

DROIT FAMILIAL ET PARTIES « MUSULMANES » :
DES CAS DE *KAFÁLAH* AU QUÉBEC, 1997-2009

*Denise Helly, Valérie Scott,
Marianne Hardy-Dussault et Julie Ranger**

L'affirmation de la primauté de la justice étatique ressort de l'idée d'un lien consubstantiel entre État et droit, selon laquelle le droit n'a pas d'autre réalité sociale que celle assignée par la loi étatique, nationale, et ne peut être multiforme. Pourtant la multiplicité des normes, rationalités et mécanismes de justice dans toute société et l'existence de traités internationaux sur les droits fondamentaux mettent à mal cette idée. Les droits étatiques ne peuvent plus ignorer les autres ordres normatifs sous peine de porter atteinte à des principes désormais admis: la dignité des acteurs, la légitimité de leur identification personnelle et leur nécessaire adhésion à l'autorité de l'État. Dans ce contexte, une de nos recherches analyse la réception par des juges de valeurs et de normes familiales suivies par des musulmans et le présent texte se penche sur la réception de la *kafálah*, une forme de prise en charge d'un enfant musulman abandonné, orphelin ou dont la famille ne peut assumer le coût de l'éducation. Neuf jugements, rendus au Québec entre 1997 et 2009, sont présentés.

The affirmation of the primacy of state justice stems from the idea that there is an integral link between law and state, where the social reality of the law is only that which is assigned to it by the state—an idea that leaves no room for legal pluralism. The presence of international treaties on fundamental rights, and the plurality of norms, rationales and mechanisms of justice have repudiated this idea. State law can no longer ignore other normative orders without undermining principles such as the dignity of actors, and the legitimacy of their personal identity. In this context we intend to assess the reception of Muslim values and norms by central actors in the legitimization of any foreign law: the judges. We study nine judicial decisions in Quebec rendered between 1997 and 2009 about *kafálah*, a Muslim legal institution to take care of abandoned children.

* Denise Helly est professeure titulaire à l'Institut national de recherche scientifique. Formée en anthropologie (PHD La Sorbonne, 1975), sociologie, science politique et sinologie (École des Langues Orientales, Paris), elle a pour intérêts les politiques d'immigration, les théories de la citoyenneté et du nationalisme, les politiques de pluralisme culturel dont le multiculturalisme canadien, les régimes de relation entre État et religion et l'insertion des musulmans en Europe et au Canada. Valérie Scott, bachelière en relations internationales et droit international de l'UQÀM, bachelière en droit de l'UQÀM et auxiliaire juridique à la Cour suprême du Canada en 2008-2009, complète présentement un LLM à New York University. Marianne Hardy-Dussault, avocate, LLB (UdeM), LLM (McGill), est doctorante à l'Université Laval. Julie Ranger, co-rédactrice de la version française du *Refugee Law Reader*, détient un baccalauréat en politique et psychologie de l'Université McGill et un baccalauréat en droit de l'Université de Montréal. Son travail porte sur l'immigration et les droits de la personne et elle complète un MPA à l'Université du Nouveau-Mexique.

Introduction	1059
I. La pluralité des valeurs et l’<i>Islam</i>	1059
II. Une recherche sur des causes de droit familial déposée par des parties musulmanes	1067
III. Internormativité, interlégalité de fait	1069
IV. Des dossiers de <i>kafalah</i> au Québec	1071
V. La règle de l’adoption plénière au Québec	1077
VI. Respect contrasté de la différence de norme	1081
<i>A. Respect de la coutume étrangère</i>	1081
<i>B. Création de catégories et ses limites</i>	1084
<i>C. Respect strict de la loi étrangère</i>	1088
<i>D. Analogie entre institutions étrangères et du for</i>	1094
VII. Effacement de la différence ou création de nouvelles normes ?	1095
<i>A. Oblitérer l’élément d’extranéité</i>	1096
<i>B. Analogie simplificatrice et nouvelle norme ?</i>	1098
<i>C. Standards ou principes interprétatifs généraux et règle de conflit</i>	1100
1. Le droit à l’égalité : discrimination des Musulmans et des étrangers	1100
2. Intérêt supérieur de l’enfant <i>versus</i> respect du droit étranger	1102
Conclusion : Tensions, détours et échecs	1107

Introduction

La multiplicité des normes, rationalités et mécanismes de justice dans une société et l'existence de traités internationaux sur les droits fondamentaux, qui relativisent les droits nationaux pensés pour des sociétés homogènes, mettent en cause le modèle du positivisme juridique étatique. De plus, le fait que des ordres juridiques ou normatifs autres qu'étatiques régissent le quotidien de certains individus heurte les tenants du paradigme moderniste et provoque des débats et des controverses publiques peu informés. Tant que ces ordres étaient le fait de sociétés lointaines, ils pouvaient être renvoyés aux univers d'avant la modernité. Mais le « retour du religieux », l'immigration du Sud et le militantisme des populations amérindiennes leur donnent une nouvelle visibilité. Il en est de même des controverses concernant la conciliation de ces ordres normatifs et des droits individuels, en particulier les droits des femmes musulmanes¹ ainsi que le respect des objectifs du multiculturalisme canadien² et des régimes de relations entre État et religion, notamment la laïcité³. L'Islam est particulièrement ciblé par les tenants du modernisme et du positivisme légal, car il incarne un enjeu de la diversité religieuse : quel statut accorder aux normes et pratiques juridiques ne relevant pas des droits étatiques occidentaux ?

I. La pluralité des valeurs et l'*Islam*

Jusqu'aux années 1960, l'immigration musulmane est peu importante en Occident quand en Europe, des travailleurs arrivent d'Indonésie, du Maghreb et de Turquie et sont traités avec mépris, mais sans référence à leur religion. À la fin des années 1980, la référence à leur religion devient constante et péjorative et s'étend à l'Amérique du Nord, alors que l'image

¹ Ayelet Shachar, *Multicultural Jurisdictions: Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001 ; Sirma Bilge, « Beyond Subordination vs Resistance: An Intersectional Approach to the Agency of Veiled Muslim Women » (2010) 31 : 1 *Journal of Intercultural Studies* 9.

² Will Kymlicka, « The Essentialist Critique of Multiculturalism: Theories, Policies, Ethos », Conférence présentée lors du colloque *Le multiculturalisme a-t-il un avenir ?* à l'université de Paris 1 Panthéon Sorbonne, 26-février 2010 [non publié].

³ Camille Froidevaux-Metterie, « États-Unis : comprendre l'énigme théocratique-laïque » (2007) 3 : 36 *Critique internationale* 105 ; Jean-Paul Willaime, « The Paradoxes of Laïcité in France » dans Eileen Barker, dir, *The Centrality of Religion in Social Life: Essays in Honour of James A Beckford*, Hampshire, (R-U), Ashgate, 2008, 41 ; Gérard Bouchard et Charles Taylor, *Rapport de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles : Fonder l'avenir. Le temps de la conciliation*, Québec, Gouvernement du Québec, 2008 ; Cécile Laborde, *Critical Republicanism: The Hijab Controversy and Political Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, 2008.

savante des musulmans demeure ambiguë ou négative⁴. Des conflits surgissent à propos de mosquées, du « foulard » islamique (France, Belgique et Canada), de l'enseignement musulman à l'école publique (Allemagne), de la formation des imams (Espagne, Pays-Bas, Royaume-Uni et Belgique), de « tribunaux islamiques » (Canada et Royaume-Uni) et de mariages forcés (Pays-Bas et Royaume-Uni). La réislamisation de générations nées et socialisées en Europe⁵, la diffusion de l'islamisme politique⁶, le regain de l'idée de conflit de civilisations⁷, les actes terroristes et les conflits et guerres dans des pays musulmans contribuent aussi à faire de l'« Islam » une figure étrange et dangereuse. Cependant, des dynamiques structurales interviennent. L'islam est objet de litige et d'aversión parce qu'il révèle des tensions sociales et idéologiques et les limites des systèmes de tolérance occidentaux.

La première de ces tensions se manifeste en matière de gestion de la pluralité culturelle issue de l'immigration. Depuis les années 1970, les gouvernements occidentaux (État, ville et région) pratiquent un « *red boot*

⁴ Maxime Rodinson, *La fascination de l'islam*, Paris, Maspéro, 1980 ; Edward W Saïd, *Covering Islam: How the Media and the Experts Determine How We See the Rest of the World*, éd révisée, New-York, Vintage Books, 1997 ; Laurence O Michalak, *Cruel and Unusual: Negative Images of Arabs in American Popular Culture*, 3^e éd, Washington, DC, American-Arab Anti-Discrimination Committee, 1983 ; Jack G Shaheen, *Reel Bad Arabs: How Hollywood Vilifies a People*, New-York, Olive Branch Press, 2001 ; Jack G Shaheen, *Arab and Muslim Stereotyping in American Popular Culture*, Washington (DC), Center for Muslim-Christian Understanding, Georgetown University, 1997 ; Douglas Little, *American Orientalism: The United States and the Middle East Since 1945*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 2002.

⁵ Felice Dassetto, « Visibilisation de l'islam dans l'espace public » dans Albert Bastenier et Felice Dassetto, dir, *Immigrations et nouveaux pluralismes : Une confrontation de sociétés*, Bruxelles, De Boeck, 1990, 179 ; Gilles Kepel, *Les banlieues de l'islam : Naissance d'une religion en France*, 2^e éd, Paris, Éditions du Seuil, 1991 ; Farhad Khosrokhavar, *L'islam des jeunes*, Paris, Flammarion, 1997 ; Gardien Jonker et Valérie Amiraux, dir, *Politics of Visibility: Young Muslims in European Public Spaces*, Bielefeld, Transcript, 2006.

⁶ Olivier Roy, *L'islam mondialisé*, Paris, Éditions du Seuil, 2002 ; François Burgat, *L'islamisme à l'heure d'Al Qaida : Réislamisation, modernisation, radicalisation*, Paris, La Découverte, 2005.

⁷ Bernard Lewis, « The Roots of Muslim Rage: Why so Many Muslims Deeply Resent the West, and Why their Bitterness Will Not Easily Be Mollified » (1990) 266 : 3 *The Atlantic Monthly* 47 ; Samuel P Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of the World Order*, New-York, Simon & Schuster, 1996 ; Benjamin R Barber, *Djihad versus McWorld : Mondialisation et intégrisme contre la démocratie*, traduit par Michel Valois, Paris, Desclée de Brouwer, 1996 ; Francis Fukuyama, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, traduit par Denis-Armand Canal, Paris, Flammarion, 1992 ; Francis Fukuyama, « The Great Disruption: Human Nature and the Reconstitution of Social Order » (1999) 283 : 5 *The Atlantic Monthly* 55 ; Roy P Mottahedeh, « The Clash of Civilization: An Islamicist's Critique » (1996) 2 : 2 *Harvard Muslim Eastern and Islamic Review* 1.

multiculturalism »⁸ ou un « *cultural racism* »⁹, soit l'affirmation d'une culture nationale et le financement public d'usages minoritaires (activités socio-culturelles d'associations ethniques). Ils réduisent la différence culturelle à des usages sans portée sociale ou politique. De fait, jusqu'aux années 1990, la pluralité religieuse des sociétés occidentales, les régimes de relation entre État et Église et les protections historiques accordées à des minorités religieuses (amish, mennonite, judaïque, catholique, protestante, Témoins de Jéhovah, doukhobor et huttérite) ne font pas partie des débats et de l'horizon de la gestion de la diversité culturelle des sociétés civiles.

À partir des années 1990, les demandes de respect de leurs valeurs et de leurs pratiques par des minorités religieuses issues de l'immigration, dont celle musulmane, qui est la plus nombreuse en Europe, montrent l'inadéquation des programmes de relations interraciales (Royaume-Uni), d'aide financière aux ONG ethniques (Pays-Bas et Belgique flamande), comme de la politique du multiculturalisme canadien de lutte anti-discriminatoire et de changement institutionnel. Les demandes des minorités religieuses musulmane, sikh et judaïque, comme celles de Chrétiens pratiquants¹⁰, pénètrent l'espace public et questionnent des schèmes de pensée des majorités culturelles, alors que des organisations internationales (ONU, UNESCO, Conseil de l'Europe et Union Européenne) promeuvent le respect des différences culturelles.

Une seconde tension découle des demandes qui rouvrent le dossier de la position de l'État face aux croyances et institutions religieuses. Des segments des opinions publiques et des groupes de pression puissants (syndicats d'enseignants et de fonctionnaires, partis de gauche et groupes féministes) s'opposent à tout rôle public de la religion¹¹. Dans le monde

⁸ Audrey Kobayashi, « Multiculturalism: Representing a Canadian Institution » dans James Duncan et David Ley, dir, *Place/Culture/Representation*, Londres, Routledge, 1993, 205. Au Canada, le programme du multiculturalisme fut créé à la suite du rapport de la Commission sur le Bilinguisme et le Biculturalisme et à la veille d'une élection nationale contestée entre le Parti libéral du Canada et le Nouveau Parti démocratique. Un groupe de pression ukrainien, notamment de Winnipeg, réclama du gouvernement fédéral une égalité de traitement avec les francophones sous la forme d'un programme de financement public d'écoles enseignant leurs langues ancestrales.

⁹ Aleksandra Ålund et Carl-Ulrik Schierup, *Paradoxes of Multiculturalism: Essays on Swedish Society*, Aldershot (R-U), Avebury, 1991.

¹⁰ Winnifred Fallers Sullivan, *The Impossibility of Religious Freedom*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

¹¹ José Casanova, *Public Religions in the Modern World*, Chicago, Chicago University Press, 1994 ; José Casanova, « Immigration and the New Religious Pluralism: A European Union/United States Comparison » dans Thomas Banchoff, dir, *Democracy and the New Religious Pluralism*, New-York, Oxford University Press, 2007, 59.

historiquement catholique, notamment français, québécois et wallon, ces courants d'opinion se montrent particulièrement intolérants et font de la laïcité un régime d'athéisme étatique, ce qu'elle ne saurait être. La laïcité est un des modes de la neutralité religieuse de l'État et de la primauté des institutions politiques sur les institutions religieuses¹². Ce mode se caractérise par sa visée d'une séparation nette du politique et du religieux¹³, mais, comme tout concept politique et juridique, son interprétation donne lieu à des débats et affrontements.

La troisième tension révèle, quant à elle, combien le modèle évolutionniste d'une sécularisation inévitable des sociétés civiles est révolu. La permanence des croyances religieuses, les aménagements religieux dans les écoles, les administrations publiques et les grandes entreprises, et la nouvelle influence politique des courants fondamentalistes chrétiens en témoignent. Certains courants d'opinion qualifient cette situation de recul. Professant une philosophie moderniste¹⁴, ils croient aux bienfaits assurés et continus du progrès, à la suprématie de la rationalité et à une seule définition de la modernité. Ils voient dans la foi religieuse un refus de la science, une aliénation intellectuelle, une contrainte sociale et un conservatisme moral et sexiste. Ils passent sous silence les changements de doctrine (féminisation de l'église anglicane, protestantisme ouvert aux thèses scientifiques et catholicisme plus individualiste) et, dans le cas des musulmans, les diverses interprétations du droit islamique dans les populations musulmanes occidentales¹⁵, les positions des réformistes¹⁶ et les critiques

¹² Cette primauté prend des formes différentes : séparation de l'État et de l'Église (États-Unis, France, Mexique et Uruguay), religion d'État (Scandinavie, Grèce, Danemark et Royaume-Uni), coopération entre l'État et l'Église (Allemagne et Belgique), privilèges importants ou restreints accordés par l'État à une religion (Espagne, Italie et Canada). Voir Jean Baubérot, dir, *Religions et laïcité dans l'Europe des douze*, Paris, Syros, 1994 ; Stephen V Monsma et J Christopher Soper, *The Challenge of Pluralism: Church and State in Five Democracies*, Lanham (Md), Rowman & Littlefield Publishers, 1997 ; Brigitte Basdevant-Gaudemet et Francis Messner, dir, *Les origines historiques du statut des confessions religieuses dans les pays de l'Union européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999 ; Albert J Menendez, *Church and State in Canada*, Amherst (NY), Prometheus Books, 1996 ; MH Ogilvie, *Religious Institutions and the Law in Canada*, 2^e éd, Toronto, Irwin Law, 2003 ; Denise Helly, « Orientalisme populaire et modernisme : Une nouvelle rectitude politique au Canada » (2010) 31 : 2 La Revue Tocqueville 157 [Helly, « Orientalisme »].

¹³ Maurice Barbier, *La laïcité*, Paris, L'Harmattan, 1995 à la p 81.

¹⁴ Bryan S Turner, dir, *Citizenship and Social Theory*, Londres (R-U), Sage, 1993 ; Ernest Gellner, *Postmodernism, Reason and Religion*, Londres (R-U), Routledge, 1992.

¹⁵ Yusuf Talal Delorenzo, « The Fiqh Councilor in North America » dans Yvonne Yazbeck Haddad et John L Esposito, dir, *Muslims on the Americanization Path?*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 65 ; Ihsan Yilmaz, « The Challenge of Post-Modern Legality and Muslim Legal Pluralism in England » (2002) 28 : 2 Journal of Ethnic and Migration

du modernisme et du patriarcat par les féministes musulmanes¹⁷. Ils ignorent aussi les sondages effectués dans certains pays musulmans¹⁸ montrant un désir de démocratie et d'inclusion des femmes dans la sphère publique et une seule différence notable : un puritanisme en matière de sexualité. Ils ignorent enfin les débats sur la déconstruction des dichotomies « religieux-séculier », « public-privé », « modernité-traditions »

Studies 343 ; Mathias Rohe, « The Formation of an European Shari'a » dans Jamal Malik, dir, *Muslims in Europe: From the Margin to the Center*, Münster, Verlag, 2004, 161 ; Tariq Ramadan, *Être musulman européen : Étude des sources islamiques à la lumière du contexte européen*, traduit par Claude Dabbak, Lyon, Tawhid, 1999 ; Peri Bearman, Rudolph Peters et Frank E Vogel, dir, *The Islamic School of Law: Evolution, Devolution, and Progress*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 2005. Pour diverses interprétations dans le contexte canadien, voir Helly, « Orientalisme », *supra* note 12 ; Anna C Korteweg, « The Sharia Debate in Ontario: Gender, Islam and Representations of Muslim Women's Agency » (2008) 22 : 4 Gender & Society 434 ; Ayelet Shachar, « Privatizing Diversity: A Cautionary Tale from Religious Arbitration in Family Law » (2008) 9 : 2 Theor Inq L 573 ; Pascale Fournier, « In the (Canadian) Shadow of Islamic Law: Translating *Mahr* as a Bargaining Endowment » (2006) 44 : 4 Osgoode Hall LJ 649 ; Pascale Fournier, « La femme musulmane au Canada : profane ou sacrée ? » (2007) 19 : 2 Can J Women & L 227 ; Natasha Bakht, « Religious Arbitration in Canada: Protecting Women by Protecting Them from Religion » (2007) 19 : 1 C J Women & L 119 ; Annie Bunting et Shadi Mokhtari, « Migrant Muslim Women's Interests and the Case of "Shari'a" Tribunals in Ontario » dans Vijay Agnew, dir, *Racialized Migrant Women in Canada: Essays on Health, Violence, and Equity*, Toronto, University of Toronto Press, 2009, 232.

¹⁶ Charles Kurzman, dir, *Modernist Islam, 1840-1940: A Sourcebook*, Oxford, Oxford University Press, 2002 ; Charles Kurzman, dir, *Liberal Islam: A Sourcebook*, New York, Oxford University Press, 1998 ; John L Esposito, *Islam: The Straight Path*, 3^e éd, Oxford, Oxford University Press, 1998 ; Mohammed Ali Syed, *The Position of Women in Islam: A Progressive View*, Albany (NY), State University of New York Press, 2004 ; Asma Barlas, « *Believing Women* » in *Islam: Unreading Patriarchal Interpretations of the Qur'an*, Austin, University of Texas Press, 2002 ; Azizah al-Hibri, « Islam, Law and Custom: Redefining Muslim Women's Rights » (1997) 12 : 1 Am UJ Int'l L & Pol'y 1.

¹⁷ Deniz Kandiyoti, dir, *Women, Islam and the State*, Philadelphie, Temple University Press, 1991 ; Leila Ahmed, *Women and Gender in Islam: Historical Roots of a Modern Debate*, New Haven, Yale University Press, 1992 ; Lila Abu-Lughod, dir, *Remaking Women: Feminism and Modernity in the Middle East*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1998 ; Asma Lamrabet, *Le Coran et les femmes : une lecture de libération*, Lyon, Tawhid, 2007 ; Margot Badran, « Understanding Islam, Islamism, and Islamic Feminism » (2001) 13 : 1 Journal of Women's History 47 ; Shahrzad Mojab, « "Muslim" Women and "Western" Feminists: The Debate on Particulars and Universals » (1998) 50 : 7 Monthly Review: An Independent Socialist Magazine 19 ; Shahrzad Mojab, « Theorizing the Politics of "Islamic Feminism" » (2001) 69 Feminist Review 124.

¹⁸ Ronald Inglehart, dir, *Islam, Gender, Culture and Democracy: Findings from the World Values Survey and the European Values Survey*, Willowdale (Ont), De Sitter Publications, 2003.

et ses implications dans le champ du droit familial¹⁹. Ces courants d'opinion se centrent plutôt sur divers vêtements des musulmanes et sur le statut social des femmes dans l'Islam dont ils construisent des images essentialistes et fausses.

Ces trois tensions révèlent un « réenchantement du monde »²⁰ et un pluralisme des valeurs et des ordres juridiques qui interrogent trois postulats modernistes : l'idée de la rationalité individuelle comme seule source de valeurs, l'universalisme formel ou abstrait des droits et la centralité de la justice étatique.

Selon une utopie des Lumières, demeure l'idée que l'univers humain est une entité logique et que les idéaux de liberté, d'égalité, de connaissance, de sécurité et d'intérêt personnel n'entrent en conflit qu'en raison de l'irrationalité des acteurs. Cette vision de possibles unité et harmonie d'une société et des acteurs fait de la rationalité le seul et vrai fondement des conduites humaines. Isaiah Berlin²¹ a été un des auteurs à affirmer contre les libéraux positivistes et fonctionnalistes la communication entre cultures et à dénoncer l'idée d'une vérité objective ou universelle qui serait le fondement des conduites humaines et de leur unité. Vu les besoins contradictoires de la psyché humaine, les idéaux modernes sont souvent en conflit (égalité-liberté ; liberté-moralité ; démocratie-liberté ; démocratie-paix) et considérant la variabilité des valeurs, une foi religieuse, un affect et une appartenance collective sont des bases de ligne de vie aussi légitimes que l'examen rationnel. John Gray²², un disciple de Berlin, conclut que les définitions d'un idéal de vie étant diverses, la négociation entre valeurs est irrémédiable et permanente en démocratie sous peine de conflit violent ou de déni de liberté et de dignité. Il propose comme seule valeur commune l'interdiction des pratiques non humaines : esclavage, génocide, persécution, torture et humiliation.

¹⁹ Janet Halley et Kerry Rittich, « Critical Directions in Comparative Family Law: Genealogies and Contemporary Studies of Family Law Exceptionalism » (2010) 58 : 4 Am J Comp L 753.

²⁰ Marcel Gauchet, *Le Désenchantement du monde : une histoire politique de la religion*, Paris, Gallimard, 1985.

²¹ Isaiah Berlin, *The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas*, New York, Knopf, 1991 aux pp 21-25 ; Isaiah Berlin « The Apotheosis of the Romantic Will » dans Henry Hardy et Roger Hausheer, dir, *The Proper Study of Mankind: An Anthology of Essays*, New-York, Farrar, Straus and Giroux, 1998, 553 ; Isaiah Berlin, *Political Ideas in the Romantic Age: Their Rise and Influence on Modern Thought* par Henry Hardy, Londres (R-U), Chatto & Windus, 2006.

²² John Gray, « The Case for Decency », *New York Review of Books* (13 juillet 2006) 20-22.

L'universalisme abstrait des droits affirme le mérite individuel comme unique critère des places sociales. Depuis les années 1960, ce principe a été débattu et la nécessité de tenir compte de diverses formes de discrimination, notamment culturelle et religieuse, a été admise pour assurer une réelle égalité des droits et des chances²³.

Quant au troisième postulat moderniste, l'idée de la primauté de la justice étatique, il ressort d'un positivisme et d'un ethnocentrisme qui voient un lien consubstantiel entre État et droit et nient que ce dernier ait une réalité sociale propre et puisse être multiforme. Roderick A. Macdonald et Thomas McMorrow²⁴ rapportent cette représentation à la fiction sur laquelle repose tout État national, par exemple l'homogénéité culturelle de la population du territoire qu'il contrôle. Pourtant, le droit étatique ne saurait ignorer les autres ordres normatifs non seulement en vue d'assurer une unité sociale illusoire, mais aussi en vue de mettre en acte des principes primordiaux de la démocratie : l'égalité des dignités des acteurs²⁵ et leur adhésion aux actions de l'État²⁶. L'application rigide

²³ Michael J Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982 ; Iris Marion Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1990 ; Will Kymlicka, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1989 ; Will Kymlicka, dir, *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995 ; Seyla Benhabib, dir, *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1996 ; Sylvie Mesure et Alain Renaut, *Alter Ego : Les paradoxes de l'identité démocratique*, Paris, Aubier, 1999 ; Michael Walzer, « Pluralism: A Political Perspective » dans Will Kymlicka, dir, *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, 139 ; Axel Honneth, *La lutte pour la reconnaissance*, traduit par Pierre Rush, Paris, Éditions du Cerf, 2002 ; Denise Helly, « Cultural Pluralism: An Overview of the Debate since the 60s » (2002) 2 : 1 *Ethnopolitics, Studies in Ethnicity and Nationalism* 75.

²⁴ « Myths of Miscegenation: Should the Concept of "Reasonable Accommodation" for Subordinated Groups and Minorities Be Constitutionalized? » dans Bogdan Iancu, dir, *The Law/Politics Distinction in Contemporary Public Law Adjudication*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2009, 89 à la p 93 et s.

²⁵ Warwick Tie, *Legal Pluralism: Toward a Multicultural Conception of Law*, Aldershot (R-U), Ashgate, 1999.

²⁶ Roderick A Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2002-03) 33 : 1-2 *RDUS* 133 ; Roderick A Macdonald, « Metaphors of Multiplicity: Civil Society, Regimes and Legal Pluralism » (1998) 15 : 1 *Ariz J Int'l & Comp L* 69 ; Roderick A Macdonald, « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law » dans Andrée Lajoie et al, dir, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998, 9 ; Martha-Marie Kleinhans et Roderick A Macdonald, « What is a Critical Legal Pluralism? » (1997) 12 : 2 *Can JL & Soc* 25 ; Roderick A Macdonald, « Les Vieilles Gardes : Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives » dans Jean-Guy Belley, dir, *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996, 233.

d'une norme, apanage d'un État et d'une majorité culturelle, ignore ces principes et la question du pluralisme juridique est posée vu l'importance accordée désormais à l'individu²⁷ et à son sentiment d'identité et de continuité²⁸. Question d'autant plus posée qu'en vertu du droit international privé, les juges peuvent être amenés à se prononcer sur les effets de législations et d'institutions qui reposent sur des valeurs et des usages qui leur sont étrangers. Qu'en est-il des différences culturelles qui heurtent la conception occidentale de l'égalité, de la rationalité et de l'autonomie individuelle²⁹ ?

Lorsqu'une partie invoque une norme ou une valeur autre qu'étatique, les juges se trouvent au cœur de la tension entre tolérance et intolérance. Ils peuvent faire place au droit à la différence ou ne voir que l'extranéité de la valeur ou de la norme et la refuser. Mais ils doivent motiver leurs décisions. Pour ce faire, ils disposent d'outils et de techniques de raisonnement dont l'usage repose parfois sur un choix de valeurs. Au nombre des outils sont les lois et conventions de droit international privé ainsi que les chartes des droits qui édictent notamment des règles de conflits et des droits fondamentaux. Au nombre des techniques figurent le syllogisme juridique (déduction de prémisses) ou axiologique, l'idée d'analogie entre pratiques et la création de nouvelles catégories et normes pour tenir compte de réalités nouvelles. L'usage « d'étalon[s] axiologique[s] »³⁰ conduit les juges à s'appuyer sur des standards comme l'ordre public, l'intérêt de l'enfant, la bonne foi, la sécurité et l'égalité des sexes, alors que par l'idée d'analogie ils peuvent tenter de comprendre une notion ou une institution étrangère en se référant à une notion ou une institution interne qu'ils estiment similaire (une répudiation égale un divorce, une dot une donation ou pension alimentaire). Les juges peuvent encore arguer selon des valeurs personnelles ou selon celles qu'ils estiment dominantes si la définition de la norme par la loi est absente ou

²⁷ Erik Jayme, *Identité culturelle et intégration : Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé*, collection Recueil des cours 251, Martinus Nijhoff, 1995.

²⁸ Daniel Gutmann, *Le sentiment d'identité : Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, LGDJ, 2000 ; Charles Taylor, *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity*, Cambridge (Mass), Harvard University Press, 1989.

²⁹ Alison Dundes Renteln, *The Cultural Defence*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁰ Christelle Landheer-Cieslak et Anne Saris, « La réception de la norme religieuse par les juges de droit civil français et québécois : étude du contentieux concernant le choix de la religion, l'éducation et la pratique religieuse des enfants » (2003) 48 : 4 RD McGill 671 à la p 719 et s.

imprécise (surdétermination³¹). Comme le souligne le professeur Luc B. Tremblay, le décideur

aborde le texte [...] en apportant inévitablement avec lui ses attentes, ses préjugés, ses précompréhensions, ses croyances, ses présuppositions, bref, la *préconception* qu'il a du texte, du droit, du monde en général, de la morale, de la politique, de la métaphysique, de la nature humaine, de la psychologie, de l'histoire, de la religion, etc³².

II. Une recherche sur des causes de droit familial déposée par des parties musulmanes

Les résultats ci-après exposés sont issus d'une recherche qui étudie le traitement, par des juges du Québec, d'Ontario, du Royaume-Uni et d'Espagne³³, de litiges conjugaux et familiaux portés par des parties se référant à des normes et pratiques, culturelles ou juridiques, musulmanes (diverses formes de divorce, de paiement de dot et de division des biens ; autorité parentale ; garde et éducation des enfants). Pour la période de janvier 1997³⁴ à juillet 2007³⁵, cette recherche vise à étudier comment des interprètes centraux de l'application des normes que sont les juges de droit familial prennent en considération ces normes et pratiques. Le droit de la famille est un champ propice à l'examen du traitement d'univers autres par des juges, car l'institution familiale est un lieu de reproduction de cultures minoritaires et la cellule familiale un lieu de coexistence de

³¹ Gérard Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993.

³² Luc B Tremblay, « L'interprétation téléologique des droits constitutionnels » (1995) 29 : 2 RJT 459 à la p 492.

³³ *Les pratiques familiales musulmanes selon des juges*. Subvention CRSH 2007, directrice D Helly, co-chercheurs A Bunting (Droit, York University), F Colom (Philosophie, CSIS, Madrid), A Saris (Droit, UQAM), assistantes: Marianne Hardy-Dussault, Flore Valluis, Valérie Scott, Al-Rahim Moosa, Julie Ranger et Julie-Anne Archambault.

³⁴ Durant les années 1970-80, le flux d'immigrés musulmans au Québec n'est pas significatif, il croît à partir de 1987 (Denise Helly, « Canada : Flux migratoires des pays musulmans et discrimination de la communauté islamique » dans Ural Manço, dir, *Reconnaissance et discrimination : Présence de l'islam en Europe occidentale et en Amérique du Nord*, Paris, L'Harmattan, 257). Présument d'une période d'accoutumance nécessaire au système juridique local, nous avons choisi la date de 1997 pour inclure des causes que ces nouveaux immigrants auraient pu déposer devant les tribunaux de la province.

³⁵ Selon les mots-clés en anglais, français et espagnol: islam, sharia, musulman, islamique, nom et origine nationale et ethnique de tout pays musulman, *kafalah*, *tabanni*, *makfoul*, *kafil*, *kufala*, *special guardianship*, *maher - mahr*, dot, *talak*, *khul*, *ajr* (cadeau de mariage), *sadaqa*, *faridah*, *muajjal* (partie de dot payée lors mariage), *muwajjal* (partie payée en différé), polygamie, arbitrage, médiation, imam, sunnite, chiïte, ismaélien, soufi.

valeurs de diverses sources (individuelle, communautaire et étatique). En sus, les droits étatiques et religieux coexistent souvent en droit de la famille.

Selon le recensement de 2001, les personnes se déclarant de confession musulmane représentent deux pourcent de la population canadienne. Dans le cas du Québec où résident 108 600 musulmans à la même date, à partir de deux banques de données, Westlaw Canada et Azimut, on recense 157 jugements provenant de la Cour du Québec, de la Cour supérieure ou de la Cour d'appel dans lesquels une référence à un élément musulman ou à un pays musulman est présente. Une fois retirés les cas de personnes de confession judaïque, maronite, melkite ou grecque orthodoxe (huit) et les cas sans précision sur la confession des parties, notamment d'immigrés libanais (treize), l'échantillon à étudier comprend 136 jugements. De ces 136 jugements, soixante-cinq contiennent une référence explicite par les parties à une valeur, une pratique, une norme ou une loi musulmanes et soixante et onze n'en incluent aucune.

La moitié des causes a été initiée par des émigrés du Maghreb, quelques unes par des natifs d'origine canadienne française et aucune par un descendant d'immigrés né au Canada. Les immigrés sont principalement d'origine libanaise, syrienne, iranienne et pakistanaise et les parties initiant les causes sont principalement des femmes. Des 136 jugements, quarante-sept portent sur un divorce et des mesures accessoires (pension alimentaire et partage de biens), treize sur la nullité d'un mariage célébré au Québec ou à l'étranger, huit sur des *kafalah*, dix-neuf sur l'accès, la garde et/ou l'éducation d'enfants et le reste, en majorité, sur une division de biens. Quant aux soixante-cinq causes référant explicitement à une pratique juridique musulmane, trente et une concernent des divorces et annulations de mariage à l'étranger, vingt-huit des litiges au sujet de la garde ou/et de l'éducation d'enfants, et six des *kafalah*. La *kafalah* peut être définie comme une délégation d'autorité parentale, une prise en charge permanente ou une protection formelle³⁶ d'un mineur, orphelin ou abandonné, ou encore une « tutelle officieuse » selon les termes d'une loi tunisienne la décrivant³⁷.

Dans le présent article, nous décrivons uniquement les résultats de l'analyse des dossiers concernant une *kafalah* et ayant fait l'objet de

³⁶ Ana Quiñones Escámez et al, *Kafala y Adopción en las relaciones hispano-marroquíes* [*Kalafa et adoption dans les relations hispano-marocaines*], Madrid, FIIAPP, 2009 à la p17 et s ; A Canac, « Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman » (1959) 2 *Revue Algérienne* 27 [Canac, « Réflexions »] ; J Lapanne-Joinville, « La filiation maternelle en droit musulman malékite » [1952] *Revue Marocaine de Droit* 256.

³⁷ *Loi n° 1958-0027 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse [kafalah] et à l'adoption [Loi n° 1958-0027]*.

décisions judiciaires au Québec entre 1997 et 2009. Trois *kafalah* ont été prononcées au Maroc, une au Pakistan et deux en Algérie. Cependant, on dispose de huit jugements concernant une *kafalah*. En effet, à la suite d'un jugement rendu en 2006, un couple d'émigrés d'Algérie a déposé deux requêtes ayant donné lieu à un jugement, l'un en 2008 et l'autre en 2009. Bien que ces deux derniers jugements aient été rendus en dehors de la période initialement déterminée pour cette étude, ils ont été inclus dans la présente analyse qui porte donc sur huit jugements rendus entre 1997 et 2009. Cette analyse du statut accordé par des juges à une différence normative convoquée par des préceptes issus de sociétés de culture islamique ou de la religion musulmane montre un traitement fort différent dont on ne sait s'il faut en déduire une incohérence des juges ou une plasticité de la loi.

III. Internormativité, interlégalité de fait

Au Canada, comme dans toute autre société existent des formes d'internormativité non codifiées par des lois étatiques, notamment dans le domaine familial. Une réconciliation de normes juridiques distantes peut être tentée en « facilit[ant] les conditions de migration internormative entre les différents ressorts »³⁸. Ainsi, selon la *Loi sur le divorce* de 2002, les tribunaux anglais peuvent exiger la dissolution du mariage religieux avant d'accorder un divorce civil. En 1990, au Canada, sous pression de rabbins, d'ONG et de groupes féminins juifs, un ajout similaire a été fait dans la *Loi sur le divorce* : un tribunal peut suspendre des procédures de divorce entre judaïques tant que l'époux n'a pas accordé le divorce religieux (*get*)³⁹. Une clause similaire existe en Ontario dans la *Loi sur le droit de la famille*⁴⁰. À la suite d'une décision de la Cour suprême en 2007⁴¹, un homme a été condamné à verser 50 000 \$ de dommages à son ex-épouse pour ne pas avoir respecté son contrat d'accorder le divorce religieux et d'avoir gardé la femme « enchaînée » (*agunot*) durant quinze ans, l'empêchant de se remarier religieusement et d'avoir des enfants. Des amendements similaires seraient inutiles dans le cas des femmes

³⁸ Roderick A Macdonald et Alexandra Popovici, « Le catéchisme de l'islamophobie » dans Myriam Jézéquel, dir, *La justice à l'épreuve de la diversité culturelle : Actes du Sixième Symposium de la Chaire de recherche du Canada en études québécoises et canadiennes*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2007, 19 à la p 49.

³⁹ *Loi sur le divorce*, LRC 1985, c 3 (2^e supp), art 21.1.

⁴⁰ LRO 1990, c F3, art 56(5).

⁴¹ *Bruker c Markovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 RCS 607.

musulmanes et représenteraient même un recul de leurs droits, car elles disposent du droit de divorcer sans l'accord d'autrui⁴².

Il existe d'autres formes d'internormativité de fait. En raison du statut privé de la vie familiale dans les systèmes politiques occidentaux et de la capacité des individus de recourir à divers systèmes normatifs et d'inventer des pratiques, il coexiste, au sein d'une société, des codes normatifs différents. Par exemple, l'adoption est une pratique intrafamiliale fréquente dans nombre de sociétés où elle prend des formes différentes selon les systèmes de parenté en vigueur et demeure souvent réglée de manière privée. Les émigrés de pays du Sud recourent peu aux tribunaux étatiques pour demander une reconnaissance juridique de cette pratique en raison du traitement souvent négatif de leur demande.

La préférence des Musulmans, comme d'autres personnes, pour une sanction religieuse ou coutumière lors de la résolution de conflits familiaux se traduit par leur recours à la fois à des tribunaux étatiques et à des instances de médiation islamique⁴³. En Europe et en Amérique du Nord, certains recourent à une instance d'arbitrage religieux pour valider un divorce et à un tribunal étatique pour régler des conflits afférents au divorce (partage du patrimoine, garde des enfants)⁴⁴. En Ontario, depuis 2006, date de modification de trois lois sur la famille, les décisions d'instances d'arbitrage religieux sont légales si les imams, rabbins et autres autorités religieuses rendant des décisions ont suivi une formation en droit canadien. Ces instances répondent essentiellement aux requêtes de femmes demandant un divorce religieux refusé par leur époux (deux cents cas environ par année en Ontario)⁴⁵. À l'échelle canadienne, il existe trois instances formalisées de médiation ismaélienne et une instance de médiation ad hoc dans chaque mosquée importante (mille fidèles et plus).

Au Royaume-Uni, on désigne l'usage d'instances d'arbitrage religieux et de tribunaux privés par le terme d'*Angrezi Sharia* (sharia anglaise). Menski et Yilmaz ont montré comment les musulmans britanniques ont incorporé des règles de la loi anglaise dans leurs pratiques coutumières,

⁴² L. Clarke et P. Cross, *Muslim and Canadian Family Laws: A Comparative Primer*, Toronto, Canadian Council of Muslim Women, 2006.

⁴³ Ronald Inglehart, dir., *Islam, Gender, Culture, and Democracy: Findings from the World Values Survey and the European Values Survey*, Willowdale (Ont), Sitter Publications, 2003.

⁴⁴ Pour diverses interprétations dans le contexte canadien, voir *supra* note 15.

⁴⁵ Christopher Cutting, « Problematizing Public and Private Spheres: Ongoing Faith-Based Practices in Ontario Family Law », Conférence présentée lors de la rencontre annuelle de l'American Academy of Religion Association, Montréal, 8 novembre 2009 [non publiée]. Des instances similaires ne sont pas autorisées au Québec.

notamment en matière de divorce⁴⁶. D'autres auteurs ont commenté cette pratique qui permet à des immigrés de ne pas renoncer à leur tradition et de construire un ordre juridique nouveau. Au Royaume-Uni où vivent près de trois millions de musulmans, existent pour le moins quatre-vingts cinq instances d'arbitrage islamique. Souvent nommées erronément tribunaux islamiques puisque des imams et non des juges y rendent décision, elles sont presque toujours rattachées à une mosquée et à une école religieuse particulière (Hanafi, Maliki, Shafi'i et Hanbali). Certaines sont très actives. L'*Islamic Shariah Council*, sis à Londres, a traité sept milles plaintes de 1982 à 2009-2010⁴⁷. Cependant, seules les décisions du *Muslim Arbitration Tribunal*⁴⁸ ont valeur légale, sauf en matière de divorce civil. Cette instance, présente dans les zones de concentration des résidents de culture musulmane, dispose de bureaux à Birmingham, Manchester, Bradford, Nuneaton et Londres. Autre usage⁴⁹, des émigrés de Turquie au Royaume-Uni aménagent le mariage arrangé en se mariant trois fois : religieusement sans consommer le mariage pour se connaître, civilement en enregistrant leur mariage avec les autorités étatiques et socialement par une réception.

Au Canada anglais, il y a un accord entre avocats musulmans, imams et ONGs musulmanes, selon lequel en matière de partage des biens familiaux lors d'un divorce ou d'un héritage, des parts égales sont allouées aux femmes et hommes comme le veut la loi canadienne. Ce n'est pas la règle patriarcale et islamique d'une moitié de part aux femmes (vu leur non-contribution au budget familial) qui trouve application. En Allemagne, l'article 13 de la *Charte islamique* du Conseil des Musulmans

⁴⁶ David Pearl et Werner Menski, *Muslim Family Law*, 3^e éd, Londres, Sweet & Maxwell, 1998 à la p 75. Ihsan Yilmaz, *Muslim Laws, Politics and Society in Modern Nation States: Dynamic Legal Pluralisms in England, Turkey and Pakistan*, Aldershot (R-U), Ashgate, 2005.

⁴⁷ Islamic Sharia Council, en ligne : Islamic Sharia Council <<http://www.islamic-sharia.org>>.

⁴⁸ Trois autres instances d'arbitrage islamique importantes sont : *B'h am Muslim Family Support Service Shariah Council* à Birmingham, *Muslim Law Shariah Council* à Londres Ouest, *Shariah Court of the UK* à Londres Nord.

⁴⁹ Ihsan Yilmaz, « Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into English Law » (2001) 21 : 2 *Journal of Muslim Minority Affairs* 297 ; Samia Bano, *Complexity, Difference and « Muslim Personal Law »: Rethinking the Relationship between Shariah Councils and South Asian Muslim Women in Britain*, thèse de doctorat en droit, University of Warwick, 2004 [non publiée, archivée au Warwick Research Archive Portal, en ligne : WRAP <<http://wrap.warwick.ac.uk/1205/>>].

d'Allemagne⁵⁰ stipule que l'interprétation locale de la loi islamique signifie le respect des lois allemandes sur le mariage et les successions⁵¹.

IV. Des dossiers de *kafálah* au Québec

Il existe dans les législations occidentales deux formes juridiques d'adoption : l'adoption simple qui ne rompt pas la filiation biologique et l'adoption plénière qui la rompt définitivement et instaure le secret des origines dans certaines juridictions, dont le Québec. L'adoption est prohibée dans les pays musulmans en vertu de deux versets coraniques⁵². Cette interdiction s'explique par le fait que l'adoption contrevient au principe de base du système de parenté agnatique en usage dans ces sociétés, par exemple une filiation fondée sur un lien du sang, et aux règles successorales⁵³. Cependant il existe trois exceptions : l'Indonésie, la Turquie et la Tunisie⁵⁴.

Lors de son témoignage à propos d'un enfant cachemiri recueilli à sa naissance par la sœur de son père et son conjoint, immigré en 2008 au Royaume-Uni et retiré à l'âge de quatre ans de sa nouvelle famille par un travailleur social au nom de la lutte contre le trafic d'enfants⁵⁵, Werner Menski, un anthropologue reconnu des législations d'Afrique et d'Asie du Sud⁵⁶, explique :

36. *The traditional Islamic prohibition against adoption is simply based on a refusal by traditional Islamic scholars (which is in turn based on Islamic textual sources, including the Qur'an, specifically in*

⁵⁰ Conseil Supérieur des Musulmans d'Allemagne (ZMD), Charte islamique : Déclaration de principe concernant les relations des musulmans avec l'État et la société, 2002, en ligne: Conseil Supérieur des Musulmans d'Allemagne (ZMD) <[http://islam.de/sections/sonstiges/events/charta/Charte Islamique.pdf](http://islam.de/sections/sonstiges/events/charta/Charte%20Islamique.pdf)> [*Charte islamique*].

⁵¹ Mathias Rohe, « Shari'a in an European Context » dans Ralph Grillo et al, dir, *Legal Practice and Cultural Diversity*, Surrey (R-U), Ashgate, 2009, 93.

⁵² 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).

⁵³ A Canac, « Réflexions », *supra* note 36. Voir aussi Hadjira Bencheikh Hocine Dennouni, « La Garde : un attribut de la maternité en droit algérien » (1986) 38 : 3 RIDC 897.

⁵⁴ *Loi n° 1958-0027*, *supra* note 37. La Tunisie reconnaît ainsi l'adoption et la *kafálah*. Selon l'art 3 (*ibid*), « La tutelle officieuse est l'acte par lequel une personne majeure jouissant de la pleine capacité civile, ou un organisme d'assistance, prend à sa charge un enfant mineur dont il assure la garde et subvient à ses besoins ».

⁵⁵ Le couple et l'enfant sont musulmans et tous trois citoyens pakistanais. Le retrait de l'enfant fut porté devant les tribunaux et la *kafálah* reconnue valide légalement comme une garde (*custody*). L'enfant fut restitué au couple.

⁵⁶ Werner Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2^e éd, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

verses 33.4-5 and 33.37) to accept the legal fiction of an adoption, whereby a child's bloodline is deemed to be transferred from the birth parents to the adoptive parents. The classical Muslim law clearly lays heavy emphasis on purity of blood and on legitimacy and this is most relevant in relation to property law matters. Naturally, this prohibition against adoption affects boys, in particular, and has potentially huge implications in succession law, a major field of Islamic jurisprudence [...].

37. However, the general position in Islamic law as outlined above does not mean that adoption is totally prohibited or unknown among Muslims. De facto arrangements have always existed as a result of various local customs across the Muslim world. The solution found in Muslim societies is not termed « adoption » but is then rather called « fosterage » or some form of family arrangement for transferring the custody of a child.

38. There is thus a risk that when relevant foreign terms are translated into English as « adoption », by persons who may not be familiar with fine legal distinctions of such technical terms, we associate with this term the same consequences as in English law. That assumption would be quite faulty, since the transfer of a Muslim child's custody results in Muslim law in a concept akin to « Special Guardianship », as it is now known officially in English law, but not in a full-fledged adoption which assumes also a change of bloodline.

59. With reference to the present case, there are apparently just three verses in the Qur'an that touch on the topic of adoption. There are some scholars, as Pearl and Menski (1998: 408) point out, who argue that these relevant verses do not actually prohibit adoption. What these verses reject is merely the full legal fiction that a person's bloodline could be effectively changed by adoption.

60. The most relevant verses are found in book 33, verses 4-5 (The Koran. Translated with an introduction by Arthur J. Arberry, Oxford: Oxford University Press, 1982, p. 427) :

« 33.4. — God has not assigned to any man two hearts within his breast ; [...] neither has He made your adopted sons your sons in fact. That is your own saying, the words of your mouths ; but God speaks the truth, and guides on the way.

33.5. — Call them after their true fathers, that is more equitable in the sight of God. If you know not who their fathers were, then they are your brothers in religion, and your clients ».

61. The only other location in the Qur'an is 33.37, which mentions the issue of touching the wives of adopted sons. This is less clear and

*more to be read, probably, as an indication that adoption did actually exist than that it is prohibited altogether*⁵⁷.

Vu ces préceptes, deux pratiques sont suivies quand des enfants sont abandonnés, orphelins ou très pauvres, ou encore quand un couple est sans enfant. L'une, rapportée par Menski ci-dessus, consiste en un accord familial, souvent défini par les femmes et selon lequel un enfant est donné en garde à un membre de la famille ayant un lien de parenté par le sang avec l'un ou les deux parents. Cette pratique signifie le transfert de la responsabilité de l'enfant à l'apparenté en cause et dans nombre de sociétés elle est une obligation : on doit donner un enfant à un parent qui ne peut pas en avoir. Dans le cas du Pakistan, Menski commente cette pratique :

53. In Azad Kashmir, even more than in Pakistan itself, it is not absolutely necessary to go to a formal Court to bring about the transfer of parental responsibility. A family arrangement within the realm of local custom and in line with — or at least not openly contradicting — Islamic principles suffices to bring about legal validity. The documents that I have been shown therefore document a legally valid transfer of parental authority within a Muslim extended family in Pakistan/Azad Kashmir that took place in the non-state law realm as a matter of fact.

*57. In my view, as already indicated in paragraph 53 above, these documents are sufficient evidence to confirm that a de facto adoption of a newly born child known as Anas within this Muslim family took place with effect from 26 December 2005*⁵⁸.

Une autre pratique plus formalisée est un recueil légal (*kafálah*) accordé par un juge ou un notaire à un recueillant musulman (*kafil*⁵⁹), apparenté ou non, lequel assumera l'éducation de l'enfant (*makfoul*) et pourra lui faire dons et legs. En France, où sont reconnues l'adoption simple et l'adoption plénière, la Garde des Sceaux a défini la pratique comme une « forme de protection de l'enfant, qui permet son éducation et sa prise en charge matérielle durant sa minorité, par une famille musulmane »⁶⁰. Menski rappelle combien ce qui est dénommé intérêt supérieur de l'enfant dans les législations occidentales et dans les conventions internationales est pris en compte lors d'une décision de *kafálah*. Il cite l'exemple pakistanais :

⁵⁷ Werner Menski, « Expert Report. Re: Mohammed Anas: De facto adoption in Azad Kashmir », 16 octobre 2009 aux para 36-38, 59-60 [non publié].

⁵⁸ *Ibid* aux para 53, 57.

⁵⁹ Le pluriel de « *kafálah* » est « *kufala'* » avec une barre horizontale au-dessus du dernier « a ». Les claviers occidentaux ne permettent pas d'inscrire ce signe. Le terme de recueillants comme équivalent de *kufala'* est aussi souvent utilisé.

⁶⁰ *Rép min n° 3703*, Sénat, JO, 21 août 2008, 1698.

Section 17 of the 1890 Guardians and Wards Act provides in this regard:

« 17. *Matters to be considered by the Court in appointing guardian :*

(1) *In appointing or declaring the guardian of a minor, the Court shall, subject to the provisions of this section, be guided by what, consistently with the law to which the minor is subject, appears in the circumstances to be for the welfare of the minor.*

(2) *In considering what will be for the welfare of the minor, the Court shall have regard to the age, sex and religion of the minor, the character and capacity of the proposed guardian and his nearness of kin to the minor, the wishes, if any, of a deceased parent, and any existing or previous relations of the proposed guardian with the minor or his property.*

(3) *If the minor is old enough to form an intelligent preference, the Court may consider that préférence »⁶¹.*

Au Québec, des personnes déclarées recueillants d'un enfant par une autorité judiciaire d'un pays musulman demandent aux tribunaux d'accorder le statut d'enfant adopté à l'enfant. Elles désirent le faire immigrer et/ou lui assurer un statut juridique stable, percevoir les bénéfices sociaux accordés aux parents et organiser la gestion de leurs biens (héritage). Ce sont des immigrants de longue date, devenus citoyens canadiens, des natifs canadiens-français convertis, qui sont allés recueillir un enfant au Maroc ou encore des émigrés récents, dont certains sont arrivés au Québec avec un enfant sous *kafalah*. Des neuf enfants concernés, sept enfants résident au Québec et sont sous tutelle de leur *kafil*. Les modalités d'immigration de ces enfants sont parfois difficiles à élucider.

L'article 14 de l'*Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains* de février 1991, connu sous l'appellation d'Accord Gagnon-Tremblay-McDougall, prévoit que le gouvernement canadien « établit seul les critères de sélection pour les immigrants appartenant à la catégorie de la famille et, le cas échéant, [que] le Québec est responsable de leur application aux immigrants de cette catégorie à destination de la province »⁶². La liste des personnes relevant de la catégorie du regroupement familial, telle que définie par les

⁶¹ Menski, *supra* note 56 au para 46. Au para 52 de ce même document, l'auteur rapporte l'opposition des juges du Cachemire sous juridiction pakistanaise, région aussi appelée Azad Jammu and Kashmir (AJK) : « *AJK Courts have been saying, for example, that they are not willing to consider relevant cases from the Pakistani jurisdiction which would show that Pakistani courts place the welfare of a child above the traditional Islamic presumption of the Muslim father's superior right of custody* » (*ibid* au para 52).

⁶² *Accord Canada-Québec relatif à l'immigration et à l'admission temporaire des aubains*, Québec, 5 février 1991, art 14.

autorités fédérales, est incluse dans l'article 19 du *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers* du Québec qui l'applique aux demandes de parrainage présentées sur son territoire :

19. La catégorie du regroupement familial désigne un ressortissant étranger qui, par rapport à un résidant du Québec, est :

- a) son époux, conjoint de fait ou partenaire conjugal ;
- b) son enfant à charge ;
- c) son père, sa mère, son grand-père ou sa grand-mère ;
- d) son frère, sa soeur, son neveu, sa nièce, son petit-fils ou sa petite-fille, *orphelin* de père et de mère et âgé de moins de 18 ans qui n'est pas marié ou conjoint de fait ;
- e) (*paragraphe abrogé*) ;
- f) une personne mineure qui n'est pas mariée que ce résidant du Québec *a l'intention d'adopter et qu'il peut adopter en vertu des lois du Québec* ;

[...] [nos italiques]⁶³.

Selon l'article 24.1 de ce même *Règlement*, tout résident désirant adopter l'enfant qu'il demande de parrainer doit produire une déclaration du ministre de la Santé et des Services sociaux attestant que celui-ci n'a pas de motif d'opposition à l'adoption de l'enfant.

En somme, la législation fédérale et québécoise en matière d'immigration ne reconnaît pas les enfants sous régime de *kafalah* comme des enfants à charge et les rend inéligibles au parrainage. Elle ne reconnaît pas non plus les enfants sous tutelle comme des enfants à charge. Néanmoins, des enfants sous *kafalah* ont été admis au Québec dans deux cas d'exception. Un enfant⁶⁴ a immigré en 2002 en suivant une

⁶³ *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*, RRQ, c I-0.2, r 4, art 19. Au sens de l'article 1(1)(d.1) du *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers (ibid)*, l'expression « enfant à charge » signifie :

- i. il est âgé de moins de 22 ans et n'est pas marié ou conjoint de fait ;
- ii. il est un étudiant qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter de la date où il atteint l'âge de 22 ans ou il est devenu, avant cet âge, un époux ou un conjoint de fait et il n'a pas cessé d'être inscrit à un établissement d'enseignement postsecondaire agréé par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci en y suivant activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle ;
- iii. il est âgé de 22 ans ou plus et il n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter de la date où il a atteint l'âge de 22 ans ;

⁶⁴ *Adoption (En matière d')*, 2006 QCCQ 8524, [2006] RJQ 2286 (CQ).

procédure interne spéciale rendue publique dans la note sur les procédures d'immigration numéro 2008-14, laquelle permet aux enfants sous *kafalah* faisant partie de la famille de fait d'un candidat à l'immigration permanente d'être admis avec son *kafil* si celui-ci satisfait à certaines conditions⁶⁵. Un enfant⁶⁶ a bénéficié d'un projet pilote du ministère de la Santé et des Services sociaux, responsable du Secrétariat à l'adoption internationale, qui autorisa, jusqu'en 2005, l'immigration d'enfants sous tutelle. Quinze enfants sous *kafalah* ont été admis au titre de ce projet⁶⁷. L'immigration de cinq enfants sous régime de *kafalah* prononcée au Maroc demeure inexplicée.

V. La règle de l'adoption plénière au Québec

Au Québec, sous l'influence des juridictions de common law qui ne reconnaissent que l'adoption plénière, l'adoption rompt le lien de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine et établit le secret sur les origines sous réserve des empêchements de mariage ou d'union civile. L'enfant adopté change de nom et a les mêmes droits et obligations que l'enfant de filiation par le sang⁶⁸.

L'adoption est régie par le *Code civil du Québec* et la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁶⁹. Il existe deux régimes selon le lieu de domicile de l'enfant aux fins d'adoption : l'adoption interne, lorsque l'adopté est domicilié au Québec, et l'adoption internationale, lorsqu'il existe un élément d'extranéité, c'est-à-dire quand l'enfant est domicilié à l'étranger.

Dans le cas d'un enfant domicilié au Québec, les étapes sont les suivantes : (1) Consentement des parents à l'adoption de l'enfant ou déclaration d'admissibilité de l'enfant à l'adoption par le Directeur de la Protection de la Jeunesse (DPJ) qui devient tuteur de l'enfant ; (2) Ordonnance de placement de l'enfant par le tribunal chez les adoptants durant six mois (trois mois dans certains cas d'exception) pour voir si

⁶⁵ Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles, Direction des politiques, des programmes et de la promotion de l'immigration : Service-conseil aux candidats à l'immigration. Note sur les procédures d'immigration, *Traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (KAFALA)*, NPI n° 2008-014, 19 décembre 2008, en ligne : Publications du Québec <<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/>> [*Traitement des demandes*]. Nous n'avons pu savoir à quelle date cette procédure interne a commencé à être appliquée.

⁶⁶ *ZZE (Dans la situation de)*, [2006] RDF 193, [2005] JQ n° 8332 (CQ) [*ZZE*].

⁶⁷ Les informations sur l'immigration des enfants cités ci-dessus nous ont été transmises par des responsables du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles du Québec et par des avocats des parties.

⁶⁸ Art 577-578 CcQ.

⁶⁹ Art 543-584 CcQ ; *Loi sur la protection de la jeunesse*, LRQ c P-34.1, art 71-71.15.

l'adaptation se déroule bien et déclaration par le tribunal de tutelle aux adoptants ou autre personne ; (3) À la fin de la période de probation, une requête en adoption est déposée ; (4) Jugement d'adoption par le tribunal⁷⁰.

Dans le cas d'un enfant non domicilié au Québec, la procédure sera différente si le pays d'origine de l'enfant est partie ou non à la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* ratifiée par le Canada en 2004 et intégrée au droit québécois⁷¹. Le Maroc, l'Algérie et le Pakistan, les pays impliqués dans les décisions répertoriées, ne sont pas parties à la *Convention de La Haye*⁷². C'est pourquoi nous ne présenterons que la procédure concernant les enfants originaires de pays non-parties.

L'adoption d'un enfant originaire d'un pays non-partie à la *Convention de La Haye* peut être prononcée à l'étranger ou au Québec selon ce que prévoit la loi du pays d'origine de l'enfant. Dans les deux cas, depuis 2004, les démarches doivent être effectuées par un organisme agréé par le ministre de la Santé et des Services sociaux à moins qu'un arrêté ministériel ne prévoie autre chose⁷³. Si la loi étrangère prévoit que le jugement d'adoption doit être prononcé au Québec, l'adoptant devra déposer une demande d'ordonnance de placement conjointement avec le DPJ⁷⁴. Cette ordonnance peut exceptionnellement être prononcée si le requérant ne satisfait pas aux articles 563 et 564 CcQ, s'il existe des motifs sérieux ou si l'intérêt de l'enfant le commande⁷⁵. En plus des conditions de base prévues au *Code civil du Québec* qui requiert que l'adoptant soit domicilié au Québec, qu'il soit majeur, qu'il ait au moins dix-huit ans de différence avec l'adopté et qu'il se soit soumis à une évaluation psychosociale, le tribunal devra s'assurer que les règles

⁷⁰ Art 551 et s CcQ ; *Loi sur la protection de la jeunesse*, supra note 69, art 71 et s.

⁷¹ *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, 29 mai 1993, RT Can 1997 n° 12 [*Convention de La Haye*] ; *Loi assurant la mise en œuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, LRQ c M-35.1.3.

⁷² Notons par ailleurs que le Maroc et l'Algérie ont signé la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, RT Can 1992 n° 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990 ; ratification par le Canada : 13 décembre 1991 avec approbation des provinces). Le Maroc a signé cette convention avec une réserve sur le droit de l'enfant à la liberté de religion. Pour la liste des États parties, voir *État présent*, en ligne : HCCH <http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.status&cid=69>.

⁷³ Art 564 CcQ.

⁷⁴ Alain Roy, *Le droit de l'adoption au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 à la p 99.

⁷⁵ Art 568, al 3 CcQ.

prescrites par le droit étranger sont respectées⁷⁶. En particulier, le tribunal devra vérifier si un consentement « en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine »⁷⁷ a été donné par les parents de l'enfant. Le *Code civil du Québec* prévoit ensuite qu'à la fin d'un délai de six mois, le requérant et le DPJ pourront déposer une requête en adoption et, le cas échéant, un jugement d'adoption pourra être rendu par le tribunal⁷⁸.

Si le droit étranger prévoit que le jugement d'adoption doit être rendu dans le pays d'origine de l'enfant, la décision d'adoption devra faire l'objet d'une reconnaissance judiciaire au Québec⁷⁹. En plus de vérifier les conditions de bases mentionnées précédemment, le tribunal devra s'assurer que le consentement à l'adoption de l'enfant a été donné « en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine »⁸⁰. La reconnaissance judiciaire peut, pour des motifs sérieux et si l'intérêt de l'enfant le commande, être accordée même si l'adoptant ne s'est pas conformé aux dispositions des articles 563 et 564 du CcQ⁸¹. La reconnaissance accordée, le jugement d'adoption prend plein effet au Québec.

À ces règles en matière d'adoption interne et internationale s'ajoute l'article 3092 du CcQ qui figure au chapitre X sur le droit international privé et qui trouve application lorsqu'un élément d'extranéité existe, par exemple le domicile étranger de l'enfant ou de ses parents biologiques. Cet article prévoit que le consentement des parents et l'admissibilité de l'enfant à l'adoption sont régis par la loi du domicile de l'enfant tandis que l'effet de l'adoption, tel que la rupture ou non de la filiation, relève de la loi du domicile de l'adoptant.

Dans les dossiers de *kafalah* soumis aux tribunaux québécois entre 1997 et 2009, les requérants sont tous des résidents permanents au Québec⁸², parfois des citoyens canadiens. Ils ont suivi deux stratégies dans le but d'adopter des enfants qui leur avaient été confiés sous *kafalah* : (1) demander la reconnaissance d'une *kafalah* prononcée à l'étranger à titre d'adoption⁸³ ; et (2) demander l'assimilation de la *kafalah* à une tutelle⁸⁴

⁷⁶ Art 546-547, 563 CcQ ; Roy, *supra* note 74 à la p 99.

⁷⁷ Art 568, al 1 CcQ.

⁷⁸ Art 566 CcQ ; Roy, *supra* note 74 à la p 102.

⁷⁹ Art 565 CcQ ; Roy, *supra* note 74 à la p 103.

⁸⁰ Art 568, al 1, 574, al 1 CcQ ; Roy, *supra* note 74 à la p 105.

⁸¹ Roy, *ibid* à la p 105.

⁸² Selon 3147 CcQ, la cour serait aussi compétente si seul l'enfant en cause résidait au Québec.

⁸³ ZZE, *supra* note 66 ; *Adoption — 08581*, 2008 QCCQ 14414, [2008] JQ n° 16340.

ou une ordonnance de placement⁸⁵ en vue, dans les deux cas, d'entreprendre un processus d'adoption interne.

La seconde stratégie repose sur l'argument voulant que l'enfant sous *kafálah* ait changé de domicile, soit parce qu'il est sous tutelle, soit parce qu'il est entré au pays selon un des régimes d'exception en matière d'immigration expliqués précédemment. Advenant qu'un tribunal conclut que l'enfant est domicilié au Québec, le régime d'adoption interne s'appliquerait. Par conséquent, l'article 3092 CcQ, qui prescrit l'application de la loi étrangère au consentement à l'adoption, ne s'appliquerait plus et l'adoption d'enfants par des recueillants musulmans en serait favorisée.

Comme l'adoption et la *kafálah* sont des institutions distinctes, cette stratégie, tout comme la première, semble a priori vouée à l'échec. Comme nous le verrons d'ailleurs, l'argument du changement de domicile de l'enfant a été rejeté, car il aurait permis de contourner le régime d'adoption internationale. En effet, au vu des explications données ci-dessus sur le régime de la *kafálah*, de l'article 20 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* qui définit la *kafálah* comme un moyen de protection de l'enfant différent de l'adoption, et au vu des règles du *Code civil du Québec* sur le respect des règles de la loi étrangère relatives au consentement et à l'admissibilité de l'enfant à l'adoption, il semble impossible de faire produire à la *kafálah* les mêmes effets qu'une adoption. Le Secrétariat à l'adoption internationale indique d'ailleurs aux futurs adoptants que, puisque la loi étrangère doit être prise en compte, il est « impossible d'adopter des enfants originaires de pays prohibant l'adoption, qu'ils soient ou non visés par une *kafala* »⁸⁶. Néanmoins, dans les cas étudiés, des juges ont prononcé l'adoption d'enfants, parfois selon des raisonnements juridiques peu convaincants. Ils ont souhaité régulariser la situation d'enfants sans statut clair et stable.

Pourtant, lorsqu'elle reconnaît une décision étrangère en matière d'adoption, la cour doit s'assurer que celle-ci crée un nouveau lien de filiation. Comme le fait d'ailleurs remarquer le juge D'amour dans l'une des causes étudiées, le législateur a modifié le *Code civil du Québec* en 1993 afin d'exiger du tribunal saisi qu'il « s'assure que ce jugement a pour

⁸⁴ *A c Québec (PG)*, 2007 QCCS 2087, [2007] RDF 528 (CS) [A c Qc].

⁸⁵ *CC (Re)*, [1998] JQ n° 4179 (CQ) (QL), inf par [2000] RJQ 2252, [2000] RDF 624 (CA) [CC (Re) (CQ)] ; *ABM (Dans la situation d')*, [2002] RJQ 1161, [2002] RDF 475 (CQ) [ABM] ; *Adoption (En matière d')*, supra note 64.

⁸⁶ Ministère de la santé et des services sociaux, Secrétariat à l'adoption internationale, *Kafala et adoption* (5 juin 2010), en ligne : Secrétariat à l'adoption internationale <http://www.adoption.gouv.qc.ca/site/fr_adoption_kafala.phtml>.

effet, en vertu de la loi étrangère, de créer un lien de filiation »⁸⁷. Une autre modification, ayant eu lieu en 1987, crée « l'obligation pour les adoptants de faire approuver leur projet avant de se rendre à l'étranger et, de ce fait, éviter que des situations juridiques sans issue soient créées ou que le droit des enfants soit mis en péril »⁸⁸.

VI. Respect contrasté de la différence de norme

En fonction du droit international privé qui participe des principes de réciprocité entre États et qui veut assurer aux individus une stabilité et une prévisibilité de leur statut personnel, le sens et la fonction d'une institution ou d'une loi étrangère doivent être respectés. Aussi, les juges ne peuvent contourner le statut juridique des personnes, mariage, divorce et filiation, dans les pays d'origine ou au Canada. Une protection doit en effet être accordée à qui a organisé sa vie en fonction d'un système juridique et se retrouve à vivre sous un autre système. Mais se posent les questions de la compatibilité des systèmes juridiques en présence et de la compétence du juge. Comme nous l'avons vu en matière de statut personnel au Canada et au Québec, la règle de la loi du domicile s'applique plutôt que celle de la citoyenneté, souvent suivie en Europe continentale, ou que celle du domicile ou de la citoyenneté suivie au Royaume-Uni.

Lors d'une demande de reconnaissance au Canada d'une adoption prononcée à l'étranger, si le pays du demandeur a signé la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale*, l'article 565 CcQ prévoit que la décision d'adoption certifiée conforme à la Convention est reconnue de plein droit par traitement administratif. Or, les pays musulmans ne sont pas signataires de cette convention et seule reste ouverte la voie judiciaire pour qui veut faire produire des effets juridiques à une *kafálah*.

⁸⁷ *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives concernant l'adoption*, LQ 1983, c 50, art 4. La loi visait, selon des notes explicatives du juge Oscar d'Amours, « à améliorer la sécurité juridique des adoptants et des adoptés en clarifiant les règles de droit applicables en matière d'adoption internationale, voir *Droit de la famille — 2954*, [1998] RJQ 1317 à la p 1320, [1998] RDF 380 (CQ) [DF — 2954] ; Carmen Lavallée, « La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en oeuvre en droit québécois » (2005) 35 : 2 RDUS 355 à la p 371. En ce qui concerne la première loi québécoise en matière d'adoption, voir *Loi concernant l'adoption*, SQ 1923-1924, c 75.

⁸⁸ *DF — 2954*, supra note 87 à la p 1321 ; *Loi concernant l'adoption et modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse, le Code civil du Québec et le Code de procédure civile*, LQ 1987, c 44, art 1 [*Loi concernant l'adoption (1987)*].

A. *Respect de la coutume étrangère*

Dans *ABM*, le juge Crête interprète le droit pakistanais comme permettant aux parents de consentir à ce que leur enfant soit confié à des personnes qui entendent obtenir une adoption à l'étranger. Pour ce faire, le juge doit cependant s'en remettre à la coutume et non uniquement à loi. Il doit statuer sur une requête d'ordonnance de placement en vue d'une adoption interne. La requérante désire adopter un enfant avec son conjoint. L'enfant est son neveu maternel et vit avec le couple au Québec depuis deux ans. La requérante dépose une demande d'ordonnance de placement à laquelle le DPJ s'objecte pour les raisons suivantes : le domicile de l'enfant aux fins d'adoption est le Pakistan, lequel interdit l'adoption ; le jugement rendu au Pakistan en est un de garde (*guardianship*) ; le consentement spécial n'existe qu'au Québec, d'où la nécessité d'une demande conjointe des requérants et du DPJ ainsi que d'un recours au Secrétariat à l'adoption internationale⁸⁹.

Pour établir qu'aucune loi n'autorise l'adoption au Pakistan, le Procureur général dépose en preuve une expertise et un document du Haut Commissariat du Pakistan. L'expert, le professeur Khaleel Mohammed de l'Université Brandeis, expose ceci :

29.1. [...] *Adoption is not allowed in Pakistan to Muslims [...]. Pakistan however allows for guardianship under the Guardians and Wards Acts of 1890.*

29.2. *Pakistan will recognize laws of a foreign country but within its own border, the Family Court of Pakistan will allow adoption [...] to Christian parents [...].*

29.3. *The Pakistani court will only issue a permit for guardianship to Muslims in keeping with the letter of the law, although tribal custom will interpret such guardianship to be a parent-child relationship [...]*⁹⁰.

Il poursuit en ajoutant ceci :

*In 1999 visas were allowed for wards to accompany their guardians to the United States, where adoption proceedings were [sic] undertaken and granted. Pakistan recognizes these rulings*⁹¹.

Le sens du terme adoption selon la loi de l'État américain non identifié dans l'extrait n'est pas précisé.

La requérante et son conjoint présentent six documents produits au Pakistan. Elle s'est vue confier la tutelle de l'enfant par sa sœur en vertu

⁸⁹ *ABM*, supra note 85 au para 8.

⁹⁰ *Ibid* au para 29.

⁹¹ *Ibid* au para 30.

d'un jugement rendu le 25 mai 1998 qui la désigne « *guardian to the person of the minor* »⁹². Par affidavit, la mère lui a donné la garde de l'enfant (« *hand over the custody* ») et l'a autorisée « à l'emmener à son adresse au Québec ou à tout autre endroit »⁹³. Cette garde « pour toujours » et cette autorisation ont été confirmées par les deux parents en une déclaration officielle devant notaire public et deux témoins le 15 avril 1998 ainsi que par un « *Deed of adoption* » signé par les deux parents et la requérante le 28 avril 1998⁹⁴.

Le juge fait siennes certaines des conclusions de la Cour d'appel qui, dans un jugement rendu en 2000, qui sera étudié ci-après, retient qu'on ne peut invoquer le domicile actuel de l'enfant pour surseoir aux règles étrangères relatives au consentement et à l'admissibilité de l'enfant à l'adoption et qu'on doit distinguer les règles relatives au consentement à l'adoption, qui sont soumises au droit étranger (Pakistan), des effets de l'adoption qui sont ceux du Québec⁹⁵.

À la suite du dépôt de ces documents et des deux expertises, le juge Crête conclut que les parents biologiques ont donné un consentement éclairé à l'adoption de leur fils par les requérants. Il retient aussi qu'il existe une coutume pakistanaise

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 reconnaîtra⁹⁶.

En ce qui concerne ce dernier point, le juge se réfère à une décision du juge d'Amours dans laquelle ce dernier reconnaît que le droit étranger, en matière de consentement, peut comprendre la coutume⁹⁷. Considérant ce qui précède, le juge Crête conclut que l'enfant est admissible à l'adoption.

La cour commente toutefois le « *Deed of adoption* » présenté par les requérants et qui mentionne que l'enfant pourra hériter de ses parents biologiques :

[C]eci n'affecte en rien la validité du consentement et ne le limite certainement pas. Cette clause ne vise que les effets de l'adoption. Elle ne restreint d'aucune façon l'adoption elle-même. Au contraire,

⁹² *Ibid* aux para 13, 24.

⁹³ *Ibid*.

⁹⁴ *Ibid* aux para 13, 18, 20.

⁹⁵ *Ibid* aux para 16 ; *Droit de la famille — 3403*, [2000] RJQ 2252 aux para 51, 60-61, [2000] RDF 624 (CA) [*DF — 3403*].

⁹⁶ *ABM*, *supra* note 85 aux para 34.

⁹⁷ *Ibid* aux para 34, 37 ; *Droit de la famille — 2906*, [1998] RDF 370, [1997] JQ n° 5760 (CQ) [*DF — 2906*].

elle permet à l'enfant de pouvoir hériter de ses parents même s'il a été adopté. On pourrait aller jusqu'à suggérer au législateur québécois d'amender le *Code civil du Québec* pour permettre à ces enfants adoptés d'hériter de leurs parents, le cas échéant. Ça ne peut être que dans leur intérêt. Actuellement au Québec, pour arriver à cette même fin, il faut que les parents procèdent par testament⁹⁸.

Le juge précise que si les requérants avaient déposé une demande de reconnaissance de *kafalah* comme adoption au sens du droit québécois, il se serait vu contraint de la refuser puisque la loi pakistanaise ne permet pas une rupture du lien de filiation biologique. Mais les requérants ont 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 existe au Pakistan »⁹⁹. Au nom de la coutume pakistanaise citée par l'expert, le juge considère le cas comme une demande d'adoption d'enfant étranger formulée au Québec et relevant d'un consentement spécial au sens de l'article 555 CcQ. Il commande la poursuite des procédures d'adoption, soit l'audition pour ordonnance de placement. Cette décision a retenu l'attention de la doctrine, notamment celle du professeur Goldstein. Selon ce dernier, l'interprétation large du terme *loi*, compris à l'article 3092 CcQ, est « l'un des éléments essentiels d'une solution favorable à l'adoption internationale »¹⁰⁰.

B. Création de catégories et ses limites

Au Royaume-Uni, en 2002, une notion juridique a été introduite dans le *Adoptions and Children Act* pour reconnaître la spécificité de la *kafalah*, soit la notion de *special guardianship*¹⁰¹ (garde légale). L'Allemagne a aussi créé une catégorie hybride d'adoption permettant de donner place à la *kafalah*¹⁰². Tel n'a pas été le cas au Québec. Aussi, comme nous le verrons ci-après, certains juges ont-ils tenté de comprendre cette institution en la rapprochant d'une notion reconnue en droit interne.

En 2007, deux requérants demandent la reconnaissance et l'exécution au Québec de deux décisions émanant d'un tribunal marocain, soit une

⁹⁸ *ABM*, *supra* note 85 au para 19.

⁹⁹ *Ibid* au para 41.

¹⁰⁰ Gérald Goldstein, « Chronique de droit international privé — 2002 » (2002) 15 : 2 RQDI 57 à la p 62 ; Jeffrey A Talpis, *L'accommodement raisonnable en droit international privé québécois*, Montréal, Thémis, 2009 aux pp 38-39.

¹⁰¹ *Adoptions and Children Act 2002* (R-U), 2002, c 38, art 115. En Inde, cela ne fut pas fait pour l'adoption selon le Code de la famille applicable aux hindous.

¹⁰² Isabelle Lammerant, *L'adoption et les droits de l'homme en droit comparé*, Bruxelles, LGDJ, 2001 à la p 274.

ordonnance de *kafálah* et une autorisation d'amener l'enfant au Québec. Les requérants ont la double citoyenneté, canadienne et marocaine, se sont mariés en 1989 et résident au Canada depuis 1976 et 1989. L'enfant est né au Maroc en 2005 et vit dans un orphelinat. En décembre 2005, il est reconnu comme abandonné de ses parents par le tribunal de première instance de Béni-Mellal. En octobre 2006, le même tribunal attribue la prise en charge de l'enfant (*kafálah*) aux deux requérants et les autorise à l'emmener à leur domicile au Québec pour qu'il y réside de manière permanente hors du Maroc. En février 2007, les autorités marocaines nomment les requérants tuteurs de l'enfant. Le requérant confie alors l'enfant à son beau-frère et entame des démarches au Maroc (changement de nom de l'enfant et obtention de passeports aux deux noms de l'enfant) et au Canada. Il s'adresse au ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration, au Secrétariat à l'adoption et au Service de l'adoption des Centres Jeunesse afin de permettre l'entrée sur le territoire québécois de l'enfant¹⁰³.

Dans son jugement en date du 4 mai 2007, la juge Julien souligne que le but recherché par les requérants serait une modification artificielle du domicile de l'enfant afin de le soumettre à la loi québécoise et de favoriser une adoption plénière au Québec¹⁰⁴. Cependant, elle opère un rapprochement entre le droit québécois et le droit marocain en retenant d'abord que les difficultés rencontrées par les requérants ne signifient pas que la *kafálah* « ne doit pas être reconnue à l'instar d'un jugement de garde ou de tutelle » et en avançant que « la kafala prononcée au Maroc dans le respect des règles de la loi marocaine serait proche de l'adoption au sens de la loi québécoise »¹⁰⁵. Elle déclare exécutoires les ordonnances émises par le tribunal marocain, leur donnant plein effet au Québec et rendant possible la venue de l'enfant au Québec. Elle fait de la *kafálah* un régime particulier avec effets *sui generis*, effets qu'elle ne précise pas :

Cette reconnaissance [de jugements marocains] ne soustrait pas A, B et X des démarches nécessaires à un éventuel projet d'adoption ou à l'entrée de X au Canada [...].

Le statut de X est clairement modifié par l'attribution de la Kafala à A. Un lien a été créé. Ce lien s'appellera une prise en charge, une tutelle, une garde légale ou une adoption par analogie à notre propre régime tel qu'entendu par la Cour d'appel. Ce lien ainsi créé, n'est pas en soi contraire à l'ordre public¹⁰⁶.

¹⁰³ *Adoption — 08581, supra* note 83 aux para 16-18, 20-22 ; *MS c Québec (PG)*, 2009 QCCS 3790 au para 7, [2009] RDF 644 [MS].

¹⁰⁴ *A c Qc, supra* note 84 au para 3.

¹⁰⁵ *Ibid* aux para 43, 59.

¹⁰⁶ *Ibid* aux para 35-36.

La juge ne précise pas les effets de sa reconnaissance des ordonnances marocaines sur les processus d'immigration et d'adoption de l'enfant, effets qui demeurent imprécis. Le DPJ avait soulevé deux questions : un tribunal québécois peut-il reconnaître et demander l'exécution de décisions marocaines, dont un jugement de *kafalah* ? Cela ne contreviendrait-il pas aux mécanismes d'immigration et d'adoption existants et ne constituerait-il pas une fraude à la loi ? Un régime de *kafalah* serait-il contraire à l'ordre public¹⁰⁷ ? La juge Julien refuse ces arguments, car la requête ne concerne pas une demande de reconnaissance de *kafalah* à titre d'adoption, mais une reconnaissance à titre de tutelle. Par ailleurs, il ne saurait y avoir fraude, car le requérant ne s'est jamais caché de ses projets et n'est pas de mauvaise foi.

À la suite de cette décision, les requérants multiplient les recours en matière d'immigration et d'adoption. En 2008, ils se voient refuser une reconnaissance de *kafalah* au titre d'« adoption » par la Cour du Québec¹⁰⁸. En septembre 2007, ils reçoivent acceptation par Citoyenneté et Immigration Canada d'une demande de parrainage de l'enfant, puis un rejet de cette demande, le 25 septembre 2007, par la Direction de l'immigration familiale et humanitaire du Québec pour le motif que l'enfant n'est pas un membre de la catégorie du regroupement familial¹⁰⁹. En octobre 2007, ils portent cette décision du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles devant le Tribunal administratif du Québec (TAQ) et, devant la décision négative de celui-ci, déposent une requête en révision judiciaire devant la Cour supérieure¹¹⁰.

Comme le rapporte la juge Julien, le 14 mai 2008, les requérants déposent une demande d'ordonnance de placement de l'enfant devant la Cour du Québec¹¹¹. La juge Proulx de la Cour du Québec a rejeté la requête, mais la Cour d'appel a ensuite infirmé cette décision¹¹². Le 15 mai 2008, les parties se voient refuser une demande de révision administrative d'une décision du ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles jugeant que l'enfant n'est pas dans une situation de détresse (ce qui aurait permis de le faire immigrer même s'il ne satisfaisait pas à toutes les conditions du regroupement familial). À la suite de ce rejet par le juge Chrétien, ils présentent une deuxième

¹⁰⁷ Art 3155(5) CcQ.

¹⁰⁸ *Adoption — 08581*, *supra* note 83.

¹⁰⁹ *MS*, *supra* note 103 aux para 25-26.

¹¹⁰ *Ibid* au para 42.

¹¹¹ *Ibid* au para 43.

¹¹² *Adoption — 10100*, 2010 QCCQ 10528, [2010] RDF 797, inf par *Adoption — 11117*, 2011 QCCA 1129, [2011] JQ n° 7589.

demande de révision judiciaire que la juge Roy juge irrecevable en raison du délai écoulé depuis la décision et du fait que le requérant, à titre de tuteur de l'enfant, n'était pas représenté par avocat¹¹³. En 2009, ils demandent la reconnaissance de l'ordonnance n° 63/08 du 9 novembre 2008 émise par un juge chargé des affaires des mineurs au tribunal de première instance de Béni-Mellal, au Maroc, à l'effet d'autoriser le DPJ à régulariser la situation de l'enfant. Cette dernière procédure fait l'objet d'un jugement, rendu le 13 juillet 2009, par la juge Julien. Elle fait référence aux éléments de preuve de son jugement de mai 2007 :

[L]a kafala [constitue] une « action humanitaire » consistant à « accueillir un enfant indigent dans le but de l'éduquer, de s'occuper de lui matériellement et moralement comme s'il s'agissait de l'un de ses propres fils sans que cela produise des effets sur sa filiation légitime si elle existe »

[...]

Au moment du Jugement, les parties admettaient que la « Kafala » est une institution « structurée, encadrée, sécurisée » de protection de l'enfant¹¹⁴.

La juge s'intéresse ensuite aux effets potentiellement discriminatoires de la loi d'immigration québécoise, et ce, bien qu'elle ne puisse déclarer cette loi invalide puisque le Procureur général n'a pas été avisé qu'une question constitutionnelle serait soulevée. Ladite loi mentionne, au titre des personnes éligibles au regroupement familial, les enfants à charge et les personnes âgées de moins de dix-huit ans. Le répondant respecte toutes les conditions sauf une : les autorités compétentes du pays de destination n'ont pas déclaré par écrit qu'elles ne s'opposaient pas à l'adoption. Comme dans tout cas d'adoption d'enfants domiciliés dans des pays musulmans, la question du consentement des parents biologiques à la rupture de filiation représente un obstacle. La juge présente la jurisprudence de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (fédérale) en la matière et la solution apportée en France. Selon une décision de la Cour de cassation française, les résidents peuvent adopter un enfant sous *kafalah* « à la condition que le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption »¹¹⁵. La juge Julien conclut qu'il s'agit de décider :

si les différentes ordonnances reconnues par la Cour supérieure, incluant l'ordonnance 63/08 du 19 novembre 2008, suffisent à

¹¹³ MS, *supra* note 103 au para 28.

¹¹⁴ *Ibid* aux para 9, 11.

¹¹⁵ *Ibid* au para 65.

prouver le consentement requis par l'article 568 C.c.Q. ou si le consentement donné par les tuteurs suffit¹¹⁶.

Elle ne partage pas le point de vue du Procureur Général à l'effet que l'ordonnance marocaine est contraire à l'ordre public. Elle la rend exécutoire, car le document ne fait que constater que, selon les autorités marocaines, la résidence de l'enfant pris en charge est au Québec et nécessite sa régularisation dans ce pays¹¹⁷. Elle ne se prononce pas sur les effets de sa décision et il faudra attendre pour voir comment cette décision pourra être utilisée par d'autres instances.

La Cour d'appel, dans sa décision, a ordonné le placement de l'enfant en vue de son adoption, déclaré ce dernier « enfant à charge » et confirmé l'autorité parentale des parties. Selon la Cour d'appel, le jugement de *kafalah*, dont la révocation semblait improbable, a pour effet de confier aux requérants la tutelle de l'enfant. Bien qu'au Maroc, il ne soit pas possible de consentir à une adoption qui rompt la filiation, la cour estime que « [c]'est une erreur de faire un absolu de cette disposition fondée sur un précepte religieux »¹¹⁸. Essentiellement, se référant longuement aux propos tenus par la juge Julien, la Cour d'appel retient qu'il faut donner effet aux décisions marocaines qui ont été reconnues et déclarées exécutoires par la Cour supérieure¹¹⁹. Elle a en outre souligné que le tribunal étranger avait autorisé la poursuite des procédures introduites au Québec en vue de régulariser la situation de l'enfant¹²⁰. Pour la Cour d'appel, ce cas très particulier ne relève d'ailleurs pas tout à fait d'une adoption internationale. Les requérants ont plutôt effectué des démarches parallèles :

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 pays¹²¹.

¹¹⁶ *Ibid* au para 68

¹¹⁷ *Ibid* aux para 36-41.

¹¹⁸ *Adoption — 11117*, 2011 QCCA 1129 au para 78.

¹¹⁹ *Ibid*, au para 79 ; *MS*, *supra* note 103 aux para 54-61.

¹²⁰ *Adoption — 11117*, *supra* note 118 aux para 68-76.

¹²¹ *Ibid* au para 81.

Afin d'éviter que les parties de demeurent dans une situation qui paraît contraire au droit de la personne, la Cour d'appel a donc fait preuve de souplesse dans l'interprétation du Code civil¹²².

C. *Respect strict de la loi étrangère*

Dans *CC (Re)* (CQ), la décision rendue par la cour conduit plutôt au strict respect de la loi étrangère et de ses effets. Cette affaire concerne un couple de convertis qui a recueilli quatre enfants selon des décisions de *kafalah* rendues au Maroc entre 1989 et 1997. Ils ont été déclarés tuteurs des enfants par la Cour supérieure en 1997 et ont pu changer le nom (musulman) des enfants. Ces derniers vivent avec eux au Québec et deux sont citoyens canadiens. Le couple dépose auprès du DPJ une requête pour ordonnance de placement des quatre enfants en vue de leur adoption. La requête est considérée irrecevable par le DPJ qui allègue :

l'absence de qualités des requérants pour tenter seuls une telle procédure. Il serait [...] contraire à l'ordre public d'utiliser un acte juridique afin de contourner les dispositions légales québécoises et ainsi écarter l'application des règles particulières aux matières d'adoption d'un enfant étranger¹²³.

D'après le DPJ, le consentement donné en l'espèce par le tuteur est général et non spécial. Il doit par conséquent être reçu par le DPJ qui pourra déclarer l'enfant admissible à l'adoption¹²⁴. Par ailleurs, les enfants ayant été domiciliés au Maroc au moment de la décision de *kafalah*, il s'agit d'une adoption internationale et non d'une adoption interne.

L'adoption au sens reconnu par la législation québécoise n'existe pas au Maroc. Les autorités marocaines ne peuvent ni ne souhaitent prononcer d'adoption d'enfants marocains. Les enfants sont confiés à des « cautions » adultes qui acceptent d'en prendre soin pour une période indéterminée.

[...]

Le changement de domicile des enfants à compter du jugement de tutelle québécois n'aurait 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.

¹²² *Ibid* au para 88.

¹²³ *CC (Re)* (CQ), *supra* note 85 au para 4. Considérant qu'ils n'ont pas de lien de filiation avec l'enfant, en vertu de l'article 825 Cpc, ils doivent demander l'admissibilité de l'adoption au DPJ.

¹²⁴ *CC (Re)* (CQ), *supra* note 85 au para 5.

[...]

Le directeur souligne également le risque de voir se multiplier le nombre de telles procédures de nomination de tuteur aux fins de contournement des lois applicables aux adoptions d'enfants domiciliés hors du Québec¹²⁵.

Les requérants mentionnent que l'article 80 CcQ attribue aux enfants le domicile de leur tuteur et avancent que les règles applicables au consentement et à l'admissibilité à l'adoption devraient être celles du domicile du tuteur¹²⁶. Ils prétendent en outre 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.

Les requérants n'acceptent pas que la décision du tuteur des enfants de consentir à leurs adoptions puissent permettre au directeur de recevoir ce consentement et de confier les enfants aux personnes qu'il jugera en mesure d'en assumer la garde à sa discrétion¹²⁷.

L'avis d'une juriste marocaine citée lors d'une cause jugée en 1993 est rapporté :

« Kafala ». Ceci peut se traduire par « caution » ou « cautionnement » ou encore « remise » en garde.

Il faut constater que l'on est loin de la notion d'adoption 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 [...]. Or, cette sorte d'adoption est interdite par le droit musulman et abolie par le code du statut personnel marocain¹²⁸.

En ce qui concerne le domicile des enfants, le juge Gravel conclut que :

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 [...] est contraire à l'esprit du

¹²⁵ *Ibid* aux para 9, 11, 13.

¹²⁶ *Ibid* aux para 19.

¹²⁷ *Ibid* aux para 22-23.

¹²⁸ *Droit de la famille — 1904*, [1994] RDF 167 aux para 37-38, [1993] JQ n° 2811 (CQ), tel que cité dans *CC (Re)* (CQ), *supra* note 85 aux para 24-25 [*DF — 1904*].

législateur québécois qui nous demande de prendre en compte la compétence des autorités étrangères en matière de filiation¹²⁹.

Le juge Gravel refuse par conséquent la demande de placement, car le domicile des enfants aux fins d'adoption est le Maroc et les conditions régissant l'adoption d'un enfant domicilié hors Québec n'ont pas été respectées. En 2000, la Cour d'appel infirme toutefois cette décision pour des motifs exposés dans une section ultérieure de cet article¹³⁰.

Dans une cause plus récente, un couple demande la reconnaissance comme adoption d'une *kafalah* prononcée en Algérie. Il se voit opposer un refus au nom d'une différence de nature des deux institutions et de l'impossibilité de les assimiler. La juge Durant-Brault expose que :

[L]enfant était domicilié en Algérie et la loi du pays d'origine a été clairement portée à la connaissance du tribunal. Il en appert que, sous peine d'illogisme ou de contradiction flagrante, le tribunal se trouve dans l'impossibilité de reconnaître ce qui serait contraire à la loi étrangère soit une adoption, quelle que soit la portée de la procédure de recueil appelée Kafala¹³¹.

Le dossier est le suivant. L'enfant Z...E. est né en Algérie en 2003 de parents inconnus. Il a été confié aux requérants le 10 mars 2004 par un tribunal algérien. Les requérants le font venir au Québec grâce au projet-pilote du ministère de la Santé et des Services sociaux qui autorise pendant un temps l'immigration d'enfants sous tutelle au Québec. « [Par] lettre datée du 2 juillet 2004 adressée au ministère des Relations avec les Citoyens et de l'Immigration du Québec [...]. Elle [le Secrétariat à l'adoption internationale] atteste que ces derniers ont rempli toutes les conditions requises par la loi québécoise [...] »¹³² et l'enfant est admis en résidence permanente au Canada le 12 mars 2005. Par lettre du 18 mai 2005, le Secrétariat enjoint les requérants de présenter une requête en reconnaissance du jugement de tutelle (*kafalah*) rendu en Algérie.

Les requérants saisissent plutôt le tribunal d'une requête de reconnaissance d'un jugement de *kafalah* comme jugement d'adoption. Ils produisent toute pièce utile, notamment l'acte de leur mariage à Alger en octobre 1990, l'acte de naissance de l'enfant en Algérie, l'évaluation psychosociale, une attestation provenant de la Direction de la Wilaya de Tipaza, alors tutrice déléguée des enfants, qui certifie « que l'enfant a été abandonné définitivement par la mère biologique et placé en "Kafala" chez des requérants domiciliés à Montréal, Québec » ainsi qu'un Acte de

¹²⁹ *CC (Re) (CQ)*, *supra* note 85 au para 39.

¹³⁰ Voir la partie VII.B, ci-dessous.

¹³¹ *ZZE*, *supra* note 66 au para 66.

¹³² *Ibid* au para 12.

recueil légal (*kafalah*), identifié à tort par le traducteur comme un « Acte d'adoption ». Dans ce document, les requérants se sont engagés « à subvenir, sur leurs fonds propres à ses besoins essentiels, à le loger, le nourrir, le vêtir, l'éduquer, le soigner et à favoriser toute action pour promouvoir son bien-être »¹³³. Les requérants déposent aussi un document traduit de l'arabe, daté du 14 avril 2004 et octroyant à l'enfant leur nom de famille :

[L]a procureure des requérants a fait valoir que, même s'il est juste de dire que la décision judiciaire prononcée en Algérie en conformité avec sa loi ne constitue pas un jugement en adoption, il y a lieu de reconnaître l'Acte de recueil légal accordé par le tribunal de H. le 10 mars 2004 comme équivalant à une adoption étant donné les conséquences qu'il emporte, 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 compétente¹³⁴.

Le DPJ conteste le bien-fondé de la procédure pour plusieurs raisons dont l'une centrale : « le tribunal ne peut reconnaître une adoption qui, du propre aveu des requérants, n'en est pas une »¹³⁵. Le tribunal entend les représentations des requérants :

Notamment, les requérants, de confession musulmane, nous ont représenté par la voix de leur procureure et coreligionnaire que, dans le pays d'origine de l'enfant, les lois religieuses consacrées par les lois civiles elles-mêmes ne permettent pas de reconnaître l'enfant né hors mariage. Par conséquent, l'enfant né dans un tel contexte (c'est le cas de notre sujet) se voit confié à la Direction de l'action légale, agissant comme tuteur des enfants assistés (pièce R-9), laquelle voit à inscrire l'enfant dans les registres publics sous un nom qu'elle choisit mais sans aucune mention de l'identité des parents biologiques. C'est dire que l'acte de naissance initial, ici produit sous R-4, *n'atteste d'aucun lien de filiation* et ne mentionne aucun nom au titre du père ou de la mère¹³⁶.

Cependant, la juge refuse de considérer la *kafalah* comme un équivalent fonctionnel d'une adoption plénière pour deux raisons. Premièrement, l'enfant n'a jamais été adopté puisque, dans les documents soumis à la cour, on ne retrouve aucune décision ou procédure créant un lien de filiation entre l'enfant et les requérants. Deuxièmement, la preuve démontre que le droit algérien prohibe l'adoption plénière. La juge conseille aux requérants de poursuivre les démarches afin que l'enfant

¹³³ *Ibid* aux para 5-6, 9.

¹³⁴ *Ibid* au para 16.

¹³⁵ *Ibid* au para 17.

¹³⁶ *Ibid* au para 30.

soit déclaré admissible à l'adoption plénière au Québec puisqu'il a été abandonné à la naissance et n'a pas de filiation¹³⁷ et qu'il a légalement son domicile aux fins de son adoption au Québec.

Dans un autre cas de requête visant à faire reconnaître une *kafálah* à titre « d'adoption », encore une fois contestée par le PG et le DPJ, le juge Proulx suit le même raisonnement. À la suite d'un jugement rendu par la juge Julien en mai 2007 donnant un effet à la *kafálah* comme régime de parenté particulier¹³⁸, les requérants présentent une requête en reconnaissance d'un jugement d'adoption le 6 septembre 2007. Le 25 septembre 2007, « un avis de dénonciation de la mise en cause [DPJ] de moyens de non recevabilité pour cause de chose jugée et pour absence de fondement juridique » est déposé¹³⁹. Le requérant plaide, entre autres, que :

- aux fins d'une adoption, on doit appliquer le droit du domicile de l'enfant, soit le droit marocain
- au Maroc, les démarches effectuées par lui et la loi en vigueur ne rompent pas le lien de filiation
- suivant la décision de la Cour d'appel, la Kafala est près du régime d'adoption au Québec¹⁴⁰.

Le PG et le DPJ s'opposent aux conclusions recherchées par le requérant. La procureure du DPJ rappelle l'obligation d'une évaluation psychologique, de « démarches [...] effectuées par un organisme agréé ou seul avec le support du ministre »¹⁴¹ et que « le requérant n'a pas produit de preuve du droit étranger [...] ou encore démontré qu'il y ait rupture du lien de filiation »¹⁴². Elle précise encore qu'aucune preuve n'a été présentée de l'intérêt de l'enfant à être adopté et

que les dispositions relatives à l'adoption sont de l'ordre public et que par conséquent, un jugement en reconnaissance ne peut être prononcé que si les conditions prévues sont rigoureusement respectées. Faire autrement, dit-elle, serait de faire primer l'intérêt de l'enfant sur les conditions de l'adoption prévues [*sic*] le législateur¹⁴³.

¹³⁷ L'article 559 CcQ permet de déclarer admissible à l'adoption un enfant de plus de trois mois, sans filiation maternelle, ni paternelle.

¹³⁸ *A c Qc, supra* note 84.

¹³⁹ *Adoption — 08581, supra* note 83 au para 3.

¹⁴⁰ *Ibid* au para 27.

¹⁴¹ *Ibid* au para 28.

¹⁴² *Ibid* au para 29.

¹⁴³ *Ibid* au para 32.

Elle prétend enfin « que les dispositions de l'article 574 CcQ ont été modifiées après la décision de la Cour d'appel et que maintenant, il y est ajouté que les consentements doivent avoir été donnés "en vue d'une adoption et de rompre le lien de filiation" »¹⁴⁴.

Selon le juge Proulx, « la preuve démontre [...] que le requérant a assumé tous les coûts reliés à l'enfant depuis sa prise en charge. Il se rend au Maroc régulièrement pour voir l'enfant »¹⁴⁵. Le juge rappelle « une règle absolue soit que toute décision concernant l'enfant soit prise dans son intérêt et le respect de ses droits », mais sans que cet intérêt prime « sur l'application des dispositions législatives »¹⁴⁶. Il ajoute que la preuve « ne permet pas non plus de définir où se situe le meilleur intérêt de cet enfant [qui] ne sait toujours pas que les donneurs de soins ne sont pas ses véritables parents et [...] qui évolue en milieu marocain dans une société à laquelle il appartient »¹⁴⁷. Le tribunal souligne qu'il est de l'obligation du requérant de produire la Loi étrangère devant la cour afin que celle-ci puisse être évaluée et W « soumise au contre-interrogatoire des parties »¹⁴⁸, ce que ce dernier n'a pas fait laissant place à l'application du droit québécois. Le tribunal souligne aussi qu'« il est impossible de conclure sur l'impact des décisions marocaines déposées à l'égard du lien de filiation de l'enfant avec ses parents biologiques »¹⁴⁹. Aux yeux du juge Proulx, on ne peut conclure que les consentements donnés conformément à la loi marocaine l'ont été en vue d'une rupture de filiation. Il expose sa décision :

Le recours présenté par le requérant en est un en reconnaissance d'un jugement d'adoption. La Cour considère qu'il a failli à démontrer que la décision rendue par les tribunaux marocains est de nature d'une adoption et à respecter les termes et exigences de la loi québécoise. Par conséquent, la Cour doit rejeter les prétentions des requérants¹⁵⁰.

La cour, cependant, réserve aux parties tout autre recours relatif à l'adoption.

¹⁴⁴ *Ibid* au para 33.

¹⁴⁵ *Ibid* au para 25.

¹⁴⁶ *Ibid* aux para 34-35.

¹⁴⁷ *Ibid* au para 37.

¹⁴⁸ *Ibid* au para 44.

¹⁴⁹ *Ibid* au para 40.

¹⁵⁰ *Ibid* au para 54.

D. Analogie entre institutions étrangères et du for

L'idée d'analogie entre pratiques, par exemple qu'une répudiation égale un divorce, une dot une donation ou pension alimentaire, peut être suivie par des juges. En Amérique latine, lors de résolution de conflits autochtones, on utilise l'expression *justicia intercultural*¹⁵¹ pour désigner la recherche de l'équivalent de notions et normes fondamentales du droit positif, sans s'en tenir à des principes de justice marqués culturellement, comme les droits individuels et l'égalité des sexes. Par exemple, en cas de crime, la conception autochtone réfère à une rupture de la paix dans la communauté et non à une faute ou à une culpabilité individuelle. Le type de résolution du conflit n'est donc pas l'amende ou l'emprisonnement, mais la restauration de l'harmonie par un rituel et l'assignation d'une tâche. Pareillement, la notion d'équité procédurale ou de justice naturelle peut être rendue par la notion d'absence d'abus d'autorité et d'arbitraire. Et des principes universels transculturels peuvent être le droit à vie, l'interdiction d'esclavage et de torture, et la « légalité » des procédures, des délits et des peines.

Aux Pays-Bas, depuis 2002, le ministère des Affaires sociales assimile *kafalah* et famille d'accueil s'il est prouvé que les parents biologiques (demeurés à l'étranger souvent) ne participent pas à l'éducation des enfants¹⁵². Dans les cas de divorce, le contrat de mariage musulman, qui inclut le paiement d'un *maher* et le régime de séparation des biens des époux, est souvent reconnu comme un contrat privé et le paiement du *maher* ordonné.

Au Québec nous ne trouvons aucun cas où un raisonnement par analogie aurait permis le respect de la spécificité de l'institution étrangère qu'est une *kafalah*. Mais, existe-t-il dans le droit civil québécois une institution permettant de tenir compte du régime de *kafalah* ? Assimiler *kafalah* et famille d'accueil ne résoudrait pas l'impossibilité des recueillants de faire immigrer les enfants dont ils sont responsables, ni celle de les adopter selon le droit québécois. La tutelle ne semble pas plus pertinente, et ce, pour deux raisons. Les enfants sous tutelle ne sont pas éligibles au parrainage et ne peuvent immigrer au Québec. Ils ne sont pas admissibles à une adoption plénière si le pays de leur domicile refuse la rupture de la filiation biologique.

¹⁵¹ Francisco Colom González, « Justicia intercultural. El pluralismo jurídico y el potencial de la hermenéutica normativa » (2009) 33 RIFP 7.

¹⁵² André J Hoekema, « Does the Dutch Judiciary Pluralize Domestic Law ?, dans Grillo et al, dir, *Legal Practice and Cultural Diversity*, Surrey (R-U), Ashgate, 2009, 177 à la p 181.

L'impossibilité de reconnaître la pratique de parenté de la *kafálah* comme une adoption au sens du droit québécois crée un écueil. Les juges ne peuvent pas répondre aux vœux des requérants, des vœux qui semblent pourtant légitimes aux yeux de la plupart des juges.

VII. Effacement de la différence ou création de nouvelles normes ?

Comme nous l'avons vu, des requérants tuteurs d'enfant sous *kafálah* plaident que le domicile de l'enfant est au Québec. Ils cherchent à éviter les effets du domicile de l'enfant à l'étranger qui rendent la loi étrangère seule applicable aux conditions d'adoption. En vertu de l'article 80 CcQ, le domicile d'un enfant mineur est celui de son tuteur. En principe, si le tuteur a son domicile au Québec, l'enfant peut devenir objet d'une adoption interne. En effet, pour qu'un enfant soit admissible à une adoption interne, il faut le consentement de ses parents ou, en cas de décès de ceux-ci, consentement du tuteur ou, si impossibilité de consentement des parents ou du tuteur, émission d'une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption. On voit toutefois que ce mécanisme ne permet pas d'effacer tout élément d'extranéité, car le consentement des parents, s'ils ne sont pas décédés, demeure nécessaire ou, dans le cas d'un enfant abandonné, une déclaration judiciaire d'admissibilité à l'adoption est requise.

A. Oblitérer l'élément d'extranéité

Dans une affaire jugée en 2006, des parties convainquent une juge qu'il y a changement de domicile à la suite de leur tutelle d'un enfant et que l'application de la loi étrangère peut être évincée¹⁵³. Alors qu'elles étaient domiciliées en Algérie, les parties ont obtenu une décision de recueil (*kafálah*) concernant un enfant né en 1995. En 2002, elles émigrent au Québec avec l'enfant¹⁵⁴ et déposent une requête d'ordonnance de placement en vue de l'adopter. Le DPJ s'oppose à la requête, car selon la loi algérienne l'enfant n'est pas admissible à adoption.

La juge Bernier admet l'argument. Elle conclut que dans le cas d'une personne domiciliée en Algérie qui y obtient une *kafálah* et émigre légalement au Québec avec l'enfant, il y a un changement effectif de domicile et la demande d'adoption relève de l'adoption interne¹⁵⁵. Les

¹⁵³ *Adoption (En matière d')*, supra note 64.

¹⁵⁴ Selon la procédure prévue dans *Traitement des demandes* (supra note 65), il est prévu qu'un enfant sous *kafálah* répondant à certains critères peut immigrer avec ses parents de fait.

¹⁵⁵ *Adoption (En matière d')*, supra note 64 au para 44.

requérants et l'enfant ont eu le même domicile en Algérie et au Québec et aucun élément d'extranéité ne justifie l'application des règles de droit international. Comme le fait remarquer la juge Bernier, les requérants étaient domiciliés en Algérie au moment de la décision de *kafalah*, ils ont suivi les lois applicables dans ce pays et n'ont pas essayé de contourner la loi algérienne et québécoise. Tout soupçon de fraude à la loi, notamment d'immigration, et tout soupçon de trafic sont à écarter¹⁵⁶. Au nom de l'absence d'extranéité, la cour accède à la demande des requérants et déclare que l'admissibilité à l'adoption de l'enfant doit être étudiée en fonction des règles applicables à une adoption interne¹⁵⁷.

La juge contourne-t-elle le sens du domicile donné par l'article 3092 CcQ aux fins d'adoption ? Les faits particuliers de cette affaire permettent-ils de retenir une solution qui se distingue de celle retenue par les autres juges en matière de *kafalah*, notamment la Cour d'appel ? De plus, la Cour ne s'interroge pas sur la nécessité d'obtenir le consentement des parents ou une déclaration attestée d'abandon de l'enfant, questions qui ne pourront qu'être soulevées un jour. Or, comme montré précédemment, l'examen du droit algérien révélera en principe que les parents ne peuvent consentir à une adoption plénière, une institution non reconnue dans ce pays, et que l'enfant ne peut davantage être déclaré admissible à l'adoption par les autorités algériennes. Mais le droit algérien interdit-il qu'un enfant soit adopté dans un pays autre que l'Algérie ?

De fait, cette décision de la cour semble contrevenir à la *Convention de La Haye* qui exige le consentement des parents pour toute adoption brisant le lien de filiation avec leur enfant. La *Convention de la Haye* prévoit que l'État d'origine doit s'être assuré :

- 1) que les personnes, institutions et autorités dont le consentement est requis pour l'adoption ont été entourées des conseils nécessaires et dûment informées sur les conséquences de leur consentement, en particulier sur le maintien ou la rupture, en raison d'une adoption, des liens de droit entre l'enfant et sa famille d'origine ;
- 2) que celles-ci ont donné librement leur consentement dans les formes légales requises, et que ce consentement a été donné ou constaté par écrit ;
- 3) que les consentements n'ont pas été obtenus moyennant paiement ou contrepartie d'aucune sorte et qu'ils n'ont pas été retirés, et

¹⁵⁶ *Ibid* aux para 50-56.

¹⁵⁷ *Ibid* aux para 70-71.

4) que le consentement de la mère, s'il est requis, n'a été donné qu'après la naissance de l'enfant ; [...] [nos italiques]¹⁵⁸.

Selon la *Convention de la Haye*, la reconnaissance de l'adoption comporte celle du nouveau lien de filiation. Si l'État d'accueil exige une adoption plénière, l'article 26(1)(c) prévoit que le lien préexistant de filiation est alors rompu. Lorsque, dans l'État d'origine où l'adoption a été prononcée, l'adoption n'est pas plénière, elle peut néanmoins être convertie en adoption plénière dans l'État d'accueil qui reconnaît l'adoption si les conditions suivantes énoncées à l'article 27(1) sont réunies : « a) si le droit de l'État d'accueil le permet ; et b) les consentements visés à l'article 4, lettre c) et d), ont été donnés en vue d'une telle adoption »¹⁵⁹. Qualifier le cas d'adoption interne en vertu du domicile de l'enfant au Québec ne clôt donc pas le dossier.

B. Analogie simplificatrice et nouvelle norme ?

Dans l'affaire *CC (Re) (CQ)* précédemment mentionnée, la Cour d'appel refuse de changer le domicile d'enfants sous régime de *kafalah*¹⁶⁰. Cependant, la détermination du domicile d'un enfant aux fins d'adoption n'est pas la seule étape en vue de son adoption et elle ne permet pas de conclure à la position des juges en matière de refus ou de respect d'une différence de norme. De fait, les juges refusent cette différence et tentent d'assimiler la *kafalah* à l'adoption pour lui donner effet en sol québécois.

Le couple de natifs convertis ayant recueilli quatre enfants marocains sous *kafalah* et s'étant vu refuser une requête pour ordonnance de placement en vue de leur adoption porte sa cause en appel. Il plaide que : (1) Les enfants étant maintenant domiciliés au Québec, les règles de l'adoption d'enfants domiciliés à l'étranger ne s'appliquent pas ; (2) Les autorités marocaines ont consenti au changement de domicile des enfants en les leur confiant comme recueillants résidant à l'étranger ; et (3) Selon l'article 80 CcQ, l'enfant mineur est domicilié chez son tuteur¹⁶¹. Les questions en litige sont à nouveau : quel est le domicile des enfants aux fins de leur adoption ? Le droit marocain invoqué pour s'opposer à une procédure d'adoption a-t-il été prouvé ? Si oui, interdit-il de briser le lien de filiation d'origine ou d'en créer un additif ?

En septembre 2000, la Cour d'appel rend jugement à propos d'un des enfants, jugement qui vaudra pour les trois autres. Elle casse la décision

¹⁵⁸ *Convention de La Haye*, *supra* note 71, art 4.

¹⁵⁹ *Ibid*, art 27(1).

¹⁶⁰ *CC (Re) (CQ)*, *supra* note 85.

¹⁶¹ *Ibid* au para 40.

du tribunal de première instance¹⁶², rendue par le juge Gravel, auquel elle renvoie le dossier pour qu'il prononce l'ordonnance de placement et que le processus d'adoption se poursuive¹⁶³. La Cour d'appel précise que pour respecter les normes internationales de la *Convention de La Haye*, on ne saurait « invoquer le domicile actuel des enfants pour prétendre que l'adoption doit se faire en ignorant les règles relatives à l'adoption internationale »¹⁶⁴. Cependant, selon la cour, rien dans la preuve présentée n'indique que le droit marocain interdise l'adoption et la prétention selon laquelle il n'y a pas d'adoption en droit musulman « est loin d'être évidente »¹⁶⁵. Elle refuse d'assimiler la *kafálah* à la tutelle et conclut à une équivalence entre *kafálah* et adoption, sauf dans les effets sur la rupture de filiation :

[I]l semble que le jugement d'adoption marocain ne rompt pas le lien de filiation d'origine pour en établir un nouveau avec l'adoptant, et ce, pour des motifs religieux.

[...] Avec égards, la preuve au dossier tel que constitué démontre plutôt que ce régime est plus proche de notre droit en matière d'adoption, à une exception près : le lien de filiation avec les parents biologiques ne serait pas rompu. Pour le reste, on constate que les enfants sont remis aux « parents adoptifs » d'une façon permanente, avec tous les attributs de l'autorité parentale. [...] On est donc loin de la tutelle telle que nous la connaissons et beaucoup plus près de notre régime d'adoption¹⁶⁶.

Selon les juges, ce sont les effets d'une décision de *kafálah* en droit marocain et d'une décision d'adoption en droit québécois qui diffèrent. Ils détachent le consentement à une *kafálah* de ses effets, par exemple une impossibilité de rupture de la filiation biologique, soulignant le rapprochement entre *kafálah* et adoption plénière par le fait que le mot « adoption » est utilisé dans la traduction des documents liés à la *kafálah*¹⁶⁷. Cette interprétation particulière et non explicitée du terme « consentement » et la référence à l'effet sémantique d'une traduction défectueuse effacent un des sens de la *kafálah* et fondent aux yeux des juges de la Cour d'appel le droit des requérants à une adoption interne. Pourtant les articles 568 et 574 CcQ et l'article 2 de la *Convention de La*

¹⁶² *Ibid* au para 39.

¹⁶³ *CC (Re)*, [2000] RJQ 2252 (CA), [2000] RDF 624, infirmant [1998] JQ n° 4179 (CQ) (QL) [*CC (Re)* (CA)].

¹⁶⁴ *Ibid* au para 51 ; *Convention de La Haye*, *supra* note 71.

¹⁶⁵ *CC (Re)* (CA), *supra* note 163 au para 60.

¹⁶⁶ *Ibid* aux para 60-61.

¹⁶⁷ *Ibid*.

Haye réfèrent à un consentement à l'adoption « qui a pour effet de rompre le lien de filiation ».

Les juges se réfèrent d'ailleurs à la décision du juge D'amour précédemment mentionnée dans laquelle ce dernier fait mention d'une modification intervenue au *Code civil* en 1987 et qui a eu pour effet d'introduire la règle de conflit maintenant prévue à l'article 3092 CcQ :

Le juge saisi des demandes de placement en vue de l'adoption devait s'assurer que les règles concernant le consentement et l'admissibilité à l'adoption avaient été respectées (art. 574 C.c.Q.). Ces règles sont celles du droit interne marocain. Le juge toutefois n'avait pas à se préoccuper des effets marocains de la décision d'adoption. Le législateur en pareille matière a opté pour une règle inverse de conflit de loi au second paragraphe de 3092 C.c.Q. : « Les effets de l'adoption sont soumis à la loi du domicile de l'adoptant ».

De nouveau, le juge d'Amours résume correctement la situation juridique :

« En d'autres mots, si la Cour est saisie d'une demande en reconnaissance d'un jugement d'adoption, elle n'a pas à s'assurer de la similitude des effets entre les deux lois pour reconnaître le jugement d'adoption car en cette matière, le législateur n'a pas opté pour le cumul des deux lois applicables en cette matière, mais plutôt privilégié l'application de la loi du domicile des adoptants. Humblement soumis, lier la reconnaissance d'un jugement d'adoption prononcé hors Québec au fait qu'il ait les mêmes effets qu'un jugement d'adoption rendu au Québec créerait une obligation pour la Cour que le législateur n'a pas exprimée. Il faut donc en conclure que la Cour n'a pas à apprécier cet élément car de la reconnaissance découle les effets prévus dans notre loi. Les règles actuelles sont donc que la Cour s'assure qu'il s'agit d'une décision en matière d'adoption, que la décision a été rendue judiciairement, que les règles relatives au consentement ou à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées selon la loi de son domicile, que la demande en reconnaissance de jugement est dans l'intérêt de l'enfant et, enfin, que les conditions et étapes d'adoption en regard de l'adoptant ont été respectées »¹⁶⁸.

C. *Standards ou principes interprétatifs généraux et règle de conflit*

1. Le droit à l'égalité : discrimination des Musulmans et des étrangers

Le droit à l'égalité n'est pas invoqué comme argument principal pour tenter de reconnaître la spécificité du régime de *kafalah*. Par contre, il y

¹⁶⁸ *Ibid* aux para 62-63, citant *DF* — 2954, *supra* note 87 aux para 55-57 ; *Loi concernant l'adoption (1987)*, *supra* note 88, art 15-16.

est fait référence dans une cause et il est invoqué en argument subsidiaire dans une autre.

Dans *MS*¹⁶⁹, cause portant sur la reconnaissance d'une ordonnance marocaine permettant la régularisation du statut de l'enfant par le DPJ, la juge Julien examine les arguments des requérants qui considèrent que l'application de législation québécoise en matière d'immigration conduit à un résultat discriminatoire. La législation leur interdit de parrainer l'enfant dont ils sont *kufala*¹⁷⁰ :

[À] l'égard de l'exercice de la *tutelle* ou « *Kafala* » dont il est investi, les autorités administratives du Québec semblent conclure que S... ne peut amener l'enfant dont il a la charge par décisions judiciaires, et dont l'exécution au Québec a été reconnue par le Jugement. Par voie de conséquences, cela signifie que cette tutelle ou « *Kafala* » doit être exercée à distance seulement. Sans en décider, compte tenu du recours en révision judiciaire actuellement pendant, on peut se demander comment les tuteurs peuvent assurer la protection et l'éducation de l'enfant, personnellement et conformément aux responsabilités engendrées par la « *Kafala* » [...], s'il ne vit pas avec eux. Ces devoirs qui leur ont été attribués par décisions judiciaires peuvent-ils être délégués à des personnes n'ayant pas été soumises à l'enquête requise par les autorités marocaines ?

Les décisions rendues jusqu'à présent par les autorités administratives québécoises signifient-elles l'impossibilité pour un citoyen du Québec de se voir confier concrètement la tutelle d'un enfant musulman qui ne serait pas uni à lui par un lien de filiation ? Qu'en est-il pour les enfants d'autres pays et confessions religieuses ? Existe-t-il un effet discriminatoire indirect des dispositions législatives applicables en l'espèce ?

Des questions sérieuses découlent de ces décisions¹⁷¹.

Selon la juge, si ces effets discriminatoires n'étaient pas justifiés, ils pourraient exiger un accommodement raisonnable. En effet, en l'état actuel du droit, un Musulman résidant au Québec *kafil* d'un enfant non apparenté et resté à l'étranger ne peut vivre avec lui. Sa liberté de religion serait restreinte et une forme de coercition culturelle lui serait imposée¹⁷² : « S... pourrait plaider que cette discrimination fondée sur un effet préjudiciable [...] restreint sa liberté de religion dans la mesure où [la mesure législative] le décourage à rester fidèle à sa religion »¹⁷³.

¹⁶⁹ *Supra* note 103.

¹⁷⁰ Rappelons qu'un enfant sous tutelle n'est pas éligible au regroupement familial.

¹⁷¹ *MS*, *supra* note 103 aux para 33-35.

¹⁷² *Ibid* aux para 70-77.

¹⁷³ *Ibid* au para 75.

Pour remédier à pareille discrimination, si reconnue, la juge identifie certaines solutions. L'expression « enfant à charge », utilisée dans le *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*, pourrait recevoir une « interprétation large ou bonificatrice »¹⁷⁴ et ainsi comprendre l'enfant sous *kafalah*¹⁷⁵. Le fait que l'un des objectifs de la *Loi sur l'immigration et le statut des réfugiés* soit « de veiller à la réunification des familles au Canada » et que la *Convention relative aux droits de l'enfant* reconnaît la *kafalah* comme une « forme de protection de remplacement », sont des arguments qui pourraient aussi être invoqués¹⁷⁶.

Dans une cause portant sur une demande d'ordonnance de placement, la juge Bernier invoque subsidiairement un argument de justice qui repose aussi sur les effets discriminatoires qui découleraient de l'application de la législation en matière d'immigration :

Il nous répugnerait de croire qu'un enfant domicilié au Québec par l'effet des lois d'immigration serait exclu de la protection que peut lui apporter une adoption au Québec du seul fait qu'il est né dans un pays qui l'interdit. Décider ainsi nous amènerait à établir une discrimination à l'égard de ressortissants canadiens et québécois du seul fait qu'ils ont déjà vécu ailleurs et que, malgré l'immigration, ils devraient rester soumis aux lois de leur pays d'origine, ce qui serait contraire aux chartes canadiennes et québécoises des droits et libertés de la personne et à la *Convention internationale des droits de l'enfant*¹⁷⁷.

Dans cette affaire, aucune référence n'est faite par les parties à une atteinte à l'ordre public ou à une violation de la *Charte canadienne*¹⁷⁸. En sus, aucun argument à l'encontre des règles de droit international privé ou du droit étranger ne saurait exister puisque la juge a retenu que l'enfant avait son domicile au Québec, écartant ainsi l'application du droit étranger. Cette référence à la *Charte canadienne* révèle les motivations de la juge de justice matérielle envers l'enfant, elle n'était aucunement mandatée par le raisonnement juridique suivi. Par ailleurs, on peut

¹⁷⁴ La juge réfère à l'article suivant : José Woehrling, « L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse » (1998) 43 : 2 RD McGill 325 à la p 359.

¹⁷⁵ *MS*, supra note 103 aux para 78-79 ; *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*, supra note 63, art 1 (1) (d.1), 19.

¹⁷⁶ *MS*, supra note 103 aux para 80-81 ; *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, LC 2001, c 27, art3(1)(d) ; *Convention relative aux droits de l'enfant*, supra note 72, art 20(3).

¹⁷⁷ *Adoption (En matière d')*, supra note 64 au para 67.

¹⁷⁸ *Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la Loi Constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

considérer que la motivation de justice invoquée est limitée à un univers moral particulier et s'avère peu attentive à l'ordre juridique étranger en cause, par exemple la loi algérienne qui définit la justice du traitement de l'enfant d'une autre manière.

2. Intérêt supérieur de l'enfant *versus* respect du droit étranger

Tant en matière d'adoption interne qu'internationale, une règle fondamentale s'applique : le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁷⁹. Selon l'article 21 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*¹⁸⁰ et selon l'article 1 de la *Convention de la Haye*¹⁸¹, l'intérêt supérieur de l'enfant est le fondement de l'adoption. Il réfère aux facteurs de son développement optimal au plan psychique, affectif et relationnel, dont au premier plan la qualité du lien entre lui et ses parents d'origine et ses parents substitués au moment du prononcé de l'adoption¹⁸².

Alors que des parties invoquent le standard de l'intérêt supérieur de l'enfant, certains juges refusent cet argument. Ces juges soulignent que l'article 543 CcQ commande que l'adoption soit faite dans l'intérêt de l'enfant et que les conditions prévues par la loi soient respectées. Dans le cas d'une *kafalah*, l'intérêt de l'enfant et le respect des institutions du droit étranger musulman s'opposent. Selon eux, l'intérêt de l'enfant ne devrait pas permettre de contourner les règles de droit et le sens des institutions étrangères, pas plus que d'aller à l'encontre de la volonté des parents biologiques ou de l'État d'origine de l'enfant. Aussi, selon leur raisonnement, reconnaître la *kafalah* comme tutelle, puis plaider le changement de domicile pour permettre l'adoption interne de l'enfant peut-il être qualifié de fraude à la loi, comme l'avancent invariablement le DPJ et le PG du Québec dans les causes étudiées ? Il s'agit non seulement

¹⁷⁹ Soit ses besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques, son âge, sa santé, le milieu familial. Voir Claire Bernard et Danielle Shelton, dir, *Les personnes et les familles*, 2^e éd, t 1, Montréal, Adage, 1995, module 1 à la p 1 ; art 3, 543 CcQ.

¹⁸⁰ *Convention de La Haye*, supra note 71 ; *Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, RT Can 1992 n° 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990 ; ratification par le Canada : 13 décembre 1991 avec approbation des provinces). Cette dernière convention reconnaît à l'enfant d'ici ou d'ailleurs le droit de porter un nom, le droit d'avoir une nationalité, le droit d'être consulté ou représenté juridiquement, le droit au respect comme personne, le droit à une alimentation et à un logement approprié à ses besoins, le droit à des soins de santé et à des services sociaux, le droit à l'éducation, le droit de jouer et d'avoir des loisirs, le droit d'être protégé.

¹⁸¹ *Supra* note 71.

¹⁸² Carmen Lavallée, « Pour une adoption sans rupture du lien de filiation d'origine : Dans les juridictions de *civil law* et de *common law* » (2008) 146 *Informations Sociales* 132 à la p 133.

d'un détournement des règles de conflits de droit international privé, mais d'une dénaturation du régime de *kafálah*.

Menski ne partage nullement cet avis. Dans le cas de l'enfant cachemiri retiré à ses parents « adoptifs » au nom de trafic d'enfant, il invoque l'intérêt supérieur de l'enfant :

67. [...] *The de facto adoption of Anas is in my assessment fully effective in that jurisdiction and does not need to be confirmed by formal court proceedings. There is nothing else that Mr. Mohammad Nawaz and Mrs. Zahra Bibi [Tante paternelle de l'enfant] would have had to do under Kashmiri law to have Anas legally accepted as their adopted son.*

68. *There is therefore no need for the High Court in England in a case such as this one to be concerned about the apparent prohibition of adoption under Islamic law. The important question would rather be whether it would be treated as safer and more appropriate to take steps to grant a formal adoption order under English law, or whether it is sufficient in the present case, through application of international law principles, to grant full legal recognition to what was done in Azad Kashmir, manifestly in the best interests of this particular child.*

69. *Finally, I must add that I am seriously concerned about the wider policy implications of this case, as subtly referred to above in paragraph 29. If a social work department in the UK can simply remove a child from a Muslim family on the basis of an apparent — and actually by now well-known, I should think — misunderstanding about the nature of some Islamic legal provision, in this case adoption, the fall-out of such action in terms of community relations and government policies of inclusion must be considered by the Court, too. English law cannot claim on the one hand that we wish to include people of different backgrounds, and aim for equality, and then proceed to ignore the best interests of certain people's children by simply invading the privacy of a home and snatching away such people's children¹⁸³.*

Carmen Lavallée émet le même avis¹⁸⁴. Elle fait état des débats jurisprudentiels et législatifs en France à ce propos et montre à quel point les solutions proposées sont variées. La loi française prévoit depuis 2001 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 »¹⁸⁵. Le critère de la naissance ne serait pas

¹⁸³ Menski, *supra* note 56 aux para 67-69.

¹⁸⁴ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption : Regards sur le droit français et sur le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 à la p 128 et s [Lavallée, *L'enfant*].

¹⁸⁵ Art 370-73 C civ.

applicable au Canada où en matière de statut personnel puisque le facteur de rattachement est le domicile et non la citoyenneté. Lavallée critique la solution du législateur français : « Le texte voté se veut respectueux des relations interétatiques, mais cette considération semble l'emporter sur l'intérêt concret des enfants abandonnés qui n'ont pas eu la "chance" de naître en France »¹⁸⁶. Elle commente aussi le cas québécois :

Il est de plus en plus évident que la méthodologie traditionnelle de conflit de lois joue un rôle minime dans le processus de l'adoption internationale québécoise [au profit de règles matérielles]. La question tourne surtout autour de l'opportunité de prononcer une adoption en particulier. L'intérêt de l'enfant devient un critère essentiel, mais les moyens de le faire valoir sont contestés. Outre la question du respect de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, certains soutiennent qu'une application respectueuse de la loi du domicile de l'adopté s'inscrit dans le meilleur intérêt de l'enfant [...]. D'autres insistent sur le fait qu'il est nécessaire de favoriser l'adoption dans l'intérêt de l'enfant¹⁸⁷.

Dans l'affaire *CC (Re) (CQ)*, les requérants québécois utilisent le standard du « meilleur intérêt de l'enfant » en appui à leur requête d'adoption d'un enfant dont ils sont les recueillants. Ils prétendent que, puisque l'enfant réside de façon permanente au Québec et qu'on reconnaît le Québec comme domicile aux fins de l'exercice de ses droits civils, il est dans son intérêt que sa situation juridique soit régularisée et qu'il puisse bénéficier des avantages qu'une nouvelle filiation lui procurerait. L'intérêt de l'enfant commande d'interpréter la règle de conflit de façon à appliquer la loi du for qui est plus favorable à l'adoption et à la régularisation du statut de l'enfant. Le juge Gravel refuse toutefois cette argumentation : « Le tribunal souligne qu'il ne peut contrevenir aux dispositions précisément applicables aux adoptions d'enfants domiciliés hors du Québec au nom de l'intérêt des enfants »¹⁸⁸.

Quant aux juges qui accordent une ordonnance de placement, ils ne se prononcent pas ouvertement sur ce conflit. Une seule exception, la juge Bernier qui, dans *Adoption (En matière d')*, invoque des considérations d'injustice par rapport à l'enfant¹⁸⁹.

L'intérêt de l'enfant ne devrait pas permettre de contourner les règles de droit et le sens des institutions étrangères, pas plus que d'aller à l'encontre de la volonté des parents biologiques ou de l'État d'origine de l'enfant. C'est pourquoi reconnaître la *kafalah* comme tutelle, puis plaider

¹⁸⁶ Lavallée, *L'enfant*, *supra* note 184 aux pp 143-44.

¹⁸⁷ *Ibid* à la p 150.

¹⁸⁸ *CC (Re) (CQ)*, *supra* note 85 au para 41.

¹⁸⁹ *Adoption (En matière d')*, *supra* note 64 au para 67.

le changement de domicile pour permettre l'adoption interne de l'enfant peut être considéré, comme l'avancent le DPJ et le PG du Québec dans les cas étudiés, une fraude à la loi. Non seulement s'agit-il d'un détournement des règles de conflits de droit international privé mais aussi d'une dénaturation de la *kafalah*. Sous le prétexte que la *kafalah* est une tutelle, on tente de transformer une adoption internationale en adoption interne. Si on ne peut obtenir la reconnaissance de la *kafalah* comme adoption, on ne saurait tenter d'y parvenir de manière détournée en amorçant un processus d'adoption au Québec, qu'il soit international ou interne. Tel est l'avis de ministère français de la Justice¹⁹⁰.

Prétendre interpréter la notion de domicile de l'article 3092 CcQ en fonction de l'intérêt de l'enfant est présumer de l'intention du législateur de favoriser l'enfant et de désigner le Québec comme son domicile. Cette stratégie révèle une absence de neutralité, d'ailleurs inévitable, de la fonction judiciaire. Comme le souligne Pierre-André Côté¹⁹¹, cette méthode d'interprétation, qualifiée de pragmatique, conduit l'interprète à être sensible aux conséquences d'une décision et aux valeurs et principes qui ont fait partie du contexte d'adoption de la loi. Selon lui, ces présomptions présentent un « caractère politique ». Il commente :

[L]es présomptions d'intention traduisent l'image que l'on se fait des préférences politiques du législateur. A ce titre, elles font implicitement partie du message législatif et elles sont de nature à conduire à l'intention véritable de l'auteur du texte.

Dans beaucoup de cas, cependant, l'emploi des présomptions n'entretient qu'un bien faible rapport avec ce que l'on peut supposer être l'intention véritable de l'auteur du texte. Les présomptions sont en effet utilisées par les juges pour faire porter par le législateur la responsabilité des choix que l'application de la loi exige. Si, d'une part, l'on admet qu'il y a des cas où l'intention du législateur ne peut être découverte, soit en raison du silence de la loi, soit en raison de son obscurité, et qu'il y a aussi des cas où le juge doit tempérer la rigueur de la loi, et si, d'autre part, le rôle du juge doit être, dans tous les cas, de restituer l'intention du législateur, il devient alors inévitable, grâce au mécanisme de transfert que constituent les présomptions d'intention, d'attribuer au législateur la paternité des choix politiques auxquels le juge doit procéder en cas d'insuffisance ou d'incertitude du texte, ou encore lorsque le texte conduit à des résultats manifestement anormaux¹⁹².

¹⁹⁰ CE, *Circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale*, [1999] JO L numéro de 78/4930 art 1.2.1.2., tel que cité dans Lavallée, *L'enfant*, *supra* note 184 à la p 148, n 600.

¹⁹¹ *Interprétation des lois*, 3^e éd, Montréal, Thémis, 1999 à la p 557 et s.

¹⁹² *Ibid* aux pp 559-60.

Au Québec, si certains jugements assimilent ou rapprochent la *kafálah* de la tutelle¹⁹³, le rapprochement avec l'adoption fait par la Cour d'appel n'a pas été suivi. L'adoption d'un enfant sous *kafálah* ne saurait être prononcée lorsqu'un pays ne permet aucunement de consentir à une adoption rompant le lien de filiation et établissant une nouvelle filiation avec les parents adoptifs. Ainsi, la solution du consentement retenue par le juge Crête et la Cour de cassation française ne saurait valoir que si le droit étranger n'invalide pas ce consentement comme contraire à son ordre public. On pourrait certes affirmer que la validité du consentement ne regarde que le droit interne du pays d'origine et non l'examen de la validité du consentement dans le pays d'accueil, mais pareil raisonnement semble incohérent avec l'application de la loi étrangère. Si en raison de l'intérêt supérieur de l'enfant ou d'un principe de justice, on permet un régime d'adoption non reconnu par un droit étranger, d'une part on efface cette différence culturelle, d'autre part on porte atteinte à la prévisibilité du droit au nom d'une justice individuelle.

Conclusion : Tensions, détours et échecs

Selon le droit québécois, le régime de la *kafálah* pose problème. S'il n'est pas assimilé à une adoption plénière, certains estiment que l'intérêt supérieur de l'enfant est ignoré au profit du respect d'accords interétatiques. S'il est assimilé à une adoption plénière, d'autres considèrent que le droit québécois est contourné et qu'une loi étrangère et une pratique culturelle et religieuse sont annulées.

Une solution pourrait venir de négociations avec les pays musulmans afin de permettre le consentement des parents à une adoption plénière afin de régulariser la situation d'enfants dans un nouveau pays d'établissement. Il semble contradictoire que des pays interdisant l'adoption plénière confient en *kafálah* des enfants à des couples domiciliés dans des pays disposant d'un tel régime. Par ailleurs, l'introduction d'un régime d'adoption simple et la levée du secret des origines pour les cas d'adoption internationale pourraient contribuer à la solution du dilemme posé par la *kafálah*. Si l'adoption plénière ou substitutive, par exemple remplaçant une filiation par une autre, est interdite dans les pays musulmans, l'adoption simple ou additive, par exemple ajoutant une filiation à celle biologique, pourrait être admise comme l'illustrent les commentaires d'une juriste marocaine dans le

¹⁹³ CC (Re) (CQ), *supra* note 85 aux para 9-10 ; *Adoption (En matière d')*, *supra* note 64.

dossier *DF — 1904*¹⁹⁴ et la coutume pakistanaise invoquée dans *ABM* et respectée par le juge Crête¹⁹⁵.

On peut aussi avancer qu'une adaptation de la législation en matière d'immigration pourrait être envisagée afin d'octroyer aux enfants sous *kafalah* les mêmes bénéfices qu'à ceux adoptés selon le régime de l'adoption plénière. Deux autres solutions sont encore possibles. Tel que mentionné précédemment, l'inclusion des enfants sous *kafalah* au nombre des « enfants à charge » dans la législation en matière d'immigration permettrait leur entrée au Canada. La création d'une catégorie juridique pour désigner la pratique de la *kafalah*, comme cela fut fait au Royaume-Uni, permettrait de respecter les objectifs du droit international privé et l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le *Adoptions and Children Act* de 2002¹⁹⁶, le Pakistan, le Bangladesh et l'Inde ne sont pas inscrits sur la liste des pays dont les décisions d'adoption sont reconnues¹⁹⁷, mais la création en 2002 de la catégorie *special guardianship* pour reconnaître des effets à une *kafalah* en sol anglais a résolu les difficultés des immigrés musulmans à faire immigrer les enfants sous *kafalah* et à leur accorder un statut juridique clair. L'avant-projet de loi intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*¹⁹⁸ pourrait être amendé afin que le régime de *kafalah* soit reconnu comme une catégorie juridique *sui generis* dont les effets seraient à préciser (succession ou bénéfices sociaux).

En droit civil, il n'est certes pas une tradition établie de créer une catégorie juridique pour désigner de nouvelles réalités sociologiques et la « rencontre et la négociation » aux points de contact entre différents univers normatifs et juridiques, en sont rendues hasardeuses. Seule la juge Julien tente d'être créatrice de droit¹⁹⁹. De fait, la définition de la filiation demeure quelque peu rigide au Québec. La notion de filiation de facto, sociologique et non biologique, n'existe pas en droit civil à la

¹⁹⁴ *DF — 1904 supra* note 128 aux para 37-38, tel que reproduit dans *CC (Re) (CQ)*, *supra* note 85 aux para 24-25.

¹⁹⁵ Néanmoins, en France où existe le régime d'adoption simple, demeurent des difficultés à traiter les dossiers de *kafalah*.

¹⁹⁶ *Adoptions and Children Act 2002*, *supra* note 101.

¹⁹⁷ Duran Seddon, dir, *Immigration, Nationality & Refugee Law Handbook*, Londres, Joint Council for the Welfare of Immigrants, 2006 ; Prakash Shah, « Transnational Hindu Law Adoptions: Recognition and Treatment in Britain » (2009) 5 : 2 Int'l JL Context 107.

¹⁹⁸ Avant projet de loi intitulé *Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, 1^{re} sess, 39^e lég, Québec, 2009

¹⁹⁹ *A c Qc*, *supra* note 84.

différence de la common law et le Québec a refusé l'argument de l'intérêt supérieur de l'enfant pour admettre cette notion²⁰⁰.

Néanmoins, dans l'état actuel du droit, sept des neuf juges impliqués dans les décisions étudiées semblent éprouver un malaise face à l'impossibilité des requérants de se voir reconnaître le statut de parents adoptifs selon la loi québécoise. Le malaise semble encore plus grand quand l'immigration de l'enfant est bloquée depuis des mois ou des années et que les requérants demandent, en fait, de se voir accorder la possibilité de vivre en famille. Selon les termes des codes de la famille musulmans, un enfant sous *kafálah* appartient à sa nouvelle unité familiale et doit être traité comme un enfant biologique.

Les deux autres juges montrent aussi une réticence à refuser l'adoption, car dans le cas d'enfants sous régime de *kafálah*, des inégalités de droit sont créées à leurs yeux. Aussi invoquent-elles un principe de justice pour permettre l'immigration de l'enfant²⁰¹ ou pour accorder à un enfant vivant au Québec « la protection que peut lui apporter une adoption »²⁰². Comme la *kafálah* est assimilée à une tutelle, les droits de l'enfant sous *kafálah* résidant au Québec diffèrent en certains points des droits de l'enfant adopté²⁰³. Et, au-delà de l'aspect légal, la reconnaissance d'une filiation a une importance symbolique pour l'enfant. Sur ce point, ne pourrait-on pas argumenter que le législateur ne saurait avoir voulu créer des effets inégalitaires en légiférant sur l'adoption plénière d'enfants résidant au Québec ? Des parties ont, rappelons-le, invoqué que : « La procédure devant 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 »²⁰⁴.

²⁰⁰ Le Québec a aboli la filiation illégitime et le statut d'enfant bâtard et instauré le droit d'héritage égal pour les enfants naturels et légitimes. Il demeure cependant la seule province canadienne où l'union de fait n'est pas assimilée à un mariage. En common law mais non en droit civil, les conjoints de fait se doivent pension alimentaire et partage des biens depuis plus de trente ans : Lammerant, *supra* note 102. La pluri parentalité a été admise par la Cour d'appel de l'Ontario qui a reconnu l'existence légale de trois parents pour un enfant dont la mère vivait avec une autre femme dans l'affaire *AA c BB* (2007), 83 OR (3^e) 575 (CA).

²⁰¹ *A c Qc*, *supra* note 84 ; *MS*, *supra* note 103.

²⁰² *Adoption (En matière d')*, *supra* note 64 au para 67.

²⁰³ La tutelle d'un mineur se termine à la majorité de l'enfant (art 255 CcQ), elle est révocable (art 254 CcQ) et le tuteur n'a aucune obligation alimentaire envers le mineur sous tutelle (art 599 CcQ)

²⁰⁴ *CC (Re)* (CQ), *supra* note 85 aux para 22.

Tentant de résoudre la question de l'admissibilité à l'adoption plénière d'enfants sous *kafálah*, les sept juges suivent un des trois raisonnements suivants :

1. Des juges font équivaloir *kafálah* et tutelle²⁰⁵, incitant les requérants déclarés tuteurs à tenter une demande d'immigration de l'enfant et une procédure d'adoption interne, deux procédures dont les résultats négatifs sont prévisibles vu la loi existante. Invoquer la tutelle pour changer le domicile selon l'article 80 CcQ semble permettre au juge de conserver une apparence de neutralité.
2. Des juges changent le domicile de l'enfant aux fins d'adoption en vertu d'un autre argument, la non-extranéité, soit la vie commune de l'enfant et de ses *kufala'* au Québec. Selon eux, l'enfant ayant immigré légalement au Québec (par un projet-pilote ou une procédure spéciale), il y a eu changement de domicile et les *kafil* peuvent amorcer une demande d'adoption interne, laquelle se heurtera certainement au refus du DPJ lors de la requête d'une ordonnance de placement.
3. Sauf le juge Crête, des juges n'indiquent pas dans leur décision s'ils ont cherché à établir ou à vérifier la preuve. On ne peut que noter qu'ils ne cherchent guère à savoir si des dérogations sont admises par les États des pays concernés. Ils ne cherchent pas non plus à valider l'expertise parfois apportée par les parties à l'effet que la loi en vigueur dans le pays du domicile de l'enfant aux fins d'adoption permet une assimilation de la *kafálah* et de l'adoption plénière. Il est toutefois peu surprenant que le rapprochement entre *kafálah* et adoption fait par la Cour d'appel n'ait pas été suivi. Il repose sur une preuve déficiente du droit étranger. Si la preuve avait été faite que le droit étranger refusait l'adoption plénière, les deux enfants sous *kafálah* devenus citoyens canadiens auraient dû être déchus de leur citoyenneté.

Selon l'article 2809 CcQ,

[l]e tribunal peut prendre connaissance d'office [...] du droit d'un État étranger, pourvu qu'il ait été allégué. Il peut aussi demander que la preuve en soit faite [...]. Lorsque ce droit n'a pas été allégué ou sa teneur non établie, il applique le droit en vigueur au Québec.

Selon Léo Ducharme, si le droit étranger n'est pas allégué,

le tribunal doit impérativement appliquer le droit en vigueur au Québec, et ce, même en matière d'adoption. S'il est allégué, il lui incomberait, en principe, de décider s'il va en prendre connaissance d'office ou s'il va exiger que preuve en soit faite. En pratique, il

²⁰⁵ *Ibid* aux para 9-10 ; *Adoption (En matière d')*, *supra* note 64.

semble bien que la tendance soit, pour le tribunal, de traiter le droit étranger comme un fait qui doit être prouvé et, s'il ne l'est pas, d'appliquer le droit en vigueur au Québec²⁰⁶.

Ducharme souligne que ce n'est que de façon exceptionnelle que le juge devrait en prendre connaissance d'office, car il s'agit d'une démarche personnelle du juge et ce dernier n'a pas toujours les connaissances requises en droit comparé pour le faire²⁰⁷. Notons toutefois que, comme le souligne Alain Roy dans un ouvrage daté de 2006, la Cour du Québec a déjà conclu qu'en matière d'adoption, le juge doit exiger des parties qu'elles prouvent la teneur du droit étranger, l'absence de règle en la matière ou, le cas échéant, que le résultat de l'application de ces règles est contraire à l'ordre public²⁰⁸. La Cour du Québec a considéré que cette exception découlait de l'article 568 CcQ qui prévoit que les juges doivent s'assurer que

les conditions de l'adoption ont été remplies et, notamment, que les consentements requis ont été valablement donnés en vue d'une adoption qui a pour effet de rompre le lien préexistant de filiation entre l'enfant et sa famille d'origine²⁰⁹.

Les trois voies suivies par les juges n'apportent pas de solution à la demande des parties impliquées dans les différentes décisions analysées. L'un des requérants, comparaisant devant la Commission des institutions le 13 janvier 2010, décrit les écueils auxquels il se heurte pour devenir père adoptif d'un enfant sous *kafalah*²¹⁰. L'enfant qui lui a été confié, né hors mariage de père inconnu, a été abandonné et est sans filiation. Il est donc en principe admissible à l'adoption puisque l'article 559 CcQ permet l'adoption plénière d'un enfant de plus de trois mois, sans filiation maternelle, ni paternelle²¹¹. L'écueil pour le juge est que, enfant illégitime ou pas, Monsieur S. a obtenu au Maroc une *kafalah* pour cet enfant. Aussi, Monsieur S., après cinq années de démarches vaines pour faire immigrer l'enfant dont il est *kafil*, invoque la *Charte canadienne* et la protection contre la discrimination religieuse qu'elle accorde.

²⁰⁶ Léo Ducharme, *Précis de la preuve*, 6^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005 au para 60.

²⁰⁷ *Ibid* aux para 59-62.

²⁰⁸ Roy, *supra* note 74 aux para 109-11 ; *DF — 2906*, *supra* note 97 à la p 373.

²⁰⁹ Roy, *supra* note 74 aux pp 99-100 ; *DF — 2906*, *supra* note 97 à la p 373.

²¹⁰ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 39^e lég, 1^e sess, vol 41, n^o 40 (13 janvier 2010) aux pp 30-33, en ligne : Assemblée nationale du Québec <<http://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/commissions/ci-39-1/journal-debats/CI-100113.html>> [*Journal des débats*, 13 janvier 2010] ; *MS*, *supra* note 103 ; *Adoption — 08581*, *supra* note 83 ; *A c Qc*, *supra* note 84.

²¹¹ *Journal des débats*, 13 janvier 2010, *supra* note 210 aux pp 30-33.

Au Québec, un changement législatif en vue de donner des effets juridiques à la pratique de la *kafálah* conduirait sans doute à un débat qui, considérant le faible nombre de dossiers jugés par des tribunaux québécois en dix ans, ne semble guère se justifier, et ce, même si une réforme de la législation encouragerait plus de recueillants musulmans à présenter une requête en reconnaissance de parents adoptifs. L'autorisation d'entrée d'enfants sous *kafálah* à titre d'enfants à charge ouvrirait peut-être une brèche à des revendications plus affirmées de reconnaissance d'adoption intrafamiliale.

Mais trois enjeux de la non-reconnaissance de la *kafálah* en sol québécois sont plus politiques. C'est l'éventualité de demandes d'accommodements raisonnables par des *kafil* dans un contexte de manipulation verbale publique où ces accommodements sont considérés par certains électeurs comme une concession culturelle indue et comme une atteinte à la souveraineté populaire par les juges²¹². C'est aussi l'éventualité d'une accusation d'indifférence à des pratiques étrangères, nullement nocives socialement et la démonstration d'une faible capacité et volonté du corps législatif québécois de s'adapter à la pluralité culturelle. C'est encore la démonstration faite de la prégnance d'une conception de la loi comme d'un régime unique de droits similaires pour tous, dit universel mais en fait appliqué selon des références culturelles locales et particulières²¹³.

Enfin, parlant de prégnance et de différence culturelle, on doit observer un dernier fait dans le contexte actuel de débats populaires fort négatifs autour de la piété excessive des musulmans et de leur attachement rigide à des préceptes religieux. La plupart des requérants ne montrent guère de crainte de réprobation sociale ou d'accusation d'impiété en demandant avec insistance l'application de la norme québécoise d'adoption plénière.

²¹² Helly, « Orientalisme », *supra* note 12.

²¹³ Roderick A Macdonald, « The Legal Mediation of Social Diversity » dans Alain-G Gagnon, Montserrat Guibernau et François Rocher, dir, *The Conditions of Diversity in Multinational Democracies*, Montréal, The Institute for Research on Public Policy, 2009, 85.