contre-passation, sans avoir à recourir contre le tireur du chèque.

Com. - 13 novembre 2012.

REJET

N° 02-10.220. - CA Grenoble, 10 octobre 2001.

M. Espel, Pt. - Mme Canivet-Beuzit, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 48, 26 novembre 2012, Actualités, n° 1269, p. 2147, note Benoît Jérôme Lasserre (« La bienveillance des juges à l'égard de la contre-passation »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 41, 29 novembre 2012, Actualité/droit des affaires, p. 2732, note Valérie Avena-Robardet (« Chèque sans provision : recours par voie de contre-passation de la banque bénéficiaire »).

N° 368

1^o Banque

Compte. - Relevé. - Réception par le titulaire. - Absence de protestation dans le délai convenu. - Effets. - Présomption d'accord sur les opérations. - Preuve contraire. - Charge.

2^o Banque

Compte. - Compte courant. - Découvert. - Intérêts conventionnels. - Taux. - Défaut de stipulation. - Mention du taux sur les relevés. - Approbation tacite. - Domaine d'application. - Emprunteur commerçant ou non-commerçant.

1^o L'absence de protestation dans le délai imparti conventionnellement d'un mois de la réception des relevés de compte n'emporte qu'une présomption d'accord du client sur

les opérations y figurant, laquelle ne prive pas celui-ci de la faculté de rapporter, pendant la durée de la prescription légale, la preuve d'éléments propres à l'écarter.

Dès lors, ayant fait ressortir que le titulaire du compte, qui n'avait pas émis de contestation dans le délai imparti, ne justifiait pas que les prélèvements et virements litigieux avaient été exécutés sans son autorisation, une cour d'appel a pu décider, sans inverser la charge de la preuve, que la banque n'avait pas commis de faute.

2^o La reconnaissance de l'obligation de payer des intérêts conventionnels afférents au solde débiteur d'un compte courant peut, en l'absence d'indication dans la convention d'ouverture de compte courant, résulter de la réception, sans protestation ni réserve, par l'emprunteur des relevés de compte indiquant les taux de ces intérêts.

Com. - 13 novembre 2012.

REJET

N° 11-25.596. - CA Versailles, 28 octobre 2010.

M. Espel, Pt. - Mme Robert-Nicoud, Rap. - Mme Bonhomme, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 41, 29 novembre 2012, Actualité/droit des affaires, p. 2733 (« Compte courant : acceptation implicite du taux d'intérêts »).

N° 369

Conflit de juridictions

Effets internationaux des jugements. - Reconnaissance ou *exequatur*. - Conditions. - Absence de contrariété à l'ordre public international. - Caractérisation. - Défaut. - Cas. - Motivation défailante d'une décision complétée par des décisions rendues après la saisine du juge de l'*exequatur*.

La conception française de l'ordre public international s'oppose à ce que la motivation d'une décision étrangère reconnue défailante par le juge de l'*exequatur* puisse être complétée par des décisions rendues postérieurement à la saisine de celui-ci.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-23.871. - CA Paris, 27 janvier et 30 juin 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Matet, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Célice, Blanpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 47, 19 novembre 2012, Actualités, n° 1231, p. 2086, note Étienne Cornu (« Jugement interprétatif : équivalent sous conditions d'une motivation défailante »).

N° 370

Contrat d'entreprise

Responsabilité de l'entrepreneur. - Incendie survenu dans les lieux où ont été exécutés les travaux. - Remplacement d'un insert. - Vérification du bon fonctionnement de l'ensemble de l'installation. - Obligation. - Manquement.

L'entrepreneur chargé du remplacement d'un insert est tenu de s'assurer du bon fonctionnement de l'ensemble de l'installation.

Viola l'article 1147 du code civil la cour d'appel qui, pour rejeter les demandes en réparation formées par les propriétaires d'un immeuble détruit après un incendie contre l'entrepreneur chargé du remplacement d'un insert, retient qu'il n'était pas établi que les travaux effectués par l'entrepreneur avaient été le siège du sinistre, que, selon le rapport d'expertise, l'hypothèse privilégiée de mise à feu se situait dans le caisson ventilateur, lequel faisait partie de l'installation existante, qui était indépendante et non

nécessaire à la mise en œuvre et au fonctionnement de l'insert, et que l'entrepreneur n'était pas tenu de vérifier le fonctionnement de ce caisson, qui n'était pas concerné par les travaux.

3^e Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-20.532. - CA Nancy, 21 mars 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Jardel, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Gadiou et Chevallier, Av.

N° 371

Contrat d'entreprise

Sous-traitant. - Action en paiement. - Action directe contre le maître de l'ouvrage. - Domaine d'application. - Travaux de bâtiments et travaux publics. - Définition.

Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 s'appliquent au contrat de sous-traitance industrielle lorsque le maître de l'ouvrage connaît son existence, nonobstant l'absence du sous-traitant sur le chantier.

3^e Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-18.138. - CA Montpellier, 8 mars 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Pronier, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Monod et Colin, Av.

N° 372

Contrat de travail, rupture

Licenciement économique. - Reclassement. - Obligation de l'employeur. - Appréciation. - Moment. - Notification de la lettre de licenciement. - Applications diverses. - Convention de reclassement personnalisé. - Expiration du délai de réflexion fixé pour l'acceptation de la convention postérieure à l'envoi de la lettre de licenciement.

Au titre de son obligation de reclassement, l'employeur doit proposer au salarié les emplois disponibles au moment où il manifeste sa volonté de mettre fin au contrat de travail en notifiant la lettre de licenciement, quand bien même le licenciement serait subordonné au refus par le salarié de la convention de reclassement qui lui a été proposée.

Dès lors, doit être cassé l'arrêt qui déclare un licenciement sans cause réelle et sérieuse faute pour l'employeur d'avoir proposé au salarié un poste qui s'est révélé disponible avant l'expiration du délai de réflexion fixé pour accepter la convention de reclassement, mais après l'envoi de la lettre de licenciement.

Soc. - 13 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-14.162. - CA Toulouse, 19 janvier 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Contamine, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - M^e Haas, Av.

N° 373

Dépôt

Dépôt volontaire. - Dépôt d'une chose de valeur supérieure au chiffre prévu à l'article 1341 du code civil. - Preuve. - Moyen de preuve. - Détermination.

En application des dispositions de l'article 1924 du code civil, exclusives de celles de l'article 1348 du même code, lorsque le dépôt excède le chiffre prévu à l'article 1341 dudit code, le dépositaire, à défaut d'écrit, doit être cru sur le contenu et la

restitution de la chose qui en faisait l'objet, en sorte que les attestations contraires produites par le déposant ne peuvent faire échec aux déclarations du dépositaire.

1^{re} Civ. - 14 novembre 2012.

REJET

N° 11-24.320 et 11-24.576. - CA Toulouse, 14 juin 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Girardet, Rap. - M^e de Nervo, SCP Vincent et Ohl, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 41, 29 novembre 2012, Actualité/droit civil, p. 2736 (« Dépôt : preuve en l'absence d'écrit »).

N° 374

Divorce, séparation de corps

Effets. - Liquidation du régime matrimonial. - Désaccord persistant entre les époux. - Indemnité d'occupation de l'immeuble indivis. - Fixation par le juge. - Conditions. - Projet de liquidation établi par un notaire désigné lors de l'audience de conciliation contenant des informations suffisantes.

En application des articles 255, 10°, et 267, alinéa 4, du code civil, s'il a désigné un notaire lors de l'audience de conciliation pour élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager et si celui-ci contient des informations suffisantes, le juge aux affaires familiales a le pouvoir, en cas de désaccord persistant, de fixer l'indemnité d'occupation à l'occasion du prononcé du divorce.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-17.377. - CA Paris, 4 novembre 2010.

M. Charruault, Pt. - Mme Capitaine, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Fabiani et Luc-Thaler, SCP Gaschignard, Av.

L'avis de l'avocat général est paru dans la Gazette du Palais, n° 340-341, 5-6 décembre 2012, Jurisprudence, p. 5 à 10, suivi d'une note de Charlotte Robbe et Stéphanie Travade-Lannoy, Jurisprudence, p. 11 à 13 (« L'obligation pour le JAF d'ordonner la liquidation et le partage au jour du prononcé du divorce et la possibilité de désigner un notaire »). Voir également le Répertoire du notariat Deffrénois, n° 22, 30 novembre 2012, Famille - patrimoine, n° 110Y6, p. 1130 à 1137, note Sophie Gaudemet et Marjorie Klaa (« L'élaboration d'un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager »), ce même numéro, Famille - patrimoine, n° 110X2, p. 1138 à 1143, note Hélène Poivey-Leclercq (« Observations d'un praticien à propos de la réforme du partage »), la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2012, commentaire n° 179, p. 35-36, note Virginie Larribau-Terneyre (« La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF »), la Gazette du Palais, n° 2-5, 2-5 janvier 2013, Chronique de jurisprudence de droit de la famille, p. 24, note Élodie Mulon (« L'indemnité d'occupation peut être fixée par le juge du divorce »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2013, Jurisprudence, p. 55-56, note Patrice Hilt (« Processus de décloisonnement des procédures de divorce et de liquidation-partage »).

N° 375

Divorce, séparation de corps

Effets. - Liquidation du régime matrimonial. - Partage. - Office du juge. - Détermination.

En application de l'article 267, alinéa premier, du code civil, le juge aux affaires familiales, en prononçant le divorce des époux, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-10.449. - CA Toulouse, 2 novembre 2010.

M. Charruault, Pt. - M. Matet, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Odent et Poulet, Av.

L'avis de l'avocat général est paru dans la Gazette du Palais, n° 340-341, 5-6 décembre 2012, Jurisprudence, p. 5 à 10, suivi d'une note de Charlotte Robbe et Stéphanie Travade-Lannoy, Jurisprudence, p. 11 à 13 (« L'obligation pour le JAF d'ordonner la liquidation et le partage au jour du prononcé du divorce et la possibilité de désigner un notaire »). Voir également la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2012, commentaire n° 179, p. 35-36, note Virginie Larribau-Terneyre (« La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF »), et la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2013, Jurisprudence, p. 57-58, note Eloi Buat-Ménard (« Liquidation et partage des intérêts patrimoniaux des époux ordonnés par le juge qui prononce le divorce »).

N° 376

Divorce, séparation de corps

Effets. - Liquidation du régime matrimonial. - Partage. - Office du juge. - Détermination.

En application des articles 267, alinéa premier, du code civil et 1361, alinéa 2, du code de procédure civile, le juge aux affaires familiales, en prononçant le divorce des époux, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, désigne un notaire.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 12-17.394. - CA Toulouse, 17 janvier 2012.

M. Charruault, Pt. - M. Matet, Rap. - M. Chevalier, Av. Gén. - SCP Capron, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

L'avis de l'avocat général est paru dans la Gazette du Palais, n° 340-341, 5-6 décembre 2012, Jurisprudence, p. 5 à 10, suivi d'une note de Charlotte Robbe et Stéphanie Travade-Lannoy, Jurisprudence, p. 11 à 13 (« L'obligation pour le JAF d'ordonner la liquidation et le partage au jour du prononcé du divorce et la possibilité de désigner un notaire »). Voir également le Recueil Dalloz, n° 40, 22 novembre 2012, Actualité/droit civil, p. 2661 (« Prononcé du divorce : désignation d'un notaire liquidateur »), La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 47, 23 novembre 2012, Actualités, n° 1009, p. 16 (« Liquidation du régime matrimonial, contribution à l'entretien d'un enfant majeur et prestation compensatoire »), la Gazette du Palais, n° 328-329, 23-24 novembre 2012, Jurisprudence, p. 17 à 21, note Jérôme Casey (« Articulation du divorce et de la procédure de liquidation-partage : la Cour de cassation se fait législateur »), cette même revue, n° 2-5, 2-5 janvier 2013, Chronique de jurisprudence de droit de la famille p. 25, (« De la nécessité de tenir compte du patrimoine indivis dans l'évaluation de la disparité entre époux »), et la revue Droit de la famille, n° 12, décembre 2012, commentaire n° 179, p. 35-36, note Virginie Larribau-Terneyre (« La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF »).

N° 377

Droit maritime

Marin. - Salaire. - Salaire minimum. - SMIC. - SMIC maritime. - Abrogation par l'article 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008. - Effets. - Détermination. - Portée.

Les dispositions des articles D. 742-1 et D. 742-2 du code du travail, relatives au SMIC maritime, qui n'ont été ni reprises ni transférées lors de la recodification du code du travail, ont été

abrogées par l'article 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, faute d'être au nombre de celles maintenues en vigueur par l'article 10 dudit décret.

C'est dès lors à bon droit qu'une cour d'appel décide que le SMIC terrestre est applicable à compter du 1^{er} mai 2008 pour l'exécution de contrats d'engagement maritime conclus entre des marins et un armateur.

Soc. - 14 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-20.776 et 11-20.984. - CA Rouen, 10 mai 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Flores, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 2, 17 janvier 2013, Chroniques/Cour de cassation - chambre sociale, p. 114 à 123, spéc. n° 4, p. 119, note Philippe Flores (« Incidence de la recodification sur le droit du travail en matière maritime »).

N° 378

Expropriation pour cause d'utilité publique

Indemnité. - Appel. - Mémoire d'appel. - Dépôt. - Délai. - Interruption. - Cas. - Demande d'aide juridictionnelle.

En application des dispositions de l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatives au procès équitable, une demande d'aide juridictionnelle interrompt les délais pour conclure impartis par l'article R. 13-49 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique jusqu'à, en cas d'admission, la désignation de l'auxiliaire de justice si elle est plus tardive.

3^e Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-22.947. - CA Paris, 12 novembre 2009.

M. Terrier, Pt. - Mme Abgrall, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Piwnica et Molinié, Av.

N° 379

Fonctionnaires et agents publics

Détachement. - Détachement auprès d'un organisme de droit privé. - Fin du détachement. - Expiration à son terme normal. - Effets. - Réintégration dans le corps d'origine. - Obligation. - Portée.

En vertu des dispositions combinées des articles 45 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 et 22 du décret n° 85-986 du 16 septembre 1985, à expiration d'un détachement, le fonctionnaire de l'État est obligatoirement réintégré dans son corps d'origine et affecté sur un emploi correspondant à son grade.

Encourt par voie de conséquence la cassation l'arrêt qui, pour condamner l'association à verser diverses sommes à titre d'indemnités de préavis, de licenciement et de dommages-intérêts pour rupture abusive à un fonctionnaire détaché en son sein, retient que l'association n'avait pas respecté la procédure de licenciement, qu'elle était tenue de suivre dès lors que le non-renouvellement du détachement résultait de sa décision.

Soc. - 13 novembre 2012.

CASSATION SANS RENVOI

N° 11-22.940. - CA Montpellier, 15 juin 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Struillou, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Lyon-Caen et Thiriez, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de droit du travail, n° 12, décembre 2012, Actualités, p. 668, note Caroline Dechristé (« Employeur à l'origine du non-renouvellement du détachement de fonctionnaire »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/13, janvier 2013, décision n° 76, p. 71-72, et la Revue de droit du travail, n° 1, janvier 2013, Chroniques, n° 29, p. 31 à 33, note Florence Debord (« Fonctionnaire détaché : l'opposition au renouvellement du détachement ne constitue pas un licenciement »).

N° 380

Impôts et taxes

Recouvrement (règles communes). - Réclamation. - Destinataire. - Autorité administrative incompétente. - Obligation de transmission. - Applications diverses. - Sort d'un commandement de payer.

Conformément aux articles R. 190-2 du livre des procédures fiscales et 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, lorsqu'une contestation relative au recouvrement d'impôts est adressée à une autorité administrative incompétente pour en connaître, celle-ci doit la transmettre à l'autorité qui est compétente.

Viole ces textes, ainsi que les articles L. 281, R. 281-1 et R. 281-4 du livre des procédures fiscales, déterminant l'autorité compétente pour examiner les recours dirigés contre le recouvrement des impôts, la cour d'appel qui retient que l'opposition à un commandement de payer adressée à une autorité incompétente n'est pas de nature à priver cet acte de ses effets.

Com. - 6 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-19.116. - CA Nîmes, 11 janvier 2011.

M. Espel, Pt. - Mme Bregeon, Rap. - M. Carre-Pierrat, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, M^e Foussard, Av.

N° 381

Jugements et arrêts

Interprétation. - Pouvoirs des juges. - Étendue. - Demande d'astreinte d'une décision inexécutée. - Modification des droits et obligations reconnus aux parties (non).

Une cour d'appel, saisie d'une requête en interprétation d'une précédente décision dont elle constate l'inexécution, ne fait qu'user du pouvoir qu'elle tient de l'article 33 de la loi du 9 juillet 1991, devenu l'article L. 131-1 du code des procédures civiles d'exécution, sans modifier les droits et obligations précédemment reconnus, en accueillant la demande tendant à assortir cette décision d'une astreinte.

1^{re} Civ. - 15 novembre 2012.

REJET

N° 08-11.061 et 08-11.165. - CA Chambéry, 20 novembre 2007.

Mme Flise, Pt. - Mme Renault-Malignac, Rap. - M. Azibert, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Didier et Pinet, Av.

L'avis de l'avocat général est paru dans la Gazette du Palais, n° 344-346, 9-11 décembre 2012, Jurisprudence, p. 18 à 20 (« L'astreinte dans le cadre d'une requête en interprétation »).

N° 382

Mineur

Procédure. - Dossier. - Droit de consultation. - Titulaires. - Détermination. - Portée.

En application des articles 1222-2 et 1187 du code de procédure civile, une cour d'appel énonce à bon droit que le droit de consulter le dossier de tutelle de l'enfant est ouvert au mineur capable de discernement, à ses père et mère et au tuteur, de sorte que la demande de consultation formée par les grands-parents ne peut qu'être rejetée.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

REJET

N° 11-18.529. - CA Rouen, 1^{er} avril 2011.

M. Charruault, Pt. - Mme Vassallo, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Ortscheidt, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2012, Jurisprudence, p. 621 à 623, note Mélanie Lambert (« Mineur placé sous l'administration légale sous contrôle judiciaire et demande d'ouverture d'une tutelle : refus d'accès au dossier par les grands-parents requérants »).

N° 383

Nationalité

Nationalité française. - Acquisition. - Modes. - Acquisition à raison du mariage. - Déclaration. - Caducité. - Action en constatation du ministère public. - Prescription. - Délai. - Délai propre à l'action en contestation de l'enregistrement de la déclaration. - Exclusion.

L'annulation pour fraude d'un mariage contracté entre un Français et un étranger entraîne, de plein droit, la caducité de la déclaration acquisitive de nationalité française de ce dernier, et le délai prévu à l'article 26-4 du code civil, propre à l'action en contestation de l'enregistrement de la déclaration, n'a pas vocation à s'appliquer à l'action en constatation de la caducité de celle-ci.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

REJET

N° 11-25.662. - CA Aix-en-Provence, 13 juillet 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Matet, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2012, Jurisprudence, p. 620, note Nathalie Nord (« Annulation du mariage et caducité de la déclaration de nationalité : le délai de prescription ne s'applique pas »).

N° 384

Nationalité

Nationalité française. - Acquisition. - Modes. - Acquisition à raison du mariage. - Déclaration. - Enregistrement. - Action en contestation du ministère public. - Conditions. - Mensonge ou fraude. - Présomption de fraude. - Cessation de la communauté de vie dans les douze mois suivant l'enregistrement de la déclaration. - Application. - Instance engagée dans les deux ans de l'enregistrement de la déclaration. - Portée.

L'article 26-4 du code civil a été déclaré conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel (n° 2012-227 QPC) du 30 mars 2012, sous la réserve du considérant 14, aux termes

duquel la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration et que, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqués.

Par suite, ne justifie pas légalement sa décision au regard de ces textes une cour d'appel qui, saisie d'une demande en annulation de l'enregistrement, le 5 février 2004, d'une déclaration de nationalité française plus de deux ans après celui-ci, retient, pour constater l'extranéité de l'intéressé, que la présomption de fraude est constituée, sans relever l'existence d'un mensonge ou d'une fraude.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

IRRECEVABILITÉ ET CASSATION

N° 11-17.237 et 12-13.713. - CA Metz, 8 février 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Matet, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Bouzidi et Bouhanna, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 22 novembre 2012, Actualité/droit civil, p. 2660 (« Déclaration de nationalité : charge de la preuve de la fraude »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2012, Jurisprudence, p. 621, note Nathalie Nord (« Déclaration de nationalité à raison du mariage : l'annulation de l'enregistrement suppose qu'un mensonge ou une fraude soit constaté »), et la Revue juridique Personnes et famille, n° 12, décembre 2012, p. 15, note Emmanuel Putman (« Délais et cas d'ouverture des contestations de déclarations de nationalité »).

Note sous 1^{re} Civ., 7 novembre 2012, n° 384 ci-dessus

L'article 26-4 du code civil a été déclaré conforme à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel du 30 mars 2012 (n° 2012-227 QPC, M. Omar X... [conditions de contestation par le procureur de la République de l'acquisition de la nationalité par mariage]), sous la réserve du considérant 14, aux termes duquel la présomption prévue par la seconde phrase du troisième alinéa de l'article 26-4 ne saurait s'appliquer que dans les instances engagées dans les deux années de la date de l'enregistrement de la déclaration et, dans les instances engagées postérieurement, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqués.

En raison de son mariage, le 13 février 2002, avec un conjoint de nationalité française, le mari, de nationalité algérienne, avait, le 12 mars 2003, souscrit une déclaration de nationalité. Le ministère public avait assigné l'époux en annulation de l'enregistrement, le 5 février 2004, de la déclaration de nationalité.

La cour d'appel avait annulé l'enregistrement et constaté l'extranéité de l'intéressé, en retenant que la présomption de fraude était constituée et qu'eu égard à la date de naissance, le 12 novembre 2004, d'un enfant issu des relations hors mariage de l'auteur de la déclaration de nationalité, la communauté de vie avait cessé pour le moins dans le délai légal suivant l'enregistrement de la déclaration.

La Cour de cassation juge que, par application de l'article 26-4 du code civil et de la réserve d'interprétation du Conseil constitutionnel, il appartient au ministère public de rapporter la preuve du mensonge ou de la fraude invoqués dans les instances engagées plus de deux années après l'enregistrement de la déclaration. En l'espèce, le ministère public ayant engagé l'instance le 27 juillet 2007, soit plus de deux années après la date de l'enregistrement, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision en ne recherchant pas si le ministère public avait établi que la communauté de vie avait cessé à la date de la déclaration.

N° 385

Officiers publics ou ministériels

Notaire. - Exercice de la profession. - Société civile professionnelle. - Parts sociales. - Cession. - Clause de reversement de la rémunération reçue d'anciens clients de la société. - Nullité. - Cause. - Atteinte au principe de liberté de choix de la cliente.

Est nulle la clause stipulant le reversement au cessionnaire des parts sociales d'une SCP notariale, pendant dix ans, des sommes perçues par le cédant, titulaire d'un autre office notarial, de la part des anciens clients de ladite SCP, dès lors que cette clause, qui emporte cession de la clientèle ayant appartenu en partie au cédant, en privant ce dernier de toute rémunération de l'activité correspondante et en l'amenant ainsi soit à refuser son ministère, soit à convaincre ces clients de choisir un autre notaire, porte atteinte au principe de liberté de choix de la clientèle.

1^{re} Civ. - 14 novembre 2012.

REJET

N° 11-16.439. - CA Nîmes, 11 janvier 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Gallet, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, SCP Fabiani et Luc-Thaler, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 5, 28 janvier 2013, Chroniques - droit des contrats, n° 124, p. 210 à 217, spéc. n° 1, p. 210-211, note Yves-Marie Serinet (« Cession de clientèle, liberté de choix des clients d'une étude notariale et clause de reversement »).

N° 386

Officiers publics ou ministériels

Notaire. - Responsabilité. - Obligation d'éclairer les parties. - Étendue. - Obligation de s'assurer de la connaissance par le client de la teneur et de l'incidence d'un jugement non annexé à l'acte.

Tenu d'éclairer les parties et de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'il instrumente, un notaire ne peut décliner le principe de sa responsabilité en alléguant que son client avait déclaré faire son affaire personnelle des conséquences d'un jugement non annexé à l'acte, alors qu'il lui incombait de s'assurer que celui-ci avait connaissance de ce jugement et de son incidence sur le sort de l'opération dont il était chargé.

1^{re} Civ. - 14 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-24.726. - CA Montpellier, 31 mai 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Garban, Rap. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition notariale et immobilière, n° 47, 23 novembre 2012, Actualités, n° 1004, p. 14, note Mathieu Poumarède (« Responsabilité du notaire qui n'a pas éclairé les parties sur un jugement non annexé à l'acte »).

N° 387

Procédure civile

Instance. - Péremption. - Application. - Diligences des parties. - Absence d'influence.

Justifie légalement sa décision le premier président d'une cour d'appel qui, statuant sur un recours en matière de taxe, écarte

l'incident de péremption soulevé par une partie en relevant que la direction de la procédure échappe aux parties, qui ne peuvent l'accélérer, la convocation de l'adversaire étant le seul fait du greffe.

2^e Civ. - 15 novembre 2012.

REJET

N° 11-25.499. - CA Angers, 13 juillet 2011.

M. Boval, Pt (f.f.). - Mme Renault-Malignac, Rap. - M. Azibert, P. Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 388

Procédures civiles d'exécution

Règles générales. - Titre. - Titre exécutoire. - Définition. - Exclusion. - Cas. - Jugement se prononçant sur les sommes dues par et aux indivisions postcommunautaires et successorales.

Ne constitue pas un titre exécutoire au bénéfice des indivisaires le jugement rendu, à l'occasion de la liquidation du régime matrimonial et des successions de leurs parents, qui se borne à se prononcer sur les sommes dues par et aux indivisions postcommunautaires et successorales.

2^e Civ. - 15 novembre 2012.

CASSATION SANS RENVOI

N° 11-18.820. - CA Aix-en-Provence, 18 mars 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Liénard, Rap. - M. Azibert, P. Av. Gén. - SCP Ortscheidt, M^e Foussard, Av.

N° 389

Propriété littéraire et artistique

Droits voisins du droit d'auteur. - Droits des producteurs de phonogrammes. - Titulaire. - Détermination. - Présomption de titularité résultant de l'exploitation publique, paisible et non équivoque d'un enregistrement. - Portée.

En l'absence de toute revendication émanant de la personne physique ou morale qui a pris l'initiative et la responsabilité de la première fixation d'une séquence de sons, ou de ses ayants droit, l'exploitation publique, paisible et non équivoque d'un enregistrement par une personne physique ou morale sous son nom est de nature à faire présumer, à l'égard des tiers recherchés pour contrefaçon, que celle-ci est titulaire sur l'enregistrement des droits prévus à l'article L. 213-1 du code de la propriété intellectuelle.

1^{re} Civ. - 14 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-15.656. - CA Paris, 8 décembre 2010.

M. Charruault, Pt. - M. Girardet, Rap. - M. Pagès, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 41, 29 novembre 2012, Actualité/droit des affaires, p. 2735, note Emmanuel Emile-Zola-Place (« Enregistrement phonographique : exploitation et titularité des droits »).

N° 390

Sécurité sociale

Caisse. - Créances. - Prestations indues. - Recouvrement. - Faute commise par un professionnel de santé. - Réparation. - Action en réparation du préjudice subi. - Possibilité (oui).

La caisse de sécurité sociale qui a effectué un paiement indu entre les mains d'un établissement de soins en raison de la

faute commise par un professionnel de santé peut agir contre celui-ci pour obtenir la réparation du préjudice qu'elle a subi, peu important qu'elle dispose par ailleurs d'une action contre l'établissement ayant reçu le paiement.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui rejette la demande en dommages-intérêts présentée par une caisse de sécurité sociale contre un médecin ayant irrégulièrement coté les actes chirurgicaux qu'il pratiquait, au motif que le préjudice qu'elle subissait résultait de sa carence à obtenir le remboursement des paiements indus auprès des établissements de soins qui en avaient bénéficié.

2^e Civ. - 8 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-23.065. - CA Poitiers, 14 juin 2011.

M. Héderer, Pt (f.f.). - M. Poirotte, Rap. - M^e Foussard, SCP Peignot, Garreau et Bauer-Violas, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 92-93, note Sophie Hocquet-Berg (« Action en responsabilité d'une caisse primaire d'assurance maladie à l'encontre d'un professionnel de santé à l'origine d'un remboursement indu de dépenses de soins à une clinique »).

N° 391

1^o Sécurité sociale, accident du travail

Faute inexcusable de l'employeur. - Effets. - Réparation du préjudice. - Réparation versée directement par la caisse. - Étendue. - Détermination. - Portée.

2^o Sécurité sociale, accident du travail

Faute inexcusable de l'employeur. - Employeur responsable. - Assurance. - Recours subrogatoire contre l'auteur de la faute. - Exclusion. - Conditions. - Détermination. - Portée.

1^o Il résulte du dernier alinéa de l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale que le bénéfice du versement direct par les caisses de sécurité sociale à la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle dus à la faute inexcusable de l'employeur en résultant s'étend également aux indemnités réparant les préjudices non énumérés par ce texte ainsi qu'à l'avance des frais de l'expertise destinée à les déterminer.

2^o L'article L. 412-8 2^o du code de la sécurité sociale, qui étend aux élèves de l'enseignement technique le bénéfice de la législation professionnelle pour les accidents survenus au cours de cet enseignement ainsi que par le fait ou à l'occasion des stages auxquels il donne lieu, ne prévoyant pas de recours de l'établissement scolaire ou de son assureur contre l'auteur de la faute, doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui accueille un tel recours sur le fondement d'une convention de stage.

2^e Civ. - 8 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE SANS RENVOI

N° 11-23.516 et 11-23.524. - CA Caen, 24 juin 2011.

M. Héderer, Pt (f.f.). - M. Cadiot, Rap. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, M^e Foussard, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, M^e Rouvière, Av.

Note sous 2^e Civ., 8 novembre 2012, n° 391 ci-dessus

Les pourvois jugés par cet arrêt ont amené la Cour de cassation à réaffirmer sa jurisprudence sur deux questions, les avances financières des caisses de sécurité sociales aux victimes d'accidents pris en charge au titre de la législation professionnelle et le statut particulier des accidents survenus aux élèves et étudiants en stage en entreprise.

I. - Tirant les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-8 QPC du 18 juin 2010, qui a interprété

l'article L. 452-3 du code de la sécurité sociale et permis au salarié victime d'une faute inexcusable de son employeur de bénéficier d'un recours contre celui-ci pour l'ensemble des dommages non couverts par le livre IV du code de la sécurité sociale, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt rendu le 4 avril 2012 (pourvoi n° 11-12.299, *Bull.* 2012, II, n° 103), a jugé que les caisses de sécurité sociale sont tenues de verser à la victime l'ensemble des indemnités qui seront fixées par la juridiction de sécurité sociale au titre des préjudices subis, qu'ils soient expressément visés ou non par le livre IV du code de la sécurité sociale.

Le présent arrêt confirme cette solution en l'étendant à l'avance des frais de l'expertise destinée à déterminer ces préjudices.

II. - L'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale ouvre aux élèves de l'enseignement technique, secondaire ou spécialisé le bénéfice d'une prise en charge au titre de la législation professionnelle si un accident survient au cours d'un stage dans le cadre de leur scolarité.

Cette disposition permet, si les conditions la caractérisant sont réunies, d'imputer une faute inexcusable à l'établissement d'enseignement, qui est tenu aux obligations de l'employeur prévues par la législation sur les accidents du travail (2^e Civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-12.039, *Bull.* 2005, II, n° 162).

Pour autant, l'élève ou l'étudiant en stage professionnel n'est pas lié par un lien de subordination à l'établissement d'enseignement lui ayant imposé le stage, de sorte que cet établissement, étant dans une situation différente de celle des autres employeurs, peut faire l'objet d'un traitement différent de la part du législateur. Aussi la Cour de cassation a-t-elle refusé sur ce fondement de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité tirée d'une rupture du principe d'égalité devant la loi (2^e Civ., 14 septembre 2011, pourvoi n° 11-13.069).

Ce traitement législatif différent se caractérise notamment par le fait que les obligations de l'employeur en matière d'accident du travail incombent, non à l'entreprise au sein de laquelle s'effectue le stage, mais à l'organisme de formation, lequel ne dispose, ainsi que son assureur, d'aucun recours subrogatoire contre l'auteur de la faute (2^e Civ., 20 janvier 2012, pourvoi n° 11-13.069), même en cas de faute inexcusable commise au sein de l'entreprise d'accueil du stagiaire (2^e Civ., 11 juillet 2005, pourvoi n° 04-15.137, *Bull.* 2005, II, n° 191).

L'existence d'une convention de stage pourvue d'une clause de garantie ne permet pas de déroger à ce cadre légal (2^e Civ., 14 février 2007, pourvoi n° 05-18.432).

Ce sont ces principes que rappelle le présent arrêt.

N° 392

Sécurité sociale, accident du travail

Prescription. - Point de départ. - Certificat médical requis par l'article L. 461 du code de la sécurité sociale. - Détermination. - Portée.

Il résulte des articles L. 461-1 et L. 431-2 du code de la sécurité sociale que l'action en reconnaissance du caractère professionnel d'une maladie doit être engagée dans le délai de deux ans qui suit la date à laquelle la victime ou ses ayants droit ont été informés par un certificat médical du lien possible entre la maladie et l'activité professionnelle.

Viole les articles L. 461-1 et L. 431-2 du code de la sécurité sociale la cour d'appel qui retient que le scanner constitue le certificat médical requis par l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale, faisant courir la prescription biennale prévue par le second de ces textes, alors que l'examen tomodensitométrique ne constitue pas le certificat médical requis par ce texte.

2^e Civ. - 8 novembre 2012.
CASSATION

N° 11-19.961. - CA Caen, 22 avril 2011.

Mme Flise, Pt. - M. Salomon, Rap. - Mme Lapasset, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Bouthors, SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

N° 393

Sécurité sociale, assurances sociales

Maladie. - Prestations. - Maintien. - Période. - Bénéficiaire d'un revenu de remplacement au titre de l'assurance chômage. - Influence. - Détermination. - Portée.

Il résulte, d'une part, des articles L. 161-8 et R. 161-3 du code de la sécurité sociale que les personnes qui cessent de remplir les conditions pour relever du régime général de la sécurité sociale ou des régimes qui lui sont rattachés bénéficient, à compter de la date à laquelle ces conditions ne sont plus remplies, du maintien de leur droit aux prestations des assurances maladie, maternité, invalidité et décès pendant une période qui, pour ce qui concerne les prestations en espèces, est fixée à douze mois.

Il résulte, d'autre part, de l'article L. 311-5 du même code que la personne qui perçoit un revenu de remplacement au titre de l'assurance chômage conserve la qualité d'assuré et bénéficie du maintien de ses droits aux prestations du régime obligatoire d'assurance maladie, maternité, invalidité et décès dont elle relevait antérieurement. La perception, au sens de ce texte, d'un tel revenu s'entend de l'admission au bénéfice de celui-ci, abstraction faite de l'application éventuelle des règles de report ou de différé d'indemnisation.

Encourt dès lors la cassation l'arrêt qui accueille le recours d'un demandeur d'emploi sollicitant le paiement d'indemnités en espèces pour un arrêt maladie ayant débuté le 27 juin 2007 au motif que l'article L. 161-8 du code de la sécurité sociale n'impose pas une continuité absolue entre la cessation d'activité et la perception des indemnités versées par l'ASSEDIC et n'opère aucune distinction entre les assurés sociaux selon qu'ils exerçaient auparavant une activité rémunérée ou étaient chômeurs indemnisés, alors que l'intéressé avait quitté son emploi le 30 novembre 2002.

2^e Civ. - 8 novembre 2012.
CASSATION

N° 10-28.378. - CA Paris, 21 octobre 2010.

M. Héderer, Pt (f.f.). - M. Poirotte, Rap. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

N° 394

Sécurité sociale, assurances sociales

Prestations (dispositions générales). - Frais médicaux. - Honoraires du praticien. - Honoraires de surveillance médicale. - Cumul. - Conditions. - Portée.

L'article 20 de la première partie de la nomenclature générale des actes professionnels, annexée à l'arrêté du 27 mars 1972, n'autorise le cumul d'honoraires de surveillance avec des actes médicaux de consultation cotés C, CS ou C2 que si ces derniers se distinguent des actes de surveillance en ce qu'ils constituent des actes de consultation pratiqués par des médecins de spécialités différentes et destinés à poser un diagnostic complémentaire, justifié par l'évolution de l'état des patients.

2^e Civ. - 8 novembre 2012.
REJET

N° 11-23.813. - CA Paris, 23 juin 2011.

M. Héderer, Pt (f.f.). - M. Salomon, Rap. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

N° 395

Sécurité sociale, assurances sociales

Prestations (dispositions générales). - Frais pharmaceutiques. - Médicament. - Prix de vente au public. - Opposabilité aux tiers. - Conditions. - Portée.

Selon l'article L. 162-16-4 du code de la sécurité sociale, le prix de vente au public des médicaments est fixé soit par convention entre l'entreprise pharmaceutique et le comité économique des produits de santé, soit, à défaut, par décision du comité, sauf opposition conjointe des ministres concernés, qui arrêtent dans ce cas le prix dans un délai de quinze jours après la décision du comité ; selon l'article L. 162-17-3, I, du même code, les prix de vente au public des médicaments, les tarifs et, le cas échéant, les prix des produits et prestations fixés par le comité économique des produits de santé sont publiés au *Journal officiel de la République française*.

Il résulte de la combinaison de ces dispositions que, la fixation du prix de vente au public des médicaments revêtant, quelle qu'en soit la forme, un caractère réglementaire, elle n'est opposable aux tiers qu'après publication au *Journal officiel*.

2^e Civ. - 8 novembre 2012.
CASSATION

N° 11-21.540. - TASS de Lyon, 18 mai 2011.

M. Héderer, Pt (f.f.). - M. Prétot, Rap. - SCP Potier de la Varde et Buk-Lament, M^e Foussard, Av.

N° 396

Société à responsabilité limitée

Gérant. - Cessation des fonctions. - Révocation par les associés. - Effets. - Stipulation antérieure allouant une indemnité. - Montant dissuasif portant atteinte à la libre révocabilité. - Portée. - Nullité de la stipulation.

Est nulle, comme portant atteinte à la libre révocabilité du gérant d'une société à responsabilité limitée, la stipulation allouant à ce dernier, en cas de révocation, une indemnité qui, par son montant, est de nature à dissuader les associés de prononcer celle-ci.

Com. - 6 novembre 2012.
CASSATION PARTIELLE

N° 11-20.582. - CA Amiens, 8 mars 2011.

M. Espel, Pt. - M. Le Dauphin, Rap. - M. Carre-Pierrat, Av. Gén. - SCP Piwnica et Molinié, SCP Boré et Salve de Bruneton, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 22 novembre 2012, Actualité/droit des affaires, p. 2655, note Alain Lienhard (« SARL : indemnité portant atteinte à la libre révocabilité du gérant »). Voir également la Gazette du Palais, n° 356-357, 21-22 décembre 2012, Chronique de jurisprudence - droit des sociétés, p. 26-27, note Anne-Françoise Zattara-Gros (« Le droit des associés à révoquer le gérant d'une SARL sous l'empire de l'ordonnance de 2004 : liberté et responsabilité »), et la revue Droit des sociétés, n° 2, février 2013, commentaire n° 26, p. 31 à 33, note Dorothee Gallois-Cochet (« Nullité de l'indemnité conventionnelle de révocation stipulée au profit du gérant de SARL »).

N° 397

Société par actions simplifiée

Contrôle. - Commissaires aux comptes. - Durée des fonctions. - Cessation anticipée. - Radiation du registre du commerce et des sociétés. - Conditions. - Remplacement. - Nécessité.

La désignation d'un commissaire aux comptes pour la durée légale de six exercices fait obstacle à ce qu'il puisse être procédé à la radiation de son inscription du registre du commerce et des sociétés à défaut de son remplacement pour la durée du mandat restant à courir.

Violent les articles L. 820-1 et L. 823-3 du code de commerce la cour d'appel qui admet une telle radiation, sans remplacement, au motif que les conditions légales en vigueur ne rendent plus obligatoire la désignation d'un commissaire aux comptes pour une société par actions simplifiée ne dépassant pas les seuils déterminés par l'article L. 227-9-1 du code de commerce.

Com. - 6 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-30.648. - CA Versailles, 13 octobre 2011.

M. Espel, Pt. - M. Fédou, Rap. - M. Carre-Pierrat, Av. Gén. - M^e Ricard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 22 novembre 2012, Actualité/droit des affaires, p. 2656, note Alain Lienhard (« SAS : dispense de commissariat aux comptes (sort des mandats en cours) »). Voir également La Semaine juridique, édition entreprise et affaires, n° 48, 29 novembre 2012, Actualités, n° 1718, p. 32-33, la Revue de jurisprudence de droit des affaires, n° 1/13, janvier 2013, décision n° 47, p. 57, et le Bulletin Joly Sociétés, n° 1, janvier 2013, n° 10, p. 37 à 39, note Philippe Merle (« Sort des mandats en cours dans une SAS dispensée de commissaire aux comptes »).

N° 398

Solidarité

Cas. - Concubinage. - Prêt souscrit pour financer des achats pendant la vie commune non signé par un des concubins (non).

Encourt la cassation le jugement qui, statuant sur une demande en remboursement d'un prêt formée par une société de crédit contre deux concubins, retient, après avoir constaté que la signature de l'un d'eux, qui contestait avoir souscrit le prêt, ne figurait pas sur l'acte le constatant, que, si l'article 220 du code civil n'a pas vocation à recevoir application, ce concubin est néanmoins solidairement tenu à remboursement dès lors qu'il avait connaissance du contrat établi à partir d'agissements constitutifs de faux imputables à sa compagnie et de l'utilisation du crédit pour financer des achats pendant la vie commune, de tels motifs étant impropres à caractériser un engagement solidaire du concubin.

1^{re} Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION PARTIELLE

N° 11-25.430. - TI Châtelleraut, 16 décembre 2010.

M. Charruault, Pt. - Mme Capitaine, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, Av.

Un commentaire de cette décision est paru au Recueil Dalloz, n° 40, 22 novembre 2012, Actualité/droit civil, p. 2659 (« Solidarité : prêt contracté par un concubin »). Voir également la revue Actualité juridique Famille, n° 12, décembre 2012, Jurisprudence, p. 614-615, note François Chénédy (« Rappel de l'absence de solidarité ménagère entre les concubins »).

N° 399

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées. - Convention nationale du 15 mars 1966. - Article 8. - Exercice du droit syndical. - Désignation des délégués syndicaux. - Périmètre. - Condition d'effectifs. - Dérogation. - Domaine d'application. - Détermination. - Portée.

Si la convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées du 15 mars 1966, en dérogeant à la condition d'effectifs pour la désignation d'un délégué syndical, autorise la désignation de délégués syndicaux sur un périmètre plus restreint que celui du comité d'établissement ou d'entreprise, une telle désignation suppose que le périmètre de désignation constitue un établissement distinct, qui, en l'absence de précision de la convention, doit s'entendre du regroupement, sous la direction d'un représentant de l'employeur, d'une communauté de travail ayant des intérêts propres susceptibles de générer des revendications communes et spécifiques, peu important que le représentant de l'employeur ait le pouvoir de se prononcer sur ces revendications.

Soc. - 14 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-25.433. - TI Gonesse, 27 septembre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/13, janvier 2013, décision n° 50, p. 50 à 52. Voir également La Semaine juridique, édition sociale, n° 51-52, 24 décembre 2012, Jurisprudence, n° 1541, p. 24 à 27, note Emeric Jeansen (« Dérogation au périmètre de désignation du délégué syndical, la fin des petits pas ? »), la revue Droit social, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 71 à 73, note Franck Petit (« La négociation du périmètre de l'établissement distinct »), et la Revue de droit du travail, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 8, note Alain Moulinier (« Périmètre de désignation du délégué syndical »).

N° 400

Statut collectif du travail

Conventions et accords collectifs. - Conventions diverses. - Établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif. - Convention nationale du 31 octobre 1951. - Salaire. - Salaire minimum. - Calcul. - Assiette. - Sommes versées au titre du complément métier. - Prise en compte. - Portée.

Les sommes versées au titre du complément métier prévu à l'article 08-01-1 de la convention collective nationale des établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif du 31 octobre 1951, dite FEHAP, en contrepartie du travail, doivent être prises en compte dans l'assiette des salaires pour le calcul du SMIC.

Soc. - 14 novembre 2012.

REJET

N° 11-14.862. - CPH Le Puy-en-Velay, 1^{er} juillet 2010.

M. Lacabarats, Pt. - M. Hénon, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - M^e Carbonnier, SCP Gatineau et Fattaccini, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 49, 3 décembre 2012, Actualités, n° 1312, p. 2209, note Carole Lefranc-Hamoniaux (« Inclusion

d'un complément de métier dans la détermination du SMIC »). Voir également la revue *Droit social*, n° 1, janvier 2013, *Actualités*, p. 88-89, note Christophe Radé (« L'assiette du SMIC en question »).

N° 401

Syndicat professionnel

Délégué syndical. - Désignation. - Périmètre légal de désignation. - Périmètre déterminé par les élections du comité d'entreprise ou d'établissement. - Dérogation. - Dérogation par un accord collectif. - Antériorité de l'accord à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008. - Possibilité. - Portée.

Si le périmètre de désignation des délégués syndicaux est en principe le même que celui retenu, lors des dernières élections, pour la mise en place du comité d'entreprise ou d'établissement, un accord collectif peut en disposer autrement en prévoyant un périmètre plus restreint, peu important que cet accord ait été conclu avant l'entrée en vigueur de la loi du 20 août 2008.

Constitue un accord dérogatoire au périmètre légal de désignation des délégués syndicaux un accord d'entreprise qui prévoit l'existence de « délégués syndicaux d'établissement » et les moyens qui leur sont affectés, alors que le périmètre d'implantation du comité d'entreprise au sein de l'entreprise est unique.

Soc. - 14 novembre 2012.

REJET

N° 11-27.490. - TI Aubervilliers, 22 novembre 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 51-52, 24 décembre 2012, Jurisprudence, n° 1541, p. 24 à 27, note Emeric Jeansen (« Dérogation au périmètre de désignation du délégué syndical, la fin des petits pas ? »). Voir également la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/13, janvier 2013, décision n° 50, p. 50 à 52, la revue Droit social, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 71 à 73, note Franck Petit (« La négociation du périmètre de l'établissement distinct »), et la Revue de droit du travail, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 8, note Alain Moulinier (« Périmètre de désignation du délégué syndical »).

N° 402

Syndicat professionnel

Section syndicale. - Représentant. - Désignation. - Désignation par un syndicat non représentatif. - Conditions. - Condition d'ancienneté. - Modification statutaire. - Influence. - Détermination. - Portée.

S'il résulte de la combinaison des articles L. 2121-1, 4°, L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du code du travail que, pour constituer une section syndicale et désigner un représentant syndical dans l'entreprise, un syndicat qui n'y est pas représentatif doit justifier qu'il est légalement constitué depuis au moins deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise, la modification par le syndicat de son champ statutaire n'a pas pour effet de remettre en cause l'ancienneté acquise par le syndicat à compter du dépôt initial de ses statuts.

Soc. - 14 novembre 2012.

REJET

N° 12-14.780. - TI Nogent-sur-Marne, 20 février 2012.

M. Lacabarats, Pt. - M. Huglo, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Célice, Blancpain et Soltner, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Droit social, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 73-74, note Franck Petit (« L'appréciation du critère de l'ancienneté du syndicat »).

N° 403

1° Syndicat professionnel

Section syndicale. - Représentant. - Désignation. - Désignation par un syndicat non représentatif. - Conditions. - Condition d'ancienneté. - Modification statutaire. - Influence. - Détermination. - Portée.

2° Syndicat professionnel

Section syndicale. - Existence. - Pluralité d'adhérents. - Preuve. - Moyen de preuve. - Éléments de preuve susceptibles de permettre l'identification personnelle des adhérents. - Éléments dont seul le juge peut prendre connaissance. - Portée.

1° S'il résulte de la combinaison des articles L. 2121-1, 4°, L. 2142-1 et L. 2142-1-1 du code du travail que, pour constituer une section syndicale et désigner un représentant syndical dans l'entreprise, un syndicat qui n'y est pas représentatif doit justifier qu'il est légalement constitué depuis au moins deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant l'entreprise, la modification par le syndicat de son champ statutaire n'a pas pour effet de remettre en cause l'ancienneté acquise par le syndicat à compter du dépôt initial de ses statuts.

2° En cas de contestation sur l'existence d'une section syndicale, le syndicat doit apporter les éléments de preuve utiles à établir la présence d'au moins deux adhérents dans l'entreprise, dans le respect du contradictoire, à l'exclusion des éléments susceptibles de permettre l'identification des adhérents du syndicat, dont seul le juge peut prendre connaissance.

Il appartient toutefois au juge de veiller à ce que l'atteinte au principe de la contradiction soit limitée aux éléments d'identification des adhérents.

Soc. - 14 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-20.391. - TI Lyon, 21 juin 2011.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Lambremon, Rap. - Mme Taffaleau, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la Revue de jurisprudence sociale, n° 1/13, janvier 2013, décision n° 55, p. 56-57. Voir également la revue Droit social, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 73-74, note Franck Petit (« L'appréciation du critère de l'ancienneté du syndicat »), et ce même numéro, Actualités, p. 75-76, note Franck Petit (« La preuve de l'existence d'une section syndicale »).

N° 404

1° Syndicat professionnel

Union de syndicats. - Capacité civile. - Conditions. - Objet licite. - Portée.

2° Syndicat professionnel

Objet. - Objet illicite. - Caractérisation. - Cas. - Activité consistant exclusivement à proposer des services rémunérés d'assistance et de conseil juridique. - Portée.

1° Selon les articles L. 2133-1 à L. 2133-3 du code du travail, les unions de syndicats, qui respectent les dispositions des articles L. 2131-1, L. 2131-3 à L. 2131-5, L. 2141-1 et L. 2141-2 du code du travail, jouissent de tous les droits conférés aux syndicats professionnels.

Il en résulte que le tribunal d'instance a exactement décidé que, dès lors que l'objet de la confédération est conforme aux prescriptions de l'article L. 2131-1 du code du travail, l'organisation peut revendiquer l'application des règles spécifiques aux organisations syndicales, même si certains de ses adhérents n'ont pas eux-mêmes la qualité de syndicats.

2^o Aux termes de l'article L. 2131-1 du code du travail, les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes mentionnées dans leurs statuts.

En l'espèce, le tribunal d'instance a relevé, d'abord, que, dans ses statuts, l'union des Syndicats anti-précarité (le SAP) indiquait faire de l'action juridique l'un de ses moyens d'action essentiels et proposait d'étudier les questions juridiques touchant au droit social et au droit du travail, de renseigner et assister les adhérents et sympathisants, en se donnant pour but de se constituer un service juridique dénommé « secteur juridique SAP », capable de rivaliser avec les meilleurs services juridiques patronaux ou cabinets d'avocats, pour développer l'information et l'assistance ou la défense devant les tribunaux de première instance, les cours d'appel ou la Cour de cassation, ensuite, que l'organisation entendait tirer des ressources de « participations financières » demandées aux adhérents et non-adhérents pour l'étude et le suivi de leur dossier juridique, et, enfin, que le tract édité par le SAP pour présenter sa candidature au scrutin faisait exclusivement état des actions juridiques menées par le SAP au profit de ses adhérents.

Dès lors, ayant ainsi constaté, par une interprétation souveraine des statuts et des pièces que leur ambiguïté rendait nécessaire, que l'activité de l'organisation consistait exclusivement à proposer des services rémunérés d'assistance et de conseil juridique, ce dont il résulte que l'objet de l'organisation n'est pas conforme aux dispositions de l'article L. 2131-1 du code du travail, le tribunal a décidé à bon droit d'annuler la candidature du SAP au scrutin organisé pour mesurer l'audience des organisations syndicales dans les entreprises de moins de onze salariés.

Soc. - 15 novembre 2012.

REJET

N° 12-27.315. - TI Paris 15, 29 octobre 2012.

M. Lacabarats, Pt. - Mme Pécaut-Rivolier, Rap. - M. Aldigé, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

Le rapport du conseiller rapporteur est paru dans La Semaine juridique, édition sociale, n° 50, 11 décembre 2012, Jurisprudence, n° 1533, p. 25 à 31 (« CGT-SAP : variations sur le périmètre des confédérations et l'objet d'un syndicat »). L'avis de l'avocat général est paru dans La Semaine juridique, édition générale, n° 44-45, 29 octobre 2012, Jurisprudence, n° 1380, p. 2319 à 2321, suivi d'un commentaire de Henri Guyot, p. 2321-2322 (« Appréciation de la qualité de syndicat »). Voir également la revue Droit social, n° 1, janvier 2013, Actualités, p. 69-70, note Franck Petit (« Qu'est-ce qu'un syndicat ? »), et le Recueil Dalloz, n° 2, 17 janvier 2013, Chroniques / Cour de cassation - chambre sociale, p. 114 à 123, spéc. n° 5, p. 120-121, note Laurence Pécaut-Rivolier (« Mesure de l'audience syndicale dans les entreprises de moins de onze salariés : qualité de syndicat »).

N° 405

Testament

Testament-partage. - Bénéficiaires. - Détermination. - Portée.

Un ascendant peut valablement partager ses biens entre ses enfants et ses petits-enfants par un testament-partage régi par l'article 1079 du code civil.

1^{er} Civ. - 7 novembre 2012.

REJET

N° 11-23.396. - CA Nîmes, 21 juin 2011.

M. Charruault, Pt. - M. Savatier, Rap. - M. Sarcelet, Av. Gén. - SCP Baraduc et Duhamel, SCP Barthélemy, Matuchansky et Vexliard, Av.

Un commentaire de cette décision est paru dans la revue Actualité juridique Famille, n° 1, janvier 2013, Jurisprudence, p. 58-59, note Nathalie Levillain (« Le testament-partage fait au profit de descendants de degrés différents est valable »).

Note sous 1^{er} Civ., 7 novembre 2012, n° 405 ci-dessus

La validité d'un testament-partage transgénérationnel, affirmée par cet arrêt, va à l'encontre de ce que la majorité de la doctrine enseigne en réservant à la seule donation-partage la possibilité de partager entre descendants de degrés différents.

Avant la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, l'article 1079 du code civil stipulait que « *le testament-partage ne produit que les effets d'un partage* », ce qui conduisait à reconnaître dans cet acte uniquement la manifestation de la volonté du testateur de répartir, lui-même, en l'imposant, les effets de la succession entre ses héritiers. Ainsi, ceux-ci n'étaient pas des légataires gratifiés d'une libéralité, mais seulement des héritiers copartagés dans la succession *ab intestat*. Dès lors, et même si le testament-partage pouvait contenir aussi des legs particuliers, il était exclu que l'acte emporte partage de la succession entre les héritiers et des personnes qui ne l'étaient pas, fussent-elles les descendants d'un degré subséquent, par exemple entre enfants et leurs propres enfants, petits-enfants du testateur.

Mais la restriction ne se retrouve pas dans la nouvelle rédaction de cet article 1079. Dès lors, le testament-partage, qui produit les effets d'un partage, peut-il désormais être transgénérationnel et bénéficier à d'autres descendants qu'aux seuls héritiers *ab intestat* ?

L'arrêt répond par l'affirmative en s'appuyant sur la place du texte, dans le chapitre VII du code civil, intitulé « Des libéralités-partages ». Il est l'un des deux articles de la section III, laquelle traite « Des testaments-partages », après celle qui régit les donations-partages en distinguant selon qu'elles concernent seulement les héritiers présomptifs (ce qui recouvre les héritiers *ab intestat*) ou aussi des descendants de degrés différents. Ainsi, le caractère transgénérationnel n'est expressément envisagé que pour les donations-partages.

Mais ces deux sections suivent les dispositions générales qui sont exposées dans la section première. Ces dispositions sont donc applicables tant aux donations-partages qu'aux testaments-partages. Or il n'est fait aucune distinction entre ces deux libéralités-partages quant à leur éventuel caractère transgénérationnel. L'article 1075 prévoit que toute personne peut faire, entre ses héritiers présomptifs, la distribution et le partage de ses biens et de ses droits, soit par donation-partage, soit par testament-partage, et l'article 1075-1 énonce que toute personne peut « également » le faire « *entre des descendants de degré différents, qu'ils soient ou non des héritiers présomptifs* ».

Dès lors, il est apparu à la première chambre qu'il n'y a pas lieu de limiter le domaine du testament-partage là où le législateur ne fait aucune distinction, étant observé que la protection de la réserve, parfois invoquée pour écarter la validité du testament-partage transgénérationnel, peut sans doute être assurée par l'action en réduction, qui ne paraît pas devoir être refusée dans cette situation.

N° 406

Travail réglementation, durée du travail

Travail effectif. - Temps assimilé à du travail effectif. - Exclusion. - Cas. - Temps de trajet pour se rendre du domicile au lieu de travail. - Effets. - Contrepartie. - Bénéfice. - Conditions. - Détermination. - Office du juge. - Portée.

Il résulte de l'article L. 3121-4 du code du travail, tel qu'issu de la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005, que le temps de trajet pour se rendre du domicile au lieu de travail n'est pas un temps de travail effectif, que lorsqu'il excède le temps nécessaire à un travailleur pour se rendre de son domicile à son lieu de travail habituel, il doit faire l'objet d'une contrepartie soit sous forme de repos, soit sous forme financière.

En l'absence d'accord collectif ou d'engagement unilatéral pris conformément à ce texte, il appartient au juge de déterminer cette contrepartie.

Dès lors, viole ce texte l'arrêt qui, pour fixer le montant de la contrepartie due en l'absence d'accord collectif ou d'engagement unilatéral de l'employeur, assimile le temps de trajet entre le domicile et le lieu de travail à un temps de travail effectif.

Soc. - 14 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-18.571. - CA Toulouse, 30 mars 2011.

M. Lacabarats, Pt. - M. Ballouhey, Rap. - Mme Lesueur de Givry, Av. Gén. - SCP Gatineau et Fattaccini, M^e Haas, Av.

N° 407

Urbanisme

Droit de préemption urbain. - Exercice. - Existence d'un vice ou d'une réticence dolosive. - Invocation par la commune. - Impossibilité. - Condition.

Une commune qui exerce son droit de préemption ne peut se prévaloir d'une réticence dolosive ni de l'existence d'un

vice caché en raison d'une pollution du terrain préempté, dès lors que l'acquéreur initial avait été informé de l'existence de cette pollution par un rapport annexé à l'acte sous seing privé de vente, qu'aucune obligation n'imposait aux venderesses d'annexer ce « compromis » à la déclaration d'intention d'aliéner et que la commune disposait de services spécialisés et de l'assistance des services de l'État.

3^e Civ. - 7 novembre 2012.

REJET

N° 11-22.907. - CA Amiens, 26 mai 2011.

M. Terrier, Pt. - M. Mas, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Masse-Dessen et Thouvenin, Av.

N° 408

Urbanisme

Droit de préemption urbain. - Exercice. - Prix. - Fixation. - Fixation judiciaire. - Éléments d'appréciation. - Accès du propriétaire dont le bien est préempté aux informations publiées au fichier immobilier.

Viole l'article 6, § 1, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de l'égalité des armes la cour d'appel qui confirme l'évaluation des premiers juges, tout en constatant que la société dont les biens avaient été préemptés s'était vu refuser l'exercice des droits résultant de l'article L. 135 B du livre des procédures fiscales, alors qu'il résulte de l'article L. 213-4 du code de l'urbanisme que le propriétaire dont les biens ont fait l'objet d'un droit de préemption dispose des droits ouverts par l'article L. 135 B et que la seule production d'actes notariés relatifs aux parcelles que cette société avait pu identifier ne pouvait pallier le déséquilibre qui résultait de ce refus.

3^e Civ. - 7 novembre 2012.

CASSATION

N° 11-17.803. - CA Amiens, 16 mars 2011.

M. Terrier, Pt. - Mme Andrich, Rap. - Mme Guilguet-Pauthe, Av. Gén. - SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Piwnica et Molinié, Av.

Bulletin d'abonnement aux bulletins de la Cour de cassation

Pour vous abonner aux publications de la Cour de cassation, complétez ce bulletin d'abonnement et retournez-le à la librairie de la Documentation française, 29-31, quai Voltaire, 75007 Paris

Je souhaite m'abonner¹ :

- Au bulletin d'information, pour une durée d'un an
(référence d'édition 91) : **146,90 €²**
- Abonnement annuel D.O.M.-T.O.M. : uniquement par avion, tarif sur demande
- Abonnement annuel étranger : paiement d'un supplément modulé selon
la zone de destination, tarif sur demande

Société :

Civilité - Nom - Prénom :

Complément de nom :

Adresse :

Complément d'adresse :

Code postal :

Ville :

Téléphone : Télécopie :

Adresse électronique :

Numéro d'abonné (*si déjà abonné à une autre édition*) :

Numéro de payeur :

Date : Signature :

Paiement à réception de facture. En cas de règlement par virement,
indiquer obligatoirement le numéro de facture dans le libellé de votre virement

¹ Nos abonnements ne sont pas soumis à la TVA.

² Tarifs d'abonnement pour la France pour l'année 2013, frais de port inclus.



191137770-000313

Imprimerie de la Direction de l'information
légale et administrative, 26, rue Desaix,
75727 Paris Cedex 15 - N° ISSN : 0750-3865

N° de CPPAP : 0608 B 06510

Le directeur de la publication : le président de
chambre à la Cour de cassation, directeur du
service de documentation, d'études et du rapport :
Daniel Tardif

Reproduction sans autorisation interdite
-Copyright Service de documentation et d'études

Le *Bulletin d'information* peut être consulté sur
le site internet de la Cour de cassation :

<http://www.courdecassation.fr>

Photos : Luc Pérénom, Grigori Rassinier

Direction artistique : PPA ■ PARIS

intranet

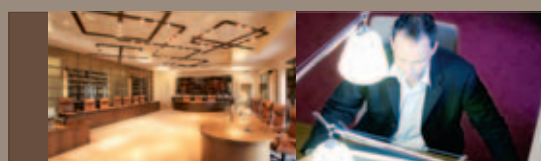
l'accès au site intranet de la Cour de cassation s'effectue par le site intranet du ministère de la justice



Consultez le site intranet de la Cour de cassation.

Accessible par l'intranet justice, les magistrats y trouveront notamment :

- l'intégralité des arrêts de la Cour de cassation depuis 1990 ;
- les arrêts publiés depuis 1960 ;
- une sélection des décisions des cours d'appel et des tribunaux ;
- des fiches méthodologiques en matière civile et en matière pénale ;
- les listes d'experts établies par la Cour de cassation et par les cours d'appel.



Prix : 8,80 €
ISSN 0750-3865



**Direction de l'information
légale et administrative**
accueil commercial :
01 40 15 70 10
commande :
Administration des ventes
23, rue d'Estrées, CS 10733
75345 Paris Cedex 07
télécopie : 01 40 15 68 00
ladocumentationfrancaise.fr