

---

*Revue Juridique étudiante de l'Université de Montréal*



Volume 3 — 2017

---

*L'adoption d'enfants originaires des pays  
musulmans en France et au Québec*

Lissia Vathi

---



# L'adoption d'enfants originaires des pays musulmans en France et au Québec

Lissia Vathi\*

---

## Résumé

L'adoption internationale fait intervenir d'importantes questions de droit international privé, étant donné que la différence de nationalité entre l'adoptant et l'adopté constitue un élément d'extranéité qui engendre un conflit de lois dont la résolution s'avère délicate, particulièrement en ce qui concerne l'adoption, en France et au Québec, d'enfants originaires des pays musulmans, où cette institution est formellement prohibée. Face à ce constat, la présente contribution vise d'abord à dégager les fondements de l'interdiction religieuse d'adopter dans les pays d'obédience musulmane, ainsi que ceux de l'institution de la kafala qui consiste en une solution de rechange à l'adoption. Ce survol effectué, elle vise ensuite à examiner la place respective que les législateurs français et québécois accordent à la loi étrangère prohibitive des enfants originaires des pays musulmans au sein de leurs ordres juridiques respectifs.

## Abstract

International adoption involves important questions of private international law, considering that the difference in nationality between the adopter and the adoptee is a foreign element that can result in a conflict of laws, whose resolution may be fastidious, especially in regard to the adoption, in France and in Quebec, of children from Muslim countries, where this institution is generally formally prohibited. Considering this observation, the present article provides an overview on the religious prohibition on child adoption maintained in most Muslim countries, as well as on the institution of kafala, which represents the Islamic alternative to adoption for children deprived of parental care. It then examines how this foreign institution has been welcomed within the French and Quebec legal systems respectively.

---

\* Avocate et étudiante à la maîtrise en droit, option recherche (LL.M.), à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

## TABLE DES MATIÈRES

Introduction . . . . .	2
I. L'interdiction de l'adoption dans les pays d'obédience musulmane . . . . .	36
A. La prohibition de l'institution de l'adoption . . . . .	36
B. La solution de rechange à l'adoption : la <i>kafala</i> . . . . .	37
II. L'adoption d'enfants originaires des pays musulmans en France . . . . .	39
A. L'état de la situation avant la <i>Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale</i> . . . . .	41
1. L'état de la situation en ce qui concerne l'adoption des enfants dont le pays d'origine ignore l'institution telle qu'elle existe en France . . . . .	41
2. L'état de la situation en ce qui concerne l'adoption des enfants dont le pays d'origine prohibe formellement l'institution . . . . .	42
B. L'état de la situation après la <i>Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale</i> . . . . .	46
C. Les principales critiques auxquelles a été confrontée la <i>Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale</i> . . . . .	49
III. L'adoption d'enfants originaires des pays musulmans au Québec . . . . .	52
A. L'évolution de l'état du droit québécois des années quatre-vingt à aujourd'hui . . . . .	52
B. L'écart entre la théorie et la pratique : les deux décisions de la Cour d'appel . . . . .	59
Conclusion . . . . .	61

En tant qu'institution sociale fondamentale, l'adoption<sup>1</sup> permet de « créer, par jugement, un lien de filiation d'origine exclusivement volontaire, entre deux personnes qui, normalement, sont physiologiquement étrangères »<sup>2</sup>. Pratiquée d'abord à l'interne, l'adoption s'est considérablement développée à l'échelle internationale à compter de la fin de la Deuxième Guerre mondiale<sup>3</sup>. Érigée sur le principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'adoption, tant interne qu'internationale, est devenue non seulement un instrument privilégié de protection des enfants privés de leur milieu familial, en raison notamment des guerres, des catastrophes naturelles et de la pauvreté, mais également une alternative pour certains adultes cherchant à satisfaire leur besoin de parentalité<sup>4</sup>. Bien qu'à la fin des années 90 et au début des années 2000, l'adoption internationale ait connu, tant en France qu'au Québec, un essor remarquable dû au fait que le nombre d'enfants français et québécois, délaissés ou abandonnés, ne cessait au cours de ces années de décroître, en raison, notamment, de la maîtrise de la procréation et de la mise en place de régimes de prestations familiales pour les familles monoparentales ou à faibles revenus<sup>5</sup>, elle enregistre toutefois, depuis quelques années, une certaine décroissance qui se répercute à l'échelle mondiale<sup>6</sup>. Or, l'adoption internationale fait intervenir d'importantes questions de

1. Étymologiquement, « adopter » découle du latin *adoptare* qui signifie la faculté de choisir ou d'être choisi.
2. Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Association Henri Capitant, P.U.F., 1996, voir : « adoption ».
3. Carmen LAVALLÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption : Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, par. 145.
4. *Id.*
5. Alain ROY, *Droit de l'adoption*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, par. 128.
6. Au Québec, « [l']amélioration des conditions socio-économiques de certains pays d'origine et la mise en œuvre de la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, peuvent expliquer en partie la décroissance de l'adoption [internationale]. [Par ailleurs,] [l]es pays d'origine mettent [également] en place de nouvelles politiques et des mesures de soutien pour leurs parents biologiques entraînant ainsi une diminution des abandons d'enfants. [Au surplus,] [i]ls développent ou améliorent leur système de protection de l'enfance afin de favoriser une plus grande prise en charge des enfants au sein de leur pays. », MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *L'adoption internationale au Québec : Statistiques 2015*, p. 1, [Ressource électronique], en ligne : <<http://publications.msss.gouv.qc.ca/msss/fichiers/2015/15-116-09W.pdf>> (consulté le 24 janvier 2017).

droit international privé, étant donné que « [l]a différence de nationalité entre l'adoptant et l'adopté constitue un élément d'extranéité qui engendre un conflit de lois dont la résolution s'avère délicate »<sup>7</sup>, particulièrement en ce qui concerne l'adoption, en France et au Québec, d'enfants originaires des pays musulmans, où cette institution est formellement prohibée.

Devant ces conflits de lois, que certains auteurs qualifient de « conflits de civilisations »<sup>8</sup>, le présent texte vise d'abord à dégager les fondements de l'interdiction religieuse d'adopter dans les pays d'obédience musulmane, ainsi que de l'institution de la *kafala* qui consiste en une solution de rechange à l'adoption, visant la prise en charge légale d'un enfant mineur, qui n'altère toutefois en rien sa filiation biologique. Ce survol effectué, il vise ensuite à examiner la place respective que les législateurs français et québécois accordent à la loi étrangère prohibitive des enfants originaires des pays musulmans. Ce faisant, nous constaterons que les solutions législatives retenues, bien que respectueuses de la loi étrangère, rendent les enfants concernés « prisonniers » de leur loi personnelle, ce qui s'avère parfois malheureusement contraire à leur intérêt, en ce que cela les prive de la faculté d'être adoptés<sup>9</sup>.

## I. L'INTERDICTION DE L'ADOPTION DANS LES PAYS D'OBÉDIENCE MUSULMANE

### A. La prohibition de l'institution de l'adoption

L'adoption, telle que comprise dans les législations française et québécoise, est formellement prohibée dans les pays d'obédience musulmane en vertu des versets 4 et 5 de la sourate 33 du Coran<sup>10</sup>.

7. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 150.

8. Jorgen NIELSON, Felice DASSETTO, Brigitte MARÉCHAL, *Convergences musulmanes : aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, p. 78.

9. Cyril CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille-PUAM, 2001, par. 952 ; Harith AL-DABBAGH, *Recueil de textes du cours DRT 6805B (Droit international privé avancé)*, Montréal, Coop Droit, 2015, p. 598.

10. À ce sujet, voir : Denise HELLY, Valérie SCOTT, Marianne HARDY-DUSSAULT et Julie RANGER, « Droit familial et parties "musulmanes" : Des cas de *kafalah* au

Cette interdiction s'explique principalement par la conception qu'entretient la religion musulmane de la notion de filiation, qui, relevant de la volonté de Dieu, ne peut être délibérément altérée par « la seule volonté humaine »<sup>11</sup>. En effet, pour l'ensemble de la communauté des musulmans, « l'adoption est jugée “contre nature”, [en ce] qu'elle porte atteinte à l'équilibre de la famille biologique et brouille les règles successorales impératives »<sup>12</sup>. Cette prohibition est expressément prévue dans la plupart de leurs législations nationales, qui ne reconnaissent généralement que la filiation légitime<sup>13</sup>, sous réserve de quelques exceptions notables, à savoir la Tunisie, la Turquie, l'Indonésie, le Sénégal, le Mali et le Niger<sup>14</sup>.

## B. La solution de rechange à l'adoption : la *kafala*

La religion islamique, qui considère la prise en charge des orphelins comme étant un acte plus que vertueux, atténue toutefois cette prohibition par le biais de l'institution de la *kafala*, considérée comme étant une solution de rechange à l'adoption. Pouvant être traduite

---

Québec, 1997-2009 », (2011) 56-4 *McGill Law Journal* 1057, 1072 : « Sourate 33, Verset 4 : “Il [Allah] n'a pas fait [...] que vos fils adoptifs soient comme vos propres fils”. Sourate 33, Verset 5 : “Appelez-les (vos fils adoptifs) du (nom) de leurs pères, cela est plus juste auprès d'Allah. [...]” (*Coran*, traduit par E Monter, Genève à la p 530) ».

11. Marie-Christine LE BOURSICOT, « La *Kafâla* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation », (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 283, en ligne : <<http://droitcultures.revues.org/2138>> (consulté le 8 février 2017), par. 4.
12. 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 des études supérieures, Université de Montréal, 2011, p. 46.
13. À titre d'exemple, voir : *Code de la famille algérien*, art. 46 ; *Code de la famille marocain*, art. 149. À cet égard, il est important de souligner que le droit de la famille des pays musulmans est à tort considéré comme constituant un bloc monolithique et uniforme. En effet, dans ses applications contemporaines, cette branche de droit connaît une multitude de versions variant d'un pays musulman à l'autre, et cela est notamment perceptible en ce qui concerne leur manière d'aborder l'interdiction d'adopter. Pour une étude détaillée des règles de droit algériennes, marocaines, tunisiennes et libanaises relatives à cette interdiction, voir : J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 79 à 102.
14. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 98.

par les termes « recueil légal » ou « prise en charge »<sup>15</sup>, cette institution, qui vise fondamentalement à protéger l'enfant, s'apparente à « un transfert d'autorité parentale et consiste dans l'engagement [du recueillant ou *kafil*] de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur [*makfoul*] au même titre que le ferait un père pour son enfant »<sup>16</sup>. Cette mesure d'accueil légal est particulière, en ce qu'elle ne rompt pas le lien de filiation d'origine, et n'en établit d'ailleurs pas entre le *kafil* et le *makfoul*, et ce, peu importe l'état de sa filiation d'origine<sup>17</sup>. Selon certains auteurs, cette différence fondamentale, qui distingue la *kafala* de l'adoption, fait en sorte que ces deux institutions sont vraiment éloignées l'une de l'autre, la *kafala* se situant « bien plus proche d'une ordonnance de garde, de tutelle ou d'attribution d'autorité parentale »<sup>18</sup> que de l'adoption.

La *Convention relative aux droits de l'enfant*<sup>19</sup> de 1989, qui érige l'enfant en tant que sujet de droit à part entière et qui consacre le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>20</sup>, prévoit certaines dispositions relatives à l'adoption. En plus de considérer l'adoption comme étant une mesure de protection subsidiaire, envisageable dans la seule éventualité où il est impossible de maintenir l'enfant dans son milieu familial, sa communauté ou son pays d'origine<sup>21</sup>, cette convention reconnaît, par ailleurs, la *kafala* comme constituant une mesure de protection de remplacement pour l'enfant temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, au même titre que l'adoption, mais

15. Johanne CARRIER, « Commentaire sur la décision A. c. Québec (Procureur général) », *Repères*, 2007, EYB2007REP619, p. 3.

16. Serge BRAUDO, « Définition de l'adoption », *Dictionnaire de droit privé*, 2015, [Ressource électronique], en ligne : <<http://www.dictionnaire-juridique.com/definition/adoption.php>> (consulté le 8 février 2017). À ce sujet, voir aussi : *Code de la famille algérien*, art. 116.

17. J. CARRIER, préc., note 15, p. 3.

18. Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, « Règles spécifiques », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 168. Pour une revue exhaustive des conditions et des effets de la *kafala* en droit algérien et marocain, voir : J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 81 à 89 ; M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. 8 à 37.

19. *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. A.G. 44/25 Annexe, R.T.Can. 1992, n° 3 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990) [Convention de New York] (ci-après « C.D.E. »).

20. *Id.*, art. 3(1).

21. *Id.*, art. 21 al. b).



distincte de celle-ci<sup>22</sup>. Malgré le silence législatif de cet instrument international quant à la question de l'adoptabilité des enfants originaires des pays qui prohibent l'adoption, soulignons qu'il a été ratifié par l'ensemble des cinquante-sept États musulmans, bien qu'avec de nombreuses réserves et déclarations interprétatives, dont plusieurs semblent incompatibles avec l'objet et le but dudit traité<sup>23</sup>. La France et le Canada ont également tous deux, bien évidemment, ratifié cette convention<sup>24</sup>.

En matière d'adoption internationale, il y a également la *Convention internationale sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*<sup>25</sup> de 1993 dont l'objet est notamment d'établir des garanties spécifiques afin que l'adoption d'un enfant provenant d'un pays étranger s'effectue dans son intérêt supérieur et dans le respect de ses droits fondamentaux<sup>26</sup>. Or, cette convention ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation<sup>27</sup>, ce qui exclut évidemment la *kafala* de son champ d'application<sup>28</sup>. C'est donc sans étonnement que l'on constate que les pays musulmans n'ont pas ratifié cette convention, qui ne leur est conséquemment pas applicable, contrairement à la France et au Québec<sup>29</sup>.

---

22. *Id.*, art. 20. C'est à la suite d'une proposition de l'Égypte que l'institution de la *kafala* a été introduite dans la C.D.E. À ce sujet, voir : SONIA HARRIS-SHORT, « Listening to the "other"? The Convention on the rights of the child », (2001) 2 *Melb. J. Int'l L.* 304, 342-343.

23. C.D.E., art. 51(2); *Convention de Vienne sur le droit des traités*, 23 mai 1969, 155 R.T.N.U. 331 (entrée en vigueur le 27 janvier 1990), art. 19.

24. Sur l'applicabilité de la C.D.E. en droit interne français, canadien et québécois, voir : C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 180.

25. *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993, (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1995) (ci-après « Convention de La Haye »).

26. *Id.*, art. 1a).

27. *Id.*, préambule, par. 3 et par. 2(2).

28. L'institution de la *kafala* a toutefois été intégrée à la *Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, 19 octobre 1996 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002), art. 3 et 33. Or, jusqu'à maintenant, parmi les États musulmans, seul le Maroc a ratifié cette convention, qui, d'ailleurs, n'est toujours pas ratifiée par le Canada.

29. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 186. Voir également : *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.

## II. L'ADOPTION D'ENFANTS ORIGINAIRES DES PAYS MUSULMANS EN FRANCE

En France, depuis la grande réforme de 1996, il existe deux types d'adoption : l'adoption plénière et l'adoption simple, qui ne peuvent être prononcées que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi<sup>30</sup>. La première, régie par les articles 343 à 359 du *Code civil* français, implique la rupture totale du lien de filiation préexistant, conférant ainsi à l'adopté une nouvelle filiation irrévocable, qui se substitue à sa filiation d'origine<sup>31</sup>, et qui fait naître les mêmes droits et obligations que la filiation par le sang<sup>32</sup>. La seconde, régie par les articles 360 à 370-2 C.cv., ne rompt pas le lien de filiation préexistant de l'adopté<sup>33</sup>, lui permettant ainsi de rester dans sa famille d'origine et d'y conserver certains de ses droits, notamment ses droits successoraux<sup>34</sup> et alimentaires<sup>35</sup>, mais le soumettant cependant à l'autorité parentale exercée en exclusivité par l'adoptant<sup>36</sup>.

Jusqu'en 2001, le législateur français avait décidé de reléguer aux tribunaux la responsabilité de régler les questions de conflits de lois en matière d'adoption internationale. Les avis étaient partagés face à ce silence législatif ; alors que certains le déploraient et exigeaient que le législateur adopte enfin une règle de droit claire à cet égard, d'autres considéraient qu'il accordait un pouvoir discrétionnaire intéressant aux tribunaux, leur permettant d'établir un équilibre entre les principes de droit international privé et l'intérêt de l'enfant faisant l'objet de la demande d'adoption<sup>37</sup>. C'est dans un tel contexte que le législateur a décidé d'intervenir en promulguant une règle de conflit de lois, qui, en privilégiant le respect de la loi personnelle de l'enfant, s'avère parfois contraire à son intérêt<sup>38</sup>. À cet égard, il convient d'abord d'examiner les règles jurisprudentielles posées par

30. *Code civil* (ci-après « C.cv. »), art. 353, al. 1.

31. *Id.*, art. 356, al. 1 et 359.

32. *Id.*, art. 358.

33. *Id.*, art. 364, al. 1.

34. *Id.*, art. 364, al. 1.

35. *Id.*, art. 367.

36. *Id.*, art. 365, al. 1.

37. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, par. 155-156.

38. C. CHABERT, préc., note 9, par. 952 ; H. AL-DABBAGH, préc., note 9, p. 601.

la Cour de cassation, pour ensuite analyser la règle de conflit de lois adoptée par le législateur français.

## A. L'état de la situation avant la *Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*

### 1. *L'état de la situation en ce qui concerne l'adoption des enfants dont le pays d'origine ignore l'institution telle qu'elle existe en France*

La Cour de cassation a posé la première règle de conflit de lois dans l'arrêt *Torlet*<sup>39</sup>, dans lequel elle établit le domaine d'application de chacune des lois personnelles de l'adoptant et de l'adopté. Plus précisément, elle privilégie la loi nationale de l'adoptant, en spécifiant que celle-ci a vocation à régir les conditions et les effets de l'adoption, la loi nationale de l'adopté ne visant qu'à déterminer les conditions du consentement à l'adoption et à la représentation de l'adopté<sup>40</sup>. La Cour a également posé une règle matérielle à l'effet que le consentement à l'adoption d'un enfant étranger donné par les représentants légaux de celui-ci, ne prévoyant pas spécifiquement le type d'adoption en faveur duquel il est accordé, était valable tant pour l'adoption simple que plénière<sup>41</sup>. Il s'ensuit que la Cour de cassation, dans cet arrêt, privilégie distinctement la loi nationale de l'adoptant, au détriment de celle de l'adopté. Bien que cette décision ait été considérée comme étant judicieuse, la règle matérielle qu'elle a posée a été sévèrement critiquée, étant donné qu'elle permettait de passer outre à l'obligation d'obtenir un consentement libre et éclairé à l'adoption de la part des représentants légaux de l'enfant, et qu'elle diminuait considérablement la portée de la règle de conflit, en étant trop peu respectueuse à l'égard de la loi personnelle de l'enfant<sup>42</sup>.

39. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 1984, *Torlet*, D. 1985.459

40. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 151 ; J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 134. Il est à noter que la Cour de cassation, par le biais de cette première règle de conflit de lois qu'elle pose, ne fait pas une application distributive pure des lois en présence, qui aurait eu pour effet d'assujettir les conditions relatives à l'adopté à sa loi personnelle, et celles relatives à l'adoptant à la sienne.

41. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 nov. 1984, *Torlet*, D. 1985.459, note Poisson-Drocourt.

42. Elisabeth POISSON-DROCOURT, « L'adoption internationale », RCDIP 1987. 689.

Près de six ans plus tard, dans l'arrêt *Pistre*<sup>43</sup>, la Cour de cassation va expliciter davantage la règle matérielle qu'elle avait posée dans l'arrêt *Torlet*. Plus précisément, elle va spécifier que le contenu du consentement donné en vue de l'adoption d'un enfant étranger doit être apprécié sans égard à la loi nationale de celui-ci, le juge français devant prononcer l'adoption de l'enfant en fonction de la volonté expresse ou présumée de la personne habilitée à donner son consentement conformément à la loi nationale de l'adopté<sup>44</sup>. Cette décision a été accueillie de manière mitigée par les auteurs de doctrine qui, tout en soulignant le fait que ce jugement accordait plus de considération à l'égard de la volonté exprimée par les personnes pouvant consentir à l'adoption de l'enfant que ne le faisait l'arrêt *Torlet*<sup>45</sup>, notaient qu'elle continuait à témoigner peu de déférence à l'égard de la loi personnelle de l'adopté<sup>46</sup>. Or, étant donné que les arrêts *Torlet* et *Pistre* portaient, tous deux, sur l'adoption d'enfants étrangers dont la loi personnelle connaissait l'adoption, mais sous une forme différant de l'adoption plénière française, il était donc légitime de se demander si les principes établis par la Cour de cassation dans ces deux arrêts pouvaient également s'appliquer à la situation de l'enfant dont la loi personnelle prohibait formellement le recours à l'adoption, comme c'est notamment le cas dans les pays d'obédience musulmane.

## 2. *L'état de la situation en ce qui concerne l'adoption des enfants dont le pays d'origine prohibe formellement l'institution*

La doctrine était plus que partagée devant la question de l'application du raisonnement de la Cour de cassation à l'adoption des enfants dont la loi personnelle prohibe cette institution. En effet, si pour certains, cette manière de procéder était à éviter, étant donné qu'elle allait nécessairement engendrer des situations boiteuses, c'est-à-dire des situations où l'adoption prononcée en France, à l'encontre de la loi personnelle prohibitive de l'adopté, n'allait pas être reconnue

43. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1990, Gaz. Pal. 1990.482.

44. Françoise MONÉGER, « L'adoption plénière d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît que l'adoption simple », *Droit & Patrimoine* 2001. 121.

45. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 153-154.

46. Hélène GAUDEMET-TALLON, « Le droit français de l'adoption internationale », R.I.D.Comp. 1990 n° 2, p. 578.

dans le pays d'origine de celui-ci<sup>47</sup> ; pour d'autres, l'étendue de ce raisonnement s'imposait<sup>48</sup>, conformément à l'intérêt supérieur de ces enfants qui, pour la plupart, étaient abandonnés ou orphelins. Bien que les positions divergentes de la doctrine se reflétaient également au niveau des décisions rendues par les tribunaux inférieurs, les cours d'appel étaient généralement « plus [réticentes] à prononcer l'adoption, même simple, d'un enfant en provenance d'un pays dont le droit condamne formellement le recours à l'adoption que lorsque la loi personnelle de l'adopté ignore l'institution ou l'interdit dans certaines circonstances »<sup>49</sup>.

Étant donné que l'arrêt *Pistre* avait soulevé des difficultés importantes quant à la portée de la loi nationale de l'adopté, la Cour de cassation, devant cet imbroglio, a décidé d'explicitier sa position jurisprudentielle dans l'arrêt *Moreau*, où elle statue que le juge doit s'assurer que le consentement en vue de l'adoption d'un enfant étranger a été donné à bon escient, à la lumière de l'ensemble des effets que produit l'adoption en France, et, dans le cas de l'adoption plénière, de la rupture totale du lien de filiation préexistant et du caractère irrévocable de celle-ci<sup>50</sup>. La Cour de cassation n'a cependant pas saisi cette occasion pour se prononcer sur la possibilité de prononcer l'adoption plénière d'un enfant dont la législation nationale proscrit l'adoption. C'est près d'un an plus tard, dans l'arrêt *Fanthou*, qu'elle va finalement décider, à la lumière des principes jurisprudentiels qu'elle avait posés antérieurement, que deux époux français peuvent adopter un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, l'adoption<sup>51</sup> :

Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle ne connaît pas, ou prohibe, cette institution, à la condition qu'indépendamment de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, dans le cas de l'adoption plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens

47. Bruno STURLÈSE, « L'adoption d'enfants étrangers : réalités et perspectives juridiques », *Gaz. Pal.* 1989. 616.

48. C. LAVALLÉE, *préc.*, note 3, par. 155.

49. *Id.*

50. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, *Moreau*, D. 1995.202, note Poisson-Drocourt.

51. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 1995, *Fanthou*, D. 1995.544, note Larribeau-Terneyre.

entre le mineur et la famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine.<sup>52</sup>

Bien que la position de la Cour de cassation ait été vertement critiquée, étant donné qu'elle passait outre à la loi personnelle prohibitive<sup>53</sup>, elle avait toutefois le mérite de permettre à des enfants, dont la législation nationale les astreindrait à un statut précaire dans leur pays d'origine, de bénéficier d'une filiation adoptive et de tous les avantages en découlant, au même titre que les enfants français<sup>54</sup>. Ce faisant, plusieurs juges, en prenant en considération l'intérêt de l'enfant, ont conséquemment converti des ordonnances de *kafala* en jugements d'adoption, nonobstant les adoptions boiteuses qui en résultaient. Malgré les nombreuses critiques dont la position de la Cour de cassation a fait l'objet, le législateur français a tout de même décidé de ne pas intervenir, et d'ainsi laisser aux juges la responsabilité de veiller à régler, au cas par cas, la question de l'adoption des enfants de statut personnel prohibitif<sup>55</sup>.

À partir de ce moment, la Cour de cassation a apporté quelques précisions au principe qu'elle avait posé dans l'arrêt *Fanthou*. Dans un premier temps, dans l'arrêt *Lorre*, elle statuait que l'autorité publique marocaine, représentant légal de l'enfant de statut personnel prohibitif, n'était pas habilitée à consentir à l'adoption de celui-ci<sup>56</sup>. Cette solution ne pouvait que s'imposer dans les circonstances. En effet, étant donné que l'autorité publique puise ses pouvoirs dans sa

52. M.-C. LE BOURSIOT, préc., note 11, par. 56. La position adoptée par la Cour de cassation dans cet arrêt a été vertement critiquée en raison du fait que le consentement à l'adoption de l'enfant visé par la demande d'adoption, né de parents inconnus et confié à une autorité publique étrangère, avait été donné par un juge du Tribunal de Rabat, qui ne pouvait pas consentir à une telle adoption, étant donné que la *lex auctoris*, de laquelle il tire ses prérogatives, prohibe l'adoption.

53. Bernard AUDIT, « Un enfant ne peut faire l'objet d'une adoption plénière si sa loi personnelle ne connaît pas cette institution », D. 2002. 1400

54. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 158.

55. Remontant à l'Antiquité, la notion de « statut personnel » recouvre « généralement l'ensemble des droits – et des devoirs – attachés à la personne, c'est à dire cette branche du droit que l'on désigne couramment en Occident par le droit des personnes et de la famille ». Marc AOUN, « Origines et fondements historiques des “statuts personnels” », dans Marc AOUN (dir.), *Les statuts personnels en droit comparé : Évolutions récentes et implications pratiques*, Leuven, Peeters, 2009, p. 11.

56. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, *Lorre*, JCP 1997, éd. G., II.22916.

*lex auctoris*, qui interdit l'adoption, elle ne peut donc pas consentir à l'adoption d'un enfant placé sous sa protection<sup>57</sup>. Suite à cet arrêt, certains ont souligné que la haute juridiction française s'était montrée « plus royaliste que les agents du souverain étranger, en fait complaisants »<sup>58</sup>. Toutefois, la Cour de cassation va, à peine quelques mois plus tard, procéder à un revirement jurisprudentiel dans l'arrêt *Lenoir*, dans lequel elle va valider l'adoption simple d'un enfant marocain, sans filiation établie, dont le consentement à l'adoption avait été donné par un tribunal marocain, et ce, indépendamment des dispositions prohibitives de la loi personnelle de l'enfant<sup>59</sup>, revenant ainsi à la position initiale qu'elle avait adoptée dans l'arrêt *Fanthou*. Ce faisant, la Cour fait une distinction purement injuste et discriminatoire entre les enfants dont la filiation est établie, pour lesquels les parents biologiques peuvent consentir à l'adoption, et les enfants dont aucune filiation n'est établie, pour lesquels les autorités publiques étrangères n'ont pas le pouvoir de consentir à l'adoption, en raison de l'interdiction prévue par leur loi nationale<sup>60</sup>. Le raisonnement de la Cour est d'autant plus critiquable que la quasi-totalité des pays d'obédience musulmane prohibe purement et simplement l'adoption, et ce, peu importe si la filiation d'un enfant est établie ou pas<sup>61</sup>.

Ce retour sur les arrêts les plus importants rendus par la Cour de cassation permet de constater qu'avant l'intervention du législateur français, le statut personnel prohibitif de l'enfant ne constituait pas un empêchement à son adoption, puisque les tribunaux se bornaient seulement à vérifier la validité du consentement à l'adoption, et ce, peu importe qu'il eût été donné par une autorité privée ou publique<sup>62</sup>. Ce faisant, la Cour de cassation « [semblait donc] s'être éloignée de la règle de conflit de lois qu'elle avait énoncée au profit d'une règle matérielle : celle du consentement libre et éclairé »<sup>63</sup>, qui s'avérait être plus en conformité à l'intérêt de l'enfant que ne l'était le respect de sa loi personnelle.

57. C. CHABERT, préc., note 9, par. 958.

58. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 1997, RCDIP 1998.437, note Muir-Watt.

59. *Id.*, p. 435.

60. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 158.

61. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 1997, JCP 1998 éd. G., II.10186.

62. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 135.

63. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 161.

Toutefois, la Chancellerie, voulant respecter les engagements internationaux auxquels elle avait souscrit<sup>64</sup>, et étant totalement en désaccord avec la « jurisprudence erratique »<sup>65</sup> de la Cour de cassation, a finalement décidé d'intervenir en émettant la Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale, précitée, qui a eu l'effet d'une véritable bombe, en renversant complètement la position de la plus haute juridiction française<sup>66</sup>. Cette circulaire, destinée aux parquets et à l'ensemble des magistrats des cours et des tribunaux, a été crûment critiquée, étant donné qu'elle prévoyait désormais l'interdiction formelle d'adopter un enfant dont la loi personnelle prohibait cette institution, et ce, peu importe les consentements recueillis en faveur d'une telle adoption<sup>67</sup>. Ce faisant, en respectant les directives édictées dans la circulaire, certains magistrats ont tranquillement commencé à rejeter des demandes d'adoption, alors que d'autres, notamment ceux des cours d'appel, ont continué à appliquer les principes établis par la Cour de cassation, qui a elle-même réitéré sa propre position<sup>68</sup>, soulignant avec raison le fait que ladite circulaire était dépourvue de tout caractère réglementaire<sup>69</sup>. Face à cette instabilité juridique, certains requéraient ardemment une intervention législative qui viendrait clarifier la règle de droit.

## B. L'état de la situation après la *Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*

Réitérant son souci de respecter l'esprit et les objectifs des conventions internationales auxquelles il avait préalablement souscrit, et d'accorder plus de déférence aux ordres juridiques étrangers, le législateur français a finalement décidé d'intervenir en adoptant la *Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*<sup>70</sup>, qui,

64. *Circulaire relative à l'adoption internationale*, JO 2 avril 1999, p. 4930, art. 1.2.1.2. La circulaire reconnaît que l'interdiction d'adopter des enfants de statut personnel prohibitif est notamment motivée par le fait que la France doit respecter les instruments internationaux qu'elle a ratifiés, à savoir la C.D.E. ainsi que la Convention de la Haye.

65. M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. 58.

66. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 136.

67. *Circulaire relative à l'adoption internationale*, préc., note 64, art. 1.2.1.2.

68. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 2000, Juris-Data n° 006098.

69. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 136-137.

70. *Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*, JO 8 fév. 2001, p. 2136. Cette loi a introduit les articles 370-3 à 370-5 au *Code civil*.



essentiellement, renverse complètement la position jurisprudentielle de la Cour de cassation, en ce qui concerne l'adoption d'enfants de statut personnel prohibitif<sup>71</sup>. D'abord, l'alinéa premier du nouvel article 370-3 C.cv., introduit suite à la promulgation de cette loi, prévoit que les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par des époux, à la loi qui régit les effets de leur union, qui, selon la jurisprudence, s'avère être leur loi nationale commune ou, à défaut, la loi de leur domicile commun<sup>72</sup>. Ainsi, dans l'éventualité où la loi nationale de l'un et l'autre des époux interdit l'adoption, celle-ci ne pourra donc pas être prononcée à leur égard<sup>73</sup>. Ensuite, le second alinéa, reprenant le principe édicté dans la circulaire, énonce que « [l']adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France »<sup>74</sup>. L'exception prévue à cet alinéa, qui instaure une discrimination entre les enfants nés à l'étranger et ceux nés en sol français, a été justifiée par le fait que ces derniers vont continuer à y vivre et, éventuellement, acquerront la nationalité française<sup>75</sup>. Toutefois, considérant le fait que la France demeure, à ce jour, le pays qui souhaite adopter le plus d'enfants de statut personnel prohibitif, provenant de l'Algérie ou du Maroc, il importe de souligner que, bien que « [l]e texte voté se veut respectueux des relations interétatiques, [...] cette considération semble [toutefois] l'emporter sur l'intérêt des enfants abandonnés qui n'ont pas eu la "chance" de naître en France »<sup>76</sup>. Enfin, le troisième alinéa de l'article 370-3 C.cv. prévoit que les tribunaux français peuvent prononcer l'adoption plénière d'un enfant, et ce, même si sa loi per-

71. M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. 62 : suite à l'adoption de la Loi n° 2001-111 du 6 février 2001, plusieurs auteurs de doctrine ont souligné qu'en adoptant cette loi, le législateur français avait « sacrifié les enfants abandonnés sur l'autel de la diplomatie ».

72. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 avril 1953, Rivière.

73. Cette prohibition constitue la codification d'un principe préalablement établi par la Cour de cassation. Ce faisant, un couple formé de deux Marocains, domiciliés en France, ne pourrait pas adopter un enfant, alors que celui formé d'une Française et d'un Marocain le pourrait, bien que, dans cette dernière éventualité, l'adoption sera boiteuse puisqu'elle ne sera pas reconnue dans le pays d'origine du parent de statut personnel prohibitif. Sur le sujet, voir : Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *Defrénois* 2000.11.699, note Revillard.

74. C.cv., art. 370-3, al. 2.

75. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 167.

76. *Id.*

sonnelle ne connaît pas ce type d'adoption, sous réserve d'obtenir le consentement libre et éclairé de son représentant légal sur les effets de l'adoption plénière française, notamment sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation d'origine. Dans tous les cas, les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux prévus par la loi française<sup>77</sup>.

Suivant l'adoption de la Loi du 6 février 2001, les tribunaux inférieurs et les cours d'appel ont démontré une certaine réticence face à l'application de cette loi. Dans de nombreuses décisions, les juges français ont donc continué à prononcer l'adoption simple d'enfants recueillis sous *kafala* par des familles françaises<sup>78</sup>. Toutefois, pour mettre un terme à cette opposition, le Procureur général a décidé de former, auprès de la Cour de cassation, deux pourvois dans l'intérêt de la loi à l'encontre de deux arrêts rendus par des cours d'appel différentes, qui prononçaient l'adoption simple de deux enfants de nationalité marocaine et algérienne, nés respectivement au Maroc et en Algérie, et recueillis en France suite à des ordonnances de *kafala*<sup>79</sup>. Le 10 octobre 2006, la Cour de cassation casse ces deux arrêts, en précisant que la *kafala* ne constitue pas une adoption et que, conséquemment, l'adoption de ces enfants, dont la législation nationale interdit l'adoption, ne pouvait pas être prononcée en raison de la règle prohibitive prévue au deuxième alinéa de l'article 370-3 C.cv.<sup>80</sup> Depuis ces deux arrêts, il ne fait désormais plus aucun doute qu'en France, la *kafala* ne peut être assimilée ni à l'adoption simple ni à l'adoption plénière, et que l'article 370-3 C.cv. doit être appliqué de manière stricte par les tribunaux français<sup>81</sup>. Ce faisant, les personnes qui se font confier un enfant suite à une ordonnance de *kafala* se voient généralement attribuer soit une délégation d'autorité parentale, soit une tutelle<sup>82</sup>. Or, selon certains, aucune de ces deux institutions ne permet d'appréhender l'esprit véritable de la *kafala*<sup>83</sup>.

77. C.cv., art. 370-4.

78. M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. 64.

79. *Id.*

80. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2006, Juris-Data, n° 2006-035303 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 10 oct. 2006, Juris-Data n° 2006-035302.

81. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 140.

82. *Id.*, p. 139.

83. Pour une revue des distinctions qui existent entre ces différentes institutions, voir : M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. 45 à 50.

Récemment, la position de la Cour de cassation a été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Harroudj c. France*<sup>84</sup>, qui a approuvé un arrêt rendu par la haute juridiction française, dans lequel celle-ci avait refusé de prononcer l'adoption plénière d'un enfant recueillie sous *kafala*, née en Algérie et sans filiation établie<sup>85</sup>. Dans sa décision, la Cour européenne souligne, après avoir procédé à une étude de droit comparé de la législation interne de vingt-deux États dont la population est majoritairement musulmane, ou dont les communautés musulmanes sont particulièrement importantes, qu'aucun de ces États n'assimile la *kafala* à une adoption<sup>86</sup>. Ce faisant, elle note que la prohibition de prononcer l'adoption d'un enfant recueilli sous *kafala*, en application de la règle de conflit de lois prévue au second alinéa de l'article 370-3 C.cv., n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, et ne constitue pas une différence de traitement fondée sur l'origine nationale de l'enfant, ni une violation au droit des parties de mener une vie familiale normale<sup>87</sup>. Par ailleurs, la Cour souligne que le droit français prévoit deux voies d'assouplissement à cette prohibition législative. D'une part, il écarte explicitement la règle de conflit de lois dans le cas d'un mineur né et résidant habituellement en France<sup>88</sup>. D'autre part, il permet, en vertu de l'article 21-12 C.cv., de contourner cette règle de conflit par le biais du droit accordé à l'enfant recueilli sous *kafala* d'obtenir la nationalité française, et d'ainsi pouvoir être adopté par la personne de nationalité française qui l'a recueilli et élevé en France depuis au moins cinq années<sup>89</sup>. En effet, à partir du moment où l'enfant est naturalisé, la loi française lui est applicable, ce qui le

84. *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, CEDH, Requête n° 43631/09 (Cour européenne des droits de l'homme).

85. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 fév. 2009, Gaz. Pal. 2009.276.14, pourvoi n° 08-11033.

86. *Harroudj c. France*, préc., note 84, par. 21 et 48.

87. *Id.*, par. 51, 52 et 55. Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la prohibition énoncée par le second alinéa de l'article 370-3 C.cv. ne contrevient pas aux articles 8 et 14 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n° 5 (entrée en vigueur le 3 septembre 1953).

88. C.cv., art. 370-3, al. 2. Certains ont avancé que cette exception pourrait inciter les futurs adoptants à détourner la prohibition législative, notamment en finançant le voyage à une ressortissante étrangère, dont la loi nationale interdit l'adoption, afin que celle-ci vienne accoucher en France pour ensuite y abandonner son enfant.

89. C.cv., art. 21-12, al. 3(3).

rend conséquemment adoptable<sup>90</sup>, et soumet l'adoption aux seules conditions prévues par la loi française<sup>91</sup>. Enfin, il est également possible d'ajouter à ces voies d'assouplissement le fait qu'en vertu du second alinéa de l'article 370-3 C.cv. *a contrario*, l'interdiction d'adopter ne s'applique pas aux majeurs dont la loi personnelle prohibe cette institution. Au regard de tout ce qui précède, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé « qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, [la France], qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre »<sup>92</sup> entre les différents intérêts en présence.

### C. Les principales critiques auxquelles a été confrontée la Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale

Par le biais de la Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, le législateur français a essentiellement voulu éviter l'imposition unilatérale de la conception française de la filiation à des États étrangers qui ont un entendement différent de ce lien de droit, respecter la teneur prohibitive de la loi personnelle du mineur étranger, et prévenir la formation de statuts juridiques boiteux<sup>93</sup>. Or, ce faisant, le législateur a rendu les enfants concernés « prisonniers » de leur loi personnelle, ce qui peut s'avérer malheureusement contraire à leur intérêt, en ce que cela les prive de la faculté d'être adoptés<sup>94</sup>, d'autant plus que les enfants qui sont les plus affectés par cette interdiction sont ceux qui sont abandonnés et sans filiation établie<sup>95</sup>. En effet, alors qu'en Algérie et au Maroc les structures d'accueil, qui

90. *Harroudj c. France*, préc., note 84, par. 51. À ce sujet, voir : M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. Cette manière de procéder a été approuvée par le Garde des Sceaux, qui, dans une réponse ministérielle datée du 21 août 2008, soulignait que « dès lors que l'enfant a été élevé pendant cinq ans en France par des Français, la nationalité française peut lui être accordée selon les conditions fixées par l'article 21-12 du Code civil. La loi française lui étant applicable, l'enfant devient adoptable. »

91. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 167.

92. *Harroudj c. France*, préc., note 84, par. 51.

93. C. CHABERT, préc., note 9, par. 952.

94. *Id.* ; H. AL-DABBAGH, préc., note 9, p. 598.

95. H. AL-DABBAGH, préc., note 9, p. 602.

abondent d'enfants abandonnés ou orphelins, se heurtent à d'importants problèmes financiers et humains, le législateur français a décidé d'interdire l'adoption de ces enfants, voués à un avenir incertain dans leur pays d'origine, et, du même coup, de les priver d'un milieu familial permanent nécessaire à l'épanouissement<sup>96</sup>. Au surplus, en privant systématiquement les enfants musulmans du bénéfice de l'adoption, lorsqu'ils sont par ailleurs déjà recueillis en France, « il semble bien difficile de considérer que l'intérêt de l'enfant impose le respect de la teneur prohibitive de sa loi nationale au détriment de la possibilité qu'offre la loi du milieu d'accueil de s'intégrer pleinement à un foyer local »<sup>97</sup>. Il ressort donc de ce qui précède qu'en ne considérant pas l'intérêt supérieur de ces enfants comme étant une considération primordiale, le législateur français contrevient à l'article 3(1) C.D.E., qui est directement applicable en droit français<sup>98</sup>. Or, en considérant les solutions envisagées par les autres législations européennes, il est dorénavant possible de considérer un certain assouplissement de la règle prohibitive française.

Aujourd'hui, la France est le seul pays européen à toujours prévoir, dans son droit interne, l'interdiction du prononcé de l'adoption d'un enfant dont la loi personnelle prohibe cette institution<sup>99</sup>. En effet, les lois belge<sup>100</sup>, espagnole<sup>101</sup> et suisse<sup>102</sup> permettent toutes de prononcer, sous réserve de certaines conditions, l'adoption d'enfants régulièrement recueillis sous *kafala*<sup>103</sup>. C'est ce qui incite de nombreuses personnes à fortement militer en faveur de l'abrogation du second alinéa de l'article 370-3 C.cv., qui est considéré comme étant un « véritable recul dans la prise en compte de l'intérêt des enfants »<sup>104</sup> faisant l'objet d'une *kafala*, qui se trouvent face à un vide juridique,

96. *Id.*, p. 601 ; *Convention de La Haye*, préc., note 25, préambule, par. 2 et 4.

97. Horatia MUIR-WATT, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », (1999) *Rev. Int. Droit int. Privé*, 469.

98. H. AL-DABBAGH, préc., note 9, p. 601.

99. M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. 76.

100. *Code civil belge*, art. 361-5.

101. *Code civil espagnol*, art. 9, al. 5.

102. *Loi fédérale sur le droit international privé*, art. 77.

103. M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 11, par. 76 ; J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 143-144.

104. FRANCE, Défenseur des enfants, *Rapport annuel du défenseur des enfants au Président de la République et au Parlement* (par Claire Brisset), 2004, p. 166.

en n'étant « ni protégés par la *kafala* de leur pays d'origine, ni par la protection entière découlant du régime d'adoption de leur pays d'accueil »<sup>105</sup>. Cette situation d'insécurité juridique a notamment été critiquée dans deux rapports de 2004 et 2005, et dans un avis de 2007, par le Défenseur des enfants et le Conseil supérieur de l'adoption, qui soulignaient les difficultés administratives relatives à l'obtention d'un visa ou à l'accès aux droits sociaux auxquelles était confronté l'enfant recueilli en *kafala*, causées principalement en raison de l'absence de lien de filiation entre l'enfant et le recueillant<sup>106</sup>. Également, en 2010, en plus de convier le législateur français à réexaminer la question de la *kafala*, le Médiateur de la République lui a aussi proposé de permettre *a minima* de prononcer l'adoption simple des enfants recueillis en vertu d'une *kafala* judiciaire<sup>107</sup>, étant donné les similitudes existant entre ces deux institutions<sup>108</sup>, mais dont l'équivalence a été à maintes reprises rejetée par les tribunaux et la doctrine<sup>109</sup>. Par ailleurs, bien qu'il n'existe aucun droit à l'adoption, il importe de souligner que l'interdiction d'adopter, imposée aux couples dont la loi nationale de l'un et l'autre des époux prohibe une telle institution, est elle aussi critiquée, certains ne voyant pas pourquoi il ne leur serait pas possible d'exclure cet interdit religieux, alors qu'ils résident en sol français<sup>110</sup>. Or, malgré toutes les critiques auxquelles fait face la loi française, qui a toutefois le mérite de poser une règle claire de conflit de lois, il reste qu'aujourd'hui, les enfants musulmans de statut personnel prohibitif ne peuvent pas être adoptés en France. Voyons maintenant ce que prévoit la loi québécoise relativement à l'adoption de ces enfants.

105. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 145.

106. *Harroudj c. France*, préc., note 84, par. 27.

107. *Id.*

108. Sur les similitudes qui existent entre la *kafala* et l'adoption simple, voir : H. AL-DABBAGH, préc., note 9, p. 600. Sur le sujet, voir également : C. CHABERT, préc., note 9, par. 991 à 1011. Selon cet auteur, « [l]e prononcé en France d'une adoption simple est un moyen de sortir d'une situation de blocage logique. » En effet, en ayant recours à la théorie de l'équivalence, cet auteur souligne que l'adoption simple d'un enfant serait envisageable notamment lorsque la *kafala* prononcée à l'étranger est assortie d'une transmission de nom, ou de l'octroi d'un don ou d'un legs du *kafil* au *makfoul*.

109. Sur les différences qui existent entre la *kafala* et l'adoption simple, voir : H. AL-DABBAGH, préc., note 9, p. 600.

110. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 144.

### III. L'ADOPTION D'ENFANTS ORIGINAIRES DES PAYS MUSULMANS AU QUÉBEC

Au Québec, sous l'influence de la *common law*, qui ne reconnaît que l'adoption plénière<sup>111</sup>, l'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine<sup>112</sup>, et fait naître les mêmes droits et obligations que la filiation par le sang<sup>113</sup>. Ce faisant, l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine, sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile<sup>114</sup>. Il importe de souligner que l'adoption est régie par le *Code civil du Québec*<sup>115</sup> ainsi que par la *Loi sur la protection de la jeunesse*<sup>116</sup>.

#### A. L'évolution de l'état du droit québécois des années quatre-vingt à aujourd'hui

En droit québécois, jusque dans les années 1980, les règles en matière de droit international privé étaient plutôt rares. En l'espèce, en l'absence de textes de loi explicites, les tribunaux, en matière d'adoption internationale, appliquaient la loi du *for*<sup>117</sup>, ce qui avait donné lieu à certains abus, particulièrement dans les pays en voie de développement, où certains parents avaient été contraints de consentir à l'adoption de leurs enfants<sup>118</sup>. C'est en 1981 que la Cour suprême du Canada est venue combler ce silence législatif dans l'arrêt *Paquette*

111. D. HELLY, V. SCOTT, M. HARDY-DUSSAULT et J. RANGER, préc., note 10, p. 1077.

112. *Code civil du Québec*, RLRQ, c. C-1991 (ci-après « C.c.Q. »), art. 577, al. 1.

113. *Id.*, art. 578, al. 1.

114. *Id.*, art. 577, al. 2 et 579, al. 1.

115. *Id.*, art. 543-584 et 3092.

116. *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1 (ci-après « L.p.j. »), art. 71.4-71.15.

117. *Loi sur l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64. Employée en droit international privé, « qui est d'ailleurs la seule discipline où se rencontre la notion de *lex fori*, on appelle "loi du for" la loi du tribunal saisi. L'expression trouve son origine dans le mot latin *forum* – lequel signifie au sens figuré *place* ou *tribunal*. En d'autres termes, il s'agit de la loi qui coïncide avec celle du pays dans lequel le tribunal siège. Toutefois, le vocabulaire ne doit pas être trompeur : l'expression, qui est traduite par "loi du for" ou "loi du juge saisi", équivaut [au Québec] – mais cela vaut pour chaque pays – à la "loi [québécoise]" ou, plus largement, au "droit [québécois]" ». Peggy CARLIER, *L'utilisation de la lex fori dans la résolution des conflits de lois*, thèse de doctorat, Lille, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Lille II – Droit et santé, 2008, p. 17, n° 5.

118. G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 18, par. 281.

c. *Galipeau*<sup>119</sup>, dans lequel elle souligne qu'en matière d'adoption internationale, « les conflits de lois quant aux conditions de fond de l'adoption [doivent] être résolus par l'application cumulative de la loi de l'adoptant et de celle de l'adopté »<sup>120</sup>. Or, deux ans plus tard, lors de l'introduction des premières règles relatives à l'adoption internationale<sup>121</sup>, en vertu desquelles le législateur québécois voulait « améliorer la sécurité juridique des adoptants et des adoptés en clarifiant les règles de droit applicables en [la] matière »<sup>122</sup>, celui-ci a décidé d'écarter la position adoptée par la Cour suprême, et de poser le principe selon lequel, dans le cas de l'adoption d'un enfant domicilié hors du Québec, les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant étaient celles que prévoyait la loi de son domicile<sup>123</sup>. Ce principe a été repris à l'article 3092 C.c.Q., qui énonce une règle bilatérale en matière d'adoption, et qui prévoit, par ailleurs, que les effets de l'adoption sont soumis à la loi du domicile de l'adoptant<sup>124</sup>. Bien que cet article ne prévoie pas explicitement les conditions auxquelles doivent satisfaire les adoptants, il ne fait maintenant plus aucun doute qu'il s'agit de celles prévues par la loi de leur domicile, étant donné que l'adoption constitue une question d'état<sup>125</sup>. L'article 565 C.c.Q. prévoit, par ailleurs, que l'adoption d'un enfant domicilié hors du Québec doit être prononcée soit à l'étranger, soit judiciairement au Québec. La décision prononcée à l'étranger doit obligatoirement faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire pour produire ses effets au Québec, sauf si elle est certifiée conforme à la Convention de La Haye de 1993 par l'autorité

---

119. *Paquette c. Galipeau*, [1981] 1 R.C.S. 29.

120. *Id.*, p. 36.

121. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives concernant l'adoption*, L.Q. 1983, c. 50.

122. *Droit de la famille – 2954*, [1998] R.J.Q. 1317 (C.Q.), p. 1320.

123. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives concernant l'adoption*, préc., note 121, art. 2.

124. C.c.Q., art. 3092, al. 2.

125. Gérald GOLDSTEIN, « Une lecture critique des règles relatives à l'adoption en droit international privé québécois », (2010) 69 *R. du B.* 57, 69. À ce sujet, voir : *Droit de la famille – 2906*, [1998] R.D.F. 370, 372 (C.Q.) : « Quant aux exigences relatives aux requérants [adoptants], elles sont prévues dans la loi de leur domicile, en l'occurrence le Québec [citation des articles 563 à 565 C.c.Q.] ». À cet égard, il est utile de souligner que le domicile des adoptants est celui auquel renvoie l'article 75 du C.c.Q.



compétente de l'État qui l'a rendue<sup>126</sup>. Conformément à ce dernier article, les requérants québécois ont emprunté deux voies distinctes dans le but d'adopter les enfants qu'ils avaient recueillis à l'étranger sous *kafala*, soit demander la reconnaissance judiciaire de la *kafala* à titre de jugement d'adoption<sup>127</sup>, soit demander l'assimilation de la *kafala* à une tutelle<sup>128</sup> ou à une ordonnance de placement<sup>129</sup> dans le but d'enclencher des procédures d'adoption interne<sup>130</sup>.

Or, pour faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire, il est fondamental que la décision étrangère puisse être assimilée à un acte d'adoption<sup>131</sup>, dont l'effet est d'établir un nouveau lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté<sup>132</sup>. Or, comme il l'a été souligné à maintes reprises, au niveau juridique, l'institution de la *kafala*, qui s'apparente plutôt à une ordonnance de garde, de tutelle ou d'attribution d'autorité parentale, ne peut être assimilée à une adoption<sup>133</sup>. Conséquemment, « [l]e titulaire d'une *kafala* prononcée à l'étranger ne [pourra] donc [pas] [...] se prévaloir des dispositions du Code civil sur la reconnaissance des décisions étrangères, mais il pourra néanmoins invoquer au Québec les attributs de l'autorité parentale qui lui ont été dûment conférés par les autorités étrangères »<sup>134</sup>.

Par ailleurs, l'adoption de l'enfant né à l'étranger ne peut être prononcée au Québec que si elle est dans son intérêt et qu'elle respecte les conditions édictées par la loi<sup>135</sup>. De plus, ce jugement d'adoption doit obligatoirement être précédé d'une ordonnance de placement

126. C.c.Q., art. 565.

127. À titre d'exemple, voir : ZZE (*Dans la situation de*), [2006] R.D.F. 193 (C.Q.).

128. À titre d'exemple, voir : A. c. Québec (*Procureur général*), [2007] R.D.F. 528 (C.S.).

129. À titre d'exemple, voir : *Droit de la famille* – 3403, B.E. 99BE-1033 (C.Q.), inf. par [2000] R.J.Q. 2252 (C.A.) ; A.M.B. (*Dans la situation d'*), [2002] R.J.Q. 1161 (C.Q.).

130. D. HELLY, V. SCOTT, M. HARDY-DUSSAULT et J. RANGER, préc., note 10, 1079-1080.

131. A. Roy, préc., note 5, par. 172.

132. *Id.*, par. 13.

133. *Id.*, par. 172. Sur le sujet, voir également : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 18, par. 282.

134. *Id.*, À ce sujet, voir : ZZE (*Dans la situation de*), préc., note 127, par. 31, 49, 66 et 69. Toutefois, le titulaire d'une *kafala* prononcée à l'étranger est cependant en droit de demander à la Cour supérieure, en vertu des articles 3141, 3155 et 3164 C.c.Q., de reconnaître judiciairement un jugement de *kafala* émanant d'un tribunal étranger. Voir également : A. c. Québec (*Procureur général*), préc., note 128 ; M.S. c. Québec (*Procureur général*), [2009] R.D.F. 644 (C.S.).

135. C.c.Q., art. 543.

de l'enfant<sup>136</sup>, qui est présentée conjointement par l'adoptant, ou les adoptants, et par le directeur de la protection de la jeunesse<sup>137</sup>. Avant de prononcer l'ordonnance de placement, le tribunal s'assure que l'enfant visé par la procédure est « objectivement adoptable »<sup>138</sup>, c'est-à-dire que les conditions de l'adoption ont été remplies et que les consentements requis ont été valablement donnés au regard de la loi du domicile de l'enfant, en vue d'une adoption qui a pour effet de lui conférer une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine<sup>139</sup>, et ce, « peu importe que le droit interne du pays d'origine de l'enfant reconnaisse ou non de tels effets à l'adoption, étant entendu que les effets de l'adoption sont soumis, en droit québécois, à la loi du domicile de l'adoptant. »<sup>140</sup> Ce faisant, étant donné que les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant sont régies par le droit étranger, le tribunal a l'obligation de prendre connaissance de ce droit<sup>141</sup>, même de nature coutumière<sup>142</sup>, et ce, nonobstant l'article 2809 C.c.Q.<sup>143</sup>, qui est inapplicable en matière

136. *Id.*, art. 565.

137. L.p.j. art. 71.9, al. 1 ; *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25, art. 825 ; *Règlement sur l'adoption internationale*, (1987) 119 G.O. II, 5345 [c. P-34.1, r. 001], art. 7.

138. A. Rox, préc., note 5, par. 162.

139. C.c.Q., art. 568, al. 1et 577, al. 1.

140. A. Rox, préc., note 5, par. 164.

141. À ce sujet, voir : *Droit de la famille – 2906*, préc., note 125, p. 373 : « Selon la règle générale, la partie qui veut appliquer le droit étranger doit l'alléguer et même si le juge peut en prendre connaissance d'office, elle peut être tenue d'en faire la preuve. Si le droit étranger n'est pas allégué ou que sa teneur n'est pas établie, la Cour pourra appliquer le droit en vigueur au Québec. En matière d'adoption, il existe une exception à cette règle puisque le législateur a prévu que le juge doit s'assurer "que les conditions de l'adoption ont été remplies et, notamment, que les consentements requis ont été valablement donnés". La Cour doit s'enquérir et exiger, le cas échéant, que la preuve du droit du domicile de l'enfant lui soit faite selon les moyens prévus au Code ».

142. À ce sujet, voir : *Droit de la famille – 2906*, préc., note 125, p. 373 : « [...] 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 [...] ». Dans le même sens, voir : *A.M.B. (Dans la situation d')*, préc., note 129, p. 1167. Selon les professeurs Goldstein et Groffier, « [c]ette interprétation large de la "loi" du domicile selon l'article 3092 C.c.Q. [...] est certainement l'un des éléments d'une solution favorable à l'adoption internationale » : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 18, par. 282.

143. L'article 2809 du C.c.Q. prévoit que « [l]e tribunal peut prendre connaissance d'office du droit des autres provinces ou territoires du Canada et du droit

d'adoption internationale<sup>144</sup>, étant donné son incompatibilité avec les articles 568 et 3092 C.c.Q.<sup>145</sup> Ainsi, le droit québécois va seulement être appliqué, à titre supplétif, lorsque la preuve révèle que la loi du domicile de l'enfant ne prévoit aucune règle législative ou coutumière autorisant ou prohibant l'adoption, ou lorsque l'application de ces règles étrangères est exclue, en raison du fait qu'elles conduisent à un résultat « manifestement incompatible avec l'ordre public tel qu'il est entendu dans les relations internationales. »<sup>146</sup> Toutefois, dans l'éventualité où la loi du domicile de l'enfant interdit l'adoption, comme c'est souvent le cas des pays d'obédience musulmane, l'enfant ne pourra pas faire l'objet d'une ordonnance de placement au Québec, qu'il soit ou non visé par une *kafala*<sup>147</sup>, et ce, étant donné qu'il est purement et simplement non adoptable au regard de la loi de son domicile<sup>148</sup>. La loi étrangère prohibitive ne peut pas, par ailleurs, être écartée en vertu de l'exception d'ordre public édictée à l'article 3081 C.c.Q.<sup>149</sup>

---

d'un État étranger, pourvu qu'il ait été allégué. Il peut aussi demander que la preuve en soit faite, laquelle peut l'être, entre autres, par le témoignage d'un expert ou par la production d'un certificat établi par un jurisconsulte. » Dans l'éventualité où le droit étranger n'aurait pas été allégué ou que sa teneur n'aurait pas été établie, l'article précise que le tribunal devra alors « applique[r] le droit en vigueur au Québec ». C.c.Q., art. 2809.

144. GÉRALD GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 1 « Théorie générale », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 229.

145. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 171.

146. C.c.Q., art. 3081 ; A. ROY, préc., note 5, par. 163.

147. MINISTÈRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES SOCIAUX, *Kafala et adoption*, [Ressource électronique], en ligne : Secrétariat à l'adoption internationale <[http://adoption.gouv.qc.ca/fr\\_kafala-et-adoption](http://adoption.gouv.qc.ca/fr_kafala-et-adoption)> (consulté le 8 février 2017) : Le Secrétariat à l'adoption internationale émet une mise en garde à l'attention des futurs adoptants, en soulignant qu'il est « impossible d'adopter des enfants originaires de pays prohibant l'adoption, qu'ils soient ou non visés par une *kafala* ».

148. J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 12, p. 158.

149. À ce sujet, voir : G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, préc., note 18, par. 282 : « Ensuite, peut-on écarter cette loi du domicile étranger, prohibant toute adoption, au nom de l'ordre public ? Nous ne le pensons pas. Il ne s'agit pas d'interdire à un enfant d'établir un lien juridique avec ses parents naturels, mais d'en créer un avec des personnes avec lesquelles en général il n'a pas de lien de sang. Créer ce lien va souvent dans l'intérêt immédiat de l'enfant, mais, dans la mesure où la situation concerne aussi normalement une personne domiciliée et résidente à l'étranger, dans un pays dont elle a la nationalité, l'impact sur l'ordre juridique québécois de cette solution ne devrait pas être suffisant pour invoquer l'article 3081 C.c.Q. [...] »

La distinction fondamentale entre les adoptions interne et internationale réside dans l'élément d'extranéité qui caractérise ce dernier type d'adoption, à savoir le domicile étranger de l'enfant au centre des procédures d'adoption ou de ses parents biologiques, lequel entraîne l'application des règles de droit international privé<sup>150</sup>. En matière d'adoption internationale, la notion de domicile de l'enfant ayant fait l'objet d'une *kafala* a fait couler beaucoup d'encre, notamment lorsque l'enfant est désormais domicilié au Québec, chez le titulaire de la *kafala*. Selon les principes établis par les tribunaux québécois, cette notion ne renvoie pas aux éléments de définition de l'article 80 C.c.Q.<sup>151</sup>, mais bien au domicile d'origine de l'enfant<sup>152</sup>, dont la loi en vigueur déterminera les règles relatives au consentement et à l'admissibilité de l'enfant, ce qui se veut se veut respectueux de la compétence des droits et obligations de chacun des pays impliqués dans le cadre de la procédure d'adoption internationale. Ainsi, selon la jurisprudence constante et établie des tribunaux québécois, il est manifeste que, bien que l'on puisse considérer que le domicile d'un enfant recueilli sous *kafala* soit situé au Québec pour l'exercice de ses droits civils et politiques, le domicile d'origine demeure celui du lieu de sa naissance dans le contexte d'un processus d'adoption, le passage du temps ou la nomination d'un tuteur ne pouvant faire échec aux règles relatives à l'adoption internationale<sup>153</sup>. Autrement, il suffirait pour les futurs adoptants de modifier le domicile de l'enfant afin de transformer une adoption internationale en adoption interne afin de passer outre la compétence des autorités étrangères en matière de filiation<sup>154</sup>, ce qui reviendrait à sanctionner une fraude à la loi<sup>155</sup>,

150. *Adoption (En matière d')*, 2006 QCCQ 8524, par. 30.

151. A. Roy, préc., note 5, par. 131.

152. *Droit de la famille – 3403*, préc., note 129 (C.A.), par. 51 : « 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. »

153. *Id.*, par. 44 à 46 et 51. Dans le même sens, voir : A.M.B. (*Dans la situation d'*), préc., note 129, par. 14 et 17.

154. *Adoption (En matière d')*, préc., note 150, par. 32.

155. A. Roy, préc., note 5, par. 173. À ce sujet, voir : *Adoption (En matière d')*, préc., note 150, par. 68. Dans cette affaire, les requérants, alors domiciliés en Algérie, s'étaient vu confier en 1996, par le biais d'une ordonnance de *kafala*, une enfant, née en Algérie. En 2002, les requérants, accompagnés de l'enfant, ont immigré au Québec, où, quelques années plus tard, ils demandent à la Cour du Québec de prononcer une ordonnance de placement en vue de l'adoption de l'enfant.

c'est-à-dire de permettre de faire indirectement ce que la loi interdit de faire directement. Or, ce faisant, étant donné que la loi du domicile de l'enfant prohibe l'adoption, « le tribunal [québécois] refusera de prononcer l'adoption en considérant l'admissibilité de l'enfant à [cette institution] à la lumière de la loi étrangère et des prescriptions du droit international »<sup>156</sup>.

## B. L'écart entre la théorie et la pratique : les deux décisions de la Cour d'appel

Pour les juridictions québécoises, l'institution de la *kafala* constitue une mesure de protection honorable visant à protéger l'intérêt de l'enfant<sup>157</sup>, qui ne connaît toutefois aucun équivalent en droit québécois qui permettrait de respecter les caractéristiques fondamentales qui la distinguent des autres mesures de protection de l'enfance<sup>158</sup>. L'impossibilité d'assimiler la *kafala* à une adoption constitue un obstacle majeur pour les juges québécois qui « ne peuvent pas répondre aux vœux des requérants, des vœux qui semblent pourtant légitimes aux yeux de la plupart des juges »<sup>159</sup>, tels que le démontrent deux arrêts rendus par la Cour d'appel, dans lesquels la plus haute juridiction passe outre la loi prohibitive du domicile de l'enfant, et accueille les requêtes en ordonnance de placement qui visent des enfants recueillis sous *kafala*, présentées par des requérants québécois.

---

Considérant l'ensemble des faits de la présente affaire, la Cour a décidé qu'aux fins des procédures en adoption, l'enfant était domiciliée au Québec, et ce, puisque l'intention des requérants n'a jamais été de contourner, soit directement, soit indirectement, les règles en matière d'adoption internationale : « Les requérants sont domiciliés au Québec, et à aucun moment ils n'ont agi pour contourner les lois algériennes ou québécoises en matière d'adoption internationale. Ils ne cherchent aujourd'hui par l'adoption qu'à légaliser le statut de l'enfant dont ils ont la charge en fonction de la loi québécoise qui les régit ». Or, bien que l'on ne puisse prêter aux requérants aucune intention frauduleuse, il ressort que cette décision est incompatible avec la jurisprudence bien établie et constante des tribunaux québécois en la matière.

156. A. Roy, préc., note 5, par. 173.

157. A. c. Québec (*Procureur général*), préc., note 128, par. 30, où la juge Carole Julien souligne que « la kafala n'est pas incompatible avec l'ordre public international découlant des conventions ni même avec le droit civil québécois ». Dans le même sens, voir : J. CARRIER, préc., note 15, p. 4.

158. D. HELLY, V. SCOTT, M. HARDY-DUSSAULT et J. RANGER, préc., note 10, 1095.

159. *Id.*, 1096.

Dans l'arrêt *Droit de la famille – 3403*, précité, les requérants présentent des demandes d'ordonnance de placement en vue de l'adoption de quatre enfants, nés au Maroc, qu'ils ont recueillis sous *kafala*. Au moment du jugement, cela fait déjà plusieurs années que les enfants résident au Québec ; d'ailleurs, deux d'entre eux sont notamment détenteurs de la citoyenneté canadienne. Après analyse, la Cour d'appel estime à bon droit que les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption des enfants faisant l'objet de la demande sont celles que prévoit la loi de leur domicile d'origine, à savoir la loi marocaine. Toutefois, avec la plus grande considération, la Cour erre lorsqu'elle souligne que la prétention en vertu de laquelle une adoption ne peut être prononcée par un tribunal marocain pour des motifs religieux « est loin d'être évidente »<sup>160</sup>. Établissant une équivalence entre les jugements de *kafala* et d'adoption, sauf en ce qui concerne leurs effets respectifs sur le lien de filiation, la Cour conclut « qu'un jugement d'adoption peut être rendu selon le droit marocain »<sup>161</sup>, un tel jugement ne rompant toutefois pas le lien de filiation d'origine de l'enfant pour en établir un nouveau avec l'adoptant, en raison de considérations religieuses<sup>162</sup>. Toutefois, nul ne peut aujourd'hui contester que le droit marocain interdit l'adoption. Conséquemment, avec le plus grand respect, la Cour d'appel erre en droit lorsqu'elle souligne que, dans la présente affaire, les règles de la loi marocaine relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption ont été respectées<sup>163</sup>, étant donné que « les autorités marocaines ont apporté leur plein concours aux projets d'adoption du couple [requérant] »<sup>164</sup>. Or, il « est difficile de séparer complètement la question du consentement à l'adoption donné à l'étranger des effets de l'adoption puisqu'en principe le titulaire de l'autorité parentale consent, sauf preuve contraire, en fonction des effets de l'adoption dans son propre système juridique »<sup>165</sup>. En l'espèce, la Cour d'appel n'aurait pas dû faire droit au pourvoi et, conséquemment, n'aurait pas dû accueillir les demandes d'ordonnance de placement<sup>166</sup>.

160. *Droit de la famille – 3403*, préc., note 129, par. 60.

161. *Id.*, par. 60-61.

162. *Id.*, par. 60.

163. *Id.*, 63.

164. *Id.*, par. 52.

165. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 174.

166. *Droit de la famille – 3403*, préc., note 129 (C.A.), par. 64.

Dans une décision plus récente, au terme d'une longue saga judiciaire, la Cour d'appel a ordonné le placement de l'enfant, né et domicilié au Maroc, en vue de son adoption auprès des requérants qui l'avaient recueilli sous *kafala* quelques années auparavant<sup>167</sup>. Dans son analyse, la Cour reconnaît à bon droit que les lois des pays d'obédience musulmane ne permettent généralement pas de consentir à une adoption qui rompt le lien de filiation, mais c'est à tort qu'elle estime qu'il s'agit « [d']une erreur de faire un absolu de cette disposition fondée sur un précepte religieux »<sup>168</sup>. De plus, avec le plus grand respect, la Cour d'appel se méprend lorsqu'elle juge que la présente affaire ne relève pas d'une adoption internationale, mais bien de deux procédures parallèles, la première relevant du droit interne marocain, la seconde du droit interne québécois<sup>169</sup>. Considérant le fait que ces procédures parallèles ont été menées de bonne foi dans le meilleur intérêt de l'enfant<sup>170</sup>, la Cour estime que le consentement des requérants à l'adoption en tant que tuteurs de l'enfant, jumelé à celui des autorités marocaines qui ont dûment autorisé ces derniers à régulariser la situation de l'enfant, permet de constater que le consentement exigible à l'adoption de l'enfant a été valablement obtenu<sup>171</sup>. Conséquemment, afin de donner effet aux décisions judiciaires marocaines qui ont été reconnues et déclarées exécutoires au Québec, et « d'éviter un résultat aberrant et injuste »<sup>172</sup>, notamment au regard des droits de la personne, la Cour d'appel décide de faire preuve de souplesse dans l'interprétation et l'application des règles édictées dans le Code civil et d'ainsi prononcer l'ordonnance de placement en faveur des requérants<sup>173</sup>. Or, avec égards, à la lumière des commentaires formulés lors de l'analyse de l'arrêt *Adoption – 3403*,

167. *Adoption – 11117*, 2011 QCCA 1129, par. 97.

168. *Id.*, par. 78.

169. *Id.*, par. 80. La Cour d'appel décrit, au paragraphe 81, les procédures parallèles menées par les requérants : « Lorsque les Parents se sont adressés aux tribunaux marocains, ils exerçaient un droit afférent à leur citoyenneté marocaine, un droit que ne possède pas le simple citoyen canadien. Un droit différent de celui reconnu aux personnes domiciliées au Québec d'adopter un enfant étranger, mais seulement aux conditions et selon les modalités du Code civil, dont celle de faire reconnaître au Québec l'adoption prononcée dans un autre pays ».

170. *Id.*, par. 87.

171. *Id.*, par. 91.

172. *Id.*, par. 88.

173. *Id.*, par. 88 et 97.

également applicables en l'espèce, la Cour d'appel n'aurait pas dû faire droit à l'appel.

En matière d'adoption, tant interne qu'internationale, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération fondamentale<sup>174</sup>. Toutefois, en droit québécois, l'adoption ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant et aux conditions prévues par la loi<sup>175</sup>. Or, dans le cas de la *kafala*, certains juges considèrent que « l'intérêt de l'enfant et le respect des institutions du droit étranger s'opposent »<sup>176</sup>, ce qui amène ces derniers, qui qualifient la situation de l'enfant dont la loi du domicile prohibe l'adoption comme étant d'une « infinie tristesse »<sup>177</sup>, à faire droit à l'adoption de l'enfant, en violation des règles prévues par la loi étrangère. À l'heure actuelle, plusieurs auteurs soulignent qu'en droit québécois, « la notion traditionnelle de conflit de lois s'estompe au profit de règles matérielles qui consistent à rechercher parmi les lois nationales celle qui correspond le mieux au litige. "Il ne s'agit non plus de savoir quelle loi *doit* être appliquée, mais de savoir quelle loi *peut* être appliquée" »<sup>178</sup>. Or, l'intérêt de l'enfant ne saurait permettre d'éviter l'application des règles de droit étrangères, car cela contribue non seulement au détournement des règles de conflits de lois, mais également à la dénaturation de l'institution de la *kafala*, ainsi qu'à la prévisibilité du droit<sup>179</sup>. Heureusement, jusqu'à présent, l'assimilation de la *kafala* à l'adoption ne semble pas avoir fait jurisprudence, en raison notamment de l'accueil réservé à ces

---

174. Convention de la Haye, préc., note 25, préambule par. 5 et art. 1, 4, 16, 21 et 24 ; C.D.E., préc., note 19, art. 3 et 21.

175. C.c.Q., art. 543, al. 1.

176. D. HELLY, V. SCOTT, M. HARDY-DUSSAULT et J. RANGER, préc., note 10, 1103. Avec égards pour l'opinion contraire, bien que la loi du domicile des enfants originaires des pays musulmans prohibant l'adoption, les prive généralement de la faculté d'être adoptés, nous croyons qu'il est loin d'être évident que cette situation engendre nécessairement une opposition entre l'intérêt de ces enfants et le respect de la loi étrangère à laquelle ils sont assujettis, et ce, considérant qu'une application respectueuse des règles de droit étrangères s'inscrit généralement dans le meilleur intérêt de ces enfants.

177. *Droit de la famille – 11213*, 2011 QCCS 412, par. 1 ; *Adoption – 11117*, préc., note 167, par. 8.

178. C. LAVALLÉE, préc., note 3, par. 175.

179. D. HELLY, V. SCOTT, M. HARDY-DUSSAULT et J. RANGER, préc., note 10, 1105 et 1107.



décisions par certaines autorités étrangères musulmanes dont la loi nationale prohibe l'adoption<sup>180</sup>.



L'adoption d'enfants originaires des pays musulmans, qui prohibent formellement l'institution de l'adoption, pose problème, tant en France qu'au Québec. Comme le souligne à bon droit une auteure, « dès lors que les personnes qui désirent recueillir l'un de ces enfants ne résident pas dans un pays pratiquant la *kafala*, "des problèmes inextricables apparaissent et un gouffre juridique s'ouvre devant eux" »<sup>181</sup>. Tel qu'il a été possible de le constater, en vertu de la règle de conflit posée par le législateur français, les enfants musulmans de statut personnel prohibitif sont « prisonniers » de leur loi personnelle et ne peuvent donc pas être adoptés en France, sous réserve des trois voies d'assouplissement que prévoit le droit français à cette interdiction législative. Bien que la règle de conflit soit différente au Québec, elle mène sensiblement au même résultat, à savoir l'impossibilité de prononcer l'adoption de tels enfants, le législateur québécois ayant lui aussi décidé d'accorder la plus grande déférence à la législation étrangère prohibitive. Sensible face à cette situation, qu'elle consi-

---

180. Constatant que les dispositions de la loi n° 15-01, promulguée par le Dahir n° 1-02-172 du 1<sup>er</sup> rabii II 1423 (13 juin 2002), relative à la prise en charge (la *kafala*) des enfants abandonnés, n'étaient pas respectées par les autorités étrangères, notamment au Québec, où, à deux reprises, la Cour d'appel a fait droit à l'adoption d'enfants marocains, en violation de la loi étrangère prohibitive à laquelle ces enfants étaient assujettis, le ministère de la Justice et des Libertés du Royaume du Maroc a émis, le 20 novembre 2012, la Circulaire n° 40 S/2, en vertu de laquelle il énonce que la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant marocain « nécessite, conformément à l'esprit et à la philosophie du régime de la *kafala* des enfants abandonnés, que la *kafala* ne soit accordée qu'aux demandeurs qui résident d'une manière habituelle sur le territoire national [marocain] », et ce, pour plusieurs considérations, parmi lesquelles figure la possibilité du juge des mineurs d'assurer un meilleur suivi et contrôle de la situation de l'enfant faisant l'objet de la *kafala*. Concrètement, cette circulaire a eu pour effet d'obliger les juges des mineurs à refuser de prononcer la *kafala* à l'égard des étrangers qui ne résident habituellement pas au Maroc, les empêchant ainsi de quitter le territoire marocain en vue de s'établir de manière permanente à l'étranger avec l'enfant soumis à la *kafala*, et d'éventuellement demander aux juridictions étrangères de prononcer l'adoption à l'égard de cet enfant. Au regard de ce qui précède, il est permis de croire que ce serait l'émission de cette circulaire qui expliquerait en partie pourquoi les jugements de la Cour d'appel n'ont toujours pas fait jurisprudence au Québec.

181. M.-C. LEBOURSICOT, préc., note 11, par. 6.

dère comme étant contraire à l'intérêt supérieur de ces enfants, la Cour d'appel a prononcé deux jugements d'équité dans lesquels elle prononce l'adoption d'enfants marocains recueillis sous *kafala*, qui ne semblent toutefois pas avoir fait jurisprudence.

Afin de se sortir de ce « gouffre », certains auteurs ont suggéré au législateur québécois de reconnaître l'adoption simple, qui permettrait de convertir la *kafala* en adoption simple dans l'éventualité où l'enfant réside de manière permanente au Québec<sup>182</sup>, ce qui pourrait permettre de mieux respecter l'intérêt de l'enfant, particulièrement de celui dont l'abandon par les parents biologiques a été judiciairement établi dans son pays d'origine. Or, malgré les trois différents projets de loi qui se sont succédé au cours des cinq dernières années<sup>183</sup>, le législateur québécois semble toujours considérer l'adoption plénière comme étant la seule forme d'adoption possible pour les enfants domiciliés hors du Québec<sup>184</sup>. Bien qu'en 2012, il ait voulu, par le biais du projet de loi n° 81, intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*<sup>185</sup>, permettre, sous réserve du strict respect de certaines conditions, l'adoption plénière des enfants domiciliés dans des pays dont la loi prohibe formellement cette institution<sup>186</sup>, le législateur québécois n'a jamais pu mettre en

182. D. HELLY, V. SCOTT, M. HARDY-DUSSAULT et J. RANGER, préc., note 10, p. 1107 ; J. TUGAULT-LAFLEUR, préc., note 11, p. 173-174.

183. *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, projet de loi n° 81 (présentation – 13 juin 2012), 2<sup>e</sup> sess., 39<sup>e</sup> légis. (Qc) (ci-après « projet de loi n° 81 ») ; *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption, d'autorité parentale et de divulgation de renseignements*, projet de loi n° 47 (présentation – 14 juin 2013), 1<sup>ère</sup> sess., 40<sup>e</sup> légis. (Qc) (ci-après « projet de loi n° 47 ») ; *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et de communication de renseignements*, projet de loi n° 113 (adoption du principe – 2 décembre 2016), 1<sup>ère</sup> sess., 41<sup>e</sup> légis. (Qc) (ci-après « projet de loi n° 113 »).

184. Projet de loi n° 81, art. 40(1), 41, 45(1), 48 et 53(1) ; Projet de loi n° 47, art. 37, 38, 42(2), 45 et 49(1) ; Projet de loi n° 113, art. 19 à 21, 23-24 et 27.

185. Projet de loi n° 81.

186. Déposé à l'Assemblée nationale, le 13 juin 2012, par le ministre de la Justice, M<sup>e</sup> Jean-Marc Fournier, le projet de loi n° 81 prévoyait, par le biais de son article 35, l'insertion de l'article 564.1 qui, s'il avait été adopté, aurait pu permettre d'apporter une solution au problème soulevé dans la présente contribution. L'article 564.1 que le législateur québécois prévoyait adopter stipulait précisément que :

564.1. L'enfant mineur domicilié dans un État dont la loi ne connaît pas l'adoption ni le placement en vue d'une adoption ou qui la prohibe ne

œuvre la solution législative proposée, considérant que le ledit projet de loi est mort au feuillet, en raison des élections provinciales qui ont été déclenchées quelques mois seulement après sa présentation. Depuis, cette solution ingénieuse, qui aurait finalement pu mettre un terme au problème de l'inadoptabilité des enfants originaires des pays musulmans au Québec, n'a malheureusement pas été reprise dans les projets de loi suivants, notamment dans celui qui a été dernièrement déposé à l'Assemblée nationale.

Présenté le 6 octobre 2016, le projet de loi n° 113, intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*<sup>187</sup>, propose le principe d'une « adoption assortie d'une reconnaissance des liens préexistants de filiation »<sup>188</sup>. Cependant, en énonçant que « [l']adoption d'un enfant domicilié hors du Québec prononcée ou reconnue au Québec [aura] pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine »<sup>189</sup>, il découle de ce récent projet de loi que « [l']adoption restera [...] plénière dans tous les cas, mais [qu']il sera possible, s'il est nécessaire de préserver une "identification significative" pour l'enfant, de reconnaître le lien préexistant rompu par l'adoption, en faisant en sorte qu'il puisse demeurer inscrit sur son acte de naissance »<sup>190</sup>. Ainsi, qu'il y

---

peut être adopté au Québec, à moins que les conditions qui suivent ne soient respectées :

1° l'enfant est sans filiation paternelle ni filiation maternelle établies ou est orphelin de père et de mère ;

2° l'enfant a été pris en charge par une autorité publique de protection de l'enfance de cet État ;

3° une autorité judiciaire compétente de cet État a établi une forme de tutelle sur l'enfant en confiant celui-ci à l'adoptant ;

4° le déplacement définitif de l'enfant hors du territoire de cet État a été autorisé par une autorité compétente ;

5° cet État ou l'unité territoriale compétente est désigné par le gouvernement sur recommandation du ministre de la Santé et des Services sociaux ;

6° toute autre condition que le ministre de la Santé et des Services sociaux peut déterminer par règlement.

187. Projet de loi n° 113 (adoption du principe – 2 décembre 2016), 1<sup>ère</sup> sess., 41<sup>e</sup> légis. (Qc).

188. *Id.*, art. 11, introduisant l'art. 544.1.

189. *Id.*, art. 19, introduisant l'art. 565.1

190. CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire sur le projet de loi n° 113*, p. 18, en ligne : <[http://www.cnq.org/DATA/NOUVELLE/44\\_fr-v~projet-de-loi-no-113.pdf](http://www.cnq.org/DATA/NOUVELLE/44_fr-v~projet-de-loi-no-113.pdf)> (consulté le 24 janvier 2017).

ait ou non une reconnaissance des liens préexistants de filiation de l'adopté, l'adoption lui « conf[érera] [toujours] [...] une filiation qui succ[édera] à ses filiations préexistantes », et qui fera en sorte que l'adopté « cesse[ra] [dès lors] d'appartenir à sa famille d'origine »<sup>191</sup>. Conséquemment, en réitérant le principe de l'adoption plénière en droit québécois, le projet de loi n° 113 maintient l'inadoptabilité des enfants originaires des pays musulmans dont la législation nationale prohibe formellement l'adoption. Or, considérant le nombre important d'enfants abandonnés dans les orphelinats de ces pays, qui rêvent tous d'un avenir meilleur, il serait plus que nécessaire pour les législateurs français et québécois de trouver une solution permanente face à cette situation intenable et, comme le soulignait à bon droit la Cour d'appel, d'une « infinie tristesse »<sup>192</sup>.

---

191. Projet de loi n° 113, art. 27, modifiant l'art. 577.

192. *Droit de la famille – 11213*, préc., note 177, par. 1 ; *Adoption – 11117*, préc., note 167, par. 8.