Document généré le 15 mai 2025 13:15

Revue générale de droit

La réception de la *kafala* dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel?

HARITH AL-DABBAGH

Volume 47, numéro 1, 2017

URI : https://id.erudit.org/iderudit/1040499ar
DOI : https://doi.org/10.7202/1040499ar

Aller au sommaire du numéro

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)
2292-2512 (numérique)

Découvrir la revue

Citer cet article

Al-Dabbagh, H. (2017). La réception de la *kafala* dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel? *Revue générale de droit*, *47*(1), 165–226. https://doi.org/10.7202/1040499ar

Résumé de l'article

Une institution ancestrale, la kafala, *constitue un moyen de protection important de l'enfant privé de famille dans de nombreux pays musulmans. Inédite au Québec, cette institution n'a de cesse d'interpeller les professionnels et juristes quant à sa nature exacte et à ses effets. Cette procédure a fréquemment été utilisée comme un expédient pour l'adoption, par une personne domiciliée au Québec, d'un enfant musulman dont la loi d'origine prohibe l'adoption. La* kafala *met à l'épreuve la méthode conflictuelle classique dans sa capacité à accueillir des institutions mal connues ou inconnues. La* kafala, *dont la nature juridique est difficile à cerner, est généralement jugée trop originale pour être intégrée dans la catégorie « adoption ». Est-ce pour autant méconnaître sa nature exacte? L'auteur tâche de démontrer le contraire. Les réponses contradictoires du droit québécois de l'adoption internationale, partagées entre fermeture frileuse et ouverture généreuse, laissent entrevoir une évolution plus libérale de la méthode des conflits de lois à l'épreuve du pluralisme culturel.*

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, 2017

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

https://www.erudit.org/fr/

La réception de la *kafala* dans l'ordre juridique québécois : vers un renversement du paradigme conflictuel?

Harith Al-Dabbagh*

RÉSUMÉ

Une institution ancestrale, la kafala*, constitue un moyen de protection important de l'enfant privé de famille dans de nombreux pays musulmans. Inédite au Québec, cette institution n'a de cesse d'interpeller les professionnels et juristes quant à sa nature exacte et à ses effets. Cette procédure a fréquemment été utilisée comme un expédient pour l'adoption, par une personne domiciliée au Québec, d'un enfant musulman dont la loi d'origine prohibe l'adoption. La* kafala *met à l'épreuve la méthode conflictuelle classique dans sa capacité à accueillir des institutions mal connues ou inconnues. La* kafala*, dont la nature juridique est difficile à cerner, est généralement jugée trop originale pour être intégrée dans la catégorie « adoption ». Est-ce pour autant méconnaître sa nature exacte? L'auteur tâche de démontrer le contraire. Les réponses contradictoires du droit québécois de l'adoption internationale, partagées entre fermeture frileuse et ouverture généreuse, laissent entrevoir une évolution plus libérale de la méthode des conflits de lois à l'épreuve du pluralisme culturel.*

MOTS-CLÉS :

Adoption,* kafala*, reconnaissance de filiation, enfants de statut musulman, droit international privé québécois, droit musulman, conflit de cultures.

ABSTRACT

An ancient institution, the kafala*, is an important means of protection for the child deprived of a family, which has been implemented in different ways in Islamic countries. Unprecedented in Quebec, this particular institution concerns professionals,*

* Professeur adjoint, Université de Montréal. L'auteur tient à remercier Dominique Lebrun, assistante et juriste, pour sa précieuse contribution à la recherche documentaire et à la révision-correction du manuscrit. Les opinions émises dans le présent texte n'engagent cependant que leur auteur. Cette recherche a bénéficié du soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH).

lawyers and legal experts as to its exact nature, effects and consequences. It has thus been frequently used as a convenient expedient towards the adoption, by an individual domiciled in the Province, of a Muslim child whose personal status law prohibits adoption. The introduction of kafala *challenges the contemporary methodology of conflicts of laws in its capacity to accommodate institutions that are either little known or unknown. With its legal essence that is difficult to grasp, the* kafala *is usually deemed too original to be integrated in the "adoption" category. Does that really mean we should persist in disregarding its essentiality? The author precisely tries to demonstrate the opposite. Contradictory responses from Quebec law governing international adoptions, divided between an attitude of withdrawal and will for generous opening, suggest a more liberal evolution of private international law rules when challenged with cultural pluralism.*

KEY-WORDS:

Adoption and its surrogates,* kafala*, establishment of filiation, acknowledgement of filiation, Muslim child, Quebec private international law, Islamic law, cultural conflicts.

SOMMAIRE

Introduction 167

I. La *kafala* dans les pays musulmans 169
   A. La *kafala* dans le droit musulman classique 170
   B. *Kafala* et adoption 172
   C. Les transformations de la *kafala* en droit positif 177

II. Réception de l'institution de la *kafala* au Québec et application du principe prohibitif 186
   A. Non-équivalence entre la *kafala* et l'adoption 188
   B. Refus du placement en vue d'une adoption à la suite de l'attribution d'une *kafala* 192
   C. Refus de l'instrumentalisation de la tutelle 196

III. Plaidoyer pour un infléchissement du principe prohibitif 201
   A. Conception *lato sensu* de la loi étrangère 204
   B. Caractère relatif de l'interdiction islamique 208
   C. Prise en compte des considérations d'équité 217

Conclusion 224

« De tout inconnu, le sage se méfie ».

La Fontaine

INTRODUCTION

L'invocation de normes religieuses devant les tribunaux étatiques devient chose fréquente au Canada en raison de l'immigration et de la mobilité croissante des populations. Naissant du contact de valeurs d'inspirations diverses, le choc culturel prend son essor dans le domaine des relations familiales à caractère international.

Appelés à trancher des litiges familiaux impliquant des parties migrantes, les juges sont dorénavant confrontés à l'application et à l'interprétation de droits d'origine lointaine, souvent mal connus ou inconnus. Les juges étant dépourvus de repères concrets[1], leur appréhension des institutions étrangères — musulmanes dans le cadre de la présente étude —, applicables en droit international privé québécois, ne se fait pas sans heurts ni conflits. En effet, un survol de la jurisprudence en la matière met en exergue l'hésitation, l'incertitude, voire une certaine réticence des juges à l'égard des normes islamiques d'une conception incomparable à celle du droit québécois[2].

Ce désarroi judiciaire est d'autant plus accentué que les sociétés des pays musulmans, desquelles ces normes émanent, sont elles-mêmes traversées par des courants contradictoires, tiraillées entre fidélité à la tradition et aspiration à la modernité[3]. Conservateurs et réformateurs s'affrontent ainsi non seulement quant à la nécessité de rompre ou non avec les préceptes religieux, mais également quant à la lecture même de ceux-ci et, incidemment, quant à celle du droit musulman.

D'une part, soucieux de l'importance de respecter l'identité culturelle et la particularité d'un système juridique distinct et, d'autre part, sensibles à la question de la cohésion de l'ordre juridique québécois

---

1. Repères juridiques, repères sociétaux, voire repères spirituels. Pour le juge occidental, l'application d'un droit d'inspiration religieuse sera beaucoup plus difficile que celle d'un droit laïque, car ce droit religieux ne se trouve pas uniquement dans des instruments classiques, comme la loi ou la jurisprudence, mais fait appel à une *jus divinum*, à une *notion du sacré* qu'auront bien du mal à assimiler ceux qui ne partagent pas la même foi.

2. Voir notamment : *Z E Z (Re)*, [2006] RDF 193 aux para 66–67 (CQ), 2005 CanLII 49298 (QC CQ); *Adoption — 08581*, 2008 QCCQ 14414 aux para 53 et 55; *M S c Québec (PG)*, 2009 QCCS 3790 aux para 73–77. Nous reviendrons plus tard sur le malaise qui se dégage de ces jugements.

3. Ali Mezghani, « Le juge français et les institutions de droit musulman » (2003) 3 Journal de droit international (Clunet) 721 à la p 731.

ainsi qu'au respect du noyau dur des valeurs inhérentes à celui-ci, les juges québécois ont la lourde tâche de statuer sur la réception de ces normes si variées. Pensons simplement aux problèmes juridiques que soulèvent des institutions comme la polygamie, le *talaq* (répudiation unilatérale), le *mahr* (dot musulmane) et la *kafala* dans les ordres juridiques occidentaux[4]. C'est précisément cette dernière institution, la *kafala*, mesure de protection de l'enfant privé de famille, propre à la loi islamique, qui retiendra notre attention dans le présent texte.

Contrairement à celle d'autres institutions, la réception de la *kafala*, comme telle, ne pose pas de problème majeur par rapport à l'ordre public international, puisqu'il s'agit « d'une institution honorable […] visant l'intérêt de l'enfant »[5]. Toutefois, n'ayant aucun équivalent sémantique, fonctionnel, ni même symbolique en droit québécois, sa mise en œuvre dans notre système légal se heurte, de toute évidence, à de nombreux écueils. Au Québec, c'est à l'adoption que l'on tentera généralement d'assimiler la *kafala* et c'est la question de l'adoption des enfants pris en charge par *kafala* qui causera des difficultés d'articulation avec l'ordre juridique québécois. Celles-ci ayant été récemment mises en relief par de nombreux auteurs[6], l'ambition de la présente étude est de proposer de nouvelles solutions à la lumière d'une lecture renouvelée de la problématique, remettant en cause le bien-fondé de la solution jusqu'ici consacrée.

Pour ce faire, affirmons d'emblée que l'examen minutieux de la jurisprudence auquel la doctrine québécoise s'est livrée révèle que les enfants originaires des pays musulmans ne peuvent pas faire l'objet

---

4. Pour la polygamie, voir *L J c Québec (Ministre des Relations avec les citoyens et de l'Immigration)*, [2002] TAQ 913. Pour le *mahr*, voir *Nathoo v Nathoo*, 1996 CanLII 2705 (BC SC), [1996] BCJ No 2720 (CS) (LN/QL); *Kaddoura v Hammoud*, (1998), 168 DLR (4th) 503 (C Ont (Div gén)), 1998 CanLII 14937 (ON SC); *Amlani v Hirani*, 2000 BCSC 1653; (2000), 194 DLR (4th) 543; *M F c Ma A*, [2002] no AZ-50116075 (CS); *M (N M) v M (N S)*, 2004 BCSC 346; (2004), 26 BCLR (4th) 80; *Droit de la famille — 10717*, 2010 QCCS 1342. Pour le *talaq*, voir *Droit de la famille — 072464*, 2007 QCCS 4822; *Amin c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2008] 4 RCF 531, 2008 CF 168 (CanLII); *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Hazimeh*, 2009 CF 380 et *Miah c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 36. Pour une revue d'ensemble, notamment sur le mariage et le divorce, voir Pascale Fournier, *Mariages musulmans, tribunaux d'Occident : les transplantations juridiques et le regard du droit*, Paris, Presses de sciences politiques, 2013.

5. *A c Québec (PG)*, 2007 QCCS 2087 au para 30.

6. Voir notamment Julie Ranger, Valérie Scott et Denise Helly, « Immigration and Adoption of Children Under Kafálah: A Judicial Journey » (2013) 72 R du B 101; Denise Helly et al, « Droit familial et parties "musulmanes" : des cas de kafálah au Québec, 1997–2009 » (2011) 56:4 RD McGill 1057. Voir également Jeanne Tugault-Lafleur, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible?*, mémoire de maîtrise, Montréal, Faculté de droit, Université de Montréal, 2011.

d'une adoption au Québec. L'adoptabilité de l'enfant est habituellement soumise à la loi du pays d'origine de celui-ci[7] et, comme nous le verrons, les lois des pays musulmans prohibent *prima facie* l'adoption. À cet égard, l'application des règles du droit international privé québécois conduit souvent à une impasse, et ce, à cause de la nécessité de respecter la compétence des autorités étrangères en ce qui a trait au consentement et à l'admissibilité à l'adoption.

Cette solution, nous semble-t-il, est loin d'être satisfaisante. Nous allons tenter de démontrer que le respect de la loi étrangère de facture confessionnelle n'impose pas nécessairement le rejet de l'adoption des enfants sous *kafala*. En effet, assimiler la *kafala* à une adoption n'est pas forcément méconnaître sa nature exacte. Comme nous allons le voir, les difficultés auxquelles juristes et praticiens sont à cet égard confrontés procèdent essentiellement d'une lecture réductrice et décontextualisée de la loi étrangère. Notre démonstration s'articulera autour de trois éléments. En premier lieu, nous examinerons succinctement la notion de *kafala*, telle qu'elle est conçue dans les pays musulmans, et les transformations dont celle-ci fut l'objet (I). En second lieu, nous présenterons ce que nous désignons sous le vocable de « principe prohibitif », soit la solution classique impliquant le refus de l'adoption des enfants sous *kafala*, et ce, indépendamment de la nature des démarches entreprises par les requérants adoptants (II). Enfin, nous tâcherons de remettre en cause ce même principe prohibitif tous azimuts et plaiderons du même coup pour l'adoptabilité potentielle de l'enfant sous *kafala* (III).

I. LA *KAFALA* DANS LES PAYS MUSULMANS

L'origine de la *kafala*, comme système de protection de l'enfance en détresse, remonte au droit musulman classique (le *fiqh*) (A). Instaurée, à l'aube de l'Islam, pour suppléer à la prohibition de l'adoption, la *kafala* ne saurait donc être confondue avec cette dernière (B). Toutefois, cette institution classique a subi des mutations majeures au cours du XX^{e} siècle à la suite de réformes survenues dans de nombreux pays musulmans. Ces interventions législatives ont eu pour effet d'opérer un rapprochement sensible entre ces deux notions (C).

7. Art 3092 CcQ.

A. La *kafala* dans le droit musulman classique

Étymologiquement, la *kafala* signifie « se porter garant », « prendre en charge », « répondre à la place de quelqu'un ». Si elle est utilisée habituellement en droit des obligations pour désigner le cautionnement[8], cette terminologie renvoie, en droit de la famille, à une institution originale du droit musulman, qui consiste en « l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils »[9].

La *kafala* dont il est question en matière familiale est connue traditionnellement sous le nom de *kafalat-o-el-yatiim*, soit *kafala* des orphelins[10], terme traduit par « recueil légal » en Algérie[11], « prise en charge » au Maroc[12] ou encore « tutelle officieuse » en Tunisie[13]. Le droit irakien emploie le terme *aldhamm*[14], qui réfère plutôt à l'idée de « rattachement », d'« affiliation » et d'« incorporation » d'un enfant au sein d'une famille. Le législateur égyptien a, quant à lui, opté pour le terme « famille de substitution », *al-oussar al-badilah*[15], tandis que la version française du *Code de Qadri Pacha* parle de « recueillir et prodiguer les

---

8. Qui se définit comme « un contrat par lequel une personne garantit l'exécution d'une obligation, en s'engageant envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même » : *Code civil algérien*, art 644. Voir *Code civil égyptien*, art 772 et *Code civil irakien*, art 1008. Voir également les articles 612–620 du *Medjellé* ottoman.

9. *Code de la famille algérien*, art 116. Une définition semblable a été adoptée au Maroc par la *Loi n° 5-01 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés, Dahir n° 1-02-172 du 1 rabii II 1423 portant promulgation de la Loi n° 15-01 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés (13 juin 2002)*, art 2. [*Dahir du 13 juin 2002*].

10. Le mot orphelin doit être entendu ici dans un sens large qui comprend les enfants trouvés, les enfants abandonnés, les enfants de filiation inconnue, les enfants de prisonniers ou de disparus de guerre, etc. De manière générale, l'orphelin est tout enfant privé du soin et de l'affection de son père. Tasnim H Istiati, *Les droits de l'orphelin dans le fiqh islamique* [en arabe], mémoire de maîtrise, Faculté des études supérieures, Université Al-Najah, Naplouse, 2007 aux pp 12–14. L'orphelin est défini par la plupart des auteurs musulmans comme l'enfant privé de son père et non de sa mère. Cela s'explique par le fait qu'en droit musulman, seul le père est tenu de subvenir à l'entretien de l'enfant.

11. La *kafala* est réglementée en Algérie par les articles 116 à 125 du *Code de la famille algérien* de 1984.

12. La *kafala* est réglementée au Maroc par le *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9.

13. La *kafala* est réglementée en Tunisie par les articles 3 à 7 de la *Loi du 4 mars 1958 n° 1958-0027 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption* [*Loi du 4 mars 1958*].

14. La *kafala* est réglementée en Irak par les articles 39 à 46 de la *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*.

15. Décret d'application de la *Loi n° 126-2008 portant réforme de la Loi sur l'enfant n° 12-1996, arts 85–105* [Décret].

secours » à des enfants trouvés[16]. Les termes référant au concept de *kafala* sont donc variés et, si certains d'entre eux sont bien dissociés de l'adoption — par exemple, la tutelle officieuse, qui est un concept juridique à part entière —, d'autres, tels que « famille de substitution », « affiliation » ou « prise en charge », semblent traduire une réalité factuelle assez proche de l'adoption. Cependant, quelle que soit la terminologie utilisée, la *kafala* est un système de protection morale et matérielle de l'enfant en détresse, qui possède également une identité propre sur le plan purement religieux.

D'après les enseignements du droit musulman classique, la *kafala* est une œuvre de bienfaisance hautement recommandée pour se rapprocher de Dieu. La *Charia*, loi islamique, élève la *kafala* au rang de norme sociale, exhortant les musulmans nantis à prendre en charge les enfants orphelins, déshérités ou abandonnés, et à leur assurer bienveillance et affection. La *kafala* serait ainsi une pratique religieuse surérogatoire qui, parmi d'autres, ouvrirait à la personne qui en assure la charge les portes du paradis[17].

Traditionnellement, la *kafala* peut prendre plusieurs formes, tantôt se limitant à un soutien financier, à une sorte de parrainage d'un enfant dont les parents seraient incapables d'assurer l'entretien, tantôt comportant également l'intégration de l'enfant au sein du foyer d'accueil lorsque celui-ci est privé de famille (orphelin ou abandonné). Dans certaines sociétés, il est même d'usage, pour une famille nombreuse, de transférer la charge de l'un de ses enfants à un proche parent privé de descendance :

> [Il s'agit de] la coutume du don intrafamilial d'enfant. Une femme aux multiples grossesses cède généreusement l'un de ses enfants à une proche parente frappée de stérilité. Dans ce cas précis de cession informelle qui relève plus de l'ordre du fosterage que de l'adoption, car l'identité objective de l'enfant

16. Il s'agit d'une codification non officielle des enseignements du droit musulman, relatifs au droit de la famille d'après l'école hanéfite, faite en Égypte en 1875. *Qadri Pacha* y traite des enfants trouvés aux articles 356 à 364. Cet ouvrage continue de faire autorité devant les tribunaux égyptiens en cas de lacune législative, traduit en français sous le titre : *Droit musulman du statut personnel et des successions d'après le rite hanafite*, Alexandrie, Foreign and Commonwealth Office Collection, 1879.

17. Conformément à la tradition prophétique. Dans le hadith rapporté par Abou Houraira, « le prophète dit : moi *et kafil al-yatim*, nous sommes ainsi au paradis, en faisant ainsi allusion avec ses deux doigts : l'index et le médius légèrement écartés ». Sahih Muslim, 4e éd, t 18, Beyrouth, Dar ihiaa al-turath al-arabi à la p 113.

> demeure inchangée, il résulte des rapports de *pluriparentalité* (l'exercice des rôles de la parenté relève de plusieurs personnes); l'enfant qui est connu et qui est du même sang est celui de la « grande famille » étendue et hiérarchisée[18].

Il s'ensuit que la *kafala* est, en droit musulman classique, une institution de nature privée aux visages multiples. Relevant de la morale et de la générosité, la *kafala* demeure régie, dans bon nombre de sociétés musulmanes, par la coutume.

Acte de charité, récompensée d'un point de vue religieux et encouragée d'un point de vue social, la *kafala* n'en est pas moins une institution juridique au sens propre, légalement qualifiable quant à plusieurs de ses aspects. Acte unilatéral, la *kafala* impose des obligations à une seule des deux parties : le *kafil* (celui qui prend en charge l'enfant) s'oblige envers le *makfoul* (l'enfant recueilli), sans que ce dernier soit redevable d'une quelconque obligation. Cet acte unilatéral doit également être fait à titre gratuit — l'absence de contrepartie participant de la quintessence même de l'institution —, le *kafil* assumant bénévolement l'éducation du *makfoul*, son entretien (nourriture, habillement, logement, instruction, etc.), la gestion de ses affaires et la fructification de son patrimoine, le cas échéant.

B. *Kafala* et adoption

Si les effets de la *kafala* et de l'adoption paraissent semblables à bien des égards, il n'en demeure pas moins que la *kafala* est absolument distincte de l'adoption, d'autant plus que cette dernière est interdite en Islam. Cette interdiction est expressément proclamée par le législateur de certains pays, tels le Maroc, l'Algérie, le Koweït et l'Égypte[19]. Dans d'autres pays, la prohibition n'est qu'implicite et découle du renvoi aux prescriptions du droit classique, *fiqh*. C'est le cas notamment

---

18. Émilie Barraud, « Adoption et *kafala* dans l'espace migratoire franco-maghrébin » (2008) IV L'Année du Maghreb 459 au para 8.

19. L'article 149 al 1 du *Code de la famille marocain* dispose : « L'adoption (*tabanni*) est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime ». L'article 46 du *Code de la famille algérien* prévoit que « L'adoption (*tabanni*) est interdite par la Charia et la loi ». On retrouve la même interdiction à l'article 167 du *Code du statut personnel koweitien*, d'après lequel « La filiation ne saurait être établie par adoption, même si l'enfant ainsi adopté est de filiation inconnue ». En Égypte, l'article 4 de la *Loi sur l'enfant* (*qanon al-tifel*) nº 12-1996, telle que modifiée par la *Loi nº 126-2008*, énonce désormais que « La filiation de l'enfant ne peut être attribuée à quelqu'un d'autre que ses parents [biologiques]. L'adoption est prohibée ».

de l'Irak, de la Syrie et de la Jordanie[20]. En effet, si le Coran légitime et même promeut la *kafala*, il condamne l'adoption (*tabanni*) — en théorie, du moins — en tant que « création artificielle des sentiments basée sur la ruse et le trucage, [entraînant] l'affaiblissement des liens par le sang et la confusion des lignées »[21]. Rappelons que, selon les textes coraniques, la volonté humaine ne saurait, au moyen d'une fiction, établir arbitrairement des liens de parenté incompatibles avec les liens agnatiques, attribués par le Créateur, lesquels ne sauraient être brisés :

> 4. Allah […] n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants. Ce sont des propos [qui sortent] de votre bouche. Mais Allah dit la vérité et c'est Lui qui met [l'homme] dans la bonne direction.
>
> 5. Appelez-les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés. Nul blâme sur vous pour ce que vous faites par erreur, mais [vous serez blâmés pour] ce que vos cœurs font délibérément. Allah, cependant, est Pardonneur et Miséricordieux [nos soulignés][22].

Pouvant aujourd'hui prétendre à l'irrévocabilité, la parenté par le sang (*nassab*) n'a pourtant pas toujours été aussi immuable : l'adoption, *tabanni*, était une pratique assez répandue en Arabie préislamique, où l'enfant était considéré comme source de bonheur et de richesse. Le rattachement à la famille existait par la création d'un lien fictif de parenté, à la suite de laquelle l'adopté devenait le fils attitré de l'adoptant. Le prophète Mahomet lui-même avait un fils adoptif, un esclave qu'il avait affranchi et fait son propre fils[23]. Mahomet était donc

---

20. La Syrie renvoie aux prescriptions de l'école hanafite par l'article 305 du *Code du statut personnel* (1953). Le *Code civil irakien* (art 1 à son deuxième paragraphe) prévoit qu'en l'absence de texte législatif, « le juge statuera d'après les principes de la Charia islamique se conciliant le mieux avec les dispositions du présent Code ». Le *Code du statut personnel tunisien* de 1956 est le seul de la région qui omet de faire référence au droit musulman, ni pour interpréter les dispositions de la loi ni même pour combler ses lacunes; l'adoption est d'ailleurs permise en Tunisie.

21. A Koubaissi, *La philosophie du régime familial dans l'Islam* [en arabe], 2e éd, Bagdad, Imprimerie Al-Hawadith, 1990 à la p 161.

22. Coran, sourate 33, versets 4 et 5. Traduction de Mouhammad Hamidullah.

23. Il déclara publiquement devant sa tribu de Quraychite « Ô les gens, soyez témoins que Zayd est mon fils, j'hérite de lui et il hérite de moi ». Mahomet lui présenta sa cousine Zaynab bint Jahsh, qu'il épousa. Leur mariage ne dura que peu de temps. Après leur divorce, Mahomet se maria avec Zaynab. Le mariage de celui-ci avec l'ex-épouse de son fils fut vigoureusement critiqué par les Quraychites. Les versets coraniques approuvent le geste du prophète et la légalité de son mariage : le prophète n'a pas de progéniture mâle et un fils adoptif ne tient pas lieu

adoptant, père *adoptif*. Ce fils fut appelé Zayd, fils de Mahomet par la communauté, et cela, jusqu'à l'abolition de l'adoption, décrétée en l'an cinq de l'hégire (627) : « Muhammad n'a jamais été le père de l'un de vos hommes, mais le messager d'Allah et le dernier des prophètes. Allah est Omniscient »[24]. Cette prohibition de l'adoption fut par la suite sanctionnée par le consensus unanime des *fouqaha*[25], ce qui imposa très largement par la suite sa réception dans les systèmes juridiques arabo-musulmans[26].

Il en résulte que le point de rupture entre la *kafala* et l'adoption réside dans la création ou non d'un lien de filiation. Rappelons que, selon le concept traditionnel de l'adoption, une fois celle-ci prononcée, un lien de filiation est établi entre l'adoptant et l'adopté. Cette filiation peut être établie selon une logique additive ou inclusive, on parle alors d'*adoption simple*, ou au moyen d'un rationnel de substitution, on renvoie alors à l'*adoption plénière*. Au Québec, sous l'influence de la common law, seule cette dernière forme d'adoption est envisageable, entraînant ainsi la rupture définitive et irrévocable de tous les liens juridiques entre l'enfant et sa famille d'origine[27].

L'effet principal de l'adoption plénière est donc de remplacer la filiation primaire par la filiation adoptive. La filiation primaire est éradiquée

---

de propre fils. Dès lors, il n'y a point d'empêchement au mariage en l'occurrence. Cette histoire est racontée par la plupart des exégèses des ouvrages classiques de *tafsir* (interprétations coraniques). Voir par ex al-Tabari, *Tafsir* 4/323, 21/120; Qurtubi, *Tafsir* 14/117-20; Ibn Kathir, *Tafsir* 3/466-7.

24. Coran, sourate 33, verset 40. Traduction de Mouhammad Hamidullah.

25. Les théologiens-juristes de l'époque classique (du VIII^e^ au XI^e^ siècles).

26. Il faut néanmoins mentionner que des voix se lèvent dans divers pays pour réclamer la reconnaissance de l'adoption, ce qui permettrait de mettre en place une solution durable et efficace à la grande problématique des enfants abandonnés. La question fut notamment soulevée en Syrie, à l'occasion du projet de réforme du *Code du statut personnel*. La réponse des instances religieuses fut catégorique : la prohibition de l'adoption en Islam est définitive et ne peut être modifiée, puisqu'elle relève des dispositions de la *Charia*, dont l'établissement et la signification sont absolus (*qatyiat' al-thoboutwal-dalala*). En conséquence, cette prohibition ne peut être sujette à l'*ijtihad* (effort de réflexion et de déduction), ce dernier ne pouvant avoir lieu qu'à propos des dispositions dont l'existence ou la sémantique est relative : Oussama Hamawi, « L'adoption, le problème des *laqit* et les causes d'établissement de la filiation : étude du fiqh comparé » (2007) 23:2 Revue des sciences économiques et juridiques de l'Université de Damas 512 [en arabe].

27. Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2^e^ éd, coll « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, n^o^ 14 aux pp 26–27. Certains pays d'origine des enfants connaissent une autre forme d'adoption, dite adoption simple, ayant pour conséquence de maintenir le lien de filiation biologique. Voir Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions d'adoption : regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

sur tous les plans : l'adopté passe de sa famille d'origine à sa famille adoptive et est considéré n'appartenir strictement qu'à cette dernière, sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile[28]. Les répercussions de cette mutation filiative ne se limitent pas aux parents de l'enfant : les sœurs, frères, grands-parents, tantes, oncles, etc., qui étaient, avant l'adoption, rattachés à l'enfant, ne le sont plus. L'enfant cesse « d'appartenir à sa famille biologique au sens large et se voit empêché de réclamer une filiation différente de celle nouvellement créée. Les membres de la famille biologique deviennent donc des tiers à l'égard de l'enfant adopté »[29].

Accessoirement à la constitution d'une nouvelle filiation, « l'adoption fait naître les mêmes droits et obligations que la filiation par le sang »[30], tandis que « les effets de la filiation précédente prennent fin »[31]. Cela implique que les adoptants peuvent choisir de renommer l'enfant en lui attribuant un nom concordant avec celui de la famille de l'adoptant[32] et que les droits et obligations découlant de la filiation par le sang seront désormais uniquement applicables entre l'adopté et ses parents adoptifs. Notamment, ces « parents en ligne directe au premier degré se doivent des aliments »[33]; l'enfant leur doit respect, peu importe son âge[34], alors que les parents exercent, à l'égard de l'enfant, l'autorité parentale jusqu'à la majorité ou l'émancipation de celui-ci[35], et sont investis du droit et du devoir de garde, de surveillance, d'éducation, de nourriture et d'entretien le concernant[36]. Sur le plan successoral, « la parenté est fondée sur les liens du sang ou de l'adoption »[37]. Conséquemment, l'enfant adopté est considéré comme descendant de son parent adoptif défunt, conjointement avec les

28. Art 577 CcQ.

29. Alain Roy, « Filiation adoptive », dans JurisClasseur Québec, coll « Droit civil », *Personnes et famille*, fasc 31, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles au para 63.

30. Art 578 al 1 CcQ. Une dérogation à ce principe est toutefois codifiée au deuxième alinéa de ce même article : « Toutefois, le tribunal peut, suivant les circonstances, permettre un mariage ou une union civile en ligne collatérale entre l'adopté et un membre de sa famille d'adoption ».

31. Art 579 al 1 CcQ. Notons cependant que « l'adoption, par une personne, de l'enfant de son conjoint ne rompt pas le lien de filiation établi entre ce conjoint et son enfant » : art 579 al 2 CcQ.

32. Art 576 CcQ.

33. Art 585 CcQ.

34. Art 597 CcQ.

35. Art 598 CcQ.

36. Art 599 CcQ.

37. Art 655 CcQ.

enfants biologiques de ce dernier, le cas échéant, et peut même aspirer au même statut que ceux-ci dans l'ordre de dévolution successorale[38].

En somme, il s'agit d'une permutation familiale complète et homogène : par fiction juridique, l'enfant étant, sur tous les plans, réputé appartenir à sa famille adoptive, à l'exclusion de sa famille biologique, avec laquelle il ne pourra maintenir aucun lien d'attache, qu'il soit concret, symbolique ou juridique. Il est patent que la *kafala* est, quant à elle, totalement dépourvue de ces effets : aucun lien de filiation ne s'établit entre le bienfaiteur *kafil* et l'enfant *makfoul* et, incidemment, aucun empêchement à mariage entre l'enfant et un membre de la famille au sein de laquelle il s'intègre ne s'établit. Le *makfoul* n'emprunte pas le nom du *kafil*[39], n'obtient pas non plus de vocation successorale et peut, une fois majeur, épouser un membre de la famille directe du *kafil*. Bien que moralement réputé membre de la famille, le *makfoul* en demeure juridiquement étranger :

> Si l'enfant recueilli doit être traité « comme un fils légitime », il n'en est pourtant pas un, et c'est autour des questions de nom et d'héritage que s'inscrit le point de rupture. Le *makfoul* ne prend pas le patronyme et n'hérite pas de son *kafil*. […]. La *kafala* [peut également être] provisoire et révocable. […]. Ne reconnaissant pas la filiation entre les parents et l'enfant, elle évite la transgression du mélange des sangs. La communauté est rassurée, car simplement allié, l'enfant ne menace pas le droit des consanguins[40].

Bien qu'en pratique, l'enfant adopté et l'enfant *makfoul* soient tous deux traités comme de « véritables enfants », le *makfoul* n'a pas de lien filial avec le *kafil* qui le prend en charge. Même si la réalité sociale de la *kafala* et celle de l'adoption sont semblables, voire identiques, l'adoption emporte des effets fondamentalement différents de ceux qui découlent de la *kafala*, et c'est précisément cette distinction théorique qui rend problématique l'intégration de cette institution originale dans le régime d'adoption québécois.

38. Arts 666–669 CcQ.

39. Du moins, selon les enseignements classiques.

40. Barraud, *supra* note 18 au para 13.

C. Les transformations de la *kafala* en droit positif

Originellement acte charitable de nature privée, la *kafala* a été profondément transformée par le législateur contemporain. Soucieux du sort des enfants abandonnés, celui-ci a pris l'initiative de réglementer la *kafala*[41], et ce, afin de doter cette pratique d'un cadre juridique clair qui permettrait d'assurer la sécurité et le bien-être des *makfoul*. Ce faisant, la *kafala* fut législativement soustraite à la sphère extraétatique pour acquérir un caractère formel et, conséquemment, produire des effets de droit. Dans de nombreux pays, des lois ont été adoptées pour assigner à la *kafala* un cadre juridique bien défini. Ce fut notamment le cas au Maroc[42], en Tunisie[43], en Algérie[44], en Libye[45], en Égypte[46], en Irak[47] et en Syrie[48]. Dorénavant, la constitution d'une *kafala* est assujettie à l'intervention d'agents publics et ses effets ainsi que sa cessation sont strictement encadrés.

Les conditions d'ouverture de la *kafala* sont définies différemment selon les législations, certaines paraissant assez libérales, alors que d'autres semblent plus réticentes à ouvrir ce système à toutes les catégories d'enfants en détresse. Néanmoins, il existe plusieurs constantes.

D'abord, étant une institution protectrice de l'enfance, la *kafala* ne concerne que les personnes mineures[49], quoiqu'elle puisse, en certains cas, se prolonger au-delà de la majorité. Au Maroc et en Algérie, pour y être admissible, l'enfant devra être considéré comme abandonné[50],

---

41. Tel fut notamment le cas au Maroc, en Algérie, en Tunisie, en Libye, en Égypte et en Irak.

42. La *kafala* est réglementée au Maroc par le *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9.

43. Par la *Loi du 4 mars 1958*, *supra* note 13.

44. Par le *Code de la famille algérien* de 1985, arts 116–125.

45. Par le *Code du statut personnel n° 10-1984*, art 60.

46. Un système de *kafala* existe en Égypte depuis 1997, instauré par le Décret, *supra* note 15. Ce système a été réformé en profondeur en 2010, à la suite de l'entrée en vigueur de la *Loi n° 126-2008 portant réforme de Loi sur l'enfant n° 12-1996*. La réglementation actuelle est issue du Décret, *supra* note 15, entré en vigueur le 26 juillet 2010, arts 85–105.

47. Par la *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*, arts 39–46.

48. En Syrie, le projet du *Code du statut personnel* de 2009 réglemente la *kafala* aux articles 273 à 280. Cependant ce projet, fortement contesté, puisque jugé comme constituant un recul des droits de la femme, a été mis au placard.

49. Les majeurs y sont naturellement exclus. L'âge de la majorité est fixé à 18 ans révolus dans la plupart des pays arabes, à l'exception de l'Algérie où la majorité est fixée à 19 ans révolus : *Code civil algérien*, art 40.

50. Le *Code de la famille algérien* de 1985, à son article 119, se borne à préciser que « l'enfant recueilli peut être de filiation connue ou inconnue ». Le *makfoul* peut donc être un enfant orphelin, trouvé ou abandonné, ou un indigent dont les parents ne peuvent assumer la charge.

ce qui est le cas de l'enfant trouvé et né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré, de l'enfant orphelin et de l'enfant dont les parents sont matériellement incapables de subvenir à ses besoins ou d'assumer leur responsabilité de protection et d'orientation[51]. En Égypte, sont admissibles à la *kafala* les enfants de parents inconnus, les enfants illégitimes abandonnés, les enfants égarés de parents connus, mais introuvables, et les enfants dont le maintien dans leur famille d'origine n'est pas envisageable[52]. Le droit irakien, plus restrictif, limite l'institution aux enfants de filiation inconnue et à ceux qui sont orphelins[53], tandis que le législateur libyen admet sous *kafala* les enfants orphelins, de parents inconnus, ou de père inconnu et de mère connue, si celle-ci abandonne son enfant pour cause d'illégitimité[54].

Rappelons qu'en droit québécois, l'enfant est admissible à l'adoption si ses parents consentent à celle-ci ou si sa mère seule prend cette décision, dans la mesure où l'enfant n'a qu'une filiation maternelle constatée[55]. Un enfant pourra également être adopté si aucune filiation n'est établie à son égard, alors qu'il est âgé de plus de trois mois, s'il a, dans les faits, été abandonné depuis plus de six mois ou si ses parents ont été déchus ou sont décédés et que l'enfant est dépourvu de tuteur[56]. Ainsi, certains critères d'admissibilité d'un enfant à une *kafala* sont un écho de ceux qui, en droit québécois, permettent l'admissibilité de l'enfant à l'adoption.

En ce qui concerne l'octroi de la *kafala*, le *kafil* doit satisfaire à certaines exigences de base, dont la formulation précise diffère d'un État à l'autre, mais qui, globalement, comprennent comme conditions d'éligibilité le fait d'être majeur, d'être en mesure de justifier de son aptitude morale à assurer l'éducation de l'enfant et de faire la

---

L'établissement de son admissibilité à une prise en charge sous *kafala* demeure tributaire de sa situation, laquelle pourrait être classifiée selon des catégories similaires à celle établie par la loi marocaine, *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9.

51. *Ibid*, art 1.
52. Décret, *supra* note 15, arts 85–105.
53. *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*, art 39.
54. *Code du statut personnel n° 10-1984*, art 60.
55. Art 551 CcQ.
56. Art 559 CcQ.

preuve de son aptitude matérielle à subvenir à ses besoins[57]. Ici, également, les critères de qualification du *makfoul* sont semblables à ceux qui encadrent l'approbation de l'adoptant en droit québécois, notamment en ce qui concerne l'exigence de la majorité[58] et l'évaluation psychosociale obligatoire des candidats à l'adoption, visant à confirmer leur capacité morale et matérielle à prendre soin de l'enfant[59].

Quant aux modalités d'octroi de la *kafala*, force est de constater que, dans les pays objets de la comparaison, on assiste à une judiciarisation de cette pratique, extraite ainsi de son cadre privé d'autrefois. La formation de la *kafala* exige en effet qu'elle soit constatée par un acte écrit et l'intervention d'un agent public (juge ou notaire) est systématiquement exigée pour présider au processus. Au Maroc, l'acte est exclusivement judiciaire, puisque sa formation est placée sous le contrôle du tribunal. C'est le juge des tutelles, du ressort duquel relève le lieu de résidence de l'enfant, qui est chargé d'accorder la *kafala* à la personne ou à la partie désireuse de l'assurer[60]. En droit tunisien, la *kafala* revêt un caractère expressément solennel, étant considérée comme un contrat passé devant notaire, homologué par le juge, entre le tuteur officieux et les parents de l'enfant, l'un d'eux ou, à défaut, le tuteur public ou son représentant[61]. En droit algérien, la *kafala* peut être conclue devant le juge civil ou le notaire dans le cadre d'une procédure gracieuse, et cet intervenant, par son rôle de représentant de

57. Au Maroc : *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, art 9(1) et (2). En Algérie, le *kafil* devra être « sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli (*makfoul*) et capable de le protéger » : *Code de la famille algérien* de 1985, art 118. L'article 60 du *Code du statut personnel n° 10-1984* (Libye) renvoie au règlement en vigueur relativement aux conditions et modalités de ce procédé. D'après celui-ci, le *kafil* doit être âgé de plus de trente ans, de bonnes mœurs, avoir un casier judiciaire vierge, être sain de corps et d'esprit et en mesure de subvenir aux besoins de l'enfant : Décision n° 453 de 1985 portant règlement sur la *kafala*, adopté par le Comité populaire général.

La *Loi du 4 mars 1958*, *supra* note 13 (Tunisie) se contente de préciser que le *kafil* doit être « une personne majeure jouissant de la pleine capacité civile » : art 3. La *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983* (Irak) pose le critère de nationalité irakienne pour les époux *kafil*, en plus d'exiger qu'ils soient majeurs, sains d'esprit, de bonne conduite, de bonne foi, exempts de maladies contagieuses et capables d'éduquer l'enfant et de l'entretenir : art 39. Enfin, selon le Décret, *supra* note 15 (Égypte), les époux doivent être âgés de plus de 25 ans, être mariés depuis 5 ans, être de bonnes mœurs et avoir la capacité physique et financière de prendre un enfant sous leur aile : art 89.

58. Art 546 CcQ.

59. Voir le site officiel du Centre jeunesse de Québec, sous la rubrique « Adoption et banque mixte », en ligne : <www.centrejeunessedequebec.qc.ca/offre%20de%20service/Pages/Adoption-et-banque-mixte.aspx> (consulté le 19 juin 2015).

60. *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, arts 14–18.

61. *Loi du 4 mars 1958*, *supra* note 13, art 4.

l'État, est tenu de vérifier que l'acte de *kafala* remplit les conditions légales avant de procéder à son instrumentation[62]. En Égypte ont été instituées des commissions départementales spécialisées chargées de la mise en place du système dit de « familles de substitution »[63]. Finalement, en droit irakien, la *kafala* par rattachement (ou affiliation) ne peut être que judiciaire, puisque nécessairement ordonnée par le tribunal des mineurs et assortie d'une période d'essai[64].

Ici, également, un parallèle peut être tracé entre la sanction de la *kafala* et celle de l'adoption québécoise. Rappelons qu'en droit québécois, l'adoption ne peut être prononcée que judiciairement, l'adoption coutumière ou privée étant absolument exclue du champ des possibilités, voire prohibée[65]. Ainsi, originellement coutumière, la *kafala* a subi une transformation majeure sur le plan procédural, visant à faire entrer l'institution dans l'ordre juridique étatique. À l'image de l'adoption québécoise, la *kafala* prend dorénavant forme dans un encadrement serré de l'État.

Cela étant, la métamorphose ne se limite pas au cadre procédural, mais s'étend au fond même de l'institution (effets et conséquences), et ce, précisément en raison de sa judiciarisation. Les nombreuses — mais similaires — réformes introduites dans divers pays musulmans ont bouleversé l'économie de la *kafala*. Dans les faits, celles-ci ont eu comme effet premier de provoquer une augmentation significative des points de convergence entre la situation de l'enfant sous *kafala* et celle de l'enfant adopté dans les systèmes occidentaux. Nous esquissons dans les paragraphes suivants les principaux changements introduits.

D'abord, la *kafala* crée pour la personne qui en assure la charge des effets aussi bien personnels que pécuniaires. Elle confère au *kafil* la tutelle de l'enfant (*wilaya*), qui porte aussi bien sur la personne (*nafss*)

---

62. *Code de la famille algérien* de 1985, art 117. Voir également Ghenima Lahlou-Khiar, « La *kafala* en droit algérien : une transgression de l'intérêt supérieur de l'enfant » (2013) 20 Varia — Revue franco-maghrébine de droit 203 à la p 209.

63. Décret, *supra* note 15.

64. L'enfant fait l'objet d'un placement pour six mois auprès des *kafil*. *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*, arts 39–46.

65. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c P-34.1, art 135.1, qui impose des sanctions pénales à ceux qui entameraient un processus d'adoption sans suivre le processus légalement imposé, lequel comprend nécessairement des intermédiaires neutres entre la famille biologique et la famille adoptive. Une exception notoire à souligner est celle de l'adoption coutumière autochtone, voir Ghislain Otis, dir, *L'adoption coutumière autochtone et les défis du pluralisme juridique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2013.

que sur les biens éventuels de celui-ci (*mal*). Il s'agit, en premier lieu, d'élever l'enfant, de prendre soin de lui et de le surveiller. Au Maroc, l'ordonnance relative à l'octroi de la *kafala* oblige le *kafil* à assurer à l'enfant garde et protection, et à élever celui-ci dans une ambiance saine[66]. En droit algérien, le *kafil* veille à l'entretien, à l'éducation et à la protection de l'enfant[67]. Les deux législations affirment que cette obligation doit être honorée « au même titre que le ferait un père pour son enfant »[68]. Le terme *dhamm* du droit irakien implique également de fondre l'enfant recueilli dans la famille afin d'assurer son éducation et son épanouissement. Quelle que soit la législation, la *kafala* implique que le *kafil* soit doté de l'autorité parentale sur l'enfant. Concernant la tutelle aux biens, le *kafil* devra assurer la gestion de ceux-ci en « bon père de famille »[69]. Il lui est interdit de conclure tout acte d'aliénation d'un bien de l'enfant, sauf autorisation du juge. En cas de mauvaise gestion, le *kafil* est passible des peines prévues pour le détournement ou l'abus de confiance. Le *kafil* doit, par ailleurs, agir en réparation pour le compte de l'enfant, si ce dernier est victime d'un préjudice quelconque et, inversement, répondre des actes dommageables posés par l'enfant[70].

En plus de la tutelle, une obligation alimentaire élargie découle également de la *kafala* : à l'instar du père biologique, le *kafil* a le devoir d'assurer les frais de nourriture, d'habillement et de logement de l'enfant. Si certaines législations conservent le principe selon lequel l'entretien de l'enfant demeure jusqu'à sa majorité[71], plusieurs autres ont étendu cette obligation jusqu'à ce que l'enfant soit en mesure, dans les faits, d'être financièrement indépendant (intégrer le marché du travail). Des tempéraments ont également été apportés à la cessation de soutien dans l'hypothèse où l'enfant serait étudiant ou atteint d'un

66. *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, art 22.

67. *Code de la famille algérien*, art 116.

68. *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, art 2; *Code de la famille algérien*, art 116.

69. Voir par ex le *Code de la famille algérien*, art 122, qui prescrit que « le titulaire de la kafala doit assurer au mieux l'administration des biens de l'enfant recueilli résultant d'une succession, d'un legs ou d'une donation, au mieux de l'intérêt de celui-ci ».

70. Par exemple, au Maroc, l'article 22 du *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, impose au *kafil* de répondre civilement des actes de l'enfant recueilli; les dispositions du *Code des obligations et contrats*, relatives à la responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur, sont applicables à cet effet. Il en va de même en droit tunisien dans le cadre de la tutelle officieuse, puisque l'article 5 de la *Loi du 4 mars 1958*, *supra* note 13, prévoit que le tuteur officieux est « en outre, civilement responsable des actes du pupille, dans les mêmes conditions que les pères et mère ». La même solution a cours dans les autres pays en vertu des dispositions du Code civil.

71. Ce qui est le cas au Maroc : *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, art 22.

handicap physique ou mental[72]. En ce qui concerne les enfants de sexe féminin, toutes les législations maintiennent le devoir d'entretien jusqu'à leur mariage — ce qui est, en principe, pour elles, un gage d'autonomie —, lequel ne peut, soulignons-le, avoir lieu en principe qu'ultérieurement à leur majorité[73].

Pour remplir ses engagements, le *kafil* se voit octroyer les indemnités et allocations sociales habituellement versées aux parents pour leurs enfants légitimes. D'après l'article 121 du *Code de la famille algérien*, « le recueil légal confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime ». À cet effet, l'enfant est inscrit sur le livret de famille du *kafil*[74]. Il en va de même en droit marocain[75]. En Irak, il a été décidé que la femme fonctionnaire à laquelle l'enfant est confié peut, en tant que mère, se prévaloir du congé de maternité pour s'occuper de son enfant *makfoul* n'ayant pas encore atteint l'âge de quatre ans[76]. La loi égyptienne va jusqu'à prévoir un mécanisme de rémunération mensuelle au bénéfice de la famille de substitution[77].

---

72. En Irak, les demandeurs s'engagent à prendre en charge l'enfant de sexe masculin en pourvoyant à son entretien, jusqu'à l'âge où il sera en mesure de gagner sa vie. S'il est étudiant, sa prise en charge doit se poursuivre jusqu'à l'obtention du diplôme d'études secondaires; s'il est inapte à travailler pour cause de handicap physique ou mental, le soutien devrait se poursuivre jusqu'à ce qu'il soit objectivement en âge de travailler : *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*, art 43(1). En Égypte, la famille d'accueil s'engage à pourvoir aux besoins de l'enfant, comme s'il était l'un de ses membres, et ce, jusqu'à ce qu'il trouve un emploi stable s'il est un garçon ou jusqu'à ce qu'elle se marie s'il s'agit d'une fille : Décret, *supra* note 15, arts 87–89. La même solution est retenue par la loi algérienne : *Code de la famille algérien*, art 75, qui prévoit que

> pour les enfants mâles, l'entretien est dû jusqu'à leur majorité, pour les filles jusqu'à la consommation du mariage. Le père demeure soumis à cette obligation si l'enfant est physiquement ou mentalement handicapé ou s'il est scolarisé. Cette obligation cesse dès que l'enfant devient en mesure de subvenir à ses besoins.

73. En Irak, les demandeurs s'engagent à prendre en charge l'enfant de sexe féminin jusqu'à son mariage : *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*, art 43(1).

74. Kh Basheer, *L'adoption et la kafala* [en arabe], mémoire présenté à l'École supérieure de la magistrature, Alger, Ministère de la Justice, 2009 à la p 39.

75. *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, art 22.

76. Circulaire du ministère des Finances n° 21519 du 1er novembre 1981.

77. Décret, *supra* note 15, art 95. Cette rémunération est octroyée nonobstant toutes allocations et autres aides sociales auxquelles la famille de substitution peut légitimement prétendre. L'article 96 indique les frais médicaux, les frais d'inhumation, l'allocation pour mariage, etc. L'article 97 envisage même la possibilité d'octroyer à la famille une prime de gratification de « fin de mission » lors du mariage (pour l'enfant fille) ou de l'embauche dans un travail adéquat dont la durée est supérieure à un an (pour l'enfant garçon). Notons que l'existence de cette contrepartie jure avec le caractère bénévole traditionnellement prêté à la *kafala* et admis dans l'ensemble des législations. Possiblement pour atténuer ce paradoxe, il est établi, à l'article 99, que la famille de substitution peut choisir d'assumer sa mission à titre gratuit, sans contrepartie.

Même si la *kafala* n'a aucun effet sur la succession, les différentes législations s'emploient à encourager la nomination du *makfoul* à titre de légataire ou de donataire du *kafil*. Le *tanzil* est une institution de droit musulman classique qui vise à faire d'une personne non successible un héritier bénéficiaire d'une part déterminée de l'héritage. Par ce mécanisme, le *kafil* confère à un enfant le rang de son propre fils dans l'héritage[78] : le *makfoul* devient alors héritier. Le *tanzil* est assimilé au testament et obéit aux mêmes règles, ne devant pas, dès lors, excéder un tiers de l'héritage, la quotité disponible en droit musulman; la validité du legs dépassant cette limite dépendra de la ratification des autres héritiers. Cette nouveauté vient combler l'absence d'héritage en cas de *kafala*. Loin d'être marginale, cette pratique est largement suivie dans les pays musulmans[79], voire rendue obligatoire et irrévocable comme en Irak[80], ce qui a pour effet évident de consommer la rupture avec le droit classique.

Par souci de ne pas enfreindre les préceptes islamiques, les différentes législations s'empressent néanmoins d'affirmer que l'enfant recueilli conserve sa filiation d'origine. Il s'ensuit logiquement que l'enfant *makfoul* doit impérativement être désigné par son nom d'origine, nonobstant sa prise en charge sous *kafala*. Si l'enfant est sans filiation, il se voit attribuer une série de prénoms, dont le dernier doit

78. Voir le *Guide pratique du Code de la famille*, publié par le ministère de la Justice marocain à la p 96, en ligne : <www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/Guide%20pratique%20du%20code%20de%20la%20famille.pdf> (consulté le 20 juin 2015).

79. Par exemple, au Maroc, « Si la personne assurant la *kafala* décide de faire bénéficier l'enfant pris en charge d'un don, de legs, de *Tanzil* ou d'aumône, le juge des tutelles de la circonscription duquel relève le lieu de résidence de l'enfant veille à l'élaboration du contrat nécessaire à cette fin et à la protection des droits de l'enfant » : *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, art 23. En Algérie, « l'attributaire du droit de recueil légal peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant recueilli. Au-delà de ce tiers, la disposition testamentaire est nulle et de nul effet, sauf consentement des héritiers » : *Code de la famille algérien*, art 123. Cette même possibilité est aménagée dans les législations libyenne et égyptienne, respectivement aux articles 60-c du *Code du statut personnel n° 10-1984* (Libye) et 99 du Décret, *supra* note 15 (Égypte).

80. Facultative en principe, le législateur irakien a rendu ce legs obligatoire. L'article 43-2 de la *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983* établit l'engagement, pour le candidat, de léguer à l'enfant une part successorale au moins équivalente à la plus petite quote-part dévolue à un héritier et dont le maximum peut atteindre un tiers de l'héritage. Le *tanzil* devient ici legs obligatoire proprement dit, car le *kafil* est tenu de léguer au moins un huitième de son héritage (la plus petite quote-part en droit musulman). Cet acte est par ailleurs irrévocable, contrairement à un testament ordinaire (art 72-1 du *Code du statut personnel* du 30 décembre 1959).

lui servir de nom patronymique[81], ainsi qu'un nom de famille[82]. Cette identité forgée par l'État doit également être préservée. Cependant, des dérogations ont été récemment introduites[83], motivées par la volonté de faciliter l'intégration de l'enfant dans son nouveau foyer et au sein des institutions avec lesquelles il sera en contact (école, mairie, hôpital, etc.)[84]. Ainsi, en Algérie, il est admis que, dans le cadre de la *kafala*, l'on fasse concorder le patronyme de l'enfant avec celui du *kafil*, à condition que l'enfant soit né de père inconnu et que la mère biologique ait préalablement donné son consentement par écrit, si elle est vivante et connue[85]. Au Maroc, depuis 2002[86], il est désormais possible pour le *kafil* d'attribuer son nom au *makfoul* de père inconnu. En Égypte et en Irak, ladite possibilité est envisageable même au bénéfice de l'enfant orphelin[87].

---

81. Voir par ex l'article 64 du *Code de l'état civil algérien* et l'article 33 de la *Loi sur l'état civil n° 65-1973* (Irak).

82. Voir par ex au Maroc, le *Dahir n° 1-02-239 du 3 octobre 2002, portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil*.

83. Le *Code du statut personnel n° 10-1984* (Libye) ne semble pas admettre ce changement. Il en va de même dans la loi tunisienne, du moins en ce qui concerne la tutelle officieuse, car cette loi admet et réglemente l'adoption. Voir les articles 14 et 15 de la *Loi du 4 mars 1958*, *supra* note 13 : « L'adopté prend le nom de l'adoptant et il peut changer de prénom, mention en sera faite dans le jugement d'adoption à la demande de l'adoptant » et « L'adopté a les mêmes droits et les mêmes obligations que l'enfant légitime. L'adoptant a, vis-à-vis de l'adopté, les mêmes droits que la loi reconnaît aux parents légitimes et les mêmes obligations qu'elle leur impose ».

84. Par exemple, en Algérie (et comme dans la quasi-totalité des États musulmans), l'enfant recueilli faisait souvent l'objet de stigmatisations sociales en raison de son statut qui, même sous *kafala*, demeurait précaire. Les *kafil*, tout comme les services de protection à l'enfance, firent des pressions dans le but de consolider l'intégration du *makfoul* à la famille qui le prenait en charge. En 1991, le Conseil supérieur islamique a émis un avis juridique (*fatwa*), selon lequel l'esprit de la loi serait considéré comme étant respecté dans la mesure où le changement de nom, une simple formalité, n'entraînait pas comme corollaire une modification de la filiation de l'enfant. Dans la seule année 1992, première année de calendrier complet suivant cet assouplissement relatif à la *kafala*, 3 350 demandes en modifications de nom furent enregistrées en Algérie. Voir Tugault-Lafleur, *supra* note 6 à la p 85. Voir également Yamina Bettahar, « La construction sociale de la parentalité : l'exemple de l'Algérie » (2007) L'Année du Maghreb 155 aux para 30 et s.

85. Décret-exécutif n° 92-24 du 13/01/1992, complétant le décret n° 71-157 du 03/06/1971 relatif au changement de nom, JO 22 janvier 1992 à la p 113. Voir également Lahlou-Khiar, *supra* note 62 aux pp 211 et s.

86. *Dahir Chérifien n° 1.02-239 du 3/10/2002 relatif à l'article 20 de la Loi n° 97-99 relative à l'état civil*.

87. Pour l'Égypte, voir l'article 92 du Décret, *supra* note 15, qui permet à l'enfant orphelin ou de filiation inconnue d'adjoindre le nom de la famille d'accueil à son prénom. Bien que le texte précise que la transcription du nom sur le registre civil de l'enfant ne comporte aucun des effets de la filiation, les liens renforcés entre le *kafil* et le *makfoul* se trouvent plus proches d'une filiation adoptive. Voir Roberta Aluffi, « Droit de la filiation dans les codes de statut personnel » (2008–2009) 3 Annuaire droit et religions 61 à la p 65. Pour l'Irak, voir la *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*, arts 39–46.

En tout état de cause, il s'agit, en l'occurrence, d'un apport considérable, puisqu'en droit musulman classique, toute concordance nominale entre *kafil* et *makfoul* est formellement prohibée[88]. Certains y voient en fait un pas vers « la reconnaissance de l'adoption puisque l'attribution du nom aura la vertu de cacher l'origine de la filiation de l'enfant »[89]. « La rupture avec le droit classique est ainsi consommée »[90], et ce, en dépit du fait que la filiation originelle reste théoriquement intouchée. Force est de constater qu'il y a bel et bien « adoption déguisée », conformément au constat que font certains[91].

Enfin, de nombreux pays du monde arabo-musulman permettent dorénavant la délivrance au *kafil* d'autorisations lui accordant le droit de quitter le territoire national en compagnie de son enfant *makfoul*[92]. Sur autorisation du juge, la cellule familiale pourra donc s'établir à l'étranger à titre permanent, ce qui, évidemment, aura pour effet de concrétiser, dans les faits, une rupture des liens qu'aurait pu entretenir l'enfant avec sa famille d'origine et une consolidation de ceux entre le *makfoul* et la famille de son *kafil*. Il va sans dire que le législateur prend ainsi en compte la volonté d'accueil des prétendus candidats et le vécu affectif existant entre eux et l'enfant.

Ce sont justement ces déplacements de l'enfant *makfoul* en terres étrangères qui donneront lieu à la pénétration de l'institution de la *kafala* dans des systèmes juridiques qui ne la connaissent point, comme celui du Québec.

---

88. En droit musulman classique, toute concordance de nom entre *kafil* et *makfoul* est absolument prohibée. L'enfant garde le nom de ses parents biologiques afin de ne pas induire en erreur la société en faisant croire qu'il est l'enfant biologique du *kafil*.

89. Kamel Saïdi, « Algérie : conflit de lois, conflit de juridictions » dans *JurisClasseur Droit comparé*, Algérie, fasc 2, LexisNexis France, 2005 au para 110-2.

90. Moussa Rezig, « Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption : étude comparative » (2004) 19:1 Arab Law Quarterly 147 à la p 163.

91. Cependant, il faut reconnaître que ce changement n'efface pas le nom d'origine de l'enfant, lequel sera sauvegardé dans les archives, n'établit pas la filiation de l'enfant à l'égard du *kafil* et n'institue pas d'interdiction matrimoniale. Le *makfoul* ne peut pas cacher son nom d'origine lorsqu'il se marie. Voir Basheer, *supra* note 74 à la p 47.

92. C'est notamment le cas au Maroc : *Dahir du 13 juin 2002*, *supra* note 9, art 24, et en Algérie : Instruction du ministère de l'Intérieur et des Collectivités locales n° 10/008 du 15 juillet 2010 relative à la sortie des enfants mineurs algériens du territoire national vers l'étranger modifiant l'instruction n° 15 du 29 août 1972 relative à la sortie du territoire national des enfants mineurs.

II. RÉCEPTION DE L'INSTITUTION DE LA *KAFALA* AU QUÉBEC ET APPLICATION DU PRINCIPE PROHIBITIF

La réception de l'institution de la *kafala* au Québec peut avoir lieu selon deux scénarios distincts. Dans le premier, il s'agit d'immigrés bien installés, devenus citoyens canadiens, qui se déplacent dans un pays musulman afin d'aller y chercher un enfant à prendre en charge sous le régime de la *kafala*. Dans le second, ce sont des parents entrés au Québec, déjà titulaires d'une *kafala*, qui cherchent à régulariser le statut de l'enfant *makfoul* vivant avec eux.

La présence en territoire québécois de titulaires d'une *kafala* attribuée dans un pays musulman n'est donc guère surprenante. Elle ne manque pas néanmoins d'engendrer divers problèmes juridiques. La justice québécoise a été saisie, à maintes reprises ces deux dernières décennies, de demandes visant à adopter un enfant confié sous *kafala* dans un pays musulman. Ces requêtes poursuivent généralement deux objectifs distincts, bien qu'intrinsèquement liés : le rapatriement de l'enfant ou l'obtention des avantages et bénéfices sociaux liés à la filiation.

Si l'enfant est toujours dans son pays natal, il va sans dire que le but ultime des démarches d'adoption est de le faire immigrer. En effet, un enfant qui fait l'objet, à l'étranger, d'une mise sous *kafala* peut être confronté à des difficultés d'immigration au Québec, n'étant pas reconnu comme un « enfant à charge » par les lois sur l'immigration, à l'opposé de l'enfant adopté[93]. Quant à l'enfant *makfoul* qui se trouverait déjà en sol québécois à titre de résident temporaire, son adoption visera à lui assurer un statut juridique stable, soit celui de résident

93. « Par opposition à l'adopté ou l'enfant biologique, l'enfant sous *kafala* n'est pas un membre de la catégorie du regroupement familial tel que défini à l'article 19 du *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* [RRQ, c I-0.2, r 4] puisqu'il n'est pas considéré comme un enfant à charge au sens de l'article 1(d) du même règlement. […]. [L]e même raisonnement restrictif s'applique au fédéral [art 117 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227] » : Tugault-Lafleur, *supra* note 6 à la p 165. Également, en 2008, le ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles (Québec) a émis des directives selon lesquelles les enfants sous *kafala* ne peuvent pas faire l'objet d'un parrainage puisqu'ils ne sont pas considérés comme « enfants à charge », ni d'un certificat de sélection puisque cette manœuvre aurait pour effet de contourner indirectement la notion « d'enfant à charge » : Direction des politiques, des programmes et de la promotion de l'immigration — services-conseil aux immigrants candidats à l'immigration, *Notes sur les procédures en immigration : traitement des demandes visant des enfants sous tutelle* (kafala), NPI nº 2008-014, Québec, ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles (Québec), 19 décembre 2008.

permanent. Ce titre épargnera aux *kafil* des frais potentiellement exorbitants, notamment en matière d'éducation[94] et de santé[95]. L'adoption de l'enfant permettra aussi d'assurer aux *kafil* la perception des bénéfices sociaux habituellement versés aux parents, d'organiser la gestion de leur héritage et de faciliter leurs relations avec les acteurs sociaux entourant l'enfant au quotidien[96]. Évidemment, ces mêmes éléments profiteraient aussi à l'enfant *makfoul* dont l'adoption aurait été principalement motivée par des considérations de rapatriement. C'est la raison pour laquelle les couples ayant recueilli un enfant sous *kafala* désirent une adoption qui, en l'état du droit positif, offre les meilleures garanties d'une insertion de l'enfant tant dans sa famille d'accueil que dans la société québécoise.

Ainsi, pour parvenir à adopter un enfant sous *kafala* dans le cadre légal rigide que constitue celui de l'adoption internationale[97], l'examen

---

94. En effet, pour les étudiants étrangers, les droits de scolarité annuels pour 2014–2015 allaient de 3 169 $ à 16 682 $, variant, entre autres, en raison du niveau scolaire de l'étudiant, de son statut d'handicapé ou non, ainsi que de son inscription dans un programme universitaire dont les coûts sont déréglementés. Voir le site officiel du gouvernement du Québec, sous la section « Le coût des études pour les étudiants étrangers » : en ligne : <www.immigration-quebec.gouv.qc.ca/fr/immigrer-installer/etudiants/informer/cout-etudes.html> (consulté le 1er juin 2015).

95. À des fins d'illustrations, nous présentons quelques fourchettes de rémunération à l'acte pour certains actes effectués par des omnipraticiens, le coût variant en raison de plusieurs facteurs, notamment la complexité et la gravité de la blessure : fracture de l'avant-bras : entre 55,80 $ et 620,25 $; fracture de la main : entre 13,20 $ et 325,25 $; fracture du tibia et du péroné : entre 52,75 $ et 717,10 $; myringotomie (mise en place de tubes dans les oreilles d'un enfant pour prévenir les otites) : 56,45 $; examen médical ordinaire : entre 13,90 $ et 85,65 $; et examen médical principal : entre 31,25 $ et 83,90 $. Précisons que ces coûts n'incluent pas les honoraires que peuvent entraîner les complications et qu'ils sont fixés en fonction de la rémunération de l'omnipraticien, laquelle est significativement moins élevée que celle du médecin spécialiste. Voir Régie de l'assurance maladie du Québec, *Manuel des médecins omnipraticiens (nº 100)*, Québec, Régie de l'assurance maladie du Québec, 2013.

96. Si aucune filiation n'est établie entre l'enfant *makfoul* et les parents *kafil*, l'on peut facilement imaginer le casse-tête auquel ceux-ci seront souvent confrontés, ne serait-ce que pour l'inscription à la garderie et à l'école, le consentement aux soins ou les autorisations de voyages scolaires, tout cela requérant le consentement *parental*. Les *kafil* seront obligés, de manière récurrente, de fournir des explications et des justifications, l'institution de la *kafala* étant ici inconnue.

97. En matière d'adoption internationale, droit privé régi par le Code civil, « [l]'adoption d'un enfant domicilié hors du Québec doit être prononcée soit à l'étranger, soit judiciairement au Québec ». En ce qui concerne « [l]a décision prononcée à l'étranger, [elle] doit faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire au Québec » tandis que « [l]e jugement [d'adoption interne] prononcé au Québec [doit être] précédé d'une ordonnance de placement ». Toutefois, peu importe que l'adoption soit prononcée au Québec ou à l'étranger, « [l]es règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile ». Le tribunal doit s'assurer qu'elles « ont été respectées » et que les consentements ont par ailleurs « été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine ». Voir arts 565, 574 et 3092 CcQ.

des dossiers portés devant les tribunaux révèle l'usage de deux procédés utilisés par les requérants : le premier tend à faire reconnaître le jugement étranger de *kafala* à titre d'adoption internationale; le second vise le placement de l'enfant en vue de son adoption interne en prenant appui sur la tutelle conférée par la *kafala*[98].

Dans les deux cas, la réponse donnée par les tribunaux est irrémédiablement invariable, conduisant à une impasse : la *kafala* ne vaut pas adoption (A) ni ne permet le placement de l'enfant en vue de son adoption (B). Au surplus, le domicile de l'enfant ne saurait être modifié, au moyen d'une nomination tutélaire, pour permettre son adoption interne au mépris des règles régissant l'adoption internationale (C.).

A. Non-équivalence entre la *kafala* et l'adoption

Un certain nombre de demandes introduites au Québec tendent à la reconnaissance de la *kafala* à titre d'adoption[99]. À cet égard, il est admis que « [l]a réception en droit interne d'un concept étranger qu'il ignore implique une opération de qualification de ce concept afin de pouvoir le classer dans les catégories du for [, d'où] le recours à la théorie de l'équivalence »[100]. Conséquemment, les requérants ont à démontrer que la *kafala*, consacrée par le jugement étranger, est soit véritablement une adoption au sens où on l'entend en droit québécois, soit une notion fonctionnellement assimilable, une entreprise souvent vouée à l'échec.

La jurisprudence semble constante quant au refus d'assimiler la *kafala* à une adoption. Ainsi, dès 1993[101], la Cour du Québec a donné le ton à partir de la trame factuelle suivante : un couple québécois, dont les deux conjoints s'étaient convertis à l'Islam, est allé au Maroc dans le dessein d'y adopter deux enfants musulmans. Ils y ont obtenu un acte de *kafala*, sont revenus au pays avec les enfants et ont déposé

98. Pour une analyse jurisprudentielle, voir Helly et al, *supra* note 6 aux pp 1071 et s.

99. En effet, les décisions étrangères rendues dans des pays non signataires de la *Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* du 29 mai 1993 devront faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire au Québec. Il s'agit d'introduire une « requête en reconnaissance d'un jugement étranger d'adoption ». Notons que la plupart des pays musulmans ne sont pas parties à cette convention. En ligne : <www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=69>.

100. Carine Brière, « Adoption internationale : la Kafala ne vaut pas adoption simple » (2007) 11:2 Journal de droit international (Clunet) 564 au para 8.

101. *Droit de la famille — 1904*, [1994] RDF 167 (CQ).

une requête en reconnaissance d'un jugement étranger d'adoption. Même si l'un des actes de *kafala* (erronément traduit par « acte d'adoption ») énonçait que les conjoints « ont reçu un enfant de parents inconnus […] dans le but de l'adopter »[102], le juge a fait sien l'avis juridique d'une juriste marocaine, déposé en preuve par les requérants, affirmant :

> [que l'« adoption » marocaine n'en est pas une] à proprement parler, mais [constitue plutôt] une *kafala*. […]. Il faut donc constater que l'on est loin de la notion d'adoption plénière telle qu'elle est envisagée par les systèmes juridiques occidentaux qui distinguent l'adoption dite simple de l'adoption dite plénière. Au Maroc, cette notion de *kafala* peut être assimilée à l'adoption simple dans la mesure où l'enfant « adopté » l'est uniquement « en surface », c'est-à-dire sans aucune des conséquences juridiques découlant de la filiation légitime. […]. L'adoption dans son sens précis et littéral fait de l'adopté l'enfant naturel et légitime de celui qui l'adopte, et ce, au même titre que les enfants biologiques de l'adoptant. Or, cette sorte d'adoption est interdite par le droit musulman et abolie par le *Code du statut personnel* marocain[103].

Pour ces motifs, le tribunal a conclu « que l'"adoption" qui a pu être accordée au Maroc n'est pas du tout une adoption au sens où on l'entend en droit civil québécois »[104], ne pouvant produire les effets inhérents à l'adoption, énoncés aux articles 577 et suivants du Code civil[105], et ce, d'autant plus « que les autorités marocaines […] ont consenti [à une] *kafala* et non pas à une adoption pleine et entière »[106], unique forme d'adoption reconnue en droit québécois.

Près d'une décennie plus tard, la jurisprudence a fait preuve d'une semblable intransigeance en dépit du changement de stratagème du couple requérant. En l'espèce, l'enfant né hors mariage n'avait pas été reconnu par ses parents biologiques. Il se trouvait conséquemment sous tutelle de l'État, qui lui avait attribué une identité civile et l'avait enregistré dans ses registres, sans toutefois mentionner sa filiation

102. *Ibid* à la p 2.
103. *Ibid* aux pp 16–17.
104. *Ibid* à la p 17.
105. *Ibid* à la p 18.
106. *Ibid* à la p 19.

biologique. Les conjoints, immigrés de longue date, mais natifs de l'Algérie, avaient obtenu en ce pays une *kafala* en faveur de cet enfant. Ceux-ci, de leur propre aveu, ont avancé qu'il « est juste de dire que la décision judiciaire prononcée en Algérie [la *kafala*] en conformité avec sa loi ne constitue pas un jugement en adoption »[107]. Ils en ont tout de même demandé la reconnaissance en tant qu'adoption plénière, compte tenu de la proximité fonctionnelle des conséquences que les deux concepts emportent, soit : « la prise en charge complète et définitive de l'enfant, des devoirs assimilables aux devoirs parentaux ainsi que le changement de nom obtenu ensuite par une demande à l'autorité gouvernementale compétente »[108]. L'on sait que la théorie de l'équivalence vise la recherche d'un fonds juridique commun entre les différents droits, ce qui est l'objectif du droit comparé[109]. Le jugement algérien prévoyait l'engagement des requérants « à subvenir, sur leurs fonds propres [aux] besoins essentiels [de l'enfant], à le loger, le nourrir, le vêtir, l'éduquer, le soigner, et à favoriser toute action pour promouvoir son bien-être ».

Le tribunal a pris soin de nuancer les similitudes entre *kafala* et adoption, en rappelant que « les effets d'un jugement d'adoption rendu au Québec sont essentiellement de substituer une filiation nouvelle à l'ancienne »[110]. Par le fait même, il s'est borné à reprendre les termes de la loi algérienne, qui dispose que « l'adoption (*Tabanni*) est interdite par la chari'a et la loi »[111], et à en tirer une conclusion littérale selon laquelle « l'enfant concerné n'a jamais été adopté en Algérie puisque la loi stipule [*sic*] explicitement qu'une telle institution non seulement s'avère inexistante dans ce pays, mais serait même contraire à la loi »[112]. Enfin, « sous peine d'illogisme ou de contradiction flagrante »[113], le tribunal s'est déclaré impuissant à reconnaître la *kafala* comme étant équivalente à une adoption, ce qui aurait été dénaturer la loi étrangère.

---

107. *Z E Z (Re)*, *supra* note 2 au para 16.

108. *Ibid*.

109. Hélène Gaudemet-Tallon, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé? » dans *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, 303.

110. *Z E Z (Re)*, *supra* note 2 au para 24.

111. *Code de la famille algérien*, art 116, cité dans *Z E Z (Re)*, *supra* note 2 au para 34.

112. *Z E Z (Re)*, *supra* note 2 au para 49.

113. *Ibid* au para 66.

Une troisième cause, sur laquelle nous reviendrons plus tard en l'appelant « saga de l'enfant S »[114], datant de 2008, mettait en scène un couple de citoyens canadiens, originaires du Maroc. Profitant d'un voyage en ce pays, le couple avait décidé de prendre un enfant à charge par *kafala*. Après un séjour de quelques mois, le père a obtenu des tribunaux marocains, outre la *kafala*, une déclaration d'abandon, une déclaration de prise en charge[115], ainsi qu'une autorisation à quitter le territoire avec l'enfant. Le père *kafil* devant retourner au Canada, l'enfant a été pris en charge par son oncle et sa tante maternels, demeurant au Maroc, dans l'attente de la finalisation des démarches du côté québécois, permettant de régulariser le statut de l'enfant et de le faire venir au Canada.

Pour ce faire, les parents *kafil* ont introduit, en premier lieu, deux demandes en reconnaissance et exécution d'ordonnances étrangères, soit une première portant sur la *kafala* et une seconde, sur la régularisation de la situation de l'enfant auprès du Directeur de la protection de la jeunesse, ordonnances toutes deux prononcées au Maroc. Ces requêtes ont été favorablement accueillies au Québec, mais se sont révélées inefficaces pour faire immigrer l'enfant. C'est dans ce contexte que le couple a introduit subsidiairement une « requête introductive d'instance en reconnaissance d'une adoption »[116].

Un raisonnement identique aux précédents a été développé par la Cour du Québec. Selon elle, « l'article 574 [du *Code civil du Québec*] exige [d'elle] qu'elle s'assure de faire le lien entre le consentement et la rupture du lien de filiation »[117]. Le tribunal s'accordait avec les requérants

---

114. *Adoption — 08581*, *supra* note 2.

115. *Ibid* au para 17.

116. *Ibid* au para 1.

117. *Ibid* au para 47. Soulignons toutefois que cette exigence n'est expressément prévue que depuis les amendements apportés au Code civil en février 2006, faisant écho à la *Loi assurant la mise en œuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* (RLRQ, c M 35.1.3, entrée en vigueur la même année). L'ancien article 574 CcQ exigeait simplement du tribunal qu'il s'assure « que les règles concernant le consentement à l'adoption et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant [avaient] été respectées », de telle sorte qu'une adoption simple à l'étranger pouvait être reconnue en droit québécois, cette reconnaissance lui imputant forcément les effets de l'adoption plénière (principalement, la rupture de la filiation) : *Adoption — 14143*, 2014 QCCQ 7727 aux para 64–71. L'instrumentalisation de cette nuance dans le but d'actualiser une *kafala* à titre d'adoption demeurait cependant impossible : « L'enseignement de la Cour d'appel est […] que le juge n'a pas à se préoccuper des "effets marocains de la décision d'adoption". Mais encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une décision d'adoption », ce qui n'était manifestement pas le cas d'une *kafala*, *Z E Z (Re)*, *supra* note 2 au para 66 [nos soulignés].

sur le fait que « la Kafala est près du régime d'adoption au Québec »[118] et que les consentements nécessaires à la mise en place de cette institution « ont été donnés conformément à la Loi de son domicile »[119]. En revanche, le tribunal a rejeté la demande des requérants en soulignant que la preuve ne permettait pas « de conclure [que les consentements ont été donnés] en vue d'une adoption qui a sciemment pour effet "de rompre le lien préexistant entre l'enfant et sa famille d'origine" »[120], ce qui entraîne l'impossibilité factuelle et juridique de démontrer que « la décision rendue par les tribunaux marocains est de la nature d'une adoption »[121].

En somme, même si la *kafala* présente certains points communs avec l'adoption, les idées d'équivalence et d'assimilation débouchent sur une impasse. Reste à savoir si la *kafala* peut permettre le placement de l'enfant en vue de son adoption, selon le droit québécois.

B. Refus du placement en vue d'une adoption à la suite de l'attribution d'une *kafala*

Devant l'échec de la reconnaissance de la *kafala* en tant qu'adoption, les requérants tentent parfois d'atteindre cet objectif au moyen d'un placement de l'enfant en vue de son adoption selon les règles du droit interne québécois. Contrairement au procédé susmentionné, ce n'est pas la qualification de l'institution étrangère qui est en cause ici, mais plutôt la question de l'admissibilité de l'enfant *makfoul* à l'adoption. La question de l'adoptabilité relève ainsi d'un tout autre paradigme. La possibilité d'un placement préadoption dépendra dès lors de l'article 3092 CcQ, qui prévoit, à son premier alinéa, que « [l]es règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile », si bien qu'une requête pour un placement en vue de l'adoption sera couronnée de succès dans la mesure où aux questions suivantes le juge peut concomitamment répondre par l'affirmative : « est-ce que l'enfant est *admissible à l'adoption*? » et « est-ce que les *consentements nécessaires* ont été donnés? »

118. *Adoption — 08581*, *supra* note 2 au para 27.

119. *Ibid* au para 48.

120. *Ibid*.

121. *Ibid* au para 54.

De prime abord, une précision s'impose concernant la notion de « domicile », nécessairement assez floue en contexte international. Le professeur Gérald Goldstein explique que :

> [P]lutôt que [de] favoriser l'établissement à tout prix d'un lien de filiation adoptive, l'alinéa premier de l'article 3092 vise à s'assurer que le consentement et la volonté des parents naturels ou des autorités étrangères requises sont respectés. […]. [Ainsi, l'on] donne compétence exclusive à la loi du domicile de ces parents naturels, en principe celle du domicile de l'adopté, sur les questions de consentement et d'admissibilité à l'adoption[122].

C'est donc à la loi du *milieu d'origine* de l'adopté qu'il faut se référer pour décider de ces questions[123], position récemment réitérée par la Cour d'appel[124]. L'octroi de cette compétence exclusive à l'État étranger serait motivé par « [l]'idée sous-jacente […] d'éviter les adoptions "boiteuses", valides au Québec, mais invalides dans le pays d'origine de l'adopté, afin de stabiliser son statut personnel »[125] et de lui permettre « de revenir à ses origines sans traumatisme »[126], sans que sa famille biologique entreprenne de contester son statut d'adopté ou que la légitimité de sa « nouvelle famille » soit remise en question[127].

Ainsi, dans l'affaire *Adoption — 10100*, après leur échec à faire reconnaître l'adoption de l'enfant S à l'étranger, les conjoints *kafil* ont déposé, deux ans plus tard, en dernier recours, une requête en ordonnance de placement en vue d'une adoption. Le tribunal s'est d'abord penché sur la première question que nous avons soulevée, soit celle relevant de l'admissibilité à l'adoption de l'enfant, tirant de la preuve qui lui était présentée les conclusions suivantes :

---

122. Gérald Goldstein, « Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois » (2010) 69 R du B 57 à la p 68 [Goldstein, « Une lecture critique »].

123. Harith Al-Dabbagh, « Conflits de lois dans le temps » dans JurisClasseur Québec, coll « Droit civil », *Droit international privé*, fasc 4, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles au para 57 [Al-Dabbagh, « Conflits de lois »].

124. *Adoption — 152*, 2015 QCCA 348 aux para 15, 18 et 61. Précisons également que, bien que la loi étrangère n'ait été ni alléguée ni prouvée comme le requiert l'article 2809 CcQ, la Cour a soulevé d'office l'application du droit étranger pour les adoptions internationales : « La question du domicile des enfants est cruciale, puisque, s'ils sont domiciliés à l'étranger, les règles régissant leur admissibilité à l'adoption et le consentement à cette mesure seront celles de la loi étrangère que désigne l'article 3092 CcQ » : au para 18.

125. Goldstein, « Une lecture critique », *supra* note 122 à la p 68.

126. *Ibid*.

127. *Ibid*.

> – La filiation parentale au Maroc se réalise par la procréation par les parents[128];
>
> – [l]'adoption « attabani » […] *est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation parentale légitime* [italiques dans l'original][129];
>
> – la Kafala constitue « l'engagement de prendre en charge un enfant, mais ne donne pas de droit à la filiation »[130];
>
> – une ordonnance de Kafala […] désigne la personne chargée [de l'enfant] comme un « tuteur datif de l'enfant »[131];
>
> – « la Kafala est révocable si les motifs d'abandon cessent d'exister » (par exemple, si les parents se reprenaient en mains ou disposaient éventuellement des ressources nécessaires pour prendre en charge leur enfant, chose qu'ils ne pouvaient auparavant envisager)[132].

À la lumière de ces éléments, le tribunal a conclu qu'en vertu des lois marocaines, il ne peut y avoir d'adoption[133] et a ajouté, succinctement, que « s'il ne peut y avoir d'adoption au Maroc, il ne saurait y avoir une reconnaissance de [l']admissibilité [de l'enfant] à l'adoption »[134]. La Cour aurait pu s'arrêter à cette étape, mais s'est permis de répondre à la deuxième question en jeu, soit celle de savoir si les consentements nécessaires avaient été donnés.

La Cour a souligné d'abord l'adéquation entre des dispositions du Code civil québécois et celles de la *Convention relative aux droits de l'enfant* [ci-après « Convention »][135]. Le juge s'est attardé particulièrement à la reprise conceptuelle, par les articles 543 et 568 CcQ, des articles 3, 20 et 21 de la Convention qui, respectivement, reconnaissent la considération primordiale de l'intérêt de l'enfant, établissent une distinction claire entre la *kafala* de droit islamique et l'adoption, et précisent que les consentements à l'adoption doivent, pour être valides et exécutoires, avoir été donnés « *en connaissance de cause* » [italiques

128. *Adoption — 10100*, 2010 QCCQ 10528 au para 78.
129. *Ibid* au para 79.
130. *Ibid* au para 80.
131. *Ibid* au para 81.
132. *Ibid* au para 82.
133. *Ibid* au para 83.
134. *Ibid* au para 86.
135. *Convention relative aux droits de l'enfant, 20 novembre 1989*, [1990] 1577 RTNU 3 (Rés 44/25).

dans l'original][136]. Cette « connaissance de cause » impliquerait, selon la Cour, que les auteurs du consentement soient informés particulièrement sur la question du maintien ou de la rupture du lien de filiation entre l'enfant, ses parents biologiques et, incidemment, sa famille élargie[137]. Le tribunal a précisé, enfin, que si les effets de l'adoption peuvent varier d'un État à l'autre, une conversion « peut avoir lieu si la législation de l'État d'origine ne prévoit pas la rupture du lien de filiation afin que tel soit le cas si le *droit de l'État d'accueil le permet et que les consentements ont été donnés en ce sens* » [italiques dans l'original][138].

Devant ces éventuels écueils, la procureure des requérants a avancé que la Cour se devait de donner effet à la reconnaissance du projet d'adoption des parents par l'État d'origine de l'enfant. Ne pas le faire, prétendait-elle, reviendrait à contrecarrer le résultat attendu par le Maroc et à délégitimer sa décision en la dépouillant de son effet substantiel[139].

En dépit de ces arguments, le tribunal s'en est tenu à une lecture rigoriste des dispositions légales pertinentes, tout consentement donné en violation de la loi étrangère apparaissant sans valeur :

> Le Maroc ne connaît pas l'adoption. Comment cette législation pourrait-elle consentir à une adoption qui a comme effet de rompre le lien de filiation? […]. La Cour en arrive à la conclusion qu'il est impossible de donner aux décisions des tribunaux marocains la valeur d'un consentement valablement donné « en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et la filiation d'origine » et particulièrement en ce que l'autorisation de régularisation de la situation de l'enfant ne peut équivaloir à un tel consentement. Rappelons en l'espèce, que l'enfant est pourvu d'une mère et que cette dernière n'a pas consenti à l'adoption [plénière, c'est-à-dire, ayant pour effet de rompre la filiation qui l'unit à l'enfant][140].

Pour tous ces motifs, la Cour a rejeté la requête en ordonnance de placement, présentée par les requérants.

---

136. *Adoption — 10100*, *supra* note 128 aux para 88–89.

137. *Ibid* au para 91.

138. *Ibid* au para 92, citant l'article 27 de la *Convention sur la protection des enfants et sur la coopération en matière d'adoption internationale*.

139. *Ibid* au para 99.

140. *Ibid* aux para 102, 105–06.

C. Refus de l'instrumentalisation de la tutelle

Si la *kafala* n'est point une adoption, il n'en demeure pas moins qu'elle confère au *kafil* la qualité de tuteur de l'enfant. Dès lors, celui-ci, établi au Québec, peut légitimement prétendre que l'enfant est désormais domicilié dans la province chez son tuteur et que le consentement à l'adoption devra par conséquent relever de la loi québécoise et non de la loi étrangère. Une telle prétention sera vraisemblablement rejetée. Bien qu'infirmée par la Cour d'appel[141], la solution dégagée dans l'affaire *C C (Re)*[142], qui remonte à plus d'une quinzaine d'années, a toujours cours et est déterminante quant au refus d'instrumentaliser la notion du domicile du tuteur pour se soustraire à la compétence de la loi applicable.

Dans ce dossier, un couple natif du Québec avait entrepris des démarches d'adoption pour des enfants d'origine marocaine, avec l'aval du centre jeunesse de leur région. En l'espace de sept ans, ils ont pris en charge sous *kafala* quatre enfants de ce pays et ont ensuite désiré faire déclarer ceux-ci comme étant admissibles à l'adoption, puisque tous étaient dépourvus de père, de mère ou de tuteur. Cependant, le Directeur de la protection de la jeunesse, étant d'avis que cette demande était irrecevable dans ce contexte, s'est opposé à cette requête.

Le *kafil* a alors présenté une requête à la Cour supérieure pour être reconnu tuteur des quatre enfants, requête qui a été accueillie. Quelques mois plus tard, le *kafil*, désormais tuteur, a consenti à l'adoption de ses quatre pupilles en sa propre faveur ainsi qu'en celle de sa femme[143], en se basant sur le pouvoir conféré au tuteur par l'article 553 CcQ de donner un tel consentement dans la mesure où « les deux parents sont décédés, dans l'impossibilité de manifester leur

141. *Droit de la famille — 3403*, [2000] RJQ 2252 (CA).

142. *C C (Re)*, [1998] JQ n° 4179 (CQ) (LN/QL).

143. Notons que les demandeurs reconnaissaient que le consentement à l'adoption qui peut être donné par le tuteur ne peut être qu'un consentement général et qu'il revient au Directeur de la protection de la jeunesse, de façon exclusive, de jumeler l'enfant avec une famille adoptive à la suite de la réception du consentement général à l'adoption. Cela étant, ils avançaient que la requête pour placement, laquelle succède nécessairement à la réception du consentement, n'est qu'une formalité procédurale, de sorte que « la procédure devrait être la servante du droit et ne saurait empêcher les requérants d'obtenir à l'égard des enfants qui leur ont été confiés un jugement d'adoption créant en leur faveur un nouveau lien de filiation » : *C C (Re)*, *supra* note 142 aux para 20–22.

volonté ou déchus de l'autorité parentale ». Ce consentement à l'adoption a été rapidement suivi par la présentation de quatre requêtes en ordonnance de placement, une pour chacun des enfants… Tour de génie juridique ou subterfuge mettant à mal l'ordre public? La Cour du Québec a penché vers la seconde qualification.

La nomination du requérant à titre de tuteur fut probablement utilisée, en partie, pour des raisons pratiques. Néanmoins, les demandeurs sembleraient avoir tenté de s'en servir principalement à des fins d'adoption. Le raisonnement reposait, en l'espèce, sur l'article 80 CcQ qui dispose que « le mineur non émancipé a son domicile chez son tuteur ». Selon les demandeurs, si leur tuteur habite au Québec, les enfants auraient évidemment cette même province pour domicile. Or, une telle lecture a une incidence sur celle de l'article 3092 CcQ prévoyant que « les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile ». Dans l'hypothèse où l'on accepte de donner plein effet au changement de domicile, l'admissibilité à l'adoption relèverait alors exclusivement du corpus légal québécois, dont l'article 553 du Code civil fait partie intégrante! Malgré son caractère circulaire, ce raisonnement aurait permis d'esquiver toute la dimension internationale du dossier. Néanmoins, puisque « le siège du rapport de droit [était ici] artificiellement modifié dans le seul but de se soustraire aux dispositions de la loi normalement applicable, la théorie de fraude à la loi »[144] a été soulevée par la Cour, qui rétorqua que :

> Le changement de domicile des enfants à compter du jugement de tutelle québécois n'[a] pas d'impact en matière d'adoption. Associer un nouveau domicile québécois aux enfants pour permettre aux requérants de contourner les dispositions prévues par la loi québécoise au sujet des enfants originalement domiciliés hors Québec autoriserait de faire indirectement ce que la loi ne permet pas de faire directement. […].

144. Al-Dabbagh, « Conflits de lois », *supra* note 123 au para 37. « Il va sans dire que la modification volontaire d'un rapport de droit n'est pas en soi répréhensible. Pour mettre en œuvre la théorie de fraude à la loi, il faut rapporter la preuve, certes difficile, de l'intention frauduleuse. En d'autres termes, il faut démontrer que la démarche a été entreprise dans le seul but d'éluder la loi normalement compétente. Une fois prouvée, la fraude a pour sanction de principe sa propre inefficacité. On ne tiendra pas compte du changement du facteur de rattachement (le nouveau domicile ou résidence, la nouvelle nationalité, la nouvelle situation du meuble) » : *ibid* au para 38.

> Si la Cour donnait son aval à une telle interprétation, elle devrait faire fi de l'application des conditions particulières à l'adoption d'enfant domicilié hors du Québec. […].
>
> Permettre aux requérants de court-circuiter la notion de domicile des enfants nés hors Québec, en leur attribuant un domicile québécois en fonction de la tutelle de Monsieur C est contraire à l'esprit du législateur québécois qui nous demande de prendre en compte la compétence des autorités étrangères en matière de filiation [nos soulignés][145].

Bien que ce jugement ait été infirmé, le raisonnement juridique refusant le changement de domicile aux fins d'adoption a été confirmé en appel sous la plume du juge Forget :

> [O]n ne saurait faire échec à ces règles [relatives à l'adoption internationale] mises en place pour la protection des enfants en invoquant […] la nomination d'un tuteur. Je ne suis donc pas d'avis qu'on puisse invoquer le domicile actuel des enfants pour prétendre que l'adoption doive se faire en ignorant les règles relatives à l'adoption internationale[146].

Il s'ensuit que l'admissibilité à l'adoption relève non pas du nouveau domicile québécois, mais bien du domicile d'origine de l'enfant, incontournable aux fins de l'adoption[147]. Cela découle de l'esprit même de l'article 3092 CcQ, ayant pour vocation de respecter la compétence des autorités étrangères en ce qui a trait au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un de leurs ressortissants. Bien qu'elles ne soient pas absolues, ces dispositions juridiques « ne peuvent être exclues à moins qu'elles conduisent "à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales" »[148].

Cette solution, confirmée à maintes reprises, semble aujourd'hui de jurisprudence constante[149]. Le domicile des enfants, au sens de la procédure d'adoption, demeure celui de leur pays d'origine.

---

145. *C C (Re)*, *supra* note 142 aux para 11, 38–39.

146. *Droit de la famille — 3403*, *supra* note 141 aux para 50–51.

147. *Adoption — 152*, *supra* note 124 aux para 15, 18 et 61.

148. *A C B et C et D*, (24 février 1998), Longueuil n° 525-43-001232-97 (CQ (Ch jeunesse)) à la p 14, j d'Amour, citant l'article 3081 CcQ.

149. *Adoption — 11117*, 2011 QCCA 1129 aux para 44 et s; *Droit de la famille — 3403*, *supra* note 141 aux para 41 et 47–51; *A c Québec (PG)*, *supra* note 5 aux para 39–43; *Z E Z (Re)*, *supra* note 2 aux para 56–59; *Adoption (En matière d')*, 2006 QCCQ 8524 aux para 31–35; *Dans la situation de B M (A)*, [2002] RJQ 1161 aux para 11–17 (QC); 2002 CanLII 28550 (QC CQ).

Toutefois, lorsque le changement du domicile est réel et dénué de toute intention frauduleuse, les tribunaux semblent enclins à l'admettre et à appliquer les règles relatives à l'adoption interne. C'est le cas notamment lorsque l'enfant sous *kafala* fait partie depuis des années d'une famille qui immigre au Québec. Loin de remettre en cause la solution de principe telle que nous venons de l'expliciter, cette dérogation vient, par une démonstration *a contrario*, en confirmer la teneur.

Ainsi, dans *Adoption (En matière d')*[150], les parents étaient algériens et domiciliés en Algérie. En 1996, ils avaient obtenu la prise en charge sous *kafala* d'une enfant, également née en Algérie. En 2002, toute la famille immigra au Québec et, quatre ans plus tard, soit en 2006, les requérants demandèrent une ordonnance de placement concernant cette enfant, afin de pouvoir matérialiser son adoption.

Le Directeur de la protection de la jeunesse contestait cette démarche en soutenant que, dans le cadre des procédures d'adoption, l'enfant devait être considérée comme étant domiciliée en Algérie, qu'il s'agissait donc d'une adoption internationale et qu'en vertu des règles algériennes relatives au statut personnel, l'enfant n'était pas admissible à l'adoption, étant donné la prohibition de la transmutation filiative en ce pays.

La Cour a d'abord rappelé le principe selon lequel, en matière d'adoption, le domicile de l'enfant étranger est celui correspondant au lieu où il résidait au commencement des procédures d'adoption et, en outre, que les lois afférentes à ce domicile gouvernent la détermination de son admissibilité à l'adoption[151]. La Cour a ensuite rappelé les faits, soit que les requérants avaient manifesté leur intention d'immigrer au Canada avec l'enfant en 2001, que la *cellule familiale* avait effectivement immigré en 2002 et que les requérants demeuraient au Canada depuis avec l'intention formelle de s'y établir à long terme, voire à jamais[152]. Dans ce contexte, « qu'un enfant qui réside au Québec pour y avoir suivi son tuteur légal et qui continuera d'y résider, voit son domicile fixé théoriquement dans un pays avec lequel il n'a plus aucun lien sinon le fait d'y être né [serait possiblement contraire à l'ordre public] »[153]. Le tribunal a renforcé cette opinion, en se basant, entre autres arguments,

150. *Adoption (En matière d')*, *supra* note 149.

151. *Ibid* aux para 31–32.

152. *Ibid* au para 51.

153. *Ibid* au para 66.

sur la définition de l'adoption internationale contenue dans la *Convention sur la protection des enfants et sur la coopération en matière d'adoption internationale*[154] qui, clairement, ne s'appliquait pas à la situation des demandeurs.

En d'autres termes :

> [La] cellule familiale était d'abord domiciliée en Algérie, et s'est déplacée de manière permanente au Québec, en aucun temps elle n'a été divisée au plan du domicile. Tous domiciliés en Algérie, ils ont bénéficié du meilleur régime de protection pour l'enfant en conformité des [*sic*] lois de leur domicile. Tous immigrés et domiciliés au Québec, ils demandent de bénéficier d'un régime permis par les lois de leur domicile, le Québec. Cette situation entraîne l'application des seules règles québécoises relatives à l'adoption puisqu'ils sont tous domiciliés au Québec au moment d'entreprendre leurs démarches en adoption. […]. [Faute] d'élément d'extranéité tel le domicile étranger de l'une des parties, les règles de droit international privé en matière d'adoption ne s'appliquent pas [nos soulignés][155].

Cette solution a été reprise, plus récemment, dans une autre affaire où la *kafala* avait été obtenue en 1999 par la requérante alors qu'elle résidait en Algérie. Ayant immigré au Québec en 2010 avec l'enfant, la requérante a alors demandé le placement de ce dernier en vue de son adoption. Pour la Cour, il n'y avait aucune raison de croire que Madame avait quitté son pays pour se soustraire aux dispositions de la loi algérienne interdisant l'adoption. La Cour a reconnu que cet enfant était légalement domicilié au Québec et que cette demande relevait dorénavant de l'adoption interne[156].

Le résultat auquel aboutissent ces deux jugements mérite certes l'approbation. Toutefois, nous ne croyons pas qu'il s'agit, en l'occurrence, d'une adoption purement interne, comme le soutient le tribunal, puisque l'élément d'extranéité subsiste, du moins eu égard au lieu de naissance de l'enfant et à sa nationalité étrangère. En effet, la situation

---

154. « D'ailleurs, le champ d'application de la (Convention de La Haye) précise que l'adoption internationale vise un enfant résidant habituellement dans un État contractant ("État d'origine") qui est sujet à un déplacement vers un autre État contractant ("État d'accueil") où il sera adopté par une personne résidant dans cet État d'accueil » : *ibid* au para 64 [soulignés dans l'original].

155. *Ibid* aux para 55–56.

156. *Adoption — 14439*, 2014 QCCQ 20878 aux para 13 et 31.

met au jour, croyons-nous, un véritable « conflit mobile » dans la mesure où l'on doit choisir entre la loi anciennement désignée, celle du pays d'origine, et celle nouvellement désignée, qui correspond à celle du domicile actuel. En l'absence de fraude, les tribunaux sont enclins à admettre qu'il y a changement dans le temps du facteur de rattachement, celui de l'article 3092 CcQ, désignant désormais le domicile *actuel* de l'enfant. En l'espèce, à la suite du *changement effectif* de domicile de l'enfant — qui n'avait été inspiré par aucun dessein frauduleux —, la loi prohibitive du pays d'origine, l'Algérie, cède ainsi la place à la loi québécoise[157].

Hormis cette hypothèse, le tribunal devrait toujours retenir la loi anciennement désignée du pays d'origine aux fins de l'adoption, à l'exclusion de celle du domicile actuel, pour parer au risque de fraude à la loi. Le facteur de rattachement de l'article 3092 doit donc être concrétisé avant le changement de domicile découlant de la décision de tutelle. Cette solution de principe conduit à tenir en échec toute démarche visant l'adoption d'un enfant originaire d'un pays musulman, puisque l'adoption est tributaire d'une condition *sine qua non*, celle de l'admissibilité à l'adoption selon la loi d'origine, et que les lois des pays musulmans prohibent *prima facie* l'adoption. Il va sans dire que la solution prohibitive à laquelle conduit l'application littérale des textes pèche par une extrême sévérité et ne paraît, à bien des égards, guère satisfaisante. Il importe à présent de tenter de la remettre en cause en plaidant pour l'adoptabilité des enfants sous *kafala* et, plus généralement, de ceux de statut personnel musulman.

III. PLAIDOYER POUR UN INFLÉCHISSEMENT DU PRINCIPE PROHIBITIF

Les précédents développements démontrent l'impasse sur laquelle débouche la stricte application des règles du droit international privé québécois en matière d'adoption internationale dans le contexte de la *kafala*. Une tension entre deux ambitions judiciaires potentiellement paradoxales se manifeste : d'une part, le désir de respecter, dans sa physionomie propre, le système juridique de prise en charge de

157. Pour plus de détails sur les conflits mobiles en matière d'adoption internationale, voir Al-Dabbagh, « Conflits de lois », *supra* note 123 aux para 56 et s.

l'enfant[158] et, d'autre part, le souci de répondre favorablement aux attentes des parents, désireux d'offrir à l'enfant un meilleur cadre juridique. L'équilibre recherché par le juge en ce domaine est forcément délicat. Tiraillés entre ces deux impératifs, les juges québécois ne restent pas de marbre devant la détresse évidente éprouvée par les candidats à l'adoption et, à plusieurs reprises, se sont montrés sensibles au « vécu » de la relation parent-enfant et au vœu — somme toute légitime — des requérants de simplement « vivre en famille ». Dès lors, il n'est point surprenant de trouver dans certains jugements des affirmations telles que :

> [T]out en éprouvant de l'empathie pour la situation du couple de Monsieur A et étant [conscient] que ce dernier cherche par tous les moyens à obtenir la possibilité de rapatrier son pupille, la Cour ne peut pour autant donner suite à sa demande [de reconnaissance d'une adoption]. [Loin de l'idée de la Cour, cependant, de] limiter les éventuelles démarches du requérant, dans l'hypothèse où la condition de l'enfant devait changer et qu'un autre recours serait présenté [nos soulignés][159].

Ou encore :

> [L]e tribunal se trouve dans l'impossibilité de reconnaître ce qui serait contraire à la loi étrangère, soit une adoption, […] [il] se permet de recommander aux requérants et au Directeur [de la protection de la jeunesse] l'examen [d'autres] avenues, afin de permettre à l'enfant d'accéder à une appartenance légale et familiale que le droit québécois répugne à refuser à tout enfant [nos soulignés][160].

Dans une autre affaire, le tribunal prendra même la peine de suggérer aux requérants une solution d'ordre constitutionnel :

> [S]elon les lois islamiques, les musulmans ne pouvant adopter un enfant, leur seule alternative est de se soumettre au régime de « *Kafala* » s'ils désirent un enfant à leur charge, avec les

158. En France, le même refus d'équivalence entre *kafala* et adoption a été justifié, selon certains auteurs, par « la volonté de ne pas imposer unilatéralement l'application du droit français à des pays cultivant une conception différente de la filiation sans pour autant être contraire à l'ordre public international et d'éviter [ainsi] des situations boiteuses » : Brière, *supra* note 100 au para 3.

159. *Adoption — 08581*, *supra* note 2 aux para 53 et 55.

160. *Z E Z (Re)*, *supra* note 2 aux para 66–67.

> attributs de l'autorité parentale. Ainsi, un musulman résidant [*sic*] du Québec sera dans l'obligation d'agir contre sa religion et d'adopter un tel enfant à défaut de quoi il lui sera impossible de parrainer un enfant et de l'amener au Québec.
>
> [...]. Ainsi son droit à la liberté de religion selon les articles 2 et 3 des chartes canadienne et québécoise serait violé.
>
> Prendre charge d'un enfant, l'adopter ou le parrainer pour l'adoption est un bénéfice que le législateur québécois a accordé aux justiciables; S... pourrait prétendre être privé de ce droit par l'effet d'une loi faisant en sorte que les musulmans fidèles à leur religion sont privés de ce bénéfice et, par conséquent, sont victimes de discrimination selon les articles 15 et 10 des chartes canadienne et québécoise respectivement.
>
> Si S... réussit à prouver ces arguments, il pourrait tenter d'obtenir un accommodement afin de parrainer l'enfant sous sa tutelle au Québec [nos soulignés][161].

Malgré leur empathie, les juges sont toutefois démunis devant les textes législatifs soumettant l'adoptabilité de l'enfant à la loi de son domicile d'origine, condition cardinale du processus adoptif. Or, de prime abord, cette exigence fait défaut, s'agissant des enfants de statut personnel musulman. Le législateur accorde à la loi prohibitive un droit de *veto* à l'adoption.

Aussi inébranlable qu'il puisse paraître, ce principe prohibitif devrait, à notre sens, être remis en cause, car le souci de respecter la compétence des autorités étrangères n'implique pas inéluctablement, croyons-nous, la mise au ban de l'adoption. À cette fin, nous tenterons d'en tempérer la portée en mettant en exergue trois éléments susceptibles de renverser ce principe prohibitif actuellement érigé. Pour ce faire, il conviendra d'abord de prendre en compte la loi étrangère dans sa globalité (A), ce qui suppose de revenir sur cette interdiction islamique de l'adoption afin d'en atténuer la vigueur et la portée (B). Ce dernier point nous conduira à démontrer comment la réception de la *kafala* est cohérente, une fois pris en compte les principes de base de l'équité juridique (C).

161. *M S c Québec (PG)*, *supra* note 2 aux para 73–77.

A. Conception *lato sensu* de la loi étrangère

Comme mentionné précédemment, l'abolition de l'adoption en droit musulman fut sanctionnée à l'unanimité par les *fouqaha* (*idjmâ*) de toutes les écoles, favorisant ainsi largement sa réception par les pays de tradition musulmane, ce qui à présent mérite cependant d'être nuancé. En effet, sur les 57 États membres de l'Organisation de la coopération islamique[162], 9 d'entre eux admettent expressément l'adoption de nos jours, et ce, en dépit de l'interdiction coranique. Tel est le cas de la Tunisie, de la Turquie, de l'Indonésie, du Sénégal, du Mali, du Togo, de l'Albanie, du Kazakhstan et, enfin, de l'Ouzbékistan. L'assertion selon laquelle l'adoption est catégoriquement prohibée dans l'ensemble des pays musulmans se révèle donc erronée. Dès lors, il conviendra d'évaluer *in concreto*, au cas par cas, les règles en vigueur dans chaque État. La preuve de la teneur de la loi étrangère, par un témoin expert ou un jurisconsulte qualifié, revêt, en l'occurrence, toute son importance.

Ensuite, même dans les autres pays qui interdisent formellement ou implicitement l'adoption, il existe parfois d'autres procédés *para legem* qui la rendent valable ou lui donnent peu ou prou effet. La prise en compte des ordres normatifs concurrents, par exemple le droit coutumier, peut corollairement avoir pour incidence de nuancer la lecture ascétique que les juristes québécois font du *corpus juris* musulman. En effet, le droit formel ne formant qu'un portrait incomplet de la réalité juridique, le juge devra s'efforcer de saisir le droit vivant pour arriver à une meilleure compréhension de la loi étrangère.

C'est précisément ce qui fut fait dans l'affaire *Dans la situation de B M (A)*[163]. Les faits étaient similaires à ceux des cas précédemment exposés, impliquant une *kafala* : un couple d'origine pakistanaise, dorénavant domicilié au Québec, demandait qu'une ordonnance de placement soit prononcée concernant l'enfant à leur charge, qui était leur neveu par la branche maternelle. Sans surprise, le Directeur de la protection de la jeunesse ainsi que le procureur général se sont opposés à cette demande, sous prétexte que

---

162. « L'Organisation de coopération islamique (OCI) (anciennement, l'Organisation de la Conférence islamique) est la deuxième plus grande organisation intergouvernementale après les Nations Unies avec 57 États membres, éparpillés dans 4 continents ». Voir le site officiel de l'organisation, sous l'onglet, en ligne : « OCI en bref », en ligne : <www.oic-oci.org/oicv2/page/?p_id=116&p_ref=26&lan=fr> (consulté le 6 juin 2015).

163. *Dans la situation de B M (A)*, *supra* note 149.

> 8.1 L'enfant, né hors Québec, a son domicile au Pakistan aux fins d'adoption;
>
> 8.2 se [*sic*] sont les lois du Pakistan qui s'appliquent;
>
> 8.3 comme il n'y a pas de loi d'adoption au Pakistan et que l'adoption est interdite entre musulmans, on ne peut soutenir que les consentements à l'adoption et l'adoptabilité de l'enfant sont conformes à la loi[164].

Le tribunal a décidé, en premier lieu, que l'acte de consentement à l'adoption, présenté en preuve, avait été constitué en bonne et due forme et dressé devant un notaire public. Les père et mère biologiques de l'enfant avaient ainsi donné un consentement éclairé à l'adoption de leur fils par ses tante et oncle maternels et à ce que ceux-ci le ramènent avec eux au Canada[165]. Le tribunal était d'accord avec les parties qui soutenaient, de concert, qu'au Pakistan il n'y a pas de loi sur l'adoption, et que faute de véhicule légal approprié reflétant l'authentique volonté des parties, celles-ci avaient entrepris des procédures visant l'obtention d'une nomination tutélaire en faveur de la tante[166]. Le tribunal a pris acte du fait indiscuté selon lequel « l'adoption entre musulmans est interdite par la Loi islamique ou le "Sharia Act" »[167] et retenu le témoignage d'un témoin expert, cité par les requérants :

> D'un autre côté, le professeur Khaleel Mohammed, considéré comme témoin expert, nous informe qu'entre Musulmans, le terme « Adoption », selon la Loi du Pakistan, veut dire « tutelle ». Il ajoute cependant que dans un tel cas, si le pupille sort du Pakistan et change son nom, il n'y a rien dans les textes de loi qui puisse justifier une objection par le Pakistan. […]. Ces expertises amènent donc le Tribunal à conclure que même s'il n'y a pas de loi d'adoption comme telle au Pakistan, il existe une coutume ou un processus, reconnu par le Pakistan, qui fait en sorte que si des Musulmans obtiennent un jugement de « Tutelle », un consentement à l'adoption et une permission de sortir l'enfant du pays, ils pourront par la suite obtenir un jugement d'adoption dans un autre pays et le Pakistan le reconnaîtra [nos soulignés][168].

164. *Ibid* au para 8.
165. *Ibid* au para 22.
166. *Ibid* aux para 24–25.
167. *Ibid* au para 31.
168. *Ibid* aux para 32–34.

Le tribunal a précisé que, dans ce contexte, il aurait été dans l'impossibilité de reconnaître comme équivalent à un jugement d'adoption, au sens québécois du terme, le jugement rendu au Pakistan, puisque ce dernier n'a pas pour effet d'établir une nouvelle filiation. Toutefois, l'appréciation du consentement à l'adoption et de l'admissibilité à l'adoption de cet enfant en fonction de la coutume pakistanaise était un exercice tout à fait licite[169]. Finalement, il fut tranché que « "le consentement à l'adoption" a été valablement donné et que l'enfant est "un enfant admissible à l'adoption" »[170], cette conclusion entérinant de façon concomitante l'éligibilité de l'enfant au processus adoptif en sol québécois. Il est important de noter que, dans cette affaire, les requérants avaient demandé « d'apprécier "un consentement à l'adoption" et "l'admissibilité de l'enfant à l'adoption" selon les règles, la coutume ou le processus habituel qui existent au Pakistan »[171].

Rappelons que cette solution avait déjà été appliquée concernant l'adoption d'enfants originaires du Cambodge. Dans ce pays, une loi sur l'adoption fait défaut, mais il existe une procédure sous le contrôle du gouvernement pour agréer des adoptions. La Cour a admis que « si la preuve démontre l'existence d'une coutume ou d'un processus tenant lieu de loi régissant la forme ou les conditions ou modalités du consentement, la Cour devrait recevoir cette preuve comme étant la règle de droit applicable dans ce pays… »[172]. Cette interprétation extensive de la loi du domicile, selon l'article 3092 CcQ favorable à l'adoption internationale, fait, pour reprendre les termes du professeur Goldstein[173], un lointain écho au raisonnement retenu par la Cour suprême dans l'affaire *Schwebel c Ungar*[174].

Au demeurant, force est de constater que certains pays à majorité musulmane disposent d'un système plurilégislatif, de telle sorte que l'interdiction ne frappe que les citoyens de confession musulmane. Il

169. *Ibid* au para 41.

170. *Ibid* au para 42.

171. *Ibid* au para 41.

172. *Droit de la famille— 2906*, [1998] RDF 370 à la p 372 (CQ).

173. Gérald Goldstein, « Chronique de droit international privé — 2002 » (2002) 15:2 RQDI 57 à la p 62.

174. *Schwebel v Ungar*, [1965] SCR 148, confirmant [1964] 1 OR 430. Rappelons que dans cette affaire, la Cour a reconnu le divorce juif par remise du guet entre deux Hongrois, prononcé par un rabbin en Italie, au seul motif que la loi israélienne, loi du domicile de la femme au moment du remariage, en reconnaissait l'efficacité. Ce divorce était toutefois nul tant en vertu du droit italien qu'en vertu du droit hongrois.

s'ensuit que les communautés non musulmanes, officiellement reconnues, ne sont en principe pas assujetties à cette règle prohibitive. À cet égard, le principe de la personnalité des lois, en vigueur dans les systèmes moyen-orientaux, implique que ces communautés disposent de leurs propres lois en matière de statut personnel[175]. Chaque personne est régie, en ce domaine, par les lois religieuses de la communauté à laquelle elle appartient et ces lois peuvent autoriser l'adoption par dérogation au droit commun. Tel est le cas en Syrie[176], en Irak[177], en Égypte[178] et en Jordanie[179], où l'application aux non-musulmans de leurs propres lois religieuses est admise, par dérogation au droit commun (droit musulman). Rappelons que, selon l'article 3077 CcQ, « [l]orsqu'un État comprend plusieurs systèmes juridiques applicables à différentes catégories de personnes, toute référence à la loi de cet État vise le système juridique déterminé par les règles en vigueur dans cet État ». Les tribunaux québécois ont récemment semblé enclins à donner effet à cette réalité, l'admissibilité à l'adoption d'un enfant libanais chrétien n'ayant posé aucun problème[180].

Pour toutes ces raisons, une vision *globale* et *exhaustive* de la loi étrangère mérite d'être favorisée aux fins de l'appréciation de l'admissibilité de l'enfant à l'adoption. Une telle vision exige de s'enquérir de l'étendue de l'interdiction islamique.

---

175. Sur ce principe, voir Harith Al-Dabbagh, « Principe de la personnalité des lois et droit de la famille : approches comparatives des droits iraquien et égyptien » (2008) 22:1–2 Arab Law Quarterly 3 et 158 à la p 17.

176. La *Loi du statut personnel applicable à la communauté syriaque-orthodoxe syrienne n^o^ 10-2004* réglemente l'adoption aux articles 73–75. Il en va de même pour la *Loi sur le statut personnel des communautés catholiques en Syrie n^o^ 31-2006*.

177. Constitution irakienne de 2005, art 41. Pour plus de détails sur ce point, voir Harith Al-Dabbagh, « Droit de la famille et nouvelle Constitution irakienne » (2007) 3 RRJ — Droit prospectif 1507.

178. En Égypte, seules certaines normes du droit de la famille d'inspiration musulmane sont applicables à tous les ressortissants égyptiens, quelle que soit leur religion, soit : la *Loi 119/1952* et les articles 29–51 et 109–119 du *Code civil* de 1949, relatifs à la capacité, à la tutelle, à la curatelle et à l'interdiction; la *Loi 77/1943 sur la succession* ab intestat; la *Loi 71/1946 sur la succession testamentaire* et les articles 486 à 504 du *Code civil*, relatifs à la donation.

179. *Code civil jordanien* de 1976, arts 11–29.

180. *Adoption — 13318*, 2013 QCCQ 16271. La requête en reconnaissance d'un jugement étranger fut rejetée pour vices de procédure et parce que plusieurs anomalies dans la trame factuelle portaient à croire que l'adoption de l'enfant reposait sur la fraude des parties impliquées dans le processus adoptif. Néanmoins, l'admissibilité à l'adoption de l'enfant avait été endossée par le Secrétariat à l'adoption internationale et par le Centre jeunesse régional, et la Cour ne souleva aucune difficulté à cet égard.

B. Caractère relatif de l'interdiction islamique

Nous avons observé que l'opposition tirée de la loi islamique est loin d'être dirimante : d'une part, certains États à majorité musulmane permettent expressément l'adoption; d'autre part, il existe certaines normes personnelles, régionales ou nationales qui, implicitement, s'en accommodent. Mais, au-delà de cette dimension pluraliste et au moyen d'un aperçu de la conception islamique de la filiation, nous tenterons à présent de démontrer qu'une telle interdiction n'est point absolue. Nous verrons que, dans ce domaine, le droit musulman accorde une place, somme toute non négligeable, à la volonté et aux choix individuels dans la création des liens filiaux.

Le *fiqh* traditionnel enseigne que la protection de la filiation agnatique, *nassab*, vise à éviter la *perte* ou la *confusion* de celle-ci, objectifs comptant parmi les priorités orientant la législation familiale en Islam[181]. Toute pratique portant atteinte à l'organisation divine des liens de parenté est interdite[182]. La filiation par le sang est *exclusive*, de manière à ce qu'un enfant ne soit pas affilié à quelqu'un d'autre que son père. C'est pour cette raison que l'adoption, en tant que transfert fictif du lien par le sang, est condamnée par le Coran : « Allah […] n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants »[183]. Il en résulte que toute fiction ou tout artifice juridique tendant à remplacer la parenté agnatique, dans le cadre de l'institution matrimoniale légale, demeurent inopérants, le but étant de *ne pas* priver un enfant de sa filiation d'origine.

Toutefois, même dans une société patriarcale où la légitimité de la descendance n'est reconnue que par rapport aux mâles et où les liens agnatiques prévalent, il va sans dire que l'on répugne à assimiler l'existence des enfants naturels à une *inexistence*[184]. Les relations illicites hors mariage ne confèrent habituellement aucune filiation légitime,

---

181. Abdelwahhab Khallaf, *Le statut personnel dans la Charia islamique selon l'école hanéfite et la pratique jurisprudentielle* [en arabe], 2e éd, Koweit, Dar al-qalam, 1990 à la p 176.

182. Coran, sourate 25, verset 54 : « Et c'est lui qui, de l'eau, a créé une espèce humaine qu'Il unit par la parenté [par les mâles] et l'alliance [par les femmes]. Et ton Seigneur demeure Omnipotent ».

183. Coran, sourate 33, verset 4. Traduction de Mouhammad Hamidullah.

184. Imad Khillo, « Concubinage et conjugalité dans le monde musulman : de la loi religieuse à la réalité sociale » (2010-2011) 5 Annuaire droit et religions 277 aux pp 293 et s.

nassab[185]. L'enfant est rattaché à sa mère par la preuve tangible que constituent la grossesse et l'accouchement. Cette relation juridique entre la mère et l'enfant, loin de leur épargner l'infamie, les associe dans l'abjection[186]. En effet, l'enfant illégitime est une marque de déshonneur pour la mère :

> Les mères célibataires sont dans la plupart des cas marginalisées et rejetées par l'ensemble de la société musulmane. Selon les traditions de cette société, ces mères sont responsables d'avoir apporté la *honte* sur la famille. Quelles que soient les circonstances de la grossesse, la mère célibataire est perçue comme porteuse de « *Al-aar* » [la honte][187].

La filiation n'est d'ailleurs jamais établie à l'égard du père, et ce, parce que l'enfant illégitime est aussi l'instrument de punition de ce dernier. La filiation en dehors du mariage, nécessairement irrégulière, ne peut être établie[188]. L'action en recherche de paternité naturelle est, par ailleurs, inconnue (et résolument ignorée) en droit musulman. Cependant, déplorer le sort des « enfants naturels » en droit musulman, envers lesquels leur père n'a aucune obligation, ne doit pas faire oublier cette possibilité de reconnaissance de filiation largement ouverte et qui est de nature à atténuer, dans une certaine mesure, la rigueur du fondement légal de la filiation. L'aveu du père, en droit musulman classique, peut, en principe, à lui seul, engendrer le lien du *nassab* et conférer à l'enfant de filiation inconnue le statut d'enfant légitime.

Sous cet aspect, le droit classique permet l'établissement de la filiation au moyen de l'*iqrar bil-nassab*, dit aussi *istilhaq*. Une personne, que ce soit un homme ou une femme, peut reconnaître un enfant comme étant le sien. Lors de l'ère préislamique, l'adoption plénière et la reconnaissance de paternité ou de maternité coexistaient, comme c'est d'ailleurs toujours le cas en droit québécois[189]. L'Islam n'a aboli que la première forme d'établissement filiatif, laissant intacte la reconnaissance

---

185. Tel peut exceptionnellement être le cas si la procréation hors mariage résulte d'un « vice de forme » et n'est pas entachée de mauvaise foi, c'est-à-dire si l'enfant fut conçu dans ce qui sera plus tard considéré comme un mariage vicié (*fasid*) ou lors d'une cohabitation par erreur (*shubha*) : A F Hussein, *La réglementation de la famille dans l'Islam* [en arabe], Alexandrie, Éditions munshaat al-maarif à la p 206.

186. Aluffi, *supra* note 87 à la p 66.

187. Khillo, *supra* note 184 à la p 290.

188. Aluffi, *supra* note 87 à la p 66.

189. Arts 543 et s CcQ, pour ce qui est de l'adoption plénière, et arts 526–529 CcQ, en ce qui concerne la reconnaissance volontaire de filiation.

volontaire, *iqrar bil-nassab*. Ainsi, afin d'éviter aux enfants illégitimes, « dans la mesure du possible, leur sort malheureux, on favorise [des] procédés qui permettent de les considérer légitimes. L'attitude correspond à celle du droit classique, bien que les solutions puissent varier » [nos soulignés][190]. Il est donc loisible d'affirmer que le maintien, dans les codes arabes contemporains, d'un tel mécanisme est le produit d'un acte délibéré, conforme à cette philosophie classique et aux antipodes de ce que certains pourraient être tentés de considérer comme une inadvertance[191].

Il s'ensuit qu'une personne qui n'est pas le géniteur de l'enfant peut légalement le reconnaître comme étant le sien. En droit strict, la reconnaissance d'un enfant n'ayant pas atteint l'âge de raison n'exige, pour être valable, ni l'approbation de l'intéressé ni celle du juge. Toutefois, l'enfant reconnu ne doit pas avoir de filiation déjà connue. C'est sur ce point que la reconnaissance de filiation du droit musulman diverge essentiellement de l'adoption, du moins telle qu'elle est entendue dans les systèmes occidentaux[192]. Pour que la reconnaissance soit admise, il suffit qu'il existe entre son auteur et l'enfant de filiation inconnue une différence d'âge rendant vraisemblable la paternité du premier. Ainsi, s'agissant de l'enfant *laqit* — nouveau-né trouvé —, les enseignements hanéfites recommandent son rattachement filiatif à toute personne qui le revendique[193]. S'il y a plusieurs prétendants à la paternité de l'enfant, priorité sera accordée à celui l'ayant trouvé (sauvé)[194]. Dans le

190. Aluffi, *supra* note 87 à la p 65.

191. Voir notamment *Code de Qadri Pacha*, arts 350, 351 et 364; *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983* (Irak), art 44; *Federal Law no 28 for the Year 2005, on the Personal Status* (Émirats arabes unis); *Code de la famille algérien*, arts 44–45; *Code de la famille marocain*, arts 160–162; *Code du statut personnel tunisien*, arts 68–70; *Code civil iranien*, art 1273.

192. Yvon Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, t 3, *Filiation, incapacités, libéralités entre vifs*, Paris-La Haye, Mouton, 1973 à la p 50.

193. L'article 350 du *Code de Qadri Pacha* prévoit que « Si un homme reconnaît pour fils un enfant d'ascendance inconnue, et qu'il y ait entre eux une différence d'âge convenable, la paternité sera établie par sa seule déclaration ». L'article 351 prévoit que « Si une femme non mariée, ni assujettie à une retraite légale, reconnaît pour fils un enfant n'ayant ni père ni mère, et en âge de lui être attribué, sa reconnaissance fera foi en ce qui la concerne personnellement […]. Si la femme est mariée ou engagée dans une retraite légale, sa reconnaissance a besoin, pour être admise, de la ratification de son mari ». L'article 361 ajoute « Si une personne quelconque reconnaît pour fils l'enfant trouvé encore vivant, la paternité sera établie par sa seule déclaration, quand même ce serait un chrétien ou un juif, sujet de l'Empire ottoman ».

194. Art 362 *Code de Qadri Pacha*. Dans la mesure où l'enfant trouvé est sans filiation connue et qu'il est dans son intérêt d'établir sa filiation, celle-ci le sera par la simple reconnaissance. En cas de concurrence entre plusieurs personnes, priorité sera accordée à celui qui l'a recueilli. Khallaf, *supra* note 181 aux pp 188–89.

dessein de favoriser un tel enfant en lui donnant une famille, les *fouqaha* infléchissent alors leurs principes. La parenté par reconnaissance ne calque donc pas nécessairement la parenté par le sang[195]. Il est admis que, dans pareilles circonstances, il est peu probable que l'auteur de la reconnaissance de l'enfant en soit biologiquement le père. Les *fouqaha* admettent néanmoins l'*iqrar*, puisque l'établissement de sa filiation légitime est dans l'intérêt de l'enfant :

> *If someone acknowledges a foundling to be his own, it should be accepted, because it is an acknowledgment of a child whose origin is not known (*majhul al nasab*), and who is acknowledged by someone who could indeed have been his father; no harm is done, nobody objects, no obvious fact refutes it… It is for the welfare of the child who needs care, shelter and pedigree*[196].

Il est patent qu'il s'agit d'un mode de filiation fictif, fondé sur la *vraisemblance*. La seule condition requise pour la validité de la reconnaissance est que la parenté soit théoriquement *possible*. On ne se préoccupe pas de savoir si l'auteur de la reconnaissance était en état de procréer ni si la naissance de l'enfant qu'il reconnaît a été légitime. Seuls les auteurs malékites soutiennent que les circonstances de la naissance doivent être prises en considération pour évaluer cette possibilité[197] et que la cause de cette filiation doit être sommairement exposée[198]. Les autres écoles se contentent de l'apparence de vérité découlant de deux premières conditions (filiation inconnue, écart d'âge) auxquelles s'ajoute la ratification de l'enfant reconnu, si celui-ci est doté de raison. La reconnaissance place la personne reconnue exactement dans la même situation juridique que si elle avait été, en vertu de la loi, l'enfant de l'auteur de la reconnaissance[199]. En tout état de

---

195. Linant de Bellefonds, *supra* note 192 à la p 58.

196. Ella Landau-Tasseron, « Adoption, Acknowledgement of Paternity and False Genealogical Claims in Arabian and Islamic Societies » (2003) 66:2 Bulletin of the School of Oriental and African Studies 169 à la p 187.

197. Il faudrait donc que la reconnaissance ne puisse être démentie par un élément factuel. Par exemple, si un homme prétend être le père d'un enfant ressortissant d'un État X, mais que cet homme ne s'est auparavant jamais rendu dans celui-ci, l'établissement d'une filiation entre cet enfant et l'étranger serait impossible.

198. Il faudra, par exemple, que le prétendant à la paternité invoque qu'il avait auparavant abandonné son enfant par pauvreté, en raison de ses migrations géographiques, par contrainte, etc. F A Karim, *Traité du statut personnel al-wassit [en arabe]*, Sulaymaneih, Presses de l'Université de Sulaymaneih, 2004 à la p 256.

199. Faisal Kutty, « Islamic "Adoptions": Kafalah, Raadah, Istilhaq and the Best Interests of the Child » dans Robert L Ballard et al, dir, *The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines*, Newcastle upon Tyne (UK), Cambridge Scholars Publishing, 2014, 526 aux pp 552–55.

cause, les *fouqaha* n'exigent nullement que l'auteur de la reconnaissance de paternité établisse qu'il a été marié à la mère de l'enfant; il doit simplement s'abstenir d'identifier formellement celui-ci comme enfant du « péché » (*walad al-zina*), conçu dans l'acte de fornication. Transcodage islamique du *Don't Ask, Don't Tell*[200], « on ne lui demande en somme que de se taire sur ce point »[201].

Le *fiqh* classique nuance ainsi lui-même la portée de l'interdiction de l'adoption en admettant la reconnaissance de filiation en faveur des enfants trouvés. Traditionnellement un instrument de légitimation de l'enfant sans filiation connue, le mécanisme *iqrar bil-nassab* pourrait, grâce à son caractère abstrait et peu formaliste, être utilisé pour littéralement « inventer » un lien de filiation. Sous cet angle, il s'agit d'un mode de filiation fictif, comparable à l'adoption. En d'autres termes, « *[t]hough distinct from adoption some classical jurists and even some contemporary scholars confuse the two because in many cases it resulted in the effective "adoption" of a child* »[202]. Conséquemment, loin de faire fi de sa finalité[203], nous croyons que ce concept s'avère suffisamment ambivalent pour avoir une vocation concomitante, soit celle d'établir une filiation qui, *prima facie*, n'est possiblement pas le reflet de la réalité biologique. À l'appui de cette interprétation, rappelons la terminologie exacte employée par le Coran pour énoncer la prohibition adoptive :

> 4. Allah […] n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants. […].

---

200. Editors of *Encyclopædia Britannica, Don't Ask, Don't Tell (DADT) – United States policy*, en ligne : <www.britannica.com/event/Dont-Ask-Dont-Tell> (consulté le 12 juin 2015) :
Don't Ask, Don't Tell (DADT), *by name for the former official US policy (1993–2011) regarding the service of homosexuals in the military. The term was coined after Pres. Bill Clinton in 1993 signed a law (consisting of statute, regulations, and policy memoranda) directing that military personnel "don't ask, don't tell, don't pursue, and don't harass."* […]. *Under the terms of the law, homosexuals serving in the military were not allowed to talk about their sexual orientation or engage in sexual activity, and commanding officers were not allowed to question service members about their sexual orientation.*

201. Linant de Bellefonds, *supra* note 192 à la p 53.

202. Kutty, *supra* note 199 à la p 551.

203. Une telle excroissance législative ne serait d'ailleurs pas inconnue en droit québécois. Par analogie, évoquons le mécanisme québécois du consentement spécial à l'adoption (art 555 CcQ) qui, initialement mis en place pour légitimer le beau-père ou la belle-mère dans son rôle de père ou de mère à l'enfant, est depuis peu utilisé dans le dessein de finaliser la filiation légale d'un enfant conçu par mère porteuse : Comité consultatif sur le droit de la famille, sous la présidence d'Alain Roy, *Pour un droit de la famille adapté aux nouvelles réalités conjugales et familiales*, Québec, Ministère de la Justice du Québec, juin 2015 à la p 168.

> 5. Appelez-les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés [nos soulignés][204].

En fait, si la filiation est inconnue, le Coran n'impose aucune solution : rien ne prescrit ni ne proscrit qu'un « frère de religion » ou un « allié » soit également un fils.

En réalité, « la reconnaissance peut remplacer l'adoption, ignorée du droit musulman, pour peu que la filiation de l'enfant soit inconnue ou passe pour être inconnue »[205]. Bien que curieux, un tel résultat ne constitue point une entorse au droit positif. En Irak, le législateur moderne a même fait renaître de ses cendres cette institution d'antan dans le cadre de la *kafala* (appelée *dhamm*). Celle-ci apparaît sous un jour particulier chaque fois que l'enfant est de filiation inconnue. En effet, la *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983* exige, de manière concomitante à la procédure, que le requérant procède, devant le tribunal, à une reconnaissance de sa paternité au bénéfice de l'enfant[206]. Cette technique érige *de jure* l'enfant sans filiation connue en enfant légitime de l'auteur de la reconnaissance, emportant pleins effets sur le plan successoral et sur celui des empêchements au mariage. Le rapprochement du statut des enfants *makfoul* de celui des enfants légitimes est en l'occurrence poussé à son paroxysme. L'institution établie par la loi irakienne est en ce sens plus proche de l'adoption occidentale que de la *kafala* d'origine.

En somme, il convient de distinguer avec soin l'adoption proprement dite qui, en tant que telle, est condamnée par le Coran, d'autres institutions plus ou moins proches remplissant les mêmes fonctions et auxquelles le droit attache des conséquences juridiques. Dans la mesure où la reconnaissance *iqrar* joue un rôle analogue à celui de l'adoption, il est nécessaire, croyons-nous, de prendre en compte cette dimension lorsqu'il s'agit d'apprécier l'admissibilité à l'adoption de l'enfant de filiation inconnue. Plus précisément, nous sommes d'avis que le processus d'adoption devrait être ouvert à l'enfant musulman à la filiation défaillante *ab initio*.

---

204. Coran, sourate 33, versets 4 et 5. Traduction de Mouhammad Hamidullah.

205. Linant de Bellefonds, *supra* note 192 à la p 60.

206. *Loi relative à la protection juvénile n° 76-1983*, art 44.

Ce raisonnement ne saurait naturellement s'appliquer à l'enfant orphelin de filiation connue et, *a fortiori*, à celui dont les père et mère par le sang sont toujours vivants. L'interdiction coranique revêt ici toute sa vigueur. Néanmoins, à bien y regarder, même dans ce dernier cas, il est possible d'atténuer cette interdiction. De nombreux auteurs contemporains avancent en effet que l'ajout d'une filiation est loin de tomber sous le coup de la prohibition[207]. En effet, la filiation additive (ou inclusive) ne provoquerait ni la perte ni la confusion de la filiation qui unit le père biologique et l'enfant. La filiation additive ne porterait pas atteinte aux liens institués par le Créateur, puisque ceux-ci subsisteraient. La généalogie ne serait pas touchée : le lien au père serait préservé. Quant aux adoptants, l'adoption simple respecte l'injonction coranique en ce sens qu'elle n'aurait pas pour effet de faire des enfants adoptés leurs « propres enfants » : la préservation de la filiation biologique serait précisément un aveu à l'effet contraire. Cette forme d'adoption permettrait à la filiation adoptive de s'ajouter à la filiation d'origine sans aller jusqu'à effectuer une « permutation » de l'appartenance familiale et de l'état civil de l'enfant.

De plus, « *according to many scholars, the practice of* al-tabanni *entailed a complete "erasure of natal identity." This of course is totally contrary to the clear teachings of the* Qur'ān *and* Sunna*, which ensure that a child has the right to know its biological parents' identity and lineage* »[208]. L'adoption simple, par la préservation des liens d'appartenance à la famille d'origine, semble ainsi échapper à cette interdiction. De ce fait, nous partageons l'avis de plusieurs auteurs qui affirment que puisque « *[a]ccording to classical* fiqh […] *the creation of fictive kinships is strictly forbidden as it disturbs filial continuity,* […] *[t]he relatively recent development of moving toward open adoptions significantly reduces this tension* » [nos soulignés][209], ce qui s'appliquerait, *de lege ferenda*, à l'adoption simple, laquelle ne coupe pas l'enfant de ses origines.

Il en résulte que les enfants sous *kafala* peuvent être déclarés admissibles à l'adoption simple, comme c'est le cas dans de nombreuses

---

207. Pour une *fatwa* (avis) permettant une telle conciliation, voir Tareq Oubrou, « La kafala et la Sharia » (2009) 1 Droit de la famille 10 à la p 27.

208. Kutty, *supra* note 199 à la p 547.

209. *Ibid* à la p 561. Voir également Arthur D Sorosky, Annette Baran et Reuben Pannor, *The Adoption Triangle: The Effects of the Sealed Record on Adoptees, Birth Parents, and Adoptive Parents*, Garden City (NY), Anchor Press, 1978.

juridictions occidentales[210]. Certes, le cumul des filiations d'origine et d'adoption n'est pas, à l'heure actuelle, envisageable en droit québécois[211], mais dans la mesure où la conversion de celle-ci en adoption plénière québécoise est admise, cette solution peut paraître satisfaisante. Rappelons que la Cour d'appel, dans *Adoption — 11356*[212], a reconnu la validité de l'acquisition du caractère plénier d'une adoption originellement simple, dans la mesure où les consentements ont été donnés en connaissance de cause[213], et ce, même si l'État d'origine (Haïti) ne reconnaît pas l'adoption plénière[214]. Les effets de l'adoption étant soumis au droit québécois, celui du domicile de l'adoptant, il suffit alors que le tribunal constate l'existence d'un consentement sans s'attarder à ses effets :

> La mission du tribunal québécois […] saisi d'une demande de reconnaissance d'un jugement d'adoption rendu hors Québec [consiste à] s'assurer que les règles internes du pays d'origine de l'enfant concernant le consentement et l'admissibilité à l'adoption ont été respectées (art 574 CcQ), mais […] il n'a pas à s'assurer de la similitude des effets de l'adoption [nos soulignés][215].

---

210. C'est le cas en Belgique, en Allemagne, en Espagne et en Italie. Jusqu'en 2005, la jurisprudence française reconnaissait à la *kafala* des effets similaires à ceux de l'adoption simple, une jurisprudence trouvant son origine dans le célèbre arrêt *Fanthou* du 10 mai 1995. Voir Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5e éd, Paris, Dalloz, 2006, n 69 à la p 607. Sur le revirement opéré par la suite, voir Hugues Fulchiron, « Adoption sur *kafala* ne vaut (à propos des arrêts du 10 octobre 2006) », D.2007, 816. Sur la « conversion » de la *kafala* en adoption en Espagne, voir Alegria Borràs, « The Protection of the Rights of Children and the Recognition of Kafala » dans *A Commitment to Private International Law, Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia Publishing, 2013, 77 à la p 84.

211. À l'exception de certains cas d'adoption coutumière autochtone, l'adoption québécoise est uniquement plénière, c'est-à-dire substitutive et exclusive. Pour plus de détails, voir Françoise-Romaine Ouellette et Carmen Lavallée, « La réforme proposée du régime québécois de l'adoption et le rejet des parentés plurielles » (2015) 60:2 RD McGill 295 à la p 297. Une évolution est toutefois envisageable. Depuis plus d'une décennie, plusieurs projets de réforme ont été déposés, prévoyant la possibilité de reconnaître l'existence de la famille d'origine d'une personne adoptée, dont le dernier, le Projet de loi no 113, *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, est actuellement à l'étude [Projet de loi no 113], en ligne : <www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-113-41-1.html>.

212. *Adoption — 11356*, 2011 QCCA 2353.

213. La mère biologique avait donné son consentement à une adoption ayant pour effet de rompre définitivement le lien de filiation et le tribunal d'Haïti avait accepté l'adoption par la requérante, domiciliée au Québec, en sachant que celle-ci nourrissait le projet d'y amener l'enfant définitivement : *ibid* aux para 18, 46, 48 et 51.

214. *Ibid* au para 20.

215. *Ibid* au para 56.

Qu'il s'agisse de suppléer à une filiation défaillante ou d'ajouter des liens adoptifs aux liens biologiques, nous sommes d'avis que l'adoption de l'enfant de statut personnel musulman ne saurait être systématiquement écartée, et ce, en raison de la nécessité pour le juge d'apprécier de manière exhaustive la loi étrangère pour évaluer si l'adoption, au sens large du terme, y est admise. L'article 3078 CcQ permet au juge québécois de prendre en considération la loi étrangère pour qualifier une institution juridique qu'il ignore ou qu'il ne connaît que sous une autre désignation ou avec un contenu distinct. Cela implique de respecter la logique interne du droit étranger. L'idée si chère à Batiffol[216], selon laquelle en élargissant les catégories du for, l'« on parvient à retrouver une communauté de nature dans des institutions différentes en considérant moins leur structure que leur fonction », se révèle ici salvatrice.

Rappelons que dans l'arrêt *Bruker c Marcovitz*[217], la Cour suprême du Canada, sous la plume du juge Pigeon, affirme qu'« [u]ne fois que le tribunal se déclare compétent pour connaître d'un litige comportant des aspects religieux […] "il doit s'efforcer d'arriver à la meilleure compréhension possible de la tradition et de la coutume applicable" »[218]. La Cour d'appel s'est également montrée réceptive à cette conception élargie de la *lex causæ*. Dans l'arrêt *Droit de la famille — 3403*[219], la Cour a émis de sérieux doutes quant au caractère absolu de l'interdiction islamique, se disant surprise « de constater que les avocats dans leur mémoire tiennent pour acquis que l'adoption ne peut être prononcée par un tribunal marocain pour des motifs religieux »[220] puisque « cette prétention est loin d'être évidente » [nos soulignés][221]. En fait, ni l'une ni l'autre des parties n'avaient allégué le droit marocain en l'espèce. Les juges devaient donc s'en tenir aux seuls « documents d'adoption » (erronément traduits), présentés par les requérants, et aux effets de cette « adoption » : prise en charge permanente; détention de tous les attributs de l'autorité parentale; acquisition de tous les devoirs parentaux, etc. La Cour d'appel a estimé que la *kafala* serait « plus proche de notre droit en matière d'adoption [que de celui relevant de

---

216. Henri Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 2002 à la p 213.

217. *Bruker c Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 RCS 607.

218. *Ibid* au para 45, citant *Lakeside Colony of Hutterian Brethren c Hofer*, [1992] 3 RCS 165 à la p 191.

219. *Droit de la famille — 3403*, *supra* note 141.

220. *Ibid* aux para 59–60.

221. *Ibid* au para 60.

la charge tutélaire] »[222]. Ces deux arguments l'ont amenée à conclure « qu'un jugement d'adoption *peut* être rendu selon le droit marocain » [nos italiques][223].

Vraisemblablement, l'issue favorable au requérant a découlé, en l'espèce, de la preuve déficiente. S'il avait été prouvé qu'en droit marocain, l'adoption*, tabanni*, est prohibée, il y a lieu de penser que la décision de la Cour d'appel aurait probablement été fort différente[224]. Quelle que soit la rectitude de l'interprétation ici donnée à la loi étrangère, l'arrêt montre des signes d'ouverture à une démonstration fondée sur une interprétation extensive de la filiation adoptive, telle que nous venons de la mettre en exergue. Les juges sont généralement prédisposés à accepter un projet d'adoption en tout point louable, ce qui est loin d'être une considération superflue, puisqu'« au-delà des enjeux diplomatiques, il est nécessaire de protéger les enfants concernés et non de les rendre *prisonniers* de leur loi personnelle » [nos italiques][225]. Une mise en contexte permettant de nuancer sensiblement la portée de la prohibition islamique pourrait, nous semble-t-il, avoir pour effet de convaincre les juges.

C. Prise en compte des considérations d'équité

Si le respect de la compétence des autorités étrangères s'impose en vertu des règles du droit international privé québécois, une évolution semble toutefois souhaitable. Une jurisprudence récente de la Cour d'appel semble marquer un certain infléchissement. Dans *Adoption — 11117*[226], la Cour laisse en effet entrevoir une ouverture tempérée, en permettant de passer outre au refus de la loi étrangère, lorsque l'équité commande qu'il en soit ainsi. Mettant fin à la « saga de l'enfant S » (dont nous avons succinctement exposé les faits)[227], la décision a finalement

222. *Ibid* au para 61.

223. *Ibid* au para 60.

224. Sans même mentionner les modifications apportées à l'article 574 CcQ en 2006, qui énonce dorénavant que « […] les consentements [à l'adoption donnés hors Québec doivent avoir] été donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine », ce qui ne semblait pas être le cas en l'espèce. À cet effet, nous renvoyons le lecteur à nos commentaires exprimés sous la note de bas de page 117.

225. Brière, *supra* note 100 au para 16.

226. *Adoption — 11117*, *supra* note 149.

227. Ils ont notamment tenté de procéder par la reconnaissance et l'exécution des décisions émanant du tribunal marocain (*A c Québec (PG)*, *supra* note 5). Sans incidence sur le refus des autorités québécoises d'immigration de laisser l'enfant immigrer au Québec, n'étant pas un

déclaré l'enfant originaire du Maroc admissible à l'adoption et permis sa venue au Canada. Après cinq années d'efforts, les *kafil* ont donc gagné leur cause.

La première phrase du jugement laisse entendre en filigrane que la plus haute instance québécoise accédera à la demande des requérants qui cherchent à obtenir une ordonnance de placement en vue de l'adoption de leur enfant S, quitte à se livrer à des acrobaties judiciaires :

> Une affaire hors du commun, d'« une infinie tristesse » où il semble impossible « de trouver un chemin dans le dédale kafkaïen des processus applicables ». Voyons si cette situation exceptionnelle doit demeurer inextricable ou si le droit permet de réconcilier le cœur et la raison[228] »[229].

Soulignons d'abord que toutes les parties, ainsi que la magistrature, s'accordent pour dire que les parents *kafil* ont fait preuve, tout au long de ces années et dans leurs nombreuses démarches, « de la plus entière bonne foi »[230]. Aucune tentative de fraude, de malversations ou de contournement de la loi n'a été relevée. Comme l'explique la Cour, il ne s'agit pas d'un élément insignifiant, puisque cet état d'esprit module en partie les exigences et standards rigoureux que peut parfois poser la loi :

> La bonne foi est particulièrement importante en matière d'adoption. Les exigences multiples des lois ont pour objectif de prévenir tout trafic d'enfants, toute adoption contre paiement. S'il y a le moindre doute sur la bonne foi des requérants,

---

« enfant à charge », les requérants ont entrepris, l'année suivante, des démarches en reconnaissance d'une adoption étrangère, laquelle a été refusée (*Adoption — 08581*, *supra* note 2). Les *kafil* ont modifié leur stratégie, demandant, deux ans plus tard, à la Cour du Québec de prononcer une ordonnance de placement en vue d'une adoption à l'égard de l'enfant pris en charge sous *kafala*. Le tribunal a avoué son impuissance à accorder les conclusions recherchées par les requérants (*Adoption — 10100*, *supra* note 128). Le couple a interjeté appel en deuxième instance de ce dernier jugement, appel qui s'est révélé favorable à ses prétentions.

228. « Le cœur et la raison, deux instances distinctes, disjointes, concurrentes, parfois complémentaires, parfois antagonistes. Ergoteuse, quémandeuse, procédurière, la raison éprouve son impuissance aux choses de la vie […]. Expression de notre être au monde, le cœur est la faculté des principes […]. Dès lors, le concours entre les deux facultés ne manque pas d'apparaître : toujours le cœur subvient au défaut du discours, pour combler ses lacunes, lorsque l'induction hésite, et surtout pour fournir ses prémisses à la déduction » : Pierre Magnard, *Pascal ou l'art de la digression*, Paris, Éditions Ellipses, 1997 aux pp 50–51, en ligne : <lyc-sevres.ac-versailles.fr/p_pascal_pubcoeurraison.php> (consulté le 6 juin 2015).

229. *Adoption — 11117*, *supra* note 149 au para 8.

230. *Ibid* au para 36.

> aucune irrégularité dans le processus ne sera excusée. Heureusement, ce n'est pas du tout le cas ici. Les parents qui assument la charge [à distance] de l'enfant depuis cinq ans ont prouvé leur sincérité. Leur démarche envers et contre tous, presque obstinée, témoigne de l'intensité de leur affection envers leur enfant [nos soulignés][231].

Notons au passage que l'exigence de cet état d'esprit des requérants n'est pas une préoccupation marginale, propre à l'adoption internationale. En fait, tout récemment, la Cour d'appel, dans son jugement décisif qui tranchait l'incertitude entourant l'adoption sur consentement spécial à la suite d'un contrat de mère porteuse, a insisté sur l'importance de la bonne foi des requérants, jusqu'à en faire un des pivots du bon déploiement du projet parental[232]. Dans une affaire subséquente où le conjoint du père biologique cherchait à adopter l'enfant, issu d'une procréation assistée en Inde, la Cour du Québec a refusé de « mettre en doute la bonne foi du requérant et du mis en cause qui ont agi avec transparence dans un pays où ils ont estimé que c'était permis tout en se conformant aux pratiques en vigueur » dans ce pays[233].

Pour s'en tenir à la *kafala*, il importe de relever que les juges mettent de l'avant cette nécessaire souplesse dont doivent être imprégnées l'interprétation et l'articulation du cadre juridique, quel qu'il soit, lequel, tout en respectant les objectifs du Code civil, doit éviter les solutions qui se « rév[éleraient] choquante[s] et, à première vue, incompatible[s] avec les droits de la personne »[234]. Selon la Cour, à condition que les intervenants soient de bonne foi et que la sécurité de l'enfant soit assurée, il y aurait lieu d'*humaniser* l'application du cadre juridique de l'adoption internationale qui est actuellement

---

231. *Ibid* au para 42. *A contrario* de ce qu'avance la Cour d'appel, si la bonne foi des requérants ne fait aucun doute, certaines irrégularités procédurales pourront être excusées. La Cour le précisera d'ailleurs plus tard dans ce même jugement : « Encore une fois, s'il y avait le moindre doute que ces deux procédures parallèles, au Maroc et au Canada, n'avaient pas été menées dans le meilleur intérêt de l'enfant et en toute bonne foi, il faudrait exiger le respect à la lettre de toutes les mesures dont l'objectif est la sécurité des adoptions comportant un aspect international. Mais tel n'est pas le cas » : *ibid* au para 87.

232. *Adoption — 1445*, 2014 QCCA 1162 aux para 38, 61 et 63–64. Voir également *Droit de la famille — 151172*, 2015 QCCS 2308 aux para 36 et 113, où l'importance de la bonne foi des demandeurs est réitérée. Cette dernière affaire combinait l'adoption internationale et le recours à une mère porteuse, les demandeurs ayant fait affaire avec une mère porteuse américaine.

233. *Adoption — 1631*, 2016 QCCQ 6872 au para 130.

234. *Adoption — 11117*, *supra* note 149 au para 88.

l'objet d'une interprétation rigoriste[235]. Il reviendrait aux acteurs du système juridique de tirer parti de cette latitude et d'en actualiser les retombées.

En l'espèce, l'enfant *makfoul* étant dépourvu de parents (son père étant inconnu et sa mère l'ayant abandonné), lui refuser des parents de remplacement, sous prétexte d'une « interprétation toute littérale et théorique »[236], aurait été aberrant et contre l'intérêt de l'enfant, en plus de constituer possiblement une atteinte à la sécurité de celui-ci[237]. D'ailleurs, les pays musulmans confient régulièrement sous *kafala* un enfant à des ressortissants étrangers, et ce, en toute connaissance des futurs projets d'adoption de ces derniers[238]. En un mot, la Cour a précisé qu'il s'agit essentiellement de ne « pas être plus catholique que le pape »[239]!

On peut y voir un assouplissement de l'opinion classique, la jurisprudence antérieure refusant catégoriquement de faire jouer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant pour passer outre aux textes législatifs. L'article 543 CcQ prévoit que l'adoption d'un enfant ne peut avoir lieu que dans son intérêt et aux conditions prévues par la loi. On estimait que le concept d'intérêt de l'enfant ne peut servir à contourner, voire à éluder, des prescriptions légales[240], étant malléable à souhait et susceptible d'instrumentalisation. La juge Ann-Marie Jones précisait que :

> [v]u la nature et les effets de l'adoption, le législateur a été très précis quant aux conditions d'application, afin de s'assurer de la stabilité de la famille à qui l'enfant est confié. Il faut cependant conclure que même l'intérêt de l'enfant ne peut permettre de passer outre aux prescriptions imposées par la loi.

---

235. *Ibid* au para 95.

236. *Ibid* au para 75.

237. *Ibid* aux para 87–88.

238. Toutefois, au Maroc, une récente circulaire du ministère de la Justice a été envoyée aux procureurs généraux exhortant ceux-ci à s'opposer aux demandes émanant des postulants à la *kafala* qui sont de nationalité étrangère et ne résidant pas au Maroc : circulaire n° 40 S/2 2012, ministère de la Justice et des Libertés (Maroc).

239. *Adoption — 11117*, *supra* note 149 au para 75.

240. Cette conclusion était d'autant plus étayée que l'article 543 CcQ prévoit deux conditions à l'adoption : d'une part, l'adoption doit être dans l'intérêt de l'enfant et, d'autre part, elle doit avoir respecté toutes les exigences légales. Ces deux conditions sont complètement autonomes l'une de l'autre et d'ailleurs cumulatives; la première condition n'est traditionnellement pas considérée comme pouvant justifier un quelconque manquement à la seconde, et ce, peu importe la certitude que l'on pourrait entretenir quant à « l'intérêt supérieur de l'enfant ». Voir *S P (Dans la situation de)*, [2004] RDF 1005 (CQ) au para 49.

> De sorte que l'intérêt de l'enfant ne justifie pas le tribunal de déroger aux conditions impératives [que prescrit la loi en matière d'adoption][241].

En résumé, l'intérêt de l'enfant ne suffisait pas. Les règles prescrites par la loi devaient être respectées en s'assurant du respect des conditions applicables tant à l'adoptant qu'à l'enfant[242]. Parce qu'elle est substitutive, l'adoption plénière peut se révéler simultanément favorable et contraire à l'intérêt de l'enfant. Dans l'affaire de l'enfant S, la Cour d'appel est finalement sortie de l'impasse à laquelle conduisait une telle position. Était au cœur même du litige l'impossibilité de consentir, dans un pays musulman, à une adoption ayant pour effet de rompre le lien de filiation. L'on répugne à voir en ce principe un absolu, par ailleurs avant tout fondé sur un précepte religieux. L'attitude contraire entraînerait, selon la Cour, des « risques de dérapage […] eu égard aux droits fondamentaux de la personne »[243], dont le respect est intrinsèque au « meilleur intérêt de l'enfant ». Quant au consentement nécessaire à l'adoption, notamment à son caractère éclairé, la Cour a relevé les faits suivants :

- le père biologique est inconnu, conséquemment, son consentement n'est pas nécessaire[244];
- la mère a abandonné l'enfant et n'a depuis été partie à aucune décision le concernant ni aux décisions judiciaires, faisant en sorte que « son consentement n'est en aucun moment requis »[245];
- « le tribunal compétent pour interpréter et appliquer le droit marocain […] a dûment autorisé la poursuite de la procédure québécoise pour régulariser la situation de l'enfant. On peut croire que cette disposition ne constitue pas l'obstacle qu'on veut y voir ici, par une interprétation toute littérale et théorique »[246], et ce, d'autant plus que ces décisions bénéficient de la force de la chose jugée et qu'en conséquence, elles doivent être appliquées[247];

241. *Ibid* au para 45.
242. *Adoption — 1631*, *supra* note 233 au para 109.
243. *Adoption — 11117*, *supra* note 149 au para 78.
244. *Ibid* au para 60.
245. *Ibid* au para 63.
246. *Ibid* au para 75.
247. *Ibid* au para 79.

– enfin, les parents *kafil*, à titre de tuteurs à l'enfant, bien évidemment consentent aux présentes procédures entreprises au bénéfice de leur enfant.

Cet exercice a amené les juges à déterminer que « les intéressés au sort de l'enfant qui ont voix au chapitre, les parents et les autorités marocaines, sont d'accord pour le projet d'adoption »[248]. Ce constat leur est suffisant pour inférer que les consentements exigibles ont effectivement été donnés, en conséquence de quoi, l'enfant, après cinq ans de litanies judiciaires, a été définitivement déclaré admissible à l'adoption.

Reste à savoir quelle portée donner à la solution ainsi retenue. S'agit-il d'un revirement de la jurisprudence en la matière? La réponse nous paraît pour le moins incertaine. Plusieurs éléments liés au cadre contextuel font croire que la solution relève d'un cas d'espèce, vraisemblablement d'un jugement en équité[249]. On peut facilement imaginer le résultat absurde et inique auquel aurait conduit un hypothétique rejet de la requête. Si l'équité et l'intérêt de l'enfant peuvent parfois justifier une dérogation au droit positif, il serait sans doute hasardeux d'étendre leur application à tous les cas de *kafala*. Il s'agit vraisemblablement de rappeler aux juges cette possibilité de statuer au cas par cas.

La jurisprudence à venir devra nous éclairer sur ce point. En attendant, il est à signaler que, si elle devait se confirmer, une telle tendance rimerait avec celle adoptée relativement aux mères porteuses. Une interprétation plus libérale a été retenue dans une décision rendue en mai 2015[250]. Les faits sont dénués de toute ambiguïté : un couple homosexuel fit affaire avec une mère porteuse américaine; une décision de l'État de la Pennsylvanie confirma la filiation des requérants à l'égard de l'enfant ainsi né; et ceux-ci en demandèrent la reconnaissance au Québec, au mépris de la nullité de toute convention de mère porteuse que prescrit le Code civil.

La Cour du Québec a repris une question doctrinale : « Ne doit-on pas, dans cette situation, préférer la protection de l'intérêt immédiat

248. *Ibid* au para 91.

249. Au point où les juges exprimeront qu'« à l'audience, on a semblé — mais peut-être ai-je mal saisi — craindre que l'octroi de l'autorisation demandée chamboule le système. Le cas est si marginal que ce résultat est bien improbable » : *ibid* au para 94.

250. *Droit de la famille — 151172*, *supra* note 232.

de l'enfant plutôt que le respect de l'intérêt général? » [nos soulignés][251]. Faisant ensuite référence aux autres juridictions canadiennes, le tribunal a retenu que la filiation entre l'enfant et les parents d'intention s'établit sur la base du « consentement libre et éclairé de la renonciation de la mère porteuse »[252], et défini son rôle comme étant de « confirmer qu'un officier public de cet État était légalement autorisé, suite à un jugement rendu dans ce même État, à émettre un acte de l'état civil »[253]. Même si la convention de mère porteuse est, au Québec, frappée de nullité absolue, le tribunal s'aligne sur la Cour d'appel en matière de *kafala* pour affirmer que « cela ne signifie pas qu'*ipso facto*, tous ses effets, même indirects, même sur des tiers, doivent être combattus à tout prix par le droit, [l'enfant étant ici un tiers, plus] qu'un objet » [soulignés dans l'original][254]. Finalement, le tribunal a accueilli la demande en reconnaissance du jugement étranger. Plus récemment, dans *Adoption — 1631*[255], la Cour du Québec a reconnu au conjoint de fait du père biologique le droit d'adopter des jumelles conçues par une mère porteuse en Inde[256]. Le juge ne s'est guère soucié de la possibilité de détournement de l'adoption de son véritable objet. C'est au nom de l'intérêt de l'enfant que la filiation a été transférée au conjoint du père au moyen de l'adoption, et ce, même si la loi indienne refuse celle-ci par un couple homosexuel.

L'on peut se demander, comme l'a justement fait remarquer Anne Saris, si « le droit international privé, traditionnellement formel et objectif, devenu matériel et empreint de valeurs, ne pourrait pas laisser place à une normativité véhiculée par la subjectivité de l'individu »[257]. S'agit-il d'une actualisation de ce nouvel « humanisme » en droit international privé? Pourrait-il trouver un véritable écho en contexte de *kafala*? Si tel n'était pas le cas, ne serait-ce pas paradoxal que l'on reconnaisse avec une déconcertante facilité l'établissement

---

251. *Ibid* au para 43, citant Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006 à la p 685.

252. *Droit de la famille — 151172*, *supra* note 232 au para 49.

253. *Ibid* au para 96.

254. *Ibid* au para 121, citant *Adoption — 1445*, *supra* note 232 au para 64.

255. *Adoption —1631*, *supra* note 233.

256. L'ovule d'une donneuse anonyme ayant été inséminé avec le sperme de l'un des conjoints chez une femme qui accepte de porter l'enfant.

257. Anne Saris, « Pragmatique et sentimental? L'évolution postmoderne du droit international privé québécois » dans *Regards croisés sur le droit privé*, Colloque du trentenaire 1975–2005 du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008, 43 à la p 59.

d'une filiation dans le cadre d'un contrat de mère porteuse, pourtant de nullité *absolue* au Québec[258], mais que l'on continue à se montrer d'une extrême intransigeance à l'égard de la *kafala*?

CONCLUSION

Dans le monde musulman, le nombre de nouveau-nés en besoin d'adoption n'a cessé de croître ces dernières années en raison de l'usage limité des moyens de contraception, de l'accès restreint à l'avortement et de la stigmatisation sociale des mères célibataires. Les guerres qui déchirent de nombreux pays à majorité musulmane ont par ailleurs laissé dans leur sillage un nombre élevé d'orphelins, privés de leur milieu familial. En revanche, au Québec, à l'instar des pays industrialisés, le nombre d'enfants adoptables a drastiquement diminué durant les dernières décennies, d'où l'essor que connaît l'adoption internationale. Les règles de droit international privé québécois ont montré leurs limites à cet égard. Nous avons observé que la jurisprudence au Québec met un *veto* à l'adoption des enfants nés dans un pays musulman, suivant l'interprétation que dicte la lettre des textes. Bien que conforme à l'orthodoxie juridique, un tel raisonnement pèche par dogmatisme. En effet, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'admissibilité à l'adoption d'un enfant de statut personnel musulman, il conviendra de ne pas s'arrêter à l'énonciation formelle de la loi étrangère, mais de se livrer à une analyse exhaustive de son contenu en vue d'en apprécier la dimension volontaire dans l'établissement d'une filiation. Force est alors d'admettre, d'une part, que le droit étatique positif n'est pas la seule source de normativité à considérer par les tribunaux et, d'autre part, la nécessité de faire prévaloir l'esprit de la législation sur sa lettre afin d'éviter des résultats incongrus.

Il est patent que l'institution de la *kafala*, dont bénéficient la plupart de ces enfants, a en réalité été profondément bouleversée dans les dernières décennies. Cette métamorphose, tant procédurale que substantielle, a eu pour effet de rapprocher cette institution de celle de l'adoption au point où, désormais, l'une peut pratiquement se fondre dans l'autre à bien des égards. Cette évolution trouve ses fondements

---

258. Art 54 CcQ. La Cour d'appel, dans *Adoption — 1445*, *supra* note 232, a établi le *ratio decidendi* selon lequel on doit donner effet au consentement spécial à l'adoption exprimé par le conjoint et la mère porteuse en faveur de la mère d'intention. Néanmoins, jamais la Cour n'a donné au contrat de mère porteuse un effet direct sur l'établissement de la filiation, ce qui reviendrait à dépouiller l'article 541 CcQ de son sens et de ses effets.

dans le principe fondamental de la religion islamique, selon lequel « *human welfare is the* sine qua non *of the* Sharī'ah »[259]. Chercher l'intérêt de l'enfant découle de ce principe de la *maslaha* (l'intérêt commun), ainsi que de celui de la nécessité (*ad-darûra*) faisant loi[260]. La *kafala* permet à une personne ou à une famille de recueillir un enfant, de l'élever, de lui donner éventuellement son nom, de le rendre successible, mais exclut, par essence, la rupture du lien de filiation préexistant. Ces effets étendus invitent à s'interroger sur la portée réelle du principe prohibitif. Une analyse plus approfondie de la loi en cause pourrait révéler que celle-ci n'interdit pas l'adoption, mais ne lui reconnaît pas les mêmes effets sur la filiation. Les usages, les coutumes et les pratiques *præter legem* du pays concerné permettent d'aller au-delà de ce sens premier et d'avoir une vision globale des tenants et aboutissants du système en cause.

Dans cette optique, il conviendra de prendre en considération la dimension volontariste de la filiation, incarnée dans la survivance d'une pratique ancienne s'apparentant à une adoption, celle de la reconnaissance de filiation. Par conséquent, l'adoption des enfants de filiation inconnue paraît échapper à la portée du principe prohibitif. Rien ne s'oppose en effet à l'attribution d'une filiation pour suppléer à une filiation défaillante. Comme nous l'avons observé, la technique a été de tout temps commodément employée pour construire un lien de filiation entre un enfant dépourvu d'ascendance et des parents prêts à le prendre en charge, à lui donner soins, amour et affection. En l'occurrence, reconnaître aux enfants *makfoul* une filiation légitime n'est contraire ni à la lettre ni à l'esprit de la loi personnelle de l'enfant. Quant aux enfants *makfoul* dont la filiation est établie, leur adoption ne saurait être systématiquement écartée non plus, dans la mesure où la *kafala*, qui comporte plusieurs variantes et qui est consacrée par de nombreuses législations, peut être considérée comme une adoption simple (filiation additive). Sur ce point, le caractère lacunaire du droit québécois a été maintes fois souligné en ce qui a trait à la mise en place de solutions de rechange à l'adoption plénière[261]. Or, une évolution législative semble perceptible à cet égard, dans la mesure où le Projet de loi n^{o} 113, actuellement à l'étude, propose « d'assortir l'adoption

259. Kutty, *supra* note 199 à la p 547.

260. Oubrou, *supra* note 207 à la p 26.

261. Voir par ex Carmen Lavallée, « La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en œuvre en droit québécois » (2005) 35 RDUS 357 à la p 374.

d'une reconnaissance des liens préexistants de filiation lorsqu'il est dans l'intérêt de l'enfant de protéger une identification significative à ses parents d'origine »[262].

Les considérations de l'équité peuvent en fin de compte commander de ne pas priver l'enfant d'une filiation dans diverses circonstances. La *kafala*, « solution de remplacement sans doute adaptée dans l'État d'origine, n'est pas plus universelle que ne l'est l'adoption elle-même et devient décalée dans nos sociétés occidentales bureaucratiques et très contrôlées »[263]. Faute de pouvoir être adopté, l'enfant se trouve dans une situation assez précaire, en ce qui concerne, notamment, son droit au séjour et le bénéfice des droits sociaux. Nous ne manquerons pas de relever à cet égard que le dogmatisme en matière de *kafala* jure avec la bienveillance dernièrement observée sur la question des « mères porteuses ». Il serait extrêmement paradoxal de permettre l'adoption d'un enfant conçu par une procréation assistée à l'étranger, une convention nulle en droit québécois[264], et, en même temps, de refuser à l'enfant *makfoul* le bénéfice d'une filiation offerte par la famille qui le recueille et prend soin de lui. Les deux institutions poursuivent *in fine* le même but : respecter le droit de l'enfant à une protection de remplacement. Permettre la consécration juridique du lien affectif va sans doute dans le sens de l'intérêt de l'enfant, qui est la considération primordiale en la matière. L'évolution que nous appelons de nos vœux s'inscrit parfaitement dans la récente jurisprudence tendant dorénavant à accorder des effets juridiques plus importants à une réalité sociale, notamment au « vécu » de la relation parent-enfant, qu'à une réalité purement biologique[265]. Pragmatisme, pluralisme et humanisme, s'agit-il d'un nouveau *credo* du droit québécois de l'adoption internationale? À suivre…

---

262. Projet de loi n^{o} 113, *supra* note 211 à la p 2.

263. Pierre Murat, « Le refus de la transformation en adoption » (2009) 1 Droit de la famille 37 à la p 41.

264. L'article 541 CcQ prévoit que « [t]oute convention par laquelle une femme s'engage à procréer ou à porter un enfant pour le compte d'autrui est nulle de nullité absolue ».

265. Voir Anne-Marie Savard, « Les tensions entre la nature et le droit; vers un droit de la filiation génétiquement déterminé? » (2013) 43:1 RGD 5.