



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CINQUIÈME SECTION

Requête n° 52265/10
Brahim CHBIHI LOUDOUDI et autres
contre la Belgique
introduite le 25 août 2010

EXPOSÉ DES FAITS

Les requérants, M. Brahim Chbihi Loudoudi, M^{me} Loubna Ben Said, sont ressortissants belges et K.B. est une ressortissante marocaine. Ils sont nés respectivement en 1966, 1953 et 1995 et résident à Bruxelles. Ils sont représentés devant la Cour par M^e S. Sarolea, avocate à Nivelles.

A. Les circonstances de l'espèce

Les faits de la cause, tels qu'ils ont été exposés par les requérants, peuvent se résumer comme suit.

1. Procédure au Maroc et arrivée en Belgique

L'enfant requérante fut confiée par ses parents biologiques à la garde de sa tante maternelle et de son époux, les premiers requérants.

Elle leur fut confiée dans le cadre d'une *kafala* « à l'effet de la prendre à leur propre charge par la voie de la *kafala*, veiller à tous ses intérêts, en fait de logement, nourriture et scolarisation, et subvenir à toutes ses nécessités générales de sa vie ; l'emmener avec eux en voyage tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du Maroc, la loger avec eux à l'étranger ».

Les parents biologiques donnèrent leur consentement à la *kafala* et acte fut dressé par des adouls instrumentaires le 4 septembre 2002. La *kafala* fut constatée et l'acte ensuite homologué, le 5 septembre 2002, par le juge du notariat du tribunal de première instance de Meknès.

Un certificat fut délivré par ce même tribunal le 16 octobre 2003, établissant qu'il n'avait pas eu de recours contre la décision rendue en première instance.

Par décision du 11 novembre 2003, le même juge autorisa la sortie de l'enfant du territoire marocain vers la Belgique. Sur cette base, les

requérants obtinrent un visa permettant à l'enfant d'entrer légalement sur le territoire belge munie de son passeport.

A leur arrivée, l'office des étrangers (« OE ») indiqua aux requérants que la loi leur imposait de demander explicitement auprès de l'ambassade de Belgique au Maroc un visa en vue d'adoption. Les requérants regagnèrent donc le Maroc avec l'enfant et obtinrent le visa requis.

2. Première procédure d'adoption

Par acte notarial dressé le 19 août 2003, les requérants déclarèrent adopter l'enfant.

Par requête déposée le 12 décembre 2005, ils demandèrent au tribunal de première instance de Bruxelles d'homologuer cet acte d'adoption simple.

Par jugement du 21 décembre 2006, le tribunal refusa l'homologation de l'acte notarié au motif que, contrairement au prescrit de l'article 348 du code civil, l'enfant, âgée de moins de quinze ans, n'était pas représentée à l'acte par une des personnes qui avaient consenti à son adoption.

Le 29 mars 2007, un acte rectificatif fut dressé, devant notaire, par lequel les père et mère biologiques marquèrent, par procuration, leur consentement à l'adoption.

La cour d'appel de Bruxelles confirma le jugement de première instance par un arrêt du 12 juin 2007. Après avoir souligné que les conditions prévues par la loi devaient être remplies lors de la passation de l'acte d'adoption, elle écarta l'acte rectificatif.

3. Deuxième procédure d'adoption

Le 19 mai 2009, les requérants déposèrent une nouvelle requête en prononciation d'adoption d'enfant marocain. Ils s'appuyaient sur les dispositions transitoires de l'article 24^{sexties} de la loi du 24 avril 2003 réformant l'adoption pour soutenir qu'ils remplissaient les conditions leur permettant d'adopter l'enfant par application de la loi antérieure relative à l'adoption. Ils faisaient valoir que le consentement à l'adoption avait été donné, que l'adoption reposait sur de justes motifs et était dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Invoquant l'article 8 de la Convention et la jurisprudence de la Cour dans l'affaire *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg* (n° 76240/01, 28 juin 2007), ils soutenaient que l'Etat belge ne pouvait se dispenser d'un examen concret de la situation et passer outre une décision valablement prise à l'étranger et correspondant à une vie familiale. Ils déduisaient les justes motifs et l'intérêt supérieur de l'enfant du fait que celle-ci vivait avec les adoptants depuis de nombreuses années, qu'elle leur avait été valablement confiée par l'autorité marocaine, qu'elle les considérait comme ses parents, était bien intégrée dans son environnement belge et avait d'excellents résultats scolaires. De plus, sur le plan administratif, tant que l'adoption n'était pas prononcée, l'enfant conservait la nationalité marocaine, ce qui posait des difficultés pratiques pour circuler en dehors de l'espace Schengen et retourner dans son pays d'origine.

Le procureur du Roi émit un avis défavorable qui fut suivi par le tribunal de première instance de Bruxelles dans un jugement du 3 mars 2010. Celui-ci refusa d'appliquer la législation antérieure à la loi du 24 avril 2003 au motif que, contrairement au prescrit de l'article 24^{sexies}, l'acte de *kafala*

passé au Maroc ne concernait pas un cas où l'enfant avait été confié par les autorités compétentes de l'Etat d'origine de l'enfant aux adoptants mais par les parents. Le tribunal considéra qu'à la différence de l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée, il ne s'agissait pas en l'espèce de reconnaître une situation préexistante ayant des effets juridiques à l'étranger mais de créer une situation juridique nouvelle. S'il n'était pas contestable que l'enfant et les requérants avaient noué des liens affectifs forts et qu'elle était parfaitement intégrée à leur foyer, il n'en restait pas moins que l'adoption nécessitait aussi que soient remplies les conditions légales, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Dans un arrêt du 19 mai 2010, la cour d'appel de Bruxelles considéra que le premier juge avait décidé à juste titre que les dispositions transitoires de l'article 24^{sexies} de la loi du 24 avril 2003 ne s'appliquaient pas. Ni la *kafala* adoulaire ni la décision du tribunal de première instance de Meknès du 11 novembre 2003 ne constituait une décision au sens de cette disposition. Ensuite, elle distingua le cas d'espèce de l'affaire *Wagner et J.M.W.L.* précitée en ces termes :

« Une *kafala* valablement établie au Maroc crée certes un lien juridique entre K. et les époux (...). Ceux-ci revendiquent à juste titre, dans l'intérêt de l'enfant, que le lien juridique ainsi créé puisse produire des effets en Belgique.

L'adoption qu'ils sollicitent constitue cependant un statut juridique nouveau, différent, qui notamment crée un lien de filiation que ne crée pas la *kafala*. L'établissement d'un tel lien est d'ailleurs délicat en l'espèce, puisque K. garde des contacts avec sa mère, qui habite Meknès tout comme les grands-parents maternels chez qui les appelants séjournent chaque fois qu'ils se rendent en vacances au Maroc. Le risque que l'adoption établie en Belgique ne soit pas reconnue au Maroc est une difficulté supplémentaire. »

La cour d'appel indiqua qu'elle était sensible au fait que les requérants se seraient soumis aux consignes reçues de l'OE et se sentaient insécurisés du fait de l'absence d'un titre de séjour définitif. Elle souligna *in fine* que dans l'attente de la ratification, par la Belgique, de 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 parentales et de mesures de protection des enfants, l'enfant pouvait compter sur la protection offerte par l'article 22^{bis} de la Constitution belge et l'article 20 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Les requérants déposèrent une requête en assistance judiciaire en vue de se pourvoir en cassation devant la Cour de cassation contre l'arrêt de la cour d'appel. Dans leur requête, ils complétèrent leur argumentaire, sous l'angle de l'article 8 de la Convention, en se référant à l'arrêt *Moretti et Benedetti c. Italie* (n° 16318/07, 27 avril 2010).

Le 9 juillet 2010, l'avocat général près la Cour de cassation remit au bureau d'assistance judiciaire (« BAJ ») près la Cour de cassation un avis qui concluait à l'absence de chance de succès du pourvoi. L'avis soulignait notamment que la cour d'appel avait considéré que la reconnaissance de l'adoption ne correspondait pas nécessairement à l'intérêt de l'enfant. Il se référait également à un arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 2003 qui avait considéré que l'article 8 n'obligeait pas les Etats à accorder à une personne le statut d'adoptant ou d'adopté. Sur la base de cet avis, le BAJ rejeta la demande des requérants dans une décision du 27 juillet 2010.

4. Droit au séjour et scolarisation de K.

Dès son arrivée en Belgique, l'enfant fut scolarisée et est à ce jour en quatrième année secondaire à l'Institut St Louis, une école d'enseignement secondaire général située à Bruxelles. Le bulletin de fin d'année scolaire 2012 fait état de bons résultats.

Elle bénéficia d'un titre de séjour temporaire dont le renouvellement était tributaire de la procédure d'adoption.

A la suite de l'arrêt de la cour d'appel du 19 mai 2010, l'OE refusa de prolonger le permis de séjour de l'enfant qui se retrouva donc en séjour illégal.

Le 16 février 2011, l'OE informa les requérants qu'un titre de séjour temporaire d'une durée d'un an pour des motifs humanitaires (article 9bis de la loi sur les étrangers), renouvelable, serait à nouveau délivré à l'enfant.

Dans une lettre du 5 avril 2011, la directrice de l'école et un professeur firent état de ce que l'enfant n'avait pu participer à un voyage scolaire organisé au Royaume-Uni en raison des problèmes administratifs liés à la précarité de son séjour.

B. Le droit interne et international et la pratique pertinents

1. La kafala en droit marocain

Le régime juridique de la *kafala* en droit islamique est décrit dans l'arrêt *Harroudj c. France* (n° 43631/09, §§ 15 et 16, 4 octobre 2012). En droit marocain, elle est réglementée par la loi n° 15-01 du 13 juin 2002 relative à la prise en charge des enfants abandonnés. En vertu de cette loi, la procédure de la *kafala* est une procédure judiciaire, l'autorisation de prise en charge étant délivrée par le juge, et ne concerne que les « enfants abandonnés ».

Traditionnellement, et avant l'entrée en vigueur de cette loi, la *kafala* pouvait également être rédigée par deux adouls (officiers publics chargés d'établir des actes devant ultérieurement recevoir un caractère authentique). Cette *kafala* coutumière ou « notariale », assimilable à un contrat, pouvait faire l'objet d'un jugement d'homologation qui conférait à l'acte adoulaire un caractère authentique.

2. La kafala dans les textes internationaux

Les dispositions internationales pertinentes sont énoncées dans l'arrêt *Harroudj* précité (§§ 18 à 20).

3. L'adoption d'un enfant placé sous kafala en droit belge

La législation belge en matière d'adoption a fait l'objet d'une importante refonte dans la loi réformant l'adoption du 24 avril 2003, entrée en vigueur en 2005. Cette réforme a été l'occasion notamment de mettre la législation en conformité avec les dispositions de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, ratifiée par la Belgique le 26 mai 2005.

A la différence de la situation antérieure, qui était régie par les articles 344 à 348 du code civil, la nouvelle législation (articles 361-3 et

361-4 du code civil) prévoit que toute procédure d'adoption doit être initiée et encadrée en Belgique. Les candidats à l'adoption doivent suivre, préalablement à toutes démarches à l'étranger, une préparation à l'adoption et obtenir un jugement belge les déclarant qualifiés et aptes à adopter un enfant. Les contacts préalables étant en principe interdits, les possibilités d'adoption en faveur des personnes qui avaient pris un enfant en charge en *kafala* furent limitées.

Au moment de l'entrée en vigueur de la réforme, certains candidats à l'adoption étaient déjà engagés dans un projet d'adoption sans avoir vu la procédure aboutir. Il en résultait un problème concernant la détermination du droit applicable, lacune que des mesures transitoires, insérées dans la loi du 24 avril 2003 par la loi du 6 décembre 2005 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption, sont venues combler.

Parmi ces mesures transitoires figure l'article 24*sexies* qui vise les enfants confiés en *kafala* avant le 1^{er} septembre 2005 et qui se lit comme suit :

« Dans le cas où le droit applicable dans l'Etat d'origine de l'enfant ne connaît ni l'adoption, ni le placement en vue d'adoption :

1^o les dispositions du droit antérieur qui régissent les conditions relatives à l'admissibilité et aux conditions de fond de l'adoption s'appliquent si un enfant a été confié par l'autorité compétente de l'Etat d'origine de l'enfant à l'adoptant ou aux adoptants avant le 1^{er} septembre 2005.

(...) »

Par dérogation aux articles 361-3 et 361-4 du code civil, l'article 361-5, inséré dans le code civil par la loi du 6 décembre 2005, permet de déplacer un enfant de son pays d'origine qui ne connaît pas l'adoption vers la Belgique moyennant certaines conditions dont celle que l'enfant doit être orphelin de père et de mère ou avoir été abandonné et placé sous la tutelle de l'autorité publique.

4. *Séjour*

L'article 9*bis* de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers se lit comme suit :

« § 1^{er} Lors de circonstances exceptionnelles et à la condition que l'étranger dispose d'un document d'identité, l'autorisation de séjour peut être demandée auprès du bourgmestre de la localité où il séjourne, qui la transmettra au ministre ou à son délégué. Quand le ministre ou son délégué accorde l'autorisation de séjour, celle-ci sera délivrée en Belgique.

La condition que l'étranger dispose d'un document d'identité n'est pas d'application :

- au demandeur d'asile dont la demande d'asile n'a pas fait l'objet d'une décision définitive ou qui a introduit un recours en cassation administrative déclaré admissible conformément à l'article 20 des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973, et ce jusqu'au moment où un arrêt de rejet de recours admis est prononcé ;

- à l'étranger qui démontre valablement son impossibilité de se procurer en Belgique le document d'identité requis.

(...)»

GRIEFS

1. Invoquant l'article 8 de la Convention, les requérants se plaignent que le refus de reconnaître la *kafala* et de prononcer l'adoption est une ingérence dans leur droit au respect de la vie familiale non conforme au paragraphe 2 de cette disposition. Partant du postulat qu'il y a une « vie familiale » au sens de cette disposition, ils soutiennent que la loi n'était pas suffisamment claire ou précise pour être comprise par eux. Ils ne pouvaient pas prévoir une interprétation aussi stricte du régime transitoire belge. De plus, si ce n'est le respect des règles particulières du droit international privé, les requérants n'aperçoivent pas quel est l'objectif poursuivi par l'ingérence. En tout état de cause, ils considèrent qu'elle est disproportionnée car l'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été dûment pris en considération. Un examen attentif de la réalité sociale de la situation aurait dû mener à interpréter le droit belge de la manière la plus conforme à cet intérêt et ainsi tenir compte des enseignements de la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.* précité et de la Convention relative aux droits de l'enfant. A l'instar de l'affaire précitée, il s'agit en l'espèce de reconnaître en Belgique une décision valablement prise à l'étranger qui crée des liens semblables aux liens de filiation, possibilité qui est d'ailleurs reconnue en droit belge à certaines conditions. D'une manière plus générale, l'enjeu est d'assurer la protection d'une mineure par la reconnaissance des liens affectifs établis légitimement avec les adultes qui l'élèvent.

2. Invoquant l'article 8 de la Convention, les requérants se plaignent que le séjour précaire de l'enfant requérante est une ingérence dans son droit au respect de la vie privée et familiale non conforme au paragraphe 2 de cette disposition. Son droit de séjour est laissé à l'appréciation discrétionnaire du ministre dans le cadre de l'application de l'article 9bis de la loi sur les étrangers. Il en résulte une insécurité juridique qui est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant et des entraves à sa liberté de circulation et à sa vie sociale. Cette ingérence, qui ne répond à aucun motif légitime, ne peut donc pas être considérée comme étant nécessaire dans une société démocratique.

3. Invoquant les articles 8 et 14 de la Convention, les requérants soutiennent que le refus de reconnaître l'adoption et les obstacles administratifs qui en résultent ont pour effet d'entraver la vie quotidienne et sociale de l'enfant. Ainsi, tant que l'adoption n'est pas prononcée, l'enfant conserve la nationalité marocaine, ce qui pose des difficultés pratiques pour circuler en dehors de l'espace Schengen et retourner dans son pays d'origine. Ils y voient une discrimination du fait d'être originaire d'un pays qui ne connaît pas l'adoption.

4. Invoquant l'article 6 (droit d'accès à un tribunal) et l'article 8, les requérants se plaignent que le refus d'assistance judiciaire pour se pourvoir en cassation les a privés, en raison de leur indigence, d'une voie procédurale qui leur aurait permis de contester la manière dont la cour d'appel a interprété le droit belge et a lu l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.* précité. Même si la cour d'appel s'est efforcée de répondre à l'argument fondé sur l'article 8,

la manière dont elle y a répondu et a écarté l'arrêt *Wagner et J.M.W.L.* n'est pas conforme à celui-ci et viole le droit à une procédure équitable.

QUESTIONS AUX PARTIES

1. Le refus d'homologation de l'adoption de l'enfant requérante par les juridictions belges constitue-t-il une violation de l'exercice du droit au respect de la vie familiale des requérants garanti par l'article 8 de la Convention ?

2. Au vu des griefs des requérants et en particulier de la précarité du séjour de l'enfant requérante en Belgique et des conséquences qui en résultent, le refus d'établir un lien de filiation adoptive constitue-t-il une ingérence dans le droit de l'enfant au respect de la vie privée et familiale nécessaire dans une société démocratique ? En particulier, correspond-il à l'intérêt de l'enfant ?

3. La situation dénoncée est-elle constitutive d'une discrimination fondée sur l'origine nationale au sens de l'article 14 de la Convention dont l'enfant requérante pourrait se prétendre victime ?