

Kafala et nationalité française

Cour de cassation, Avis, 4 juin 2012, n° 1200004

Mots-clés : ADOPTION * Adoption internationale * *Kafala* * Nationalité française * Déclaration de nationalité * Enfant recueilli depuis au moins cinq ans * Recueillant * Français depuis au moins cinq ans

L'espèce : Fayçal X est né en Algérie en 1991, de parents inconnus. Confié en *kafala* judiciaire à Mohamed Y peu après, c'est en 1999 qu'il serait arrivé en France, où il a été élevé par Mohamed Y, qui ne pouvait pas l'adopter puisque leur loi personnelle commune le leur interdisait (C. civ., art. 370-3, al. 1 et 2). Quelques mois avant sa majorité, en 2009, Fayçal X réclame la nationalité française en application de l'art. 21-12, al. 3, 1° c. civ. (réd. L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003) : selon ce texte, peut acquérir cette nationalité par déclaration l'enfant qui, « depuis au moins cinq années, est recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française ». Sa déclaration est rejetée au motif que Mohamed Y n'a été réintégré dans la nationalité française qu'en 2008. Lui estime que, si le texte impose que l'enfant recueilli ait résidé cinq ans en France, il n'exige pas que le « recueillant » [quel autre nom lui donner?] ait été français tout ce temps. La Cour de cassation, comme le ministre de la justice (circ. NOR : JUSC1017281C, 11 juin 2010, BO MJL n° 2010-04, 30 juin 2010, 3-1-2) et quelques cours d'appel avant elle (concl. Pagès et rapp. Bodard-Hermant), est d'avis que le « recueillant » doit avoir été français pendant les cinq ans de référence :

« Peut, jusqu'à sa majorité, réclamer, dans les conditions prévues aux art. 26 et s. c. civ., la nationalité française en application de l'art. 21-12, al. 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 ».

Observations : Si le tribunal suit cet avis, Fayçal X ne pourra être

français que par naturalisation. Il pourrait être adopté par Mohamed Y, les alinéas 1 et 2 de l'art. 370-3 n'étant plus applicables à son cas puisque la loi personnelle de Mohamed Y est devenue la loi française et que l'interdiction d'adopter les enfants de statut prohibitif ne vise que les mineurs (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 10-30.821, Bull. civ. I, n° 73 ; D. 2011. 1077 ; AJ fam. 2011. 319, obs. A. Boiché). Toutefois, cela ne lui permettrait pas à coup sûr de rester en France.

Les premiers bénéficiaires de l'art. 21-12, à la fois dans le temps et dans l'ordre du texte, sont les adoptés simples mineurs. En effet, si l'adoption plénière *attribue* à l'adopté la nationalité française de l'adoptant (C. civ., art. 20, al. 2, réd. L. n° 76-1179, 22 déc. 1976), l'adoption simple n'exerce de plein droit aucun effet sur la nationalité de l'adopté (C. civ., art. 21, réd. L. n° 73-42, 9 janv. 1993). Celui-ci ne peut que déclarer *acquérir* la nationalité française, jusqu'à sa majorité, s'il réside en France au moment de la déclaration (al. 1), cette condition étant écartée si l'adoptant n'y réside pas lui-même (al. 2). Il importe donc peu que l'adoptant soit français de fraîche date et réside à l'étranger ; en revanche, s'il réside en France, l'adopté doit y résider aussi : c'est le moyen d'éviter, notamment, que l'adoption ne devienne un moyen commode, pour les Français d'origine étrangère, de favoriser l'immigration de leurs proches.

S'il est fait référence ici à l'adopté, c'est que l'alinéa 3 du texte débute par « Peut, dans les mêmes conditions [que l'adopté simple], réclamer la nationalité française, 1° [...] ». Pourtant ces conditions ne peuvent pas (plus ?) être les mêmes : l'adopté acquiert la nationalité par filiation, l'enfant recueilli – que ce soit par un particulier, un organisme privé ou public ou l'Aide sociale à l'enfance –, la doit à son éducation en France.

L'art. 55 c. nationalité [ord. 19 oct. 1945], ancêtre de l'art. 21-12 c. civ., visait, sans condition de délai, l'enfant qui, « ayant été recueilli en France, y a été élevé par une personne de nationalité française ». Il concernait au premier chef les mineurs que la guerre avait laissés isolés sur le territoire et que des particuliers avaient recueillis *en fait*. Lorsqu'il a été admis (L. n° 98-170, 16 mars 1998) que l'adopté pouvait acquérir la nationalité de l'adoptant même si ce dernier ne résidait plus en France, l'enfant recueilli ne pouvait que bénéficier du même avantage (« dans les mêmes conditions »), car s'il ne suivait pas le « recueillant » français à l'étranger, celui-ci ne pouvait plus l'élever. En visant maintenant l'enfant qui « est recueilli en France » (L. n° 2003-1119, 26 nov. 2003), le texte a pris un autre sens : que l'enfant « ait été » recueilli ailleurs est indifférent, ce qui compte c'est qu'il soit en « état de recueil » en France. C'est ce qui permet de l'appliquer aux enfants qui entrent en France après une décision étrangère de *kafala*, qualifiée de recueil *légal*. C'est aussi ce qui pose le problème du temps depuis lequel le « recueillant » (*kafil*) est français.

On sait que l'interdiction d'adopter les mineurs dits de statut prohibitif est appliquée avec rigueur (V., en dernier lieu, Civ. 2^e, 11 juin 2009, n° 08-15.571, Bull. civ. I, n° 158 ; D. 2010. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; RDSS 2009. 770, obs. T. Tauran). Mais pour atténuer le sort bien peu humain réservé à ceux-ci lorsqu'ils sont en France sous le régime de la *kafala* – étrangers sans statut familial défini et aux droits sociaux limités bien qu'ils soient élevés « comme leurs fils » éventuellement par des Français –, le

ministre de la justice a considéré qu'ils pouvaient bénéficier de l'art. 21-12, al. 3, 1° c. civ. et, une fois devenus français, être adoptés, y compris en adoption plénière, par des Français (Rép. min. Just., QE n° 00293, JO Sénat QE, 30 août 2007, p. 1545). Ce pis aller semble être devenu un droit acquis, mais le « purgatoire » de cinq ans qui l'accompagne est un non-sens que nombre de propositions de loi ont tenté en vain de corriger. En effet, ce délai, qui réserve le bénéfice de l'art. 21-12, al. 3, 1° aux enfants âgés de moins de treize ans à leur arrivée en France, a été rétabli en 2003 pour lutter contre l'immigration clandestine de jeunes proches de la majorité. Or, ni Mohamed X ni les autres enfants, souvent des nourrissons, qui entrent en France en *kafala* munis d'un visa, ne présentent cette menace.

La Cour de cassation n'avait pas à interpréter l'art. 21-12, al. 3, 1°, mais à se prononcer sur les conséquences de l'interprétation qui prévaut à son sujet. Elle aurait pu retenir l'esprit du texte, qui est de favoriser l'accès à la nationalité des mineurs *sans famille* intégrés à la société française ; elle choisit sa lettre en se référant uniquement au temps depuis lequel le « recueillant » est français. Toute ambiguïté disparaîtrait si les mots « dans les mêmes conditions » qui introduisent cet alinéa 3 étaient supprimés. Mais cela ne dirait pas comment la France peut sortir du mauvais pas dans lequel elle s'est mise en interdisant radicalement l'adoption des enfants de statut prohibitif tout en l'autorisant quand même finalement, y compris dans sa forme plénière et sans consentement du représentant légal initial. En faisant le parallèle avec la jurisprudence qui refuse de prononcer des adoptions plénières lorsque l'État d'origine de l'enfant, sans prohiber l'institution, dit officieusement n'y être pas favorable (Civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 11-17.716, D. 2012. 1723, note C. Brière ; V. *infra* nos obs. ci-dessous), on se prend à rêver d'un peu plus de cohérence.

Pascale Salvage-Gerest, Professeure émérite de l'Université de Grenoble

En résumé

La Cour de cassation est d'avis qu'un enfant étranger recueilli en France par une personne de nationalité française ne peut acquérir cette nationalité par déclaration que si la personne qui l'a recueilli est française depuis au moins cinq ans au moment de la déclaration. Ainsi, en l'espèce, Fayçal X, recueilli en *kafala* puis éduqué en grande partie en France, ne pourra devenir français que par naturalisation, son « *kafil* » ayant été réintégré dans la nationalité française depuis moins de cinq ans.

Adoption internationale : légalisation obligatoire des consentements

Cour de cassation, 1^{re} civ., 23 mai 2012, n° 11-17.716 (n° 586 FS-P+B+I)

Mots-clés : ADOPTION * Adoption internationale * Adoption simple * Conversion en adoption plénière * Consentement éclairé du représentant légal de l'adopté * Légalisation * Coutume internationale

L'espèce : Deux enfants ont fait l'objet en Haïti d'une adoption simple par deux époux qui, se prévalant de l'art. 370-5 c. civ., en ont demandé la conversion en plénière. À cet effet, ils ont fourni au tribunal un acte établi par un juge de paix, par lequel leurs parents de naissance consentaient à la rupture du lien de filiation préexistant. La Cour de cassation, balayant toute discussion de fond sur le caractère « éclairé » des consentements qu'exige l'art. 370-3 du même code, approuve la cour d'appel d'avoir refusé de

prendre en compte l'acte qui les contenait au motif qu'il n'avait pas été légalisé par les autorités haïtiennes compétentes :

« Mais attendu que, constatant que les consentements des parents biologiques devant le juge de paix n'avaient fait l'objet d'aucune légalisation par les autorités haïtiennes compétentes, la cour d'appel a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision de rejeter la requête, les actes établis par une autorité étrangère et destinés à être produits devant les juridictions françaises devant au préalable, selon la coutume

internationale et sauf convention internationale contraire, être légalisés pour y recevoir effet ».

Observations : Cet arrêt n'est pas une surprise (1). Il aurait toutefois pu être moins radical (2) et plus lisible sur une question qui agite depuis deux ans les juridictions chargées de l'adoption internationale (3).

1. Sollicitée pour avis sur le point de savoir si l'absence de légalisation des actes de consentement à l'adoption reçus à l'étranger (en l'occurrence, déjà en Haïti) interdisait de leur donner effet, la première Chambre civile a répondu ... qu'elle avait déjà donné son avis en disant que les *actes de l'état civil* établis à l'étranger devaient être légalisés pour recevoir effet en France (avis n° 01100005P, 4 avr. 2011, D. 2011. 2016, note P. Guez; AJ fam. 2011. 321, obs. V. Avena-Robardet; RTD civ. 2011. 338, obs. J. Hauser, citant Civ. 1^{re}, 4 juin 2009, n° 08-10.962 et 08-13.541, Bull. civ. I, n° 115 et 116; D. 2009. 2004, note P. Chevalier; AJ fam. 2009. 299; Rev. crit. DIP 2009. 500, note P. Lagarde; RTD civ. 2009. 490, obs. P. Deumier). Après cet épisode plutôt déconcertant, la division, déjà patente au sein des tribunaux, s'est propagée aux cours d'appel, qui avaient souvent attendu cet avis pour statuer sur leurs dossiers en cours (P. Salvage-Gerest, *Légalisation du consentement « éclairé » donné à l'étranger en vue du prononcé d'une adoption plénière en France, chronologie d'un fiasco judiciaire*, RJPF 2011-12/8). La Haute juridiction se devait donc d'exprimer ce qu'elle n'avait fait que suggérer. Toutefois, rien ne l'empêchait d'ajouter, comme elle l'avait fait à propos des actes de l'état civil (n° 08-10.962, préc.), que les actes de consentement non légalisés pouvaient malgré tout produire effet si « aucun élément du dossier ne permettait de douter de la véracité de la signature de l'acte ou de la qualité du signataire ». Cette nuance aurait été légitime.

2. Bien que les textes (C. civ., art. 370-3 à 370-5, L. n° 2001-111, 6 févr. 2001) n'évoquent pas la forme des actes de consentement établis à l'étranger, celle-ci ne paraissait pas poser problème. En juin 2010, le responsable du Service de l'adoption internationale du ministère des affaires étrangères (SAI) a déclaré officiellement que les autorités haïtiennes étaient opposées au principe de l'adoption plénière, contraire au droit haïtien, et que pour cette raison elles interdisaient, depuis septembre 2009, de légaliser les actes, établis par des notaires ou des juges de paix, exigés en France pour son prononcé. C'est à cette occasion que beaucoup, y compris parmi les magistrats, ont appris que cette formalité était nécessaire à la réception de ces actes en France (P. Salvage-Gerest, *Adoption en Haïti, ou comment une lettre simple devient source de droit*, D. 2011. Point de vue 764). Cette opposition à l'adoption plénière a été contredite par la Chambre des députés, qui a voté le 10 mai 2010 un projet de loi l'instaurant, et l'interdiction de légaliser les actes n'est attestée par aucun document. Pourtant, il a été considéré au plus haut niveau judiciaire français qu'on était en présence d'une « décision effective *de facto* » qui devait être respectée (concl. av. gén., avis 4 avr. 2011, préc.). Quoi qu'il en soit de la réalité de cette interdiction, édictée en 2009, elle ne pouvait en aucun cas être la cause du défaut qui affectait l'acte rejeté dans la présente espèce, cet acte, indépendant de la procédure haïtienne, étant daté du 21 sept. 2006.

En fait, les enfants concernés se comptant au moins en centaines, il était du devoir des ministres des affaires étrangères et de la justice de se concerter pour clarifier la situation. Si l'opposition tout à fait respectable des autorités haïtiennes à l'adoption plénière était ferme, un accord diplomatique en bonne et due forme rendu public pouvait écarter la possibilité de conversion : dans ce cas, tous les actes, légalisés ou non et quelle que soit leur date, auraient été rejetés. Dans le cas contraire, il fallait laisser aux juges le pouvoir

d'apprécier au cas par cas si le défaut de légalisation était de nature à créer un doute sur la qualité et la réalité de la signature de l'officier public chargé d'éclairer le consentement qu'il recevait, et partant sur la réalité et l'intégrité de ce consentement. Au lieu de cela, c'est une jurisprudence tenant de la loterie, qui a d'ailleurs ému des dizaines de parlementaires à en juger par le nombre de questions posées aux ministres, que le gouvernement a laissé se développer. Et le présent arrêt ne fait qu'ajouter à la confusion en énonçant que c'est au nom de la « coutume internationale » que l'acte aurait dû, en l'espèce, être légalisé « par les autorités haïtiennes compétentes ».

3. La légalisation des actes étrangers a pour but de s'assurer, dans l'État dans lequel ils doivent être produits, de leur authenticité (au sens large). Selon les arrêts du 4 juin 2009 précités, elle reste exigée en France, malgré l'abrogation de l'ordonnance de 1681 qui l'imposait, par la coutume internationale, sauf convention contraire qui en dispenserait. Mais l'un de ces arrêts (n° 08-10.962) confirme que ce sont les autorités diplomatiques et consulaires *françaises* en poste dans l'État où ils sont établis, à défaut les mêmes autorités *étrangères en France*, qui en sont chargées (V. aussi Instr. gén. relative à l'état civil, NOR: JUS/X/9903625/J, n° 594, et circ. 28 oct. 2011, NOR: JUSC1119808C, n° 407). Donc, sauf erreur, la coutume internationale ne demande pas aux autorités étrangères locales de légaliser les actes dressés sur leur territoire...

L'adhésion de la République de Haïti à la convention de La Haye du 29 mai 1993 est en voie d'achèvement. Peut-on espérer que, lorsqu'elle y sera en vigueur, sera respecté son art. 35 selon lequel « Les autorités compétentes des États contractants agissent rapidement dans les procédures d'adoption »? Les mineures en cause ont été confiées à une crèche il y a sept ans, elles sont adoptées depuis cinq ans. Il faudra encore du temps pour qu'elles acquièrent la nationalité française en application de l'art. 21-12 c. civ., il en faudra encore plus si le jugement haïtien n'a pas reçu l'*exequatur* ou un équivalent, ce que l'arrêt d'appel ne précise pas (V. P. Salvage-Gerest, *Nom, prénom et état civil de l'adopté simple dans l'adoption internationale*, Dr. fam. 2012, étude 9, spéc. n° 10 s.). Tout cela sachant qu'elles auront accès à l'adoption plénière à leur majorité, car le consentement parental ne sera alors plus requis (C. civ., art. 345, al. 2).

Pascale Salvage-Gerest, Professeur émérite de l'Université de Grenoble

En résumé

Les art. 370-3 à 370-5 c. civ. ne traitent pas de la forme que doivent revêtir les actes de consentement à l'adoption établis à l'étranger. À l'occasion d'une demande de conversion d'adoption simple prononcée en Haïti en adoption plénière, la Cour de cassation décide qu'ils ne peuvent pas recevoir effet en France s'ils ne sont pas dûment légalisés.