

LA RECEPTION DE L'INSTITUTION DE LA «KAFALA» PAR LE JUGE ESPAGNOL

*José Ramon DE VERDA
Y BEAMONTE
Professeur de droit civil
Université de Valence.*

I. INTRODUCTION :

En Espagne, la «kafala» provoque souvent une certaine confusion chez les juristes peu familiers avec le droit international privé, et ce même si la «kafala» est tenue d'avoir une importance incontestable, étant donné l'augmentation de l'immigration originaire du Maghreb, en particulier du Maroc.

Ceci est démontré par le fait qui a conduit à diverses résolutions de la Direction générale des registres et des notaires; ce qui commence à faire l'objet de décisions judiciaires, visées par l'article 29 de la Convention des Nations Unies du 20 Novembre 1989 des Droits de l'enfant et les articles 3, e) et 33, paragraphe 1, 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 parentale et des mesures de protection des enfants et, comme indiqué ci-dessous, ont trouvé une voie pour la reconnaissance légale en Espagne à l'article 34 de la loi 54/2007 du 28 Décembre, de l'adoption internationale.

La perplexité qui se pose, au-delà de celle causée par une expression en arabe est étroitement liée à une façon différente de penser à la protection du mineur dans la culture juridique espagnole en rapport avec celle des pays musulmans.

En Espagne, on considère que la meilleure façon possible pour protéger un mineur en détresse est de l'intégrer dans une nouvelle famille, de manière harmonieuse et permanente, créant

ainsi un lien avec la filiation adoptive et éteignant le lien qui l'unissait sa famille d'origine.

Depuis la réforme du code civil, lancé par la loi 21/1987 du 11 Novembre, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays européens comme la France, il n'y a pas plus de distinction entre l'adoption simple et complète (selon qu'elle puisse être révoquée ou non et selon que l'adopté conserve ou non la relation de filiation avec sa famille d'origine), mais on y reconnaît un seul type d'adoption, qui produit les mêmes effets que la filiation naturelle, ce qui est considéré comme une exigence du principe d'égalité devant l'article 39 de la Constitution, qui proclame l'égalité des enfants devant la loi, indépendamment de leur filiation. Toutefois, l'article 12 de la loi 54/2007 reconnaît le droit des personnes adoptées de connaître leurs origines biologiques, dès l'âge de la majorité et permet à leurs représentants légaux d'exercer ce droit en leurs noms, durant leur minorité, ce qui dans l'exposé des motifs de la loi est expliquée comme étant un législateur conscient de l'importance de cette question sous l'aspect du libre développement de la personnalité des enfants adoptés.

En revanche, dans la plupart des droits d'inspiration musulmane, comme c'est le cas en Algérie et au Maroc (la Tunisie n'étant pas concernée grâce à la loi du 4 Mars 1958), l'adoption est interdite, une interdiction qui trouve ses origines dans le Coran (versets 4 et 5 de la sourate XXXIII) et qui répond à l'idée que le lien juridique de filiation ne peut avoir que des origines biologiques¹, considérant, par conséquent l'adoption comme nulle². Par conséquent, dans ces pays, la protection des mineurs en état d'abandon est effectuée par une institution distincte, la «kafala» qui est un accueil familial, de sorte que, contrairement à l'adoption, ne génère pas un lien de filiation entre l'enfant («makfoul») et la ou les personne(s) qui l'accueillent («kafil»).

¹ V. l'article 142 du Code marocain de la famille et l'article 46 du Code algérien de la famille.

² V. l'article 149 du Code de la famille marocain.

Ainsi, en Algérie³, la «kafala» est régie par les articles 116 à 125 du Code de la famille, dont le premier est défini comme l'obligation de prendre en charge, bénévolement l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur de la même façon que le ferait un parent envers son propre enfant. La «kafala» peut être accordée devant un notaire, avec le consentement des parents s'ils sont connus (article 117 du Code de la famille), le cas échéant, la procédure devra nécessairement faire l'objet d'une décision juridique et d'une déclaration d'abandon préalable par la procédure prévue aux articles 492 à 497 du Code de procédure civile et de l'Administration du 25 Février 2008, suivie devant le tribunal de la famille, avec le concours du ministère public.

Cette intervention judiciaire est très importante du point de vue du droit espagnol, car, comme nous allons le voir, la reconnaissance des effets juridiques de la «kafala» en Espagne se conforme au fait qu'elle est constituée par l'intervention de l'autorité publique, judiciaire ou administrative.

Le «kafil» détient la tutelle légale du «makfoul» (article 121 du Code de la famille), par laquelle il a l'autorité de gérer les biens que celui-ci peut recevoir par voie d'héritage ou par donation (article 122 du Code de la famille). L'enfant recueilli doit garder sa filiation d'origine si ses parents sont connus (article 120 du Code de la famille). Si les parents ou l'un d'entre eux demande la réintégration de la tutelle, l'enfant, si son degré de discernement le permet, peut choisir de retourner chez ses géniteurs ou, au contraire, continuer en compagnie de la personne qui l'a accueilli. Si son âge ne lui permet pas de prendre une décision, le juge décidera à sa place, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant (article 124 du Code de la famille). Si l'enfant n'a pas de parents, le décret de Janvier 13,

³ V. M. BOULENOUAR AZZEMOU, «Recueil légal (kafala) et adoption dans le code de la famille algérien», "Les cahiers de Ladren", 9-23.

1992 lui permet d'acquérir le nom de la personne qui l'a accueilli, si celle-ci en fait la demande.

En cas de décès du «kafil», la tutelle du «makfoul» est accordée aux héritiers du défunt, s'ils en garantissent la prise en charge, sinon, l'autorité juridique attribue la garde de l'enfant à l'entité publique compétente en matière d'assistance (article 125 du Code de la famille).

II. EVALUATION DE LA «KAFALA» PAR LES JUGES ESPAGNOLS :

Nous définirons dans ce qui suit la «kafala» dans la perspective de la législation espagnole. Une question dont dépendront les effets juridiques reconnus par notre législation.

Pour la doctrine et la jurisprudence espagnole, la «kafala» n'est pas une adoption, arguant du fait qu'elle n'entraîne pas la création d'un nouveau lien juridique parent-enfant entre le «kafil» et le «makfoul», sinon un accueil⁴.

Cette position diffère selon que le placement a été convenu à l'égard des enfants dont les parents sont connus, ou au contraire inconnus. Ceci, et particulièrement dans le dernier cas, en dépit du fait que l'enfant ait pris le nom de famille de la personne qui l'accueille, il semble y avoir un rapprochement indubitable entre la «kafala» et l'adoption simple⁵. En tout état de cause, il est utile de rappeler que l'Espagne ne soutient pas l'adoption simple, mais exclusivement l'adoption intégrale.

⁴ En ce sens la Résolution Circulaire de la Direction générale des registres et des notaires du 15 Juillet 2006 («Compte rendu des décisions Aranzadi», 2006, 1652) est clairement prononcée.

V. aussi A.L. Calvo Caravaca-J. Carrascosa González, « La Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007 sobre adopción internacional », Comares, Granada, 2008, 310-311 ; G. Esteban de la Rosa, « El acogimiento internacional de menores », Comares, Granada, 2000, 281.

⁵ V. N. Aït Zaï, « La kafala : quel contenu ? », « Revue des droits de l'Enfant et de la Femme » (CIDDEF), n° 17, Avril-Juin 2008, 33-24.

Récemment, la reconnaissance de la «kafala» a trouvé une voie légale à l'article 34 de la loi 54/2007.

La loi prévoit l'examen des institutions de protection de l'enfance établies par une autorité étrangère, et qu'en vertu de la loi qui les constitue n'attribuent aucun lien de filiation à l'accueil familial (tel que «kafala») régie par la législation espagnole (et défini par la Direction générale des registres et des notaires) ou la tutelle, dans le cas de celle-ci (ce qui est nouveau par rapport à la doctrine établie par le Centre Directif, et qui est important pour considérer le «kafil» comme étant un tuteur datif et, par conséquent, accorder un visa de regroupement familial au «makfoul»).

Dans tous les cas de figure, cet examen ne peut se faire que dans le cas où les conditions suivantes sont satisfaites:

a) En premier lieu, que la «kafala» soit accordée par l'autorité étrangère compétente (judiciaire ou administrative), qui sera déterminée conformément aux tribunaux compétents dans ce type de droit et qui détiendront toutes les connexions logiques d'origine, des antécédents familiaux ou autres dispositions similaires, prévision qui aura pour but de prévenir tout risque d'enlèvements d'enfants et de simulation d'accueil familial dans le seul but que les enfants étrangers puissent jouir des avantages de résidence en Espagne.

L'examen des «kafalas» convenues en privé, sans le concours d'une instance publique en vertu d'une simple déclaration volontaire des parents du mineur est par conséquent exclu ; mêmes si ces «kafalas» ont été établies devant un notaire, procédure qui est admise par la législation algérienne, dans le cas d'enfants dont les parents sont connus.

b) En second lieu, que la «kafala», constituée en vertu des lois étatiques désignées par la réglementation des conflits dans le

lieu ou elle a été établie vise à assurer la validité de la «kafala» dans le pays d'origine.

Toutefois, il semble évident que les autorités espagnoles ne peuvent procéder à aucun contrôle matériel des éléments de validité requis par la loi suscitée (étatique), comme c'est le cas d'un «kafil» musulman (voir à cet égard, l'article 118 du Code de famille de l'Algérie), car elle contrevient au principe de liberté religieuse.

c) En troisième lieu, que le document qui traite de la «kafala» réponde aux exigences formelles de l'authenticité, liées à la légalisation ou l'apostille et dans la traduction vers la langue espagnole officielle (à l'exception des documents exemptés de la certification ou à la traduction en vertu d'autres règles existantes), et vise ainsi à prévenir la falsification de documents.

d) Quatrièmement, que la «kafala» ne produise pas d'effets manifestement contraires au droit international public espagnol, comme serait le cas par exemple, de la reconnaissance des effets juridiques d'une «kafala» pour les enfants qui ont des parents qui n'ont pas fait une déclaration juridique préalable d'abandon.

Par conséquent, la «kafala» qui répond à ces exigences, tout au moins, doit être considérée comme un foyer d'accueil, ce qui, à mon avis, aura une signification en vue de l'adoption possible en Espagne du «makfoul».

III. L'ADOPTION DU «MAKFOUL» EN ESPAGNE :

Souvent le «kafil», s'il a déjà la nationalité espagnole au moment de l'établissement de la «kafala» ou s'il l'acquiert postérieurement par sa résidence en Espagne tentera d'adopter un «makfoul» en Espagne, une possibilité que la législation nationale du «makfoul» ne lui accorde pas.

Conformément à l'article 17.1 de la loi 54/2007, l'adoption sera possible en vertu du droit espagnol, lorsque le mineur

obtient sa résidence habituelle dans notre pays au moment de l'établissement de l'adoption ou lorsque le «makfoul» s'est déplacé ou se déplacera en Espagne afin d'y établir sa résidence habituelle. La loi française n'est pas aussi permissive que la loi espagnole. Ainsi, l'article 370-3 du Code civil français (établi en conformité avec la loi n° 2001-111 du 6 Février 2001, relative aux conflits de lois en matière d'adoption internationale) prévoit que l'adoption de mineurs étrangers en France ne peut avoir lieu, si leur loi personnelle interdit cette institution, sauf si cet enfant est né ou possède sa résidence habituelle dans ce pays⁶.

Si, comme cela a été expliqué, la «kafala» qui répond aux conditions de l'article 34 de la loi 54/2007, et est reconnue en Espagne comme accueil familial, il est logique de penser que, conformément à l'article 176.2.3 du Code ND civil, dans le cas où le «kafil» demande l'adoption du «makfoul», il n'a pas besoin d'une proposition préalable par l'instance publique espagnole correspondante et d'un certificat de conformité⁷, bien que cette proposition comme le prévoit l'article 177.3 4 du Code civil, doit être juste entendu par le juge, afin d'évaluer l'aptitude de l'adoptant⁸.

⁶ La jurisprudence française considère que telle règle renvoie à la fois à l'adoption pleine, comme l'adoption simple (dans le sens des jugements de la Cour de cassation du 10 Octobre 2006, n° 06-15265, et 9 Juillet 2008 sont prononcés).

V. Hugues Fulchiron, « Adoption sur kafala ne vaut », « Revue des droits de l'Enfant et de la Femme » (CIDDEF), n° 17, Avril-Juin 2008, 24-29.

⁷ Cf. A.L. Calvo Caravaca-J. Carrascosa González, op. cit., 313.

⁸ Voir à cet effet, les ordonnances de la Cour provinciale de Barcelone du 8 Juillet 2008 («Cendoj»: 08019370182008200179) et 30 Octobre 2008 («Cendoj»: 08019370182008200239), Cour provincial de Guipúzcoa du 4 Juin 2008 («Cendoj»: 20069370032008200234), et la Cour provinciale de Valladolid du 11 Décembre 2008 («Cendoj»: 47186370012008200116); contre toutefois des Cour provinciale de Tarragone du 23 Juin 2008 («Aranzadi Civil»), 2008, 1710, et de Cádiz du 11 Décembre 2008 (JUR 2009\5978).

IV. NATIONALITE ET «KAFALA».

Afin de répondre aux questions soulevées par la «kafala» en matière de nationalité, il faut distinguer au moment de l'établissement de la «kafala» si le «kafil» est espagnol ou non.

a) Dans le cas où la «kafala», a été accordée pour un «kafil» espagnol, le «makfoul» n'acquiert pas de ce fait la nationalité espagnole d'origine.

Étant donné que, du point de vue de notre législation, la «kafala» n'est pas une adoption, il est clair qu'en fins de l'obtention de la citoyenneté, le statut de «makfoul» ne peut pas être comparée à celle du mineur qui est adopté par un Espagnol, qui, selon l'article 19 du Code civil, va acquérir la nationalité espagnole au moment de l'adoption⁹.

Par conséquent, le «makfoul» conservera sa propre nationalité.

b) Il a été constaté en pratique, que le «makfoul» peut acquérir la nationalité espagnole par option, en vertu des dispositions de l'article 20.1 du Code civil, si le «kafil» étranger au moment de l'établissement de la «kafala» acquiert postérieurement par résidence la nationalité de notre pays. La réglementation prévoit que les personnes qui ont été ou sont sujettes de la patrie espagnole peuvent opter pour de la nationalité espagnole.

Les Résolutions de la Direction générale des registres et des notaires du 1er Février 1996¹⁰ et (2e) du 21 Mars 2006¹¹, qui ont examiné le cas décrit, ont répondu à cette question par la négative.

⁹ Cf. A.L. Calvo Caravaca-J. Carrascosa González, op.cit., 311.

¹⁰ Résolution de la Direction générale des registres et des notaires du 1er Février 1996 («Compte rendu des décisions Aranzadi», 1996, 2450).

¹¹ Résolution de la Direction générale des registres et des notaires du 21 Mars 2006 («Compte rendu des décisions Aranzadi», 2006, 111879)

V. AUTORISATION DE SEJOUR EN ESPAGNE ET L'OCTROI DE VISA POUR LE REGROUPEMENT FAMILIAL :

Pour que le «makfoul» puisse s'installer en Espagne il doit être autorisé à séjourner dans notre pays et obtenir un visa en vue d'un regroupement familial. Des cas pratiques de litige sont survenus lorsque le «kafil» est un étranger résidant légalement en Espagne. Article 17 c) de la loi 4 / 2000. Droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale du 11 Janvier, dispose qu'un résident étranger a le droit de regrouper avec lui en Espagne des mineurs de 18 ans, lorsqu'il est leur représentant légal, et ses actes juridiques qui révèlent ses facultés représentatives ne soient pas contraires aux principes du droit espagnol.

L'Instruction de la Direction générale de l'immigration du 27 Septembre 2007 dans le cadre de cette disposition, distingue clairement deux situations qui se rapportent à la manière normale de procéder en Algérie, où, comme indiqué ci-dessus, le placement se fait d'un commun accord entre les parents de l'enfant et l'adoptant, et ce en présence du notaire, et (nécessairement) consigné dans un procès suite à une déclaration d'abandon, lorsque les parents de l'enfant ne sont pas connus.

a) La première hypothèse est que la «kafala» est établie par les parents de l'enfant, auquel cas il est entendu que le « kafil» ne peut pas être considéré comme un représentant légal de l'enfant à l'étranger.

Ainsi, l'accueil sera temporaire en tout état de cause, le visa d'entrée en Espagne est de ce fait traité comme prévu à l'article 93 du règlement de la loi organique 4 / 2000, approuvé par le décret Royal 2393/2004, qui réglemente la circulation temporaire des mineurs étrangers.

b) La deuxième hypothèse est que la «kafala» n'est pas établie par les parents biologiques de l'enfant, mais à travers une procédure, administratif ou judiciaire, dans laquelle interviendra

l'autorité publique, afin de protéger l'intérêt de du mineur. Dans ce cas précisément, il est entendu qu'un système juridique examinant la tutelle dative soit constitué et ce afin que le résident en Espagne puisse être considéré comme représentant légal de l'autre par conséquent, l'accueil familial peut vêtir un caractère permanent, de même que la délivrance d'un visa de séjour valable pour le regroupement familial, avec l'appui de l'article 17 c) de la loi organique 4 / 2000.

La loi fait suite à l'avis exprimé par la présente instruction, en admettant l'octroi de visas pour un regroupement familial même si le mineur avait des parents ou des tuteurs réguliers, à condition qu'il y ait une preuve de déclaration préalable d'abandon de celui-ci et que la «kafala» avait été établie juridiquement ¹².

Toutefois, l'intervention des pouvoirs publics dans l'établissement de la «kafala» ne permet pas l'octroi d'un visa, s'il ressort lors de l'examen des circonstances de l'affaire l'existence d'une fraude.

Il en va de l'Ordre de la section du contentieux de la Cour supérieure de justice de Madrid le 11 Juin 2008 ¹³, qui a confirmé le refus du visa pour un mineur en âge de travailler (17 ans), dont la «kafala» avait mandaté juridiquement le père, qui réside en Espagne, laissant les 5 autres frères, plus jeunes, au Maroc aux soins de la mère.

VI. PENSION D'ORPHELIN EN CAS DE DECES DU «KAFIL» :

Une question qui a récemment provoqué une situation conflictuelle est celle ayant trait au décès du «kafil», et qui ouvre droit au «makfoul» à une pension s'il a moins de 18 ans. Il semblerait que la question soit tranchée négativement, et que l'article 175.1 de la Loi sur la Sécurité sociale reconnaît ce droit

¹² Voir en ce sens, l'Ordre de la section du contentieux de la Cour supérieure de justice de Madrid le 9 Juillet 2009 («Cendoj»: 28079330012009100153).

¹³ Ordre de la section du contentieux de la Cour supérieure de justice de Madrid le 11 Juin 2008 («Cendoj»: 8079330012008100918).

à chacun des enfants du défunt, quelle que soit la nature de leur filiation.

La sentence de la Chambre sociale de la Cour Suprême du 3 Novembre 2004¹⁴ a eu l'occasion de parvenir à une décision sur ce principe, en indiquant que la filiation se produit seulement naturellement ou par l'adoption et, par conséquent, l'accueil permanent n'est actuellement pas une situation couverte par la pension d'orphelin et, plus loin que « La Chambre ne considère pas que le principe d'égalité soit violé par le fait que la mort du défunt donne lieu à une pension d'orphelin en faveur de ses enfants naturels et non en faveur de l'accueilli en familial, la constitution et les effets de ces deux situations sont différentes et leur régime de réglementation dans le Code civil est également différente ». Puisque, comme il est dit à plusieurs reprises la «kafala» est un accueil en famille ou, le cas échéant, une tutelle, le «makfoul» ne peut être considéré comme l'un des enfants du défunt, qui sont cités à l'article 175 de la loi générale de la sécurité sociale, et ne devrait de ce fait pas avoir droit à la pension d'orphelin au décès d'un «kafil».

Toutefois, il est certain que la décision de la Chambre sociale de la Cour supérieure de justice de Madrid du 31 Janvier 2008¹⁵, confirmant l'appel de la sentence, a accordé la pension d'orphelin à deux mineurs marocains, suite au décès de l'un des «kafils» dans une argumentation complexe, dont l'argument essentiel est l'utilisation du principe de l'égalité. Elle se réfère ainsi à la nécessité de procurer un examen des lois qui satisfassent les droits des enfants dont la loi d'origine ne permet pas l'accès à l'établissement d'une adoption dans des mesures identiques que celles des mineurs pouvant être adoptés afin de leur éviter de souffrir d'une mauvaise situation économique du fait que leurs parents ne peuvent les adopter.

¹⁴ Chambre sociale de la Cour Suprême le 3 Novembre 2004 (« Cendoj »: 28079140012004101160).

¹⁵ Chambre sociale de la Cour supérieure de justice de Madrid le 31 Janvier 2008 («Cendoj»: 28079340032008100052).

Je comprends que cet argument puisse être remis en question. Premièrement, parce que s'il est vrai que les enfants délaissés peuvent ne pas être adoptés dans leur pays d'origine, cependant, ils peuvent l'être en Espagne en vertu du droit espagnol, à l'obtention de la résidence habituelle dans notre pays au moment de l'établissement de l'adoption à leur déplacement en Espagne afin d'y établir leur résidence habituelle (article 17.1 de la loi 54/2007). Deuxièmement, parce que les enfants soumis à la «kafala», institution qui en Espagne ne peut être assimilée qu'à un accueil familial ou à une tutelle, dans le cas de celle-ci (article 34 de la loi 54/2007) sont mieux lotis que les enfants, dont le placement a été effectué sur le territoire national conformément aux lois espagnoles, ce qui est tout simplement absurde.