

**Pre-Print:** N. Marchal Escalona, “Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l’ordre juridique espagnol”, *Revue critique de droit international privé*, 104, enero-marzo 2015, pp- 89-113.

## **Reconnaissance et efficacité de la *kafala* marocaine dans l’ordre juridique espagnol<sup>1</sup>**

Nuria MARCHAL ESCALONA  
*Maître de Conférence à l’Université de Grenade*

### *Résumé*

*La kafala est une institution qui possède un fort caractère religieux. Il ne s'agit pas seulement de maintenir et de prendre soin d'un mineur, mais aussi de l'élever dans la foi musulmane. L'inaccomplissement de cette obligation a provoqué la réaction du gouvernement marocain qui s'est opposé à ce que puisse être attribuée une kafala aux étrangers non-résidents au Maroc. Cependant, malgré cette interdiction, la kafala marocaine continue de poser des problèmes aux autorités espagnoles. L'objet du présent travail est d'analyser les difficultés suscitées.*

### *Summary*

*Kafala* is an institution with a significant religious component. This is not only a matter of care and maintenance a child, but also to educating him/her in the Muslim Religion. Failure to comply with this requirement has motivated the Moroccan Government reaction vetoing to foreign non resident in Morocco the possibility of setting a *kafala*. Despite this prohibition, the Moroccan *kafala* still poses problems to the Spanish authorities. The object of the present work is, so, to analyze such problems.

## **I.- INTRODUCTION**

Dans la plupart des pays de religion musulmane, l’adoption (*At-Tabani*), est interdite, la Tunisie étant l’exception<sup>2</sup>. A sa place, dans ces pays, la plus grande mesure

---

<sup>1</sup> Travail réalisé dans le cadre du Projet d’excellence P09-SEJ-4738. *Traduction: Marie Lucas*. L’auteur tient à remercier Emmanuel Guinchard, *Senior Lecturer in Law, Northumbria University*, pour les observations formulées pour traduire l’article en français.

de protection dont peut jouir un mineur est connue sous le nom de *kafala*<sup>3</sup>. Cette figure juridique, reconnue à l'article 20.3° de la Convention internationale des droits de l'enfant, élaborée dans le cadre des Nations Unies, le 20 novembre 1989, présente un fort caractère religieux et la typologie et les caractéristiques de celle-ci diffèrent d'un Etat à l'autre<sup>4</sup>. Malgré cette diversité, la *kafala* peut être définie comme une institution en vertu de laquelle le *kafil* (titulaire de la *kafala*) s'engage volontairement à prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection du mineur (*makful*) de la même manière qu'un père le ferait pour son propre enfant. Toutefois le *kafil* ne s'engage pas uniquement à entretenir et prendre un mineur à sa charge mais aussi à l'éduquer dans la foi musulmane. Cette institution n'a donc pas seulement pour objectif de protéger le mineur mais également de garantir le respect de ses origines, son identité personnelle, sa nationalité, –et par conséquent son appartenance à ce qui est établi dans le statut personnel marocain–. Le contrôle effectif de l'accomplissement de ces obligations n'est pas sans poser de problème, notamment dans les cas où le mineur est emmené par le/s *kafil/s* dans un autre Etat<sup>5</sup>. Cet état de choses a conduit le gouvernement marocain à approuver la circulaire n° 40 S/2<sup>6</sup>, en vertu de laquelle il est instamment demandé aux autorités marocaines de refuser l'attribution de *kafalas* aux demandeurs étrangers ayant une résidence habituelle située en dehors du territoire marocain.

Cependant, en dépit de cette prohibition, des mineurs marocains faisant objet de *kafala* continuent à arriver sur le territoire espagnol. La raison en est qu'au Maroc il n'y a pas un unique type de *kafala*. Il en existe deux sortes. Il y a, d'une part, la *kafala* dite «intrafamiliale/notariale», ainsi dénommée parce que l'entretien du mineur est confié directement par les parents biologiques à un membre de la famille ou à une tierce

---

<sup>2</sup> Sur l'origine de cette interdiction v. H. Zekrí, *La kafala en el Derecho marroquí*, in AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, p. 12-14.

<sup>3</sup> Sur les différences entre ces institutions cf. A. Quiñonez Escámez, *Protección del menor venido a España en Kafala: acogimiento con tutela dativa y, en su caso, adopción*, in AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, p. 187-192.

<sup>4</sup> P. Diago Diago, *La kafala islámica*, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, 2010, p. 140-164.

<sup>5</sup> Et ceci, bien que l'art. 24 de la loi marocaine n° 15-01, relative à la *kafala* des mineurs abandonnés (*BORM* du Maroc n° 5036, du 5 septembre 2002), oblige les services consulaires marocains du lieu de résidence du *kafil* à veiller à l'accomplissement de ces obligations.

<sup>6</sup> V. <http://www.kafala.fr/la-kafala/circulaire>. Cette circulaire a été suivie d'une proposition législative de réforme de la *kafala* judiciaire au Maroc (dont nous ne connaissons pas l'état actuel) dans laquelle les conditions requises pour l'attribution d'une *kafala* par des étrangers sont plus exigeantes ([http://www.lemag.ma/La\\_Kafala-se\\_durcit-a70623.html](http://www.lemag.ma/La_Kafala-se_durcit-a70623.html)).

personne n'appartenant pas au cercle familial<sup>7</sup>, bien que, parfois, la *kafala* soit octroyée entre père et mère ou vice-versa. D'un point de vue formel, il s'agit d'un simple accord privé entre les parties –parent(s)/*kafil (es)*– qui peut être passé par-devant notaire à des fins d'authentification voire faire l'objet ultérieurement d'une ratification par l'autorité judiciaire compétente. Ce type de *kafala* se distingue de celle qui est instituée pour un mineur préalablement abandonné. Dans ce cas, le *kafil* se voit habituellement confier la tutelle dative ou la représentation légale du mineur<sup>8</sup>. En réalité, l'interdiction imposée par le gouvernement marocain affecte uniquement ces *kafalas* judiciaires/extrafamiliales. Il en résulte que des *kafalas* notariales/intrafamiliales continuent à se produire au Maroc et que, partant, il est possible que ces mineurs marocains puissent arriver sur le territoire espagnol –surtout dans les Communautés autonomes de Melilla et Ceuta, en raison de leur proximité géographique–.

Par ailleurs, les efforts de la diplomatie espagnole ont porté leurs fruits et permis de débloquer certaines procédures judiciaires de *kafala*, –initiées il y a déjà longtemps par des familles espagnoles<sup>9</sup>– qui se sont finalement traduites par des concessions de *kafalas*. D'après l'information apportée par les médias, cela s'est avéré négociable grâce à l'engagement du gouvernement espagnol, d'une part, de ne pas convertir en adoptions les *kafalas* de mineurs arrivés en Espagne<sup>10</sup>, ainsi que, d'autre part, d'assurer le suivi de ceux-ci sur son territoire<sup>11</sup>.

Finalement, dans la mesure où les ressortissants marocains représentent la plus importante population étrangère résidant en Espagne, ces *kafils* peuvent assez facilement émigrer en Espagne avec leur *makful*. Il faut également ajouter –d'après la pratique reconnue par des avocats consultés– que les autorités marocaines ne s'opposent

<sup>7</sup> Il s'agit d'une pratique ou coutume qui n'est basée sur aucune réglementation légale précise. Seule une circulaire du gouvernement marocain du 7 février 1996 est destinée à éviter que les mineurs sous le régime de cette *kafala* se voient exposés à l'abandon. V. le texte en annexe dans AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, p.119.

<sup>8</sup> V. sur cette procédure de constitution K. Ouald Alt et T. Saghir, *Acercamiento a la adopción en los países del Maghreb*, in G. Esteban de la Rosa, (coord.) *Regulación de la Adopción internacional*, Navarra, Thomson Aranzadi, 2007, p. 84-113.

<sup>9</sup> [Http://www.sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/24/actualidad1372102229\\_408315](http://www.sociedad.elpais.com/sociedad/2013/06/24/actualidad1372102229_408315).

<sup>10</sup> V. quant à cette pratique, A. Quiñonez Escámez, *op.cit.*, p. 187-192.

<sup>11</sup> Le ministère espagnol de la Justice a assuré qu'il modifiera, à ces effets, la loi sur l'adoption internationale. Ces changements ont été introduits dans l'avant-projet de loi de protection de l'enfance approuvé par le Conseil des ministres du 25 avril 2014. (<http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/ptoteccioninfancia.pdf>).

pas à conférer des *kafalas* judiciaires/extrafamiliales en faveur d'Espagnols d'origine marocaine résidant à Ceuta et à Melilla.

Il est vrai que la présence en Espagne de mineurs marocains soumis à ce régime de *kafalas* a diminué, surtout en conséquence de la prohibition susmentionnée établie par le gouvernement marocain. Cependant malgré cette baisse, il existe encore des cas où les autorités espagnoles ont à reconnaître l'efficacité en Espagne d'une *kafala* accordée à des mineurs marocains, ce qui continue à être source de nombreuses difficultés. Une grande partie des problèmes provient du regard méfiant de certaines autorités espagnoles face à cette institution, *cette méfiance* se traduit, par exemple quand le *kafil* sollicite (III): a) les documents juridiques pour l'entrée du mineur en Espagne; b) l'inscription de la *kafala* sur le registre de l'état civil pertinent; c) la concession de la nationalité espagnole pour le *makful* venu en Espagne et d) l'octroi de droits à une prestation sociale spécifique pour le *makful* ou pour lui-même. Il en ressort que différentes autorités espagnoles sont sollicitées pour la reconnaissance de l'efficacité d'une *kafala* marocaine en Espagne avec cette conséquence que le traitement accordé à ces demandes varie en fonction de chaque autorité.

L'objet du présent travail consiste particulièrement à analyser les problèmes et les effets que la *kafala* marocaine déploie en Espagne. De fait, cette question dépend directement de l'autorité judiciaire ou administrative devant laquelle la reconnaissance de la *kafala* est sollicitée, autorité qui devra vérifier si les conditions exigées pour ladite reconnaissance par le système espagnol de droit international privé (dorénavant, DIPr.) sont remplies. Ces conditions sont sujettes au régime juridique applicable. C'est pourquoi, avant d'analyser les problèmes et les effets produits par une *kafala* en Espagne (B), il s'avère opportun de s'attarder sur le régime juridique espagnol en vigueur dans ce domaine (A).

## **II.- LA RECONNAISSANCE DE LA *KAFALA* DANS L'ORDRE JURIDIQUE ESPAGNOL**

### **1.- Délimitation du régime juridique applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine en Espagne**

Pour qu'un acte de juridiction gracieuse –comme c'est le cas de la *kafala*<sup>12</sup>– déploie ses effets en Espagne, il est avant tout essentiel que celui-ci soit reconnu par l'autorité espagnole compétente. Mais comment procède-t-on en Espagne à la reconnaissance d'une *kafala* établie au Maroc? Cette *kafala* bénéficie-t-elle d'une reconnaissance *de plano*, ou bien faut-il engager une procédure d'exequatur? Quelles conditions l'autorité espagnole doit-elle contrôler pour procéder à la reconnaissance d'une *kafala*? Les réponses varieront en fonction du régime juridique applicable à l'efficacité dans le système espagnol de la *kalafa* en provenance du Maroc.

En droit espagnol, une pluralité de sources –conventionnelles et étatiques– rend l'identification du régime de reconnaissance réellement complexe. De fait, le régime juridique applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine dépendra de 5 facteurs: a) de la date à laquelle la *kafala* a été accordée, vu qu'il faut toujours tenir compte du champ d'application temporel de la réglementation; b) du type de *kafala* dont il s'agit, familiale/notariale ou *kafala* extrafamiliale/judiciaire. La *kafala* au Maroc est effectivement une institution qui présente deux variantes, mais, de plus, le mineur peut appartenir à divers cas de figure. Les mineurs sous le régime de la *kafala* ne sont pas tous des mineurs abandonnés (*kafala* intra familiale/notariale), et tous les mineurs déclarés abandonnés et protégés par une *kafala* ne sont pas systématiquement des mineurs sans famille. Il est par conséquent important de bien identifier face à quel type de *kafala* on se trouve ainsi que de savoir si la filiation du mineur est connue ou non, car, le régime d'efficacité et le traitement que l'institution reçoit en Espagne ne seront pas les mêmes; c) de l'autorité qui est intervenue pour sa constitution, qu'elle soit notariale ou judiciaire; d) de l'interprétation qui est donnée au terme «décision» de justice utilisé dans la Convention hispano-marocaine et e) de l'effet que l'on prétend obtenir par la reconnaissance de la *kafala* en Espagne (effet probatoire, constitutif ou d'inscription au registre).

Le système juridique espagnol est réglementé, au niveau multilatéral, par la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et

---

<sup>12</sup> A. Rodríguez Benot, Eficacia de la *kafala* ante el ordenamiento español, in AA.VV., *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009, p. 139.

de mesures de protection des enfants<sup>13</sup> et au niveau bilatéral, par la Convention hispano-marocaine, sur la coopération judiciaire en matière civile, commerciale et administrative, signée le 30 mai 1997 à Madrid<sup>14</sup>. Le droit national est défini par l'article 34 de la loi 54/2007 relative à l'adoption internationale (dorénavant, L.A.<sup>15</sup>).

Cette pluralité de sources (conventionnelles et étatiques) oblige à identifier le régime applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine. Eu égard au principe de primauté en Espagne des conventions internationales sur le droit national (article 96.1° de la Constitution espagnole), l'article 34 L.A. sera d'application purement résiduelle. Cependant ceci est loin de la réalité. En effet, le champ d'application des divers instruments conventionnels liant l'Espagne ne recueille pas les deux types de *kafalas*. De fait, l'analyse de ces derniers met en évidence qu'ils n'envisagent pas les cas de *kafalas* notariales/intrafamiliales où les parents biologiques confient l'entretien du mineur *au/x kafil/s*. C'est ce que l'on déduit de la lecture du Rapport explicatif sur la Convention de la Haye de 1996, élaboré par P. Lagarde<sup>16</sup>, lequel fait uniquement référence à une *kafala* prononcée par une autorité judiciaire et par conséquent ne prend en considération que les mineurs déclarés préalablement en situation d'abandon<sup>17</sup>. Par ailleurs, dans son champ d'application, la Convention hispano-marocaine ne comprend que le régime de reconnaissance des décisions judiciaires (articles 22-29) et des documents publics exécutoires (article 30); elle ne régleme pas l'efficacité des actes authentiques n'ayant pas de force exécutoire. Compte tenu de ce qui précède, on peut donc conclure que le droit national relatif à la reconnaissance de la *kafala* sera applicable à la reconnaissance en Espagne des *kafalas* constituées au Maroc devant notaire. Cependant, cela serait possible uniquement dans les cas où ledit acte notarié aurait obtenu, *a posteriori*, l'homologation judiciaire opportune, car l'article 34 L.A.

<sup>13</sup> BOE n° 291, du 2 décembre 2010 (*Le B.O.E : Bulletin officiel espagnol, est l'équivalent en France du J.O.*).

<sup>14</sup> BOE n° 151, du 25 juin 1997. Il est certain qu'entre l'Espagne et le Maroc il existe également la Convention bilatérale relative à l'assistance judiciaire, reconnaissance et exécution de décisions judiciaires en matière de droit de garde et droit de visite et retour de l'enfant, faite à Madrid le 30 mai 1997 (BOE n° 150, du 24 juin 1997). Néanmoins, ladite convention n'est pas applicable aux cas de reconnaissance d'une *kafala* marocaine, étant donné qu'il s'agit d'une matière exclue de son champ d'application matériel. Contra, voir l'arrêt de l'*Audiencia provincial* de Madrid du 2 décembre 2011 (*Aranzadi JUR* 2012/22218).

<sup>15</sup> BOE n° 312, du 29 décembre 2007.

<sup>16</sup> V. <http://www.hcch.net/upload/exp134.pdf>

<sup>17</sup> De fait, il y est reflété l'active participation, au cours de sa négociation, de la délégation marocaine qui a fourni des renseignements sur la procédure de constitution de la *kafala* marocaine, encadrée par la loi marocaine du 10 septembre 1993. Ladite loi s'occupait de réguler –avant la réforme de 2012 (loi n° 15-01)– la *kafala* d'enfants abandonnés (*kafala* judiciaire).

réglemente seulement l'efficacité des décisions étrangères en matière de protection des mineurs, à condition que la Convention hispano-marocaine ne soit pas applicable.

Par ailleurs, dans les cas de reconnaissance d'une *kafala* judiciaire/extrafamiliale, c'est-à-dire concernant un mineur déclaré abandonné la question de l'instrument à appliquer se pose. Doit-on appliquer la Convention de la Haye de 1996 ou la Convention bilatérale hispano-marocaine ? Y a-t-il concurrence réglementaire entre ces deux instruments ? Avant d'entrevoir une réponse à ces questions, il faut tout d'abord rappeler que, d'un point de vue procédural, la décision judiciaire en vertu de laquelle une *kafala* est accordée, constitue un acte de juridiction gracieuse. Or, rien n'assure réellement que la Convention hispano-marocaine est applicable pour la reconnaissance des décisions gracieuses et les opinions sur ce point sont diverses. Pour une certaine jurisprudence espagnole, cette option semble claire, c'est ce que l'on déduit de l'arrêt de l'*Audiencia provincial*<sup>18</sup> de Cadix (5<sup>o</sup> section) du 26 octobre 2010<sup>19</sup>. A cette occasion l'exequatur fut refusé parce que la *kafala* ne remplissait pas les conditions posées la Convention. Il est vrai que, dans la Convention bilatérale hispano-marocaine, il existe une série de dispositions relatives à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires prononcées par les juridictions de l'un des deux Etats contractants, mais des doutes subsistent quant à l'interprétation du terme «décision». Il n'apparaît pas clairement si ce terme se réfère en exclusivité aux jugements contentieux ou s'il vise également les décisions prononcées en matière gracieuse. A la différence d'autres traités bilatéraux, la Convention hispano-marocaine n'énumère pas quelles sont les décisions judiciaires comprises dans son champ d'application. Par conséquent, on pourrait en déduire qu'elle s'applique aux deux types de décisions. Face à cette difficulté d'interprétation, il est relevé que, parmi les obstacles à reconnaissance, ladite Convention prévoit le manquement aux garanties procédurales du défendeur défaillant dans la procédure d'origine (article 23.2<sup>o</sup>). Ce précepte suppose, concrètement, que la reconnaissance de la décision sera refusée si "*les parties n'ont pas été légalement appelées à comparaître*". L'inclusion de cette clause de refus de reconnaissance pourrait laisser croire que la Convention s'applique uniquement à des

---

<sup>18</sup> Les *Audiencias provinciales* sont des organes judiciaires dont le siège se trouve dans la capitale de la province et qui exercent leur juridiction sur toute cette province. Ces organes en matière civile connaissent en appel (deuxième instance) de toutes les procédures civiles qui ont été présentées devant les tribunaux de Première instance de ladite province.

<sup>19</sup> TOL 3.639.046.

décisions rendues à l'issue d'une procédure contentieuse; de fait, l'idée que le droit constitutionnel à la protection judiciaire effective n'est applicable qu'à ce type de procédure est très répandue. Toutefois, la jurisprudence du Tribunal constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme a consolidé la doctrine selon laquelle les garanties procédurales peuvent également ne pas être respectées en matière de juridiction gracieuse, comme l'a souligné P. de Miguel Asensio<sup>20</sup>. Voilà pourquoi cet argument n'est pas suffisant pour exclure les décisions adoptées en matière gracieuse du champ d'application de la Convention.

D'autre part, pour lever le doute, un autre argument peut être pris en compte, à savoir que la Convention subordonne l'obtention de la reconnaissance au fait que la décision dont l'efficacité est demandée ait acquis autorité de "chose jugée" conformément à ce qui est établi par les lois de l'Etat où elle a été rendue (article 23.3<sup>o</sup>). Effectivement, s'il existe un élément qui caractérise et définit les actes de juridiction gracieuse, c'est bien l'absence de l'efficacité de chose jugée et de force exécutoire, étant donné que ceux-ci peuvent être révoqués ou modifiés dans une autre procédure. Cependant, il faut préciser que le fait qu'un acte de juridiction gracieuse soit révocable ou amendable n'est pas la conséquence du défaut de caractère définitif, mais bien celle de l'absence de chose jugée matérielle –caractéristique présente dans le domaine de la juridiction gracieuse–. Cette condition devrait être considérée comme remplie, même si la décision prononcée est révisable ultérieurement, comme l'a exposé la doctrine la plus reconnue<sup>21</sup>. Par conséquent cet argument n'autorise pas non plus à conclure, de manière sûre, que les actes de juridiction gracieuse, sont exclus du champ d'application de la Convention. Le fait que la Convention prévoit l'exequatur en tant que voie ordinaire d'attribution d'efficacité, pour qu'une décision provenant du Maroc déploie ses effets sur le territoire espagnol n'aide pas davantage à prendre une décision ferme. En définitive, autant la procédure que les cas de refus de reconnaissance que la Convention hispano-marocaine établit semblent mener à conclure que cet instrument normatif régit uniquement la reconnaissance des décisions judiciaires rendues dans des procédures contentieuses, mais ces motifs ne sont pas suffisants pour soutenir que la Convention ne vise pas la reconnaissance des décisions prononcées dans le cadre de la

---

<sup>20</sup> *Id. Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, paragraphes 117-119.

<sup>21</sup> P.A. de Miguel Asensio, *op.cit.*, paragraphe 94.

juridiction gracieuse, à plus forte raison quand celle-ci ne les exclut pas de son champ d'application. En théorie, deux lectures sont donc possibles.

Au demeurant, si l'on acceptait une interprétation plus ample du terme «décision», il pourrait exister un conflit de réglementation entre la Convention de La Haye de 1996 et la Convention hispano-marocaine. Dans ce cas, il serait préférable d'appliquer la Convention de La Haye pour reconnaître une *kafala* accordée au Maroc. De fait, dans la mesure où la clause de compatibilité prévue dans la Convention de La Haye ne résout pas le conflit entre les deux instruments (article 53) on pourrait se rabattre sur le principe de *favor recognitionis* qui caractérise ce secteur du droit international privé<sup>22</sup>. Et il est évident que la Convention de La Haye constitue un instrument plus avantageux et plus performant que la Convention bilatérale, étant donné qu'elle ne permet pas seulement d'obtenir la reconnaissance automatique de la *kafala* (article 23) ; elle pose également des conditions plus spécifiques et concrètes pour la reconnaissance de celle-ci<sup>23</sup>.

Eu égard à ce qui précède, force est de conclure que le régime juridique applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine dépend, en partie, de l'interprétation que l'on accorde au terme «décision» utilisé par la Convention hispano-marocaine. Si l'on adopte une interprétation large, les *kafalas* accordées avant l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye (article 53<sup>24</sup>) devraient être reconnues, en principe, à partir de ce qui est établi dans la Convention bilatérale, et par conséquent, la procédure d'exequatur devrait être introduite si l'effet recherché est un effet d'inscription sur le registre tandis que si l'on prétend obtenir un effet de chose jugée, il serait possible de demander la reconnaissance automatique de la décision (article 24 *a contrario*<sup>25</sup>). En revanche, si ce terme est interprété en son sens strict, l'article 34 L.A. aura une importance pratique bien plus ample que ce qu'il semble avoir *a priori*. De

---

<sup>22</sup> J.C. Fernández Rozas, et S.A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 7<sup>a</sup> ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2013, p. 194.

<sup>23</sup> De fait, la méconnaissance de la procédure décrite à l'art. 33 de la Convention est l'un des motifs de refus de reconnaissance. Cette disposition oblige, pour la constitution d'une *kafala* transnationale, à consulter au préalable l'autorité centrale ou une autre autorité compétente de l'Etat requis. Il ne pourra y avoir constitution que si cette autorité ou les autorités a/ont approuvé ce recueil légal.

<sup>24</sup> Pour l'Espagne, ce fut le 1er janvier 2011.

<sup>25</sup> V. R. Rueda Valdivia, Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos, in AA.VV., *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, (S. Sánchez Lorenzo, éd.), Barcelona, Atelier, 2009, p. 737-744.

fait, cela s'appliquerait à la reconnaissance des *kafalas* établies avant le 1er janvier 2011, date d'entrée en vigueur par l'Espagne de la Convention de la Haye de 1996, mais après l'entrée en vigueur de la loi sur l'adoption internationale. Néanmoins, si la *kafala* a été accordée ou rédigée avant cette date, le régime juridique dépendra du document judiciaire ou notarié qui est présenté pour la reconnaissance. S'il s'agit d'un document judiciaire, il faudrait solliciter la procédure d'exequatur réglementée dans la loi de procédure civile (articles 954, dorénavant appelée LEC 1881<sup>26</sup>), à moins que l'effet sollicité soit un effet probatoire, car, dans ce cas, non seulement il ne serait pas obligatoire d'engager cette procédure mais le contrôle d'une condition quelconque de reconnaissance ne serait pas non plus nécessaire. Il suffira que la décision judiciaire en question réunisse les conditions requises pour son authenticité et que, par ailleurs, celle-ci soit dûment traduite (articles 144 et 323.2° loi 1/2000, du 7 janvier, de procédure civile, dorénavant appelée LEC 2000<sup>27</sup>)<sup>28</sup>. En revanche, si le document présenté à l'autorité espagnole pour sa reconnaissance est un document passé devant notaire marocain, il faudrait alors distinguer si l'autorité "publique" ou l'*adoul* qui a rédigé la *kafala* a exercé des fonctions constitutives ou si cette autorité a simplement instrumenté aux fins d'authenticité de l'acte. Si l'*adoul* est intervenu dans cet acte en vérifiant des faits et circonstances et en formulant des jugements de valeur, c'est-à-dire, en établissant la *kafala*, celle-ci devra obtenir l'exequatur correspondant (reconnaissance procédurale), selon ce que dispose la LEC 1881<sup>29</sup>. En revanche, s'il est intervenu pour faire foi, accomplissant alors une fonction réceptive, il suffira que le document soit présenté accompagné de la traduction correspondante (article 144 LEC 2000) et qu'il soit légalisé (article 323 LEC 2000) (reconnaissance conflictuelle).

Déterminer le régime juridique applicable à la reconnaissance en Espagne d'une *kafala* marocaine peut revêtir une difficulté supplémentaire dans ces cas – assez communs – lorsque la *kafala* notariale est ratifiée, *a posteriori*, par une autorité judiciaire. Comme signalé antérieurement, on ne sait pas exactement quelle fonction joue l'autorité judiciaire quand elle intervient et qu'elle ratifie ce type de *kafala*, mais ce qui est évident, par contre, c'est que le document où cette *kafala* est renfermée et que le

<sup>26</sup> *Gaceta de Madrid* du 5-22 février 1881; corr.d'erreurs, *Gaceta de Madrid* du 5 mars 1881.

<sup>27</sup> *BOE* n° 7, du 8 janvier 2000; corr.err. *BOE* n° 90, du 14 avril 2000 et *BOE* n° 180, du 28 juillet 2001.

<sup>28</sup> J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez Lorenzo, *op.cit.*, p. 247.

<sup>29</sup> V. à ce sujet, P.A. Miguel Asensio, *op.cit.*, pp. 89-90.

*kafil* présente pour qu'elle soit reconnue en Espagne, est bien une décision judiciaire, en vertu de laquelle les parents biologiques confient la garde du mineur au *kafil*. Dans ces cas-là, la Convention de La Haye de 1996 ne pourrait être appliquée pour la reconnaissance, car elle ne vise que les reconnaissances des *kafalas* accordées pour des mineurs préalablement abandonnés. Au contraire, il n'apparaît pas clair si la Convention hispano-marocaine est applicable, tel qu'il a été analysé auparavant, pour la reconnaissance en Espagne d'une *kafala*. Il est incontestable que si l'on ne se applique qu'aux jugements contentieux, le régime de reconnaissance desdites décisions dépendra de ce qui est stipulé dans le droit national (article 34 L.A.).

Après avoir résumé la réglementation en vigueur dans l'ordre juridique espagnol relativement à l'efficacité des décisions judiciaires ou des documents publics marocains où sont accordées ou rédigées les *kafalas*, il convient de vérifier si, malgré la primauté du régime conventionnel, celui-ci tolérerait l'application de la réglementation nationale qui le marginaliserait dans les cas où elle serait plus favorable à la reconnaissance. Cette possibilité est loin d'être inconsiderée tant elle semble s'accorder avec le critère du *favor recognitionis*, caractéristique de ce secteur de l'ordre juridique. Ceci dit, il ne faut pas perdre de vue que l'intérêt de la reconnaissance doit aller de pair avec la poursuite d'un autre objectif fondamental dans ce domaine, à savoir «l'intérêt du mineur». De cette manière, la *kafala* marocaine pourrait être efficace en Espagne grâce à cette règle plus favorable à «l'intérêt du mineur». Mais la démarche est complexe car elle requiert une analyse comparée exhaustive des instruments juridiques, non seulement des voies par lesquelles un effet juridique est conféré à la *kafala* (exequatur, reconnaissance automatique) mais également des cas de refus de reconnaissance prévus par ces instruments. Par exemple, il ne serait pas avantageux d'appliquer la Convention de La Haye de 1996 à la reconnaissance d'une *kafala* obtenue sans que l'obligation de communication entre les autorités compétentes qui est exigée par l'article 33 de ladite Convention ait été respectée.

En définitive, identifier le régime juridique applicable à la reconnaissance d'une *kafala* accordée ou rédigée au Maroc est loin d'être une opération facile, mais en dernière instance ce doit être le principe du *favor minoris* qui doit être appliqué et déterminer ce choix. De plus, ce même principe doit aussi guider, –chaque fois que cela est possible– le choix des effets juridiques que doit assurer à la *kafala* sa reconnaissance

en Espagne. Ainsi, si la norme applicable à la reconnaissance d'une *kafala* marocaine permettait, comme le fait le droit national (article 34 L.A.) que celle-ci fût reconnue avec des effets différents, soit comme «accueil familial» ou comme «tutelle», l'application dudit principe impliquerait qu'elle soit reconnue avec les effets qui seraient les plus favorables à l'intérêt du mineur (tutelle ou accueil). Ceci dit, ce qui n'est pas acceptable, pas même en invoquant ledit intérêt, c'est que la *kafala* marocaine soit reconnue en Espagne avec des effets qui ne lui sont pas propres –tel qu'il sera analysé plus loin– en droit marocain, droit en conformité duquel est octroyée cette mesure de protection.

## **2.- Voies d'attribution d'efficacité et effets d'une *kafala* marocaine en Espagne**

Savoir comment une *kafala* marocaine est reconnue en Espagne, c'est-à-dire, quelles conditions doivent être remplies, ainsi que la voie d'attribution de l'efficacité qui doit être utilisée (exequatur /reconnaissance automatique) et les effets que cela peut produire en Espagne dépendent de deux facteurs: d'une part, de la réglementation applicable à la reconnaissance (identifiée selon les paramètres exposés auparavant) et, d'autre part, de l'effet recherché. Il n'est pas toujours nécessaire de solliciter une procédure d'exequatur pour qu'une *kafala* marocaine produise des effets sur le territoire espagnol. Il est possible que celle-ci soit utilisée en Espagne avec une valeur simplement probatoire (efficacité probatoire) et, dans ce cas, elle sera traitée comme un simple document public. Il sera alors uniquement exigé qu'elle réunisse les conditions auxquelles les articles 144 et 323.2° LEC 2000 subordonnent l'efficacité probatoire d'un jugement des documents publics étrangers (concrètement, la traduction pour laquelle – conformément à l'article 144 LEC– il n'est pas exigé qu'il s'agisse d'un document assermenté et la légalisation).

Une fois ces questions préliminaires résolues, il reste à déterminer quelle est la voie procédurale à suivre pour obtenir la reconnaissance en Espagne d'une *kafala* marocaine entrant dans le champ d'application de la Convention de La Haye de 1996. A cet égard, il faut dire que le critère général prévu par cette règle est la reconnaissance automatique, de plein droit, sans qu'il y ait besoin de procédure spéciale (article 23). Il convient de souligner que ladite reconnaissance n'équivaut pas à une efficacité *ipso iure* et inconditionnelle, car pour obtenir cette reconnaissance, les conditions requises à

l'article 23.2° devront être réunies. Ceci dit, la Convention de La Haye de 1996 ne détermine aucunement les effets avec lesquels une *kafala* marocaine peut être reconnue en Espagne. Le Rapport de la Convention, élaboré par P. Lagarde n'apporte d'ailleurs aucune lumière sur ce sujet. En effet, on ne sait pas si la Convention suit la théorie de l'extension, de l'équivalence des effets<sup>30</sup> ou si cette question dépend de ce qui est établi dans les lois auxquelles renvoie le droit international privé de chaque pays. Il est évident que si le législateur conventionnel avait eu l'intention de faire dépendre cette question des règles du DIPr. en vigueur dans chaque Etat, il l'aurait expressément déclaré, comme dans la Convention relative à la protection des mineurs et à la coopération en matière d'adoption internationale, à La Haye, le 29 mai 1993<sup>31</sup>. Au contraire, il n'en a pas été ainsi. Par ailleurs, cette option ne s'avère pas pertinente, car elle pourrait mettre en danger la cohérence internationale du statut juridique du mineur vu que ce statut pourrait changer en fonction de l'Etat où la reconnaissance de la *kalafa* serait sollicitée. Faute de réponse expresse, l'on doit comprendre que, en règle générale, la Convention de La Haye de 1996 adopte la théorie de l'extension des effets. De sorte que, une fois cette mesure de protection serait reconnue en Espagne, celle-ci en viendrait à produire l'effet sollicité (qu'il s'agisse d'un effet d'inscription sur le registre, effet constitutif ou de chose jugée) avec son contenu fixé par le droit marocain. L'applicabilité, dans ce contexte, de l'article 15.3° de la Convention de La Haye de 1996 relatif aux conditions d'application desdites mesures de protection déclarées dans l'Etat d'origine –et qui subsistent dans l'Etat lorsqu'il existe un changement de résidence du mineur– mérite une mention particulière. D'après ce précepte, ces conditions seront édictées, à partir du changement de résidence, par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle du mineur. C'est ainsi que si la *kafala* marocaine attribue la représentation du mineur au *kafil*, ce sera la loi espagnole –en tant que loi de la nouvelle résidence du mineur–, qui établira les limites et les conditions de son exercice.

De son côté, la Convention hispano-marocaine admet la reconnaissance automatique ainsi que l'exequatur comme voies d'efficacité. Utiliser l'une ou l'autre voie dépend de l'effet recherché. Si l'on recherche un effet d'inscription au registre/constitutif, la décision judiciaire en vertu de laquelle la *kafala* a été constituée

---

<sup>30</sup> Sur ces théories v. F. Garau Sobrino, *Los efectos de las resoluciones extranjeras en España*, Madrid, 1992, p. 39 et ss.

<sup>31</sup> BOE n° 182, du 1er août 1995.

devra obtenir l'exequatur correspondant (article 25) alors que, si l'on recherche un effet constitutif ou de chose jugée, on pourra l'obtenir moyennant la reconnaissance automatique. Quelle que soit la voie utilisée, une fois que la *kafala* marocaine aura été reconnue en Espagne parce qu'elle réunit les conditions requises par la Convention, celle-ci produira, ou au moins devrait produire, en Espagne les mêmes effets que ceux attribués par le droit marocain (théorie de l'extension des effets) aux termes de la Convention elle-même<sup>32</sup>.

L'article 34 L.A. régleme nte non seulement les effets avec lesquels une *kafala* marocaine doit être reconnue, mais il énumère de plus les conditions que celle-ci devra réunir pour qu'elle soit reconnue en Espagne. Concernant les effets, l'article 34 L.A. dispose que : "les institutions de protection des mineurs constituées par des autorités étrangères et qui, selon la loi de leur constitution, ne déterminent aucun lien de filiation [comme c'est le cas pour la *kafala* marocaine] seront assimilées à l'accueil familial ou, s'il y a lieu, à une tutelle, réglementés par le droit espagnol".

Deux aspects de cette disposition attirent spécialement l'attention. Le premier a un caractère négatif puisqu'il consacre légalement la doctrine qui, durant des années, a été celle de la Direction générale des Registres et du Notariat, (dorénavant appelée DGRN<sup>33</sup>) sur la reconnaissance de la *kafala* en Espagne, et qui a été consacrée par diverses Résolutions et, fondamentalement, par la Résolution-Circulaire du 15 juillet 2006<sup>34</sup>. De fait, pour cette Résolution, la *kafala* doit être reconnue comme assimilable à l'accueil familial, tel que le connaît le droit espagnol<sup>35</sup>. Cette pratique "nationalisante" des institutions nées et créées selon un autre ordre juridique doit être critiquée, tout d'abord parce que l'équivalence d'institutions n'est pas –et ne peut pas être– réelle vu la difficulté d'assimiler cette mesure de protection à toute autre mesure de protection réglementée par le droit espagnol. La *kafala* marocaine entraîne des effets qui ne correspondent pleinement ni à l'adoption ni à la tutelle, ni à l'accueil familial, ni à toute

---

<sup>32</sup>Cependant, comme l'a signalé R. Rueda Valdivia, *op.cit.*, p. 720, introduit une limitation que l'on peut extraire de la lecture de l'art. 27 de la Convention vu qu'il exige que les effets que le jugement produit dans l'Etat d'origine soient également connus dans l'Etat de réception.

<sup>33</sup> La Dirección de los Registros y del Notariado est un organisme dépendant du ministère de la Justice. Il est chargé, entre autres fonctions, de statuer sur les recours formés contre les décisions prises par les titulaires des registres de l'état civil en matière de statut personnel.

<sup>34</sup> BOE n° 207, du 30 août 2007.

<sup>35</sup> Pour une analyse des institutions auxquelles la *kafala* peut être assimilée v. P. Diago Diago, *op.cit.*, p. 158.

autre mesure de protection reconnue par le droit de la famille espagnol. En deuxième lieu, il n'existe pas, au Maroc, un seul et unique type *de kafala*, ce qui, sans nul doute, complique plus encore l'assimilation de la *kafala* à des institutions propres au droit espagnol. Par conséquent, il serait désirable que la *kafala* marocaine soit reconnue en Espagne avec les effets qui lui sont propres en droit marocain comme cela se fait dans la législation espagnole pour les adoptions simples ou pas tout à fait plénières (article 30.1° L.A.). Toute autre proposition dénature l'institution étrangère, et ne respecte donc pas le droit marocain ni le droit international privé espagnol.

Cependant, l'article 34 L.A., à la différence de la Résolution susmentionnée, va au-delà de la doctrine de la DGRN sur *la kafala* puisqu'il permet que la *kafala* soit reconnue en Espagne non seulement comme accueil familial mais aussi comme tutelle, cette dernière, dans certains cas, peut-être plus avantageuse pour le mineur que la *kafala* elle-même. De fait, le *favor minoris* qui, comme il a été souligné, doit guider et inspirer cette matière, conduit à recommander que la *kafala* soit reconnue en Espagne comme tutelle –pourvu que celle-ci soit avantageuse pour le mineur– et non comme accueil familial, car personne ne conteste que la tutelle confère au tuteur “la représentation légale du mineur”. Une certaine jurisprudence espagnole semble pencher clairement en ce sens, comme on le déduit de l'arrêt de l'*Audiencia provincial* de Barcelone (section 18) du 28 mars 2006<sup>36</sup> mais malheureusement cette option interprétative n'est pas majoritaire.

Néanmoins, pour qu'une *kafala* marocaine soit assimilée en Espagne à une «tutelle» ou un «accueil», il est indispensable que les conditions établies à l'art. 34. L.A. soient réunies. Tout d'abord, il est nécessaire que les effets substantiels de cette mesure de protection soient équivalents à ceux de l'accueil familial ou, s'il y a lieu, à ceux d'une tutelle, prévus par la loi espagnole. Le contrôle que cette disposition impose quant aux effets que la *kafala* marocaine doit produire ne répond pas à des paramètres «d'identité absolue», mais «d'équivalence», et par conséquent pour que la reconnaissance soit admise, il suffira que celle-ci ait substantiellement les mêmes effets, même s'ils ne sont pas identiques. Cette exigence est en parfait accord avec la doctrine appliquée –et requise depuis des années– par la DGRN.

---

<sup>36</sup> Aranzadi JUR 2008\149354.

Ensuite, un contrôle de la compétence de l'autorité étrangère (judiciaire ou administrative) est également exigé; ceci garantit une connexion suffisante avec les éléments de la situation tels que l'origine, les antécédents familiaux ou d'un autre type, comme le signale le deuxième paragraphe de l'article 34.1° de la loi. D'après cette condition, seules seront reconnues les *kafalas* accordées par des autorités marocaines compétentes, excluant ainsi toute reconnaissance en cas de compétences exorbitantes. La règle est, de prime abord, raisonnable. En revanche, ce qui s'avère critiquable, c'est le contrôle de l'application des règles de compétence prévues par la loi d'origine. Si la *kafala* est considérée comme valable et efficace au Maroc, l'existence dudit contrôle n'a aucun sens. Plutôt que d'effectuer ce double contrôle des règles de compétence marocaines, il vaudrait mieux évaluer le caractère raisonnable ou non desdites règles<sup>37</sup>. Les autorités espagnoles devraient uniquement vérifier si la compétence des autorités marocaines pour constituer la *kafala* répond ou non à un for exorbitant, d'après les critères de proximité du système juridique espagnol. En somme, si l'on doit apprécier la compétence de l'autorité marocaine à partir des critères de lien ou de proximité, la solution peut être différente, si l'on met l'accent sur le(s) *kafil(s)* ou sur le *makfoul*. Si l'on ne peut nier le lien du mineur avec le Maroc, on ne peut en dire de même du (des) *kafil(s)*, pour qui le choix du pays n'est pas fortuit et sur qui plane l'ombre de la fraude surtout dans les *kafalas* en faveur de *kafil/s* étrangers<sup>38</sup>. Que le contrôle de ladite fraude puisse avoir ou non une couverture du contrôle consolidé de la compétence de l'autorité d'origine est une autre question. Mais il y a plus encore. Même si le contrôle de la compétence était appelé à servir de filtre à l'encontre de la fraude, il faudrait arriver à déterminer jusqu'à quel point cette fraude peut être excusée ou, pour mieux dire, quand, malgré l'existence de cette fraude, il existe un argument de poids suffisant pour pouvoir reconnaître la *kafala* marocaine, dans cette sorte de cas. Il existe plusieurs raisons que l'on peut avancer pour soutenir que, même dans les cas où la fraude est évidente, on devrait procéder à la reconnaissance de la *kafala* marocaine, pourvu qu'elle ait été valablement constituée au Maroc. Ainsi, «l'intérêt du mineur», la crainte de laisser les mineurs dans un *no mans land* si la *kafala* n'est pas reconnue, l'idée de ne pas convertir

<sup>37</sup> V. J.C. Fernández Rozas et S.A. Sánchez, *op.cit.*, p. 467.

<sup>38</sup> Sur le contrôle de fraude comme condition de reconnaissance en France v. P. Chevalier, La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères. L'office du juge de l'exéquat, l'ordre public et le portulan, *Rev.crit. DIP*, 2014, p. 38-40.

les mineurs en des victimes des divergences existant entre les différents droits nationaux, ainsi que l'existence d'un droit des particuliers à la reconnaissance d'un *status* familial acquis conformément à un droit étranger, formulé dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 juin 2007, *Wagner et autre c/ Luxembourg*, n° 76240/01<sup>39</sup>, pourraient être des raisons plus que suffisantes. Cependant, cette position n'est pas convaincante. Le binôme droits fondamentaux-intérêt du mineur ne peut pas toujours être invoqué pour accueillir dans l'ordre juridique espagnol tout rapport ou acte constitué par des autorités étrangères<sup>40</sup>. Il est nécessaire de mettre des limites à la doctrine prônée par la Cour européenne concernant l'affaire *Wagner*. Il est vrai que le fait de refuser la reconnaissance d'une *kafala* peut porter préjudice au mineur et le placer dans des limbes juridiques, mais il ne faut pas oublier qu'il existe déjà une relation établie au Maroc et que les mineurs continueront à vivre en Espagne avec leur (s) *kafil(s)*, même si la *kafala* n'est pas reconnue en Espagne<sup>41</sup>. Reconnaître toute *kafala* qui a été valablement formée à l'étranger peut supposer un retour en arrière en matière de protection des mineurs. De fait, il est nécessaire de mettre des limites à la doctrine de la Cour européenne des droits de l'homme. La clé et la difficulté consistent, bien évidemment, à savoir où ces limites doivent être mises<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Dans cet arrêt, le Luxembourg a été condamné pour avoir violé plusieurs droits établis dans la Convention européenne des droits de l'homme, en refusant de reconnaître une adoption plénière prononcée au Pérou d'une mineure péruvienne en raison du simple fait que l'adoptante luxembourgeoise était célibataire, ce qui, entre autres motifs, implique une ingérence illégitime dans la vie familiale (*Rev. crit. DIP*, 2008, p. 830 note P. Kinsch; *JDI*, 2008, p. 183 note L. D'Avout). L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, n° 56759/08 (*Rev. crit. DIP*, 2012 p. 817, note P. Kinsch; *JDI*, 2012 comm 7, note A. Dionisi-Peyrusse) applique une doctrine similaire quant aux restrictions de la législation grecque.

<sup>40</sup> De fait, la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision du 4 octobre 2012, *Harroudj c/ France*, n° 43631/09, a reconnu qu'une loi qui interdit l'adoption ne viole ni l'article 8 ni 14 de la convention européenne des droits de l'homme (*Rev. crit. DIP*, 2013, p. 161-172 note S. Corneloup). L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 décembre 2014, *Chbihi Loudoudi et autres c. Belgique*, n° 52265/10 se prononce d'une manière identique. L'affaire concerne l'adoption sollicitée en Belgique par M. *Chbihi Loudoudi* et Mme *Ben Said* de leur nièce marocaine leur ayant été confiée en vertu d'une *kafala*. La Cour dit que le refus d'adoption était fondé sur une loi visant à assurer, conformément à la Convention de La Haye, que les adoptions internationales aient lieu dans l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le respect de sa vie privée et familiale et que les autorités belges pouvaient légitimement considérer qu'un tel refus était dans l'intérêt supérieur de l'enfant, en permettant le maintien d'une seule et même filiation au Maroc comme en Belgique (lien de filiation avec les parents biologiques).

<sup>41</sup> Sur cette question v. S. Álvarez González, Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. X, 210, p. 339-377; H. Fulchiron, C. Guilarte, L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. À propos de la décision du Tribunal supremo espagnol du 6 février 2014, *Rev. crit. DIP*, 2014, p. 531-580.

<sup>42</sup> N. Marchal Escalona, Nota a las Resoluciones (34<sup>a</sup>) de 4 de abril de 2012, (2<sup>a</sup>) de 11 de julio de 2012 y (3<sup>a</sup>) de 11 de julio de 2012 de la DGRN, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XII, 2012, p. 1179-1183.

Troisièmement, l'article 34.1.3° L.A. requiert que les autorités espagnoles mènent un contrôle de la loi appliquée. Celles-ci doivent vérifier quelle a été la loi applicable dans l'attribution de la *kafala* marocaine et, plus particulièrement, si celle-ci correspond à la loi ou aux lois désignée(s) par les règles de conflit marocaines. Cette exigence s'avère tout aussi critiquable car elle impose de contrôler que la loi applicable à l'attribution de la *kafala* a été respectée, non pas conformément aux règles de conflit espagnoles –ce qui serait le contrôle type de la loi applicable–, mais conformément aux règles de conflit du système marocain. Or, il n'est pas de la compétence des autorités espagnoles d'évaluer si l'autorité marocaine a correctement appliqué ou non sa réglementation conflictuelle. De même qu'en matière de compétence, ce qui importe c'est que la *kafala* ait été valablement et efficacement accordée au Maroc.

Finalement, il est de plus exigé que le document faisant état de l'établissement de la *kafala* remplisse des conditions de régularité formelle, c'est-à-dire que ce document devra être dûment légalisé, étant donné que le Maroc ne fait pas partie de la Convention de la Haye supprimant l'obligation de la légalisation des documents publics étrangers du 5 octobre 1961 et de leur traduction (article 34.1.4°). Dans tous les cas, la reconnaissance n'aura pas lieu si elle produit des effets manifestement contraires à «l'ordre public espagnol» (article 34.2°). Il est important de souligner qu'on ne peut en aucun cas affirmer que la *kalafa* marocaine constitue une institution étrangère de nature à soulever un problème «d'ordre public international» en Espagne<sup>43</sup>.

### **III.- LA PRATIQUE ADMINISTRATIVE ET JUDICIAIRE ESPAGNOLE CONCERNANT LE TRAITEMENT DE LA *KAFALA* MAROCAINE**

L'examen de la pratique administrative et judiciaire relative à la reconnaissance en Espagne de cette mesure de protection étrangère montre qu'en réalité l'attribution de l'efficacité ne constitue pas une question parfaitement homogène, puisque la réponse dépend de l'autorité sollicitée -que ce soit pour admettre l'entrée du mineur sur le territoire (1), obtenir la nationalité espagnole (2) ou une prestation sociale déterminée

---

<sup>43</sup> A. Quiñones Escámez, *op.cit.*, p. 161.

(3). Sera détaillé ci-dessous comment les autorités espagnoles agissent dans les différents domaines de leurs interventions.

### **1.- Le traitement de la *kafala* marocaine dans le domaine du Droit relatif aux étrangers**

Pour les autorités espagnoles, *la kafala* de mineurs marocains ne donne pas droit à l'attribution de la nationalité espagnole –d'origine–. La raison en est simple. La *kafala*, –qu'elle soit judiciaire ou notariale– ne peut être assimilée à une adoption et par conséquent, la situation du mineur ne peut être assimilée à celle du mineur qui est adopté par un Espagnol (article 19 Code civil). Voilà pourquoi les questions relatives aux droits des étrangers ont un poids important pour la *kafala* marocaine.

Dans le droit espagnol de la *condition des étrangers* [dorénavant appelé droit des étrangers], il n'existe pas de règles claires établissant les conditions requises pour l'entrée des mineurs en Espagne. Cette entrée se fera –conformément à ce qui est prévu dans la loi relative aux étrangers<sup>44</sup> et dans son règlement d'application<sup>45</sup>– indépendamment du fait que la *kalafa* a été accordée ou rédigée en faveur d'un citoyen d'un Etat membre de l'Union européenne, d'un citoyen d'un Etat Partie de l'accord sur l'Espace économique européen ou d'un citoyen suisse ou en faveur d'un citoyen d'un Etat tiers<sup>46</sup>. De fait, l'absence de réglementation spécifique pour ces cas explique pourquoi la jurisprudence espagnole (tribunaux contentieux administratifs) n'est pas unanime dans son appréciation des décisions de l'Administration refusant l'octroi du visa de résidence nécessaire pour un regroupement familial ou son extension. Ces divergences justifient que la Direction générale de l'Immigration (dorénavant appelé

---

<sup>44</sup> L.O. 4/2000, du 11 janvier, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformée par la L. O. 8/2000, du 22 décembre, par la L.O. 11/2003, du 29 septembre, par la L.O. 145/2003, du 20 novembre, par la L.O. 2/2009, du 11 décembre et par la L.O. 10/2011 du 27 juillet* (BOE n° 10, du 12 janvier 2000; corr.err. BOE n° 20, du 24 janvier. BOE n° 307, du 23 décembre 2000; corr. err. BOE n° 47, du 23 février 2001. BOE n°. 234, du 30 septembre 2003. BOE n° 279, du 21 novembre 2003. BOE n° 299, du 12 décembre 2009. BOE n° 180, du 28 juillet 2011).

<sup>45</sup> *Real Decreto* [Décret royal] 557/2011, du 20 avril, approuvant le Règlement de la L.O. 4/2000, quant aux droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale, après réforme par la L.O. 2/2009 (BOE n° 103, du 30 avril 2011; corr.err. BOE n° 145, du 18 juin 2011).

<sup>46</sup> Le régime communautaire devrait être appliqué à un mineur étranger sous le régime de *la kafala* dont la charge a été confiée à un *kafil* –titulaire des libertés de circulation– pourvu que la *kafala* accordée à l'étranger soit assimilable à la tutelle dative, dans le but de maintenir ainsi l'unité de la famille, à laquelle fait référence la directive communautaire. Concrètement, sur la documentation à présenter v. A. Rodriguez Benot, *op.cit.*, p. 123-152.

DGI) du ministère du Travail et des Affaires sociales a publié le 27 septembre 2007 (DGI/SGRJ/07/2007) une Instruction sur la *kafala*<sup>47</sup> –qui a remplacé celle du 1er décembre 2004– s’efforçant d’unifier les critères à remplir par les documents à présenter lors de l’entrée sur le territoire espagnol du mineur venu en Espagne sous le régime de cette mesure de protection.

Selon cette Instruction, le titre à délivrer au mineur dépend du type de *kafala* qui a été instituée au Maroc. Ainsi, d’une part, cette Instruction distingue la *kafala* qui a été accordée par une autorité publique étrangère, soit parce que le mineur était orphelin, soit parce qu’il a été déclaré abandonné. Dans ces cas-là, la *kafala* n’établit aucun lien de filiation, mais elle génère par contre, selon cette Instruction, un régime juridique assimilable à la tutelle dative. De ce fait, la personne qui a demandé la constitution de la *kafala* (*kafil*) sera considérée comme son représentant légal et, par conséquent, l’accueil du mineur sur le territoire espagnol aura un caractère permanent. Le mineur obtiendra le visa de résidence correspondant au regroupement familial, conformément à ce que dispose l’art. 17.1° c) Loi relative aux étrangers qui établit le droit au regroupement des mineurs ou des incapables, lorsque le résident étranger est son représentant légal. En ce sens, se sont prononcés les arrêts du *Tribunal superior de justicia*<sup>48</sup> de Madrid du 9 juillet 2009<sup>49</sup>, du 25 mars 2011<sup>50</sup>, du 14 mars 2008<sup>51</sup> et du 2 octobre 2008<sup>52</sup> et de l’*Audiencia nacional*<sup>53</sup> de 2 de février 2011<sup>54</sup>.

En revanche, s’il s’agit d’une *kafala* délivrée par les parents biologiques du mineur, –ce qui est surtout fréquent dans les Communautés autonomes de Melilla et

---

<sup>47</sup> Consulter le texte sur la page web du ministère du Travail et des Affaires sociales, Immigration et Emigration.

<sup>48</sup> Les Tribunaux supérieurs de Justice sont des organes juridictionnels intégrés dans le pouvoir judiciaire espagnol, dont le domaine de compétence territoriale s’étend sur toute une Communauté autonome [région]. Ces tribunaux sont divisés en trois chambres: civile/pénale, contentieuse-administrative, sociale.

<sup>49</sup> *La Ley*, 189247\2009.

<sup>50</sup> *Aranzadi JUR* 2011\189157

<sup>51</sup> *La Ley*, 81452\2008

<sup>52</sup> *La Ley*, 210752\2008.

<sup>53</sup> La *Audiencia nacional* a son siège à Madrid. C’est un organe juridictionnel unique en Espagne dont la juridiction couvre tout le territoire national, constituant ainsi un «Tribunal» centralisé et spécialisé pour connaître d’une série de matières déterminées qui lui sont attribuées par la loi. L’*Audiencia nacional* s’occupe concrètement des crimes et des infractions de la sphère sociale tels que le terrorisme, le crime organisé, les trafics de stupéfiants, délits contre la Couronne ou économiques causant un grave préjudice à l’économie nationale. En matière contentieuse-administrative, l’*Audiencia nacional* fiscalise les résolutions de l’Administration de l’Etat.

<sup>54</sup> *Aranzadi JUR* 2011\68466.

Ceuta—, indépendamment de l'intervention ou non d'une autorité publique (judiciaire ou administrative) dans le processus de constitution, selon l'Instruction DGI/SGRJ/01/2008 du 17 janvier 2008<sup>55</sup>, le fait que les parents biologiques cèdent ou délèguent l'autorité parentale à une tierce personne n'a aucune validité en Espagne. Pour les autorités espagnoles, cette *kalafa* ne confère pas au *kafil* la représentation légale du mineur et, par conséquent, cela ne donne pas lieu à l'octroi dudit visa de résidence pour regroupement familial (*ad ex.* résolution du Tribunal contentieux-administratif n° 17 de Barcelone, du 5 juillet 2013<sup>56</sup>). Voilà pourquoi, dans ces cas, les mineurs pourront uniquement obtenir, conformément aux articles. 187-188 du Règlement relatif aux étrangers 557/2011, du 20 avril (*ex* article 93 du Règlement d'Exécution de la loi relative aux étrangers, approuvé par le Décret royal 2393/2004, du 30 décembre<sup>57</sup>) le visa de séjour dans un but de scolarisation, traitement médical ou pour prendre des vacances.

L'application à ces mineurs du régime d'entrée prévu dans ces articles n'est pas judiciaire, car leur séjour sur le territoire espagnol n'a pas, dans la plupart des cas, le caractère temporaire que cette autorisation dispense. Preuve en est que parfois a été sollicitée auprès des autorités espagnoles l'octroi du titre de séjour temporaire opportune<sup>58</sup> (article 186 Règlement de la loi organique 4/2000<sup>59</sup>) ou la constitution d'une adoption pour un mineur marocain pour lequel avait été accordée ou rédigée une *kafala* intrafamiliale. L'arrêt de l'*Audiencia provincial* de Barcelone (Section 18<sup>a</sup>) du 3 novembre 2011 s'est prononcé en ce sens<sup>60</sup>. De même, le titre délivré à ces mineurs pour entrer sur le territoire espagnol n'aide en rien à ce que le mineur puisse régulariser

<sup>55</sup> Instruction DGI/SGRJ/01/2008 du 17 janvier 2008<sup>55</sup> concernant le regroupement familial de mineurs ou d'incapables sur lesquels le regroupant exerce la représentation légale

<sup>56</sup> TOL 4.0179.63.

<sup>57</sup> BOE n° 6, du 7 janvier 2005.

<sup>58</sup> Titre de séjour temporaire: de 3 à 5 ans, à partir de 5 ans, la résidence devient permanente.

<sup>59</sup> Cette autorisation peut être obtenue quand on prouve la permanence du mineur en Espagne pendant au minimum deux ans [arrêt de l'*Audiencia nacional* du 2 février 2011 (*Aranzadi JUR* 2011\68466); du *Tribunal superior de justicia* de l'Andalousie du 30 avril 2012 (*Aranzadi JUR* 2012\239565); arrêts du *Tribunal superior de justicia* de Catalogne du 21 novembre 2012 (*Aranzadi JUR* 2013\89436) et du 19 décembre 2012 (*Aranzadi JUR* 2013\89534); arrêt du *Tribunal superior de justicia* de Madrid du 20 septembre 2013 (*Aranzadi JUR* 2013\313621); arrêt du *Tribunal superior de justicia* du Pays Basque du 19 juin 2013 (*Aranzadi JUR* 2014\143218); Jugement du Tribunal Contentieux-administratif n° 17 de Barcelone (*Aranzadi JUR* 2013\355749)].

<sup>60</sup> *Aranzadi JUR* 2012\33530. Cet arrêt a confirmé le jugement prononcé en première instance qui refusait la constitution de l'adoption d'un mineur car les parents vivaient encore, n'avaient pas été privé de leur autorité parentale et il n'avait pas été déclaré pour le mineur de mesure de protection ou de situation d'abandon au Maroc.

son “statut” en Espagne et empêche que ce dernier puisse obtenir la nationalité espagnole en raison de sa résidence (article 22 Code civil espagnol)<sup>61</sup>.

Cette pratique administrative est critiquable. Il faut se garder de l’infection du droit international privé par le droit des étrangers, étant évident que la documentation délivrée au mineur marocain pour lequel a été constituée une *kafala* intrafamiliale influe sur les relations internationales de famille et également aussi sur le Droit de la nationalité. Il est indispensable que le sens commun s’impose. Il faut prendre en compte toutes les données de l’espèce, et tout spécialement «l’intérêt supérieur du mineur». De sorte que, même si la *kafala* avait été accordée à un mineur qui n’avait pas été déclaré abandonné au préalable, on devrait lui délivrer le visa de séjour pour regroupement familial dans les cas où cette mesure de protection impliquerait, selon la législation ou pratique marocaine, la concession au/aux *kafil/s* de la “représentation légale du mineur”. Néanmoins, il est actuellement impossible de maintenir cette position, après l’arrêt du *Tribunal supremo español* (dorénavant, T.S.<sup>62</sup>) du 9 décembre 2011<sup>63</sup>. Dans cette décision, le T.S. affirme que si le mineur n’a pas été préalablement abandonné, le *kafil* ne peut être considéré comme “représentant légal du mineur”. Du point de vue juridique, ce raisonnement est discutable ; il aboutit à un résultat non désiré pour les mineurs à qui l’on dénie la possibilité d’avoir un futur et une vie meilleure en Espagne. Il va sans dire que cette décision constitue une véritable mesure de contrôle des flux migratoires, ce qui est tout à fait compréhensible, plus encore si l’on tient compte du fait que ces dernières années la constitution de *kafalas* frauduleuses, également appelées “*kafalas* blanches” est en voie de proliférer<sup>64</sup>. Ce type de *kafala* a effectivement pour but de contourner la réglementation en matière de regroupement familial, évitant ainsi les voies normales d’entrée et de travail des étrangers en Espagne<sup>65</sup>.

<sup>61</sup> V. N. Marchal Escalona, Nota a la Sent. del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2008, *Revista Española de Derecho internacional privado*, 2008, vol. 2, p. 606-609.

<sup>62</sup> Jurisdiction unique dont la compétence s’étend à l’ensemble du territoire national, le *Tribunal supremo* est l’instance suprême en matière de droit civil, de droit pénal, de contentieux administratif et de droit social, à l’exception des affaires de droit constitutionnel, qui sont de la compétence exclusive du Tribunal constitucional. Le *Tribunal supremo* assure l’unité de la jurisprudence en Espagne.

<sup>63</sup> *Aranzadi JUR* 2012\2630.

<sup>64</sup> A. Quiñonez Escámez, *op.cit.*, p.189.

<sup>65</sup> Nous trouvons des décisions judiciaires où le visa est refusé en raison de l’existence de fraude évidente. C’est ce qui s’est passé dans l’arrêt du *Tribunal supérieur* de justice de Madrid du 11 juin 2008, qui confirme le refus du visa en faveur d’un mineur en âge de travailler (17 ans), dont la *kafala* avait été confiée judiciairement au père, résidant en Espagne, les cinq autres frères et sœurs, mineurs, étant restés au Maroc, à la charge de leur mère (*TOL* 1366209). Dans cette même ligne, voir arrêt de la Cour suprême de Madrid du 30 mai 2014 (*Aranzadi JUR* 2014/249149).

Indépendamment du fait que cette pratique administrative –confirmée par la décision du T.S.– encourt la critique, ce qui est certain c’est que les autorités espagnoles qui reconnaissent la validité d’une *kafala* constituée au Maroc passent outre tout raisonnement de DIPr. Le contrôle que ces autorités réalisent pour la reconnaissance d’une *kafala* accordée au Maroc est minimal; de fait elles contrôlent uniquement la régularité formelle du document qui est présenté (traduction et légalisation). Bien que, dans ce cas, il ne s’agisse pas d’utiliser la décision judiciaire ou le document public étranger renfermant la *kafala* comme moyen de preuve (effet probatoire), il est plutôt prétendu que ces documents aient une efficacité constitutive en Espagne (effet constitutif). C’est pourquoi le contrôle de ces autorités devrait être plus rigoureux. Toutefois, il est également certain que le but que les particuliers *recherchent* par la reconnaissance de la *kafala* dans le domaine du droit relatif aux étrangers (entrée et séjour du mineur), justifie –bien que cela ne soit pas juridiquement exact– la flexibilité avec laquelle ces autorités agissent à l’heure de reconnaître des *kafalas* constituées au Maroc, se limitant à réaliser un contrôle “*sui generis*”, loin des conditions requises et des exigences imposées par la réglementation du DIPr. Evidemment, par ce procédé, les autorités manifestent un certain respect du Droit des étrangers en reconnaissant les effets que cette institution déploie dans l’ordre juridique espagnol. Pour la Direction générale de l’Immigration, il est clair que la *kafala* judiciaire confère la tutelle dative au *kafil*, d’après ce que prévoit l’article 17 de la loi n° 15/01 ; par conséquent celui-ci peut être considéré comme représentant légal du mineur et, de ce fait, il lui *revient* de solliciter le visa correspondant pour le regroupement familial. Néanmoins, ce respect n’est pas absolu, puisqu’une *kafala* intrafamiliale peut avoir des effets identiques à une *kafala* extra-familiale, mais le traitement légal n’est pas le même dans le domaine du droit des étrangers, bien qu’il existe effectivement des *kafalas* intrafamiliales où le *kafil* exerce la représentation légale du mineur.

## **2.- Traitement de la *kafala* marocaine dans le domaine du Registre: la doctrine de la DGRN et l’incidence de celle-ci sur l’acquisition de la nationalité espagnole**

---

Le traitement juridique de cette mesure de protection dans le domaine des registres est, sur la base d'une similitude fonctionnelle, celui de l'accueil familial. S'agissant d'une circonstance qui affecte l'état civil des espagnols, la *kafala* est reçue au registre civil par la voie d'une annotation d'accueil qui est effectuée à la demande du procureur ou de tout intéressé<sup>66</sup>, et à la condition –précisée par la Résolution-Circulaire de la DGRN de 2006– que ladite *kafala* ait été valablement constituée par une autorité étrangère, qu'elle ne porte pas atteinte à l'ordre public international espagnol et que les documents y afférents soient dûment légalisés et traduits en espagnol (articles 144 et 323 LEC 2000). Dans cette Résolution, la DGRN ignore que les conditions qu'une *kafala* doit réunir pour son efficacité en Espagne dépendent du régime de reconnaissance applicable. Il n'est donc pas exclu qu'en Espagne une *kafala* marocaine puisse être reconnue avec les effets qui lui sont propres en droit marocain (théorie de l'extension des effets). C'est en principe le cas lorsque le régime applicable est celui de la Convention de la Haye de 1996 ou celui de la Convention bilatérale hispano-marocaine. Aussi assimiler la *kafala* à une institution espagnole de protection du mineur, tel l'accueil familial, lorsque la règle applicable à sa reconnaissance est conventionnelle (Convention de La Haye ou Convention bilatérale) ne constitue pas seulement une pratique administrative erronée mais elle emporte aussi violation des engagements internationaux de l'Espagne dans ce domaine. Néanmoins, le traitement que les autorités du registre espagnol donnent à la *kafala* trouve sa raison d'être dans la difficulté à laquelle les confronte une institution inconnue. Voilà pourquoi la *kafala* marocaine est assimilée à l'une des institutions prévues par le droit espagnol. Le problème réside dans le fait que cette assimilation imposée par le registre a contaminé, s'est étendue et même, comme il a été dit auparavant, a été transposée dans le domaine législatif (*ex* article 34 L.A.) avec des effets préjudiciables évidents, dans le domaine du droit de la nationalité. En effet, cette mesure de protection n'est pas indifférente à la réglementation de la nationalité espagnole. Pour la DGRN, les mineurs marocains pour qui une *kafala* a été constituée ne peuvent opter pour la nationalité espagnole en vertu de l'article 20.1° a) du Code civil<sup>67</sup>. Cette position est erronée. Du fait que le fondement du droit d'opter pour la nationalité espagnole repose sur l'exercice de l'autorité par un

---

<sup>66</sup> A. Lara Aguado, La adopción de menores extranjeros como vía de inmigración en Andalucía, in AA.VV., *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, (S. Sánchez Lorenzo, éd.), Barcelona, Atelier, 2009, p. 570.

<sup>67</sup> V. les décisions de la DGRN du 1er février 1996 (*La Ley* 6513/1996) et du 23 janvier 2004 (*BOE*, n° 128 du 30 mai 2004), 21 mars 2006 (*TOL* 893.359), et du 27 septembre 2007 (*TOL* 1.965.477).

espagnol, on ne peut conclure, comme le souligne effectivement A. Lara Aguado, que les relations d'autorité parentale dérivent exclusivement d'une relation préalable de filiation naturelle ou adoptive, tel qu'il est prévu dans le droit matériel espagnol<sup>68</sup>, mais que par contre il convient d'élucider jusqu'à quel point la *kafala* du droit marocain confie l'exercice de l'autorité parentale du mineur au *kafil*. En Espagne, l'autorité parentale comprend une série d'obligations et de facultés pour son/ses titulaires(s) (article 154 Code civil) qui coïncide, certes pas d'une manière absolue, mais néanmoins de façon substantielle avec les obligations que doit assumer *le kafil* lorsqu'une *kafala* est prononcée au Maroc. Dans ce cas, il ne devrait pas y avoir de problème pour que le mineur puisse acquérir la nationalité espagnole, si la *kafala* réunit les conditions requises pour sa reconnaissance en Espagne. Ce type de *kafala* pourra, avec raison, recevoir le même traitement que reçoivent en Espagne les adoptions simples prononcées dans des pays tels que le Brésil, l'Équateur, le Guatemala, certains États du Mexique, l'Argentine, la Bolivie, Costa Rica, Honduras, la République dominicaine, le Paraguay, l'Uruguay et le Venezuela. Ces adoptions ne supposent pas la rupture totale des liens avec la famille biologique.

Pourtant l'inscription au registre espagnol empêche d'accéder à la nationalité espagnole par cette voie. Il resterait uniquement au mineur venu *sous le régime de la kafala* la possibilité d'acquérir la nationalité espagnole en raison du fait qu'il est légalement assujéti à la tutelle, garde ou accueil d'un espagnol pendant deux années consécutives pour un délai de séjour réduit à un an [article 22.2° c) Code civil]. Cette position oblige le représentant du mineur à déposer un dossier devant le Juge délégué au Registre civil correspondant au domicile, lequel sera remis à la DGRN pour que celle-ci apprécie si les conditions d'acquisition sont réunies ou s'il existe des motifs de refus tirés de l'ordre public et de l'intérêt national.

### **3.- Le traitement de la *kafala* marocaine dans le domaine de l'accès aux prestations de la Sécurité sociale**

Un mineur marocain sous le régime d'une *kafala* a le droit, en Espagne, à une prestation pour orphelin, selon ce qu'enseigne la pratique judiciaire récente.

---

<sup>68</sup> *Id.*, *op.cit.*, p. 553-613.

Mentionnons, en ce sens, l'arrêt du *Tribunal superior* de Justice de Madrid, du 31 janvier 2008<sup>69</sup>, confirmé par l'arrêt prononcé par le T.S. du 10 février 2009<sup>70</sup>. Et cela, bien que l'article 175 de la loi générale de la Sécurité sociale considère seulement comme bénéficiaire de ladite prestation "les enfants du titulaire quelle que soit la nature légale de la filiation". L'arrêt du *Tribunal supremo* admet que, s'il est vrai que l'adoption et la *kafala* ne sont pas, d'un point de vue formel, des institutions identiques, du moins, dans une perspective matérielle et téléologique, elles remplissent une fonction d'assistance identique. De même, il considère opportun d'assimiler la *kafala* à la filiation adoptive du droit espagnol, pour justifier l'octroi de ladite prestation, ce qui traduit bien la volonté de la jurisprudence de rechercher avant tout «l'intérêt du mineur», mais il ne peut traiter comme équivalentes des institutions telles que la filiation et la *kafala* marocaine, qui sont différentes de par leur nature, leur constitution et leurs effets.

Il n'est pas cohérent qu'en Espagne une *kafala* marocaine soit reconnue avec des effets différents de ceux qui lui sont propres dans son Etat de constitution. Si dans le droit espagnol il est impossible de convertir légalement, par une procédure judiciaire, la *kafala* en adoption, comme c'est le cas pour les adoptions simples, il n'y a pas lieu à ce que la *kafala* puisse produire les mêmes effets que ceux de la filiation adoptive, pas même pour une cause aussi louable que «l'intérêt du mineur». Quoique ce raisonnement judiciaire réponde à des paramètres de justice matérielle, le tribunal ne peut donc créer par la voie judiciaire des prestations contributives qu'il appartient au seul législateur de déterminer, que ce soit unilatéralement ou bilatéralement<sup>71</sup>. Evidemment il est permis de soutenir que la législation espagnole en ce domaine est critiquable en ce qu'elle réserve ce droit aux seuls enfants naturels ou adoptifs, mais c'est là une autre question..

En revanche, si ce que demande le *kafil* est qu'on lui reconnaisse le droit aux allocations pour maternité ou paternité, la situation est différente. D'après le critère de l'INSS (Institut national de la Sécurité sociale espagnol) 77/2003-04, la *kafala* accordée par une autorité marocaine compétente, pour une période supérieure à un an, prouvée par des documents dûment légalisés et traduits, peut s'apparenter à l'accueil familial du

---

<sup>69</sup> Aranzadi JUR 2008\959.

<sup>70</sup> Aranzadi JUR 2009\154016.

<sup>71</sup> V. S. García Cano in *Revista Española de Derecho internacional privado*, vol. LX, 2008, p. 256.

droit espagnol et ouvrir droit à ladite allocation. Cependant, pour que cela soit possible, il faudra demander à l'organe compétent de l'administration de l'Etat qu'il confirme ou indique que la *kafala* peut être considérée valablement accordée.

#### IV. RÉFLEXION FINALE

Cette étude a cherché mettre l'accent sur le fait que l'efficacité en Espagne de la *kafala* marocaine, en tant qu'institution étrangère au droit espagnol, ne fait pas l'objet d'un traitement univoque de la part des différentes autorités espagnoles qui doivent attacher des conséquences juridiques au fait qu'un mineur est soumis à une *kafala* marocaine. En effet, dans le domaine du droit des étrangers, cette mesure de protection est assimilée, dans certains cas, à la tutelle, et dans d'autres, elle est considérée comme l'équivalent d'une simple délégation de la responsabilité parentale, selon *que* l'on est en présence d'une *kafala* de type judiciaire ou notariale. Par ailleurs, les autorités d'enregistrement assimilent la *kafala* à un accueil familial, tel qu'il est réglementé en Droit espagnol, alors qu'il est arrivé que certaines décisions judiciaires ont assimilé la *kafala* à une tutelle ou même à une garde. Et dans le domaine de la Sécurité sociale, les autorités espagnoles considèrent, aux fins de l'octroi de la pension d'orphelin, que la *kafala* équivaut à la filiation adoptive. Cependant si l'on désire obtenir une reconnaissance des allocations pour maternité/paternité cette institution est assimilée à l'accueil familial.

En définitive, il semble que la *kafala* marocaine est reçue en Espagne dans certains cas avec les effets que celle-ci déploie en droit marocain (droit des étrangers), dans d'autres, avec les effets propres de l'institution espagnole à laquelle elle est assimilée (domaine de l'enregistrement et droit de la nationalité ainsi que pour les congés maternité/paternité) et dans d'autres encore, avec des effets qui sont inconnus du droit marocain qui, de plus, les rejette (pension pour orphelin). Cette hétérogénéité dans le traitement de la *kafala* marocaine tient au fait que les autorités espagnoles n'appliquent pas correctement les règles en vigueur dans l'ordre juridique espagnol, spécialement de droit international privé et que ce sont ces règles qui, en définitive, déterminent, quelle(s) voie(s) d'attribution d'efficacité peuvent être utilisée(s) pour reconnaître une *kafala* marocaine en Espagne, quelles sont les conditions que les autorités espagnoles doivent contrôler, ainsi que les effets qui doivent être reconnus en

Espagne à cette mesure de protection. La mise en œuvre desdites règles est –comme il a été démontré– complexe dans la mesure où l'on doit tenir compte de divers facteurs (date, type de *kafala*, etc.), bien que le principe du *favor minoris* doive toujours prévaloir. Les inconvénients de cette hétérogénéité sont évidents : la violation des obligations conventionnelles de l'Espagne, d'une part, et au détriment des citoyens un affaiblissement de la sécurité juridique, d'autre part.

Face à cette disparité d'interprétations, une solution transversale doit s'imposer, une solution unique et applicable par toutes les autorités espagnoles (enregistrement, judiciaire, et administrative). La *kafala* marocaine doit être reconnue en Espagne avec les effets qui lui sont propres en droit marocain, comme le prévoient la Convention de La Haye de 1996 et la Convention hispano-marocaine. Il est certain que cela impliquerait la réforme du droit international privé espagnol (article 34 L.A.) qui exige non seulement qu'il y ait une équivalence de fonctions avec une mesure de protection espagnole pour que la *kafala* soit reconnue en Espagne, mais aussi qui permette à l'autorité espagnole de l'apparenter, selon son critère, à l'accueil familial ou à la tutelle, du Droit espagnol.

En revanche, la *kafala* marocaine devrait être reconnue en Espagne comme une mesure de protection du mineur à caractère temporaire créant certaines obligations envers le *makful* (protection, entretien et éducation) à la charge du *kafil* considéré, en règle générale, comme son représentant légal, assumant la responsabilité civile des actes de cet enfant, sans lien de filiation ni, partant, de droit de succession. Il est néanmoins également vrai que, en dernière instance, les effets qu'une *kafala* marocaine est appelée à déployer en Espagne dépendent du type de *kafala* qui a été constituée au Maroc (judiciaire/extrafamiliale ou notariale/intrafamiliale).

Etant admis que la *kafala* marocaine est accueillie avec ses effets en Espagne, il restera à déterminer quels droits et prérogatives le *kafil* et le *makful* pourront concrètement exercer en Espagne en vertu de ces effets. Qu'en sera-t-il de l'obtention de la nationalité espagnole, des bénéfices à tirer de la transcription sur le registre civil, du droit à une prestation sociale spécifique ? Quoique ces institutions présentent un caractère de droit public, leur mise en mouvement repose sur l'existence de certains liens familiaux. La relation familiale apparaît comme la question préalable au droit de la

nationalité, au droit à certaines prestations sociales ou à la transcription sur le registre de l'état civil espagnol. Et c'est justement là que les autorités espagnoles se trouvent face au dilemme de satisfaire ou repousser la demande déposée sur la base d'une *kafala* marocaine, une institution inconnue qui oblige à rechercher dans le droit espagnol une institution équivalente. Cette recherche n'est pas *stérile*, elle est plutôt prédéterminée par la relation familiale placée par le droit espagnol à la base de l'octroi dudit droit ou bénéfice, de ladite prestation ou demande et il s'agit, évidemment, de la relation familiale telle que configurée par le droit de la famille espagnol. Ainsi, si pour obtenir la prestation sociale pour maternité/paternité, selon l'article 133 *bis et coites* de la loi générale de la Sécurité sociale<sup>72</sup>, la maternité/naissance d'un enfant, l'adoption et l'accueil familial sont considérées comme des situations protégées, il est évident que l'autorité espagnole devra assimiler cette mesure de protection à l'accueil familial ou à l'adoption espagnole, tandis que si ce que l'on recherche c'est que la *kafala* soit portée au registre de l'état civil, les paramètres de recherche de cette équivalence diffèrent. Ce qui est absolument inadmissible c'est, comme nous l'avons vu, d'apparenter la *kafala* à l'adoption. Ceci dit, s'il est par contre possible d'apparenter la *kafala* à diverses institutions espagnoles (accueil familial, tutelle, etc.) cela doit se faire avec l'institution qui est la plus avantageuse pour le mineur (*favor minoris*). Dans tous les cas, cette équivalence, selon ce que nous avons maintenu, doit se faire sur la base des effets que la *kafala* marocaine est appelée à déployer en Espagne, une fois que celle-ci a été reconnue (équivalence d'effets) et non de la fonction que celle-ci joue dans ledit Etat (équivalence fonctionnelle<sup>73</sup>).

Le principe d'équivalence d'effets, qui doit être promu, implique deux opérations. Dans un premier temps, il sera nécessaire de reconnaître la *kafala* avec les effets que cette institution déploie au Maroc, pays de sa constitution, et pour ce faire, il faudra tenir compte du type de *kafala* effectivement utilisé (intrafamiliale, extrafamiliale). Une fois ces effets définis, il faut détecter à partir de ceux-ci, l'institution espagnole correspondante. Cette recherche est opérée au moyen des catégories de l'ordre espagnol. Ce principe est celui qui s'accorde le mieux avec la nature de l'institution étrangère, il constitue un instrument adéquat pour l'élimination de

<sup>72</sup> *Real Decreto* [Décret royal] législatif 1/1994 du 20 juin (*BOE* n° 154, 29 juin 1994).

<sup>73</sup> J.C Fernández Rozas, *Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 25, 2009, p. 9-44.

l'hétérogénéité signalée ci-dessus et se montre respectueux des règles conventionnelles en vigueur dans l'ordre juridique espagnol. Il semble donc judicieux d'opter pour une méthode propre à résoudre les problèmes de coordination de systèmes et pour le secteur de la reconnaissance, éloigné des constructions classiques propres à ce domaine juridique du secteur du droit applicable. C'est donc proposer, dans le domaine de la reconnaissance de la *kafala*, une "adaptation" du style de celle que consacre l'article 54 du Règlement (UE) numéro 1215/2012, relatif la compétence judiciaire et à l'exécution des décisions judiciaires en matière civile et commerciale, en disposant que: "*Si une décision comporte une mesure ou une injonction qui est inconnue dans le droit de l'État membre requis, cette mesure ou injonction est adaptée autant que possible à une mesure ou une injonction connue dans le droit dudit État membre ayant des effets équivalents et poursuivant des objectifs et des intérêts similaires. Cette adaptation ne peut pas entraîner d'effets allant au-delà de ceux prévus dans le droit de l'État membre d'origine*"<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Publié le 20 décembre 2012. Ledit règlement entrera en vigueur le 10 janvier 2015 (articles 80 et 81) et substituera le règlement (UE) 44/2001.