

LE REGIME DE LA KAFALA AU MAROC

ET SES CONSEQUENCES AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS

Situation au 1^{er} octobre 2008

La prise en charge des enfants en situation difficile est une préoccupation désormais partagée par toute la communauté internationale, même si, tenant compte de sa culture et de ses coutumes, chaque pays y apporte une réponse juridique qui lui est propre. Dans les pays d'influence romano-germanique, l'institution de l'adoption, qui conduit à considérer l'enfant bénéficiaire comme un enfant légitime au sein de sa famille d'accueil, représente le mode de prise en charge le plus abouti. Il a fait l'objet d'une première démarche de normalisation avec l'adoption de la Convention de la Haye de 1993 sur l'adoption internationale.

La ratification de cet instrument a conduit une trentaine de pays, dont la France, à adapter leur droit interne. Telle ne peut pas être la voie empruntée par le Maroc, dont la législation, d'inspiration islamique, ne permet pas d'envisager de modification des liens de filiation, même dans l'intérêt du mineur.

C'est donc par le biais de la kafala, terme intraduisible mais pouvant s'assimiler à un recueil légal, que les autorités marocaines s'efforcent aujourd'hui d'assurer la prise en charge des enfants abandonnés ou dont les parents s'avèrent incapables d'assurer l'éducation. Confrontées à un nombre important de situations de détresse, elles ont parfois facilité l'accueil d'enfants abandonnés par des familles d'origine étrangère, qui ont pu légitimement imaginer que cette remise était la première étape de la procédure d'adoption à laquelle elles aspiraient.

Les institutions et les organismes locaux en charge de la protection de l'enfance n'ont pas manqué d'alerter les autorités sur les dérives qui pouvaient résulter du manque de rigueur dans l'attribution de la kafala, insistant notamment sur l'ambiguïté du dispositif administratif, sur l'absence de protection des enfants et sur l'exploitation dont certains d'entre eux pouvaient faire l'objet au sein de leur famille d'accueil.

Pour mettre un terme à ces abus, le législateur marocain a remis en chantier, pour la troisième fois en moins de vingt ans, le cadre juridique de la kafala. Depuis la promulgation de la nouvelle loi, en juin 2002, une procédure judiciaire prévoit en faveur des enfants sous kafala des garanties nouvelles et des critères préalables qui limiteront nécessairement le recours à ce mode de prise en charge.

Cette évolution significative du droit interne est à présent prise en considération par les autorités françaises, qu'il s'agisse des autorités judiciaires, encore trop souvent saisies de requêtes en adoption consécutives à des kafala, ou des autorités administratives amenées à statuer sur des demandes d'entrée et de séjour de ces enfants en territoire français.

1. Le cadre historique et juridique de la kafala

Le droit de la famille au Maroc est régi à la fois par le droit traditionnel issu des règles coraniques et de la Sunna (les actes et paroles du Prophète Mohamed), par leur interprétation confiée aux docteurs de la foi (ouléma) et par un droit positif qui reste largement inspiré par les principes du droit islamique, en particulier ceux issus de la doctrine malékite.

Comme dans la plupart des pays de droit musulman, l'adoption n'est pas reconnue au Maroc comme mode de filiation. L'article 149 du Code de la Famille¹, qui trouve sa source dans le droit musulman traditionnel (*fiqh*), précise que « *l'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation* ». Cette disposition conforte le principe posé dans l'article 142 du même code selon lequel « *la filiation se réalise par la procréation de l'enfant par ses parents. La filiation peut être légitime ou illégitime* ».

En effet l'adoption, dès lors qu'elle emporte des conséquences sur les liens de filiation, est considérée comme prohibée par le Coran, par référence au verset 4 de la sourate 33 : « *Dieu n'a pas mis deux cœurs dans la poitrine de l'homme. Il n'a pas fait (...) que vos fils adoptifs soient comme vos fils* ». On retrouve cette interdiction dans la législation de la plupart des pays de droit musulman. Par exemple, l'article 46 du Code de la Famille algérien dispose que « *l'adoption (Tabbani) est interdite par la chari'a et la Loi* ». Seuls trois pays de droit musulman reconnaissent l'institution de la tabbani, l'Indonésie, la Turquie et la Tunisie (loi du 4 mars 1958).

A défaut d'adoption au sens occidental du terme, le droit marocain prévoit deux modes d'intégration d'un enfant dans une famille d'accueil,

- l'adoption dite de gratification (*jazâ*) ou testamentaire (*wasiyya*) connue sous le terme de *tanzil* (représentation), une mesure qui permet de transférer une fraction de son patrimoine au bénéficiaire, sans pour autant créer un lien de filiation ;
- la kafala, qui permettait traditionnellement à un ménage sans enfant de recueillir un enfant mineur dans son foyer, et qui a progressivement été réglementée par une législation inspirée par le souci d'éviter les abus en encadrant les conditions de recours à ce mode de recueil légal et les modalités de son exercice. Après la loi du 9 juin 1984, puis le dahir portant loi du 10 septembre 1993, c'est désormais la loi 15-01 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés, promulguée par le dahir du 13 juin 2002 (B.O. N° 5036 du 15 septembre 2002), qui constitue l'unique cadre juridique de cette institution.

La loi de 1993, bien qu'ayant déjà confié à l'autorité judiciaire un contrôle limité sur la procédure, laissait une grande marge d'appréciation à l'autorité administrative pour régler par la voie de la kafala la situation non seulement des enfants dépourvus de filiation ou dont les parents étaient indignes, mais aussi ceux dont les parents, pour des raisons indépendantes de leur volonté, n'étaient pas en mesure d'assurer leur éducation.

¹ Les termes de l'article 83 du Code du Statut Personnel et des Successions (*Moudawana*) ont été strictement repris lors de la rédaction du code de la famille, entré en vigueur en février 2004, qui ne connaît donc aucune évolution sur ce point.

Sous l'empire de cette loi, le tribunal de première instance, chargé de constater l'état d'abandon, condition préalable à l'attribution d'un kafala, pouvait statuer sur simple proposition du procureur du Roi, sans procéder systématiquement à une enquête. La mesure proprement dite, qui ne pouvait concerner que des époux musulmans et mariés depuis au moins trois ans, relevait de la compétence d'une commission administrative, qui avait la charge de vérifier l'aptitude des candidats. En pratique, cette décision était généralement prise par l'autorité administrative locale (*wali*) et se concrétisait par un simple acte *adoulaire*² d'engagement de la part du *kafil*. Le tribunal de première instance n'était censé être saisi qu'en cas de conflit entre ladite commission et les personnes attributaires de la kafala sur les modalités d'éducation de l'enfant. Le juge des mineurs pouvait également être sollicité au cas où il était envisagé de faire quitter le territoire marocain à l'enfant.

Il est apparu que ces dispositions, qui limitaient la kafala à un engagement devant des *adoul* d'assurer la subsistance de l'enfant, n'étaient pas suffisantes pour garantir la protection du mineur, le suivi de son éducation et son intégration dans la famille d'accueil, notamment au regard de la législation sur la protection sociale. Par ailleurs, il n'était rien prévu en ce qui concernait la gestion des biens du mineur, ni sur son sort dans le cas de séparation ou de décès du couple attributaire.

Tout en comblant ces lacunes, le législateur marocain a définitivement mis un terme aux critiques exprimées par le secteur associatif en charge de la protection de l'enfance, préoccupé par de fréquents abus consistant à faire usage de la kafala traditionnelle, dans laquelle le contrôle du juge se limitait à vérifier la régularité formelle de l'acte adoulaire, pour justifier l'emploi d'enfants en qualité de domestiques, en plaçant la procédure de kafala dans un cadre strictement judiciaire et en assortissant le recours à cette mesure de multiples restrictions a priori et contrôles a posteriori.

2. Les dispositions en vigueur au Maroc en matière de kafala

La prise en charge (kafala) d'un enfant est l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné « *au même titre que le ferait un père pour son enfant* ». Cette mesure, qui ne donne pas droit à filiation et à succession, est désormais de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire, qu'il s'agisse de l'identification des enfants bénéficiaires, du choix de la famille d'accueil ou des modalités d'exercice et de suivi de la mesure.

2.1 Les conditions tenant à la situation de l'enfant

Selon l'article 2 de la loi, la kafala concerne l'enfant âgé de moins de 18 ans qui est considéré comme abandonné quand il se trouve dans l'une des situations suivantes :

- né de parents inconnus ou d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré ;
- orphelin ou ayant des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ;

² Les adoul sont des officiers publics chargés d'établir des actes devant ultérieurement recevoir un caractère authentique. Ces « notaires traditionnels », seuls habilités à intervenir dans le domaine du statut personnel, n'ont pour responsabilité que de constater des déclarations ou témoignages, sans faculté d'appréciation sur l'opportunité de la mesure envisagée. Les actes qu'ils dressent ne sont homologués qu'après apposition du sceau du « juge du notariat » du tribunal de première instance.

- ayant des parents dissolus, dévoyés ou de mauvaise conduite, voire déchus de leur autorité parentale.

C'est au procureur du Roi qu'il incombe, soit de sa propre initiative, soit à la demande de tierces personnes, de veiller à la prise en charge des enfants qui doivent être considérés comme abandonnés. Il lui appartient de procéder à une enquête et de saisir le tribunal de la famille du lieu de résidence de l'enfant d'une demande de déclaration d'abandon après avoir pris les mesures d'urgence justifiées par la situation de l'enfant : placement provisoire dans un établissement spécialisé, inscription à l'état-civil dans l'hypothèse des enfants trouvés...

Lorsqu'il s'agit d'un nouveau-né de parents inconnus, le procureur du Roi procède à la déclaration de la naissance, appuyée par procès-verbal dressé à cet effet et un certificat médical déterminant approximativement l'âge du nouveau-né. Un nom et un prénom lui sont choisis ainsi que des prénoms de parents. L'officier de l'état civil indique en marge de l'acte de naissance que les nom et prénom des parents lui ont été choisis³.

Le tribunal, qui peut procéder à une enquête complémentaire et ordonner, le cas échéant, des mesures d'expertise, constate l'abandon de l'enfant par un jugement exécutoire par provision. Ce jugement entraîne la saisine immédiate du juge des tutelles (également qualifié parfois de juge des mineurs, mais exerçant au sein du tribunal de la famille), compétent pour statuer sur la demande de kafala. Dans l'hypothèse des enfants dont les parents sont inconnus, ce jugement est précédé d'une déclaration provisoire prononcée par le tribunal pour une durée de trois mois. Durant cette période, le jugement avant dire droit fait l'objet d'une large publicité destinée à permettre aux parents de se faire connaître et de réclamer la restitution de l'enfant placé sous protection.

Dès que le jugement définitif de déclaration d'abandon est prononcé par le tribunal, et nonobstant tout recours, l'enfant peut être confié par le procureur du Roi soit à un établissement spécialisé, public ou privé, soit à une famille d'accueil, jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur la kafala. La personne qui recueille temporairement l'enfant se voit accorder le statut de représentant légal, conformément à l'article 232 du code de la famille.

Les parents de l'enfant, ou l'un d'eux, peuvent à tout moment demander qu'il soit mis un terme à la mesure de kafala si les motifs de la déclaration d'abandon ont cessé. Le tribunal, avant de statuer, doit entendre l'enfant s'il a atteint l'âge du discernement, qui est légalement fixé actuellement à 12 ans. Si l'enfant refuse de regagner le domicile familial, le tribunal statue en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

2.2 Les conditions exigées des familles d'accueil

La kafala peut être confiée soit à un établissement public chargé de la protection de l'enfance ou à des organismes privés reconnus d'utilité publique et aptes à assurer la protection des enfants et à les élever conformément à l'Islam, soit à des familles d'accueil.

Pour accueillir à son foyer un enfant sous kafala, il faut être musulman, majeur et justifier qu'on est moralement apte à assurer son éducation et matériellement en mesure de subvenir à ses besoins. Sont écartées les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation pour

³ L'enfant de père inconnu mais de mère connue peut être déclaré par la mère ; elle lui choisit un prénom, un prénom de père comprenant l'épithète " Abd " ainsi qu'un nom de famille qui lui est propre.

infraction portant atteinte à la morale ou commise à l'encontre des enfants et les personnes atteintes de maladie contagieuse ou les rendant incapables d'assumer leur responsabilité.

Depuis la loi 15-01, la kafala peut être assumée non seulement par des époux (sans condition de délai pour le mariage), qu'ils aient ou non des enfants, mais également par une femme seule, sous réserve qu'elle soit de confession musulmane et qu'elle remplisse les conditions précitées.

2.3 La procédure d'attribution de la kafala

La demande de kafala doit être adressée par la personne qui y prétend au juge des tutelles exerçant dans le tribunal de la famille du lieu de résidence de l'enfant. Elle doit être accompagnée des documents qui prouvent que cette personne remplit les conditions exigées par la loi. Sauf si le demandeur est un établissement spécialisé, la kafala d'un enfant âgé de plus de douze ans est subordonnée à son consentement personnel.

Le juge des tutelles confie alors une enquête à une commission⁴ composée d'un représentant du parquet, d'un représentant du ministère des habous et des affaires islamiques, d'un représentant de l'autorité administrative locale et d'une assistante sociale désignée par le département ministériel en charge de l'enfance (actuellement le secrétariat d'Etat à la Jeunesse, dépendant du ministère de l'éducation nationale). Le juge peut aussi faire appel à toute personne qu'il estime utile pour l'éclairer sur la capacité du demandeur à assurer la kafala dans les conditions prévues par la loi.

L'ordonnance par laquelle le juge des tutelles attribue la kafala est exécutoire par provision, mais susceptible d'appel devant la Chambre du Conseil de la Cour d'Appel. Son exécution, qui doit intervenir en tout état de cause dans le délai de quinze jours à compter de son prononcé, est confiée au tribunal de première instance (section de la famille) qui dresse procès-verbal de la remise de l'enfant, en présence du ministère public et, le cas échéant, de l'autorité locale et d'une assistance sociale. Copie de ce procès-verbal, établi en trois exemplaires, est remis à la personne chargée de la kafala.

La personne qui assure la kafala bénéficie à compter de cette date des indemnités et des allocations sociales allouées aux parents pour leurs enfants légitimes. Elle est civilement responsable des actes de l'enfant qu'elle prend en charge.

La décision d'attribution de la kafala est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Elle n'a cependant pas d'effet direct sur son état-civil et, notamment, n'emporte en principe pas de changement de son nom patronymique. En outre, ni l'enfant, ni les délégués ne peuvent obtenir la délivrance de copies de l'acte faisant état de cette mention marginale.⁵ Toutefois, une procédure administrative de changement de nom patronymique, permettant d'attribuer à l'enfant le nom de la famille d'accueil, peut être engagée ultérieurement.

2.4 le suivi des mesures de kafala

⁴ La composition de la commission est fixée par le décret 2-03-600 du 7 juin 2004

⁵ Voir sur ce point la loi relative à l'état-civil, N°37-99, entrée en vigueur le 3 octobre 2002

C'est le juge des tutelles du lieu de résidence de la personne assurant la kafala qui est chargé de veiller à la situation de l'enfant et de s'assurer que le *kafil* respecte bien les obligations qui sont mises à sa charge.

Ce magistrat dispose, pour exercer son pouvoir de contrôle, de la faculté de prescrire des enquêtes qu'il peut confier soit au parquet, soit à un service social, soit à l'autorité administrative locale. Il peut aussi faire appel à la commission d'enquête prévue par l'article 16 de la loi dans le cadre des mesures préalables à la décision de kafala.

Sur rapport de l'une de ces personnes ou autorités qualifiées, qui peuvent préconiser les mesures qu'elles estiment utiles à l'intérêt de l'enfant, le juge est en droit d'ordonner l'annulation de la kafala et de prendre toute mesure de protection utile. L'ordonnance, qui peut être assortie de l'exécution provisoire, est susceptible d'appel. Si la personne assurant la kafala ne se soumet pas à cette décision, il peut être procédé à la demande du juge à une exécution forcée par le ministère public.

Dans l'hypothèse où la personne assurant la kafala souhaite quitter de manière permanente le territoire marocain pour s'établir à l'étranger en compagnie de l'enfant, l'autorisation du juge des tutelles doit être sollicitée. En cas d'accord, il incombe aux autorités consulaires marocaines du lieu de résidence de suivre la situation de l'enfant et de contrôler ses conditions d'éducation. Le consul dispose alors des mêmes pouvoirs d'investigation et de suggestion que les autorités qualifiées pour suivre les enfants en territoire marocain. Le juge compétent, qui sera alors celui qui a prononcé la mesure de kafala, peut prendre toute mesure qu'il jugera utile dans l'intérêt de l'enfant, soit d'initiative, soit à la demande du ministère public ou de toute personne intéressée. Il peut agir par voie de commission rogatoire internationale. Les autorités marocaines, soucieuses de renforcer le dispositif de contrôle, ont sollicité à ce propos les autorités françaises afin qu'elles leur désignent un référent qui pourrait procéder plus systématiquement à cette surveillance, conjointement avec leurs services consulaires.

Le juge des tutelles doit également être sollicité lorsque le *kafil* décide de faire bénéficier l'enfant *makfoul* d'un don, legs ou *tanzil*. Il incombe dans cette hypothèse au magistrat de veiller à l'élaboration du contrat et de s'assurer de la protection des droits de l'enfant.

2.5 la cessation de la kafala

La kafala prend fin :

- à la majorité légale (18 ans en l'état actuel de la législation), sauf si l'enfant est une fille non mariée, une personne handicapée ou incapable de subvenir à ses besoins ;

Si l'enfant pris en charge est du sexe féminin, son entretien doit se poursuivre jusqu'à son mariage, ou jusqu'à ce qu'il soit en mesure de se procurer des ressources (article 198 du code de la famille relatif à l'entretien des enfants) ;

- au décès des deux époux ou de la femme célibataire chargés de la kafala ;
- lorsque les titulaires de la mesure sont frappés d'incapacité ;
- lorsque le juge compétent a annulé la mesure soit pour violation des obligations mis à la charge du bénéficiaire, soit parce que cette personne s'est désistée, ou encore parce l'intérêt de l'enfant l'exige ;
- lorsque le tribunal compétent constate, à la demande des parents, que la mesure de kafala n'est plus fondée.

Dans l'hypothèse où le lien conjugal qui unit deux époux assurant la kafala est rompu, le juge des tutelles peut, après avoir fait procéder à une enquête par la commission ad hoc, soit confier la mesure à l'un des époux, soit prendre toutes mesures qui lui paraissent adéquates en se conformant aux règles en matière de garde inscrites dans le code du statut personnel. En l'occurrence, le juge doit désigner un gardien jusqu'à l'âge de 12 ans pour les garçons, jusqu'à l'âge de 15 ans pour les filles. Ensuite, l'enfant a toute liberté pour choisir de résider auprès de l'un ou l'autre de ses parents, ou encore auprès d'un autre membre de sa famille, ascendant ou collatéral. Le juge doit également organiser le droit de visite, tant à l'égard des parents légitimes que des personnes ayant assuré la kafala, après avoir entendu l'enfant si celui-ci a atteint l'âge du discernement.

2.6 Les difficultés d'application de la nouvelle législation

Entrée en vigueur à l'été 2002, la loi 15-01 nécessitait la publication d'un décret d'application, relatif aux modalités de fonctionnement de la commission d'enquête prévue en son article 16. De nombreux juges, ayant estimé qu'en l'absence de ce texte la loi n'était pas applicable, ont sursis à statuer et les dossiers sont restés en instance.

Pour éviter tout retard préjudiciable dans le traitement des affaires, le ministère de la justice a diffusé une circulaire préconisant des dispositions transitoires. Par cette circulaire N° 19292 adressée par la direction des affaires civiles aux chefs de cour le 10 octobre 2002, les parquets ont reçu pour instructions de procéder eux-mêmes à l'enquête de personnalité sur les candidats à la prise en charge, en veillant à cette occasion à recueillir l'avis des autorités qui sont désignées par la loi pour participer à ladite commission. Cette question est désormais résolue par la parution du décret en juin 2004.

3. La kafala au regard du droit français

3.1 Les incidences de la législation marocaine au regard de l'adoption

Comme cela a déjà été souligné plus haut, la législation marocaine ne reconnaît pas l'institution de l'adoption, parce qu'elle emporte une modification dans les liens de filiation et qu'elle modifie les règles de la dévolution successorale.

Qu'elle soit simple ou plénière, l'adoption en France d'un enfant mineur de nationalité marocaine serait donc contraire à l'article 370-3 du Code Civil issu de la loi du 6 février 2001

et relatif à l'adoption des enfants d'origine étrangère, sauf si cet enfant est né et réside habituellement en France.

La Cour de Cassation a toujours refusé dans le passé le prononcé de l'adoption lorsque le statut personnel des adoptants prohibait cette institution, de sorte que les ressortissants marocains ne pouvaient pas, en tout état de cause, se prévaloir d'une mesure de kafala à l'appui d'une demande d'adoption devant les tribunaux français.

Concernant les demandes émanant de familles françaises, la jurisprudence antérieure à la promulgation de la loi du 6 février 2001 faisait souvent preuve d'hésitation lorsqu'il était question d'adopter des enfants d'origine marocaine. Il n'est donc pas rare de rencontrer des décisions d'adoption antérieures à cette évolution législative, ce qui ne saurait justifier, même au profit d'une famille adoptive ayant bénéficié par le passé d'une telle mesure, qu'une juridiction passe outre la prohibition inscrite à présent dans le dispositif législatif français.

La Cour de Cassation admettait généralement l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle n'autorisait pas cette institution à la condition que le représentant légal du mineur ait consenti à la mesure, en pleine connaissance de cause des effets attachés par la loi française à l'adoption⁶.

Le manque d'unité de la jurisprudence française avait souvent pour origine l'ambiguïté des documents administratifs fournis par les familles adoptantes qui, pour attester que l'enfant était juridiquement adoptable, communiquaient des actes adoulaïres de kafala et des attestations émanant des autorités locales certifiant que l'enfant leur avait été confié en vue d'adoption.

Pour mettre un frein à ces errements, la Cour de Cassation avait déjà considéré que l'autorité publique étrangère n'avait pas le pouvoir de consentir à l'adoption au mépris de l'interdiction légale faite par sa propre législation, ce qui est le cas au Maroc.⁷

Avec la nouvelle législation marocaine et la prohibition inscrite dans le droit positif français, il ne peut plus être question de faire usage d'une décision de kafala pour arguer qu'un enfant est juridiquement adoptable et toute manifestation de consentement à une mesure d'adoption, qu'elle émane d'une autorité publique marocaine ou d'une personne privée investie du droit de garde, doit être considérée comme passé en fraude de la loi locale et tenue pour nulle.

Par un arrêt de principe rendu dans l'intérêt de la loi en date du 10 octobre 2006, la Cour de Cassation a rappelé à nouveau que les tribunaux français n'étaient pas fondés à prononcer l'adoption simple des enfants marocains sous kafala, puisque l'adoption est interdite au Maroc et que la kafala n'est pas assimilable à cette institution.⁸

⁶ Cour de Cassation, 1^{ère} Chambre Civile 10 mai 1995

⁷ Cour de Cassation 1^{ère} Chambre Civile 1^{er} juillet 1997 rejetant l'adoption d'un enfant marocain malgré autorisation du gouverneur de la province.

⁸ Arrêt 1^{ère} Chambre civile du 10/10/2006 cassant sans renvoi un arrêt de la cour d'appel de Reims concernant un enfant originaire de Marrakech pris en charge par un couple de nationalité française. Un arrêt dans le même sens et du même jour concerne la situation d'un enfant algérien.

3.2 La kafala et la législation sur le séjour des étrangers en France

Dès lors que la décision a été prise dans le respect de la loi marocaine, la France ne peut que reconnaître l'institution de la kafala, laquelle n'est pas contraire à son ordre public interne et qui correspond, peu ou prou, à la notion de délégation d'autorité parentale. La kafala étant désormais prononcée par la voie judiciaire, les juridictions françaises sont fondées, le cas échéant et à la demande des personnes titulaires de la prise en charge, à délivrer l'exequatur pour les décisions rendues en cette matière par le juge des tutelles marocain.

Pour autant, s'agissant de jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes, ces décisions produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf si elles doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle ou de coercition sur les personnes.

La personne investie de la prise en charge doit, notamment, être considérée comme seule titulaire de la garde sur l'enfant lorsque celui-ci se trouvera en territoire français. Il en sera ainsi, par exemple, en ce qui concerne l'admission au bénéfice des prestations familiales ou le régime fiscal, sous réserve que l'enfant, par définition de nationalité marocaine, soit entré et séjourne régulièrement sur le territoire français.

En revanche, la décision de kafala n'emporte pas, en l'état actuel de la réglementation, un droit particulier à l'accès du mineur sur le territoire français, que les personnes titulaires de la prise en charge soient d'ailleurs des ressortissants français ou des ressortissants étrangers, notamment marocains, titulaires d'un titre de séjour régulier en France. En effet, la procédure de regroupement familial, visée au chapitre VI de l'ordonnance du 2 novembre 1945, complétée par la circulaire du 1^{er} mars 2000, n'est pas applicable aux enfants marocains sous kafala, lesquels restent donc soumis au droit commun de la législation sur l'entrée et le séjour des mineurs étrangers en France.⁹

Pour statuer sur une demande de visa d'établissement au profit d'un enfant placé sous le régime de la kafala, l'autorité consulaire est donc amenée à en apprécier souverainement l'opportunité, comme pour tout autre demandeur au séjour sur le territoire français. Si les personnes ayant l'enfant à charge résident habituellement en France, qu'il s'agisse de ressortissants français ou de ressortissants étrangers titulaires d'un titre régulier de séjour, il lui appartient d'apprécier notamment le risque migratoire. Conformément aux conventions internationales auxquelles la France est partie, c'est toutefois l'intérêt de l'enfant qui constitue désormais le critère essentiel¹⁰. Les autorités consulaires sont par conséquent fondées à vérifier l'aptitude des personnes titulaires de la kafala à assurer la prise en charge matérielle, morale et éducative de l'enfant durant son temps de résidence en France. Si les éléments fournis par les demandeurs n'apparaissent pas suffisants aux yeux des autorités consulaires pour se forger une opinion sur l'intérêt de l'enfant, elles peuvent provoquer une enquête administrative par l'intermédiaire des autorités préfectorales.

⁹ A titre dérogatoire, et en application d'un protocole du 22 décembre 1985 passé en application de l'accord du 27 décembre 1968 sur la circulation des algériens en France, on assimile à un membre de la famille les enfants mineurs dont les ressortissants algériens ont la charge en vertu d'une décision de l'autorité judiciaire algérienne, ce qui autorise le regroupement familial pour les enfants sous kafala s'ils ont la nationalité algérienne.

¹⁰ Ce principe a été expressément rappelé lors de la commission mixte de suivi de la convention bilatérale qui s'est tenue à Paris en mars 2003 et lors des consultations consulaires bilatérales du 21 juillet 2004. Il sert de fondement aux instructions adressées aux consuls généraux de France au Maroc en février 2007.

Pour autant, il n'est pas envisageable, (comme le font parfois les autorités marocaines pour s'affranchir de vérifications en territoire étranger), d'exiger la production d'un agrément pour l'adoption internationale, puisque, précisément, l'examen de la situation au regard de l'entrée sur le territoire français part du constat qu'il ne s'agit pas d'une adoption.

La preuve de la kafala peut être obtenue par la production soit du jugement attribuant la kafala, soit du procès-verbal de remise de l'enfant établi par le tribunal de première instance. Il doit être rappelé que l'absence de mention de la décision sur la copie de l'acte de naissance ne constitue pas une anomalie, puisque la délivrance aux *kafil* d'une copie faisant mention de la mesure n'est pas autorisée par la législation sur l'état-civil.

Il serait également prudent d'exiger des demandeurs la production de l'autorisation de quitter le territoire émanant du juge des tutelles, s'il s'agit de donner suite à un projet d'installation durable de l'enfant sur le territoire national.

Il ne peut pas être envisagé, pour les raisons précédemment évoquées, la délivrance d'un visa long séjour « adoption » aux enfants de nationalité marocaine et la Mission pour l'Adoption Internationale, si elle était saisie aux fins d'autorisation par l'autorité consulaire, ne pourrait que s'opposer à une telle demande.¹¹

S'agissant de la kafala coutumière, assimilable à un contrat, et même si un jugement d'homologation confère à l'acte adoulaire un caractère authentique, cet accord demeure loin d'avoir les effets de la kafala judiciaire. Cette dernière correspond à un mandat judiciaire, dont l'exécution est placée sous le contrôle du juge et qui peut faire l'objet le cas échéant d'une déchéance en cas de défaillance, ou encore d'une modification dans la nature des obligations à la charge des *kafil*. Il n'y a en revanche aucun contrôle judiciaire ou administratif sur les conditions d'exécution de la kafala adoulaire qui, même sur le territoire marocain, n'a que des effets limités, notamment à l'égard des administrations ou des services sociaux. En particulier, contrairement à la kafala judiciaire des enfants abandonnés, cette kafala ne fait pas disparaître les droits et les obligations des parents légitimes à l'égard de l'enfant confié à des tiers.

Conscientes des insuffisances et des excès parfois constatés avec cette deuxième catégorie de kafala, les autorités marocaines envisagent de légiférer également dans ce domaine, en instaurant pour les kafala à l'initiative des parents légitimes un régime de contrôle judiciaire beaucoup plus strict, comprenant en particulier la vérification par un juge de l'opportunité de la mesure envisagée, au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et une enquête approfondie sur la capacité de la famille d'accueil.

Pour l'instant, de nombreuses juridictions de l'ordre judiciaire en France considèrent qu'un acte adoulaire, même ayant acquis un caractère authentique par l'ordonnance d'homologation du juge du notariat, reste un acte non judiciaire, qui ne peut donc produire en lui-même aucun effet en France.

Le jugement d'homologation se bornant, sur requête des parties, à confirmer la régularité formelle de l'acte adoulaire ayant constaté l'accord entre les parties, son exequatur est désormais généralement refusée. Celle-ci aurait pour effet de voir reconnaître sur le territoire français le transfert de certains attributs de l'autorité parentale, ou l'équivalent de cette notion dans le statut personnel du mineur concerné, sans qu'un juge en ait préalablement apprécié le bien-fondé ou l'opportunité, conformément au principe posé par l'article 376 de notre code

¹¹ Il n'a pas été délivré de visa de longue durée en vue d'adoption à des enfants marocains depuis 1999.

civil. Il s'agit ici d'un obstacle fondé sur l'ordre public. Les titulaires de l'autorité sur un mineur ne peuvent pas librement s'affranchir de leurs obligations et transférer ce droit personnel à un tiers : seul le juge dispose de cette capacité.

Bien souvent, les intéressés contournent la difficulté en sollicitant du juge français une délégation d'autorité parentale. L'acte adoulaire authentifié est alors simplement versé aux débats afin de justifier, à leurs yeux, le consentement des parents légitimes. Beaucoup de magistrats exigent néanmoins, à juste titre, l'audition des parents légitimes, mais il faut admettre que le recueil de ces auditions de personnes résidant par définition au Maroc, présente de sérieuses difficultés pratiques. Cette procédure de la délégation d'autorité parentale a en tout cas le mérite de permettre un regard judiciaire sur la pertinence de la mesure envisagée et sur la capacité des demandeurs à assurer effectivement la prise en charge des mineurs, précautions qui n'existent pas spontanément avec l'acte adoulaire homologué. Mais une telle demande, qui suppose que l'enfant soit déjà présent sur le territoire français, est en elle-même révélatrice d'une probable fraude migratoire. Elle ne doit donc s'envisager que pour répondre à une situation de fait, à savoir la présence d'un mineur isolé au sens juridique du terme, même s'il est en pratique pris en charge, en donnant au mineur et à ceux qui l'hébergent un cadre juridique approprié.

Malgré les obstacles évoqués plus haut, certaines juridictions françaises ont pu accorder l'exequatur à de actes adoulaire de kafala ou aux jugements par lesquels ils ont été homologués sur le territoire marocain. Dans une telle hypothèse, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat¹², la demande de visa ne pourra être refusée que pour des motifs tenant à un risque d'atteinte à l'ordre public. Cette Haute Juridiction considère en effet qu'un jugement d'exequatur, même mal fondé, comme un jugement de délégation parentale, même pris par une juridiction incompétente, s'impose à l'autorité administrative, qui n'a pas qualité pour en contester la validité.¹³

Conclusion

Avec la procédure coutumière, la prise en charge des enfants sous kafala se fonde sur simple affirmation des parents qu'ils se trouvaient dans l'incapacité d'élever l'enfant et se traduit par une déclaration devant les autorités adoulaire. Trop souvent, cette décision des parties, qui ne donne aucune réelle protection aux enfants bénéficiaires, n'a d'autre finalité que de contourner la législation sur l'immigration. Avec la loi sur la kafala des enfants abandonnés, c'est au terme d'une procédure strictement judiciaire, ponctuée d'enquêtes et de vérifications qu'on doit présumer sérieuses, que la kafala est attribuée par une décision à caractère juridictionnel.

En exigeant que l'enfant bénéficiaire se trouve abandonné, orphelin ou en état de danger par suite de l'incapacité ou de l'indignité, dûment constatée, de ses parents légitimes, la loi devrait mettre fin aux fraudes et aux kafala « de complaisance », souvent dénoncées, tant par les organismes de protection de l'enfance que par les autorités étrangères.

La promulgation de la loi française sur l'adoption internationale permet également de lever toute incertitude sur les perspectives d'adoption, souvent avancées pour faire barrage au départ des mineurs placés sous kafala auprès de familles d'accueil de nationalité française.

¹² CE 22 février 2008

¹³ voir en sens contraire CE 27 juin 2008 N°291561 confirmant le refus de visa long séjour à un enfant confié à sa grand-mère malgré un jugement français d'exequatur de l'acte de kafala adoulaire.

La rigueur qui prévaut désormais, de part et d'autre, a donc permis de mettre un terme aux hésitations des autorités administratives ou judiciaires françaises lorsqu'elles se trouvaient confrontées à des demandes relatives à des enfants bénéficiaires de cette protection.

C'est le sens des engagements pris lors des consultations consulaires de juillet 2004, au cours desquelles il a été convenu que les kafala prononcées dans le cadre légal désormais applicable au Maroc permettent à l'administration française, lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, d'accorder des visas « long séjour » aux enfants confiés par décision judiciaire à des familles résidant sur le territoire français¹⁴.

A contrario, les actes adoulaïres de kafala, qui n'ont pas le caractère d'une décision de justice même lorsqu'une homologation judiciaire a pu attester de leur régularité formelle, ne sauraient à eux seuls servir utilement au soutien d'une demande de titre de séjour en vue d'une installation pérenne en France.

Yves Rabineau
Magistrat de liaison
auprès des autorités judiciaires du Royaume du Maroc

¹⁴ Depuis le 22 février 2007, la délivrance des visas en cas de kafala judiciaire d'un enfant abandonné, confiée jusqu'ici à la sous-direction de la circulation des étrangers du ministère des affaires étrangères, relève de la seule compétence des consuls généraux, avoir pour principal critère d'appréciation l'intérêt supérieur de l'enfant.