

Université de Montréal

**Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des
institutions de l'adoption dans le monde arabo-
musulman et en Occident : une réconciliation est-elle
possible?**

par

Jeanne Tugault-Lafleur

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté de droit
en vue de l'obtention du grade de L.L.M.
en maîtrise en droit
option recherche

Février, 2011

© Jeanne Tugault, 2011
Université de Montréal
Faculté des études supérieures et postdoctorales

Ce mémoire intitulé:

Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo- musulman et en Occident : une réconciliation est-elle possible?

Présenté par :
Jeanne Tugault

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Michel Morin, président-rapporteur
Alain Roy, directeur de recherche
Jean-François Gaudreault-Desbiens, membre du jury

Résumé

Ce mémoire traite du droit de l'adoption dans une perspective comparative entre régimes arabo-musulman, français et québécois. Dans un premier temps est abordée la place de l'enfant dans l'Islam : de sa conception au sein de la famille musulmane à l'ensemble de ses droits selon le droit religieux. Ce tour d'horizon permet d'aborder l'épineux problème de l'interdiction de l'adoption par le Coran et les alternatives qui ont été développées pour y remédier, plus particulièrement la kafala. La kafala sera expliquée et située dans l'ordre public international, puis examinée au regard de quatre législations arabes : le Maroc, la Tunisie, l'Algérie et le Liban. Dans un deuxième temps, la question sera examinée d'un point de vue occidental. Il y sera analysé la possibilité et les difficultés entourant l'application des règles musulmanes de statut personnel en France et au Québec. Finalement sera abordé l'accueil que ces deux sociétés ont réservé à la kafala dans leur système respectif.

Mots-clés : kafala, adoption, droit musulman, droit marocain, droit tunisien, droit algérien, droit libanais, statut personnel musulman.

Abstract

This thesis examines adoption law in comparative perspectives between Arab-Muslim, French and Quebec legal systems. First is reviewed the position of children within Islamic law: from a child's legal status within the traditional Muslim family, to its aggregate statutory rights within Shari'a law. This overview subsequently allows for a discourse on the ban to adopt in the Qu'ran, and the alternatives developed around this thorny issue, notably the idea of "guardianship" or "kafala". Specifically, the Kafala is reviewed with regards to international public policy and vis-à-vis four different legislative contexts: Morocco, Tunisia, Algeria and Lebanon. Secondly, the issue is then judged from a Western perspective; discussing hitherto the problems surrounding the application of Muslim law on personal statutory rights in France, and on personal statutory rights in Quebec. Finally, this thesis considers how the latter two societies have welcomed the concept of Kafala within their respective legal systems.

Key words: kafala, adoption, Muslim law, Moroccan law, Tunisian Law, Algerian Law, Lebanese Law, Muslim personal status.

•

Table des matières

Introduction.....	1
A. Perspective musulmane arabe de l'enfant et de l'adoption	
1. Le « droit musulman » : entre immuabilité et évolution.....	11
1.1. Droit musulman : concept, sources, interprétations, application territoriale.....	11
1.1.1. Concept.....	11
1.1.2. Sources.....	12
1.1.3. Interprétations et évolution du droit religieux.....	14
1.2. Conceptions traditionnelles d'enfant et de famille dans l'Islam.....	17
1.2.1. Généralités.....	17
1.2.2. L'enfant dans l'Islam médiéval.....	21
1.2.3. L'enfant et les 3 « L » : Lignée paternelle, Légitimité et Liens du sang.....	25
1.2.4. La filiation.....	30
1.3. L'adoption dans l'Islam.....	35
1.3.1. L'enfant et l'adoption au centre des religions monothéistes et des cultures préislamiques.....	35
1.3.2. Historique de l'interdiction de l'adoption dans l'Islam et extraits invoqués à son soutien.....	41
1.3.3. Pratiques alternatives.....	43
1.4. La kafala.....	45
1.4.1. Généralités.....	45
1.4.2. Place de la kafala dans l'ordre international.....	47
i. Notions préalables.....	47
ii. La CDE et la kafala.....	50
iii. La CDE et le droit à l'identité dans un contexte d'adoption et de kafala.....	53

iv.	La réaction des pays arabes musulmans face aux dispositions de la CDE sur l'adoption.....	56
v.	L'exclusion de la kafala de la Convention de La Haye.....	61
	Conclusion de la partie A.1.4.....	63
	Conclusion de la partie A.1. : relativité et universalité de « l'intérêt de l'enfant » et des institutions relatives à l'enfant dans un contexte interculturel.....	63
2.	Les législations arabes contemporaines : entre tradition et modernité.....	72
2.1.	Généralités.....	72
2.1.1.	La place du traditionnel dans l'État moderne.....	72
2.1.2.	L'abandon d'enfants au Moyen-Orient et au Maghreb de nos jours.....	76
2.2.	Interdiction complète d'adopter : Maroc et Algérie.....	79
2.2.1.	Algérie.....	79
2.2.2.	Maroc.....	86
2.3.	Interdiction partielle d'adopter, dépendamment de la religion des adoptants : le Liban.....	90
2.4.	Abolition de l'interdiction malgré l'Islam comme religion d'État : la Tunisie.....	96
	Conclusion de la partie A.2.....	102

B. Perspectives occidentales des institutions musulmanes relatives à l'enfant

1.	Le droit international privé régissant le statut personnel musulman : le choc des civilisations.....	104
1.1.	Revendications musulmanes : application extraterritoriale du droit musulman aux ressortissants musulmans.....	104
1.2.	La réponse occidentale.....	109
1.2.1.	Le malaise européen.....	109
1.2.1.1.	Le droit français applicable aux ressortissants musulmans.....	110
1.2.1.2.	Les solutions envisagées.....	115
1.2.2.	Aperçu de la question au Canada et au Québec.....	118
	Conclusion de la partie B.1.....	122
2.	Réception de la kafala en Occident : le choc des institutions.....	124
2.1.	État de situation en France.....	124
2.1.1.	Historique de l'adoption et évolution de la notion d'intérêt de l'enfant en droit français.....	124
2.1.2.	Survol des adoptions simple et plénière : filiations de superposition et de substitution.....	127
2.1.3.	Adoption internationale en France.....	129
2.1.3.1.	Généralités et droit applicable.....	129
2.1.3.2.	La reconnaissance des jugements étrangers.....	131
i.	Législation et jurisprudence sur la loi applicable à l'adoption avant la Loi de 2001.....	133
ii.	Vers une plus grande considération de la loi nationale de l'adopté et un plus grand respect des relations interétatiques : la Loi de 2001.....	138

a) Impact de la Loi sur les jugements de kafala étrangers.....	139
b) Accueil de la Loi de 2001 et situation précaire des enfants sous kafala.....	142
Conclusion de la partie B.2.1.....	148
2.2. État de situation au Québec.....	150
2.2.1. Historique et influences du droit de l'adoption.....	150
2.2.2. État du droit : le monopole de l'adoption plénière.....	151
2.2.3. L'adoption internationale.....	155
2.2.3.1. Généralités et droit applicable.....	155
2.2.3.2. Situation des enfants sous kafala : l'écart entre la théorie et la pratique.....	160
Conclusion de la partie B.2.....	166
Conclusion générale.....	168

Lexique arabe- français

Al dar l'kebira : grande famille agnatique

Al-tabanni : adoption

Ayâ : verset du Coran

Fatwa : réponse à une question de droit coranique

Fiqh : au sens littéral, « connaissance », une des deux sources du droit musulman, avec la sharia

Firash : présomption selon laquelle l'enfant appartient au lit conjugal

Hadâna : garde maternelle

Hadîth : dires, actes et silence du Prophète Mahomet

Ihsan : bonté qui caractérise les relations entre les membres d'une même famille

Ijmâ : consensus des savants autour d'une question, une des quatre sources du fiqh

Istilhaq : méthode permettant de reconnaître un enfant né hors mariage, reconnaissance de paternité

Kafala : prise en charge d'un enfant par quelqu'un qui n'est ni son père, ni sa mère

Kefil ou Kafil: celui ou celle qui s'engage à prendre en kafala

Kuttab : école coranique

Li'an : serment d'anathème par lequel le mari accuse formellement son épouse d'adultère-entraîne la dissolution du mariage

Magalla : Code de statut personnel tunisien

Makfoul: enfant sous kafala

Mrebbi : tradition tunisienne par laquelle une famille prend en charge un enfant en échange de services ménagers de sa part

Mudawana : Code de statut personnel marocain

Mufti : juriste qui émet une fatwa

Nasab : filiation légitime

Oumma : communauté mondiale des croyants musulmans

Qiyâs : raisonnement analogique, une des quatre sources du fiqh

Raqid : théorie de l'enfant endormi- sert à légitimer un enfant

Sharia : voie indiquée par Dieu, ensemble de règles découlant du coran et de la sunna

Sourat : chapitre du Coran

Sunna : tradition prophétique, ensemble des hadîth, une des quatre sources du fiqh

Takhayyur : méthode d'interprétation qui consiste à amalgamer différentes solutions juridiques

Talfiq : méthode d'interprétation qui consiste à choisir différentes solutions juridiques en provenance de différentes écoles

Tanzil : technique consistant à désigner un enfant étranger au testateur au rend d'enfant successible

Zina : relations sexuelles hors mariage

Note au lecteur :

Les notes en bas de page, les références dans le texte et la bibliographie respectent les règles du *Manuel canadien de la référence juridique*, 6e édition. Toutefois, nous ne ferons pas usage des règles relatives aux renvois.

À tous les enfants du Projet Répit

À ma famille, pour m'avoir inculqué que la diversité culturelle est une force

Remerciements

Je remercie Alain Roy pour son support immanquable.
Sa grande disponibilité, ses commentaires et ses
encouragements ont fait toute la différence.

Introduction

Contrairement à l'acte de donner naissance, l'adoption est une institution qui distingue l'humain de l'animal : il ne s'agit jamais d'un accident, mais d'un choix conscient. On ne fait pas que constater l'engendrement, on « élit » une filiation. D'ailleurs, « adopter » vient du mot latin *adoptare*, de *ad*, à, et *optare*, choisir ou souhaiter¹. Le terme adopter est depuis utilisé de multiples façons, mais toujours avec cette forte connotation de choix : adopter un parti, une opinion, adopter un texte de loi, adopter une mode, une méthode, adopter des sentiments ou encore adopter un pays. En matière de filiation, adopter signifie prendre quelqu'un pour fils ou pour fille. Le choix qui caractérise si bien l'adoption a un caractère universel, géographiquement et temporellement.

L'adoption a aussi cette particularité d'appartenir à la fois à la sphère privée et publique². À la base, il s'agit d'une relation tripartite « adopté- adoptant- parent biologique ». Toutefois, au cours des dernières décennies, le nombre et le rôle des acteurs impliqués n'ont cessé de prendre de l'importance, au point que l'adoption est devenue une relation multipartite, une « affaire de pouvoirs »³. En effet, il est confié des pouvoirs aux services de protection à l'enfance, aux gouvernements des pays d'où proviennent les enfants adoptés, à ceux d'où proviennent les adoptants et aux tribunaux. Au surplus, les associations et les médias sont porteurs d'intérêts propres qui influencent aussi les contours de cette institution en constante évolution⁴. Sans compter que ces acteurs se réclament

¹ *Dictionnaire de l'Académie Française*, huitième édition, Paris, 1932-1935 (en ligne : site du Centre national de ressources textuelles et lexicales <http://www.cnrtl.fr/definition/academie8/adopter>, page consultée le 1^{er} novembre 2010).

² Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 8.

³ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 7.

⁴ Sur la question de l'influence des divers intervenants, plus particulièrement au Québec dans le contexte de réforme actuelle, voir le mémoire de maîtrise suivant : Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié).

parler et agir au nom de l'intérêt de l'enfant, l'un des deux principes pivots de l'adoption⁵. Dans tous les cas, l'adoption demeure un sujet très délicat, car elle revêt un caractère hautement émotif pour plusieurs des acteurs. Le désir d'enfant et l'incapacité d'en avoir, la maternité non voulue et l'incapacité d'en assumer les conséquences, la douleur de la séparation qui peut s'en suivre, ne laissent personne indifférent⁶.

L'adoption internationale complique la donne en ajoutant un élément d'extranéité. Elle implique invariablement un enfant, mais celui-ci et son passage d'une famille à une autre sont perçus différemment dans son pays d'origine et dans son pays d'accueil. Ce transfert peut être temporaire ou permanent, avec ou non incidence sur l'appartenance filiale de l'enfant. Le problème découle des variations de perceptions de l'intérêt de l'enfant et du processus d'adoption en soi. Dans un monde où les flux migratoires prennent de plus en plus d'ampleur, l'entremêlement de cultures et de normes juridiques divergentes ne fait que s'accroître, les risques de conflits de souveraineté entre pays d'origine et d'accueil se multiplient, donnant lieu à plusieurs problématiques, tant légales que politiques et idéologiques. Les divergences semblent parfois irréconciliables, surtout quand vient l'ultime moment d'adapter des normes étatiques inspirées de droit musulman⁷ à des systèmes laïcs comme les systèmes français et québécois. Dans l'ensemble des traditions légales qui enrichissent l'humanité, la France appartient au système civil, le Québec aux systèmes civil et de *common law* alors que la plupart des États arabes appartiennent à un mélange où le système islamique prédomine⁸. Évidemment, aucun système n'est

⁵ Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié).

⁶ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 2.

⁷ Le terme « droit » n'existe pas comme tel dans le monde musulman, le terme « droit musulman » n'est donc pas le plus adéquat. Toutefois, tout comme la doctrine d'ailleurs, nous référerons à ce terme pour désigner l'ensemble des règles édictées par l'Islam et qui sont créatrices d'obligations et de droits. Voir Hervé Bleuchot, « L'étude du droit musulman : jalons pour une convergence » (1990) 15 *Droit et société* 193, Slim Laghmani, « Les écoles juridiques du sunnisme » (2003) 104 *Pouvoirs*, *Revue française d'études constitutionnelles et politiques* 21, aux p. 23-25.

⁸ H.Patrick Glenn, *Legal traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2010, à la p. 3.

parfaitement « pur », puisqu'au fil du temps se superposent fusions, influences mutuelles et juxtapositions⁹.

C'est le possible arrimage de normes en matière d'adoption en provenance de divers systèmes qui font l'objet de ce mémoire. Plus précisément, nous nous pencherons sur cet arrimage dans le système québécois de l'adoption, lequel est lacunaire en ce qui concerne les mécanismes d'harmonisation. D'emblée, notre hypothèse de départ est que la conciliation des normes semble difficile tant les concepts propres à chaque système sont différents. L'intégration des règles de statut personnel¹⁰ musulmanes et de l'institution de la kafala¹¹ en Occident (et ses difficultés inhérentes) constituera un moyen de vérifier cette hypothèse. Pour des raisons détaillées dans les prochains paragraphes, nous étudierons le droit musulman classique ainsi que les cas des trois États du Maghreb, du Liban, de la France et du Québec et ce, par la voie de l'observation documentaire¹². Cette étude sera effectuée dans une perspective comparatiste, laquelle constituera notre cadre théorique. Considérant notre hypothèse de départ, nous privilégierons l'école de pensée qui met l'accent sur les différences, tout en gardant à l'esprit l'influence mutuelle des différents systèmes et en soulignant bien sûr leurs similitudes lorsqu'elles apparaissent, question de trouver des points d'arrimage entre les conceptions arabes et occidentales de l'adoption, mais aussi de faire bénéficier le législateur québécois de l'expérience française concernant la kafala¹³. Une des fonctions du droit comparé est justement de créer des ponts entre les

⁹ Esin Orucu, "Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach", dans Mark Van Hoecke, (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004, p. 359-375, à la p. 366.

¹⁰ Lorsqu'on fait référence au « statut personnel » d'une personne, il est fait référence à l'ensemble des traits physiques et familiaux qui distinguent les personnes et les lient entre elles. Il s'agit des règles touchant le mariage, le divorce, la capacité, les successions, les donations et la filiation.

¹¹ Le verbe « takafala » signifie littéralement « garantir mutuellement ». Dans le contexte de l'enfance abandonnée, prendre en kalala signifie se charger de quelqu'un en répondant à tous ses besoins alimentaires, vestimentaires et éducatifs.

¹² Jurisprudence et législation des cinq États concernés ainsi qu'un recours extensif à la doctrine, surtout dans le cas de la première partie portant sur le droit musulman.

¹³ Esin Orucu, "Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach", dans Mark Van Hoecke, (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004, p. 359-375, aux p. 369-370.

systèmes, aussi différents soient-ils les uns des autres¹⁴. Tel qu'établi par un auteur: « (the) approach would be to look at the picture as objectively and neutrally as possible with a view of discovering the ingredients and historical antecedents of each legal system together with its present blend. »¹⁵

Jusqu'au 19^e siècle, le monde musulman et l'Europe étaient perçus comme égaux, dans un cycle perpétuel de violences et d'apaisements¹⁶. Le repli du monde musulman a commencé à la fin du 16^e siècle et ce n'est qu'au 19^e siècle que l'élite musulmane comprit le fossé qui séparait ce monde de l'Occident. L'incompréhension s'est particulièrement creusée en matière de mœurs et d'organisation de la famille¹⁷. C'est avec la deuxième moitié du 20^e siècle qu'on voit une première rencontre pacifique entre l'Islam et l'Europe, celle de l'immigration. Avec les générations suivantes, le monde de l'Islam est alors devenu interne à l'Europe¹⁸. Toutefois, depuis la chute de l'empire soviétique, l'Islam représente l'Autre, l'Islam est devenu symboliquement l'antithèse de l'Occident. L'influence et la puissance de l'Occident, notamment par la colonisation, expliquent en partie la réponse de l'Orient à se construire autour de l'identité et de la préservation de soi¹⁹. L'identité arabe s'est alors construite autour d'un droit figé, légué par les ancêtres. Cette opposition Occident-Orient s'est accentuée au cours des quatre dernières décennies avec la recrudescence de mouvements religieux. Démographiquement, le monde arabo-musulman compte 22 pays et est en pleine expansion. Par exemple, la population

¹⁴ Esin Orucu, "Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach", dans Mark Van Hoecke, (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004, p. 359-375, à la p. 373.

¹⁵ Esin Orucu, "Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach", dans Mark Van Hoecke, (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004, p. 359-375, à la p. 371.

¹⁶ Yadh Ben Achour, « Avant- Propos », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 19-20.

¹⁷ Yadh Ben Achour, « Avant- Propos », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 19-20.

¹⁸ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, aux p. 6-7.

¹⁹ Ali Mezghani, « Le juge français et les institutions de droit musulman » (2003) 3 *Journal du droit international* 721, à la p. 722.

algérienne est passée de 12 millions en 1986 à 30 millions à peine neuf ans plus tard, en 1995. On estime que la population de la péninsule arabe a doublé entre le début des années 1990 et le début des années 2000²⁰. Dans la majorité des pays du Moyen-Orient, la population âgée de moins de 15 ans constitue plus de 40% de la population totale. Force du nombre oblige, les conceptions de la famille, de l'enfant, de l'adoption (bref les règles de statut personnel) telles que comprises par le monde arabe et fortement influencées par l'Islam seront donc de plus en plus appelées à s'étendre, du moins à être confrontées à la vision du monde occidental, caractérisé par sa laïcité. Ce facteur et le potentiel que cette question peut receler à l'avenir nous a convaincu de l'intérêt d'étudier la question dans cette région du monde. C'est cette vision musulmane et arabe qui sera examinée en détails dans la première partie du présent mémoire (A).

Il est exact de dire que l'adoption comme institution créatrice d'un lien de filiation est prohibée par l'Islam, qui connaît toutefois plusieurs alternatives qui, à leur façon, permettent de combler les besoins de l'enfant tels qu'envisagés par cette religion. Cette prohibition sacrée ne serait pas seulement due à un événement de la vie du Prophète Mahomet, mais pourrait être expliquée par les principes à la base des règles régissant la famille musulmane. Ce sont ces principes, l'interdiction religieuse d'adopter et les alternatives, dont la principale qui est la kafala, comprise comme une solution religieuse et millénaire, que nous aborderons dans la première sous partie de la partie A. Nous examinerons aussi la kafala à la lumière du droit international public, plus précisément en regard des principes contenus dans la *Convention sur les droits de l'enfant* (« CDE »)²¹ et dans la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière*

²⁰ Abdullahi A. An-Na'im, *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, New York, Zed Books Ltd., 2002, à la p. 102.

²¹ Résolution 44/25 de l'Assemblée générale du 20 novembre 1989 (entrée en vigueur le 2 septembre 1990). Disponible sur le site du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'Homme : <http://www2.ohchr.org/french/law/crc.htm>, page consultée le 2 janvier 2011.

d'adoption internationale (« Convention de La Haye »)²². Cette première étape constitue un passage obligé pour entreprendre toute analyse subséquente, car aussi surprenant que cela puisse paraître pour les esprits laïcs, l'interdiction classique religieuse a été conservée dans plusieurs législations arabes. Dans la deuxième sous partie de la partie A, nous étudierons le traitement de cette interdiction dans quatre systèmes de droit arabe, tous inspirés par le droit musulman dans une certaine mesure. Dans une approche comparatiste, nous avons choisi d'étudier les droits des trois pays de la grande île du Couchant, le Maroc, l'Algérie et la Tunisie, et la législation libanaise, qui constitue un cas assez unique. Pourquoi avoir choisi ces quatre États ? D'abord parce qu'ils ont le français (et l'ex-colonisateur français) en commun, ce qui est un facteur non négligeable et limitatif de la recherche, la soussignée ne lisant pas l'arabe²³. Ensuite, ces États couvrent une vaste aire géographique du bassin méditerranéen. De plus, à cause du contexte social, nous avons pu nous rendre compte que la proportion d'enfants sous kafala provenant du Maroc et d'Algérie et se retrouvant en France ou au Québec est très élevée²⁴. L'interaction entre ces législations est donc plus fréquente. Au surplus, ces quatre États arabes sont hétérogènes dans leur manière d'aborder l'interdiction musulmane d'adopter, ce qui rend l'étude de leur droit d'autant plus enrichissante. En effet, l'Algérie et le Maroc considèrent cette interdiction intouchable, la Tunisie l'a totalement écartée et le Liban a opté pour un régime mixte.

Cette prohibition indignes parfois les occidentaux, pour qui l'adoption plénière²⁵ semble la solution la plus logique pour permettre à l'enfant de repartir à zéro auprès

²² 29 mai 1993 (entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995). Disponible en ligne sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé : http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=69, page consultée le 2 janvier 2011.

²³ À cause de la barrière linguistique, nous avons dû nous limiter à la littérature francophone et anglophone.

²⁴ Cette déduction provient de l'analyse de l'ensemble de la littérature consultée.

²⁵ L'adoption plénière est celle qui rompt entièrement le lien de filiation entre l'adopté et sa famille d'origine tandis que l'adoption simple n'altère pas ce lien filial d'origine. Indépendamment du fait qu'une adoption est simple ou plénière, l'adoption peut être fermée ou ouverte. L'adoption fermée est caractérisée par l'étanchéité des relations : la confidentialité est la règle. Les familles adoptante et biologique ne partagent pas de renseignements identificatoires et n'ont pas de contact. Après la finalisation de l'adoption, les dossiers sont scellés et gardés secrets, à moins d'exception. Dans le cas de l'adoption ouverte, l'enfant continue d'entretenir des relations avec sa parenté d'origine après l'adoption, bien que le lien de filiation d'origine soit parfois, lui,

d'adoptants aimants, prêts à s'investir totalement dans le rôle de parents. Pourquoi refuser « cruellement » à un enfant vulnérable une famille, se demande-t-on ? Pour comprendre, il faut se départir de nos *a priori*, notamment celui selon lequel l'acte de se départir volontairement d'un enfant dont on peut s'occuper est socialement répréhensible²⁶. Loin d'avoir une conception universelle, la prise en charge d'un enfant est comprise différemment dans les États musulmans, mais aussi dans d'autres pays. Selon une étude de 127 lois nationales menée par la Mission de l'adoption internationale²⁷, 12% d'entre elles ne prévoient pas d'adoption, 18% d'entre elles reconnaissent l'adoption plénière et 40% ne reconnaissent que l'adoption simple²⁸. En Océanie, l'adoption est informelle, les adoptants ont généralement déjà des enfants et les parents biologiques qui se départissent de leur enfant, loin d'être stigmatisés, sont souvent perçus comme généreux²⁹. Au Philippines et en Inde, l'adoption d'enfant étranger est très mal vue et certains membres d'une famille doivent fournir (ou sont pressurisés) un enfant au membre qui n'en a pas³⁰. Certains voient dans l'adoption à l'étranger une forme de générosité des parents biologiques, dans la mesure où l'enfant y aura de meilleures chances dans la vie³¹. Dans les îles du Pacifique, le lien entre l'adopté et sa mère biologique (et sa famille) sera conservé parce qu'il est jugé indestructible. Pour ces peuples, la notion d'adoption plénière est choquante, car contre

effacé. À ce sujet, voir Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, aux p. 26-28 et le glossaire de l'adoption du Conseil d'adoption du Canada disponible en ligne au <http://www.adoption.ca/glossaire.htm> (page consultée le 18 novembre 2010).

²⁶ Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, au paragraphe 49.

²⁷ Organisme étatique français.

²⁸ Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, au paragraphe 25.

²⁹ Jamila Bargach, *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002, à la p. 24.

³⁰ Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, au paragraphe 49.

³¹ Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, au paragraphe 49.

nature³². Cette divergence de conceptions a des conséquences dramatiques quand les mères autochtones donnent leurs enfants en adoption à des occidentaux alors qu'elles ne peuvent concevoir qu'une rupture totale aura lieu³³. Une étude de 2001 révèle qu'aux Iles Marshall, 83% d'entre elles ne comprennent pas qu'une adoption de leur enfant par des adoptants américains entraînera une rupture totale du lien de filiation³⁴. En réaction, les autorités ont criminalisé l'incitation et la facilitation de déplacement d'enfants à l'étranger dans le but de procéder à une adoption internationale³⁵.

En opposition à la vision musulmane arabe examinée en première partie, la vision occidentale sera présentée en deuxième partie de la présente (B). La confrontation des conceptions dépasse la problématique de l'adoption et s'inscrit à une époque où les législateurs français et québécois sont à se demander quelle place doit être accordée aux règles musulmanes de statut personnel dans leur système juridique. Cette question, qui est d'actualité, sera examinée en première sous partie de la partie B et servira à comprendre le contexte global dans lequel s'inscrit la réception de la kafala en France et au Québec, deux États qui avaient à la base une conception différente de l'adoption. Le nombre considérable d'immigrants arabes de confession musulmane en France ne date pas d'hier. À la fin des années 90, les musulmans représentaient 7% de la population totale française (un chiffre conservateur), soit environ deux fois plus que dans l'ensemble de l'union européenne³⁶. Il faut ajouter à cela le fait que la France est, après les États-Unis (où 20 000 enfants étrangers sont adoptés par an, soit le tiers de toutes les adoptions internationales annuelles), le pays où le nombre d'adoptions internationales est le plus élevé, même si au *pro rata* ce sont les

³² Roby Jini L., "Understanding sending country's traditions and policies in international adoptions: avoiding legal and cultural pitfalls" (2004) 6 J.L. & Fam. Stud. 303, aux p. 309-310.

³³ Roby Jini L., "Understanding sending country's traditions and policies in international adoptions: avoiding legal and cultural pitfalls" (2004) 6 J.L. & Fam. Stud. 303, à la p. 310.

³⁴ Roby Jini L., "Understanding sending country's traditions and policies in international adoptions: avoiding legal and cultural pitfalls" (2004) 6 J.L. & Fam. Stud. 303, à la p. 310.

³⁵ Il s'agit de la *Loi sur l'adoption de 2002*, articles 10 et 14, rapportée dans Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, à la p. 310.

³⁶ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 17.

pays nordiques (Danemark, Suède) qui remportent la palme. L'âge moyen des adoptés est d'environ 2 ans tandis que celui des adoptants est de 38 ans³⁷. À l'instar du Québec où 800 enfants étrangers sont adoptés annuellement, il y a de moins en moins d'enfants adoptables en France³⁸. Le nombre de pupilles de l'État ne cesse d'y chuter³⁹. En France, l'écart se creuse entre le nombre de familles agréées et le nombre d'enfants effectivement adoptés. Les insatisfactions que la situation suscite poussent les adoptants à se tourner vers l'international : en 25 ans, cette forme d'adoption a quadruplé⁴⁰. Ce phénomène, couplé au nombre d'immigrants arabes qui désirent prendre soin d'un enfant en provenance de leur pays d'origine, expliquent que cet État ait été appelé à prendre position sur la kafala bien avant le Québec, où le phénomène est relativement récent et plus marginal. L'analyse critique du traitement juridique des enfants sous kafala en France sera donc faite en deuxième sous partie afin d'éclairer, voire de trouver des solutions au « flou » persistant de ce côté-ci de l'Atlantique. Au Québec, le phénomène est plus rare et la jurisprudence et la littérature y sont peu abondantes. La soussignée soutient que la question sera inévitablement appelée à se développer. En effet, l'Islam est la religion dont la représentativité au Québec a connu la plus forte augmentation entre les années 1991 et 2001, soit 141,8%⁴¹. Irrémédiablement, certains désireront qu'une institution telle que la kafala soit intégrée en droit québécois. Inévitablement, le droit devra refléter la réalité sociologique québécoise ; la question est de savoir *comment*. La relative nouveauté du phénomène et la discrétion dont a fait preuve le législateur jusqu'à présent rendent la question d'autant plus pertinente. Le traitement actuel de la kafala dans le système

³⁷ Delphine Moytier, *Intégration des adolescents adoptés d'origine étrangère au Québec*, mémoire de maîtrise (Master Management social et Santé), Université de Caen, 2006, à la p. 16 (non publié).

³⁸ Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 344.

³⁹ Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 344.

⁴⁰ France, Défenseure des droits de l'enfant, *Rapport d'activité 2009* (par Claire Brisset), à la p. 1.

⁴¹ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *La place de la religion dans l'espace public- Portrait religieux du Québec en quelques tableaux*, décembre 2006 (disponible en ligne sur le site de la Commission : <http://www.cdpdj.qc.ca/fr/placedelareligion/2-chiffres.asp>, page consultée le 23 décembre 2010).

québécois constituera la troisième sous partie alors que nos pistes de solution pour l'avenir seront examinées en conclusion.

A. Perspectives musulmanes arabes de l'enfant et de l'adoption

1. Le « droit musulman »⁴² : entre immuabilité et évolution

1.1. Droit musulman : concept, sources, interprétations et application territoriale

1.1.1. Concept

Le monde arabe n'est pas entièrement musulman et inversement, l'Islam n'épouse pas les limites géographiques du monde arabe, son expansion allant jusqu'aux pays aussi retranchés que ceux du Pacifique, de l'Afrique ou de l'Europe⁴³. Cette religion se pratique de manière différente en fonction de la culture des peuples islamisés mais gardera une base fondamentale, celle de l'universalité de la religion et de l'appartenance de tous les musulmans à l'*Oumma* islamique, la communauté des croyants. Deuxième religion monothéiste en termes d'adeptes après le Christianisme, l'Islam qui veut dire « *soumission à Dieu* (Allah) », de la racine arabe « *Salam* »⁴⁴, paix et salut, a été révélée à Mahomet au VIIème siècle de notre ère en Arabie. L'Islam se veut une religion universelle en ce qu'elle aspire à régler tous les aspects de la vie en communauté⁴⁵. L'Islam est donc une culture, voire une civilisation à part entière, car elle édicte les règles d'ordre religieux, social, moral, culturel, scientifique pour toutes les sociétés qui la pratiquent. Le religieux et le

⁴² Comme nous l'avons précédemment mentionné, le terme « droit » n'existe pas comme tel dans le monde musulman, le terme « droit musulman » n'est donc pas le plus adéquat. Toutefois, tout comme la doctrine d'ailleurs, nous référerons à ce terme pour désigner l'ensemble des règles édictées par l'Islam et qui sont créatrices d'obligations et de droits.

⁴³ On distingue six espaces culturels qui assurent la diffusion de l'Islam : l'espace arabe, l'espace iranien (Iran et Asie centrale), l'espace turc (Turquie, Balkans), l'espace malais (Malaisie, Indonésie, Philippines) et l'espace de l'Afrique noire : voir Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 33-34.

⁴⁴ Yves Thoraval, *Dictionnaire de civilisation musulmane*, Larousse, 1995, à la p. 145.

⁴⁵ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, à la p. 36.

moral s'y confondent totalement avec le juridique puisqu'en Islam l'État et la religion sont totalement entremêlés⁴⁶. À l'opposé, à la suite à d'un long processus de sécularisation, les sociétés modernes occidentales séparent ces instances et reconnaissent l'autonomie de l'individu libéré du groupe⁴⁷. C'est donc sans surprise que le système juridique de la majorité des États musulmans⁴⁸ se caractérise par une application de règles plus ou moins fidèles au droit musulman.

1.1.2. Sources

Selon la théorie classique, le droit musulman est composé de la *sharia* et du *fiqh*. La *sharia* est considérée comme une révélation directe de Dieu à son Prophète alors que le *fiqh* (« connaissance » en français) a été développé par les savants à partir notamment de la *sharia*. Le *fiqh*, c'est-à-dire le droit développé durant les trois premiers siècles de l'Islam, a quatre sources⁴⁹. La première et la principale est constituée des écrits du Coran, livre sacré de l'Islam, révélé au Prophète au VIIe siècle. Il est divisé en 114 chapitres (sourates) dont 70 des 6342 versets portent sur le statut personnel⁵⁰. Son contenu juridique est très limité (190 versets) et très peu de versets sont consacrés à la filiation. À cause de sa nature, le Coran domine toutes les autres sources. La deuxième source est la *sunna*, la tradition prophétique, connue à travers les *hadîth*, c'est-à-dire les dires, actes et silences rapportés du Prophète Mahomet. La *sunna* est censée exprimer ses interprétations du Coran, le

⁴⁶ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 15-16.

⁴⁷ Ali Mezghani, « Le juge français et les institutions de droit musulman » (2003) 3 *Journal du droit international* 721, à la p. 722.

⁴⁸ Il n'y a pas de critère défini pour déterminer qu'est ce qu'un « état musulman » ; être membre de l'Organisation de la Conférence islamique (56 membres) constitue certainement un bon indice même si ces membres n'accordent pas tous la même importance à l'Islam : Nisrine Abiad, *Sharia, Muslim States and international human rights treaty obligations: a comparative study*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, à la p. 35.

⁴⁹ Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, à la p. 45.

⁵⁰ Le terme « statut personnel » n'existe pas non plus dans la terminologie du droit musulman, il est apparu seulement vers la fin du 19^e siècle avec la promulgation des législations de droit étatique.

compléter, le confirmer. Elle tire sa légitimité du fait que le Prophète est considéré comme le messenger de Dieu et par conséquent, tous ses gestes sont d'inspiration divine. Chaque élément de la *sunna* n'a pas la même valeur : certains ont une valeur absolue, car leur source est jugée sûre, d'autres sont dits « répandus » mais non absolus car la chaîne de sources a été rompue et d'autres ont moins ou pas de portée (selon les écoles). Les deux premières sources du *fiqh* sont d'origine divine et sont considérées comme authentiques. À elles deux elles forment la *sharia*. La troisième source du *fiqh* est l'*ijmâ*, le « consensus » des savants musulmans sur un type de comportement. Ce consensus peut évoluer et est reconnu comme constituant un outil important pour faire évoluer le *fiqh*. Ce sont ces interprétations qui sont à l'origine des différentes écoles de pensée, dont les deux principales sont les écoles sunnite (suivie par la grande majorité des musulmans, y compris dans les États visés par la présente⁵¹) et chiite (suivie en Iran et en Irak et un peu au Liban⁵²). Plusieurs écoles sont nées durant la deuxième grande période de l'Islam, époque durant laquelle le droit musulman s'est beaucoup développé et s'est consolidé, c'est-à-dire durant les deux premiers siècles de l'Hégire⁵³, de 622 à 822⁵⁴. Finalement, la quatrième source de droit est le *qiyâs*, le raisonnement analogique utilisé pour trouver des solutions à des questions non abordées par le Coran ou par la *sunna*. Pour être valide, le *qiyâs* doit découler de versets coraniques ou de la *sunna*.

Le droit musulman est donc essentiellement humain, doctrinal et s'applique au cas par cas. Il n'a jamais été uniforme, à aucun moment de son évolution. Dès l'origine, son contenu juridique variait selon les lieux et les différences géographiques. Ce corps de règles s'est développé rapidement durant les premiers siècles de l'Hégire, ce qui témoigne d'une volonté d'implanter un nouveau système, mais celui-ci n'était pas totalement en opposition avec la tradition prévalant à l'époque en Arabie. Celle-ci est demeurée intouchée à

⁵¹ La branche sunnite se divise en écoles hanéfite, malékite (présente au Maghreb), shafi'ite et hanbalite.

⁵² La branche chiite se divise en écoles zeydisme, ismaélisme et chiisme duodécimain.

⁵³ L'hégire débute le 15 juillet 622, date à laquelle le Prophète quitte la Mecque pour s'établir à Médine.

⁵⁴ Entre la mort du Prophète, en 632, et le 9^e siècle.

beaucoup d'égards⁵⁵. Au surplus, les séparations entre les différentes écoles ne sont pas étanches, la plupart des interprétations de l'une ne sont pas catégoriquement rejetées par l'autre. Par exemple, leur conception de l'enfant est très similaire. À l'origine, leurs pères fondateurs les présentaient comme des interprétations possibles et non absolues. Cette vision évolutive du droit musulman a été balayée durant la troisième période de l'Islam, du 10^e au 19^e siècle, appelée d'ailleurs « l'ère de la rigidité »⁵⁶.

Le Coran définit la *sharia* comme étant une voie indiquée par Dieu à ses messagers; un chemin à suivre par tous les musulmans. Juridiquement, un auteur la définit comme étant « un ensemble de normes de droit privé et de droit public qui constituent l'ordre moral et social de la communauté »⁵⁷. Parmi les législateurs arabo musulmans, on trouve différentes manières d'appréhender la *sharia*. À un « extrême », la Turquie, proclamée laïque depuis 1884⁵⁸. À l'autre, l'Arabie Saoudite et l'Iran (depuis sa révolution), où les normes juridiques dans tous les domaines doivent être conformes à *sharia*⁵⁹. Les autres États oscillent entre les deux⁶⁰.

1.1.3. Interprétations et évolution du droit religieux

Il existe plusieurs courants interprétatifs du droit musulman, mais deux interprétations sont souvent mises en opposition : l'Islam « authentique » c. « moderne », la

⁵⁵ Wael B. Hallaq, *Shari'a: theory, practice, transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, à la p. 33.

⁵⁶ Il est affirmé que cette ère a débuté pour éviter les conflits d'interprétation à une époque où l'Oumma était en train de se diviser: Jamal Nasir, *The Islamic law of personal status*, Boston, Graham & Trotman, 1990, à la p.4.

⁵⁷ Mahdi Hashemi, *Précis de droit des personnes en Islam*, Paris, L'Harmattan, 2007, à la p. 7.

⁵⁸ Article 2 de la Constitution turque.

⁵⁹ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 56-57.

⁶⁰ Mashood A. Baderin, "A macroscopic analysis of the practice of Muslim state parties to international human rights treaties: conflict or congruence?" (2001) 1 Human Rights Law Rev. 265, à la p. 266.

lettre vs l'esprit⁶¹. Cette division a ses origines dans deux écoles d'interprétation nées peu de temps après la mort du Prophète, en juin 832. Les disciples de ce dernier se divisèrent en deux groupes. Le premier groupe refusait toute analogie dérivée du texte de base, restait rivié au texte, alors que le deuxième groupe l'interprétait de manière libérale⁶².

Un peu à l'image du premier groupe de disciples, la première interprétation rejette catégoriquement la modernité et ses valeurs corollaires dont le principe même de liberté et de droits de l'homme. Cette interprétation rejette d'emblée dans la loi tous les éléments qui ne sont pas islamiques au sens strict. Par exemple, si l'enfant a des droits, c'est uniquement en vertu de la volonté divine, et dans le cadre et dans les limites strictes de la loi musulmane, qui est alors considérée comme immuable. La deuxième interprétation est dite moderne ou progressiste et n'exclut pas l'innovation. Elle devient plus nuancée : les valeurs de modernité ne sont pas apparemment rejetées, mais on soutient qu'elles sont néanmoins des valeurs islamiques et on essaie de les concilier entre elles. Le droit est alors perçu comme un cadre de pensée à partir duquel plusieurs solutions peuvent être développées ; il n'est pas question de remplacer la loi sacrée mais plutôt d'apporter du renouveau à sa forme traditionnelle. La question revient à savoir s'il faut islamiser la modernité ou moderniser l'Islam ? À cette question, les États musulmans ont répondu de manières différentes et leurs législations sont le reflet du fruit de cette réflexion. Ce qui est intéressant, c'est que même la Tunisie, qui a adopté des règles relativement modernes, se réclame des « sources pures » du droit musulman et non du droit européen⁶³. La plupart des législateurs arabes ont pris leurs distances du *fiqh* et ne l'appliquent plus que

⁶¹ Dr. Christian W. Troll, "Progressive Thinking in Contemporary Islam", Conference of the Friedrich-Ebert-Stiftung, the Konrad-Adenauer-Stiftung and the Bundeszentrale für Politische Bildung, présentée à Frankfurt, 22- 24 septembre 2005.

⁶² Esin Orucu, "Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach", dans Mark Van Hoecke, (dir.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2004, p. 359-375, aux p. 6-7.

⁶³ Il est rapporté dans Kalthoum Meziou, « Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille », dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p. 250 les propos officiels du Ministère de la justice tunisien à cet effet.

subsidiairement. La rupture s'est souvent faite non pas avec le droit substantif, mais plutôt de manière détournée de plusieurs façons. D'abord par le jeu des techniques interprétatives évolutives. À titre illustratif, le concept de « nécessité » est désormais interprété de manière très large, de façon à légitimer des actes autrefois interdits. Devant le nombre d'orphelins, ce principe est parfois invoqué pour plaider en faveur de la légalisation de l'adoption dans les pays l'interdisant⁶⁴. Ensuite, on peut procéder à des réformes procédurales, qui font en sorte que le respect du droit est anéanti, mais pas le droit lui-même. Ainsi, bien que le mariage d'enfants ne soit pas interdit en Égypte, il est ordonné au Directeur de l'État civil de n'enregistrer que les mariages entre majeurs. Le législateur peut aussi procéder à l'amalgame et à la sélection (techniques appelées *takhayyur*⁶⁵ et *talfiq*⁶⁶) de certaines interprétations libérales provenant de différentes écoles de pensées. Par exemple, afin de justifier la prohibition de la polygamie, le législateur tunisien s'est basé sur les sourates bien connues selon lesquelles celle-ci était possible seulement si l'époux est capable d'assurer un traitement parfaitement égal entre ses épouses, ce qui est pratiquement impossible⁶⁷. Finalement, le principe selon lequel tout ce qui ne contredit pas la *sharia* est réputé légal peut aussi être utilisé par le législateur pour introduire de nouvelles lois, sans pour autant heurter le droit religieux substantif.

Cette évolution est rendue possible notamment parce que la majorité des comportements humains, en Islam, ne s'insèrent pas dans les deux absolus, l'obligatoire et le défendu. L'Islam connaît principalement cinq catégories d'actes : ce qui est obligatoire,

⁶⁴ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 42 (non publié).

⁶⁵ Qui consiste à favoriser l'interprétation d'une école sur une autre.

⁶⁶ Qui consiste à amalgamer plusieurs interprétations de plusieurs écoles pour produire une nouvelle solution hybride.

⁶⁷ Sourate 4, verset 3 et sourate 4 verset 129. Sur l'historique de cette interdiction sans précédent et sur le raisonnement suivi par le législateur tunisien voir : Nisrine Abiad, *Sharia, Muslim States and international human rights treaty obligations: a comparative study*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, à la p. 131.

non obligatoire mais recommandable et méritoire, neutre, blâmable et interdit⁶⁸. Un même comportement peut avoir plusieurs interprétations dépendamment des écoles, ce qui permet une bonne marge de manœuvre pour le législateur empreint d'un désir de modernité.⁶⁹

1.2. Conceptions traditionnelles d'enfant et de famille dans l'Islam

1.2.1. Généralités

En Islam, les membres d'une famille sont liés par de stricts devoirs familiaux (et attentes mutuelles) prescrits par le Coran et qui ont pour but d'assurer continuité et respect à l'unité fondamentale qu'est la famille. Bien que ces devoirs soient administrés par les membres de la famille en privé, la religion commande qu'ils deviennent une question publique en cas de problème interne⁷⁰. Toutes les écoles s'entendent pour affirmer que ces relations doivent être empreintes d'*ihsan* (bonté)⁷¹. La famille est aussi basée sur l'honneur, la filiation légitime (*nasab*) et l'identité, dont la femme est le pivot central⁷². L'honneur de la famille est fondamental et est assuré par tous ses membres, mais le fardeau reposant sur les femmes est plus lourd. Celles-ci doivent préserver leur intégrité physique et morale (par le port du voile, la mise à l'écart de la femme en présence d'étrangers, l'adoption par la femme d'une attitude réservée lorsqu'elle s'adresse aux hommes)⁷³. Une fois perdu, l'honneur de la femme ne peut plus être regagné, contrairement à l'homme qui peut le regagner souvent par le sang⁷⁴. L'honneur familial atteint son apogée lors de la cérémonie du mariage, au terme de laquelle la virginité est perdue. Le principe d'identité fait en sorte

⁶⁸ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, à la p. 16.

⁶⁹ Jean Paul Charnay, *Esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008, aux p. 18 et 35.

⁷⁰ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, à la p. 21.

⁷¹ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, à la p. 214.

⁷² Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 21-25.

⁷³ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 27.

⁷⁴ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 23.

que chaque membre a l'obligation et le droit de s'identifier comme membre de la lignée. Cette appartenance s'obtient uniquement par la *nasab*. Ce serait d'ailleurs pour assurer les bases de ce nouvel ordre que l'adoption aurait été interdite, non sans mal⁷⁵. Le Coran décourage fortement le célibat et encourage les hommes à se marier pour fonder une famille de type patriarcal dont ils assureront la direction parce qu'ils sont considérés les mieux placés pour ce faire⁷⁶. Le mariage est vu comme une nécessité parce qu'il permet à la fois de préserver l'harmonie sociale et de remplir les besoins humains (notamment sexuels) d'une manière morale en contrôlant la procréation. Sources de déséquilibre social, toutes les formes de relations sexuelles hors mariage (*zina*) sont prohibées et sévèrement punies.

Il faut noter que l'Islam a été encore une fois « révolutionnaire » dans la mesure il n'a reconnu qu'une forme de mariage, lequel prend la forme d'un contrat permanent conclu devant témoins et régi par des règles bien précises, et a établi un modèle familial patrilinéaire⁷⁷. Avant l'avènement de l'Islam, les systèmes matrilineaire et patrilinéaire coexistaient. Les règles relatives au mariage et à sa dissolution, à la filiation et aux successions étaient plus vagues. En matière de relations hommes/femmes, l'Arabie était régie par des coutumes qui ont été abrogées. Par exemple, la femme pouvait être « donnée » à plusieurs hommes et l'enfant qui naissait de ces relations sexuelles était attribué à l'un d'eux, au choix de la femme. L'homme n'avait pas le choix d'accepter cette filiation. Ou encore, il était possible de s'unir pour une période prédéterminée. De ce point de vue, l'Islam s'est éloigné du modèle familial tribal, au profit de la famille plus restreinte⁷⁸.

⁷⁵ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 24-26.

⁷⁶ Coran, sourate 12, verset 38 et sourate 24, verset 32.

⁷⁷ Ces règles concernent les règles de validité du mariage, la vie maritale (principalement l'entretien de la femme sous toutes ses formes, celle-ci n'ayant pas d'obligation économique dans la famille) et la fin de celle-ci (répudiation, *talak*, divorce « conjoint », *khul*) et varient selon les écoles.

⁷⁸ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, à la p. 28.

La famille traditionnelle est vue par le Coran comme le milieu de prédilection pour permettre à l'enfant de se développer correctement, mais aussi pour offrir une aide financière et familiale aux personnes âgées et aux membres vulnérables. Elle est basée sur la cohésion et la solidarité entre ses membres. Bien que l'Islam ne commande pas un type d'organisation familiale en particulier (élargie ou nucléaire), les membres sont traditionnellement et historiquement compris au sens large, d'où le terme « grande famille agnatique » (*Al dar l'kebira*)⁷⁹. À l'intérieur de cette grande famille, il existe une très forte hiérarchie des personnes et des fonctions⁸⁰. Le Coran prescrit que chaque membre de la famille est directement responsable pour répondre aux besoins de son entourage immédiat (ascendants et descendants directs au premier degré), à ceux des membres de la famille incapables de subvenir aux leurs et est encouragé à prendre soin de sa famille élargie⁸¹. Le bien de la famille vient avant celui de l'individu, l'individu est immergé dans le groupe ; il n'existe qu'au travers de son appartenance à une hiérarchie. La responsabilité du membre sera proportionnelle à la part de l'héritage à laquelle il aurait droit dans la succession du membre pris en charge. Comme l'héritage se transmet de père en fils, les hommes⁸², remplissant le rôle de pourvoyeurs, ont la plus grosse part du gâteau, que ce soit en matière de responsabilités ou d'autorité. Quant à la place de la femme, sa subordination décroît en fonction de son âge et du nombre d'enfants qu'elle a engendrés⁸³.

L'enfant constitue l'objectif principal et représente une prescription religieuse du mariage ; il est l'ultime récompense car c'est la maternité/paternité qui donne à la

⁷⁹ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 30-32.

⁸⁰ Cigdem Kagitcibasi, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p.271.

⁸¹ M. Afzal Wani, *The Islamic law on maintenance of women, children, parents & other relatives : classical principles and modern legislations in India and Muslim countries*, 1st éd., Noonamy, Kashmir, New Delhi, Upright Study Home, Qazi Publisher & Distributors, 1995, aux p. 8-16.

⁸² Particulièrement le père et le fils aîné.

⁸³ Cigdem Kagitcibasi, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 272.

femme/homme le véritable statut d'adulte⁸⁴. L'enfantement est un acte très favorable aux yeux divins dans la mesure où chaque naissance agrandit l'*Oumma*. Une expression veut que lorsqu'un homme devient père, il a rempli auprès de Dieu la moitié de ses devoirs de croyant ; il lui reste à craindre Dieu pour la deuxième moitié. La paternité est une preuve de virilité. Selon un auteur, cette attitude entraîne chez l'homme musulman un besoin « viscéral » de s'attribuer la paternité de l'enfant de sa femme dès l'instant où les faits n'en contredisent pas trop ouvertement la vraisemblance⁸⁵. En gros, l'homme musulman répudie facilement sa femme, mais désavoue très rarement les enfants qu'elle a mis au monde⁸⁶. Socialement, l'enfant constitue le lien crucial entre chaque génération, il est « the living person that ties the present to the past and to the future »⁸⁷. La naissance d'un garçon est fortement souhaitée, car celui-ci assurera la transmission du nom, mais aussi le bien-être matériel de la famille. La « sécurité du grand âge », l'interdépendance générationnelle, revêt dans la famille traditionnelle une grande importance⁸⁸. La ségrégation entre filles et garçons débute à un très jeune âge. Dès trois ans, on enseigne aux filles à s'occuper des plus jeunes et à participer aux tâches ménagères (en préparation de leur rôle de mère) tandis que les garçons ont la liberté de jouer à l'extérieur⁸⁹. Dès son plus jeune âge, il est inculqué à la fille que l'honneur de la famille repose sur elle, c'est-à-dire sur sa virginité. Comme le

⁸⁴ Cigdem Kagitcibasi, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 211.

⁸⁵ L'auteur oppose cette attitude à l'attitude du non musulman, chez qui il note plutôt une attitude de méfiance et de prudence par rapport à sa filiation : Yvon Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, Paris, Mouton & Co, 1973, à la p. 20.

⁸⁶ Yvon Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, Paris, Mouton & Co, 1973, à la p. 20.

⁸⁷ Elizabeth Warnock Fernea, "Childhood in the Muslim Middle East" dans Elizabeth Warnock Fernea, éd., *Children in the Muslim Middle East*, 1st éd., Austin, University of Texas Press, 1995, à la p. 4.

⁸⁸ Cigdem Kagitcibasi, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 272.

⁸⁹ Annelies Glander, *The Oriental child: not born in wedlock: a study of the anthropological parameters, religious motivations, and sociological phenomena of child care in Islam and Judaism*, coll. «European University studies. Series XXII, Sociology », Frankfurt, Peter Lang, 2001, à la p. 171.

soulignait un auteur⁹⁰, la protection de l'enfant et de ses droits n'est pas absente du droit musulman, mais elle répond à d'autres préoccupations et est inspirée par d'autres valeurs que celles qui prévalent en Occident. Surtout, l'Islam met l'accent beaucoup plus sur les droits collectifs et les devoirs de l'individu envers la société que sur les droits individuels⁹¹. Conséquemment, l'autonomie de l'enfant est minimisée et il est appréhendé au sein d'un groupe, d'une communauté familiale, avant d'être un sujet de droit à part entière⁹². Ses droits seront largement tributaires de son environnement familial. Par opposition, en Occident, les droits individuels de chacun des membres de la famille sont exacerbés⁹³.

1.2.2. L'enfant dans l'Islam médiéval

La perception occidentale du droit musulman demeure encore qu'il accorde peu de droits aux enfants, qu'il est discriminatoire vis-à-vis des filles (mariage, succession), qu'il leur laisse peu de place pour exprimer une préférence, que ce soit au niveau de leur garde, de leur éducation ou de leur religion⁹⁴. Pourtant, l'idée que l'enfant possède un statut particulier est un concept ancré dans l'Islam depuis les temps médiévaux, bien avant que le concept ait été reconnu en droit international et dans les sociétés européennes, c'est-à-dire au 20^e siècle⁹⁵. En fait, les sociétés islamiques avaient durant les temps médiévaux une plus grande considération pour les besoins de l'enfant que les sociétés européennes du début du

⁹⁰ Jean-Louis Nadal, « L'enfant en droit musulman », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 19.

⁹¹ Melanie Reed, "Western democracy and Islamic tradition: the application of Sharia in a modern world" (2003) 19 Am. U. Int'l L. Rev. 485, à la p. 504.

⁹² Rhoda Howard, "Cultural absolutism and the nostalgia for community" (1993) 15 Hum. Rts. Q. 315, à la p. 333.

⁹³ Rhoda Howard, "Cultural absolutism and the nostalgia for community" (1993) 15 Hum. Rts. Q. 315, à la p. 333.

⁹⁴ David Pearl, "A note on children's rights in Islamic law", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd., *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, à la p. 90.

⁹⁵ Bien qu'il existe une certaine controverse sur cette question, certains auteurs évoquent un rapport à l'enfant proche de celui existant de nos jours dans le village de Montailou situé dans les Pyrénées, en France, au 14^e siècle. Voir Avner Giladi, "Concepts of childhood and attitudes towards children in medieval Islam" 32 Journal of the Economic and Social History of the Orient 123.

20^e siècle⁹⁶. Avner Giladi, auteur de nombreuses études sur l'enfance dans l'Islam médiévale, rapporte une quantité très impressionnante d'ouvrages arabes consacrés aux enfants datant de cette époque. Un dictionnaire de l'époque rapporte pas moins de quarante termes pour désigner le bébé, l'enfant et les différents stades de l'enfance. L'analyse du contenu de ces documents, qui traitent notamment de pédiatrie, de psychologie infantine, d'éducation et de droits de l'enfant, témoignent d'une conscience très développée et d'une connaissance approfondie de l'enfant et de ses besoins⁹⁷. Le premier traité entièrement consacré à la pédiatrie, *Siyasat Al-Sibyan*, date du 10^e siècle⁹⁸ et aborde de manière étendue l'hygiène du nouveau-né, les maladies infantiles et leur traitement. Il porte également sur le développement de la personnalité, le caractère acquis ou inné des traits, le lien entre les traits de la mère et ceux de l'enfant. Plusieurs traités ont suivi et confirment que déjà au 10^e siècle, un système de diagnostics assez efficace avait été développé grâce aux autopsies pratiquées. Les auteurs de ces traités étant des praticiens, ces connaissances n'étaient pas uniquement théoriques, elles étaient transmises aux générations plus jeunes de médecins⁹⁹. Durant le moyen-âge, l'enfance était une période plus longue dans le monde islamique qu'en Europe, où l'enfant passait extrêmement rapidement à l'âge adulte, c'est-à-dire vers 7 ans. Cette prolongation « arabe » était due en partie à l'institution de la *kuttab*, école élémentaire religieuse et civique répandue du moyen-âge au 20^e siècle et fréquentée par les garçons.

Déjà au 11^e siècle, l'éminent auteur Al-Ghazali écrivait que l'enfant est « prêté » à ses parents pour qu'ils en prennent soin et l'élèvent de manière à en faire une bonne personne.

⁹⁶ Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 359, à la p. 377.

⁹⁷ Avner Giladi, "Concepts of childhood and attitudes towards children in medieval Islam" 32 Journal of the Economic and Social History of the Orient 123, aux p. 128-134. À la p. 234, l'auteur rapporte entre autre un ouvrage de 1324 après J.C. le passage suivant : "children should be regarded as human beings and should be honoured like adults".

⁹⁸ Écrit par Ibn Al-Jazzar.

⁹⁹ Avner Giladi, *Children of Islam: concepts of childhood and medieval Muslim society*, New York, St. Martin's Press, 1992, à la p. 20.

Pour ce faire, il appartient au père de l'enfant de choisir un environnement favorable (cela commence avec une nourrice vertueuse), dépourvu de mauvaises influences. L'âge de raison, 7 ans, est charnière puisque l'enfant doit alors recevoir une éducation de manière systématique car à ce jeune âge il est alors parfaitement prêt à assimiler l'information, il est comme un « sol vierge », une « pierre lisse prête à être ciselée »¹⁰⁰.

Au 11^e siècle, l'éducation au Moyen- Orient et en Afrique du Nord était très principalement religieuse et consistait à apprendre le Coran par cœur, alors que les musulmans espagnols accordaient à la même époque plus d'importance à l'apprentissage de la lecture et de l'écriture. Les matières comme l'arithmétique ou la poésie n'étaient abordées que par rapport au Coran, par exemple pour calculer les parts d'héritage consacrées dans ce dernier. Cette éducation était complétée par les éducations morale et physique ainsi que par le jeu.

Au 14^e siècle, les penseurs musulmans reconnaissent que l'enfant a des besoins particuliers, qu'il doit être encouragé à développer ses talents naturels et que le traitement subi à un jeune âge a une influence directe sur sa personnalité future. Puis, au début du 15^e siècle, l'auteur Ibn Khaldun se pencha sur les effets néfastes (physiques et psychologiques) des châtiments excessifs dans l'éducation des enfants et conclut que l'usage de la violence devait être limité au minimum. Pourtant, les châtiments corporels faisaient partie intégrante des méthodes d'éducation et le sont encore, malgré une plus grande conscientisation. Ils avaient pour but de corriger les traits jugés indésirables. Les *fatwas* (opinions légales) de l'époque rapportent justement que les punitions corporelles étaient légales. Par contre, avec les siècles, elles ont été mieux encadrées, notamment par des traités à l'attention des enseignants et éducateurs sur les méthodes punitives modérées et par des inspecteurs chargés de vérifier et de limiter les méthodes utilisées.

¹⁰⁰Avner Giladi, *Children of Islam: concepts of childhood and medieval Muslim society*, New York, St. Martin's Press, 1992, à la p. 31.

Finalement, Giladi cite un nombre étonnement élevé d'ouvrages (13) destinés à aider les parents à gérer la mort d'un enfant, à une époque où en Europe, la mortalité infantile n'était pas perçue avec la même gravité. En fait, selon certains auteurs, les taux de mortalité étaient si élevés que les parents européens ne pouvaient qu'être indifférents devant ce qui était perçue comme la fatalité. Les hauts taux de mortalité infantile n'étaient pas non plus exclusifs à l'Europe. Que ce soit au Moyen-Orient ou en Europe, ils résultaient de facteurs assez similaires : insuffisance de connaissances médicales pour lutter contre des maladies comme la peste (qui revenait aux 8-9 ans), insuffisance ou absence de mesures hygiéniques de base (lors d'accouchement, de circoncision) mais aussi négligence, violence excessive, abandon et infanticide. On note que la mortalité liée à la peste n'épargnait aucune couche de la société arabe et les enfants étaient les premières victimes. Selon certains, l'enfant décédé recevait le même traitement que l'adulte, que ce soit au niveau des préparatifs funéraires ou des prières qui lui étaient adressées. D'autres soulignent que l'enfant avait un traitement inférieur à celui de l'adulte, notamment qu'il n'avait pas de pierre tombale à son nom. Par ailleurs, la grande tristesse du deuil d'un enfant qui est rapportée dans de nombreux ouvrages était compensée par une importante consolation religieuse. Selon les paroles rapportées du Prophète (*hadîth*), les parents de jeunes enfants prédécédés étaient destinés entrer directement au paradis, de même que leur (s) enfant (s)¹⁰¹. Le traitement accordé en pratique aux enfants différait sûrement des pratiques décrites dans ces traités. Toutefois, certaines de ces pratiques étaient sûrement en vigueur à certaines époques, dans certaines classes de la société¹⁰². Une conclusion est certaine: l'enfant était vu et traité avec une certaine ambivalence. D'un côté, il était considéré innocent et pur ; de l'autre, il était rempli de désirs réprimés par la violence et les filles étaient très sévèrement discriminées dès la naissance.¹⁰³

¹⁰¹ Avner Giladi, "Concepts of childhood and attitudes towards children in medieval Islam" 32 *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 123, à la p. 149.

¹⁰² Avner Giladi, "Concepts of childhood and attitudes towards children in medieval Islam" 32 *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 123, à la p. 160.

¹⁰³ Avner Giladi, "Concepts of childhood and attitudes towards children in medieval Islam" 32 *Journal of the Economic and Social History of the Orient* 123, à la p. 160.

1.2.3. L'enfant et les 3 « L » : Lignée paternelle, Légitimité et Liens du sang

Selon l'Islam, l'enfance procède par étapes bien définies. Selon le Coran et la *sunna*, l'enfant est celui qui, de sa conception à sa majorité, passe par les cinq étapes suivantes¹⁰⁴ :

- 1- De sa conception à sa naissance, le fœtus jouit de certains droits ;
- 2- De sa naissance à 7 ans, l'enfant est réputé privé de raison ('*akl*) et est incapable;
- 3- De 7 ans à la puberté, l'enfant peut participer à certains actes légaux, mais ils sont soumis au contrôle de son tuteur;
- 4- De la puberté à la majorité, l'enfant peut se marier. L'âge de la puberté ne peut pas être inférieur à 12 ans chez le garçon et 9 ans chez la fille. Cet âge ne peut dépasser 15 ans, même en l'absence de signes de puberté ;
- 5- La majorité, l'adolescent est alors considéré un adulte. La majorité est atteinte selon les écoles à 15 ou 18 ans.

L'adage veut que durant les sept premières années de la vie de l'enfant, ses parents le câlinent, durant les sept suivantes ils l'éduquent et durant les sept subséquentes ils le traitent en ami. Ensuite, ils doivent le laisser prendre son autonomie. La vie de l'enfant est régie par les quatre rites religieux suivants : la cérémonie de naissance et de nom¹⁰⁵ au jour 7 du nouveau-né, où on procède à la première coupe de cheveux et au sacrifice d'animaux, la circoncision pour les garçons entre 3 et 6 ans (parfois aussi l'excision pour les filles, mais elle n'est pas obligatoire), la graduation de l'école coranique (*kuttab*) et le mariage.

¹⁰⁴ Mohammed Nokkari, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 35.

¹⁰⁵ Le rituel du nom est extrêmement important et constitue un des devoirs importants des parents envers leur enfant. Les musulmans reconnaissent l'importance du nom comme un élément qui place l'enfant dans sa lignée et comme une source de fierté: voir Ishaque Shabnam, "Islamic principles on adoption: examining the impact of illegitimacy and inheritance related concerns in context of a child's right to an identity" (2008) 22 Int Journal of Law, Policy and Family 396.

L’Islam reconnaît des droits à l’enfant et même au fœtus. Le fœtus a des droits patrimoniaux (héritage, testament et dons), mais également le droit de poursuivre son développement et de naître¹⁰⁶. Bien que certains auteurs pensent qu’il ait été courant à l’époque, surtout à l’égard des filles (les non désirées étaient parfois enterrées vivantes à la naissance, alors que d’autres, garçon ou fille, étaient eux sacrifiés aux dieux) en période de vache maigre, l’infanticide est proscrit et sévèrement réprimandé par le Coran¹⁰⁷. Le bien être du fœtus est garanti par plusieurs mesures de protection accordées à la femme enceinte, parmi lesquelles se trouvent l’exemption du jeûne pendant le ramadan, la prohibition de toute punition et l’entretien obligatoire par l’époux durant la grossesse. Dès sa naissance, l’Islam reconnaît à l’enfant le droit à un beau nom¹⁰⁸. Au nom est associé le droit à la filiation (au sens de *nasab*), de laquelle découlent plusieurs autres droits. Cette filiation est sacrée et tout père ou mère qui la nierait est puni, tel qu’en fait foi le *hadîth* suivant :

Toute femme qui fera entrer dans une famille celui qui n'est pas des leurs (c'est à dire qu'elle attribue à son mari un enfant né de l'adultère), alors elle n'a aucun lien avec Allah, et Allah ne la fera jamais entrer dans Son paradis; et tout homme qui reniera son enfant alors qu'il l'observe (c'est à dire qu'il a conscience et il sait pertinemment que cet enfant est le sien), Allah Se voilera de lui et le déshonorera le Jour Final en présence des premiers et des derniers (c'est à dire l'humanité entière).

Inversement, la personne qui se réclame fils ou fille de quelqu’un alors que cette filiation est fautive est également punie, car elle ment délibérément à propos d’actes divins. L’enfant a un droit strict à l’allaitement (maternel de préférence, sinon par une nourrice) jusqu’à sa deuxième année inclusivement. Si le père et la mère ne vivent plus ensemble, le père devra rémunérer la mère pour son travail d’allaitement. Le père légitime doit lui

¹⁰⁶ Il n’est pas clair à savoir si l’avortement est totalement interdit par l’Islam.

¹⁰⁷ Le phénomène est débattu, car certains pensent que les auteurs de l’époque exagéraient sa fréquence : Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 185-187.

¹⁰⁸ Ishaque Shabna, “Islamic principles on adoption: examining the impact of illegitimacy and inheritance related concerns in context of a child’s right to an identity” (2008) 22 *Int Journal of Law, Policy and Family* 396, à la p. 398.

assurer nourriture, vêtements et logement conformément à l'usage¹⁰⁹ : il a le rôle de pourvoyeur matériel. La triple tutelle, c'est-à-dire à la personne, aux biens et d'éducation, appartient au père. Il est seul titulaire de l'autorité parentale¹¹⁰. Par contre, sa mère (et par sa parenté maternelle¹¹¹) a un droit de garde¹¹² sur l'enfant jusqu'à ce qu'il ait acquis une certaine autonomie, généralement 12 ans pour la fille et 10 ans pour le garçon, tout dépendamment des écoles. Le droit de garde maternelle a ici un sens restreint et se limite à la garde physique qui implique d'assurer la nourriture, l'habillement, les soins du corps, la surveillance et l'éducation religieuse (obligatoirement celle du père). La garde est le prolongement du devoir d'allaitement. Cette garde maternelle est jugée fondamentale dans la vie de l'enfant, en droit musulman elle est considérée dans son meilleur intérêt *in abstracto*¹¹³. Les qualités telles que la tendresse et le sens du sacrifice, qui sont associées traditionnellement à la femme dans le Coran, lui permettent de remplir ce rôle¹¹⁴. Passé l'âge où l'enfant acquiert un minimum d'autonomie (10-12 ans), la garde sera, en cas de conflit parental, confiée au père. À partir de sept ans, un des principaux droits est le droit à l'éducation culturelle, morale et scientifique. Une fois atteint la puberté, l'enfant peut

¹⁰⁹ Sourate 2, verset 233.

¹¹⁰ Le verset 38-34 de la sourate 4 du Coran est non équivoque sur la supériorité du pouvoir masculin: « Les hommes ont autorité sur les femmes du fait qu'Allah a préféré certains d'entre vous à certaines autres, et du fait que les hommes font dépense de leurs biens en faveur de leur épouse ».

¹¹¹ En matière de garde, la famille maternelle l'emporte sur la famille paternelle. La mère a la garde, peu importe qu'elle ait été répudiée ou divorcée par son mari, qu'elle soit musulmane ou non (ce dernier élément varie selon les écoles). Par contre, elle perd la garde si elle se remarie, à moins que le nouvel époux soit un proche de l'enfant.

¹¹² La garde a ici un sens différent parce que l'autorité parentale est conservée par le père. Voir Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, aux p. 46-48.

¹¹³ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, aux p. 58-59.

¹¹⁴ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 47 et Fanny Vasseur Lambry, « Le statut du mineur maghrébin en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 381.

administrer ses biens et se marier, parfois avec l'autorisation paternelle dans le cas de la fille¹¹⁵.

Contrairement aux législations occidentales et internationales qui insistent surtout sur les droits des enfants vis-à-vis de leurs parents, le droit musulman place beaucoup d'emphase sur les obligations de l'enfant envers ses parents¹¹⁶. L'enfant doit d'abord le plus grand respect et la plus grande obéissance à ses parents (surtout à son père), lesquels sont hiérarchiquement placés tout de suite après Dieu¹¹⁷. Il doit suivre la foi de son père (la religion se transmet par ce dernier), à défaut de quoi il peut être déshérité. Cette foi est automatiquement la foi musulmane puisque le musulman peut marier une non musulmane mais l'inverse est prohibé. L'enfant doit porter une assistance matérielle à ses parents (et grands parents) s'ils sont dans le besoin et qu'il en a la capacité. Cette obligation de porter assistance aux ascendants est encore forte dans les sociétés arabes musulmanes, où les aînés sont préférablement soignés dans leur milieu familial, d'où la présence de maisonnées intergénérationnelles. Le placement en foyer est encore considéré honteux¹¹⁸.

La plupart de ces principes sont demeurés inchangés dans les législations arabes. L'allaitement, la garde maternelle et la tutelle paternelle sont consacrés dans presque toutes ces législations¹¹⁹, avec quelques nuances. De plus, sauf en Tunisie où la femme peut être forcée de contribuer au mariage si elle a des biens¹²⁰, c'est encore le mari qui est d'abord

¹¹⁵ Mohammed Nokkari, « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, aux p. 36-44: la nécessité de l'autorisation paternelle varie selon les écoles.

¹¹⁶ Masoud Rajabi-Ardeshiri, «The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global» (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475, à la p. 479.

¹¹⁷ Sourate 17, verset 23.

¹¹⁸ Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 203-206.

¹¹⁹ Cigdem Kagitcibasi, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux p. 229-235.

¹²⁰ Et ce, même si le mari est encore consacré le chef de famille. L'article 23 alinéa 4 du Code de statut personnel tunisien, promulgué par le Décret n°229 du 13/08/1956 portant promulgation du code de statut

économiquement responsable de la famille. En matière de garde, la différence notable avec le droit musulman classique est que la famille maternelle passe désormais après le père dans l'ordre d'attribution¹²¹. Ce changement témoigne d'une donnée sociologique importante : la participation de plus en plus active du mari dans les charges domestiques du ménage. En Égypte, la garde à la mère s'étend à 15 ans pour les deux sexes, en Iran à 7 ans pour les deux sexes, au Maroc 18 ans pour les deux sexes, alors qu'en Tunisie le juge a la tâche de déterminer à qui l'enfant sera confié, selon le critère du meilleur intérêt de l'enfant¹²². Dans ce dernier État, cette règle est selon nous le symptôme d'un réel changement de mentalités. D'abord parce qu'elle privilégie la famille nucléaire (père, mère) et pas automatiquement la famille élargie (lignée maternelle). Deuxièmement, par l'adoption du critère de l'intérêt de l'enfant, la garde est devenue un droit de l'enfant plutôt qu'un droit des parents. Déjà en 1958, le tribunal civil de Tunis avait reconnu que la garde est un droit de l'enfant et non de ses parents¹²³. En 2001, la Cour de cassation tunisienne a rappelé que seul l'intérêt de l'enfant devait être pris en compte¹²⁴. En matière de filiation,

personnel (« Code de statut personnel tunisien »), est clair en ce sens : « Le mari, en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire. »

¹²¹ Article 171 Code marocain de la famille promulgué par le Dahir n° 1-04-22 du 12 hija 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la famille (Bulletin Officiel n° 5358 du 2 ramadan 1426 (6 octobre 2005), à la p. 667 (« Code marocain de la famille »), se lit : « La garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père et puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. A défaut, le tribunal décide, en fonction des présomptions dont il dispose, et toujours dans l'intérêt de l'enfant, d'attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assumer. Le tribunal ordonne également que soit assuré un logement décent à l'enfant soumis à la garde, au même titre que les autres obligations découlant de la pension alimentaire ». L'article 64 du Code algérien de la famille promulgué par l'Ordonnance n° 05-01 du 18 Moharram 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 70-86 du 15 décembre 1970 portant Code de la nationalité algérienne, Journal officiel de la République algérienne no 15, à la p. 14 (« Code de la famille algérien ») se lit : « Le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis au père, puis à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle, puis aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant. En prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite. »

¹²² Articles 57 et 67 du Code de statut personnel tunisien. L'article 67 est clair et se lit : « En cas de dissolution du mariage par décès, la garde est confiée au survivant des père et mère. Si le mariage est dissous du vivant des époux, la garde est confiée soit à l'un d'eux, soit à une tierce personne. Le juge en décide en prenant en considération l'intérêt de l'enfant... »

¹²³ R.T.D. 1966-67, aux p. 196-197, citée dans Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 88.

¹²⁴ Cass, 2 mars 2001, no 7286-2000.

les règles classiques s'appliquent aussi et le serment d'anathème constitue encore un moyen de contestation de paternité¹²⁵. Nous examinerons à présent ces règles.

1.2.4. La filiation

La filiation est si importante qu'elle mérite qu'on s'y attarde plus longuement. La conception patriarcale de la famille étant de mise, l'Islam considère que l'enfant appartient au père et à la famille paternelle¹²⁶. Les liens de parenté ne se forment que par les mâles et par la filiation paternelle légitime (*nasab*). Les liens agnatiques sont privilégiés et le statut de la mère est indifférent et n'a pas de conséquence sur le statut de l'enfant. La filiation légitime, qui est considérée comme étant un droit imprescriptible de l'enfant, résulte en principe d'un monopole des relations sexuelles dans le mariage, même si celui-ci est par la suite annulé ou déclaré vicié. L'adultère est prohibé, celui-ci ayant pour conséquence d'engendrer des enfants privés des droits découlant de la *nasab*. Dans les faits, la rigidité apparente des règles est assouplie par le fait que la société essaie le plus possible d'attribuer une *nasab* à chaque enfant.

Il existe une forte présomption de paternité pour l'enfant né durant le mariage, qui veut que « l'enfant appartienne au lit conjugal où il est né » (*firash*). La filiation par rapport au père est normalement établie par la cohabitation consécutive au mariage et une reconnaissance de ce dernier ou, à défaut, de témoignages probants. En cas de dispute autour de la paternité, comme c'était surtout le cas autour des enfants nés de femmes esclaves (qui étaient réclamés par le maître et par le mari de celles-ci), le principe du *firash* était appliqué et faisait en sorte que l'enfant avait une filiation avec le mari légitime, même

¹²⁵ Par exemple, l'article 76 du Code de statut personnel tunisien et l'article 153 du Code marocain de la famille.

¹²⁶ Ce n'est pas le sujet du présent mémoire, mais à part le droit de garde de la mère et de sa lignée, l'enfant « appartient » au père en ce sens qu'il en a la tutelle complète et exerce à son égard sa puissance paternelle.

s'il était le produit de relations sexuelles entre le maître et son esclave¹²⁷. La présomption pesant sur le père présumé pouvait être renversée à plusieurs conditions assez strictes et le fardeau de la preuve était hors de tout doute raisonnable. Plus précisément, l'action en désaveu pouvait être accueillie (si déposée dans les sept jours suivant la naissance) dans quatre cas : si l'enfant naissait moins de six mois après le mariage ou plus d'un an après sa dissolution, s'il était prouvé qu'il était impossible que la cohabitation ait eu lieu ou si l'adultère de la femme était prouvé (par le serment d'anathème, *li'an*)¹²⁸. Considérant l'importance de la stabilité de la filiation, l'action devait être tranchée dans les quinze jours. Le délai minimum de grossesse est de six mois lunaires¹²⁹, mais tout enfant né moins de six mois après le mariage¹³⁰ est légitime, à moins de contestation. L'enfant né moins d'un an après la dissolution du mariage est aussi réputé légitime. Traditionnellement, dans l'intérêt de l'enfant, dans le but de lui octroyer une *nasab* et de préserver l'honneur de la famille, on admettait toutes sortes de fictions qui semblent aujourd'hui insolites. Par exemple, on admettait des longues, voire très longues grossesses, non pas par ignorance, mais dans l'intérêt de l'enfant à naître¹³¹. S'il advenait qu'une femme mariée soit enceinte alors que le mari avait été absent depuis plus de neuf mois, la tradition de « l'enfant endormi » (*raqid*) permettait le recours à un subterfuge qui consistait à admettre que la grossesse pouvait durer très au-delà de la gestation normale, jusqu'à 2¹³² ou même 5¹³³ ans! De nos jours, cette période maximale a été réduite de dix mois à un an selon les États. Ou encore, la société maghrébine admettait qu'une femme restée vierge puisse tomber enceinte en allant

¹²⁷ Ella Landau Tasserou, "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies" (2003) 2 Bulletin of the School of Oriental and African Studies 66, à la p. 176. Selon l'auteure, cette règle n'était pas appliquée durant les premiers temps de l'Islam.

¹²⁸ Ella Landau Tasserou, "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies" (2003) 2 Bulletin of the School of Oriental and African Studies 66, à la p. 176.

¹²⁹ Le délai minimal de six mois découle de deux sourates : sourate 2, verset 233 et sourate 46 verset 15.

¹³⁰ Selon les écoles, le délai commence à courir soit à partir de la consommation du mariage, soit du moment où il est contracté.

¹³¹ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 36.

¹³² École hanéfite.

¹³³ École malékite.

aux bains (*hammam*), où elle serait « malencontreusement » entrée en contact avec le sperme laissé par un homme.

Une autre façon qu'a trouvée le droit musulman de légitimer facilement un enfant consistait pour un homme à reconnaître comme le sien un enfant né hors mariage (méthode d'*istilhaq*¹³⁴). Pour ce faire, la reconnaissance de paternité devait seulement être faite d'une manière qui ne portait pas à croire que l'enfant était le produit de relations sexuelles hors mariage¹³⁵. La preuve du mariage antérieur n'était même pas nécessaire, il fallait seulement que le déclarant n'avoue pas avoir eu l'enfant de relations illégitimes : en somme, on lui demande de se taire sur des circonstances moralement condamnables¹³⁶. Pour que cette reconnaissance puisse avoir lieu, l'enfant ne devait pas déjà appartenir à un autre homme et la paternité devait être plausible (ex : différence d'âge). Cette règle de reconnaissance, qui s'appliquait seulement dans un contexte non litigieux, permettait de réduire les cas d'illégitimités et est encore reconnue en Tunisie, au Maroc et en Algérie. Bien qu'il y ait souvent confusion¹³⁷, adoption et *istilhaq* sont deux notions bien différentes, la différence étant que l'adoption est le fait de créer un lien de filiation entre deux personnes dont on *sait* non liées biologiquement tandis que l'*istilhaq* consiste à reconnaître une personne que l'on sait liée biologiquement à soi¹³⁸.

L'Islam ne reconnaissant que l'enfant légitime, l'enfant naturel (adultérin) est « inexistant » et a un statut extrêmement précaire, tel que le confirment ces propos non équivoques du Prophète : « l'Enfant légitime est celui qui est né dans le mariage ; quant à

¹³⁴ M.S Sujimon, "Istilhaq and its role in Islamic law" (2003) 18 Arab L.Q. 117.

¹³⁵ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 18.

¹³⁶ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 18.

¹³⁷ La confusion résulterait de l'ambiguïté, en arabe, entre les deux termes. Voir Ella Landau Tasserou, "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies" (2003) 2 Bulletin of the School of Oriental and African Studies 66, aux p. 180-181.

¹³⁸ Ella Landau Tasserou, "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies" (2003) 2 Bulletin of the School of Oriental and African Studies 66, à la p. 173.

l'enfant naturel, il n'a droit qu'à être lapidé. »¹³⁹ L'enfant naturel ne pourra qu'avoir une filiation légitime maternelle¹⁴⁰. Il n'aura aucune filiation paternelle et l'action en recherche de paternité est prohibée. La *nasab* étant fondamentale, son statut est à peine plus enviable que celui de la troisième catégorie d'enfants, les enfants abandonnés, lesquels n'ont ni filiation paternelle ni filiation maternelle. La loi islamique prévoit que les enfants abandonnés ou ceux dont les parents sont incapables de s'occuper sont à la charge de la communauté¹⁴¹. Le musulman qui trouve l'enfant a le devoir religieux et la responsabilité morale de s'en occuper (à la condition qu'un lien de filiation ne soit pas établi), à la charge du trésor public¹⁴². Si cette personne est incapable de s'en occuper, la charge revient à la communauté dans son ensemble. Si l'enfant est trouvé en terre d'Islam, il sera automatiquement considéré musulman. Avant la création des orphelinats, ces enfants trouvés étaient placés en famille. Sans être aussi drastiques que la lapidation, les législations arabes actuelles reflètent cette différence de traitement puisque les enfants naturels et abandonnés sont encore discriminés. En matière de filiation, on peut dire que les règles arabes actuelles sont restées traditionnelles. Victimes innocentes, ces enfants portent encore en eux le « péché » de leurs parents, ils sont le mal incarné parce qu'ils sont le fruit du crime commis envers la religion et la société¹⁴³.

¹³⁹ Citation reprise dans un jugement algérien refusant la reconnaissance de paternité d'un enfant conçu hors mariage : voir Camille Lacoste Dujardin, « De vos enfants adoptifs, Allah n'a point fait vos fils » (1988) 96 *Autrement* 114, à la p. 116.

¹⁴⁰ Selon certains auteurs, la reconnaissance en Islam de cette filiation naît de deux éléments pris pour acquis: d'abord du fait que la maternité est certaine et aussi du fait que l'attachement mère-enfant est considéré: Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 191-193.

¹⁴¹ Dejo Olowu, "Children's rights, international human rights and the promise of Islamic legal theory" (2008) *Law, Democracy & Development* 12(2), à la p. 73.

¹⁴² Abd Al Ati Ammudah, *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977, aux p. 196-197.

¹⁴³ Ce crime est d'ailleurs punissable de cent coups de fouet ou de lapidation s'il y a adultère. Voir : Mustapha Nasraoui, « Les enfants abandonnés en Tunisie : analyse de la situation de l'enfant et de la mère », Colloque L'Avenir de la famille au Moyen-Orient et en Afrique du Nord présenté par l'UNESCO Paris, 21-23 février 1990, à la p. 145 (non publié), Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 *Int'l J. Child. Rts.* 359, à la p. 375.

Une courte parenthèse peut être ouverte au sujet de la procréation assistée, une nouvelle réalité qui cause bien des questionnements religieux. En effet, quels sont le statut et la filiation de l'enfant né du résultat de la procréation assistée ? Aucune réponse définitive n'est évidemment apportée par le droit musulman, mais c'est l'occasion de voir comment les règles de la filiation peuvent être adaptées à de nouvelles réalités. Concernant la fécondation intra utérine, si le fœtus est le fruit de l'amalgame du sperme et d'ovule des deux époux, l'enfant sera légitime tandis que si le sperme utilisé n'est pas celui du mari, l'enfant ne jouira pas de ce statut et sera uniquement naturel. Pour la fécondation extra utérine, la question se complique. L'enfant sera légitime seulement dans deux cas : si l'ovule de l'épouse est fécondé par le sperme du mari et réimplanté dans l'utérus de celle-ci ou si l'ovule fécondé provient d'un couple marié et est réimplanté dans l'utérus de l'épouse. Si l'opération implique un homme ou une femme non marié, l'enfant sera illégitime. Ces réponses théoriques sont fortement atténuées par le fait que l'homme marié ne contestera fort probablement pas le statut de l'enfant. Religieusement parlant, la non-reconnaissance du statut légitime de l'enfant devrait entraîner automatiquement la dissolution du mariage, comme c'est le cas lorsqu'un époux refuse de reconnaître la paternité du bébé enfanté par son épouse. La question de la justification par la nécessité se pose aussi et demeure incertaine : l'insémination doit-elle, pour être permise, nécessairement résulter d'un cas de nécessité ? Bref la question demeure entière et à débattre¹⁴⁴. Il nous semble toutefois que l'évolution de la science et cette nouvelle possibilité de fécondation artificielle ouvre la porte à un questionnement sur le fondement même de l'interdiction de l'adoption, qui est la préservation de la filiation d'origine. Est-elle désormais dépassée ?

Parenthèse refermée, notre constat est que la famille musulmane est marquée par le caractère sacré de l'organisation familiale naturelle. Ce modèle est basé sur la légitimité et

¹⁴⁴ Muhammad Abdelkebir Alaoui M'Daghri, "The Code of Children's rights in Islam" dans Fernea Elizabeth Warnock, *Children in the Muslim Middle East*, 1st éd., Austin, University of Texas Press, 1995, aux p. 30-40.

l'immutabilité des liens du sang agnatiques et des règles successorales. La procréation étant un acte divin, une bénédiction de Dieu, l'adoption apparaît comme l'aveu public que l'individu ne s'attend plus à avoir d'enfants, qu'il désespère de la bienveillance divine. Cela est inacceptable¹⁴⁵. Ces éléments peuvent expliquer pourquoi l'Islam s'oppose à l'adoption, mais il y a plus : le Coran lui-même l'interdit.

1.3. L'adoption dans l'Islam

1.3.1. L'enfant et l'adoption au centre des religions monothéistes et des cultures préislamiques

Les fondements des trois religions monothéistes, dont l'Islam fait partie, sont basés sur la famille et regorgent de mythes liés à l'abandon d'enfants. Que ce soit les héros ou les fondateurs de religions monothéistes, ils semblent correspondre à un certain archétype. Pour ce qui est du Judaïsme, du Christianisme et de l'Islam, le statut des fondateurs de chaque religion rappelle celui de l'adopté. Moïse a été adopté par la fille du Pharaon. Il s'agit d'un enfant d'ascendance surnaturelle (du Saint-Esprit) dans le cas du Christianisme. Fils du Saint-Esprit, Jésus a été élevé par un père qui n'était pas le sien biologiquement. Finalement, le prophète Mahomet était orphelin et a grandi avec son grand père et son oncle, sorte de pères adoptifs¹⁴⁶. Mahomet avait lui-même un fils adoptif appelé « Zeid fils de Mahomet ». Comme aucun des cinq fils naturels du Prophète n'atteignirent la puberté, ce fils adopté revêt une importance particulière puisque ce statut d'adopté (et sa répudiation) fit en sorte que le Prophète se retrouva le dernier d'une lignée, sans

¹⁴⁵ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 33.

¹⁴⁶ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations : rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, aux p. 7-10.

descendance mâle. C'est ce qui fait dire aux musulmans que Mahomet est le dernier des Prophètes¹⁴⁷.

Du côté des héros de l'époque pré judaïque, on assiste au même phénomène. La première adoption consignée fut celle du fondateur de Babylone, Sargon 1^{er}, plus de 1800 ans avant J-C. Œdipe, fils de Jocaste et Laïos et adopté par les souverains de Corinthe, devint souverain de Thèbes ; Rémus et Romulus, les fondateurs de Rome, furent élevés par une louve ; enfin, Octave, adopté par César, devint l'empereur Auguste. À cause de la peur de l'inceste et du mystère entourant les origines biologiques, on a toujours nourri une certaine méfiance envers cette filiation substituée. Il suffit pour s'en rendre compte de constater la proportion d'histoires mythiques d'adoption qui finissent mal : Brutus assassine César, Œdipe et Pâris causent la ruine de leur terre d'accueil, Moïse cause la destruction du royaume égyptien, etc. Malgré cette réticence, l'adoption a toujours été, depuis ses débuts, une réponse à l'absence d'enfant ou de parent¹⁴⁸.

Avant l'avènement des religions monothéistes, l'adoption était au Proche- Orient une pratique purement contractuelle entre l'adoptant et le parent biologique¹⁴⁹. Un auteur rapporte deux formes d'adoption : l'une conférait à l'adopté une filiation qui se substituait à l'ancienne, l'autre, contractuelle, consistait à commuer contre rétribution une filiation en une autre¹⁵⁰. Bien que nulle implication extérieure n'ait été nécessaire, l'adoption était rapportée sur des tablettes d'argile et comprenait plusieurs modalités, y compris des clauses

¹⁴⁷David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations : rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, à la p. 9.

¹⁴⁸David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations: rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, à la p. 11.

¹⁴⁹David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations: rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, à la p. 11.

¹⁵⁰Rude Antoine Edwige, « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 55.

pénales au cas où l'adoptant ou l'adopté décidait unilatéralement de rompre le lien d'adoption. Cette rupture pouvait se faire oralement. L'adoption d'un fils répondait à deux préoccupations : assurer un héritier mâle et une aide aux adoptants durant leurs vieux jours. Quant à la fille, elle était généralement adoptée par un homme dans le but que ce dernier organise son mariage, qui était parfois contracté avec le fils de l'adoptant lui-même. Finalement, les filles de familles pauvres étaient parfois données en adoption pour être servantes dans la famille adoptante¹⁵¹.

Chez les Grecs et les Romains, où le culte des ancêtres était très important, l'institution visait à permettre la perpétuation du culte du *pater familias* tout en introduisant des héritiers mâles¹⁵². Celui-ci avait droit de vie et de mort sur ses enfants, il pouvait les désavouer et les abandonner à son gré. L'infanticide était pratiqué et n'était pas toujours considéré comme un crime. L'adoption de filles était très peu pratiquée. L'adoption servait aussi à garantir une aide aux adoptants âgés et n'était ouverte qu'au *pater familias*. L'adopté prenait le nom de l'adoptant et recueillait ses biens. Les Grecs connaissaient trois formes d'adoption : l'adoption « plénière » *in vivos* par laquelle l'adopté perdait tout droit dans sa famille d'origine et devenait l'égal du fils naturel de l'adoptant, l'adoption testamentaire par laquelle le défunt désignait son fils adoptif dans son testament et l'adoption posthume, par laquelle l'adopté était désigné comme tel après la mort de l'adoptant¹⁵³. À Rome, l'adoption était assez commune parmi les aristocrates. Deux formes d'adoption étaient reconnues: l'adrogation et l'adoption simple. Dans les deux cas, les adoptions avaient souvent lieu alors que l'adopté était adulte et au départ, elles étaient plénières en ce sens que l'adopté perdait ses droits dans sa famille d'origine. Ce n'est qu'avec l'empereur

¹⁵¹ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. « Divinations: rereading late ancient religion », Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, aux p. 11-13.

¹⁵² Rude Antoine Edwige, « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 63.

¹⁵³ Rude Antoine Edwige, « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 63.

Justinien que l'adopté put reprendre ses droits d'héritage dans sa famille d'origine. L'adrogation liait un *pater familias* à un garçon pubère émancipé par son père biologique. Le fils devait consentir à l'adoption et celle-ci était précédée d'une enquête au cours de laquelle les consentements étaient vérifiés par les autorités romaines, qui prenaient la décision finale. L'adoption simple impliquait un garçon ou une fille et était moins formelle, bien qu'elle dût se faire devant un gouverneur ou magistrat. Elle ne nécessitait que les consentements du parent biologique et de l'adoptant¹⁵⁴.

L'avènement des religions monothéistes marqua un tournant important puisqu'elles tinrent l'adoption en défaveur. L'adoption n'était pas reconnue par les Juifs, qui y voyaient une fiction qui ne pouvait pas remplacer les liens du sang si importants pour obtenir le statut de descendant de Jacob. À la place, pour assurer la continuation de la famille, la loi juive permettait à un homme de prendre une concubine dans l'espoir de produire un héritier mâle. Toujours dans l'optique de produire un héritier, elle obligeait même l'homme à marier la femme de son défunt frère si celui-ci était décédé sans laisser d'enfant. Malgré le fait que l'adoption n'était pas reconnue, elle était tout de même pratiquée dans les communautés et sa forme ressemblait fortement à celle pratiquée dans le reste du Proche-Orient. Plusieurs allusions à des « adoptions » sont faites dans les textes bibliques : Moïse fut adopté par la fille du Pharaon, Esther fut adoptée par son cousin, Rachel adopta le fils de sa servante et de Jacob, les deux fils de Joseph auraient été adoptés par Jacob... Le fondement même du judaïsme, c'est-à-dire l'élection d'un peuple par Dieu comme étant le peuple élu et la promesse faite par Dieu à David de prendre en charge son fils comme le sien rappelle beaucoup le principe de l'adoption. L'adoption comme outil pour *choisir* sa descendance est donc un concept théologique¹⁵⁵. Ce concept se retrouve aussi dans le

¹⁵⁴ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations: rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, aux p. 14-15.

¹⁵⁵ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations : rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, aux p. 16-17.

Christianisme dans le Nouveau Testament. Chez les Chrétiens, Jésus, fils de Marie, fut adopté par Joseph et « choisi » par Dieu comme son fils. En effet, Joseph savait que Marie était enceinte alors que son mariage avec elle n'avait pas été consommé, il savait ne pas être le père et la soupçonnait d'avoir conçu hors mariage. C'est alors que les apôtres rapportent qu'un ange lui serait apparu pour lui annoncer que l'enfant à naître était le fils de Dieu. Toutefois, une fois né, Joseph lui donna son nom et l'éleva tout comme un père naturel, ce qui rappelle le principe d'adoption. La tradition chrétienne veut que chaque croyant choisisse Dieu comme père lors de la cérémonie du baptême : il devient alors son fils spirituel (c'est ce qu'on appelle l'adoption spirituelle). L'adoption devint un véritable sujet de discorde parmi les premiers Chrétiens lorsqu'une interprétation se développa à l'effet que Jésus serait en fait le fils biologique de Joseph et le fils adoptif de Dieu, renversant ainsi la première interprétation. À l'instar des juifs, l'adoption n'était pas reconnue comme telle par les premiers canonistes¹⁵⁶. L'Église chrétienne a d'abord rejeté l'adoption comme étant contraire à la nature, la filiation étant un acte du destin résultant de la seule volonté divine. D'un point de vue très concret, l'Église avait également un avantage pécuniaire à voir mourir quelqu'un sans descendance, sans successible...

Il existe peu de sources sur la pratique de l'adoption en Arabie juste avant la révélation de l'Islam au 7^e siècle, mais l'*al-tabanni* (qui veut dire « faire de quelqu'un son fils ou sa fille ») y était pratiquée puisque la majorité des habitants étaient polythéistes et regroupés en tribus. Comme pour les Romains, le père avait droit de vie et de mort sur ses enfants, il en était considéré propriétaire et pouvait en disposer¹⁵⁷. Femme et homme pouvaient adopter et généralement, l'adopté était un enfant capturé et fait esclave ou un enfant d'esclave (adopté par le maître de cette dernière). Il arrivait aussi qu'un enfant soit adopté

¹⁵⁶ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations : rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, aux p. 18-21.

¹⁵⁷ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 6.

par un autre membre de la même tribu. L'adoption était une façon d'agrandir la tribu et par le fait même, son importance. La question de l'héritage n'était pas problématique puisque les biens appartenaient à la tribu et non aux individus. Une lecture *a contrario* de quelques versets du Coran nous enseigne sur cette institution avant la révélation des fameux versets clés¹⁵⁸. Ainsi, il a souvent été affirmé que l'adopté était intégré dans sa famille adoptive, prenait son patronyme, en héritait (et vice-versa) et avait des obligations envers les parents adoptifs. Le traitement égal que le Prophète accorda à ses fils biologiques et à son fils adoptif Zeid (d'ailleurs ancien esclave) est cité comme preuve de l'égalité de traitement entre adoptés et enfants biologiques. Malgré cette soi disant intégration, une auteure cite des cas connus où l'adopté garda des liens étroits avec sa famille biologique¹⁵⁹. Selon elle, le nombre d'adoptions enregistrées à l'époque est peu élevé et ce sont les mêmes cas qui sont cités maintes et maintes fois dans la littérature de l'époque préislamique, mais cette opinion n'est pas partagée par tous¹⁶⁰. L'égalité n'était pas non plus assurée puisque les adoptés étaient souvent des esclaves affranchis ou des alliés de la communauté et, à ce titre, ils ne jouissaient pas dans les faits des mêmes privilèges que les enfants biologiques. Cette auteure n'est pas la seule à penser ainsi, une autre auteure souligne pour preuve que le statut d'ex-esclave d'un adopté était méticuleusement noté. Pourquoi noter ce statut s'il n'existait pas différence de traitement ?¹⁶¹

1.3.2. Historique de l'interdiction de l'adoption dans l'Islam et extraits invoqués à son soutien

¹⁵⁸ Voir section 1.3.2.

¹⁵⁹ Ella Landau Tasserou, "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies" (2003) 2 Bulletin of the School of Oriental and African Studies 66, à la p. 171.

¹⁶⁰ Notamment Louis Milliot, François Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^e édition, Paris, Sirey, 1987, à la p. 415, Keith Hodkinson, *Muslim Family Law: a Source book*, Londres, Croom Helm, 1984, à la p. 309 et Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 23.

¹⁶¹ Jamila Bargach, *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002, à la p. 47.

Outre plusieurs éléments propres à l’Islam dont nous avons discutés (explications sociologiques¹⁶²), il existe un consensus assez important parmi les musulmans et les non musulmans sur un événement de la vie du Prophète qui aurait contribué à l’interdiction de l’adoption¹⁶³. Les divergences d’opinion touchent la question de savoir si l’événement est réellement un commandement d’Allah ou s’il aurait servi les intérêts personnels de son Prophète. Selon une des multiples versions de l’événement, le Prophète Mahomet, se rendant un jour au domicile de son fils adoptif nommé Zeid, de dix ans son cadet, surprit sa belle-fille (et cousine) Zeineb en tenue détendue. Cela suffit pour provoquer en lui le coup de foudre pour elle. L’intéressée rapporta l’événement à son époux Zeid, qui, froissé, se rendit alors chez son père, le prophète Mahomet, pour l’entretenir à ce sujet. Celui-ci lui ordonna de retourner auprès de son épouse, sachant très bien qu’une relation avec sa belle-fille serait jugée incestueuse. Zeid revint quelques jours plus tard chez son père et lui annonça son intention définitive de répudier sa femme. Le Prophète fut alors de plus en plus tourmenté, à la fois par son amour pour Zeineb et par la réaction publique que provoquerait ce mariage, jugé incestueux. Allah serait à ce moment venu en aide à son messager et aurait béni ce mariage en ordonnant à son Prophète de marier Zeineb. L’histoire veut que « l’opinion mecquoise » ne se laissa pas convaincre de la « légalité » de ce mariage. Afin de mettre un terme à la polémique, le Prophète répudia alors son fils adoptif en 627, attendit la période prescrite pour le remariage, puis maria Zeineb. Pour éviter toute ambiguïté, c’est alors qu’Allah décida d’une mesure radicale : Il interdit purement et simplement l’adoption. Selon une autre version moins romantique de l’histoire, lorsque ces versets ont été révélés, Zeid qui avait été auparavant appelé fils de Mahomet, a été appelé selon le nom de son vrai père, Zeid fils d’Ibn Haritha. Ce serait conséquemment pour confirmer cette annulation d’adoption et pour mettre Mahomet à l’épreuve qu’Allah lui aurait commandé de se marier avec Zeineb, et ce, pour que les musulmans comprennent

¹⁶² La force des liens du sang, immuables.

¹⁶³ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations: rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, à la p. 30.

de façon pratique qu'un fils adopté n'est pas du tout un « vrai » fils¹⁶⁴. Cette histoire est évidemment à prendre avec un grain de sel et sa contribution véritable à l'interdiction reste assez floue.

Le résultat est tangible : les *hadîth* ainsi que les versets 4 et 5 de la sourate 33 interdisent l'adoption telle qu'on la connaissait et consacrent l'obligation du port du nom patronymique d'origine:

4. Dieu ne loge pas deux cœurs dans la poitrine de l'homme, non plus qu'il ne fait vos mères des épouses que vous répudiez par assimilation de vos rapports à l'inceste; non plus qu'il ne fait vos fils de ceux que vous adoptez. Ce sont des propos qui sortent de votre bouche. Mais Allah dit la vérité et c'est Lui qui met l'homme dans la bonne direction.

5. Appelez les enfants adoptifs par le nom de leur père; considérez-les alors comme vos frères et sœurs en religion ou vos protégés. Nul blâme sur vous pour ce que vous faites par erreur, mais (vous serez blâmés pour) ce que vos cœurs font délibérément.

Cet événement et la prescription coranique qui en découla furent à l'époque très fortement décriés par les chrétiens de la région, qui accusèrent le Prophète de se servir de Dieu pour répondre à ses penchants personnels¹⁶⁵. Un auteur note que la prescription coranique selon laquelle Allah n'est le père de personne¹⁶⁶ se veut une réponse directe aux préceptes juif et chrétien selon lesquels, à l'opposé, Abraham est le père spirituel des juifs

¹⁶⁴ L'extrait pertinent du Coran relativement à cette histoire se lit ainsi : "Lorsque Zeïd eut dissous son mariage avec elle, Nous te la donnâmes comme épouse, afin qu'aucun grief ne soit fait aux croyants qui épousent les femmes de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci mettent fin à tout commerce avec elles. L'ordre d'Allah devait être exécuté. Nul grief n'est à faire au Prophète en ce qu'Allah lui a imposé." (Sourate 33, versets 36-38).

¹⁶⁵ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations : rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, aux p. 29-31.

¹⁶⁶ Sourate 33, verset 40.

et Dieu, le père spirituel des chrétiens¹⁶⁷. Selon lui, la prohibition coranique ne découlerait pas de l'événement rapporté dans la vie du Prophète, mais plutôt d'un ensemble de facteurs historiques étalés sur une longue période de temps, dont principalement le besoin d'implanter la famille nucléaire en Arabie, au détriment du système tribal qui y prévalait¹⁶⁸.

1.3.3. Pratiques alternatives

Malgré cette interdiction, l'adoption continua d'être pratiquée, notamment au Maroc par des Berbères arabisés ou en Algérie où il arrivait souvent qu'un homme adopte ses neveux, les enfants de son frère décédé¹⁶⁹. D'ailleurs, l'adoption est parfois qualifiée de « neutre » en Islam et conséquemment, elle est pratiquée ouvertement dans certaines communautés islamiques en Asie du sud et au Pakistan¹⁷⁰. Dans les faits, plusieurs alternatives (légales et illégales) ont été développées et continuent de trouver application en terre d'Islam. Par exemple, la doctrine de l'adoption par l'allaitement (« adoption par le lait ») est une pratique par laquelle il suffit pour qu'une femme devienne la mère de l'enfant qu'elle l'allait¹⁷¹ avant les 2 ans de celui-ci. La mère, son mari et les membres de sa famille seront considérés comme ayant un lien de parenté avec cet enfant, mais les effets de ce lien sont quand même limités aux empêchements au mariage. Ce type « d'adoption » a été autorisé par le Prophète lui-même et est consacré dans le Coran¹⁷², alors qu'après avoir

¹⁶⁷ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations : rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, à la p. 62.

¹⁶⁸ David Stephen Powers, *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. «Divinations : rereading late ancient religion», Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, à la p. 63.

¹⁶⁹ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 416 : ces adoptions avaient pour but de permettre à la famille du défunt de garder un contrôle direct sur la fortune du frère décédé.

¹⁷⁰ Mahdi Hashemi, *Précis de droit des personnes en Islam*, Paris, L'Harmattan, 2007, à la p. 249.

¹⁷¹ L'allaitement n'a même pas besoin d'être continu, quelques tétées –de une à cinq selon les écoles– suffisent pour créer le lien. L'allaitement doit être fait par une femme de plus de neuf ans et il doit être fait par le lait naturel de l'allaitante.

¹⁷² Sourate 27, verset 4.

interdit l'adoption, il conseilla cette technique à un de ses proches pour rétablir le lien avec son fils adoptif récemment rompu. Deux des épouses du Prophète aurait utilisé cette technique pour permettre à des hommes avec lesquels elles n'avaient pas de lien de filiation de pénétrer dans leurs appartements. Ceci, pour certains, confirme que l'adoption n'est pas contraire à l'esprit musulman et il est plaidé que cette notion devrait être réanimée et réintégrée, dans le meilleur intérêt des enfants abandonnés qui pourraient ainsi être liés à une mère et à sa famille¹⁷³. Bien qu'interdite, la « fausse » reconnaissance de paternité par un homme qui se sait ne pas être le père biologique constitue aussi une alternative assez utilisée. Dans le cas des enfants abandonnés, c'est-à-dire sans filiation connue, cette technique était non seulement souvent utilisée, mais socialement acceptée¹⁷⁴. Même si basé sur une fiction, le raisonnement voulait qu'il n'était pas question ici de brimer une paternité déjà existante... On peut aussi souligner la pratique tunisienne du *Mrebbi*, qui consistait par exemple pour des familles aisées à prendre en charge des enfants en bas âge en échange de quelques avantages ménagers de leur part. Afin de combler un besoin d'héritier, la tradition malékite permettait le *Tanzil*, qui consistait à désigner un enfant étranger au rang d'enfant successible, lequel pouvait hériter jusqu'au tiers de la succession. Ce lien se limitait à l'héritage toutefois. Cette pratique légale est encore en vigueur dans certains pays puisque l'Islam contient des règles très strictes concernant les successions¹⁷⁵. Il arrive encore souvent qu'un parent confie de manière informelle son enfant à un autre membre de la famille, et ce, de manière permanente. L'enfant est intégré dans la famille sans qu'aucune procédure légale ne prenne place. Pratique courante mais interdite, l'adoption secrète (*At-tabani*) est un processus par lequel la mère biologique ou un membre de sa famille confie le nouveau né à une personne qui, de manière fictive, se déclarera être la mère biologique de l'enfant. Ce processus, bien qu'illégal, est l'équivalent d'une adoption plénière et se

¹⁷³ Pour plus de détails sur cette doctrine voir Omar El Kadi, « L'enfant en droit égyptien », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, aux p. 133-147.

¹⁷⁴ Ella Landau Tasserou, "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies" (2003) 2 *Bulletin of the School of Oriental and African Studies* 66, à la p. 187.

¹⁷⁵ Le *cujus* ne peut pas tester comme bon lui semble, sa liberté testamentaire est très limitée.

concrétise lorsque le processus administratif de déclaration de l'enfant aux autorités est enclenché¹⁷⁶. Toutes ces pratiques font dire à un auteur que le Coran n'interdit pas vraiment l'adoption, « il en transforme plutôt la portée habituelle en retirant à la parenté civile artificiellement créée par la volonté humaine les effets qu'elle avait jusque là »¹⁷⁷.

1.4. La kafala

1.4.1. Généralités

L'interdiction de l'adoption est tempérée par l'insistance de l'Islam de bien traiter l'orphelin, de le protéger et de veiller sur ses droits. Cette religion encourage la prise en charge des orphelins¹⁷⁸. L'acte de recueillir un enfant est d'ailleurs très méritoire, comme en témoignent ces paroles rapportées : « Au paradis, le tuteur de l'orphelin et moi-même seront comme ces deux doigts; il (le Prophète) fit alors un "V" avec l'index et le majeur et les écarta »¹⁷⁹, et l'est encore dans la pratique par les autorités chargées d'administrer la kafala.

C'est là que réside l'intérêt de l'institution appelée kafala. La kafala prenait à l'époque la forme d'une prise en charge bénévole (par le *kefil*) consistant à assurer l'entretien, l'éducation et la protection du mineur (*makfoul*). Il en existait deux types : la kafala consensuelle par laquelle le parent biologique confiait son enfant à quelqu'un qu'il connaissait et la kafala de l'enfant abandonné par laquelle c'est l'État qui confiait l'enfant au *kefil*.

¹⁷⁶ Jamila Bargach, *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002, à la p. 28.

¹⁷⁷ Kalthoum Meziou, « Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille », dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p. 26.

¹⁷⁸ Sourates et versets relatifs aux orphelins: 2 :83, 177, 215, 220, 4 :2, 3, 6, 8, 10, 36, 127, 6 :152, 8 : 41, 17 : 34, 59 : 7, 76 :8 , 89 :17-20, 90 :14 et 15, 93 :6, 9 et 10 ; 107 :1-3.

¹⁷⁹ Alexander D. Gonzalez, "The Hague inter-country adoption act and its interaction with Islamic law: can an imperfect enforcement mechanism create cause for concern?" (2007) 10 Gonz. J. Int'L L. 437, à la p. 445.

Le *kefil* devait être musulman, de bonne moralité, en santé et plus âgé que l'enfant. Pour éviter tout « plagiat impie de la nature »¹⁸⁰, les éléments portant à masquer la filiation véritable à l'intérieur même de la kafala étaient interdits. Conséquemment, pour éviter toute confusion, le *makfoul* ne pouvait pas prendre le nom du *kefil*. Cette prohibition est confirmée par la *sunna* :

Celui qui est appelé d'un nom autre que celui de son père et sait que cette personne n'est pas son père, le paradis lui sera interdit (...) Est mécréant celui qui est appelé d'un nom autre que celui de son père et connaît la vérité (mais la cache).

De plus, le *makfoul* ne pouvait pas prétendre à une part d'héritage, mais la *sunna* recommande que le *kefil* fasse des dons au *makfoul* et lui lègue par testament une partie de son héritage, jusqu'à concurrence d'un tiers. D'ailleurs, à moins d'opposition des héritiers, le *kefil* peut instituer le *makfoul* comme légataire. Finalement, souvenons-nous de l'histoire de Zeid, le *makfoul* n'était pas lié par les empêchements au mariage.

Ainsi, pour l'*Oumma*, l'adoption est jugée « contre nature » parce qu'elle porte atteinte à l'équilibre de la famille biologique et brouille les règles successorales impératives, d'où la nécessité de créer une institution alternative. Toutefois, l'*Oumma* prend place aux côtés des autres communautés, qu'elles soient religieuses, laïques ou athées. Le reflet d'un certain consensus de cette « humanité », c'est le droit international, ce « socle solide sur lequel doit s'appuyer le Droit » et qui, à ce titre, a reconnu l'institution de la kafala¹⁸¹. Il faut toutefois admettre que la notion d'intérêt de l'enfant est fortement influencée par la culture ambiante et sur ce point, l'uniformité des normes relatives à l'enfant est très loin d'être atteinte à l'échelle mondiale.

¹⁸⁰ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 29.

¹⁸¹ Lucette Khaiat, « Regard et interrogations » dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 394.

1.4.2. Place de la kafala dans l'ordre international

i) Notions préalables

Il convient de rappeler dans un premier temps que le droit international ne reconnaît pas le droit de l'enfant d'être adopté (le « droit d'adoption »), encore moins le droit des adultes d'adopter¹⁸². Bien que le désir d'enfant soit légitime, il ne s'agit pas d'un droit humain à proprement parlé, le droit à l'enfant à tout prix n'existe pas. Avec la montée en puissance des revendications individuelles, de « l'adultocentrisme » des années 90¹⁸³, de « l'enfant-prothèse »¹⁸⁴ et de l'individualisme qui teinte le modèle familial occidental¹⁸⁵, il est facile de perdre cet élément de vue. La peur de vieillir seul et le besoin de réaliser dans l'enfant ses propres désirs sont compréhensibles, mais ne peuvent constituer la base d'un droit. Le droit à l'enfant est à juste titre dénoncé comme « un non sens juridique et un abus de langage. »¹⁸⁶ Dans le cadre de la kafala, cette clarification est importante, car comme le soulignait un auteur, le public occidental a la fâcheuse tendance à considérer l'adoption internationale du point de vue des familles adoptantes, perçues comme des bons samaritains¹⁸⁷. Bien que réconciliables d'un certain point de vue, des tensions persistent

¹⁸² Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48, aux p. 50 et 58-59, Chantal Saclier, « Children and adoption : which rights and whose ? » dans Nigel Cantwell, *Intercountry Adoption*, Unicef, Innocenti Digest, décembre 1998, à la p. 12.

¹⁸³ Horatia Muir Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale » (1999) Rev. Int. Droit int. Privé 469, à la p. 488.

¹⁸⁴ Beaucoup de couples ont recours à l'adoption à la suite d'un échec d'assistance médicale à la procréation, ils n'ont pas nécessairement fait leur deuil d'avoir un enfant qui est le leur biologique. Ils n'ont pas nécessairement accepté le fait que l'enfant adopté a un passé qui leur est étranger : Myriam Szejer, "Orphelins de paroles" (2006) 10 (2) *Interação em Psicologia* 385, à la p. 386.

¹⁸⁵ Les revendications homoparentales, la monoparentalité, les procréations médicalement et amicalement assistées, bref la diversification des modèles familiaux : voir Pierre Murat, « Les transformations de la famille : quel impact sur les finalités de l'adoption ? » (2005) 4 *Enfances et Psy* 29.

¹⁸⁶ Pierre Murat, « Procréation assistée et « droits de l'enfant » (1991) *RD sanit. Soc.*, à la p. 390.

¹⁸⁷ Anthony D'Amato, "Cross country adoption: a call to action" (1997) 73 *Notre Dame L. Rev.* 1239, à la p. 1242 et Sara R. Wallace, "International adoption: the most logical solution to the disparity between the numbers of orphaned and abandoned children in some countries and families and individuals wishing to adopt in others?" (2003) 20 *Arizona Journal of international and comparative law* 3, à la p. 706.

entre la conception des droits occidentale et musulmane¹⁸⁸. Inévitablement, la conception occidentale de l'intérêt de l'enfant et les revendications des adoptants occidentaux finissent par se heurter à la vision musulmane de l'intérêt de l'enfant.

Ce que le droit international reconnaît clairement, c'est le droit de l'enfant de grandir dans un environnement familial¹⁸⁹ favorable et de recevoir une assistance spéciale quand il est privé de son milieu familial ; ces droits peuvent être comblés de plusieurs manières. Peu importe le moyen choisi pour ce faire, les Conventions disposent que celui-ci doit être mis en œuvre dans l'intérêt de l'enfant, notion très relative. Quand il est question d'intérêt de l'enfant dans un contexte d'adoption ou de kafala, s'opposent souvent les droits de plusieurs acteurs, mais aussi les droits reconnus à l'enfant, à commencer par ses droits à la stabilité (une vie familiale stable) et à son identité (grandir dans sa culture d'origine, connaître ses parents biologiques).

D'autre part, le droit international a pris conscience de l'écart culturel existant à l'échelle planétaire et des inconvénients certains de l'adoption plénière, laquelle est drastique et définitive. Un régime juridique plus souple qui permet un maintien de lien est de plus en plus préconisé¹⁹⁰. L'inclusion de l'adoption simple dans la Convention de La Haye et le développement grandissant de l'adoption ouverte constituent une preuve de cette

¹⁸⁸ Mélanie Reed, "Western democracy and Islamic tradition: the application of Shari'a in a modern world" (2003) 19 Am. U. Int'l L. Rev. 485, à la p. 492.

¹⁸⁹ L'environnement familial exclut l'institutionnalisation, qui s'est montrée incapable d'apporter la même qualité de vie à l'enfant : Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48, à la p. 51 et George Shanti, Nico Van Oudenhoven, Ekha Wazir, "Foster care beyond the crossroads: lessons from an international comparative analysis" (2003) 10 Childhood 343, à la p. 349. Toutefois le texte de la CDE est contradictoire à sujet, car son préambule prévoit la nécessité de la vie familiale, mais son article 20 b) semble privilégier l'institution à l'adoption internationale : « 20 b) Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive *ou être convenablement élevé* » [nos italiques].

¹⁹⁰ Y compris en France et au Québec : Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 269.

tendance lourde¹⁹¹. Après tout, il est consacré depuis 25 ans que l'adoption est une solution avant tout subsidiaire¹⁹². De ce point de vue, le concept de kafala a l'avantage majeur et indéniable (du moins théoriquement) de ne pas couper l'enfant de ses racines, de sa filiation première¹⁹³.

ii) La CDE et la kafala

Résultant de discussions auxquelles les pays en développement ont eu voix au chapitre¹⁹⁴, les normes contenues à la CDE se veulent le produit d'un compromis entre universalisme et pluralité culturelle¹⁹⁵. Selon une auteure, ce compromis est « un paradoxe à même la Convention des droits de l'enfant »¹⁹⁶. La CDE est moderne en ce sens qu'elle reconnaît l'enfant comme sujet de droit et élimine toute discrimination entre les enfants. Surtout, elle place l'intérêt de l'enfant au centre des décisions : cette notion est primordiale et revient à plusieurs reprises¹⁹⁷. En même temps, à part dans le préambule¹⁹⁸ et dans une référence à son article 5¹⁹⁹, la CDE contient peu de références explicites relativement à la culture comme valeur positive influençant les décisions prises à l'égard de l'enfant. En fait,

¹⁹¹ Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48, à la p. 58.

¹⁹² D'abord dans la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (1986), ensuite dans la CDE trois ans plus tard.

¹⁹³ Ce qui n'empêche pas la discrimination actuelle envers ces enfants le plus souvent illégitimes d'être contraire au droit international : sur cette question en particulier voir Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 355.

¹⁹⁴ Cela est contesté par les pays en voie de développement : Sonia Harris-Short, "Listening to the 'other'? The Convention on the rights of the child" (2001) 2 Melb. J. Int'l L. 304, aux p. 316 et 328.

¹⁹⁵ Pour s'en rendre compte, il suffit de comparer les paragraphes 3 et 12 du Préambule.

¹⁹⁶ Geraldine Van Bueren, "Children's rights: balancing traditional values and cultural plurality", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd., *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, à la p. 19.

¹⁹⁷ Sur la notion d'intérêt de l'enfant dans un contexte multiculturel voir la section intitulée Conclusion de la partie A.1.

¹⁹⁸ L'extrait du préambule se lit ainsi : « Tenant dûment compte de l'importance des traditions et valeurs culturelles de chaque peuple dans la protection et le développement harmonieux de l'enfant ».

¹⁹⁹ L'extrait de l'article 5 se lit : « Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, *comme prévu par la coutume locale...* » [nos italiques].

elle limite la place de la tradition en ce qu'elle interdit les pratiques traditionnelles qui portent préjudice à la santé des enfants²⁰⁰ et qui sont discriminatoires²⁰¹. Malgré l'article 5, elle ne reconnaît pas non plus le rôle central de la famille élargie dans le développement et l'entretien de l'enfant²⁰². En revanche, la place accordée à la kafala dans la CDE est un bon exemple de la reconnaissance de spécificité culturelle et religieuse affectant des millions d'enfants. Cela ressort de l'historique de l'article 20 qui, initialement, était beaucoup moins inclusif que sa version actuelle²⁰³. C'est à la suite d'une proposition de l'Inde en 1982 que le texte a été élargi pour inclure le placement en communauté. La kafala fut introduite en 1989, à la suite d'une proposition de l'Égypte²⁰⁴. Par rapport à l'adoption, il ressort de l'esprit de la CDE que, premièrement, l'adoption internationale est une solution subsidiaire et que, deuxièmement, l'enfant doit dans la mesure du possible pouvoir conserver sa culture et un lien avec ses origines. Gardant en mémoire ces deux éléments, on peut affirmer que l'esprit de la CDE est favorable à l'institution de la kafala. L'article 21 envisage aussi de l'adoption de manière neutre. La CDE ne considère pas l'adoption comme la meilleure ou

²⁰⁰ L'article 24 (3) se lit : « Les États parties prennent toutes les mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants ».

²⁰¹ Selon l'auteure Van Bueren, toute pratique traditionnelle doit être évaluée en considérant si elle viole ou non d'autres droits et principes contenus dans la CDE : voir Geraldine Van Bueren, "Children's rights: balancing traditional values and cultural plurality", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, à la p. 19.

²⁰² Ce rôle central a été souligné par plusieurs pays en voie de développement, ainsi que la coexistence entre adoption traditionnelle et formelle dans ceux-ci : Sonia Harris-Short, "Listening to the "other"? The Convention on the rights of the child" (2001) 2 *Melb. J. Int'l L.* 304, aux p. 324 et 346.

²⁰³ La version initiale se lisait: "the states parties to the present Convention shall undertake measures so as to facilitate adoption of children and create favourable conditions for establishing foster families." Elle se lit désormais:

1. Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat.
2. Les Etats parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale.
3. Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafala de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique.

²⁰⁴ Sonia Harris-Short, "Listening to the "other"? The Convention on the rights of the child" (2001) 2 *Melb. J. Int'l L.* 304, aux p. 342-343.

la seule option possible afin d'offrir à l'enfant un milieu stable, les termes « dans les États reconnaissant l'adoption... » étant clairement interprétés dans ce sens²⁰⁵.

Beaucoup de voix s'élèvent pour mettre un frein à l'adoption internationale, considérée par plusieurs comme une solution seulement qu'*immédiate* au problème de l'enfance abandonnée (sans compter les déviations qu'elle entraîne²⁰⁶). Certains la perçoivent comme une forme d'impérialisme, les pays développés s'appropriant les enfants de pays pauvres, d'autant plus que les premiers sont souvent des anciens colonisateurs²⁰⁷. Cette perception domine dans les pays africains, encore très peu nombreux à autoriser cette forme adoption²⁰⁸. D'autres perçoivent la question comme une question d'identité et de fierté nationale (les enfants comme groupe appartenant à la nation), comme en Géorgie²⁰⁹.

²⁰⁵ L'article 21 se lit :

Les Etats parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et : a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires; b) Reconnaissent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé; c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale; d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables; e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents.

²⁰⁶ Le trafic d'enfants dans le contexte de l'adoption internationale n'est pas le sujet de la présente, mais le lecteur pourra se référer à Chantal Saclier, « Children and adoption : which rights and whose ? » dans Nigel Cantwell, *Intercountry Adoption*, Unicef, Innocenti Digest, décembre 1998, aux p. 11-12.

²⁰⁷ Sara R. Wallace, "International adoption: the most logical solution to the disparity between the numbers of orphaned and abandoned children in some countries and families and individuals wishing to adopt in others?" (2003) 20 Arizona Journal of international and comparative law 3, à la p. 689, Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48, à la p. 48.

²⁰⁸ Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48, à la p. 61.

²⁰⁹ Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48, à la p. 48.

Bien que trop reliées à certains événements médiatiques²¹⁰, les restrictions sporadiques au nombre d'adoptions internationales n'en cachent pas moins qu'à long terme, ce sont les causes du problème (la pauvreté est la principale raison d'abandon) qui doivent être réglées dans les pays pourvoyeurs²¹¹. Après tout, ces États ont une responsabilité d'assister les familles pour éviter la séparation entre celles-ci et l'enfant²¹².

Concernant la question spécifique de l'adoption d'enfant dont la loi nationale ignore l'institution, la CDE n'apporte pas de réponse claire et peut être invoquée autant à l'encontre qu'en faveur de celle-ci. Les tenants de l'adoption invoquent l'intérêt supérieur de l'enfant– à tort ou à raison– et le principe d'égalité qui conduit à donner à tous les enfants la même protection. Ainsi, tous les enfants devraient pouvoir être adoptés, peu importe leur lieu de résidence ou de naissance. Au contraire, les détracteurs invoquent le principe de subsidiarité de l'adoption. Ce principe fondamental est prévu entre autres dans la CDE (articles 20 et 21²¹³) et même dans la Convention de La Haye²¹⁴.

iii) La CDE et le droit à l'identité dans un contexte d'adoption et de kafala

Alors que l'adoption est une mesure de protection envisageable, les articles 7, 8 et 20 (3) constituent en quelque sorte le droit à l'identité de l'enfant, compris au sens

²¹⁰ En effet, les médias s'emparent régulièrement des phénomènes de trafic d'enfants, de kidnapping et d'exploitation financière des mères biologiques.

²¹¹ Sara R. Wallace, "International adoption: the most logical solution to the disparity between the numbers of orphaned and abandoned children in some countries and families and individuals wishing to adopt in others?" (2003) 20 Arizona Journal of international and comparative law 3, à la p. 691.

²¹² Article 18 CDE.

²¹³ Jacqueline Pousson-Petit, "La coexistence de l'adoption et de la famille nourricière– Aspect internationaux et européens », dans Jacqueline Poussou-Petit, Xavier Blanc-Jouvan, Hervé Roussillon, éd., *L'enfant et les familles nourricières en comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, à la p. 272.

²¹⁴ La Convention de la Haye est très favorable à l'adoption internationale, mais reconnaît la priorité à l'adoption interne en plaçant comme situation préférable que l'enfant soit élevé dans sa famille d'origine, ensuite adopté à l'interne, ensuite adopté à l'international. L'adoption internationale vient « avant » le placement dans une institution dans le pays d'origine: Sara R. Wallace, "International adoption: the most logical solution to the disparity between the numbers of orphaned and abandoned children in some countries and families and individuals wishing to adopt in others?" (2003) 20 Arizona Journal of international and comparative law 3, à la p. 702.

global²¹⁵. En effet, ces articles consacrent le droit de préserver l'identité, le nom de l'enfant ainsi que son droit de connaître l'identité de ses parents biologiques²¹⁶. La CDE ne contient aucune disposition spécifique concernant l'accès des adoptés à leur dossier. La Convention de La Haye est aussi lacunaire à ce niveau²¹⁷. La connaissance de ses origines est fondamentale et est ancrée dans les mythes fondateurs de la société occidentale²¹⁸. Le droit à l'identité est complexe, mais le nom de l'enfant fait certainement partie de son identité, il le place sur une généalogie et a une connotation culturelle²¹⁹. En fait, il joue un rôle important pour le développement identitaire de l'enfant et un changement de nom a un impact sur celui-ci²²⁰. Cela explique qu'il soit vivement conseillé aux adoptants de conserver le prénom d'origine de l'enfant, au moins comme deuxième nom²²¹. Le Comité des droits de l'enfant a jugé que les adoptés ont le droit de connaître l'identité de leurs parents biologiques, ce qui implique pour les États de conserver l'identité de ceux-ci. Malheureusement, ce droit de l'enfant adopté est encore nié dans la majorité des États, ce

²¹⁵ Sur l'identité voir aussi l'article 9 de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (1986).

²¹⁶ Article 7 :

1. L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, *dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents* et d'être élevé par eux. [nos italiques]
2. Les Etats parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans les cas où faute de cela l'enfant se trouverait apatride.

Article 8 :

1. Les Etats parties s'engagent à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.
2. Si un enfant est illégalement privé des éléments constitutifs de son identité ou de certains d'entre eux, les Etats parties doivent lui accorder une assistance et une protection appropriées, pour que son identité soit rétablie aussi rapidement que possible.

²¹⁷ L'article 30 (2) subordonne l'accès aux lois de l'État.

²¹⁸ Dans *Œdipe Roi* de Sophocle, c'est le secret entretenu au sujet des origines d'Œdipe qui entraîne sa perte : voir James Lieberman, "Adoption and identity" (1998) 2(2) *Adoption Quarterly* 1, à la p. 3.

²¹⁹ Ishaque Shabnam, "Islamic principles on adoption: examining the impact of illegitimacy and inheritance related concerns in context of a child's right to an identity" (2008) 22 *Int Journal of Law, Policy and Family* 396, à la p. 395.

²²⁰ Ishaque Shabnam, "Islamic principles on adoption: examining the impact of illegitimacy and inheritance related concerns in context of a child's right to an identity" (2008) 22 *Int Journal of Law, Policy and Family* 396 à la p. 397.

²²¹ Myriam Szejer, "Orphelins de paroles" (2006) 10 (2) *Interação em Psicologia* 385, à la p. 386.

qui constitue une des nombreuses formes de discrimination dont sont victimes les adoptés²²². En effet, les enfants naturels ont eux le droit de rechercher leur filiation (et par ce biais, leurs origines), pourquoi pas les enfants adoptés? Le Comité encourage les adoptants à informer l'adopté de ses origines. Cette connaissance de la vérité permet à l'adopté de se bâtir, de concilier ses identités sociale et biologique, car « l'humain a besoin de connaître son passé pour vivre son identité »²²³. D'ailleurs, une étude démontre que les enfants informés de leurs origines avant l'âge de 10 ans sont significativement plus satisfaits que ceux qui le sont après 10 ans et l'âge « optimal » serait entre 4 et 8 ans²²⁴. En plus de connaître son origine biologique, l'enfant a le droit de conserver ses origines religieuses, culturelles et linguistiques ; bref de bénéficier d'une continuité et de conserver en quelque sorte son appartenance à sa société d'origine lorsque des mesures de placement lui sont appliquées (d'où tout le débat sur l'adoption interraciale)²²⁵.

À la lumière des principes des articles 7 et 8, on peut se demander quels intérêts sont protégés par le secret entourant parfois le processus d'adoption (lequel secret n'est encore une fois pas une valeur universelle). Ceux de l'enfant, des parents biologiques ou des adoptants ? Certains avancent que le secret permettrait aux parents biologiques de refaire leur vie sans honte, il permettrait aux adoptants d'agir sans peur qu'on leur « enlève » l'adopté et sans rappel constant que celui-ci n'est pas « leur » enfant et

²²² Geraldine Van Bueren, "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37, à la p. 38, l'auteure fait une liste impressionnante de discriminations dont les adoptés ont été victimes en Occident.

²²³ Une auteure le décrit magnifiquement en ces termes : « La psychanalyse nous a montré qu'on négocie mieux une vérité sur soi, même cruelle, qu'un mensonge. Demander à un enfant de se structurer sur du non-dit, c'est lui demander de nier une partie de lui-même. Car lui, il le sait bien ce qu'il a vécu, et si sa conscience ne le lui rappelle pas explicitement, son inconscient viendra, par des symptômes inexplicables, en témoigner tout au long de son existence. En cas d'abandon à la naissance, pour l'enfant comme pour la mère, la séparation néonatale revient à la perte d'une partie de son moi. » (Myriam Szejer, "Orphelins de paroles" (2006) 10 (2) *Interação em Psicologia* 385, à la p.387).

²²⁴ Étude de Triseliotis rapportée dans Geraldine Van Bueren, "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37, à la p. 46.

²²⁵ Article 20 (3) CDE. Cet enjeu est discuté en détails dans Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 *Child. Legal Rts. J.* 48, aux p. 52-54.

finalement, il permettrait à l'adopté de développer une relation complète avec les adoptants. Or, ces arguments, surtout les deux premiers qui servent les parents, sont contestables et basés sur une peur généralement irrationnelle²²⁶. On ne peut que constater que les droits des adoptants en la matière priment souvent sur ceux des adoptés, à tort selon une auteure²²⁷. Cette « loi du silence » constitue selon cette auteure une réminiscence du droit de propriété qu'avaient jadis les parents sur leur enfant²²⁸. Certes, les droits des parents biologiques (généralement ceux de la mère) peuvent entrer en conflit avec ceux de l'enfant de connaître ses origines, mais comme le rappelle le Comité des droits de l'enfant et il faut concilier le plus possible les droits de chacun. En France par exemple, le droit de l'enfant de connaître ses parents est limité par le fait que la mère peut choisir de demeurer confidentielle en accouchant sous X et ce, depuis janvier 1993²²⁹. Le législateur français a choisi de subordonner, non sans heurts²³⁰, le droit de l'enfant de connaître ses origines à celui de la femme d'abandonner dans le secret²³¹. Dans d'autres pays, la mère biologique court un risque sérieux pour sa vie si l'adoption est sue²³². À ce sujet, le Comité propose que l'anonymat de la mère biologique puisse tomber au décès de celle-ci²³³.

²²⁶ Geraldine Van Bueren, "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37, à la p. 42.

²²⁷ Geraldine Van Bueren, "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37, aux p. 40 et 49.

²²⁸ Geraldine Van Bueren, "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37, à la p. 43.

²²⁹ Article 47 du Code de la famille, articles 341, 341.1. du Code civil (« C.civ. »).

²³⁰ Au sujet de la polémique entourant la question voir Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 264.

²³¹ Cette disposition est très critiquée et jugée « toxique », selon une auteure, « il est grave que la société cautionne le trou de l'origine dès la naissance », voir Myriam Szejer, "Orphelins de paroles" (2006) 10 (2) *Interação em Psicologia* 385, à la p. 388.

²³² Geraldine Van Bueren, "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37, à la p. 44.

²³³ Rachel Hodgkin, Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of Children*, 3^e édition, Genève, UNICEF, 2007, à la p. 42. À cet égard, on peut se féliciter que le gouvernement, par l'avant projet de loi, propose justement que les renseignements nominatifs deviennent accessibles 2 ans après le décès de la partie ayant inscrit le veto de divulgation.

L'esprit de la kafala se conforme à ces articles puisque le lien de filiation avec les parents biologiques demeure intouché, on ne coupe ni ne nie ce lien. La communauté internationale considère aussi que la kafala constitue une protection de remplacement valable pour l'enfant privé de son milieu familial, au sens de l'article 20 CDE. Par contre, dans les faits, les sociétés arabo-musulmanes sont hostiles à l'illégitimité et les femmes célibataires sont poussées à abandonner leur enfant dès la naissance et dans le plus grand secret. Cela rend très difficile, voire illusoire, toute recherche postérieure de l'enfant en quête de son identité²³⁴. De plus, pour éviter le regard de la société, les *kefils* présentent le plus souvent le *makfoul* comme leur enfant biologique (notamment en changeant son nom et en cachant son statut d'enfant illégitime)²³⁵. Cet élément de secret, expliqué ici par des raisons différentes qu'en Occident, rapproche la kafala de l'adoption fermée « à l'occidentale »²³⁶.

iv) La réaction des pays arabes musulmans face aux dispositions de la CDE sur l'adoption

Les 57 pays musulmans ont tous ratifié la CDE, bien qu'avec de nombreuses réserves et déclarations interprétatives. Les États musulmans ont clairement démontré leur attachement premier à la *sharia* en ce que leur position générale face à la CDE est que ses principes sont acceptables tant qu'ils ne contredisent pas la *sharia*²³⁷. Dans cette optique, ils émettent des réserves, qui sont tellement nombreuses²³⁸ qu'elles amènent à penser que

²³⁴ Nadia Ait-Zai, « L'enfant algérien entre le droit musulman et la Convention des droits de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 76.

²³⁵ Myriam Szejer, "Orphelins de paroles" (2006) 10 (2) *Interaçao em Psicologia* 385, à la p. 406.

²³⁶ Myriam Szejer, "Orphelins de paroles" (2006) 10 (2) *Interaçao em Psicologia* 385, à la p. 406.

²³⁷ Mashood A. Baderin, "A macroscopic analysis of the practice of Muslim state parties to international human rights treaties: conflict or congruence?" (2001) 1 *Human Rights Law Rev.* 265, à la p. 271 et Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 *Int'l J. Child. Rts.* 359, à la p. 381.

²³⁸ Celles-ci ne seront pas toutes examinées dans le présent mémoire puisque l'accent est mis sur l'adoption, mais on peut rappeler qu'en plus de l'adoption, la majorité de ces pays ont émis des réserves à l'article 14

l'universalité visée par la CDE est inatteignable²³⁹. Les déclarations interprétatives et réserves ont été faites principalement en lien avec l'Islam. Dans l'ensemble, elles ont pour conséquence première de fragmenter le traité²⁴⁰ et de diminuer très significativement la portée concrète de la CDE dans ces pays. La Syrie, l'Iran et l'Arabie Saoudite ont notamment émis des réserves générales²⁴¹ d'ordre religieux. La Jordanie, la Syrie, le Brunei et l'Égypte ont émis des réserves à l'article 20. Celles-ci disposent que l'adoption est contraire à l'Islam. Par rapport à l'article 21, la Jordanie, la Syrie, l'Égypte, le Brunei, le Koweït, les Émirats arabes unis, Oman, le Qatar, l'Arabie Saoudite et l'Iran ont émis des réserves religieuses générales²⁴². Le Pakistan est le seul pays musulman à avoir retiré sa réserve religieuse générale et a considéré que rien dans la CDE ne va directement à l'encontre de l'Islam. Quant au Liban, il est le seul des quatre pays à l'étude à l'avoir ratifiée sans réserve.

Plusieurs, y compris les tribunaux²⁴³, se sont posés des questions sur la légalité de ces réserves, sur leur utilité et sur la véritable intention des pays réservataires

(liberté de conscience et de religion) et ne reconnaissent pas l'enfant né hors des liens du mariage. Voir Mashood A. Baderin, "A macroscopic analysis of the practice of Muslim state parties to international human rights treaties: conflict or congruence?" (2001) 1 Human Rights Law Rev. 265, aux p. 298-299.

²³⁹ David Pearl, "A note on children's rights in Islamic law", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, aux p. 86-87.

²⁴⁰ Comme l'indique un auteur: "such reservations threaten to render the Convention meaningless in those parts of the world where its influence is most desperately needed" (K.A. McSweeney, "The potential for enforcement of the United Nations Convention on the Rights of Children: the need to improve the information base" (1993) 16 Boston College International & Comparative law review 467 cité dans Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 359, à la p. 384).

²⁴¹ Du type : « tous les articles qui sont contraires à la Sharia seront inapplicables dans l'État réservataire ».

²⁴² Les réserves se lisent généralement comme ceci (pour prendre l'exemple de l'Égypte) : « Attendu que la loi islamique est l'une des principales sources du droit positif (égyptien) et que, tout en considérant qu'il est impératif d'assurer par tous les moyens aux enfants la protection dont ils ont besoin, ladite loi, contrairement à d'autres types de droit positif, ne reconnaît pas l'adoption, le Gouvernement de la République arabe (d'Égypte) émet des réserves sur toutes les dispositions de la Convention concernant l'adoption, et en particulier celles des articles 20 et 21 ».

²⁴³ *Belilos v. Switzerland*, 132 Eur. Ct. H.R. (ser.A) (1988).

musulmans²⁴⁴. En effet, les articles 19 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*²⁴⁵ et 51 de la CDE disposent tous deux qu'une réserve ne peut pas être incompatible avec l'objet et le but du traité. Un État ne peut pas non plus invoquer son droit interne pour ne pas respecter ses obligations²⁴⁶. Ainsi, la réserve de la Tunisie et de la Malaisie à l'article 2 CDE, qui est d'application très générale, peut être considérée illégale et sans effet. Les réserves trop vagues peuvent être elles aussi déclarées illégales. Par contre, les réserves à l'article 21 (adoption) ne sont pas considérées réellement problématiques²⁴⁷. Seulement dix États se sont opposés aux réserves émises par les pays musulmans, ce qui fait dire que l'immense majorité les ont acceptées²⁴⁸. En vertu de l'article 44 de la CDE, les États doivent transmettre au Comité des droits de l'enfant des rapports d'évolution et de mise en œuvre de ladite Convention. De l'étude des réponses rendues à ces rapports, on peut affirmer que bien qu'ayant adopté une attitude coopérative et diplomatique²⁴⁹ qui favorise une interprétation large du Coran, compatible avec les droits compris dans la CDE, le

²⁴⁴ Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 359, à la p. 385: le problème majeur est qu'il n'existe aucune autorité chargée de statuer sur la légalité des réserves émises à la CDE. Un auteur s'interroge: « If the fundamental purpose of the Child's Convention is to set out and protect the most basic rights of children, then how can reservation to any of these rights be accepted ? » (William A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child" (1996) 18.2. Hum. Rts. Q. 472, à la p. 474).

²⁴⁵ Faite à Vienne le 23 mai 1969 et entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, à la p. 331.

²⁴⁶ Mahdi Hashemi, *Précis de droit des personnes en Islam*, Paris, L'Harmattan, 2007, à la p. 25 et Marie Françoise Lucker Babel, « Les réserves à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international » (1997) 8 E.J.I.L. 664.

²⁴⁷ William A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child" (1996) 18.2. Hum. Rts. Q. 472, à la p. 479.

²⁴⁸ Les oppositions viennent des pays suivants : Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Allemagne, Irlande, Italie, Pays-bas, Norvège, Portugal et Suède et se lisent « A reservation by which a state party limits its responsibilities under the Convention by invoking general principles of national law may cast doubts on the commitments of the reserving state to the object and purpose of the Convention and, moreover, contribute to undermining the basis of international treaty law. » Voir Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 359, à la p. 383 et William A. Schabas, "Reservations to the Convention on the Rights of the Child" (1996) 18.2. Hum. Rts. Q. 472, à la p. 477.

²⁴⁹ Notamment par exemple en matière d'adoption dans les pays musulmans, le Comité s'avère souple : voir notamment Comité sur les droits de l'enfant, Rapport initial soumis en vertu de l'article 44 CDE du Maroc, 27 juillet 1995, CRC/C/28/Add.1, à la p. 24 et Comité sur les droits de l'enfant, Rapport initial soumis en vertu de l'article 44 CDE du Liban, 21 décembre 1994, CRC/C/8/Add.23, à la p. 11.

Comité des droits de l'enfant ne considère pas les traditions islamiques comme une excuse valable pour y déroger. Le Comité réitère régulièrement l'inutilité des réserves aux articles 20 et 21 et invite les États réservataires à les retirer²⁵⁰. Pour certains auteurs, en affirmant que des traditions islamiques ont eu un impact négatif sur les enfants et en favorisant l'application des conditions de l'article 21 aux adoptions de type informel, le Comité s'est montré biaisé dans la mesure où il favorise une vision occidentale²⁵¹. Une auteure remarque au sujet de ce biais:

Listening to the other does not, however, end at the doors of the drafting chamber. Respect for cultural difference must be carried through into the process of interpretation and implementation. Given the scope for adopting a culturally sensitive approach to the CROC [CDE], the CRC [Comité des droits de l'enfant] was ideally placed to respond positively to the demands of cultural difference. It has not done so. Tradition and culture are constantly presented as a problem, rather than a potential strength, and the CREC's analysis of particular norms and practices has been marked by a striking lack of respect for social and cultural diversity.²⁵² [nos traductions entre crochets]

Selon certains, les États musulmans devraient procéder à des réformes en privilégiant les méthodes mentionnées précédemment (ex. : *takhayyur* et *talfiq*)²⁵³ s'ils veulent tendre à se conformer à la CDE²⁵⁴.

²⁵⁰ Mashood A. Baderin, "A macroscopic analysis of the practice of Muslim state parties to international human rights treaties: conflict or congruence?" (2001) 1 Human Rights Law Rev. 265, à la p. 300 et Rachel Hodgkin, Peter Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of Children*, 3^e édition, Genève, UNICEF, 2007, à la p. 134.

²⁵¹ Ishaque Shabnam, "Islamic principles on adoption: examining the impact of illegitimacy and inheritance related concerns in context of a child's right to an identity" (2008) 22 Int Journal of Law, Policy and Family 396, à la p. 394, Sonia Harris-Short, "Listening to the "other"? The Convention on the rights of the child" (2001) 2 Melb. J. Int'l L. 304, à la p. 347.

²⁵² Sonia Harris-Short, "Listening to the "other"? The Convention on the rights of the child" (2001) 2 Melb. J. Int'l L. 304, à la p. 350.

²⁵³ Sur les interprétations voir section 1.1.3.

²⁵⁴ Mashood A. Baderin, "A macroscopic analysis of the practice of Muslim state parties to international human rights treaties: conflict or congruence?" (2001) 1 Human Rights Law Rev. 265, à la p. 302.

Il faut souligner au passage, que bien qu'universelle, la CDE n'est qu'un traité parmi d'autres signés par les États musulmans relativement aux enfants²⁵⁵. En grande partie en réaction à la *Déclaration universelle des droits de l'homme (1948)*²⁵⁶, jugée outrageusement laïque, ces États ont adopté leurs propres instruments²⁵⁷. Relativement aux enfants, ils se sont entendus sur plusieurs concepts à travers, entre autres, trois instruments régionaux: la *Déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique* de Casablanca du 15 décembre 1994²⁵⁸, le *Pacte de l'Organisation islamique mondiale relatif aux droits de l'enfant* de Sanaa de juin 2005²⁵⁹ et la *Déclaration de Rabat sur l'enfance dans le monde islamique* (« Déclaration de Rabat ») du 9 novembre 2005²⁶⁰. Sans porter directement sur l'adoption ou la kafala, ces instruments mettent tous l'accent sur la conception musulmane de l'enfant. Dans la première Déclaration de 1994, les droits reconnus à l'enfant s'écartent assez significativement de ceux reconnus par la CDE²⁶¹. La Déclaration de Rabat démontre une évolution en ce qu'elle insiste non pas sur la conformité au droit musulman, mais sur l'enfant et la protection de ses droits²⁶².

v) L'exclusion de la kafala de la Convention de La Haye

²⁵⁵ Discutés en détails dans Masoud Rajabi-Ardeshiri, "The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475.

²⁵⁶ Adoptée en vertu de la Résolution des Nations-Unies no 217 (III) du 10 décembre 1948.

²⁵⁷ Masoud Rajabi-Ardeshiri, "The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475, à la p. 481: notamment en adoptant leur propre version musulmane de la Déclaration universelle, la *Déclaration islamique universelle des droits de l'homme* (1981), puis la *Déclaration du Caire sur les droits de l'homme en Islam* (1990), très critiquée parce que reconnaissant que la sharia comme unique source de droits humains.

²⁵⁸ Adoptée par l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) lors du 7e Sommet islamique tenu à Casablanca (Maroc), du 13 au 15 décembre 1994.

²⁵⁹ Adopté lors de la 32e Conférence des ministres des Affaires étrangères, à Sanaa, République du Yémen, juin 2005.

²⁶⁰ Adoptée à l'issue de la première conférence islamique des ministres chargés de l'enfance, à Rabat, Royaume du Maroc, 7 au 9 novembre 2005.

²⁶¹ Par exemple: l'apostasie d'un musulman est prohibée, l'enfant doit grandir le plus possible dans la religion islamique, l'adoption est prohibée, la priorité est accordée au père dans la vie de l'enfant.

²⁶² Masoud Rajabi-Ardeshiri, "The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475., à la p. 487.

L'objectif de la Convention de La Haye est de prévoir certaines garanties afin que l'adoption d'un enfant étranger se réalise dans le respect de son intérêt et de ses droits. Pour se faire, il y est prévu des mesures de coopération. En vertu de son article 2(1), la Convention de La Haye est applicable aux ressortissants d'États contractants uniquement, sur la base de leur résidence. Certains ont souligné que le facteur de rattachement de résidence fait fi de loi nationale de l'adopté et de sa religion. En effet, un enfant musulman de nationalité prohibant l'adoption pourrait être soumis à la Convention s'il réside dans un État contractant²⁶³. Toutefois, cette possibilité est tempérée par l'article 20, paragraphe 3, de la CDE, qui dispose que les États doivent en matière d'adoption prendre en compte la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique. Le Canada et la France sont signataires de la Convention, l'ont ratifiée et celle-ci est entrée en vigueur dans ces deux États. Sans surprise, cette Convention n'a pas été ratifiée par les pays musulmans puisque l'adoption y est interdite. Résultat : la Convention n'y est pas applicable²⁶⁴. Au surplus, la kafala n'est pas l'objet de la Convention puisqu'il ne s'agit pas d'une adoption au sens de cette Convention. En effet, le paragraphe 2 de son préambule et son article 2(2) font en sorte que seules les adoptions simple et plénière sont visées. Ils se lisent respectivement:

Reconnaissant que l'adoption internationale peut présenter l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son État d'origine.

(...)

La Convention ne vise que les adoptions établissant un lien de filiation.

Si l'on se fie au Rapport explicatif de ladite Convention, l'objectif derrière l'inclusion à la fois de l'adoption plénière et simple était de couvrir le plus de situations

²⁶³ William Duncan, "Children's rights, cultural diversity and private international law", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, à la p. 32.

²⁶⁴ Cette raison explique que nous ne traiterons pas plus amplement de cette Convention dans les présentes.

possibles, considérant que des abus étaient constatés dans les deux types de situations. Pourquoi alors se limiter au modèle de l'adoption, qui n'est pas universel? Est-ce par manque de sensibilité à l'égard d'autres réalités culturelles, s'interroge un auteur²⁶⁵. Le manque de consensus et de réglementation internationale sur la question des solutions alternatives à l'adoption (dont la kafala), grandissantes en nombre, constitue un problème souvent soulevé. D'ailleurs, lors des négociations entourant la conclusion de la Convention, la question de l'inclusion de la kafala s'est posée. L'exclusion de toute forme d'alternative à l'adoption, y compris la kafala, a été déplorée de manière officielle par un membre de la délégation égyptienne. L'intégration de la kafala dans la Convention a été suggérée, mais a été rejetée « faute de support »²⁶⁶. Advenant que la Convention soit amendée, la kafala pourrait y être intégrée²⁶⁷. À défaut, elle a été intégrée dans la *Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*²⁶⁸, entrée en vigueur en 2002, qui encadre les déplacements d'enfants d'un pays à l'autre. Cependant, à part le Maroc (où elle est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2010), aucun autre pays musulman n'a ratifié cette Convention. Le Canada n'est pas non plus partie à cette Convention.

Conclusion de la partie 1.4.

²⁶⁵ William Duncan, "Children's rights, cultural diversity and private international law", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, à la p. 35.

²⁶⁶ Rapporteur de la Commission spéciale de la 17^e session de la Conférence de La Haye sur le droit international privé (Gonzalo Parra Aranguren), *Explanatory report on the Convention on protection of children and co-operation in respect of intercountry adoption*, 1992, à la p. 12.

²⁶⁷ Gonzalo Parra Aranguren, "History, philosophy and general structure of the Hague adoption convention" dans Jaap Doek, Paul Vlaardingerbroek, éd, *Children on the Move : How to Implement Their Right to Family Life*, Cambridge, Kluwer Law International, 1996, à la p. 84 et William Duncan, "Children's rights, cultural diversity and private international law", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, à la p. 36.

²⁶⁸ Conclue le 19 octobre 1996 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002. Voir Hans Van Loon, "The accommodation of religious laws in cross-border situations: the contribution of the Hague Conference on private international law" (2010) 1 Cuadernos de Derecho Transnacional 2, 261-267, à la p. 264.

Depuis ses débuts, la kafala a toujours été une solution de prise en charge des enfants en difficulté. Elle comportait, déjà à l'époque, quelques caractéristiques de base qui demeureront inchangées au cours des siècles, comme nous le verrons dans la partie A.2. du présent mémoire. Il s'est toujours agi d'une prise en charge d'un l'enfant, et ce, par une personne jugée apte pour ce faire, sans création de lien de filiation entre ces deux personnes. Nous serions tentée de conclure que la kafala, en tant que concept, a une reconnaissance en droit international, la CDE étant un instrument fondamental, mais rien n'est prévu pour sa mise en œuvre. On la reconnaît, mais on ne l'organise pas. Pourtant, nous avons pu constater qu'elle a sa place dans le corpus de droit musulman de la famille, amplement analysé dans cette première partie. Elle répond très bien à la logique interne de ce droit, qui s'organise autour de certaines valeurs fondamentales.

Conclusion de la partie A1 : relativité et universalité de « l'intérêt de l'enfant » et des institutions relatives à l'enfant dans un contexte interculturel

Le débat sur la kafala et sur l'ensemble des institutions relatives à l'enfant est, selon la soussignée, étroitement lié aux variations entre les diverses visions de la conception de l'enfant et des éléments qui constituent son « meilleur intérêt ». Ces éléments varient selon les échelles de valeurs auxquelles chaque société se rapporte.

De la deuxième guerre mondiale à la chute du communisme, le conflit idéologique opposait les valeurs de l'Ouest à celles de l'Est et demeurait euro-centriste. Avec la fin de la guerre froide, le relativisme culturel est redevenu un sujet de discussion important dans le contexte des droits de l'enfant. Faut-il relativiser ou universaliser les normes relatives à l'enfant? La situation post 1989 a penché vers l'universalisation des normes et donc vers une moins grande marge de manœuvre étatique. Il a été reproché à ce système universaliste d'être impérialiste, de servir de domination culturelle, d'être fondé sur une conception occidentale des droits, laquelle serait appliquée aux pays en voie de développement sans

tenir compte de leurs spécificités culturelles²⁶⁹. Ce reproche est particulièrement acerbe dans les pays musulmans, lesquels contestent souvent l'universalité des droits humains et revendiquent la prédominance de l'Islam sur ceux-ci²⁷⁰.

La *Déclaration de Bangkok de 1993*²⁷¹, à son paragraphe 8, dispose clairement que « si les droits de l'homme sont par nature universels, ils doivent être envisagés dans le contexte du processus dynamique et évolutif de fixation des normes internationales, en ayant à l'esprit l'importance des particularismes nationaux et régionaux comme des divers contextes historiques, culturels et religieux. » Certains y voient la fin de la conception universaliste des droits et le début de l'ère relativiste, inévitablement teintée de conflits entre diverses cultures, religions et idéologies²⁷². Il est principalement reproché à la conception relativiste de créer un flou (« indeterminacy ») dans la mesure où il est difficile d'identifier les critères clairs sur lesquels les États peuvent se baser pour agir dans le meilleur intérêt de l'enfant. Un auteur²⁷³ utilise l'image des cercles concentriques pour illustrer la place du principe du meilleur intérêt de l'enfant dans un monde multiculturel. Le cercle central représente les normes de base pour lesquelles la marge de manœuvre étatique est très limitée (ex. : esclavage et torture d'enfants). À mesure qu'on s'éloigne du cercle central, la relativité culturelle et la tradition prennent une place de plus en plus importante dans l'élaboration des normes. En d'autres termes, les États jouissent d'une

²⁶⁹ Rhoda Howard, "Cultural absolutism and the nostalgia for community" (1993) 15 Hum. Rts. Q. 315, aux p. 316-319, Sonia Harris-Short, "Listening to the "other"? The Convention on the rights of the child" (2001) 2 Melb. J. Int'l L. 304, aux p. 310-315.

²⁷⁰ Mashood A. Baderin, "A macroscopic analysis of the practice of Muslim state parties to international human rights treaties: conflict or congruence?" (2001) 1 Human Rights Law Rev. 265, aux p. 265-266.

²⁷¹ Adoptée par les ministres et représentants des États d'Asie réunis à Bangkok, du 29 mars au 2 avril 1993, conformément à la résolution 46/116 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1991, dans le contexte des préparatifs de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme.

²⁷² Philip Alston, "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 9.

²⁷³ Philip Alston, "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 9.

marge d'appréciation plus grande. Cette méthode a l'avantage de ne pas accepter « l'inacceptable », tout en respectant la relativité culturelle²⁷⁴.

Selon l'auteure Van Bueren, la ratification quasi universelle de la CDE démontre clairement que l'ensemble des États reconnaissent l'existence et l'importance des droits de l'enfant, mais la mésentente persiste sur la question du contenu exact et de la portée des droits reconnus²⁷⁵. La notion centrale d'intérêt de l'enfant dans la CDE est multidimensionnelle et ne se limite pas à l'article 3(1) CDE, quoique cet article soit qualifié de disposition « parapluie ». En effet, l'article 3 sert à interpréter les autres dispositions, mais également en cas de conflit entre les droits reconnus aux différents acteurs²⁷⁶. Ce principe doit colorer *toutes* les décisions relatives à l'enfant. Le caractère fondamental du principe de meilleur intérêt de l'enfant s'est aussi retrouvé dans de nombreux documents internationaux²⁷⁷ et le principe est également reflété dans la jurisprudence européenne sur les droits de l'homme²⁷⁸. En ce qui concerne les mesures d'adoption et de placement, c'est en 1986 que l'intérêt de l'enfant comme considération primordiale a d'abord été reconnu²⁷⁹.

²⁷⁴ Philip Alston, "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 9.

²⁷⁵ Geraldine Van Bueren, "Children's rights: balancing traditional values and cultural plurality", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, à la p. 15.

²⁷⁶ Le principe qu'il faille tenir compte du meilleur intérêt de l'enfant se retrouve également aux articles 9, 18, 37, 40 et particulièrement aux articles 20 et 21 relativement à l'adoption et aux mesures alternatives.

²⁷⁷ Parmi les instruments : aux articles 5(b) et 16(1)(d) de la Convention sur l'élimination des formes de discrimination envers les femmes (adoptée par l'Assemblée générale de l'organisation des Nations Unies le 18 décembre 1979), à l'article 5 de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 3 décembre 1986 (résolution 4185)) et à l'article IV de la Charte africaine des droits de l'enfant (Adoptée par la vingt-sixième Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine, à Addis-Abeba, juillet 1990).

²⁷⁸ Philip Alston, "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 4.

²⁷⁹ Article 5 de la Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (1986).

Le principe du meilleur intérêt s'est également imposé dans les diverses législations nationales, quoique son interprétation varie selon les cultures. Ces cultures et traditions évoluent, et les notions de droits et d'intérêt aussi, par ricochet. En Occident particulièrement, la notion d'intérêt de l'enfant évolue selon le développement des sciences humaines et sociales, voire selon les « modes »²⁸⁰. Par opposition, dans les sociétés traditionnelles cette notion évolue moins rapidement. La perception même de l'enfant varie fortement : dans les sociétés traditionnelles, les parents auront un plus grand nombre d'enfants puisque le taux de mortalité infantile est élevé et les enfants y seront préparés à prendre soin de la famille élargie. Cette caractéristique s'applique au monde arabe, mais également en France jusqu'au 19^e siècle. Dans les sociétés occidentales modernes, les enfants sont invités à devenir indépendants. L'autonomie de l'enfant et l'importance des aspects psychologiques de son développement y sont au premier plan. Dans les sociétés musulmanes particulièrement, les enfants seront nombreux en partie parce qu'un nombre élevé d'enfants est considéré comme un gage de non-répudiation pour l'épouse (surtout si elle enfante des garçons²⁸¹), une source de satisfaction du mari, une preuve de sa position dominante, une assurance que sa succession n'ira pas aux collatéraux et une source de récompense divine²⁸². Ces différences de conception de l'enfant se traduisent dans les études consacrées à la question: quand on demande aux parents les qualités qu'ils attendent de leur enfant, l'obéissance revient beaucoup plus chez les parents turcs, indonésiens et philippins musulmans (60%, suivie de loin par l'indépendance et la confiance en soi (18%)) que chez les parents américains et allemands. De même, la qualité la plus attendue pour les parents orientaux chez leur enfant devenu adulte est sa proximité, sa loyauté et sa fidélité,

²⁸⁰ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 265. Sur la notion d'intérêt de l'enfant en général voir Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié).

²⁸¹ Abdullahi A. An-Na'im, *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, New York, Zed Books Ltd., 2002, à la p. 101.

²⁸² Selon les hadîth, les musulmans ayant trois enfants seront admis au paradis en récompense de leur apport à l'*Oumma*.

ce qui traduit l'importance accordée à l'interdépendance familiale verticale²⁸³. Toutefois, à mesure que le degré d'éducation et le niveau de vie augmentent, ces valeurs s'inversent pour rejoindre les valeurs psychologiques telles que l'épanouissement de l'enfant, le caractère et le développement du sens des responsabilités²⁸⁴.

L'auteur Mnookin cerne la complexité de la notion du meilleur intérêt de l'enfant en ces termes:

Deciding what is best for a child poses a question no less ultimate than the purposes and values of life itself. Should the judge be primarily concerned with the child's happiness? Or with the child's spiritual and religious training? Should the judge be concerned with the economic productivity of the child when he grows up? Are the primary values of life in warm, interpersonal relationships, or in discipline and self-sacrifice? Is stability and security for a child more desirable than intellectual stimulation? These questions could be elaborated endlessly. And yet, where is the judge to look for the set of values that should inform the choice of what is best for the child?²⁸⁵

Une autre auteure trouve hautement subjective la prise de décision dans l'intérêt de l'enfant :

No one would deny that the best interests of the child constitute a worthy policy aim. Nevertheless, if the child has rights, or if it is possible to empower him or her with rights, it is important to avoid judicial paternalism, and taking decisions away from children. This observation applies as much to parents who tend not to notice that their children grow up, as to judges who are generally more accustomed to applying specific principles of law

²⁸³ Cigdem Kagitcibasi, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux p. 272-274.

²⁸⁴ Cigdem Kagitcibasi, « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 275.

²⁸⁵ Robert Mnookin, "Child-Custody Adjudication: judicial functions in the face of indeterminacy" (1975) 39 *Law and Contemporary Problems* 226, cité dans Stephen Parker, "The best interests of the child- principles and problems" dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 30.

than to determining what the best solution might be, and who often lack the objectivity necessary to realize that their decisions are influenced by their own background and who thus apply their own personal criteria when making a decision (...) Clearly, recourse to the child's best interest is sometimes a convenient pretext for the judge to disregard a legal rule, even if this is carried out in good faith.²⁸⁶

La variabilité de cette notion-cadre est d'autant plus « dangereuse » qu'il n'existe pas de consensus sur son contenu, par opposition à d'autres notions pour lesquelles le consensus est davantage atteint²⁸⁷. Cette « coquille vide » à caractère variable peut donc être invoquée pour justifier un très large spectre de décisions concernant l'enfant²⁸⁸. D'ailleurs, plusieurs études menées au Moyen-Orient démontrent que les standards utilisés pour mesurer la condition et les besoins des enfants y habitant sont basés sur des modèles occidentaux et ne sont pas adaptés à leur réalité²⁸⁹. Par exemple, les standards nationaux arabes en matière de travail des mineurs sont basés sur un modèle occidental, lequel opère séparation entre éducation et travail. Au lieu d'abolir totalement le travail des mineurs, ce qui n'est pas pensable dans les sociétés arabes actuelles, il a été proposé de le limiter en prohibant seulement les travaux dangereux et excessifs²⁹⁰. Un auteur note que l'éducation dans les pays arabes met l'accent sur l'obéissance, sur la copie plutôt que sur la créativité,

²⁸⁶ Jacqueline Rubellin-Devichi, "The best interests principle in French law and practice", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 264. Opinion partagée par Carmen Lavallée dans Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 269.

²⁸⁷ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 265.

²⁸⁸ Andréanne Malacké, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié), à la p. 5.

²⁸⁹ Études rapportées et expliquées dans Ahmed An-Na'Im Abdullahi, "Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, aux p.72-75.

²⁹⁰ Ahmed An-Na'Im Abdullahi, "Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, aux p.72-75.

sur le par cœur plutôt que sur la compréhension. En Occident, l'accent est plutôt mis sur l'organisation, sur l'amour du savoir, sur l'appréciation des arts et sur l'indépendance et l'initiative de l'enfant, rendant ainsi toute comparaison entre les deux systèmes difficile²⁹¹.

De plus, le concept même de « besoins de l'enfant » est au centre d'un conflit de pouvoirs entre les différents acteurs impliqués dans la vie de celui-ci. Ses besoins et son intérêt sont d'abord déterminés pour et par rapport à d'autres- les parents, l'école, l'État...- et non par lui-même²⁹². Le meilleur intérêt de l'enfant est donc déterminé par des tiers et il est souvent assumé que celui-ci correspond à celui des parents, qui seront en mesure de décider. Certains besoins que l'on tient souvent pour acquis ne le sont pas pour les principaux concernés. En effet, il est généralement accordé peu de ressources aux enfants pour leur permettre de donner une opinion éclairée. La notion de consultation et de participation de l'enfant demeure encore une valeur peu développée²⁹³. Elle le demeurera tant que la conception traditionnelle de l'enfant, vu comme immature et donc inapte à donner son avis, ne changera pas et tant que les décideurs n'accepteront pas de renoncer à une partie de leur pouvoir décisionnel au profit de l'enfant²⁹⁴.

Afin d'élaborer la manière de déterminer le meilleur intérêt de l'enfant dans un monde où les réalités varient autant d'un pays à l'autre et en prenant pour acquis que ces droits seront davantage respectés s'ils correspondent à la culture ambiante, l'éminent auteur Abdullahi An-Na'Im propose un cheminement procédural applicable à toutes les

²⁹¹ Ahmed An-Na'Im Abdullahi, "Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, aux p.72-75.

²⁹² Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié), aux p. 5-7.

²⁹³ Geraldine Van Bueren, "Children's rights: balancing traditional values and cultural plurality", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, aux p. 19-26.

²⁹⁴ Geraldine Van Bueren, "Children's rights: balancing traditional values and cultural plurality", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998, aux p. 19-26.

sociétés²⁹⁵. Selon lui, il faut d'abord cerner l'action à laquelle le principe de l'intérêt de l'enfant s'applique, l'analyser pour identifier sa nature, les protagonistes, les bénéficiaires, comprendre la nature et la dynamique de pouvoirs entre les différents protagonistes dans leur ensemble, le tout dans un contexte ouvert aux critiques et aux alternatives. Ce dernier élément d'ouverture, c'est-à-dire la critique interne continue, est fondamental et demeure le point d'ancrage de toute démarche visant l'intérêt de l'enfant : il permet « au rationnel de triompher sur l'irrationnel »²⁹⁶. Après tout, « nearly all successful assertions of human rights are achieved because of struggles *from within, not from without* »²⁹⁷ [nos italiques]. Pour plusieurs, dont l'auteur An- Na'Im, l'atteinte de l'universalité des normes substantives est illusoire, mais l'universalité procédurale est possible et souhaitable.

Le discours du relativisme des normes prend de plus en plus d'ampleur et rallie à la fois des conservateurs musulmans religieux et des intellectuels européens. Dans une certaine mesure, il faut s'en méfier car il permet d'entériner certaines discriminations au nom de la diversité culturelle, du droit à la différence. D'un autre côté, le discours universaliste demeure empreint d'occidentalisme et est peut être trop idéaliste. Comme nous le verrons, la législation française en matière d'adoption internationale relative aux États qui la prohibe et le modèle libanais illustrent bien la tendance relativiste. Dans tous les cas, les normes contenues dans les instruments internationaux doivent être assez claires et inflexibles pour instaurer un plancher minimum et permettre à la communauté internationale d'encadrer et de surveiller l'action gouvernementale, mais elles doivent aussi être assez flexibles pour

²⁹⁵ À noter que ce modèle a été repris et discuté à de nombreuses reprises par plusieurs auteurs notamment dans Rhoda Howard, "Cultural absolutism and the nostalgia for community" (1993) 15 Hum. Rts. Q. 315, à la p. 320.

²⁹⁶ "Ensuring that rationality triumphs over irrationality". Voir Ahmed An-Na'Im Abdullahi, "Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, aux p. 76-77.

²⁹⁷ Mélanie Reed, "Western democracy and Islamic tradition: the application of Shari'a in a modern world" (2003) 19 Am. U. Int'l L. Rev. 485, à la p. 486.

s'adapter à la réalité des États²⁹⁸. Voyons à présent comment la kafala, institution répondant à l'intérêt de l'enfant selon la conception musulmane de celui-ci, a été mise en œuvre dans les législations arabes modernes.

²⁹⁸ Michael King, "You have to start somewhere", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1996, aux p. 10-11.

2. Les législations arabes contemporaines : entre tradition et modernité

2.1. Généralités

2.1.1. La place du traditionnel dans l'État moderne

Le « voyageur occidental » part souvent en Orient avec à l'esprit un certain nombre de préjugés, pour s'apercevoir une fois sur place qu'ils ne correspondent pas à la réalité. Ceci est aussi vrai du droit musulman, qui, dans l'imaginaire occidental, est souvent perçu comme strict et immuable. Notre jugement d'Occidentaux de certaines institutions musulmanes de la famille²⁹⁹ est presque toujours en porte-à-faux³⁰⁰. Pourtant, la sévérité apparente du droit musulman est souvent contrebalancée par le laxisme de la pratique et l'immuabilité n'est elle aussi qu'apparente, car un élément primordial caractérise les législations arabo-musulmanes modernes: elles vacillent toutes entre fidélité à la tradition et aspiration à la modernité, entre islamisation et démocratisation³⁰¹. Certes, certains États ont intégré les principes modernes alors que d'autres en sont encore à l'application de la tradition musulmane. Il n'appartient pas à l'ordre étranger mais à chaque État de prendre le soin de construire son propre droit de la famille en fonction de l'évolution des mentalités, des mœurs. La vitesse de cette évolution est tributaire de plusieurs facteurs : décolonisation, guerres, révolution, urbanisation, industrialisation et éducation³⁰². Malgré certaines divergences, les changements socio-économiques des dernières décennies ont entraîné dans la région l'accélération de l'évolution des mentalités, autant officielles qu'officieuses, et ce, principalement dans les zones urbaines³⁰³. Cela s'est traduit notamment par un changement

²⁹⁹ Notamment la polygamie et la répudiation, deux institutions qui sont extrêmement critiquées en Occident. En fait, elles sont souvent surreprésentées comme des institutions-symboles de l'Islam.

³⁰⁰ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 15.

³⁰¹ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, aux p. 15-17.

³⁰² Fahed T. Al Thakeb, « La famille arabe et la modernité » dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, à la p. 84.

³⁰³ Fahed T. Al Thakeb, « La famille arabe et la modernité » dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, à la p. 84.

important : l'éclatement des structures familiales. En plus de la famille rurale (restée traditionnelle), les modèles de familles urbaines sont multiples : famille nucléaire indépendante, dépendante, immigrée, désintégrée et étendue³⁰⁴. Finie l'exclusivité de la grande famille agnatique, la famille nucléaire représente depuis plus de vingt ans la majorité statistique dans le monde arabe³⁰⁵. Quant à l'enfant musulman, il sort désormais de son milieu familial et est exposé à de nouveaux principes à l'école. De « bien » appartenant à ses parents, il se retrouve de plus en plus dans une situation de force vis-à-vis de ceux-ci, auxquels il transmet des nouveaux acquis et avec lesquels il confronte ses idées. La rapidité de ces changements entraîne d'importants fossés intergénérationnels³⁰⁶.

L'emprise du droit musulman sur le droit étatique est variable selon l'État, mais aussi selon la nature du droit, le statut personnel demeurant encore à ce jour une « forteresse » de tradition religieuse³⁰⁷. Cela s'explique par l'histoire des pays arabes. En effet, la colonisation de la région débuta en Égypte avec l'invasion par Napoléon en 1798 et dura 160 ans, jusqu'à la révolution algérienne en 1962. Durant ce siècle et demi d'europanisation forcée, le colonisateur imposa ses règles dans plusieurs domaines, mais la famille demeura relativement intouchée dans la mesure où les peuples colonisés conservèrent leurs règles dans ce domaine³⁰⁸. Ainsi, le patriarche familial, à défaut d'occuper un rôle politique dans la société d'alors, conserva son autorité sur sa famille. Le modèle familial traditionnel ainsi préservé devint le centre de la résistance à la puissance européenne, tous ses membres y participant. Avec les indépendances acquises et le

³⁰⁴ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 38-40.

³⁰⁵ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 86 et 99.

³⁰⁶ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, à la p. 52.

³⁰⁷ Par opposition au droit commercial par exemple.

³⁰⁸ Ann Elizabeth Mayer, "Law and Religion in the Muslim Middle East" (1987) 35 Am. J. Comp. L. 127, à la p. 139.

renouveau qu'elles entraînent à partir des années 1940, l'avenir de la famille musulmane fut envisagé de manière contradictoire : certains prônaient la modernisation de l'institution, d'autres le conservatisme. Ces tensions persistent encore, mais le statut personnel reste largement régi par des règles inspirées de la *sharia*. Un auteur s'interroge : « pourquoi les pays d'Islam ne parviennent pas à se libérer, à l'instar des autres peuples, de leur héritage, pourquoi sont-ils prisonniers de leur patrimoine ? Pourquoi le passé gouverne-t-il leur présent et commande à leur avenir ? »³⁰⁹. Ainsi, toute tentative de réforme du statut personnel se heurte à des difficultés inextricables, à une très forte résistance, toute modification au droit de la famille est perçue comme une atteinte aux préceptes religieux et la tradition ressurgit avec force au moment des réformes³¹⁰. Comme nous le verrons, cette affirmation est vérifiable à travers l'évolution des quatre régimes de droit étudiés.

Le *fiqh* dans sa forme traditionnelle n'est plus appliqué qu'à titre subsidiaire dans la majorité des États et, dans plusieurs domaines de droit, il a été tout simplement écarté. Il demeure une source d'inspiration très importante dans le domaine de la famille, d'où l'intérêt de l'étudier en première partie des présentes³¹¹. Constitutionnellement parlant, le droit musulman a un statut subsidiaire au Maroc³¹² et en Algérie³¹³, a un statut ambigu en Tunisie³¹⁴ et un statut encore plus limité au Liban, qui n'affiche aucune religion d'État³¹⁵. Il

³⁰⁹ Ali Mezghani, « Le juge français et les institutions de droit musulman » (2003) 3 *Journal du droit international* 721, à la p. 724.

³¹⁰ Léna Gannagé, « Synthèse » dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 424, Nisrine Abiad, *Sharia, Muslim States and international human rights treaty obligations: a comparative study*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, à la p. 52.

³¹¹ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 26.

³¹² Article 400 Code de la famille marocain (aussi appelée « Mudawana ») se lit : « pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du rite malikite... » et constitutionnellement (article 6 de la Constitution marocaine), l'Islam y est la religion d'État.

³¹³ Article 222 Code la famille algérien se lit : « en l'absence de disposition dans la présente loi, il est fait référence aux dispositions de la sharia » et constitutionnellement (article 2 de la Constitution algérienne), l'Islam y est la religion d'État.

³¹⁴ En effet, l'Islam est considéré religion d'État par l'article 1 de la Constitution tunisienne, mais cela n'entraîne pas vraiment de conséquences sur la législation puisque le législateur s'est vraiment écarté du droit musulman dans de nombreux domaines et tient un discours très ambigu sur la place de la *sharia* en droit positif : à ce sujet, voir Nisrine Abiad, *Sharia, Muslim States and international human rights treaty*

faut toutefois se garder de conclure à la mise au rencart du droit musulman, car comme le souligne un auteur, la « désacralisation formelle n'a pas encore conduit à une humanisation du droit au fond »³¹⁶ et cette affirmation est particulièrement vraie dans le domaine de la famille. Au lendemain de leur indépendance dans les années 1950 et 1960, les trois pays de l'île du Couchant ont tourné la page sur des siècles de régime où cohabitait une multiplicité de statuts personnels religieux. Le Maroc (dans une large mesure), l'Algérie et la Tunisie (totalement) ont opté pour un régime de statut personnel unifié applicable à tous, sans distinction religieuse. Le Liban, à l'instar de plusieurs autres pays du Machrek, a conservé le régime d'appartenance confessionnel en matière de statut personnel, ce qui fait qu'un droit d'inspiration musulmane est applicable à ces communautés³¹⁷.

À l'image de leur législateur, les magistrats arabes sont eux aussi tiraillés entre tradition et modernité. L'attitude conservatrice s'explique par le fait qu'une partie des juges ont une formation classique traditionnelle acquise dans les universités religieuses et pour lesquels le droit musulman classique est considéré comme la source de la législation de statut personnel³¹⁸. Par ailleurs, d'autres juges, généralement formés à l'étranger, s'écartent de la tradition et optent pour des interprétations modernes évolutives permises par la formulation des textes. L'équilibre entre ces deux tendances varie selon les États, mais toute analyse jurisprudentielle s'avère nécessairement incomplète puisque les tribunaux publient rarement leurs décisions³¹⁹.

obligations: a comparative study, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, à la p. 51.

³¹⁵ Cela constitue une forme de « laïcité » qui « assure à l'État libanais une certaine indépendance à l'égard des communautés dont il doit assurer la coexistence au sein de la nation » : Pierre Gannagé, *Le pluralisme des statuts personnels dans les états multicommunautaires : droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Bruylant Bruxelles, Presses de l'Université St-Joseph, 2001, à la p. 24.

³¹⁶ Ali Mezghani, « Le juge français et les institutions de droit musulman » (2003) 3 *Journal du droit international* 721, à la p. 727.

³¹⁷ Pierre Gannagé, *Le pluralisme des statuts personnels dans les états multicommunautaires : droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Bruylant Bruxelles, Presses de l'Université St-Joseph, 2001, à la p. 27.

³¹⁸ Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, à la p. 5.

³¹⁹ Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, à la p. 5.

2.1.2. L'abandon d'enfants au Moyen-Orient et au Maghreb de nos jours

Un triste constat social s'impose dans l'ensemble des pays étudiés. À l'origine des législations portant sur la kafala, il y a la problématique du nombre très important d'abandons d'enfants³²⁰. Ce phénomène complexe est explicable par des raisons similaires, que l'on se trouve au Maroc ou au Liban. Malgré le nombre grandissant de droits accordés aux femmes et l'accès de celles-ci à l'éducation et au monde du travail, leur rôle y est encore traditionnel et très souvent limité à celui de mère de famille, de « gardienne de la tradition »³²¹. Le célibat féminin y est mal vu³²². Les pressions sur les femmes pour avoir un enfant légitime, à l'intérieur des liens du mariage, demeurent encore très fortes, alors que le contexte social est favorable aux transgressions (ex : lycées mixtes, milieux de travail mixtes). La sexualité est un tabou dont on ne discute surtout pas, question « de ne pas ouvrir les yeux à la jeune fille pour ne pas lui donner des envies »³²³. Les sociétés arabes continuent de consacrer une vision monolithique de la famille : elles ignorent le concubinage hétérosexuel, le concubinage homosexuel n'étant même pas envisageable. L'honneur qui passe par la virginité jusqu'au mariage demeure encore primordial dans les sociétés arabes contemporaines : pour preuve, le nombre important de chirurgies pour « se refaire » une virginité et la fréquence des crimes d'honneur³²⁴. Une auteure cite une étude faite à Alger début 2000 et où 30% des hommes interrogés disent envisager de tuer ou d'exiler leur fille ou sœur en cas de grossesse hors mariage³²⁵. Encore maintenant, malgré

³²⁰ Il est très difficile de le chiffrer puisqu'il s'agit d'un tabou, d'un symptôme d'un relâchement des mœurs, et les statistiques officielles ne sont pas fiables : Mustapha Nasraoui, « Les enfants abandonnés en Tunisie : analyse de la situation de l'enfant et de la mère », Colloque L'Avenir de la famille au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, présenté à Tunis, par UNESCO Paris, 21-23 février 1990, à la p. 139.

³²¹ Nadia Ait-Zai, *L'enfant abandonné et la loi*, mémoire de magister en droit, Université d'Alger, 1988, à la p. 11 (non publié).

³²² Elles sont considérées comme des « social and family failures » : voir Camille Lacoste-Dujardin, « Au maghreb, l'enfance innommable » (1988) 96 *Autrement* 85, aux p. 86-87, Abdullahi A. An-Na'im, *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, New York, Zed Books Ltd, 2002, à la p. 98.

³²³ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 31.

³²⁴ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 26.

³²⁵ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, aux p. 41-42.

une forte atténuation dans le droit tunisien³²⁶, les trois droits maghrébins et le droit applicable aux communautés musulmanes libanaises ne connaissent que la filiation légitime³²⁷. L'enfant naturel est le grand oublié des récentes réformes maghrébines. En ce sens, ces États portent une partie de la responsabilité pour le nombre élevé d'abandons puisqu'ils n'apportent pas d'assistance aux mères célibataires (ex : absence d'allocation sociale pour ces enfants)³²⁸. D'un autre côté, l'abandon est aussi un acte stigmatisé et est considéré comme un péché du point de vue religieux, moral et social. Les femmes qui passent à l'acte sont souvent victimes de violence, voire de meurtre d'honneur³²⁹. Aussi, les mères célibataires sont prises entre l'écorce et l'arbre, sont doublement stigmatisées et sans surprise, demeurent celles qui confient le plus grand nombre d'enfants aux orphelinats. La principale différence avec l'Occident est qu'ici, l'abandon est « géré », pris en charge par l'État dès que le risque d'abandon se manifeste, alors qu'il se trouve dans un vide juridique au Moyen-Orient³³⁰. Alors qu'en Algérie les femmes célibataires peuvent accoucher en centres hospitaliers sous X, au Maroc elles doivent accoucher loin de chez elle et l'abandon y est proscrit. Les femmes marocaines qui veulent abandonner doivent donc littéralement s'enfuir de l'établissement où elles ont accouché, de peur d'être dénoncées à la police puis accusées à la fois d'adultère et de tentative d'abandon d'enfant³³¹. Quand elles ne peuvent se réfugier dans un établissement, certaines procèdent à des infanticides directs ou indirects, c'est-à-dire qu'elles accouchent dans des lieux publics et abandonnent les enfants dans des

³²⁶ Loi n° 1998-0075 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue telle que modifiée par la Loi n° 2003-0051 du 7 juillet 2003. Voir Jean Picard, « Le couple mixte installé en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, aux p. 474-475.

³²⁷ Jean Picard, « Le couple mixte installé en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, aux p. 474-475.

³²⁸ Safir Syed, «The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a» (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 359, à la p. 379.

³²⁹ Emilie Barraud, « Femmes et famille en mutation dans le champ social de la kafala », Conférence Genre en Méditerranée : les femmes face aux transformations socio-économiques. Conflits, négociations et émergence de nouveaux rapports sociaux, présentée à Rabat, Maroc, 21-24 avril 2008, à la p. 11 (non publié).

³³⁰ Emilie Barraud, « Femmes et famille en mutation dans le champ social de la kafala », Conférence Genre en Méditerranée : les femmes face aux transformations socio-économiques. Conflits, négociations et émergence de nouveaux rapports sociaux, présentée à Rabat, Maroc, 21-24 avril 2008, à la p. 11 (non publié).

³³¹ Camille Lacoste-Dujardin, « Au maghreb, l'enfance innommable » (1988) 96 *Autrement* 85, à la p. 87.

endroits très précaires (rues, parcs)³³². L'infanticide est souvent commis avec la participation de l'entourage³³³. Une auteure souligne à juste titre l'ironie de plusieurs législations arabes, qui veulent que le produit du « péché » d'une femme, le plus souvent célibataire, puisse être placé en kafala auprès d'une autre femme, également célibataire. Toutefois, cette dernière est généralement éduquée et bien placée, bien qu'elle soit aussi stigmatisée, mais cette fois à cause de son infertilité et de son célibat³³⁴. L'une rachète la « faute » de l'autre. On n'est pas au premier paradoxe près³³⁵.

On constate en orphelinat que la demande pour les filles est beaucoup plus élevée que celle pour les garçons. Les enfants laissés en orphelinat sont en majorité des garçons, dans un ratio d'au moins deux pour une, et les filles font davantage l'objet d'une négociation directe entre la mère biologique et le futur *kefil*³³⁶. Sinistrement, une des raisons expliquant ce phénomène est l'utilisation d'aide domestique qui est faite des filles. Une autre explication est que les filles sont encore perçues comme plus calmes, dociles, proches de leur famille et empreintes à l'affectif, alors que les garçons seraient plus agressifs, plus difficilement contrôlables, accepteraient moins bien leur condition « d'adopté » et seraient plus enclins à la recherche de leurs origines³³⁷.

Les règles de droit musulman sur l'enfant ont été étudiées en première partie et servent d'éclairage obligatoire et de sources d'inspiration des législations arabes, mais il faut désormais parler non pas d'un droit musulman de la famille et de l'enfant, mais d'un

³³² Par exemple, en Tunisie, bien que les chiffres soient très approximatifs, on estime à 1200 enfants annuellement abandonnés de la sorte dans des lieux publics : voir Safir Syed, "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 359, à la p. 379 et Emilie Barraud, « Femmes et famille en mutation dans le champ social de la kafala », Conférence Genre en Méditerranée : les femmes face aux transformations socio-économiques. Conflits, négociations et émergence de nouveaux rapports sociaux, présentée à Rabat, Maroc, 21-24 avril 2008, à la p. 13 (non publié).

³³³ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 32.

³³⁴ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 13.

³³⁵ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001.

³³⁶ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, aux p. 14-15.

³³⁷ Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, aux p. 16-18.

droit algérien, marocain, tunisien et libanais applicable à l'enfant³³⁸. Chacun a des spécificités propres dues à son histoire qu'il convient à présent d'examiner.

2.2. Interdiction complète d'adopter : Maroc et Algérie

2.2.1. Algérie

Pendant la période de colonisation qui a duré de 1830 à 1962, l'Algérie était un pays dualiste : les systèmes français (civil) et musulman cohabitaient. Les Algériens d'origine étaient soumis au droit musulman en ce qui concerne leur statut personnel³³⁹, alors que les Français d'origine l'étaient au droit français. Quant au statut réel (biens et contrats), il était régi par le droit français. La *Loi no 47-1853 du 20 septembre 1947 portant Statut organique de l'Algérie* a eu pour effet d'octroyer la nationalité française à l'ensemble de la population tout en permettant aux Algériens d'origine de continuer d'être régis par le droit musulman pour leur statut personnel. Cette situation a perduré jusqu'à l'indépendance en 1962, au lendemain de laquelle fut accordé un droit d'option. Une division fut opérée entre les Algériens ayant choisi d'acquérir la nationalité française, lesquels ont été soumis au droit français, et ceux ne l'ayant pas acquis, ces derniers étant soumis au droit musulman. Ne pas acquérir la nationalité française était pour beaucoup un choix politique, une expression juridique de leur attachement à leur foi musulmane³⁴⁰. Ceux qui ont choisi la nationalité algérienne plutôt que française ont depuis été régis par le droit musulman en vigueur³⁴¹. Les enfants abandonnés ne pouvaient pas, conformément aux règles islamiques de statut personnel, être adoptés. Ils étaient parfois recueillis en vertu des règles administratives qui ne faisaient que constater un état de fait. Légalement, ils n'étaient pas réellement intégrés dans la famille d'accueil. La réalité de l'abandon d'enfants est restée

³³⁸ Léna Gannagé, « Synthèse » dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 419.

³³⁹ Par le Décret du 1^{er} octobre 1854.

³⁴⁰ Léna Gannagé, « Synthèse » dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 419.

³⁴¹ C'est-à-dire la *Loi du 30 juin 1963 relative à l'état civil, l'Ordonnance du 19 février 1970 relative à l'état civil*, l'article 1^{er} du *Code civil* promulgué en 1975, lesquels ne consacrent aucune disposition sur l'adoption.

très longtemps taboue et inavouée dans la société algérienne, à un point tel que ces enfants étaient littéralement cachés dans des institutions éloignées de la ville³⁴².

Ce n'est finalement qu'en juin 1984, soit environ 25 ans après ses homologues maghrébins, que le législateur algérien a adopté son *Code de la famille* (« Code de la famille algérien »), jugé dans l'ensemble conservateur³⁴³. Ce n'est pas très surprenant considérant que le droit algérien a très longtemps été érigé en réaction au droit imposé par le colonisateur français. Ce Code est le fruit d'un compromis entre tenants du moderne et du traditionnel, mais les règles relatives aux rapports parents-enfants et à la filiation, contrairement à celles du mariage, n'ont pas été la source de controverses majeures³⁴⁴. Autant le législateur algérien a conservé les règles françaises pour le statut réel, autant il a gardé les règles de droit musulman pour le statut personnel. Ce Code a été modernisé par l'Ordonnance du 27 février 2005³⁴⁵, qui a tenté de gommer certaines inégalités relatives aux genres. Les règles concernant l'enfant sont demeurées plutôt inchangées, c'est-à-dire fidèles au droit musulman³⁴⁶.

Ainsi, sans surprise, le droit algérien ne reconnaît que la filiation légitime³⁴⁷ et les règles classiques d'établissement de la filiation s'appliquent³⁴⁸. Le Code ignore, au sens littéral du terme, la filiation naturelle³⁴⁹ et l'enfant naturel n'aura qu'une filiation

³⁴² Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, aux p. 11-13.

³⁴³ Mohammed N. Mahieddin, « Quelques aspects des rapports juridiques entre parents et enfants en droit algérien de la famille » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p. 193.

³⁴⁴ Mohammed N. Mahieddin, « Quelques aspects des rapports juridiques entre parents et enfants en droit algérien de la famille » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p. 193.

³⁴⁵ Ordonnance n° 05-01 du 18 Moharram 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 70-86 du 15 décembre 1970 portant Code de la nationalité algérienne, Journal officiel de la République algérienne no 15, à la p. 14.

³⁴⁶ Jacqueline Pousson-Petit, « Un pluralisme insurmontable ? » dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 103.

³⁴⁷ Article 41 Code de la famille algérien.

³⁴⁸ Article 40 Code de la famille algérien.

³⁴⁹ Le terme « ignoré » est vraiment approprié puisque le législateur n'a même pas pris la peine d'insérer une disposition consacrant la règle de droit musulman : la mère célibataire et l'enfant né hors mariage sont

maternelle³⁵⁰. L'article 46 interdit expressément l'adoption : « l'adoption (*tebbeni*) est interdite par la sharia et la loi ». La législation algérienne reconnaît toutefois expressément la kafala depuis 1976³⁵¹. La kafala algérienne est définie à l'article 116 du Code de la famille comme l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur. Elle est établie par acte légal (judiciaire ou notarié)³⁵². Un principe fondamental veut que le *kefil*, sur lequel pèse les obligations découlant de ce contrat unilatéral (car il ne pèse aucune obligation sur le *makfoul*), agisse avec le *makfoul* « au même titre que le ferait un père pour son fils »³⁵³, sans toutefois qu'un lien de filiation soit créé entre eux.

Concernant les conditions liées aux parties à ce « contrat », le Code de la famille exige que le *kefil* soit une personne de nationalité algérienne, majeure, c'est-à-dire âgée de plus de 19 ans³⁵⁴. Cette personne, qui peut être un homme ou une femme, aussi bien marié (e), célibataire, veuf ou veuve que divorcé (e), doit être musulmane. De ce point de vue, la législation est « moderne », vu les stigmates sociaux qui sont encore associés aux femmes célibataires. Dans un souci de protection de l'enfant, le *kefil* doit être jugé sensé³⁵⁵ et intègre³⁵⁶. Ses revenus doivent être suffisants pour assurer à l'enfant éducation, habillement, soins médicaux, loisirs et logement décent.

« inexistants » : Malika Boulenouar, « Le droit algérien de la famille : le statut de la femme et le statut de l'enfant », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 111.

³⁵⁰ Ordonnance 70-86 du 15 décembre 1970 portant Code de la nationalité algérienne (« Code de nationalité »), article 6 et Code civil, article 28.

³⁵¹ Mohand Djennad, *Les droits de l'enfant en Algérie*, mémoire de diplôme d'études supérieures en droit, Université de Perpignan, 2002, à la p. 9 (non publié).

³⁵² Article 116 du Code de la famille algérien se lit ainsi : « Le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal. »

³⁵³ Article 116 Code de la famille algérien.

³⁵⁴ Code de la famille algérien, article 118 : « Le titulaire du droit de recueil légal (*kefil*) doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli (*makfoul*) et capable de le protéger. » La condition de nationalité a été ajoutée par la suite et déduite de l'article 221 du Code la famille, qui prévoit que celui-ci s'applique à tous les citoyens et résidents algériens.

³⁵⁵ Le *kefil* ne doit pas être affligé de maladies mentales de nature à réduire ses capacités psychiques.

³⁵⁶ Le *kefil* ne doit pas avoir fait l'objet de condamnations pénales, notamment celles relatives à la famille et aux bonnes mœurs.

Le *makfoul* doit être mineur au moment de l'établissement de la kafala³⁵⁷. Puisque le but est de lui trouver une famille, son état psychique ou physique importe peu. S'il a des parents, leur consentement est nécessaire³⁵⁸. En pratique, le consentement de l'enfant ayant atteint l'âge de discernement, c'est-à-dire 13 ans en Algérie, est nécessaire³⁵⁹. Toutefois les enfants sont souvent placés trop jeunes pour être en mesure de consentir.

L'enfant peut être de filiation connue ou inconnue, qualité qui influe sur la procédure à suivre. Si la filiation est connue, le consentement de la famille d'origine est nécessaire, y compris pour un changement de nom éventuel, ce qui cause des problèmes pour retracer les parents d'origine³⁶⁰. Le consentement des père et mère est nécessaire si l'enfant est légitime ou si les parents sont divorcés, même dans les cas où l'enfant est confié à la garde exclusive d'un parent. Le consentement de la mère suffit si elle est célibataire ou si le père est inconnu ou décédé. Inversement, le consentement paternel suffit si la mère est décédée. Si la filiation est inconnue, l'enfant est d'abord recueilli par l'assistance publique et considéré « pupille de l'État »³⁶¹. C'est le cas des enfants orphelins, abandonnés et ceux dont les parents ont été déchus de leur autorité parentale. L'administration publique doit alors rechercher une famille adéquate pour ces enfants, et ce, en effectuant une enquête sociale auprès des postulants à la kafala. Si l'enquête est favorable, le dossier est complété par un

³⁵⁷ Article 119 Code de la famille algérien.

³⁵⁸ Article 117 Code de la famille algérien.

³⁵⁹ Article 42 Code civil.

³⁶⁰ Malika Boulouar, « Le droit algérien de la famille : le statut de la femme et le statut de l'enfant », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 133.

³⁶¹ Malika Boulouar, « Le droit algérien de la famille : le statut de la femme et le statut de l'enfant », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 134.

engagement formel du postulant de recueillir l'enfant³⁶². Ce dossier complet sera transmis au notaire ou au juge (au choix du postulant) pour l'établissement de l'acte de kafala³⁶³.

Le notaire ou le juge devra s'assurer de la validité de tous les consentements requis ainsi que de la preuve relative à l'état du *kefil* (revenus, état de santé, etc...). Le notaire devra s'entourer de la présence de deux témoins alors que le juge établira l'acte sous la forme d'une ordonnance signée par lui-même et par le greffier. L'acte notarié ou l'ordonnance sera conservé en voûte ou au greffe du tribunal et ne fera l'objet d'aucune publicité. Aucune mention n'est portée en marge des actes d'état civil du *kefil* ou du *makfoul*.

Peu importe l'état de la filiation d'origine, aucune filiation n'est créée entre *kefil* et *makfoul*³⁶⁴. Juridiquement du moins et parce qu'il demeure étranger à la famille d'accueil, le *makfoul* peut se marier avec les enfants du *kefil*, voire avec le *kefil* lui-même. Le *kefil* sera titulaire de l'autorité parentale : les droits et devoirs de garde, de surveillance, d'éducation et d'entretien lui seront confiés. Il aura accès aux prestations familiales et scolaires pour le *makfoul*³⁶⁵. L'obligation alimentaire s'arrête en principe à la majorité pour le garçon et au mariage pour la fille mais, selon la doctrine, cette obligation demeurera même passé la majorité si l'enfant est dans le besoin. Le *kefil* sera aussi tuteur aux biens et à la personne du mineur³⁶⁶. N'étant pas uni à la famille d'accueil par la parenté, le *makfoul* n'a pas de vocation successorale et réciproquement. Toutefois, le *kefil* peut désigner le

³⁶² Malika Boulouar, « Le droit algérien de la famille : le statut de la femme et le statut de l'enfant », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 134.

³⁶³ Article 117 Code de la famille algérien.

³⁶⁴ Article 120 Code de la famille algérien pour l'enfant de filiation connue, article 64 Code de l'état civil pour l'enfant de filiation inconnue.

³⁶⁵ Article 121 Code la famille algérien.

³⁶⁶ Articles 122, 88, 134 Code de la famille algérien.

makfoul légataire de ses biens, jusqu'à concurrence d'un tiers du patrimoine³⁶⁷. Au-delà de ce tiers, les autres héritiers doivent consentir. Il peut également procéder à des donations entre vifs en faveur de celui-ci, encore jusqu'à concurrence d'un tiers de ses biens.

La kafala est révocable et peut cesser si un ou les parents d'origine le demandent ou par suite de la renonciation ou du décès du *kefil*. Cela constitue une véritable épée de Damoclès sur les têtes du *makfoul* et du *kefil*³⁶⁸. Si l'initiative émane des parents biologiques, l'enfant pourvu de discernement pourra choisir entre son maintien en kafala ou sa réintégration³⁶⁹. Le juge saisi d'une telle demande décidera en fonction de l'intérêt de l'enfant. Considérant la nature contractuelle de la relation liant l'assistance publique et le *kefil*, celle-ci pourrait également demander l'arrêt de la kafala pour des motifs graves liés au *kefil*, dans les cas où il serait par exemple incapable de remplir ses obligations. Pareillement, le *kefil* pourrait renoncer à cette charge bénévole³⁷⁰. En cas de décès, un héritier du *kefil* pourrait accepter la charge de plein droit. À défaut, l'enfant est remis à l'assistance publique, ce qui peut constituer un double traumatisme³⁷¹. Cette dernière disposition est critiquée parce qu'elle ne donne pas de droit automatique de recueil à l'épouse du *kefil* décédé qui, dans les faits, joue le rôle de mère auprès du *makfoul*. L'action en cessation de kafala, qualifiée de contentieuse, devra être introduite devant le tribunal compétent (en matière de statut personnel) du lieu où a été dressé l'acte initial. Elle devra être communiquée au ministère public. Que ce soit pour l'instauration de la kafala ou sa

³⁶⁷ Code de la famille algérien, article 123 : « L'attributaire du droit de recueil légal peut léguer ou faire don dans la limite du tiers de ses biens en faveur de l'enfant recueilli. Au delà de ce tiers, la disposition testamentaire est nulle et de nul effet sauf consentement des héritiers. ».

³⁶⁸ Camille Lacoste Dujardin, « De vos enfants adoptifs, Allah n'a point fait vos fils » (1988) 96 Autrement 114, à la p. 114.

³⁶⁹ Article 124 Code de la famille algérien.

³⁷⁰ Auquel cas cette renonciation serait considérée comme un abandon au sens du Code la famille algérien, article 125 : « L'action en abandon du recueil légal doit être introduite devant la Juridiction qui l'a attribué, après notification au ministère public. En cas de décès, le droit de recueil légal est transmis aux héritiers s'ils s'engagent à l'assurer. Au cas contraire, le juge attribue la garde de l'enfant à l'institution compétente en matière d'assistance. »

³⁷¹ Cette disposition pose problème, car l'enfant n'est pas automatiquement confié au conjoint survivant, le plus souvent à sa mère « adoptive » : Mohand Djennad, *Les droits de l'enfant en Algérie*, mémoire de diplôme d'études supérieures en droit, Université de Perpignan, 2002, à la p. 10 et Ali Benchebeb Ali, « La formation du lien de kafala et les silences législatifs » (1991) 29 Revue algérienne des sciences juridiques 47, à la p. 52.

cessation, l'intérêt de l'enfant *makfoul* doit toujours être pris en compte³⁷². La situation du *makfoul* peut être réexaminée par les tribunaux, et ce, jusqu'à sa majorité ou son mariage.

Jusqu'en 1992 et en vertu de la règle traditionnelle religieuse, le *makfoul* ne pouvait pas prendre le nom du *kefil*. Cependant, à la suite de la stigmatisation vécue par l'enfant recueilli à cause de son statut, des pressions ont été faites par les accueillants et les institutions de protection de l'enfance pour opérer une intégration plus complète du *makfoul*. À la suite de la *fetwa* émise par le Conseil supérieur islamique selon laquelle le changement de nom ne serait pas contraire à la *sharia* s'il n'opère pas modification de la filiation, le législateur algérien a finalement adopté une procédure de changement de nom simplifiée³⁷³. Le *kefil* peut faire une demande de changement de nom du mineur *makfoul* au ministère de la Justice simplement en déposant l'acte de kafala. Aucune publicité n'est requise dans les cas de changement de nom du *makfoul*, mais elle est souvent exigée en pratique, à tort selon plusieurs³⁷⁴. L'ordonnance de changement de nom émise par le président du tribunal sera transmise à l'état civil, qui procédera aux modifications à l'acte de naissance, lesquelles sont permanentes puisqu'elles constituent un attribut personnel du *makfoul*. Pour l'année 1992 seulement, 3 350 changements de noms attribuables à la kafala ont été enregistrés. Trois ans après l'entrée en vigueur du décret, ce nombre s'élevait à 1189³⁷⁵. Pour certains, ce changement de nom fait en sorte que la kafala devient plus qu'une délégation de l'autorité parentale ; elle pourrait à leur avis être assimilée à une

³⁷² Code de la famille algérien, article 124 : « Si le père et la mère ou l'un d'eux demande la réintégration sous leur tutelle de l'enfant recueilli, il appartient à celui-ci, s'il est en âge de discernement, d'opter pour le retour ou non chez ses parents. Il ne peut être remis que sur autorisation du juge compte tenu de l'intérêt de l'enfant recueilli si celui-ci n'est pas en âge de discernement. »

³⁷³ Décret exécutif no 92-24 du 13 janvier 1992 modifiant et complétant le décret du 20 juin 1971 portant changement de nom.

³⁷⁴ Nadia Younsi Haddad, « La Kafala en droit algérien », dans Jacqueline Poussou-Petit, Xavier Blanc-Jouvan, Hervé Roussillon, éd., *L'enfant et les familles nourricières en comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, à la p. 152.

³⁷⁵ Chiffres rapportés dans Nadia Younsi Haddad, « La Kafala en droit algérien », dans Jacqueline Poussou-Petit, Xavier Blanc-Jouvan, Hervé Roussillon, éd., *L'enfant et les familles nourricières en comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, à la p. 143.

adoption simple³⁷⁶. D'ailleurs, les mentalités à propos de l'adoption évoluent et celle-ci heurte moins les esprits qu'auparavant³⁷⁷. Depuis la réforme relative au changement de nom, la kafala a grimpé en popularité. Selon les statistiques du ministère de la Solidarité nationale en 2007, 150 000 nés enfants hors mariage ont été recensés durant les années 2002-2007, dont 9 000 auraient été pris en charge dans le cadre d'une kafala (parmi lesquels 1 056 par la communauté nationale à l'étranger). 1977 enfants seraient élevés par leur mère biologique³⁷⁸.

2.2.2. Maroc

Le Code de statut personnel a été promulgué par le Dahir 1-57-379 du 18 décembre 1957 (« ancienne Mudawana »). À l'instar du Code de la famille algérien, il consacre la *nasab* et le monopole de la filiation légitime³⁷⁹. La légitimité s'obtient par la naissance dans les liens du mariage (présomption³⁸⁰) ou par la reconnaissance de paternité³⁸¹. Ce droit opère distinction entre l'enfant légitime et illégitime et demeure hostile à l'égard de ce dernier, qui n'aura qu'une filiation maternelle³⁸². En ce qui concerne les matières touchant les enfants (filiation, garde, entretien), les règles traditionnelles malékites continuent de trouver application. Encore davantage que l'Algérie et la Tunisie, le Maroc est reconnu pour avoir été très soucieux, à l'heure de son indépendance, de conserver son identité. Dans cette vague nationaliste moderne, le droit devait être épuré des pratiques non religieuses du

³⁷⁶ Nadia Ait-Zai, « Algérie : la filiation dans le mariage et hors mariage- La Kafala », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 321. La soussignée ne partage pas cet avis. Le changement de nom témoigne d'une volonté législative de faciliter l'intégration du *makfoul*, mais ne crée en rien un lien de filiation, qui reste l'apanage exclusif de l'adoption.

³⁷⁷ Selon une étude faite en 2001 rapportée dans Annelies Glander, *The Oriental child: not born in wedlock: a study of the anthropological parameters, religious motivations, and sociological phenomena of child care in Islam and Judaism*, coll. « European University studies. Series XXII, Sociology », Frankfurt, Peter Lang, 2001, à la p. 179.

³⁷⁸ Marie-Christine Le Boursicot, «La *Kafâla* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 280, à la p. 282.

³⁷⁹ Article 83 Mudawana 2004.

³⁸⁰ Qui ne peut être renversée que par un juge : article 159 Mudawana 2004.

³⁸¹ Articles 143, 145 Mudawana 2004.

³⁸² Article 83 de l'ancienne Mudawana.

colonisateur, mais aussi de certaines pratiques religieuses jugées dépassées (mariage forcé, répudiation et polygamie très laxistes au bon vouloir du mari)³⁸³. Le législateur voulait adapter le droit aux revendications féminines de plus en plus persistantes et aux changements profonds découlant d'une décennie de développement économique et social (urbanisation, certaine libéralisation des femmes). Le résultat général est demeuré très timide. L'adoption a toujours été prohibée³⁸⁴, ce qui ne cause pas de surprise.

La nouvelle *Mudawana* entrée en vigueur le 5 février 2004 (« Mudawana 2004 » appelée aussi « Code de la famille »), non sans peine, contient d'importants changements. Comme partout dans la région, on ne modifie pas facilement le droit de la famille : en 2000, lorsqu'un plan de réforme a été annoncé, 500 000 personnes ont manifesté contre ce qui était considéré comme une influence occidentale induite sur la tradition musulmane³⁸⁵. Lorsque le roi Mohammed VI a annoncé les points centraux de cette réforme en 2003, il s'est placé dans une perspective de droit musulman et a appuyé chaque point d'un verset coranique³⁸⁶. Encore une fois, le législateur a tenté de réconcilier préceptes coraniques, engagements internationaux et modernité. Certaines règles de filiation³⁸⁷, de garde³⁸⁸ et d'autorité parentale³⁸⁹ ont été modifiées dans un esprit plus égalitaire, mais le législateur n'a pas légalisé l'adoption, jugeant que cette prohibition coranique restait non-

³⁸³ Jamila Bargach, *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002, à la p. 66.

³⁸⁴ Par l'article 83 de l'ancienne Mudawana.

³⁸⁵ Florence Jean, « Le nouveau code de la famille marocain », dans Jean-Yves De Cara, Frédéric Rouvillois, Charles St-Prot, dir., *Le Maroc en marche : le développement politique, social et économique du Maroc*, Paris, CNRS éditions, 2009, à la p. 142.

³⁸⁶ Marie Claire Foblets, Jean Yves Carlier, *Le Code marocain de la famille : incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005, aux p. 2-3.

³⁸⁷ L'enfant qui est le fruit de relations sexuelles durant la période de fiançailles est légitime (article 156), mais le système patrilinéaire est maintenu par l'article 150. L'article 153 de la Mudawana 2004 autorise l'analyse génétique comme un moyen de preuve de filiation.

³⁸⁸ Le père vient en deuxième position après la mère pour la dévolution de la garde en cas de conflit entre eux (article 171 Mudawana 2004).

³⁸⁹ La famille est placée sous la responsabilité conjointe des deux époux, l'autorité parentale est partagée (articles 4 et 51 Mudawana 2004).

négociable³⁹⁰. Fait intéressant, le droit marocain consacre désormais le fait que l'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale, assumée d'abord par les parents³⁹¹. L'article 149 de la Mudawana 2004 dispose que « l'adoption est considérée comme nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation légitime. » Pourtant, l'adoption informelle est pratiquée, mais elle est cachée³⁹². Le problème, souligne un auteur, est que l'adopté n'a aucun statut juridique. Généralement, il sera une sorte de domestique, parfois un apprenti. Il a les « servitudes » du fils et du salarié, mais n'a ni les prérogatives du fils (aucun héritage, obligation alimentaire et autres), ni les droits du salarié (aucun salaire). En fait, il constituera une « assurance vieillesse » pour l'adoptant³⁹³.

La kafala a finalement été reconnue dans la *Loi du 10 septembre 1993 sur l'Enfance abandonnée*³⁹⁴, adoptée en même temps que plusieurs autres modifications controversées à l'ancienne Mudawana. Elle a été réorganisée et revue par la *Loi no 15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés* (« Loi de 2002 »)³⁹⁵. Avant 1993, la kafala, de nature contractuelle, trouvait sa source dans le droit civil marocain, mais le problème de l'enfance abandonnée n'était pas officiellement reconnu par les autorités³⁹⁶. Les conditions de la kafala sont très semblables à celles du droit algérien³⁹⁷ et ses effets sont les mêmes. Pour éviter la redondance, l'exposé qui suit sera donc très concis.

À l'instar du droit algérien, il existe en droit marocain deux types de kafala : la kafala notariale et la kafala judiciaire. Dans les deux cas, aucun lien de filiation n'est créé et aucun

³⁹⁰ Zhour Alhorr, « Les droits de l'enfant en droit marocain– le Code de la famille comme modèle » dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 247.

³⁹¹ Article 54 Mudawana 2004.

³⁹² Omar Mounir, *La Moudawana : le nouveau droit de la famille au Maroc : présentation et analyse*, Paris, Marsam, 2005, à la p. 80.

³⁹³ Omar Mounir, *La Moudawana : le nouveau droit de la famille au Maroc : présentation et analyse*, Paris, Marsam, 2005, à la p. 81.

³⁹⁴ Dahir portant loi n°1-93-165 du 22 rabii I 1414 (10 septembre 1993) relatif aux enfants abandonnés.

³⁹⁵ Dahir no 1.02-239 du 3 octobre 2002.

³⁹⁶ Jamila Bargach, *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002, à la p. 34.

³⁹⁷ Voir section 2.2.1.

droit d'héritage engendré, sauf que le *makfoul* peut hériter par disposition testamentaire *tanzil*³⁹⁸. Le premier type de kafala est assez simple : le futur *kefil* obtient le consentement des parents de l'enfant devant notaire. Dans le deuxième cas de figure, la kafala permet de recueillir les enfants déclarés judiciairement délaissés par abandon ou par négligence. La définition du délaissement est large et ambiguë. L'enfant délaissé est celui de moins de 18 ans qui est né de parents inconnus, qui est orphelin, ou dont les parents sont incapables de s'occuper ou, encore, celui dont les parents n'assurent pas leur responsabilité morale de le « guider sur la bonne voie »³⁹⁹. Une déclaration officielle est alors demandée par le ministère devant le tribunal⁴⁰⁰. Il s'agit de la première de plusieurs étapes au centre desquelles le Ministère joue un rôle important. L'enfant est ensuite placé par le ministère public soit dans une institution sociale, soit auprès d'une personne qui sera *kefil*, laquelle aura préalablement été examinée par le ministère dans le but de s'assurer qu'elle est apte à s'occuper du *makfoul*. Après ces vérifications et le dépôt de l'ensemble des documents⁴⁰¹, le juge des tutelles octroiera la kafala par jugement.

La loi exige que le *kefil* soit un homme ou une femme majeure ou encore une personne morale ou une association reconnue par les autorités. Depuis 2002, la femme *kefil* peut être aussi bien mariée que célibataire et l'enfant peut prendre le nom du *kefil*⁴⁰². La kafala prend fin à la majorité du *makfoul*, à son décès ou à celui du *kefil*, à la déchéance du *kefil* ou par décision judiciaire en cas de manquement de sa part. En cas de rupture du lien conjugal, l'enfant peut choisir avec lequel des deux époux il veut habiter ; à défaut, le juge décide dans son meilleur intérêt. Des droits de visite peuvent être accordés à l'autre parent.

³⁹⁸ Article 315 Mudawana 2004.

³⁹⁹ Article 1 Mudawana 2004.

⁴⁰⁰ Loi de 2002, article 4.

⁴⁰¹ Attestations de salaire, extraits du casier judiciaire, certificats médicaux et certificats de mariage si besoin est.

⁴⁰² Article 20 de la *Loi no 97-99 relative à l'état civil*.

2.3. Interdiction partielle d'adopter, dépendamment de la religion des adoptants : Liban

Au Liban, qui compte trois millions d'habitants, aucune religion d'État n'est proclamée. Contrairement aux législateurs maghrébins qui privilégient le droit musulman, l'État libanais se borne à garantir également aux populations le respect de leur statut personnel et religieux, et ce, depuis 1926⁴⁰³. Le Liban est et a toujours été caractérisé par son multi-confessionnalisme, et ce, dès l'occupation romaine autour du 4^e siècle après J.C.⁴⁰⁴ Dans ce pays, tout repose sur l'équilibre de forces: le Pacte national, basé sur l'article 95 de la Constitution, prévoit une représentativité confessionnelle obligatoire dans le gouvernement et dans toutes les sphères de l'Administration⁴⁰⁵. Ces compromis sont fondamentaux considérant la « réconciliation » ayant suivi la guerre civile qui a sévi d'avril 1975 à 1990 et qui a déchiré les communautés de différentes confessions⁴⁰⁶. Marque d'une civilisation avancée, la liberté de pensée et de religion est consacrée dans la Constitution comme absolue, sous réserve de l'ordre public. Ainsi, il coexiste au Liban plusieurs régimes de statut personnel, lesquels trouvent leur source dans diverses cultures et religions. Le législateur libanais a reconnu à plusieurs communautés gouvernées par leurs autorités respectives le pouvoir de légiférer et d'appliquer leurs lois et coutumes en matière de statut personnel⁴⁰⁷. Ces deux pouvoirs sont amplement respectés par le législateur et l'Administration libanaise, qui se font très timides en matière de statut personnel⁴⁰⁸. En 2001, le ratio musulmans/chrétiens était d'environ 70/30. Le nombre de communautés officiellement reconnues atteint 15 dont principalement les 11 communautés chrétiennes

⁴⁰³ L'article 9 de la Constitution libanaise votée en 1926.

⁴⁰⁴ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban, Étude juridique comparée*, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 15.

⁴⁰⁵ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban, Étude juridique comparée*, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 15.

⁴⁰⁶ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban, Étude juridique comparée*, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 15.

⁴⁰⁷ Énumération par l'Arrêté mandataire no 60-LR du 13 mars 1936 et la Loi du 2 avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes, article 1.

⁴⁰⁸ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban, Étude juridique comparée*, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 425.

(dont les maronites, orthodoxes, protestants et catholiques), les trois musulmanes (chiite, sunnite, druze) et l'unique communauté juive (seulement 0,5% de la population)⁴⁰⁹. Ainsi, le patriarche, l'évêque et le prêtre rendent la justice pour leurs justiciables chrétiens (les tribunaux chrétiens et juifs sont appelés « tribunaux spirituels »), le mufti, l'imam et le cheikh pour les justiciables musulmans (ces tribunaux sont appelés « chariya » et « mazhabiya ») et les rabbins font de même pour leurs coreligionnaires. Les compétences de ces tribunaux confessionnels (ou « communautaires ») sont prévues dans les lois de l'État, qui s'est toutefois réservé le droit d'intervenir pour les modifier⁴¹⁰. L'État s'est également gardé le droit d'adopter des lois touchant quelques matières du statut personnel et applicables à tous ou à certains Libanais ainsi que le droit de renverser des décisions contraires à l'ordre public, deux pouvoirs très peu utilisés en pratique⁴¹¹. Le degré d'autonomie de chacune des communautés varie. Par exemple, les communautés chrétienne et israélite jouissent d'une autonomie législative plus accentuée que la communauté musulmane⁴¹². Celle-ci est régie par l'État, qui émet les règles de droit relatives à leur statut personnel. Dans tous les cas, les communautés doivent présenter au gouvernement libanais pour approbation leurs lois et code de procédure, avec tous les problèmes que cela représente⁴¹³.

Comme l'État n'adopte pas de religion officielle et que chaque communauté a ses propres règles, le statut personnel de l'enfant (et du citoyen en général) est maintenu dans

⁴⁰⁹ *Arrêté mandataire no 60-LR du 13 mars 1936* et la *Loi du 2 avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes*, article 1.

⁴¹⁰ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 12.

⁴¹¹ Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, à la p. 24.

⁴¹² En effet, c'est l'État qui édicte les règles de statut personnel pour les trois communautés musulmanes. Voir Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, aux p. 126 et 137.

⁴¹³ Par l'*Arrêté no 60 R.L. du 13 mars 1936*, articles 2, 4. Parmi les problèmes : aucune cohésion entre les communautés quant à leur législation respective, empiètement du statut personnel sur le droit civil dans les textes déposés, certaines autorités communautaires n'ont rien déposé mais sont investies d'un pouvoir *de facto* : voir Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, aux p. 48-55.

un régime à plusieurs vitesses selon la communauté à laquelle il appartient, les normes que celle-ci applique et son conservatisme plus ou moins grand. Cela est source d'inégalité entre les citoyens, qui sont jugés différemment sur les mêmes matières. De plus, la qualité de la justice rendue varie beaucoup d'un tribunal confessionnel à l'autre⁴¹⁴. Cette pluralité des normes est davantage complexifiée par le fait que l'État légifère dans les matières ne relevant pas du statut personnel (entre autres en matière de traité), ce qui cause des conflits de compétences dans certaines matières comportant des éléments relevant à la fois du droit civil et du droit religieux. Par exemple, le gouvernement libanais a la compétence de ratifier la CDE (et l'a fait), mais certains éléments de la CDE relèvent en pratique de chaque communauté. Le problème est tellement aigu que le Liban compte depuis 1924 un Tribunal des Conflits (désormais la Cour de cassation⁴¹⁵), chargé de trancher les conflits de compétence entre les divers tribunaux⁴¹⁶. Une auteure souligne que l'adaptation –ou plutôt l'inadaptation– des règles de statut personnel aux exigences du XXI^e siècle sont en premier lieu imputables à l'État libanais, qui n'agit pas en la matière, et non au prétendu caractère « intangible » des normes de droit religieux⁴¹⁷. L'impasse est claire : d'un côté, le législateur n'a pas réussi à imposer une législation uniforme pour tous. Un système laïc unique est parfois envisagé, mais les tentatives en ce sens ont été des échecs⁴¹⁸. Ces tentatives sont d'autant plus délicates à effectuer que, contrairement aux législateurs voisins qui continuent de se baser sur le Coran pour justifier leurs réformes, le législateur libanais

⁴¹⁴ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 428.

⁴¹⁵ Depuis 1951, à cause de la *Loi du 2 avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes*, article 24.

⁴¹⁶ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, aux p. 207-209.

⁴¹⁷ Roula El-Husseini Begdache, « L'Enfant en droit libanais », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, aux p. 171-172.

⁴¹⁸ Pourtant ce régime était à la base censé être temporaire, le temps de l'unifier : Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 428.

ne peut pas privilégier une religion sur une autre⁴¹⁹. De l'autre côté, les autorités religieuses ne font pas évoluer les dispositions qu'elles sont chargées d'appliquer.

Sans surprise, les questions de filiation et d'adoption relèvent de la compétence des autorités religieuses⁴²⁰. Sans entrer dans les détails, précisons que les règles régissant la filiation dans les communautés musulmanes sont les règles classiques étudiées en première partie⁴²¹. La présomption de paternité de l'enfant né durant le mariage s'applique aussi aux communautés chrétiennes. Quant aux juifs, l'enfant légitime est celui né dans le mariage, mais aussi celui né hors mariage mais reconnu par son père⁴²². Dans les trois régimes, la légitimité fait naître des droits : allaitement, garde, puissance paternelle et pension alimentaire⁴²³.

L'adoption est reconnue par les Chrétiens, interdite pour les musulmans et méconnue dans le statut personnel israélite. Les personnes appartenant aux communautés chrétiennes sont autorisées à adopter selon trois législations officielles⁴²⁴ : catholique, orthodoxe et anglicane. Les trois régimes sont très similaires : prononcé d'adoption obligatoirement par le tribunal spirituel, consentement des parents biologiques nécessaire, ou, à défaut, par l'évêque, consentement de l'adopté pourvu de discernement, consentement du conjoint de l'adoptant, différence d'âge minimale de 15 ou 18 ans (selon le régime), bonne conduite de l'adoptant et unité de confession de l'adopté et de l'adoptant⁴²⁵. Selon une étude sur l'adoption effectuée en 2001, les communautés sont assez divisées sur cette question et les adoptés « potentiels » demeurent à l'intérieur même de la communauté. En d'autres termes,

⁴¹⁹ Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, à la p. 46.

⁴²⁰ En vertu initialement du *Décret-loi no 6 du 3 février 1930*, article 34.

⁴²¹ C'est-à-dire: l'enfant légitime est celui du lit matrimonial et l'enfant est le fils du père (ligne agnatique).

⁴²² Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 325.

⁴²³ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, aux p. 329 et 340.

⁴²⁴ « Officielles » car les autres communautés auraient des règles non enregistrées.

⁴²⁵ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, aux p. 346-348.

les adoptants chrétiens sont assez fermés à l'idée d'adopter un enfant qui n'est pas issu de leur communauté⁴²⁶. Cela reflète bien le cloisonnement existant toujours à l'intérieur des diverses communautés, même celles appartenant à une même confession⁴²⁷. Sur le plan des conséquences, l'adoption entraîne les droits et obligations qui lient normalement parents et enfants (autorité parentale, pension alimentaire, succession, etc...). Toutefois, en plus d'avoir les mêmes droits que l'enfant biologique dans sa famille adoptive, l'adopté garde dans sa famille d'origine ses droits, y compris ses droits d'héritage. Le texte orthodoxe est particulier en qu'il reconnaît l'adoption *de facto*, c'est-à-dire que si un homme prend soin d'un enfant d'origine inconnue, il sera considéré son père adoptif et si une femme allaite un enfant, elle sera aussi considérée sa mère adoptive. L'adoption peut également prendre fin pour des motifs graves et sur décision du tribunal spirituel⁴²⁸. Quant à l'adoption d'un Libanais par un étranger, elle a cette particularité que les tribunaux spirituels n'auront compétence que si l'adoptant étranger se trouve soumis dans son État à une loi religieuse. En cas contraire, ce sont les tribunaux civils libanais qui auront compétence⁴²⁹. Ces tribunaux civils devront toutefois appliquer les règles auxquelles est soumis l'adopté (par exemple l'interdiction d'adoption pour l'enfant musulman). Cette règle, bien qu'elle ne soit pas toujours suivie, a été réaffirmée avec force par la Cour d'appel du Mont-Liban⁴³⁰. Sans surprise, il est difficile pour les tribunaux civils d'intervenir en matière d'adoption quand il s'agit de couples musulmans. D'un côté, il est clair que les tribunaux religieux ont

⁴²⁶ Annelies Glander, *The Oriental child: not born in wedlock: a study of the anthropological parameters, religious motivations, and sociological phenomena of child care in Islam and Judaism*, coll. «European University studies. Series XXII, Sociology», Frank à la p. 138.

⁴²⁷ Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, à la p. 39.

⁴²⁸ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à la p. 350.

⁴²⁹ Arrêté 109 L-R du 14 mai 1935.

⁴³⁰ Cour d'appel du Mont Liban 2001, décision rapportée et expliquée dans Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, aux p. 373-375.

compétence sur la question d'adoption⁴³¹. De l'autre, les tribunaux musulmans, très discrets sur le sujet, ne semblent pas vouloir d'évolution sur le plan de l'interdiction⁴³².

Toutefois, à l'instar des trois pays maghrébins, le Liban connaît le régime de kafala. Résumé simplement, en matière de statut personnel, le *Code de la famille du 25 octobre 1917* continue de s'appliquer aux communautés sunnite et chiite tandis que la communauté druze est régie par une autre législation, le *Décret-loi du 24 février 1948*⁴³³. Lorsque la situation n'est pas prévue dans ces deux législations, les juges appliquent la doctrine de l'école suivie par la communauté⁴³⁴, qu'elle soit druze, sunnite (qui suivent l'école hanafite⁴³⁵) ou shiite (qui suit l'école jafarite⁴³⁶). Selon ces écoles, l'enfant trouvé est celui qui a été abandonné et qui est sans filiation. Cet enfant mérite qu'on lui porte secours et il sera considéré musulman. Tout musulman qui le trouve a l'obligation religieuse de lui porter secours. Le kefil a l'obligation de lui procurer une éducation, lui assurer un avenir. Il doit payer pour son entretien. Si plusieurs personnes réclament la filiation de l'enfant trouvé, c'est la première qui l'aura réclamée qui l'obtiendra. En cas de conflit entre

⁴³¹ En effet, dès que le mariage, même civil, implique des druzes ou des musulmans, le tribunal spirituel a compétence : article 79 du Code de procédure libanais.

⁴³² Alexa Moukarzel Héchaime, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 121, à la p. 163.

⁴³³ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, aux p. 138-142.

⁴³⁴ En vertu de l'article 242 de la *Loi du 16 juillet 1962 portant adoption du projet relatif à l'organisation des juridictions musulmanes sunnites et jafarites*, qui se lit : « Le juge sunnite statue conformément aux leçons les plus reçues du rite de Abû Hanifa, hors les cas réglés au code de la famille du 8 muharram 1336. Le juge jafarite statue conformément à la doctrine jafarite et aux dispositions non contraires du code de la famille ». Pour la communauté shiite, l'équivalent est l'article 1 de la *Loi du 19 décembre 1967*, qui se lit : « la communauté shiite est autonome en ce qui concerne ses affaires religieuses, les biens pieux ou *waqf* et ses institutions, elle est représentée par des membres de la communauté qui parlent en son nom et agissent en son nom conformément aux préceptes de la loi musulmane (*Shari'a*) et du droit musulman (*fiqh*) jafarite, dans le cadre des consultations juridiques (*fatâwâ*) qui sont rendues par le siège de l'autorité générale de la communauté dans le monde ».

⁴³⁵ Dite « Code de Cadri Pacha », un ministre de la Justice dans le gouvernement égyptien au 19^e siècle qui a été chargé de compiler le droit musulman. Plus particulièrement, les articles 354-364 de ce Code traitent de l'enfant trouvé.

⁴³⁶ Les shiites n'ont pas de doctrine « codifiée » comme un Code Cadri Pacha, il existe seulement des livres de doctrine.

musulman et un non musulman, le musulman aura la priorité. Bref, ce sont les règles classiques déjà examinées qui s'appliquent⁴³⁷.

Le législateur libanais se retrouve dans une position politique très sensible : cette délégation de pouvoirs a fait en sorte qu'il a, dans les faits, perdu le contrôle du droit de la famille. Le nombre de règles en la matière a explosé. Il est donc définitivement dans une moins bonne position que les trois autres législateurs maghrébins pour réformer ce domaine⁴³⁸. Encore aujourd'hui, l'évolution du droit applicable aux musulmans du Liban est elle aussi ralentie :

S'il est un droit et un endroit où la prudence est de mise, c'est le droit musulman au Liban. Les influences religieuses et culturelles, d'une part et les influences géopolitiques d'autre part, ne permettent d'entreprendre que la politique des petits pas et la culture de l'évitement.⁴³⁹

Comme l'écrivait Balzac, « un peuple qui a quarante mille lois n'a pas de loi »⁴⁴⁰.

2.4. Abolition de l'interdiction malgré l'Islam comme religion d'État : la Tunisie

Protectorat français de 1871 à 1956, il aura suffi de quelques mois après l'indépendance de la Tunisie en mars 1956 pour que le droit tunisien de la famille change radicalement de visage⁴⁴¹. Malgré les oppositions officielles, le législateur tunisien a très rapidement adopté sa réforme et promulgué la *Magalla*, le Code de statut personnel⁴⁴², qui

⁴³⁷ Section 1.4.1.

⁴³⁸ Nisrine Abiad, *Sharia, Muslim States and international human rights treaty obligations: a comparative study*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008, à la p. 33.

⁴³⁹ Alexa Moukarzel Héchaïme, « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 121, à la p. 164.

⁴⁴⁰ Honoré de Balzac, *Le médecin de campagne*, tome 2, Bruxelles, Louis Hauman, 1833, à la p. 28.

⁴⁴¹ Kalthoum Meziou, « Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p. 247.

⁴⁴² Décret n°229 du 13/08/1956 portant promulgation du Code de statut personnel.

s'applique à tous les Tunisiens sans distinction depuis le 1^{er} octobre 1957⁴⁴³. Contrairement au législateur libanais, le législateur tunisien a aboli la pluralité des règles et tribunaux religieux qui existaient avant l'indépendance et a créé des tribunaux séculiers. La religion ne sert donc plus à déterminer ni le champ d'application des lois internes, ni le contenu. Ce système unifié, qui se veut moderne, est depuis comparativement plus audacieux que les systèmes voisins, et ce, à plusieurs égards : âge minimum et mariage consensuel obligatoires⁴⁴⁴, succession en faveur de la femme malgré l'absence de frère, interdiction totale de la polygamie⁴⁴⁵ et de la répudiation, contribution monétaire de la femme au ménage et possibilité égale à l'homme et à la femme de demander le divorce judiciaire⁴⁴⁶. Bien que moderne, le droit tunisien comporte beaucoup de zones grises dues aux très nombreux silences législatifs. Ce silence s'étend aussi aux motivations législatives sous-tendant la réforme ayant mené à la *Magalla*. L'absence de position claire concernant la légalité de l'établissement de la filiation paternelle naturelle, en principe permise depuis 2003, en constitue un bon exemple⁴⁴⁷. Malgré cette lacune, il s'agit tout de même d'un bon début comparativement aux autres droits maghrébins qui ignorent carrément l'enfant naturel. À part dans la Constitution, aucun texte ne fait référence au droit musulman, ni

⁴⁴³ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, aux p. 37-42.

⁴⁴⁴ Article 3 Code de statut personnel.

⁴⁴⁵ Article 18 Code de statut personnel.

⁴⁴⁶ Ajmi Bel Haj Hamouda, « A la recherche d'une autre famille : la famille nourricière du droit tunisien », dans Jacqueline Poussou-Petit, Xavier Blanc-Jouvan, Hervé Roussillon, éd., *L'enfant et les familles nourricières en comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997, aux p. 405-418.

⁴⁴⁷ La filiation naturelle paternelle serait permise selon un certain courant interprétatif de l'article 3 de la *Loi no 98-75 du 28 octobre 1998 modifiée par la Loi du 7 juillet 2003* qui se lit « la personne concernée, le père, la mère ou le ministère public peut saisir le tribunal de première instance compétent pour demander l'attribution du nom patronymique du père à l'enfant de filiation inconnue, dont la paternité est prouvée par l'aveu, le témoignage ou l'analyse génétique (...) L'enfant dont la paternité est établie a droit à la pension alimentaire et au droit de regard, dont la tutelle et la garde, et ce jusqu'à l'âge de la majorité, et au-delà de la majorité dans les cas déterminés par la loi. » Ce même article est également interprété de manière traditionnelle comme n'autorisant pas l'octroi d'une telle filiation. Voir notamment Souhayma Ben Achour, « Le statut de l'enfant en droit tunisien » dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, aux p. 291-294 et Jean Picard, « Le couple mixte installé en France », dans Jacqueline Poussou-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, aux p. 480-481.

pour interpréter les dispositions légales, ni pour combler ses lacunes⁴⁴⁸. D'un autre côté, il n'est pas non plus fait mention d'une absolue laïcité. Le législateur hésite à se prononcer clairement pour ménager les sensibilités religieuses. Cette attitude ambiguë est parfois critiquée, car jugée hypocrite en ce qu'elle cacherait les véritables intentions législatives. Dans tous les cas, elle fait en sorte que de nombreuses questions sont laissées à l'appréciation des juges. Ceux-ci ont eu tendance à statuer de manière plus traditionnelle, n'hésitant pas à puiser dans les valeurs islamiques et dans le *fiqh*.

La légalisation tunisienne de l'adoption constitue une véritable distinction, une démarcation ouverte face aux autres pays musulmans et à la *sharia*. Avant 1958, l'adoption de fait était pratiquée en Tunisie. Elle prenait la forme d'une coutume par laquelle la mère adoptive prenait l'enfant sur son sein et le faisait descendre comme s'il naissait d'elle. Ensuite, elle faisait le geste de l'allaitement tout en prononçant une formule par laquelle elle confirmait faire de l'enfant son fils ou sa fille⁴⁴⁹. Cette cérémonie était accompagnée d'une fausse déclaration de naissance aux autorités (quand il s'agissait d'un nourrisson) ou de paternité au juge (quand l'adopté était plus âgé)⁴⁵⁰.

Sous l'impulsion de l'ancien président Habib Bourguiba (aussi surnommé le « Libérateur des femmes ») et sans grande opposition, la *Loi no 58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, officieuse (kafala) et à l'adoption* (« Loi du 4 mars 1958 ») et modifiée par la *Loi no 59-69 du 19 juin 1959* (« Loi de 1959 ») a légalisé l'adoption. La Tunisie n'est pas le seul État musulman à avoir légalisé l'adoption : la Turquie, l'Indonésie, le Sénégal, le Mali et le Niger⁴⁵¹ ont fait de même. Cette loi a été adoptée seulement deux

⁴⁴⁸ Souhayma Ben Achour, « Le statut de l'enfant en droit tunisien », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 280.

⁴⁴⁹ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, aux p. 61-62.

⁴⁵⁰ Pour d'autres « techniques » employées voir Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 63.

⁴⁵¹ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, aux p. 95-127.

ans après l'indépendance tunisienne et résulte d'une succession de difficultés sociales très importantes, où de nombreux enfants vivaient dans des conditions extrêmement précaires. L'adoption en droit tunisien est d'abord apparue comme un moyen de protection de l'enfance : il s'agit de procurer à l'enfant abandonné une famille de remplacement, dans son meilleur intérêt. L'enfant est souvent informé dès son jeune âge de son statut d'adopté. Selon le professeur Mezghani, l'adoption tunisienne peut être assimilable à l'adoption plénière, car elle entraîne une rupture totale du lien filial d'origine⁴⁵².

Concernant l'adoptant, celui ou celle-ci doit être majeur et être en mesure de subvenir aux besoins de l'enfant⁴⁵³. Dans les faits, il doit être bien nanti, puisque l'État n'aide que très rarement les membres défavorisés d'une même famille désirant adopter un proche⁴⁵⁴. Il ou elle doit être marié (e) et le consentement de l'autre époux doit être obtenu, mais la condition du mariage pour les personnes divorcées ou veuves peut être passée outre par le juge s'il en va du meilleur intérêt de l'enfant⁴⁵⁵. Les célibataires jamais mariés devront toutefois se tourner vers la kafala. Quant à l'adopté, il doit être mineur⁴⁵⁶ (moins de 20 ans), avoir au moins 15 ans de moins que l'adoptant⁴⁵⁷ et le consentement de ses parents biologiques doit être obtenu s'ils sont vivants. À défaut, le consentement requis est celui de l'autorité administrative.

Il est clair qu'un Tunisien peut adopter un enfant étranger⁴⁵⁸, mais l'inverse n'est pas si limpide puisque la Loi de 1959 est silencieuse à ce sujet. Pourtant, les juges ont plus souvent affaire à ce dernier cas de figure. Théoriquement, la loi applicable aux conditions

⁴⁵² Ali Mezghani, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.19).

⁴⁵³ Article 9 Loi du 4 mars 1958.

⁴⁵⁴ Annelies Glander, *The Oriental child: not born in wedlock: a study of the anthropological parameters, religious motivations, and sociological phenomena of child care in Islam and Judaism*, coll. «European University studies. Series XXII, Sociology», Frank à la p. 185.

⁴⁵⁵ Loi du 4 mars 1958, article 9, pour la dispense de mariage : Loi 59-69 du 19 juin 1959.

⁴⁵⁶ Article 12 Loi du 4 mars 1958.

⁴⁵⁷ Article 10 de la Loi du 4 mars 1958.

⁴⁵⁸ Article 53 Code de droit international privé tunisien de 1998.

de l'adoption est celle de l'adoptant et de l'adopté, chacun pour ce qui le concerne. Ainsi, pour les effets de l'adoption, c'est la loi de l'adoptant (ou du domicile commun pour un couple) qui s'applique⁴⁵⁹. En pratique, l'adoption de Tunisiens par des étrangers est permise et les juges ont tendance à faire application de leur propre loi, sans référence à loi étrangère⁴⁶⁰. Il est parfois exigé que l'adoptant soit de même confession que l'adopté musulman. Cette situation résulte de deux jugements rendus en décembre 1974 puis en juin 2000⁴⁶¹. Dans le premier cas, le juge a prononcé l'adoption en mentionnant que les adoptants s'étaient bel et bien convertis à l'Islam et dans l'autre cas, le juge a refusé la reconnaissance d'un jugement d'adoption autrichien parce que l'adoptant ne s'était pas converti et que, par conséquent, le jugement violait l'ordre public. Les juges tunisiens semblaient assumer que l'intérêt de l'enfant musulman était nécessairement d'être adopté par des musulmans. Cette condition supplémentaire jurisprudentielle, cette « islamisation de l'adoption », a été très critiquée dans la mesure où elle n'a pas été voulue par le législateur et s'avère même discriminatoire⁴⁶². Elle s'éloigne en fait de l'esprit moderne de la Loi du 4 mars 1958, qui a clairement écarté l'interdiction traditionnelle d'adopter et, du même coup, elle relance la question de la place du droit musulman dans l'ordre juridique tunisien.

⁴⁵⁹ Article 53 Code de droit international privé tunisien de 1998.

⁴⁶⁰ Ali Mezghani, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.19), à la p. 20. L'auteur donne l'exemple d'un cas où le juge tunisien a accepté l'adoption d'un Tunisien par une Libyenne, dont la loi personnelle prohibe l'adoption. Cette adoption a été refusée par les autorités libyennes et l'enfant adopté a été expulsé du pays.

⁴⁶¹ Ali Mezghani, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.19), à la p. 21.

⁴⁶² Souhayma Ben Achour, « Le statut de l'enfant en droit tunisien », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008 et Kalthoum Meziou, « Pérennité de l'Islam dans le droit tunisien de la famille » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

L'adoption comprend deux étapes, l'une administrative⁴⁶³, par laquelle l'Administration procède à une enquête sociale des postulants, et l'autre judiciaire, au terme de laquelle le juge entérine la décision administrative de placement et prononce l'adoption⁴⁶⁴. Les effets de l'adoption ne sont pas détaillés par le législateur, qui se contente d'affirmer que l'adopté et l'adoptant ont les mêmes droits que ceux découlant de la filiation légitime. Ce laconisme a permis une interprétation conservatrice des effets de l'adoption. Ainsi, il n'est pas clairement établi que l'adopté ait vocation successorale expresse dans la famille de l'adoptant. Du moins la loi est-elle encore une fois silencieuse à ce sujet, même si on a pu considérer que c'était le cas considérant le fait que la loi prévoit que l'enfant adopté a les mêmes droits que l'enfant légitime⁴⁶⁵. Deuxièmement, l'empêchement de mariage entre l'adopté et un membre de sa famille adoptante n'est pas spécifiquement prévu. La loi tunisienne ne précise pas s'il y a ou non rupture du lien entre l'adopté et sa famille d'origine, même si la pratique a montré que c'était le cas puisque le nom de l'adoptant se substitue au nom d'origine de l'adopté. La loi ne se prononce pas non plus sur le caractère révocable de l'adoption. La question divise la jurisprudence. Selon un auteur, elle semble aujourd'hui réglée et le caractère irrévocable est désormais reconnu⁴⁶⁶. Toutefois, un autre auteur la considère encore en suspens⁴⁶⁷.

Coexistent avec l'adoption le placement familial⁴⁶⁸ et la kafala, qui est en Tunisie qualifiée de tutelle officielle⁴⁶⁹. Celle-ci est beaucoup moins pratiquée que l'adoption⁴⁷⁰.

⁴⁶³ La phase administrative est prévue dans la Loi no 67-47 du 21 novembre 1967 relative au placement familial.

⁴⁶⁴ Article 13 Loi du 4 mars 1958.

⁴⁶⁵ Article 15 Loi du 4 mars 1958.

⁴⁶⁶ Ali Mezghani, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.19), à la p. 20.

⁴⁶⁷ Jean Picard, « Le couple mixte installé en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 495.

⁴⁶⁸ Loi no 67-42 du 21 novembre 1967 relative au placement familial.

⁴⁶⁹ Article 3 Loi du 4 mars 1958.

⁴⁷⁰ Ali Mezghani, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.19), à la p. 17.

Comme ailleurs, il s'agit d'un mécanisme par lequel la garde et l'entretien d'un enfant sont confiés à un majeur apte, sans création de lien de filiation. Le *makfoul* gardera son nom, sa filiation d'origine et sa vocation successorale. L'acte de kafala est un acte authentique passé devant deux notaires. Il lie le *kefil* et la ou les personne (s) qui détiennent l'autorité parentale. Il doit être entériné par un juge⁴⁷¹.

Même si les politiques familiales de cet État se démarquent et que le droit tunisien est dynamique, l'adage qui veut que le droit ait quelques années de retard sur les mentalités est ici contredit. Bien que les contraceptifs soient gratuits, que l'avortement soit libéralisé et que la planification familiale soit très encouragée par l'État tunisien depuis les années 60⁴⁷², les femmes en milieu rural ne sont pas informées et n'ont pas accès à ces ressources. Même si les femmes sont éduquées, la situation économique très difficile fait en sorte qu'elles n'auront pas d'emploi et seront confinées à la maison. Vu ces difficultés, les enfants abandonnés demeurent donc en grand nombre. Il existe un décalage certain entre le discours officiel et la réalité.

Conclusion de la partie A.2.

Les sociétés arabes sont fascinées par l'Occident et, dans une certaine mesure, elles essaient de l'imiter. Depuis déjà la fin du 19^e siècle, un mouvement favorable aux réformes s'est développé au sein de ces sociétés, mais l'évolution n'est pas linéaire. En même temps, ces sociétés sont paralysées face à l'ampleur des remises en cause auxquelles elles sont appelées⁴⁷³. Ce sont donc des sociétés en transition dans lesquelles coexistent tradition et modernité, mais dans lesquelles la famille reste un domaine sensible que ne chamboule pas qui veut. Certes, la famille nucléaire représente une majorité, mais cela n'entraîne pas pour

⁴⁷¹ Loi no 67-42 du 21 novembre 1967 relative au placement familial.

⁴⁷² Ali Mezghani, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.19), à la p. 20.

⁴⁷³ Ali Mezghani, « Le juge français et les institutions de droit musulman » (2003) 3 Journal du droit international 721, à la p. 731.

autant l'acceptation d'une idéologie familiale à l'occidentale⁴⁷⁴. Devant cette situation si ambivalente, on assiste à toutes sortes de comportements contradictoires : typiquement, l'homme musulman est ouvert à la modernité, mais une fois marié il retourne à la tradition, ou encore, il la prône, mais répugne à se laisser dépouiller des privilèges que lui confère le système traditionnel⁴⁷⁵. Quant à l'État, il a parfois joué un rôle de catalyseur en promulguant des lois modernes (mais celles-ci ne sont souvent pas bien reçues par certaines franges de la population), alors qu'il s'est dans d'autres circonstances contenté de légaliser ce qui était déjà devenu habitude⁴⁷⁶. L'avenir est peut être de créer un Code unifié de statut personnel pour l'ensemble des pays arabo-musulmans⁴⁷⁷. Quant à l'avenir de la famille musulmane, les avis sont très partagés. Certains pensent que la famille nucléaire de type occidental s'imposera en raison du développement socioéconomique actuel, d'autres pensent au contraire qu'en réaction à la modernisation majeure trop rapide, il y aura un retour à la famille traditionnelle⁴⁷⁸. Une chose est certaine : le statut de l'enfant s'en trouvera affecté dans un sens ou dans l'autre.

⁴⁷⁴ Fahed T. Al Thakeb, « La famille arabe et la modernité » dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, à la p. 99.

⁴⁷⁵ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 61-61.

⁴⁷⁶ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 56-57.

⁴⁷⁷ Un projet avait déjà été mis sur la table par la Ligue arabe et le Conseil de coopération des pays arabes du Golf.

⁴⁷⁸ Djamchid Behnam, « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986, aux p. 59-60.

B. Perspective occidentale des institutions musulmanes relatives à l'enfant

1. Le droit international privé régissant le statut personnel musulman : le choc des civilisations

1.1. Revendications musulmanes : application extraterritoriale du droit musulman aux ressortissants musulmans

Avant de poursuivre l'analyse de la réception de la kafala en France et au Québec, il nous a semblé pertinent de faire un détour pour examiner le débat concernant la réception des règles de la *sharia* relatives au statut personnel en Occident, plus particulièrement en France et au Québec. Cette analyse permet d'avoir un portrait plus général de la situation actuelle, la kafala n'étant qu'un élément caractéristique musulman mineur par rapport à l'ensemble des règles édictées par la *sharia*.

La question de l'application de la *sharia* dans les systèmes laïcs s'est posée dès les années 1970-1980 en Europe et très récemment au Québec. C'est dans le domaine des règles de statut personnel musulmanes que les conflits se sont manifestés de manière plus brusque, au point de devenir ce qu'un auteur qualifie de « conflits de civilisations »⁴⁷⁹. L'application de la *sharia* en Occident est directement liée à l'immigration des populations musulmanes. Or, on estime qu'un tiers de tous les musulmans vivent à l'extérieur d'États musulmans⁴⁸⁰. Pour ce tiers, le défi est de taille : préserver son identité tout en s'intégrant à la société occidentale d'accueil. Parfois ignorée, parfois repoussée, la question demeure incontournable et ouvre la porte à un questionnement sociétal. Vaut-il mieux adopter un système unifié où la même loi s'applique à tous ou bien un système communautaire à la libanaise⁴⁸¹ ? Cela revient à savoir s'il faut intégrer les étrangers dans toutes les sphères de

⁴⁷⁹Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 78, citent l'auteur Jean Deprez.

⁴⁸⁰ Mathias Rohe, "On the applicability of Islamic rules in Germany and Europe" (2003-2004) 3 Eur. Y.B. Minority Issues 181, à la p. 182.

⁴⁸¹ Chibli Mallat, "Islamic family law : variations on state identity and community rights", dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989, aux p. 5-6.

la société d'accueil ou plutôt cultiver leurs différences, y compris dans leurs règles de statut personnel. Dans les pays de système unifié, d'aucuns redoutent l'idée de briser cette cohésion, surtout dans le domaine si sensible qu'est la famille, élément central de la société. Et s'il est décidé de créer un régime musulman distinct, les règles de quelle école coranique devra-t-on appliquer ? Que fera-t-on des règles qui sont perçues comme discriminatoires ? Nous nous pencherons sur l'historique des revendications et leur accueil dans les sociétés française et québécoise.

Selon le droit musulman traditionnel, le monde se divise en deux : terre d'Islam (*dar al islam*) et terre de guerre (*dar al harb*)⁴⁸². La terre d'Islam est celle où s'applique la *sharia* tandis que la terre de guerre est celle soumise au contrôle d'un pouvoir autre que le pouvoir islamique. Bien que le Coran reconnaisse à chaque religion monothéiste le droit d'appliquer les règles de son propre Livre⁴⁸³, la règle de conflit de droit musulman veut que celui-ci s'applique dès qu'un musulman est en cause, quelle que soit la religion des autres parties⁴⁸⁴. Cette règle est encore applicable dans certains pays⁴⁸⁵. Cela s'explique par le fait que l'Islam se veut être la seule « vraie » religion, la religion à laquelle tous sont appelés à se convertir à plus ou moins long terme⁴⁸⁶. Cela implique qu'une différence de religion entre conjoints ou entre parent et enfant ne changera rien à l'application des règles religieuses à cette relation⁴⁸⁷. L'enfant musulman doit traiter son parent non musulman comme s'il l'était et vice-versa. Le mari musulman traite son épouse non musulmane

⁴⁸² Omaia Elwan, « L'Islam et les systèmes de conflits de lois » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p. 315. Cette division est désormais contestée voir Mathias Rohe, "On the applicability of Islamic rules in Germany and Europe" (2003-2004) 3 Eur. Y.B. Minority Issues 181, à la p. 182.

⁴⁸³ Sourate 5.

⁴⁸⁴ Ann Elizabeth Mayer, "Law and Religion in the Muslim Middle East" (1987) 35 Am. J. Comp. L. 127, aux p. 144-146.

⁴⁸⁵ La règle s'applique en totalité ou partiellement en Jordanie, en Égypte, au Maroc et au Pakistan.

⁴⁸⁶ Basile Basile, *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban*, Étude juridique comparée, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, à p. 19.

⁴⁸⁷ Ann Elizabeth Mayer, "Law and Religion in the Muslim Middle East" (1987) 35 Am. J. Comp. L. 127, à la p. 34.

comme si elle l'était⁴⁸⁸. De plus, la règle traditionnelle veut que la *sharia* suive les ressortissants des pays musulmans qui vont dans les pays non-musulmans. Les auteurs musulmans classiques avaient fait du respect de cette règle une condition pour le séjour des musulmans dans les pays non musulmans. En principe, ils ne doivent habiter dans ces pays qu'en cas de nécessité⁴⁸⁹. Au surplus, ils doivent en principe y observer les obligations dictées par l'Islam. Par contre, une autre interprétation du Coran veut qu'un musulman qui vit dans un pays non musulman ne puisse pas exiger l'application de la *sharia* et doive respecter les lois en vigueur. Cette interprétation conciliatrice est partagée par ceux prônant une coexistence pacifique et l'intégration des musulmans dans leur société d'accueil⁴⁹⁰.

L'Europe compte deux types de présences musulmanes. La première est millénaire et se rapporte à l'époque de l'expansion ottomane en Europe (Espagne, Balkans) dès le 7^e siècle. L'autre type regroupe quatre vagues datant de la migration massive qui a débuté dans les années 1960 et qui se rapporte à la décolonisation et à la migration du travail⁴⁹¹. C'est cette deuxième présence qui nous intéresse davantage, car elle est liée aux revendications qui nous occupent.

Les émigrés d'origine arabe se retrouvent dans une situation délicate et éprouvent un double sentiment de trahison vis-à-vis leur pays d'origine avec lequel ils ont perdu contact et vis-à-vis leur pays d'accueil auquel ils n'ont pu toujours s'intégrer (il faut dire qu'au

⁴⁸⁸ Sous réserve des règles de succession hautement discriminatoires envers l'épouse non musulmane.

⁴⁸⁹ Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, « Droit musulman de la famille et des successions en Suisse », Conférence « La questione femminile nell'islàm: fra tradizione e rinnovamento » présentée à Turin, 22 novembre 2004, à la p. 4.

⁴⁹⁰ Jocelyn Cesari, *Être musulman en France - associations, militants et mosquées*, Paris, Karthala-Iremam, 1994, aux p. 43 et 44 et Mathias Rohe, "On the applicability of Islamic rules in Germany and Europe" (2003-2004) 3 Eur. Y.B. Minority Issues 181, aux p. 192-196.

⁴⁹¹ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 9, Jorgen Nielson, « Aux sources des revendications des musulmans en matière de droit de la famille en Europe » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996.

départ l'immigration était souvent temporaire)⁴⁹². Au surplus, ils se retrouvent souvent avec une double-nationalité, ce qui les rend attachés à deux cultures (« Français en France, Marocain au Maroc »). Il faut toutefois apporter ici une précision assez importante. Bien que le débat soit d'autant plus complexe que plusieurs groupes disent parler au nom de l'Islam et que diverses perceptions coexistent au sein de l'*Oumma*, il faut souligner que la plupart des musulmans désirent que le droit musulman de la famille ne leur soit applicable qu'à des occasions bien particulières. Ce sont certains leaders religieux qui prônent un recours extensif au droit musulman en Occident⁴⁹³. Par contre, on peut affirmer que la majorité des musulmans définitivement établis en Europe ont clairement envie que leur statut soit clarifié⁴⁹⁴. Gardant cette distinction à l'esprit, plusieurs raisons peuvent expliquer que certains musulmans vivant en Occident demandent que leur soient appliquées les règles de droit musulman concernant le statut personnel⁴⁹⁵. D'abord, les règles concernant la famille sont considérées un élément caractéristique d'autant plus important que dans le monde arabe, les règles occidentales en matières criminelle et commerciale ont été adoptées par plusieurs pays ; la famille reste donc une des dernières forteresses de la tradition. Le Coran contient relativement plus de sourates sur le statut personnel que sur les autres matières. En tant que produit d'une révélation directe, ces règles revêtent un caractère sacré⁴⁹⁶. D'un point de vue pratique, elles permettent aussi aux hommes de garder un plus grand contrôle sur les femmes⁴⁹⁷. La question est aussi identitaire puisque les règles

⁴⁹² Jacqueline Pousson-Petit, "Propos introductifs", dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 4.

⁴⁹³ L'auteur Jorgen Nielson, « Aux sources des revendications des musulmans en matière de droit de la famille en Europe » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 37 fait référence à des études menées sur la question.

⁴⁹⁴ Mathias Rohe, "On the applicability of Islamic rules in Germany and Europe" (2003-2004) 3 Eur. Y.B. Minority Issues 181, à la p. 181.

⁴⁹⁵ Sebastian Poulter, "The claim to a separate Islamic system of personal law for british muslims", dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989, aux p. 147-148 et du même auteur Sebastian Poulter, « Les systèmes juridiques en Europe et les populations musulmanes » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux p. 48-49.

⁴⁹⁶ Ann Elizabeth Mayer, "Law and Religion in the Muslim Middle East" (1987) 35 Am. J. Comp. L. 127, à la p. 140.

⁴⁹⁷ Ann Elizabeth Mayer, "Law and Religion in the Muslim Middle East" (1987) 35 Am. J. Comp. L. 127, à la p. 140.

occidentales sont associées au colonialisme encore récent. Au surplus, plusieurs pays permettent déjà ce régime pluraliste, et dans le passé, les pays arabes eux-mêmes permettaient que des règles de statut personnel différentes s'appliquent aux minorités chrétienne et juive⁴⁹⁸. En effet, jusqu'au 19^e siècle, les pays musulmans n'avaient pas de code unifié en matière de droit de la famille et les communautés minoritaires non musulmanes avaient des prérogatives législatives et judiciaires⁴⁹⁹. D'ailleurs, c'est encore le cas au Liban, d'où le terme « libanisation », employé pour désigner ce phénomène. Finalement, certains clichés et caractéristiques de la famille occidentale (l'éclatement de la cellule familiale, l'avortement, la cohabitation et les naissances hors mariage et la pornographie jugés débridés et dégradants) sont fortement rejetés par des communautés musulmanes vivant en Occident. Ce qu'elles considèrent comme étant un échec est la preuve que ce système est dysfonctionnel, d'où la nécessité d'implanter des règles traditionnelles.

Quelques d'éléments rendent très difficile l'application simultanée de la loi d'un État laïcisé et la *sharia*. Fondamentalement, les deux ont pour but commun d'organiser la société, de régler les différends qui y surviennent, quoiqu'elles le fassent de manière différente. Dans un système laïc, il est octroyé à l'État, l'autorité civile, toutes les prérogatives législatives et judiciaires. Ces prérogatives peuvent être exclusives (les décisions des autorités religieuses sont dépourvues de toute portée civile) ou partagées (par exemple, en matière de mariage). Dans tous les cas, la laïcité implique une distinction claire entre le civil et le religieux, bien que les matières civiles puissent être inspirées de

⁴⁹⁸ À la condition qu'ils se soumettent politiquement à l'envahisseur, ces minorités n'étaient pas considérées « égales » au musulmans et en cas de conflit entre la loi et la *sharia* celle-ci avait préséance : Melanie Reed, "Western democracy and Islamic tradition: the application of Shari'a in a modern world" (2003) 19 Am. U. Int'l L. Rev. 485, aux p. 508-509.

⁴⁹⁹ Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, p. 3-6, Ann Elizabeth Mayer, "Law and Religion in the Muslim Middle East" (1987) 35 Am. J. Comp. L. 127, à la p. 143.

règles religieuses⁵⁰⁰. Bien que l'Histoire ait démontré qu'une certaine coexistence de la *sharia* avec d'autres lois ait été possible au Moyen- Orient durant la colonisation, la nature centralisatrice de la loi étatique l'a rendue plutôt « intolérante » à l'application simultanée d'une autre loi. Chacun des deux systèmes se considère supérieur et sont donc inévitablement en compétition. La *sharia* a une application horizontale, l'administration de la justice n'est pas centralisée ni hiérarchisée comme elle l'est le système étatique, où le judiciaire est ultimement dépendant des pouvoirs politiques⁵⁰¹. La laïcisation est parfois présentée comme la meilleure solution pour permettre aux pays arabes de s'adapter à la modernité, mais peut s'avérer inefficace si les règles ne trouvent pas écho dans les mœurs⁵⁰².

1.2. La réponse occidentale

1.2.1. Le « malaise » européen

Un événement historique est souvent cité en tant qu'élément marquant de cette revendication musulmane en Europe⁵⁰³. On considère du moins que c'est à ce moment là qu'elle a été formulée avec le plus de pertinence⁵⁰⁴. Cet événement coïncide avec l'époque où les musulmans immigrés en Europe commencèrent à réclamer des lieux de culte et à exprimer le désir de se regrouper en associations, soit dans les années 1970⁵⁰⁵. En Angleterre, en 1975, l'Union des organisations musulmanes (par la voix du Sheikh Syed A.

⁵⁰⁰ Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, à la p. 17.

⁵⁰¹ Wael B. Hallaq, *Shari'a: theory, practice, transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, aux p. 361-367.

⁵⁰² Aldeeb Abu-Sahlieh Sami, *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993, à la p. 19.

⁵⁰³ Sebastian Poulter, « Les systèmes juridiques en Europe et les populations musulmanes » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux p. 54-56, Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, aux p. 33-35.

⁵⁰⁴ Jocelyn Cesari, *Être musulman en France - associations, militants et mosquées*, Paris, Karthala-Iremam, 1994, à la p. 33.

⁵⁰⁵ Brigitte Basdevant-Gaudemet, "The legal status of Islam in France", dans Silvio Ferrari, Anthony Bradney, ed., *Islam and European legal systems*, Burlington, Ashgate Publishing Cie, 2000, à la p. 98.

Darsh) faisait la demande officielle au gouvernement anglais d’instaurer un système de droit familial séparé pour les musulmans. Cette demande a été mal accueillie. Officiellement, elle a été rejetée car elle allait à l’encontre de l’esprit anglais d’un régime unifié applicable à tous indépendamment de l’origine, de la race et de la religion, raison plus ou moins valable puisque le droit anglais contenait déjà des exceptions⁵⁰⁶. Deuxièmement, elle aurait été trop compliquée à instaurer autant d’un point de vue logistique (quelle tendance appliquer et quelle instance juridictionnelle serait habilitée à trancher les litiges découlant de l’application de la *sharia*) que philosophique (plusieurs éléments du droit de la famille musulman étant jugés discriminatoires et contraires aux engagements internationaux de la Grande Bretagne)⁵⁰⁷. La réponse anglaise est pour le moins très représentative de l’accueil de ce type de demandes en Europe⁵⁰⁸. Et la question est loin d’être réglée en Europe, où la présence musulmane s’élèverait désormais à huit millions de personnes, dont près de la moitié en France⁵⁰⁹. Ce malaise est tout sauf dissipé depuis que la Cour européenne des droits de l’homme (« CEDH ») de Strasbourg a statué dans l’affaire de la dissolution du parti religieux turc Refah que la *sharia* était difficilement conciliable avec le respect des droits de l’homme. La Cour a donné raison au gouvernement turc qui avait dissout le parti en question. Elle en rajoute davantage en statuant que la *sharia* est l’antithèse de la démocratie en ce qu’elle est invariable et basée sur des dogmes religieux, elle viole donc la liberté législative étatique⁵¹⁰.

1.2.1.1. Le droit français applicable aux ressortissants musulmans

⁵⁰⁶ Sebastian Poulter, “The claim to a separate Islamic system of personal law for british muslims”, dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989, à la p. 54.

⁵⁰⁷ Sebastian Poulter, “The claim to a separate Islamic system of personal law for british muslims”, dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989, à la p. 158.

⁵⁰⁸ Sebastian Poulter, “The claim to a separate Islamic system of personal law for british muslims”, dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989, à la p. 191.

⁵⁰⁹ Ce chiffre est très difficile à évaluer et varie beaucoup car les recensements se font sur la base de la nationalité et non de la religion: Felice Dassetto, “The new European Islam”, dans Silvio Ferrari, Anthony Bradney, ed., *Islam and European legal systems*, Burlington, Ashgate Publishing Cie, 2000, à la p. 32.

⁵¹⁰ *Refah Partisi et all. c. Turquie*, 35 Eur. Ct. H.R. 56 (2001).

En France, la règle de droit international privé introduite en 1804 veut qu'en matière de statut personnel, les étrangers soient soumis à leur loi nationale et non à la loi de leur domicile⁵¹¹. Contrairement à l'Islam qui perçoit le statut personnel comme intimement lié à l'identité d'une personne, la règle française ne découle pas d'une philosophie de sauvegarde de l'identité culturelle de l'étranger, mais résulte plutôt de la réciprocité de la règle qui veut que les Français à l'étranger soient régis par la loi française⁵¹². À l'origine, la France était un pays d'émigration et le but de la règle était de maintenir un certain pouvoir sur ses nationaux à l'étranger⁵¹³. Tant que les droits en jeu n'étaient pas contradictoires dans leurs valeurs intrinsèques, l'application de la règle ne posait pas de problème puisqu'on ne gérait que leur coexistence. C'est lorsqu'il y a véritablement *conflit* que les choses se compliquent⁵¹⁴. Loin d'une philosophie pluraliste, le modèle français d'intégration est plutôt fondé sur le rejet des minorités ethniques, sur l'ignorance d'appartenance communautaire en faveur d'une logique d'égalité des personnes, d'une appartenance commune aux valeurs de la Révolution. De ce point de vue, la règle de droit international privé ne suit pas cette philosophie et nous amène à nous questionner sur sa pertinence⁵¹⁵.

Logiquement, la règle française ne touche que les musulmans demeurés de nationalités étrangères, les musulmans devenus Français étant régis par la législation française. Ainsi, il arrive donc que le juge français doive appliquer plusieurs statuts personnels étrangers, dépendamment de la nationalité du ressortissant en cause.

⁵¹¹ C. civ., article 3. À l'instar de l'Italie, des Pays Bas et de la Belgique et par opposition à la Suisse et aux pays de système anglo-saxon, qui eux appliquent le critère du domicile.

⁵¹² La règle a été introduite dans le système français à l'article 3 al 3 du *Code civil de 1804*.

⁵¹³ Jean-Yves Carlier, « Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe : quelles perspectives ? », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 22.

⁵¹⁴ Jean-Yves Carlier, « Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe : quelles perspectives ? », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 22.

⁵¹⁵ Voir section 1.2.1.2.

Le principe souffre de plusieurs exceptions qui réduisent d'autant l'application de la loi étrangère. Par exemple, en matière de divorce d'époux tous deux domiciliés en France, c'est désormais la loi française qui s'applique⁵¹⁶. La Cour de cassation a décidé qu'il en allait de même pour les droits et devoirs respectifs des époux, qui sont « d'application territoriale »⁵¹⁷. De plus, les lois de police et de sûreté⁵¹⁸ obligent tous les habitants du territoire français, peu importe leur nationalité ou leur religion. Dans ces cas là, l'application du droit étranger n'entre même pas en ligne de compte⁵¹⁹. Au surplus, la loi étrangère ne sera pas applicable si elle viole l'ordre public français ; il s'agit de l'application du principe général de la réserve d'ordre public⁵²⁰. Il est généralement admis que la règle étrangère sera écartée dans la mesure « où son application conduirait *dans les circonstances de l'espèce* à un résultat intolérable »⁵²¹. L'ordre public français regroupe la législation française impérative, mais aussi les règlements et directives de la Communauté européenne. Dans les faits, ce principe est souvent appliqué par les tribunaux français en matière de *sharia*. La tolérance de l'ordre juridique français envers l'Islam varie selon le sujet en cause et la tendance du moment⁵²². En effet, la conjoncture politique influe beaucoup sur le degré d'ouverture dont font preuve les tribunaux⁵²³. L'application de la règle d'ordre public fait en sorte que la célébration d'un mariage polygamique ne peut avoir

⁵¹⁶ Article 310 C. civ. Cette loi comporte une exception pour les ressortissants marocains qui bénéficient de la Convention bilatérale du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire et qui sont eux régis par leur loi nationale (article 9 de ladite convention).

⁵¹⁷ Prévus aux articles 212 et suivants du C.civ.

⁵¹⁸ Article 3 C.civ.

⁵¹⁹ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 93.

⁵²⁰ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 84: en pratique, il existe des divergences entre les États et entre les tribunaux sur la question de savoir quelles règles sont jugées contraires à l'ordre public.

⁵²¹ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 86.

⁵²² Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 65.

⁵²³ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 66.

lieu en France, pas plus qu'une répudiation, parce qu'heurtant l'ordre public⁵²⁴. Par exemple, les règles liées au support économique en cas de divorce (pension alimentaire, prestation compensatoire) ont également été jugées d'ordre public et n'ont pas pu être écartées par l'ordre juridique marocain applicable à une affaire⁵²⁵. En cas de divorce impliquant des enfants résidant en France, la loi compétente sera la loi nationale de ceux-ci⁵²⁶. Les règles musulmanes relatives à l'autorité parentale (qui donnent préséance au père) et celles relatives à l'éducation (qui veut que l'enfant soit élevé dans la religion du père) peuvent également être déclarées contraires à l'ordre public, d'autant plus que l'intérêt de l'enfant *in concreto* doit être au centre des décisions le concernant. Ce principe a amené la jurisprudence à imposer le droit pour tout enfant d'établir sa filiation, peu importe que sa loi nationale ignore ou prohibe la filiation naturelle. La Cour de cassation a tranché que l'ordre public français s'opposait à l'application d'une loi étrangère qui interdisait la recherche de paternité naturelle dans le cas d'un enfant ayant un lien étroit (ex : résidence) avec la France⁵²⁷. Ce raisonnement vaut, du moins pour l'instant, seulement s'il existe un lien avec la France, alors que plusieurs suggèrent que la recherche en paternité soit permise en France peu importe l'intensité des attaches⁵²⁸. En pratique, les juges français ont tendance à appliquer la loi française sans trop de tergiversation⁵²⁹. Dans d'autres cas, les règles musulmanes sont simplement ignorées par l'ordre juridique⁵³⁰. En revanche, si l'on ne peut pas créer une situation nouvelle en France, certaines conséquences d'un prononcé

⁵²⁴ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996.

⁵²⁵ Cass. Civ., 16 juillet 1992.

⁵²⁶ Convention de la Haye du 5 octobre 1961.

⁵²⁷ Cass. Civ, 10 février 1993. Une solution similaire a été privilégiée en droit allemand, c'est ce qu'on appelle la théorie de la *Inlandsbeziehung*, qui fait en sorte que le droit allemand s'applique à toute situation qui a un degré suffisant de proximité avec l'ordre allemand.

⁵²⁸ Et ce, au nom du droit de l'enfant de pouvoir rechercher son père en justice : voir Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 78.

⁵²⁹ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 74.

⁵³⁰ Dot et tuteur matrimonial chargé de consentir au mariage de la femme.

ayant eu lieu à l'étranger (mariage polygamique, répudiation) en toute légalité peuvent être reconnues en France⁵³¹. Cette reconnaissance des effets ne constitue nullement une approbation de l'institution étrangère, mais plutôt une réponse réaliste et un moyen de protéger les intérêts de personnes vulnérables (la femme coépouse ou l'épouse répudiée)⁵³². L'évaluation d'un accroc potentiel à l'ordre public doit se faire au cas par cas. Selon un auteur, l'adoption et son interdiction constituent un « potentiel conflit d'ordre public » qui est demeuré relativement discret⁵³³. En droit français, la prohibition musulmane de l'adoption n'est pas contraire à l'ordre public ni à l'intérêt de l'enfant, pas plus que la kafala, comme l'a réitéré la Cour de cassation⁵³⁴. Depuis 2001, l'interdiction de l'adoption et les conséquences de la kafala sont désormais reconnues en territoire français⁵³⁵.

Au-delà des principes juridiques et en marge de ceux-ci, les pratiques sociales fleurissent et la réalité sociologique rattrape l'ordre juridique. Le droit peut donner l'illusion que les familles musulmanes installées en France sont régies par le droit français alors que cette application n'est que virtuelle. Le respect des traditions se révèle plus fort

⁵³¹ Théorie de l'effet atténué de l'ordre public. Pour la polygamie, la réclamation de pension alimentaire par la deuxième épouse en France a été acceptée, de même qu'une réclamation en dommages par deux coépouses pour la mort de leur mari. Par contre on refuse d'en tenir compte pour les prestations sociales, les organismes de sécurité sociale et les ayants-droit du même assuré. Pour la répudiation, il appert qu'une certaine jurisprudence l'assimile à un divorce par consentement mutuel lorsque l'épouse accepte la répudiation et qu'il existe un minimum de compensations en sa faveur. En pratique cela avait conduit plusieurs à se rendre dans leur pays pour répudier leur épouse et en réclamer les effets en sol français par la suite. Voir : Pierre Lampué, « Les juridictions françaises devant le droit musulman » (1983) Avril-Juin 1984, 38^e année, no 2 Revue juridique et politique indépendance et coopération, Religion, philosophie et droit, XVI^e congrès de l'I.D.E.F., Rabat, 20-27 novembre 1983, aux p. 604-611. Toutefois cette « tolérance » vis-à-vis la polygamie a été mise à mal notamment par les limitations apportées au regroupement familial des étrangers polygames grâce à la *Loi du 24 août 1993 sur l'immigration* (le regroupement autorisé est limité à une seule épouse et à ses enfants): voir Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux p. 82-86 et 120-121.

⁵³² En effet, selon ses intérêts, la femme peut se prévaloir des effets de la polygamie et de la répudiation : voir Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 97.

⁵³³ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux p. 79-82.

⁵³⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 2009, pourvoi no 08-11033.

⁵³⁵ Voir section 2.1. portant sur la réception de la kafala en France.

que l'ordre juridique français de plusieurs manières. Par exemple, en matière de mariage de musulmane avec un non musulman, bien que ce mariage soit permis par les règles françaises laïques, l'interdit religieux continue d'être largement respecté, sans compter que le ressortissant a intérêt à contracter un mariage qui sera reconnu par son statut national⁵³⁶. On assiste donc à un « non-usage d'une liberté parce que la liberté offerte ne correspond pas à l'état des mœurs et expose celles qui en useraient à la réprobation de leur milieu. »⁵³⁷ Même chose pour la qualité du consentement des époux. Bien que la loi française consacre la liberté et la réalité de ce consentement, les pressions familiales mettent à mal l'exercice de cette liberté par les futurs mariés. Il en va de même pour les droits et devoirs des époux, en principe régis par le droit français. La situation problématique demeurera le plus souvent secrète et ne parviendra jamais au stade judiciaire et ce, pour des raisons de pudeur, de sauvegarde de l'intimité, de résignation, surtout si la victime est mal intégrée dans la société française ou dépendante de sa famille⁵³⁸. La situation sera mise au grand jour au moment du divorce, où l'épouse fera valoir ses droits alimentaires⁵³⁹.

1.2.1.2. Les solutions envisagées

L'État doit être ouvert aux transformations et il doit inévitablement se créer une correspondance entre la réalité sociale et la réalité juridique. Signe manifeste de l'intérêt pour cet enjeu, plusieurs solutions ont été avancées au cours des dernières années⁵⁴⁰.

⁵³⁶ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 67.

⁵³⁷ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 68.

⁵³⁸ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, aux p. 69-71.

⁵³⁹ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 73.

⁵⁴⁰ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 96.

D'abord, vu les problèmes que l'application de la règle française de conflit engendre, il a souvent été proposé de changer le critère de nationalité pour celui de résidence habituelle ou du domicile de l'intéressé. Ce critère aurait l'avantage de coïncider davantage avec la philosophie française de l'intégration, qui n'est certainement pas de reconnaître à chacun le droit d'être régi par ses origines ou sa confession. En effet, le critère de résidence permet de soumettre l'étranger à la loi du milieu où il vit et où il devra s'intégrer plutôt que de le maintenir dans une logique d'extranéité. Il est tout désigné pour les pays d'immigration, y compris en France où il est désormais clair que l'immense majorité des immigrants musulmans y demeurera définitivement⁵⁴¹. Il suit également la tendance actuelle, qui est pour les parlementaires de réaffirmer la primauté du droit français des personnes et pour les juges d'appliquer la loi française dès que la situation est principalement localisée en France⁵⁴². Une autre solution a été proposée : celle de l'option entre la loi nationale et la loi du domicile. L'option a l'avantage de respecter l'autonomie de la volonté, mais aussi de permettre une intégration progressive de l'étranger, qui graduellement pourrait être amené à choisir de son plein gré la loi de sa terre d'accueil. Si l'étranger choisit sa loi nationale, cela implique le respect intégral de celle-ci, avec les difficultés que cela entraîne (sinon à quoi bon?), ce qui fait que cette solution d'option semble illusoire dans l'état actuel des choses, du moins en France⁵⁴³. Elle a été préconisée en Espagne par la *Loi du 14 octobre 1990 concernant la réforme du Code civil*⁵⁴⁴. Une autre solution intermédiaire, moins « drastique » que le critère de résidence, a aussi été proposée : la promulgation de clauses

⁵⁴¹ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, aux p. 100- 105: par opposition à la logique qui prévalait avant, où l'esprit de retour des immigrants dans leur pays d'origine prévalait.

⁵⁴² Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 113.

⁵⁴³ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, à la p. 117 et Jean-Yves Carlier, « Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe : quelles perspectives ? », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 28.

⁵⁴⁴ Jean-Yves Carlier, « Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe : quelles perspectives ? », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 29, Mathias Rohe, "On the applicability of Islamic rules in Germany and Europe" (2003-2004) 3 Eur. Y.B. Minority Issues 181, à la p. 190.

spéciales d'ordre public, lesquelles excluraient spécifiquement certains éléments jugés indésirables. L'ensemble de ces clauses reviendrait en pratique à appliquer la loi française aux étrangers, sans changer le fond de la règle⁵⁴⁵. Finalement, les accords bilatéraux entre pays d'accueil et pays d'origine ont l'avantage de garantir la reconnaissance réciproque de solutions élaborées dans les deux États tout en évitant surprise et situations boiteuses.

Pour assurer une meilleure coexistence des cultures et une certaine homogénéité, il a été proposé un Code européen du droit musulman qui serait appliqué, selon le choix individuel, au musulman étranger habitant en Europe⁵⁴⁶. Ce Code de statut personnel serait inspiré de la *sharia* dans son interprétation contemporaine la plus conciliable avec les valeurs universelles. Ses promoteurs soulignent le fait qu'il serait ainsi possible d'atténuer le plus possible les éléments considérés discriminatoires, au lieu de simplement les écarter en invoquant l'ordre public, ce qui est actuellement le cas. L'idée a l'avantage de rapprocher les droits musulman et occidental, mais elle a le désavantage d'envisager une application de ce Code à tous les musulmans en Europe quelle que soit leur nationalité⁵⁴⁷. Peut-on réellement introduire un critère religieux dans un système de droit laïcisé, se demande un auteur⁵⁴⁸.

Comme il a été bien souligné, si l'objectif souhaité est d'entraîner les musulmans vivant en France vers une conception occidentale des droits de la personne et de la famille, ce n'est pas uniquement par la voie du droit, mais par une véritable intégration que l'objectif

⁵⁴⁵ Jorgen Nielson, Felice Dassetto, Brigitte Maréchal, *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001, aux p. 119-120.

⁵⁴⁶ L'idée, qui a reçu un accueil assez mitigé, a été lancée par Fouad Riad, « Pour un Code européen de droit musulman » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, à la p. 379.

⁵⁴⁷ Jean-Yves Carlier, « Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe : quelles perspectives ? », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 25.

⁵⁴⁸ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 26.

sera atteint⁵⁴⁹. L'intégration ne se décrète pas, elle naît d'une acceptation mutuelle et dépend de facteurs sociologiques, psychologiques, de comportements individuels et collectifs⁵⁵⁰. Au contraire de l'intégration, la tentative de libanisation et l'éclosion du communautarisme naissent aussi de données sociologiques et ne sont pas nécessairement liées au fait que les étrangers musulmans conservent leur statut personnel en France⁵⁵¹.

1.2.2. Aperçu de la question au Canada et au Québec

Au Québec, le débat autour de l'application de la *sharia* aux questions familiales impliquant des musulmans est très récent et a pris beaucoup d'ampleur avec la question des accommodements raisonnables. Nous en ferons un bref survol.

Il convient de rappeler avant tout ce qu'est le principe de l'accommodement raisonnable avant d'étudier l'origine de la controverse et la réponse étatique. Étant une société d'immigration, la prise en considération de la diversité ethnique, culturelle et religieuse a conduit les autorités canadienne et québécoise à adopter une politique de protection des droits de ces minorités d'immigrants. Cette protection passe à travers l'élaboration de principes constitutionnels et de textes fondamentaux, tels que la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*⁵⁵², dont l'article 3 consacre la liberté de religion, la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵⁵³ et le *Renvoi relatif à la sécession du*

⁵⁴⁹ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 71.

⁵⁵⁰ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 101.

⁵⁵¹ Jean Déprez, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France- aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996, à la p. 107.

⁵⁵² L.R.Q., c. C-12, entrée en vigueur le 28 juin 1976.

⁵⁵³ Parie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* (R.-U.), constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.U.), 1982, c. 11.

*Québec*⁵⁵⁴. Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême a reconnu l'existence de principes constitutionnels non écrits, parmi lesquels celui de la protection des minorités. En outre, la Cour suprême, dans un arrêt de 1985⁵⁵⁵, a non seulement posé une obligation juridique d'accommodement, mais elle a aussi affirmé que la liberté de religion implique le droit d'exercer ouvertement ses croyances et par des moyens concrets. C'est le caractère spirituel et religieux d'un acte qui entraînera la protection de cette liberté, indépendamment de toute considération objective⁵⁵⁶. Ainsi, la sincérité de la religion de la personne qui réclame la protection de ses croyances est primordiale et suffit à inclure ces actes dans la sphère de protection accordée par les Chartes.

Ceci étant, la Commission des droits de la personne a affirmé que la liberté de religion et les droits individuels doivent s'exercer dans le respect des valeurs démocratiques et de la vie en société. L'obligation juridique d'accommodement se trouve donc encadrée, balisée et ne consiste pas en une obligation absolue et inconditionnelle. Ainsi, selon l'adage qui veut que la liberté des uns s'arrête là où commence celle des autres, l'idée est de « préserver le lien social de réciprocité »⁵⁵⁷. En d'autres termes, une demande d'accommodement émanant d'une personne invoquant la violation de sa liberté de religion devra être rejetée si elle implique des mesures « déraisonnables » pour pouvoir satisfaire à sa demande. Ce sont les répercussions que pourront avoir ces mesures d'assouplissement des normes, qui permettront de mesurer l'ampleur de la contrainte, et justifier ou non son caractère excessif.

La naissance du mouvement militant pour la création d'un tribunal islamique a débuté en Ontario. En effet, s'appuyant sur le principe de la liberté de religion et de

⁵⁵⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217.

⁵⁵⁵ *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

⁵⁵⁶ *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

⁵⁵⁷ Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, Gérard Bouchard, Charles Taylor, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation : rapport final de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, 23 mai 2008.

multiculturalisme, Sayed Mumtaz Ali, de la Société canadienne des musulmans, avait affirmé publiquement vouloir créer une institution, l'Institut islamique de justice civil (IIJC), qui permette de régler les litiges entre musulmans selon les spécificités de leur « droit », c'est-à-dire en créant un tribunal islamique chargé de régler les différends familiaux entre musulmans. Il faut dire toutefois que la *Loi de 1991 sur l'arbitrage*⁵⁵⁸ permettait déjà l'arbitrage de différends familiaux, y compris l'arbitrage religieux. De nombreux hommes et femmes musulmans et non musulmans, se sont fortement mobilisés contre la création de ce tribunal islamique, car celui-ci remettrait en cause le principe d'égalité entre homme et femme. Il devenait donc urgent de trancher ce débat. C'est dans cette perspective que le gouvernement ontarien a décidé de nommer une experte, Marion Boyd dont l'expérience en tant que ministre de la Condition féminine et ancienne Procureure générale d'Ontario lui a permis de rencontrer de nombreuses organisations. Celle-ci déposa son rapport le 20 décembre 2004. Ce rapport, s'appuyant sur le principe de la défense des droits des minorités et sur un désir de désengorger les tribunaux civils, affirmait la possibilité de recourir à l'arbitrage religieux pour régler les différends familiaux tels que la garde des enfants, le partage des biens, etc. Ce rapport a créé une véritable onde de choc, au Canada et à l'étranger. Le 8 septembre 2005, plusieurs importantes manifestations ont eu lieu contre l'arbitrage religieux au Canada, mais aussi à Paris (devant l'ambassade canadien)⁵⁵⁹. Le gouvernement ontarien n'a finalement pas pris en considération les propos défendus par Marion Boyd dans son rapport et a décidé d'interdire à tous égards l'arbitrage des matières familiales. En effet, pour le gouvernement ontarien, reconnaître la création des tribunaux religieux reviendrait à remettre en cause l'égalité des sexes qui est un principe primordial de toute société démocratique. Cette position concorde avec le point de vue des groupes « anti tribunaux islamiques » qui se sont créés depuis 2002. Ce mouvement tend à défendre le droit des femmes qui seraient remis en cause par

⁵⁵⁸ *Loi sur l'arbitrage*, L.O. 1991, c.17.

⁵⁵⁹ À Paris, c'est l'association *Regards de femmes* qui a initié le mouvement de solidarité avec l'*International Campaign against sharia Court in Canada*, laquelle organisation a déclenché une campagne internationale sur la question. Voir les archives sur <http://www.nosharia.com/> et www.regardsdefemmes.com (pages consultées le 5 novembre 2010).

l'application de la *sharia* dans le règlement des différends familiaux. Le Conseil canadien des femmes musulmanes affirme d'ailleurs que la création d'un tribunal religieux reviendrait à avoir une justice à « double vitesse », c'est-à-dire une justice pour les musulmans et une autre pour le reste des Canadiens⁵⁶⁰.

Le Québec a préféré trancher la question catégoriquement pour ne pas voir le mouvement naître dans la province⁵⁶¹. Le 26 mai 2005, l'Assemblée nationale a voté à l'unanimité une motion suivant laquelle « l'Assemblée nationale du Québec s'oppose à l'implantation des tribunaux dits islamiques au Québec et au Canada. »⁵⁶² En effet, pour le ministre des Relations internationales, il n'y a pas lieu de laisser un tribunal religieux voir le jour et pouvoir trancher juridiquement les questions d'ordre familial ; il a ainsi affirmé catégoriquement dans le journal *Le Monde* que : « Ceux qui veulent changer nos valeurs n'ont qu'à aller ailleurs. »⁵⁶³ En outre, le ministre de la Justice, Jacques P. Dupuis, a rappelé que l'article 2639 du Code Civil du Québec⁵⁶⁴ exclut l'arbitrage pour toutes les matières familiales (contrairement à la loi ontarienne antérieure). Ainsi, « il n'est pas question de modifier le Code Civil du Québec ou toute autre loi afin de permettre l'arbitrage religieux en droit de la famille... Le Code civil s'applique à tous les résidents du Québec quelle que soit leur appartenance religieuse et aucun système d'arbitrage ne sera toléré dans les matières qui concernent la famille et l'ordre public. »⁵⁶⁵ En effet, il est important de mentionner que le Code Civil québécois consacre le monopole du droit québécois et canadien pour tout litige relatif au droit de la famille, aux droits et capacités

⁵⁶⁰ Anne Pelouas, « Un projet de tribunaux islamiques d'arbitrage déclenche de vives polémiques au Canada », *Le Monde*, 5 mai 2005.

⁵⁶¹ Sur la question au Québec voir aussi Jean-François Gaudreault Desbiens, *Le droit, la religion et le «raisonnable» – Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009.

⁵⁶² Voir les archives de l'Assemblée nationale du Québec du 26 mai 2005 disponibles au http://www.assnat.qc.ca/archives/fra/37legislature1/Debats/journal/ch/050526.htm#_Toc104971753 (page consultée le 5 novembre 2010).

⁵⁶³ Anne Pelouas, « Un projet de tribunaux islamiques d'arbitrage déclenche de vives polémiques au Canada », *Le Monde*, 5 mai 2005.

⁵⁶⁴ L.Q. 1991, c. 64.

⁵⁶⁵ Jacques P. Dupuis dans *Le Devoir* du samedi 15 et dimanche 16 janvier 2005.

des personnes et tout ce qui relève de l'ordre public ; il serait donc impossible pour musulmans d'avoir recours à un système juridique basé sur la *sharia*. Enfin, le Barreau du Québec a affirmé qu'il partageait la position du ministre de la Justice et qu'il est de sa responsabilité de « promouvoir l'accès à une justice transparente, indépendante et équitable qui tienne compte des diversités culturelles, tout en s'opposant fermement à l'instauration de modes parallèles de résolution des conflits en droit de la famille qui écarteraient nos lois d'ordre public en matière familiale, au profit de règles et de principes religieux »⁵⁶⁶.

Il apparaît ainsi clair que la question d'une juridiction religieuse n'est pas bien accueillie au Canada en général, malgré le principe de la liberté de religion et les accommodements raisonnables. La position du gouvernement semble être qu'il faut que « les minorités comprennent que ce principe de la diversité culturelle n'implique pas l'instauration de juridictions d'exception, telles que l'arbitrage religieux en matière familiale »⁵⁶⁷. Ceci étant, malgré le refus du gouvernement canadien en général d'accepter la création des tribunaux religieux, nous constatons l'existence de ceux-ci, à titre officieux. En effet, les imams des mosquées ont recours à l'arbitrage, à la médiation ou encore à la conciliation au vu et su de l'État canadien⁵⁶⁸. La limite est que les décisions en matière familiale, provenant d'un « tribunal religieux », n'ont aucune force juridique ni aucun effet en droit étatique.

Conclusion de la partie B.1.

Pour à peu près les mêmes raisons, certains individus musulmans (et groupes de pression) habitant au sein de communautés à majorité non musulmane demandent à ce que la *sharia*, sous une forme ou une autre, leur soit applicable. Cette revendication n'a pas été bien accueillie en Occident, que ce soit en Europe ou en Amérique du nord. Toutefois, vu

⁵⁶⁶ Voir les archives sur le site internet du Barreau du Québec : <http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol37/no3/islamique3.html> (page consultée le 3 mai 2010).

⁵⁶⁷ <http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol37/no3/islamique3.html> (page consultée le 3 mai 2010).

⁵⁶⁸ Anne Pelouas, « Un projet de tribunaux islamiques d'arbitrage déclenche de vives polémiques au Canada », *Le Monde*, 5 mai 2005.

l'ampleur du mouvement et la législation déjà en vigueur en France et au Canada, les solutions apportées sont différentes. En France, certains éléments de la *sharia* peuvent être applicables dans certaines circonstances, tandis que la porte est fermée au Canada et encore plus au Québec. Suite à ce tour d'horizon général, il convient à présent d'aborder la question spécifique de la place de la kafala en France et au Québec.

2. La réception de la kafala en Occident : le choc des institutions

2.1. État de situation en France

2.1.1. Historique de l'adoption et évolution de la notion d'intérêt de l'enfant

Malgré la rémanence de l'adoption dans certaines régions françaises⁵⁶⁹, pendant longtemps⁵⁷⁰ et sous les influences de l'église chrétienne et germanique⁵⁷¹, l'adoption était prohibée en France. C'est Napoléon 1^{er}, qui souhaitait s'offrir une descendance en légitimant le fils de son épouse Joséphine, qui fut le premier à réinstaurer le principe en Europe dans le Code civil français de 1804⁵⁷². L'adoption introduite par cet empereur en 1804 a été peu utilisée puisqu'elle était limitée aux adoptions entre majeurs⁵⁷³. L'adoptant devait avoir plus de 50 ans et être sans descendance légitime et l'adopté devait avoir plus de 25 ans. Ce dernier gardait ses droits dans sa famille d'origine. L'adopté devait aussi consentir à ce « contrat ». L'adoption avait pour but premier non pas la protection de l'enfant telle qu'on la connaît dans le Coran ou telle qu'elle s'est développée plus tard en droit français, mais elle répondait d'abord à une préoccupation successorale : l'adoption était destinée à se donner des héritiers et jusqu'en 1939, à éviter aussi le paiement de droits successoraux élevés. En ce sens, cette conception se rapproche de l'approche utilitaire du droit romain : on donnait un enfant à une famille plutôt qu'une famille à un enfant⁵⁷⁴. Graduellement, le sort des enfants abandonnés a commencé à émouvoir l'opinion publique durant la deuxième moitié du 19^e siècle. La popularité des personnages de romans connus de l'époque, tels qu'Oliver Twist, Rémy et Cossette, en témoigne. Toutefois, c'est

⁵⁶⁹ Notamment en Provence : voir Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 28.

⁵⁷⁰ C'est-à-dire des invasions germaniques à 1804.

⁵⁷¹ Ceux-ci ignoraient l'institution.

⁵⁷² En effet, l'adoption fut réintroduite en Autriche en 1811, en Italie en 1865, en Espagne en 1889, en Allemagne en 1900, en Suisse en 1907, en Angleterre en 1926 et au Portugal en 1956.

⁵⁷³ Sur l'évolution de l'adoption en France voir : Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, aux p. 10-21.

⁵⁷⁴ Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 17.

seulement à la suite des ravages de la guerre de 1914-1918 et pour trouver une solution aux nombreux orphelins que la France a adopté sa première loi ouvrant l'adoption aux mineurs en 1923 (*Loi du 19 juin 1923*). On peut affirmer que « c'est donc à ce moment là que l'histoire de l'abandon et celle de l'adoption se rejoignent au sein de l'Administration centrale de protection de l'enfant. »⁵⁷⁵ La première partie de l'adage qui veut que l'institution de l'adoption *donne une famille à un enfant* prit alors tout son sens. Plusieurs dates historiques marquent ensuite l'évolution législative : en 1939 les adoptés reçoivent la qualité d'enfants légitimes⁵⁷⁶, en 1959 l'adoption contractuelle est supprimée au profit de l'adoption judiciaire⁵⁷⁷ et en 1966 naît l'adoption moderne française, caractérisée par la coexistence des adoptions plénière et simple⁵⁷⁸.

Avant le 19^e siècle, la notion d'intérêt de l'enfant était comprise en France comme l'intérêt « des enfants » collectivement, d'où les lois relatives à la scolarité obligatoire et au travail des enfants⁵⁷⁹. Cette notion était un principe général du droit français. L'institution de la déchéance de la puissance paternelle introduite en 1889, l'assistance sociale pour enfant et la création d'institutions spécialisées pour enfants dès 1840, toutes orientées vers la protection de l'enfant, témoignent d'un changement de mentalité progressif⁵⁸⁰. Ensuite, l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale des concepts fondamentaux de puissance paternelle⁵⁸¹ et de garde en cas de divorce⁵⁸² au profit de l'enfant, illustre la tendance en faveur de l'intérêt de l'enfant *in concreto*. Deux décisions phares de 1959 et 1962 vinrent confirmer le fait que la puissance paternelle est limitée, qu'elle doit s'exercer dans le

⁵⁷⁵ Claire Brisset, « Adoption nationale et internationale » (2005) 29 *Enfances et Psy* 4, 15 (extraits du Rapport annuel de l'année 2004).

⁵⁷⁶ *Loi décret du 29 juillet 1939*.

⁵⁷⁷ *Ordonnance du 23 décembre 1959*.

⁵⁷⁸ *Loi du 11 juillet 1966*.

⁵⁷⁹ Jacqueline Rubellin-Devichi, "The best interests principle in French law and practice" dans Philip Alston, éd., *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, Florence, UNICEF, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 260, voir aussi Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 259.

⁵⁸⁰ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 260.

⁵⁸¹ Prévues au Code napoléonien de 1804.

⁵⁸² Prévues à l'article 302 du Code napoléonien de 1804.

meilleur intérêt de l'enfant et qu'elle est soumise à l'appréciation du juge⁵⁸³. La notion d'intérêt de l'enfant est donc intégrée en droit français depuis longtemps, mais comme le note Jacqueline Rubellin-Devichi, c'est le droit d'être entendu de l'enfant qui manquait cruellement avant la mise en œuvre de la CDE en France⁵⁸⁴. Les articles 388-1 et 388-2 du Code civil (« C.civ. ») ont apporté une amélioration en octroyant à l'enfant les droits d'être entendu relativement aux questions le concernant, d'être accompagné en Cour et d'être représenté lorsque ses intérêts sont en conflit avec ceux de son gardien. Toutefois, en matière d'adoption, bien que l'enfant de 13 ans et plus doive consentir préalablement à son adoption⁵⁸⁵, sa représentation et son audition ne sont pas nécessaires⁵⁸⁶.

Quant à la famille moderne française, son modèle d'organisation suit l'évolution de la société. La notion de famille s'est transformée à l'image de l'évolution des relations entre ses membres. Elle est caractérisée par le resserrement de la famille sur l'enfant. Le mariage est fortement concurrencé par d'autres modes de vie en couple tels que le pacte civil de solidarité (« PACS ») et l'union libre⁵⁸⁷. Par exemple, en France métropolitaine, le nombre de PACS enregistrés annuellement a bondi de 6 139 en 1999, l'année de sa création, à 173 045 en 2009. Durant la même période, le nombre de mariages enregistrés annuellement a chuté de 297 922 à 250 000⁵⁸⁸. L'enfant est devenu le pilier de la famille, le

⁵⁸³ Paris, 30 avril 1959, D 1960, 1, 673, note J. Carbonnier, Tribunal de grande instance de Versailles, 24 septembre 1962, D 1963, 52, note J. Carbonnier. Décisions expliquées dans Jacqueline Rubellin-Devichi, "The best interests principle in French law and practice" dans Philip Alston, éd., *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, Florence, UNICEF, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 261.

⁵⁸⁴ Jacqueline Rubellin-Devichi, "The best interests principle in French law and practice" dans Philip Alston, éd., *The Best Interests of the Child : Reconciling Culture and Human Rights*, Florence, UNICEF, Clarendon Press-Oxford, 1994, à la p. 264.

⁵⁸⁵ Article 345 al 3 C.civ.

⁵⁸⁶ France, Défenseure des droits de l'enfant, *Rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations unies 2008* (par Claire Brisset), à la p. 45.

⁵⁸⁷ Sur le traitement législatif de ces modes alternatifs dans une perspective comparative voir Alain Roy, « L'union de fait en droit français et belge : une politique législative aux antipodes du droit québécois » dans Benoît Moore et Générosa Bras Miranda, dir., *Mélanges Adrian Popovici*, Éditions Thémis, Montréal, 2010, aux p. 143-170.

⁵⁸⁸ Selon l'Institut national d'études démographiques :

http://www.ined.fr/fr/pop_chiffres/france/mariages_divorces_pacs/mariage_nuptialite/ (page consultée le 2 novembre 2010).

ciment du couple, lié ou non par le mariage. À l’opposé du droit musulman, la loi française n’impose pas un modèle de vie en couple, elle hiérarchise en consacrant véritablement le mariage comme une institution, en réglementant minimalement le PACS et en prenant acte de l’union libre⁵⁸⁹. Finalement, à l’image de cette évolution, l’égalité entre les filiations est parachevée par l’Ordonnance du 4 juillet 2005⁵⁹⁰.

2.1.2. Survol des adoptions simple et plénière : filiations de superposition et de substitution

L'adoption plénière, créée en 1966 et régie par les dispositions des articles 343 à 359 C.civ., ne concerne que des enfants de moins de 15 ans accueillis au foyer des adoptants depuis au moins 6 mois⁵⁹¹. Sauf dans les cas où elle concerne l'enfant du conjoint, elle implique une rupture totale du lien de filiation préexistant⁵⁹², la nouvelle filiation se substituant à la filiation d'origine et étant irrévocable⁵⁹³. L'adopté jouit dans sa famille des mêmes droits et obligations qu'un enfant légitime⁵⁹⁴ et prend le nom de l'adoptant⁵⁹⁵. La nationalité française lui est attribuée de droit dans les mêmes conditions qu'à un enfant légitime ou naturel.

L'adoption simple, dont les dispositions sont prévues aux articles 360 à 370- 2 C.civ., pose les mêmes conditions d'âge que l'adoption plénière pour les adoptants⁵⁹⁶, mais ne

⁵⁸⁹ Alain Roy, « L’union de fait en droit français et belge : une politique législative aux antipodes du droit québécois » dans Benoît Moore et Générosa Bras Miranda, dir., *Mélanges Adrian Popovici*, Éditions Thémis, Montréal, 2010.

⁵⁹⁰ Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 47 et Fanny Vasseur Lambry, « Le statut du mineur maghrébin en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l’épreuve du droit français*, Paris, L’Harmattan, 2009, à la p. 363.

⁵⁹¹ Article 345 al 1 C.civ.

⁵⁹² Perte de tous ses droits extra- patrimoniaux et patrimoniaux.

⁵⁹³ Articles 356 et 359 C.civ.

⁵⁹⁴ Article 358 C.civ.

⁵⁹⁵ Article 359 al 1 C.civ.

⁵⁹⁶ Article 361 C.civ.

pose pas de conditions d'âge pour l'adopté⁵⁹⁷. Les liens de filiation préexistants ne sont pas rompus, l'adopté conserve ses droits, notamment successoraux⁵⁹⁸ et alimentaires⁵⁹⁹, dans sa famille d'origine. Elle n'implique pas l'acquisition automatique de la nationalité française⁶⁰⁰. L'adopté conservera son nom d'origine, mais il lui sera accolé en plus celui de l'adoptant⁶⁰¹. Toutefois, l'autorité parentale sera entièrement détenue par les adoptants⁶⁰².

En revanche, dans les deux cas, l'adoption n'est possible que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant⁶⁰³. Elle est réservée à des époux mariés depuis deux ans ou âgés l'un et l'autre de plus de 28 ans ou à des personnes seules âgées de plus de 28 ans⁶⁰⁴. Le couple de fait ne peut donc pas adopter, pas plus que le couple homosexuel. Sauf exception, la différence d'âge doit être de 15 ans entre l'adopté et l'adoptant⁶⁰⁵ et il n'y a pas d'âge maximal pour adopter, du moins officiellement⁶⁰⁶. Les candidats doivent, sauf si le juge en décide autrement⁶⁰⁷, être munis d'un agrément pour adopter⁶⁰⁸. L'agrément est une sorte de permission du Service de l'aide sociale à l'enfance reçue préalablement au prononcé de l'adoption (nationale ou internationale) et qui consiste à vérifier les capacités parentales des candidats. Bien que théoriquement non obligatoire pour le prononcé, l'agrément demeure

⁵⁹⁷ Article 360 C.civ.

⁵⁹⁸ Article 364 C.civ. De plus, la fiscalité successorale varie selon que l'adoption est plénière ou simple : voir Richard Crône, Mariel Revillard, Bertrand Gelot, *L'adoption: aspects internes et internationaux*, Paris, Éditions Defrénois, 2006, aux p. 75-76.

⁵⁹⁹ Article 367 C.civ.

⁶⁰⁰ Article 21 C.civ.

⁶⁰¹ Article 367 al 1 C.civ.

⁶⁰² Article 365 al 1 C.civ.

⁶⁰³ Article 352 al 1 C.civ.

⁶⁰⁴ Articles 343 et 346 al 1 C.civ.

⁶⁰⁵ Article 344 C.civ.

⁶⁰⁶ Dans la pratique les candidats trop âgés sont éliminés, mais en France aucun texte ne prévoit cette éventualité, contrairement d'ailleurs à l'Italie, la Norvège ou la Suède, qui imposent une limite d'âge de 45 ans : voir Reynald Herbaut, *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, Thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004, à la p. 19.

⁶⁰⁷ L'article 353-1 al 2 C.civ. permet au juge de passer outre l'absence ou le refus d'agrément.

⁶⁰⁸ Articles 225-2 al 2 et 225-15 Code de l'action sociale et des familles.

primordial pour l'obtention de documents, voire pour le prononcé de l'adoption dans le pays d'origine⁶⁰⁹.

2.1.3. Adoption internationale en France

2.1.3.1. Généralités et droit applicable

Chaque année, environ 4 000 des 5 000 enfants adoptés en France proviennent de l'étranger. Les candidats à l'adoption sont tellement nombreux que le nombre d'enfants est insuffisant⁶¹⁰. Ces enfants étrangers proviennent de 67 pays⁶¹¹. Environ les deux tiers des adoptions internationales proviennent de pays non signataires de la Convention de la Haye (1993), une proportion plus élevée que dans les autres pays européens⁶¹². Nous nous attarderons à ce cas de figure puisque comme nous avons pu le constater⁶¹³, les pays qui nous intéressent ne sont pas signataires de la Convention de la Haye. Au surplus, est-il utile de le réitérer, la kafala est exclue de son champ d'application.

L'adoption internationale procède en deux étapes : administrative et judiciaire⁶¹⁴. D'abord, depuis 1985⁶¹⁵, les futurs adoptants doivent en principe obtenir un agrément⁶¹⁶. Ensuite les candidats agréés peuvent, dans le cas de pays non signataires et quand l'enfant se trouve à l'étranger, s'adresser à un organisme habilité, à un avocat, à un notaire, à un orphelinat sur place ou même à la famille par le sang de l'enfant qu'ils désirent adopter. À l'instar des États-Unis, les démarches individuelles (donc sans l'intermédiaire d'un

⁶⁰⁹ Jacqueline Rubellin-Devichi, « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale » (2008) 2 *Informations sociales* n° 146, à la p. 14-15.

⁶¹⁰ Jacqueline Rubellin-Devichi, « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale » (2008) 2 *Informations sociales* n° 146, à la p. 41.

⁶¹¹ Mariel Revillard, « Adoption » (20 janvier 2007) 2 Répertoire du notariat Defrénois, à la p.133.

⁶¹² Jacqueline Rubellin-Devichi, « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale » (2008) 2 *Informations sociales* n° 146, à la p. 12.

⁶¹³ Voir section 1.4.2.v).

⁶¹⁴ Démarches expliquées notamment dans Mariel Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » (15 mars 2001) 5 Répertoire du notariat Defrénois, à la p. 334.

⁶¹⁵ C'est la *Loi no 85-772 du 25 juillet 1985* qui a rendu obligatoire l'agrément pour les adoptions internationales.

⁶¹⁶ Article 353-1 C.civ., articles 63 et 100-3 Code de la famille.

organisme accrédité) représentent les deux tiers des adoptions internationales⁶¹⁷. Si l'enfant étranger se trouve en France, les adoptants doivent s'adresser obligatoirement au Service de l'aide à l'enfance ou à une œuvre dûment autorisée⁶¹⁸. La personne habilitée à consentir à l'adoption et la forme de son consentement sont définies selon les règles locales, qui doivent être respectées. Finalement, la troisième étape administrative consiste pour les adoptants à s'adresser au consulat français pour obtenir le visa d'entrée sur le territoire français. Il est à noter que l'absence de visa par elle-même n'empêche pas le prononcé de l'adoption en France⁶¹⁹. Tant bien que mal, la première phase administrative vise à éviter que ne soit déclenchée une véritable procédure d'adoption si l'adoptant n'est pas agréé ou si l'enfant n'est pas autorisé à quitter son pays.

À l'étape judiciaire, l'enfant pourra être adopté en France dans la mesure où l'adoptant ou l'adopté y demeure ou est de nationalité française⁶²⁰. La demande d'adoption sera portée devant le Tribunal de grande instance⁶²¹. Deux cas de figure se présentent : soit le prononcé de l'adoption a lieu en France, soit qu'il a lieu à l'étranger et est reconnu en France (cette option représente la grande majorité des cas). Le juge français examinera alors si le consentement (ou le jugement) donné (ou rendu) à l'étranger vaut pour une adoption française simple ou plénière. Dans les faits, il essaie le plus possible de « nationaliser », de substituer la situation étrangère en une situation reconnue par le droit français⁶²².

⁶¹⁷ Beaucoup s'opposent à ces démarches individuelles, car elles courtcircuiteraient le système. Voir Françoise Monéger, professeure à l'Université Paris VIII, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.11) et Rebeca Rios Rohn, « Intercountry adoption : an international perspective on the practice and standards » (1998) 1 Adoption Quarterly 3, à la p. 8.

⁶¹⁸ Article 100-1 Code de la famille.

⁶¹⁹ Aucun texte de loi à ce sujet: voir Hélène Gaudemet Tallon, « Le droit français de l'adoption internationale » (1990) 2 Revue internationale de droit comparé 567, à la p. 576.

⁶²⁰ Articles 14,15 C.civ.

⁶²¹ Article 1166 Code de procédure français.

⁶²² Horatia Muir-Watt, professeure à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la cinquième Table ronde : Le jugement d'adoption : interactions des droits nationaux, panorama des points fondamentaux, présentée à Paris, 26 mars 2004.

L'obtention de la nationalité est un effet de l'adoption et est donc régie par la loi française dès que l'adoption est prononcée en France⁶²³. Une distinction s'impose donc entre adoption plénière et simple. Si le jugement d'adoption, qu'il soit rendu à l'étranger ou en France, est assimilé à l'adoption plénière française, l'inscription au registre de l'état civil permettra à l'adopté d'avoir la nationalité française et ce, rétroactivement à compter de sa naissance⁶²⁴. Avec ladite nationalité, il sera inscrit au livret de famille et l'acte d'adoption tiendra lieu d'acte de naissance au registre de l'état civil français⁶²⁵. Si l'adoption est assimilée à l'adoption simple, l'adopté n'acquerra pas la nationalité française automatiquement. L'adopté aura jusqu'à sa majorité la possibilité de la réclamer par simple déclaration devant le juge d'instance, à la condition qu'il réside en France (cette dernière condition est supprimée si l'adoptant n'avait pas sa résidence en France)⁶²⁶. Une fois la nationalité française acquise, l'acte d'adoption simple sera porté en marge des actes de naissance sur le Registre spécial de l'état civil et l'adopté pourra être inscrit au livret de famille⁶²⁷.

2.1.3.2. La reconnaissance des jugements étrangers en France

Les jugements étrangers en matière de statut des personnes bénéficient d'une efficacité immédiate en droit français depuis l'arrêt *Bulkley*⁶²⁸. L'article 370-5 C.civ. confirme le principe jurisprudentiel en ce qui concerne les adoptions internationales. Les jugements rendus à l'étranger seront opposables en France et auront les effets prévus au jugement, à condition de respecter certaines conditions de base comme le prononcé par l'autorité compétente, l'absence de fraude, le respect de la procédure et de l'ordre public international français. Évidemment, la décision étrangère ne pourra pas avoir en France une portée plus large que celle qui lui a été donnée dans le pays d'origine. La reconnaissance

⁶²³ Article 370-4 C.civ.

⁶²⁴ Article 20 al 2 C.civ.

⁶²⁵ Article 354 al 4 C.civ.

⁶²⁶ Articles 21 et 21-12 C.civ.

⁶²⁷ Article 362 C.civ.

⁶²⁸ Cass.civ., 28 février 1860.

desdits jugements et de leurs effets se fait de deux manières : soit par reconnaissance de plein droit (dans ce cas, une simple homologation par le Parquet est suffisante), soit par procédure d'exequatur du jugement. Si l'adoption prononcée à l'étranger peut être complètement assimilée à l'adoption simple ou plénière de droit français, la reconnaissance peut se faire de plein droit, mais si la décision d'adoption n'est que semblable à l'une ou l'autre forme d'adoption, elle peut faire l'objet d'une procédure d'exequatur. Le juge doit alors d'abord vérifier que le consentement a été libre, éclairé et donné sans contrepartie⁶²⁹. L'autre question qui se pose au juge est de savoir à quel point les effets du jugement étranger d'adoption peuvent être assimilés à ceux reconnus par le droit français de l'adoption⁶³⁰. En pratique, avant 2001 et sur conseil du Parquet⁶³¹, les adoptants déposaient une procédure d'adoption⁶³² en France (basée sur le prononcé étranger⁶³³), laquelle était moins chère et plus rapide que l'exequatur⁶³⁴, qui pouvait s'avérer complexe quand les effets n'étaient pas les mêmes d'un État à l'autre⁶³⁵. Ainsi, les adoptants obtenaient la sécurité juridique découlant d'un jugement d'adoption français, parfaitement opposable⁶³⁶. Il est intéressant de souligner que l'article 370-5 C.civ. permet au juge français de convertir une adoption simple prononcée à l'étranger en adoption plénière lorsque les consentements ont été donnés en toute connaissance de cause, et ce, même si l'État d'origine ne connaît pas l'adoption plénière. D'ailleurs, à l'époque, un courant de jurisprudence assimilait les

⁶²⁹ 370-3 C.civ. Sur cette question d'évaluation du consentement donné à l'étranger par le juge français, voir Jacqueline Rubellin-Devichi, « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale » (2008) 2 *Informations sociales* n° 146, à la p. 40-41.

⁶³⁰ Mariel Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » (15 mars 2001) 5 *Répertoire du notariat Defrénois*.

⁶³¹ Circulaire du 6 juillet 1979.

⁶³² Considérée comme une procédure gracieuse.

⁶³³ La demande est toutefois rejetée lorsque le jugement étranger prononce une adoption identique à celle demandée en France. Il y a alors chose jugée : voir Hélène Gaudemet Tallon, « Le droit français de l'adoption internationale » (1990) 2 *Revue internationale de droit comparé* 567, à la p. 593.

⁶³⁴ Considérée comme une procédure contentieuse, statut qui ne lui convient pas vraiment en matière d'adoption : voir Horatia Muir-Watt, professeure à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la cinquième Table ronde : Le jugement d'adoption : interactions des droits nationaux, panorama des points fondamentaux, présentée à Paris, 26 mars 2004, à la p. 6.

⁶³⁵ Mariel Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » (15 mars 2001) 5 *Répertoire du notariat Defrénois*, à la p. 922.

⁶³⁶ Hélène Gaudemet Tallon, « Le droit français de l'adoption internationale » (1990) 2 *Revue internationale de droit comparé* 567, à la p. 593.

effets de la kafala à ceux de l'adoption simple (voire parfois plénière) et des jugements d'adoption français étaient conséquemment rendus⁶³⁷. Ce raisonnement, qui revenait à donner au représentant local de l'enfant (parent, gouvernement) un pouvoir décisionnel qu'il n'avait pas, a été totalement écarté par la *Loi 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale*⁶³⁸ (ci-après la « Loi de 2001 »).

i) Législation et jurisprudence sur la loi applicable à l'adoption avant la Loi de 2001

Avant 2001, le législateur laissait aux tribunaux le soin de régler les questions de conflit de loi en matière d'adoption internationale. Pour certains, ce silence législatif provoquait une situation assez chaotique ; pour d'autres il laissait aux tribunaux une marge de manœuvre intéressante⁶³⁹. Les principes en la matière ont donc évolué à coup de décisions jurisprudentielles, parfois contradictoires. Avec le nombre élevé d'adoptions en provenance de pays de droit islamique, deux principales questions se sont posées. D'abord, quel est le statut des enfants en provenance d'États ignorant ou interdisant l'adoption ? Ensuite, quelle loi doit-on appliquer à leur situation ?

Lorsque l'adoptant et l'adopté ont la même nationalité, il était fait application de la loi commune des parties. C'est lorsqu'il y a des divergences que les choses se compliquaient.

⁶³⁷ Mariel Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » (15 mars 2001) 5 Répertoire du notariat Defrénois, à la p. 921 et Sylvain Mercoli, « A propos de l'impossibilité d'adopter un enfant étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution » *Petites affiches* no 62 (26 mars 2004), à la p. 17 citent plusieurs illustrations provenant de la Cour d'appel de Paris et de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, voir aussi Horatia Muir Watt, « Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes » (2003) 4 *Revue internationale de droit comparé* 833, à la p. 842.

⁶³⁸ Parue au Journal Officiel Numéro 33 du 8 février 2001, à la p. 02136.

⁶³⁹ Sur ces deux points de vue voir : Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 344., à la p. 345 et Sylvain Mercoli, « À propos de l'impossibilité d'adopter un enfant étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution » *Petites affiches* no 62 (26 mars 2004), à la p. 17.

L'arrêt Torlet du 7 novembre 1984⁶⁴⁰ a été considéré comme l'arrêt phare en matière de conflit de loi. La Cour de cassation y a d'abord penché en faveur de la loi de l'adoptant en établissant la règle selon laquelle les conditions et les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant, la loi de l'enfant ne servant qu'à déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté. Dans le cas d'un couple marié désirant adopter, on appliquait la loi des effets du mariage : la loi nationale commune des époux et à défaut, la loi de leur résidence commune. Un couple de nationaux marocains ou mixte marocain-algérien, dont le (s) statut (s) personnel prohibe (prohibent) l'adoption, ne pouvaient pas adopter. De plus, la Cour de cassation y avait aussi établi que le consentement à l'adoption valait pour l'une ou l'autre des adoptions reconnues en droit français. Cet arrêt favorisait nettement la loi des candidats à l'adoption. L'arrêt Pistre du 31 janvier 1990 était allé plus loin en établissant le principe selon lequel le consentement à l'adoption devait être vérifié indépendamment de la loi nationale de l'adopté, mais selon la volonté expresse de la personne qui consentait. La Cour de cassation dissociait l'analyse du consentement à l'adoption de la loi nationale de l'adopté. Quatre ans plus tard, la même Cour réitérait le principe en insistant sur le fait que le consentement à l'adoption devait être donné en connaissance de cause des effets attachés à l'adoption plénière, lorsqu'elle était demandée⁶⁴¹. Le 10 mai 1995, la Cour de cassation tranchait la question de l'adoption d'un enfant dont le statut prohibe l'adoption en appliquant les principes déjà établis⁶⁴². Dans cet arrêt clé, elle établissait que l'adoption simple ou plénière d'un enfant dont la loi personnelle (ici marocaine) ne connaît pas ou prohibe cette institution était possible, à la condition que, indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption et, en particulier, s'agissant d'une adoption plénière, du caractère complet et irrévocable de la rupture des liens entre le mineur et sa famille par le sang ou les autorités de tutelle de son pays d'origine. Plusieurs décisions ont appliqué cet enseignement et ont

⁶⁴⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 7 novembre 1984, Defrénois 1984, art. 33781 no 80.

⁶⁴¹ Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994 (Moreau), Defrénois 1994, art. 35945, p. 96.

⁶⁴² Cass.civ. 1^{re}, 10 mai 1995 (Fanthou), Rev. Crit. D.I.P. 1995, p. 547.

« transformé » des kafalas en adoption, malgré le fait que l'adoption de l'enfant prononcée en France n'était pas reconnue dans son pays d'origine⁶⁴³. Il semble donc que les tribunaux aient considéré que l'adoption était justifiée par l'intérêt de l'enfant, appelé à s'établir en sol français, malgré le fait que l'adoption soit qualifiée de « boiteuse ». Dans deux arrêts du 1^{er} juillet et du 16 décembre 1997, la Cour de cassation venait apporter une précision à cette règle. Selon ladite Cour, si l'on se trouvait en présence du consentement des parents biologiques (consentement privé en violation de la loi personnelle), l'adoption à la française était possible⁶⁴⁴, mais s'il s'agissait du consentement donné par les autorités étrangères (consentement public), l'adoption n'était pas possible puisque contraire à la loi⁶⁴⁵. Cette décision et la distinction qu'elle instaurait entre la provenance du consentement a été renversée par la suite, mais elle indiquait un début de changement de cap. En effet, la Cour commençait à se questionner sur la validité d'un consentement donné par une autorité, qui violait la loi même qui l'a instituée...

Un constat s'impose : avant l'intervention du législateur français, selon la Cour de cassation, la prohibition d'adoption en vigueur dans un pays étranger n'était pas un obstacle à l'adoption en France, puisque les tribunaux français vérifiaient le consentement donné avant tout, peu importe la législation étrangère. On a souligné le caractère « impérialiste » de ce raisonnement, dans la mesure où la volonté législative étrangère était passée outre par les tribunaux de la métropole. Cette critique est non fondée selon certains auteurs puisque l'attitude française n'impose pas aux pays qui n'en veulent pas une institution reconnue en France, elle ne leur impose pas plus de reconnaître le nouveau statut de l'enfant adopté, celui-ci gardant parfois sa nationalité et son statut civil dans son pays d'origine⁶⁴⁶. Une auteure souligne aussi que dans les faits, des pays comme l'Algérie par exemple, qui

⁶⁴³ Pour une liste de décisions voir Mariel Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » (15 mars 2001) 5 Répertoire du notariat Defrénois, à la p. 336.

⁶⁴⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 16 décembre 1997, Rev. Crit. D.I.P. 1998, p. 433.

⁶⁴⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 1 juillet 1997, Defrénois 1998, p. 187.

⁶⁴⁶ Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 350.

prohibent l'adoption, encouragent en toute connaissance de cause les ressortissants français d'origine algérienne à adopter des enfants algériens abandonnés⁶⁴⁷.

La première intervention législative s'est traduite par la Circulaire du 16 février 1999 sur l'adoption internationale (« Circulaire ») : une véritable bombe⁶⁴⁸. La Circulaire, qui porte sur les conditions du prononcé de l'adoption en France et sur les conséquences du prononcé de l'adoption internationale, s'oppose à la jurisprudence dominante jusque là. En effet, l'ordre y est envoyé au Parquet de refuser le prononcé de l'adoption si la loi de l'adopté prohibe⁶⁴⁹ l'adoption, peu importe les consentements donnés. Quant aux enfants dont le pays ignore l'institution, la Circulaire se montre prudente et il est appliqué la règle classique de la Cour de cassation. La Circulaire allait encore plus loin en ne rendant valide que l'adoption internationale de l'enfant de moins de 2 ans qui a été remis à un organisme habilité⁶⁵⁰, le tout dans le but d'éviter le trafic et les pressions directes sur la famille biologique. Comme nous le verrons ci-après, cette exigence est en principe tombée depuis la Loi de 2001, mais il est arrivé que l'adoption après 2001 de très jeunes enfants guatémaltèques par un couple français soit refusée au motif qu'ils avaient directement été remis au couple, sans passer par un organisme habilité⁶⁵¹.

La Circulaire a causé beaucoup d'incertitude et de frustration, les adoptants la percevant comme un manque de confiance à leur égard⁶⁵², comme un mépris des intérêts de l'enfant

⁶⁴⁷ Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 350.

⁶⁴⁸ Mariel Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » (15 mars 2001) 5 *Répertoire du notariat Defrénois*, à la p. 924.

⁶⁴⁹ « Prohibe » au sens d'interdire et non simplement d'ignorer.

⁶⁵⁰ Bref la Circulaire donnait une portée extraterritoriale à l'article 348-5 C.civ.

⁶⁵¹ Le juge a appliqué la loi nationale des époux, la loi française, aux conditions de l'adoption, voir Françoise Monéger, professeure à l'Université Paris VIII, Allocution, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, panorama des points fondamentaux, Paris, 25 mars 2004 (rapportée dans les Petites affiches, no 6, p.11), à la p. 11.

⁶⁵² Ces derniers ont manifesté dans la rue et ont même déposé un recours contre ladite Circulaire! Voir Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 347.

au profit des engagements internationaux français⁶⁵³. Par la suite, on a assisté à la fois à des décisions rejetant des demandes d'adoption, rendues en vertu de la Circulaire⁶⁵⁴, souvent réformées par la suite⁶⁵⁵, et à d'autres décisions appliquant la position de la Cour de cassation, notamment la Cour de cassation elle-même dans un arrêt du 3 octobre 2000⁶⁵⁶. Cet arrêt concernait l'adoption d'un enfant haïtien pour lequel les adoptants demandaient l'adoption plénière en France alors que ce type d'adoption était inconnu en Haïti. La Cour a réitéré le principe en vertu duquel le consentement doit être apprécié indépendamment de la loi nationale de l'enfant et uniquement au regard la volonté expresse. Celui-ci n'est pas donné au regard des effets de la loi de l'adopté, mais des effets projetés consacrés par la loi de l'adoptant. En l'espèce, la Cour a refusé le prononcé de l'adoption plénière parce que le consentement n'avait pas été donné pour cette fin. Il faut dire que de par sa nature même, la Circulaire ne constitue en principe que des instructions données par le Ministre à ses fonctionnaires ; il s'agit d'une clarification du droit positif. Elle ne constitue donc pas une source de droit et ne lie pas les tribunaux⁶⁵⁷.

En principe, cette Circulaire était censée avoir été adoptée pour mettre fin à l'insécurité juridique due à la jurisprudence « erratique »⁶⁵⁸, ce dont doute fortement l'auteure Jacqueline Rubellin-Devichi. Pour elle, la situation était relativement claire : les jugements étrangers correspondant à l'adoption plénière prenaient plein effet en France et lorsqu'ils n'avaient pas d'équivalent français, il était suggéré aux adoptants d'introduire une demande nouvelle d'adoption plénière. Il fallait laisser aux juges une marge de manœuvre, une

⁶⁵³ Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 345-346.

⁶⁵⁴ Par exemple Cour d'appel de Paris (1^{re} ch., sect. C), 27 avril 2000, inédit (R.G. no 1999-03287), décision dans laquelle la Cour rejette la demande d'adoption d'époux ayant recueilli en kafala deux enfants algériens.

⁶⁵⁵ L'auteure Mariel Revillard en rapporte un nombre considérable, voir Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 336.

⁶⁵⁶ Cass.civ. 1^{re}, 3 octobre 2000, Defrénois 2001, art 37287, p. 96.

⁶⁵⁷ Horatia Muir Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale » (1999) *Rev. Int. Droit int. Privé* 469, à la p. 470.

⁶⁵⁸ Terme très critiqué utilisé dans le Préambule de la Circulaire de 1999.

souplesse pour procéder au cas par cas⁶⁵⁹. Cette opinion est partagée par Mariel Revillard, qui constate que la Circulaire, loin d'avoir réglé le problème, a plutôt aggravé le manque d'uniformité de la jurisprudence. L'auteure trouve la Circulaire excessive en ce qu'elle peut s'opposer à l'intérêt de l'enfant, qui parfois peut bel et bien consister à être adopté en France⁶⁶⁰.

- ii) Vers une plus grande considération de la loi nationale de l'adopté et un plus grand respect des relations interétatiques : la Loi de 2001

Par ce projet de loi adopté à l'unanimité le 28 mars 2000, l'assemblée nationale a pris la place qu'elle avait laissée vacante jusque là en ce qui concerne les adoptions internationales hors Convention de la Haye. À la suite de la prise d'engagements internationaux (CDE, Convention de la Haye), le législateur a voulu montrer plus de déférence envers les ordres juridiques étrangers. On passe du précepte selon lequel « la loi française s'applique aux conditions et aux effets de l'adoption si la législation du pays d'origine autorise l'adoption ou ne la prévoit pas » à celui selon lequel « la loi française s'applique aux conditions et aux effets de l'adoption si la législation du pays d'origine n'y fait pas obstacle ». Au final, l'article 370-3 C.civ. se lit ainsi:

Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre époux la prohibe.

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.

Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une

⁶⁵⁹ Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p. 345.

⁶⁶⁰ Mariel Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » (15 mars 2001) 5 Répertoire du notariat Defrénois, à la p. 924.

adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant.

a) Impact de la Loi de 2001 sur les jugements de kafala étrangers

Les alinéas 1 et 3 de l'article n'apportent rien de neuf et appliquent simplement les enseignements déjà établis. C'est l'alinéa 2 qui rompt définitivement avec le passé. Appliquant le principe énoncé dans la Circulaire, la nouvelle règle contient toutefois une exception : l'enfant qui est né et réside en France peut être adopté, et ce, malgré le fait que sa loi personnelle prohibe par ailleurs l'adoption. L'interdiction ne touche pas non plus les majeurs ni les personnes ayant acquis la nationalité française. La principale conséquence de cette loi, et elle est reconnue par la jurisprudence et voulue par le législateur français, est de faire en sorte que l'enfant bénéficiaire de kafala prononcée à l'étranger va continuer de vivre sous ce régime en France, du moins pendant un certain temps. Les parents français d'enfants recueillis en kafala se verront tantôt attribuer une délégation de l'autorité parentale, tantôt une tutelle⁶⁶¹. Selon l'auteure Marie-Christine Le Boursicot, aucune de ces deux attributions ne correspond véritablement à l'esprit de la kafala. Selon elle, la délégation de l'autorité implique généralement que l'enfant ait déjà une filiation et qu'il y ait transfert, ce qui n'est souvent pas le cas de la kafala⁶⁶². La tutelle française est quant à elle marquée par une forte rigueur institutionnelle⁶⁶³, ce qui n'est pas non plus le cas de la

⁶⁶¹ Journal officiel de l'Assemblée nationale, 11 juillet 2006, Questions et réponses, à la p. 7365 et Journal officiel de l'Assemblée nationale, 18 juillet 2006, Questions et réponses, à la p. 7621. Dans les faits, les juges octroient tantôt la délégation tantôt la tutelle : Dina Charif Feller, *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996, à la p. 47 et Fanny Vasseur Lambry, « Le statut du mineur maghrébin en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 379.

⁶⁶² Marie-Christine Le Boursicot, « La *Kafâla* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 280, à la p. 275.

⁶⁶³ La tutelle française est accordée à une seule personne et non à un couple, contrairement à la kafala qui peut, dans certains cas, être accordée aux couples. De plus, selon l'auteure, c'est surtout la protection des biens du mineur qui est visée par la tutelle française, plus que sa personne : Marie-Christine Le Boursicot, « La *Kafâla* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 280, à la p. 275.

kafala⁶⁶⁴. En somme, à défaut de créer un lien de filiation, le juge français ne peut plus « nationaliser » la situation de l'enfant⁶⁶⁵, mais il le fait en appliquant des règles (tutelle, délégation) qui ne correspondent pas non plus à l'institution.

Les Cours d'appel et la Cour de cassation s'entendent désormais pour refuser l'assimilation de la kafala aux adoptions simple ou plénière du droit français et elles appliquent strictement l'article 370-3 C.civ.⁶⁶⁶ À titre d'exemple, dans un arrêt du 19 novembre 2003, la Cour d'appel d'Amiens, rappelant que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, ce qui est le cas de la loi algérienne, a estimé que « la kafala [...] ne peut être considérée comme une adoption, même simple ». Dès lors, « le prononcé de l'adoption de la mineure est légalement impossible, l'enfant ne remplissant pas les conditions cumulatives de naissance et de résidence en France ». La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 27 novembre 2003, a donné raison au ministère public selon qui la kafala n'est pas assimilable, en droit français, à l'adoption simple, mais à une délégation d'autorité parentale, alors que les intimés estimaient le contraire. La Cour d'appel, rappelant que « l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, crée un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté », a jugé que la kafala « n'instaure aucun lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté, même si les enfants recueillis peuvent prendre le nom des titulaires du recueil légal, qui « s'apparente à un transfert de l'autorité parentale et n'équivaut pas à une adoption simple ». Enfin, le 4 décembre 2003, la Cour d'appel de Reims a rendu un arrêt identique, précisant que le consentement à l'adoption donné par le conseil de famille en violation de la loi nationale de l'enfant est sans valeur. Elle a ajouté que « l'exclusion de l'adoption par la loi algérienne ne heurte pas l'ordre public français dès lors que cette loi met en place par kafala une institution de substitution susceptible de

⁶⁶⁴ Marie-Christine Le Boursicot, « La *Kafala* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 280, à la p. 275.

⁶⁶⁵ Horatia Muir-Watt, professeure à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Allocution, Extraits de la cinquième Table ronde : Le jugement d'adoption : interactions des droits nationaux, panorama des points fondamentaux, présentée à Paris, 26 mars 2004, à la p. 10.

⁶⁶⁶ Les décisions que nous citons sont loin de constituer une liste exhaustive, celle-ci serait beaucoup trop longue.

fournir à l'enfant la protection (entretien et éducation) dont il a besoin ». Tous ces principes ont été appliqués par la Cour de cassation à plusieurs reprises⁶⁶⁷. Qui plus est, la Cour de cassation⁶⁶⁸ a renversé une décision de la Cour d'appel de Limoges, laquelle avait autorisé l'adoption plénière. Le raisonnement de la Cour d'appel était que les autorités algériennes confiaient les enfants en kafala à des étrangers tout en sachant très bien qu'une adoption serait prononcée par la suite. Cette connaissance ou acceptation tacite par les autorités étrangères, justificatif parfois plaidé en doctrine pour justifier le prononcé d'adoption en France⁶⁶⁹, ne constituerait pas un motif valable pour passer outre l'article 370-3 C.civ.

Il y a à peine quelques mois, le 25 février 2009, la Cour de cassation disposait que l'article 370-3 C.civ. n'est pas contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant puisque la CDE prévoit spécifiquement la kafala (article 20) comme mesure de protection valable⁶⁷⁰. Pour la Cour, l'enfant sous kafala est protégé de la même manière que celui qui est adopté, ce qui est très contesté en pratique puisque ces deux institutions n'ont pas les mêmes effets⁶⁷¹. Dans cette affaire, la demanderesse avait recueilli par kafala une enfant algérienne et avait demandé son adoption en France. Le tribunal de grande instance et la Cour d'appel la déboutant, elle invoqua sans succès devant la Cour de cassation la violation de l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3 CDE⁶⁷²) et la violation des articles 8⁶⁷³ et 14⁶⁷⁴ de la

⁶⁶⁷ Notamment dans deux arrêts très fermes impliquant des enfants algériens et marocains : Cass. Civ. 1^{re}, 10 octobre 2006, pourvois no 06-15265 et no 06-15264.

⁶⁶⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 9 juillet 2008, pourvoi 07-20279.

⁶⁶⁹ Notamment : Pierre Murat, « Les transformations de la famille : quel impact sur les finalités de l'adoption ? » (2005) 4 *Enfances et Psy* 29.

⁶⁷⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 2009, pourvoi no 08-11033.

⁶⁷¹ Décision critiquée dans Adeline Gouttenoire, « L'actualité juridique et judiciaire de l'année 2008 » *Gazette du Palais* no 342 (8 décembre 2009) à la p. 32 et dans Hélène Péroz, « Prohibition de l'adoption internationale et Kafala » *L'essentiel : droit de la famille et des personnes* no 0501 (20 septembre 2009), à la p. 1.

⁶⁷² En France, État moniste, la CDE est directement applicable en droit français et il est possible de l'invoquer devant les juridictions nationales : principe rappelé par la Cour de cassation dans Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, *Dalloz* 2005.

⁶⁷³ Droit au respect d'une vie familiale normale.

⁶⁷⁴ Discrimination fondée sur la religion, la nationalité et le lieu de naissance.

*Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*⁶⁷⁵. Commentant cet arrêt, une auteure note : « respectueuse de l'institution étrangère, il n'en reste pas moins que la Cour de cassation refuse à l'enfant une famille. »⁶⁷⁶

b) Accueil de la Loi de 2001 et situation précaire des enfants sous kafala

La première critique, et non la moindre, est que la loi crée une discrimination entre les enfants étrangers, selon leur lieu de naissance. On laisse coexister en sol français une pluralité de statuts d'enfants adoptifs, on crée une catégorie d'enfants « inadoptables » et ce, au nom du respect des institutions étrangères et du principe de subsidiarité de l'adoption internationale⁶⁷⁷. De plus, n'est-il pas trop radical, comme le fait le législateur français, de supposer qu'il est dans l'intérêt supérieur de *tous* les enfants de statut prohibitif de ne pas être adoptés⁶⁷⁸? Nous partageons l'avis de la professeure Muir- Watt, selon laquelle :

Il importe en particulier de se demander si le principe du respect des origines de l'enfant commande en toute hypothèse de donner effet à l'interdiction énoncée par sa loi nationale d'altérer la filiation d'origine. Or, il nous semble que la réponse varie à cet égard selon que le prononcé de l'adoption est lui-même l'instrument de la rupture d'avec le milieu de naissance, ou qu'il tend au contraire à consolider une coupure déjà consommée. C'est distinguer le cas de l'enfant déplacé délibérément de l'étranger en vue de l'adoption (auquel cas le prononcé de l'adoption peut être discutable), de l'hypothèse où le mineur est déjà recueilli en France au moment où le projet d'adoption est formé (auquel cas l'adoption devrait pouvoir être prononcée).⁶⁷⁹

⁶⁷⁵ Signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 9 septembre 1953. Disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme : http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/086519A8-B57A-40F4-9E22-3E27564DBE86/0/FRA_Conven.pdf (page consultée le 30 décembre 2010).

⁶⁷⁶ Hélène Péroz, « Prohibition de l'adoption internationale et Kafala » *L'essentiel : droit de la famille et des personnes* no 0501 à la p. 1.

⁶⁷⁷ Pour une critique très acerbe de la loi voir Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001.

⁶⁷⁸ Opinion de la Défenseure des enfants : Claire Brisset, « Adoption nationale et internationale » 4 *Enfances et Psy* 2005 (no 29).

⁶⁷⁹ Horatia Muir Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale » (1999) *Rev. Int. Droit int. Privé* 469, à la p. 486.

En revanche, un auteur souligne positivement que le respect par les autorités françaises de la nullité d'un acte dans l'ordre juridique dont il émane entraînera une meilleure coopération entre les autorités administratives⁶⁸⁰. Selon ce même auteur, « à juste titre, les parlementaires ont estimé ne pas pouvoir imposer la conception française aux États étrangers »⁶⁸¹. Après tout, en vertu de l'article 4a de la Convention de la Haye (1993), il appartient au pays d'origine de décider de l'adoptabilité de l'enfant. Cette attitude du législateur français témoigne de sa faveur (et de la faveur internationale) de plus en plus grande envers les alternatives à l'adoption plénière, jugée trop exclusive⁶⁸², en négation des origines de l'adopté et en violation de son droit de les connaître⁶⁸³.

Toutefois, on assiste à des détournements de la règle de 370-3. En effet, en vertu de l'article 21-12 C.civ., l'enfant recueilli par un Français en France peut, après 5 ans et à condition d'avoir intégré la société française, obtenir la nationalité française. Une fois acquise, l'enfant bénéficiant d'une kafala peut être adopté selon les règles de droit interne applicables aux Français dont il fait désormais partie⁶⁸⁴. Ce paradoxe est d'autant plus étrange que la France est le seul pays d'Europe à avoir introduit ce principe prohibitif. En effet, la loi belge (*Loi modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption* du 6 décembre 2005) et l'article 361 de son Code civil, la loi suisse (article 77 de la *Loi fédérale sur le droit international privé* du 18 décembre 1987) et la loi espagnole (article 9 alinéa 5 du

⁶⁸⁰ Sylvain Mercoli, « À propos de l'impossibilité d'adopter un enfant étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution » *Petites affiches* no 62 (26 mars 2004), à la p. 17.

⁶⁸¹ Sylvain Mercoli, « À propos de l'impossibilité d'adopter un enfant étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution » *Petites affiches* no 62 (26 mars 2004), à la p. 17.

⁶⁸² À ce titre, le recours à l'adoption plénière a été aussi très limité dans le cadre d'adoption à l'intérieur de familles reconstituées : l'adoption plénière d'un enfant par son beau-parent n'est permise que si elle ne présente *a priori* aucun danger et seulement à certaines conditions (article 345-1 C.civ.).

⁶⁸³ Horatia Muir Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale » (1999) *Rev. Int. Droit int. Privé* 469, aux p. 488-489.

⁶⁸⁴ Par exemple dans Cour d'appel d'Amiens, 5 mai 2004, *Juris Data* no 2004-261641.

Code civil espagnol du 29 juillet 1889) permettent toutes, à certaines conditions, l'adoption d'enfants bénéficiant d'une kafala⁶⁸⁵.

Il a été proposé que le critère de nationalité de l'article 370-3 soit remplacé par celui de résidence. La résidence tient davantage compte de la réalité concrète de l'enfant, du milieu social qu'il est appelé à intégrer, alors que la nationalité est une notion plus abstraite. D'ailleurs l'article 370-3 C.civ. reconnaît l'importance du domicile puisque les enfants nés et habitant en France sont exemptés de la prohibition d'adoption. Il arrive en effet qu'un enfant étranger d'à peine quelques mois, qui n'a jamais connu et ne connaîtra peut être jamais son pays d'origine, se voit refuser d'être adopté parce qu'il n'est pas *né* en sol français, bien qu'il y ait toujours eu sa résidence. Il ne pourrait être adopté qu'après 5 ans. Pour la professeure Béatrice Bourdelois, à une époque où la loi de la résidence de l'individu est de plus en plus mise de l'avant pour régir son statut personnel, la loi française fait preuve d'un « classicisme dépassée »⁶⁸⁶. « À trop embrasser un raisonnement statutiste, c'est l'enfant lui-même qui sera mal étreint. »⁶⁸⁷ Bien qu'il ne faille pas perdre de vue que le droit à l'adoption n'existe pas, l'interdiction d'adopter aux couples dont la loi nationale prohibe l'adoption est également critiquée puisque s'agissant d'adoptants résidant en France et d'une interdiction d'origine religieuse, on ne voit pas pourquoi il ne leur serait pas loisible d'écarter cet interdit religieux⁶⁸⁸.

⁶⁸⁵ Mariel Revillard, « La kafala n'est pas une adoption » *Répertoire du notariat Deffrénois* no 19 (15 novembre 2008), p. 2181, à la p. 2183.

⁶⁸⁶ Selon Béatrice Bourdelois, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil » *Gazette du Palais* no 347 (13 décembre 2001), à la p. 5, la loi belge le confirme.

⁶⁸⁷ Horatia Muir Watt, « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? À propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale » (1999) *Rev. Int. Droit int. Privé* 469, à la p. 492.

⁶⁸⁸ Adeline Gouttenoire, « L'actualité juridique et judiciaire de l'année 2008 » *Gazette du Palais* no 342 (8 décembre 2009) à la p. 32 et dans Hélène Péroz, « Prohibition de l'adoption internationale et Kafala » *L'essentiel : droit de la famille et des personnes* no 0501 (20 septembre 2009), à la p. 12.

Malgré tout ce qui précède, plusieurs auteures font remarquer que la loi française, bien que ne faisant certainement pas l'unanimité, a, depuis 2001, le mérite d'être plus claire!⁶⁸⁹

Dans les faits, la situation précaire des environ mille enfants recueillis en kafala en France a été soulignée par plusieurs intervenants d'importance. En effet, ceux-ci soulignent que ces enfants se retrouvent dans un vide : ils ne sont ni protégés par la kafala de leur pays d'origine, ni par la protection entière découlant du régime d'adoption de leur pays d'accueil. Dans son rapport annuel 2009, le Médiateur de la République (Ombudsman français) critiquait le gouvernement français pour ses réponses jugées insatisfaisantes devant cette insécurité juridique, notamment en ce qui concerne l'obtention de visa pour ces enfants, toujours très difficile à obtenir. Les conditions et les délais sont très variables selon les consulats. L'agrément en vue d'une adoption, qui permet l'obtention du visa d'entrée, n'est pas octroyé aux futurs *kefils* puisque les autorités françaises n'assimilent pas la kafala à l'adoption. Cela favoriserait l'entrée illégale au pays de ces enfants et les conséquences qu'elle entraîne : problèmes de circulation dans l'Union européenne, d'obtention de titre de séjour à leur majorité et de prestations familiales (comme le regroupement familial n'est pas applicable à ces enfants, sauf pour l'Algérie⁶⁹⁰, ils n'y ont pas droit). Le Médiateur demande que soit clarifiée la question, notamment par l'unification des règles concernant la délivrance des visas et par une circulaire auprès des administrations françaises sur les implications légales de la kafala, dans le but de faciliter l'ouverture éventuelle des droits sociaux au profit de ces enfants⁶⁹¹. La Défenseure des enfants de la République partage l'avis du Médiateur. Dans son rapport 2008 au Comité des droits de l'enfant des Nations

⁶⁸⁹ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005 à la p. 144 et Béatrice Bourdelois, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil » *Gazette du Palais* no 347 (13 décembre 2001), aux p. 3 et 6.

⁶⁹⁰ L'Algérie et la France ont signé l'*Entente bilatérale du 27 décembre 1968 relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles* modifiée par le Protocole additionnel du 11 juillet 2001. Cette entente fait en sorte que l'enfant recueilli par kafala prononcée par un juge algérien peut bénéficier du regroupement familial.

⁶⁹¹ France, Médiateur de la République, *Rapport annuel 2009* (par Jean Paul Delevoye), aux p. 67-68 et Jean Paul Delevoye, « Droits de l'enfant : encore des progrès à accomplir » *Journal du médiateur de la République* (novembre 2009), no 52, aux p. 1-3.

unies, elle soulignait l'absence de mesures concernant l'accueil des enfants bénéficiaires de kafala en France. En effet, celle-ci souligne qu'après qu'une kafala ait été prononcée dans le pays d'origine, l'enfant ne bénéficie pas des dispositions de regroupement familial⁶⁹². Conséquemment, la Défenseure encourage fortement le gouvernement français à conclure des accords sous le modèle France-Algérie avec les États concernés pour autoriser le regroupement familial de ces enfants. Quant aux enfants déjà en sol français, la Défenseure déplore les mêmes problèmes que le Médiateur et souligne le besoin de mesures plus protectrices⁶⁹³.

Plusieurs conséquences pratiques découlent de la non assimilation de la kafala à l'adoption. Nous ferons un survol des principales, soit l'entrée et le séjour en France, l'obtention de la nationalité française et l'octroi de prestations familiales.

Le Conseil d'État (« C.E. ») a été amené à se prononcer, notamment le 24 mars 2004⁶⁹⁴, sur deux décisions administratives refusant à un enfant de nationalité marocaine bénéficiant d'une kafala l'autorisation d'entrée en France dans le cadre de la procédure de regroupement familial. L'Ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France prévoit que l'enfant pouvant bénéficier du regroupement familial est l'enfant légitime ou naturel ayant une filiation légalement établie ainsi que l'enfant adopté. Cela exclut le bénéficiaire de kafala⁶⁹⁵. La haute juridiction administrative, donnant tort à l'Administration, a alors considéré qu'il est important qu'une décision refusant le bénéfice du regroupement familial demandé pour un enfant n'appartenant pas à l'une des catégories ainsi mentionnées (donc légitime, naturel, adopté) ne porte pas une atteinte excessive aux droits des intéressés au respect de leur vie privée et familiale et ne méconnaisse le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré à l'article 3-1 CDE. Dans

⁶⁹² Sauf pour l'Algérie.

⁶⁹³ France, Défenseure des droits de l'enfant, *Rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations unies 2008* (par Claire Brisset), aux p. 47-48.

⁶⁹⁴ C.E., 20 mars 2004, requête no 29369.

⁶⁹⁵ Béatrice Bourdelois, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil » *Gazette du Palais* no 347 (13 décembre 2001), à la p. 6.

ces affaires et dans deux autres subséquentes⁶⁹⁶, le Conseil d'Etat a donné tort à l'Administration et considéré que le refus avait porté atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*.

En ce qui concerne l'acquisition de la nationalité française par un bénéficiaire de kafala, l'article 21-12 C.civ. prévoit que l'enfant recueilli en France et élevé par une personne de nationalité française peut obtenir ladite nationalité après une période de 5 ans. Pour ce faire, la personne recueillie doit obligatoirement avoir été intégrée dans la société française. La Cour de cassation a récemment rappelé que le recueil de l'enfant n'implique pas nécessairement que ce dernier ait rompu tout lien avec sa famille d'origine, mais les faits doivent mener au constat que l'enfant a véritablement été intégré dans la société française. Selon la Cour, l'acte de kafala ne prouve pas cette intégration, il doit être corroboré par des faits. Le recueil épisodique, même étalé sur plus de 5 ans, ne suffit pas à remplir les conditions de l'article 21-12 C.civ.⁶⁹⁷

Quant aux allocations familiales pour les familles étrangères, elles dépendent de la régularité de leur séjour. Elles sont soumises à un double contrôle, celui de la régularité du séjour du demandeur étranger et celui de la régularité de l'entrée et du séjour de l'enfant mineur⁶⁹⁸. Le Code prévoit aussi une liste limitative de justificatifs devant être produits pour attester de cette régularité. Le regroupement familial fait partie des sept situations donnant droit à ces prestations⁶⁹⁹. Or celui-ci est refusé à l'enfant bénéficiaire de kafala, ce qui empêche le demandeur de toucher l'allocation, bien que ce dernier soit en sol français de manière tout à fait légal. La Défenseure des droits de l'enfant souligne dans son Rapport d'activité 2009 que cette disposition a été jugée par la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Egalité (H.A.L.D.E.) contraire à la *Convention de sauvegarde des*

⁶⁹⁶ C.E., 17 décembre 2004, requête no 242192 et C.E., 16 janvier 2006, requête no 274934.

⁶⁹⁷ Civ. 1^{re}, 14 avril 2010, no 08-21.312.

⁶⁹⁸ Article 512-2 Code de la Sécurité sociale.

⁶⁹⁹ Article 512-2 Code de la Sécurité sociale.

droits de l'Homme et des libertés fondamentales (articles 8 et 14) et à la CDE puisque seule la régularité de l'entrée en France du demandeur devrait être prise en compte, et non la régularité du séjour de l'enfant⁷⁰⁰.

Conclusion de la partie B.2.1.

La législation française est complexe et le traitement de la kafala n'y est pas nécessairement enviable. Même après la loi de 2001, la question a continué d'être débattue par les parlementaires français. Durant les travaux parlementaires précédant la réforme de 2005⁷⁰¹, la question a été soulevée de nouveau et des amendements ont été proposés, sans suite⁷⁰². Le débat a ressurgi en 2006 et en 2007⁷⁰³. On peut se réjouir du fait qu'un groupe de travail sur la kafala ait été mis en place par le ministère de la Justice en février 2007. Ce groupe a été chargé d'évaluer la possibilité de permettre le prononcé en France de l'adoption d'enfants dont la loi personnelle prohibe l'adoption et ce, en concertation avec lesdits pays⁷⁰⁴. Sur une autre note positive, on peut également souligner le rôle progressiste joué par la CEDH en matière d'adoption internationale. À plusieurs reprises, elle a rappelé à l'ordre plusieurs États qui refusaient de reconnaître l'adoption, en soulignant la primauté de l'intérêt de l'enfant et le respect de la vie familiale, quelle que soit la qualité de la filiation⁷⁰⁵. Dans un autre cas, la Cour a récemment décidé que, considérant la possibilité pour les célibataires d'adopter, une femme homosexuelle ne peut se voir refuser cette

⁷⁰⁰ France, Défenseure des droits de l'enfant, *Rapport d'activité 2009* (par Claire Brisset), aux p. 100-101.

⁷⁰¹ Plus précisément à la *Loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005* parue au Journal Officiel n° 155 du 5 juillet 2005. Cette loi a pour objectif d'améliorer l'organisation des procédures d'adoption, simplifier les procédures d'agrément, renforcer l'aide aux candidats. Voir le site du Sénat français : <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl04-300.html> (page consultée le 17 décembre 2010).

⁷⁰² Une auteure rapporte quelques propos très critiques sur ladite loi: voir Fanny Vasseur Lambry, « Le statut du mineur maghrébin en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009, à la p. 372.

⁷⁰³ Des amendements ont été proposés par Alain Milon et Jean-René Lecerf de l'Union pour le mouvement populaire en juin 2006 et par Patricia Adam du Parti Socialiste en janvier 2007.

⁷⁰⁴ Mariel Revillard, « La kafala n'est pas une adoption » Répertoire du notariat Defrénois no 19 (15 novembre 2008), p. 2181, à la p. 2183.

⁷⁰⁵ C.E.D.H., 22 juin 2005 (*Pini et autres c. Roumanie*), JCPG, 2005, I, 116 et C.E.D.H., 28 juin 2007 (*Wagner et JMWL c. Luxembourg*), RJPF novembre 2007.

possibilité à cause de son orientation sexuelle⁷⁰⁶. Selon une auteure, la Cour européenne sera inévitablement appelée à se pencher sur la question, par exemple dans le cas d'un couple franco-belge désireux de faire reconnaître en France un jugement d'adoption d'un enfant sous kafala prononcé en toute légalité en Belgique⁷⁰⁷. Il est à espérer que l'avenir passera par le Parlement européen, qui est orienté vers la protection des droits de l'enfant⁷⁰⁸. En effet, le rapport de Mme Roberta Angelilli du 20 décembre 2007 a proposé entre autres de concevoir un instrument communautaire en matière d'adoption, lequel améliorerait la qualité des services d'information, la préparation des demandes et les services post adoption. Ce rapport a été adopté par les États européens et il reste à savoir s'il restera tabletté ou non⁷⁰⁹.

En attendant, reste aussi à savoir si les mesures créées par la *Loi 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption* (amélioration de l'accompagnement des adoptants, avant et après l'adoption, accompagnement obligatoire et suivi prolongé de l'adopté⁷¹⁰, création de l'Agence française d'adoption) arriveront à leur fin, c'est-à-dire l'augmentation du nombre d'adoptions⁷¹¹, qui n'a cessé de chuter depuis 2006⁷¹².

⁷⁰⁶ C.E.D.H., 22 janvier 2008 (*E.B. c. France*).

⁷⁰⁷ Marie-Christine Le Boursicot, « La *Kafala* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 280, à la p. 282.

⁷⁰⁸ Jacqueline Rubellin-Devichi, « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale » (2008) 2 *Informations sociales* n° 146, à la p. 44.

⁷⁰⁹ Jacqueline Rubellin-Devichi, « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale » (2008) 2 *Informations sociales* n° 146, à la p. 45.

⁷¹⁰ Article 225 Code de l'action sociale et des familles.

⁷¹¹ Anh Ton Nu Lan-Roman, « Les modifications apportées par la Loi du 4 juillet 2005 en matière d'adoption », Colloque Filiation et adoption : les réformes opérées par l'Ordonnance no 2005-759 et La loi no 2005-744 du 4 juillet 2005, présenté à Marseille, 16 décembre 2005, aux p. 73-78.

⁷¹² Le nombre est passé de 3985 en 2006 à 3016 en 2009 : statistiques relatives à l'adoption internationale disponibles sur le site du ministère des affaires étrangères et européennes : http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/actions-france_830/adoption-internationale_2605/index.html (page consultée le 23 novembre 2010).

2.2. État de situation au Québec

2.2.1. Historique et influences du droit de l'adoption

Bien que le Québec et la France soient tous deux de tradition civiliste, l'adoption a, au Québec, d'abord été conçue comme un mécanisme de protection de l'enfance, avant d'être un mécanisme de filiation. Cette différence peut s'expliquer par l'influence de la *common law*, mais aussi par la situation socio-culturelle qui était propre au Québec au moment où l'adoption s'y est développée. La notion d'intérêt de l'enfant en droit québécois a été fortement influencée par la *common law*, notamment par la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, qui, en 1987, a affirmé que cette notion est la pierre angulaire du droit québécois en ce qui concerne les décisions prises à l'égard de l'enfant⁷¹³. Historiquement et contrairement à la société française⁷¹⁴, les sociétés de *common law* ont ignoré la possibilité d'un transfert volontaire et irrévocable des droits et devoirs parentaux. C'est devant le nombre croissant d'abandons d'enfants que l'adoption a été instaurée dans ces sociétés, d'abord dans un esprit protectionniste orienté vers une prise en charge complète de l'enfant. C'est ce même esprit qui a teinté l'institution dès son apparition dans la belle province. Sans surprise, la première loi québécoise a été calquée sur la loi ontarienne⁷¹⁵. Au Québec, les enfants adoptés étaient souvent le produit de relations hors mariage, le « fruit de la honte » dans cette société très catholique à l'époque⁷¹⁶. Ces enfants étaient confiés très rapidement à des organisations religieuses, qui s'empressaient de les baptiser, et l'adoption avait lieu alors qu'ils étaient souvent poupons. L'adoption était présentée comme un acte

⁷¹³ C. (G.) c. V.-F., [1987] 2 R.C.S. 244, Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, aux p. 261-262.

⁷¹⁴ Selon Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 29 : « (en 1923) l'enfant français est considéré comme appartenant à ses parents, ce qui implique la possibilité de renoncer à la puissance paternelle même si l'abandon est perçu en France comme un acte contraire à la nature. Les juristes français acceptent plus facilement l'idée que les parents puissent renoncer à la puissance paternelle par un simple acte de volonté. De tous temps, la volonté a joué un rôle plus actif dans le droit de la filiation en France qu'au Québec. »

⁷¹⁵ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 28.

⁷¹⁶ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 25.

charitable du « bon catholique ». Le système permettait de conserver le secret pour permettre à la mère biologique de refaire sa vie, voire se marier et avoir des enfants légitimes. Il permettait aussi de « préserver les apparences » en ce que les adoptants pouvaient présenter l'enfant adopté comme le leur⁷¹⁷ et, le plus souvent, lui cacher son histoire antérieure⁷¹⁸. Cette situation n'est pas sans nous rappeler étrangement le contexte socio- culturel arabe actuel. Bien que remise en question, cette culture du secret demeure une valeur très forte en droit québécois. Elle empreigne encore toute l'institution, que ce soit en ce qui a trait à l'accès aux dossiers administratifs ou judiciaires⁷¹⁹, au processus judiciaire lui-même⁷²⁰ ou dans l'optique d'éventuelles retrouvailles⁷²¹. Même les règles du consentement sont comparativement plus strictes au Québec qu'ailleurs⁷²². À part le consentement spécial, les arrangements entre famille sont interdits et le consentement général ne peut valablement être donné qu'au D.P.J.⁷²³ Cette attitude reflète encore une fois le modèle protectionniste auquel a adhéré notre société.

2.2.2. Le monopole de l'adoption plénière

C'est à la suite des pressions découlant de la surpopulation dans les orphelinats et du besoin de mieux asseoir l'autorité des adoptants sur les enfants pris en charge (dans le but de favoriser une intégration parfaite) que la première loi sur l'adoption fut introduite au

⁷¹⁷ Au moment de l'adoption, un nouvel acte de naissance était rédigé.

⁷¹⁸ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 25.

⁷¹⁹ Articles 582, 584 C.c.Q. : les dossiers sont confidentiels, sauf exception stricte.

⁷²⁰ Les règles de procédure empêchent les parents biologiques de connaître l'identité des adoptants et vice-versa : articles 823.1 et 823.2. du Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25 (« C.p.c. »).

⁷²¹ Article 583 C.c.Q. : il est exigé le consentement des parties préalablement aux retrouvailles. Toutefois, il a été proposé de modifier la règle pour qu'au contraire, l'obtention des renseignements confidentiels soit permise à moins de veto de la part des intéressés (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, prévoit l'ajout des articles 582.1 et 582.2. C.c.Q.).

⁷²² Notamment en France, aux États-Unis et dans le reste du Canada. En France, au début du 20^e siècle, le transfert direct de l'enfant entre le parent biologique et l'adoptant était permis. Ce n'est qu'en 1966 qu'une limite est instaurée pour certains enfants plus à risque de « marchandage ».

⁷²³ Article 32g) de la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

Québec en 1924⁷²⁴. Cette loi constituait une reconnaissance légale de l'adoption de fait qui y était déjà répandue depuis la Conquête⁷²⁵. En effet, le *Code civil du Bas-Canada* ne contenait aucune disposition sur l'adoption et l'adoption de fait était commune, sans toutefois bénéficier d'une reconnaissance légale⁷²⁶. Or, malgré les changements importants qu'a connus l'institution au cours des années⁷²⁷, le monopole de l'adoption plénière règne depuis 1924.

Bien que la notion d'intérêt de l'enfant ait été tout de même présente dans cette première législation⁷²⁸, celle-ci ne faisait pas de l'adopté l'égal de l'enfant légitime. Ce n'est qu'en 1969 que l'intérêt de l'enfant⁷²⁹ est devenu la considération majeure de son adoption, une condition *sine qua none*, et que son statut a été reconnu (droits alimentaires et successoraux)⁷³⁰. Cet intérêt a été renforcé par les réformes subséquentes, en 1982 et en 1994, et l'égalité a finalement été parachevée par le nouveau *Code civil de 1980*⁷³¹.

Le principe phare de l'adoption est qu'elle doit se faire dans l'intérêt de l'enfant⁷³² et aux conditions de la loi⁷³³. La jurisprudence a d'ailleurs statué que cet intérêt doit être vérifié par les intervenants durant l'entièreté du processus et non pas uniquement lors du prononcé de l'adoption⁷³⁴. Parmi les conditions de la loi, l'adoptant doit être majeur et

⁷²⁴ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 27.

⁷²⁵ *Loi concernant l'adoption*, 14 Geo. V., 1924.

⁷²⁶ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 24.

⁷²⁷ L'adoption a été ouverte aux personnes célibataires et aux couples homosexuels, les adoptés ne sont plus uniquement des enfants abandonnés formellement, mais peuvent aussi être des enfants négligés par leurs parents.

⁷²⁸ En effet, l'adoption doit se faire si elle apporte un avantage à l'enfant.

⁷²⁹ Le principe selon lequel l'adoption ne peut être prononcée que dans l'intérêt de l'enfant se retrouve désormais à l'article 543 C.c.Q.

⁷³⁰ *Loi sur l'adoption*, L.Q. 1969, c. 64, article 2.

⁷³¹ *Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille*, L.Q. 1980, c. 39.

⁷³² L'article 33 C.c.Q. est la pierre angulaire en la matière et les facteurs cités au deuxième alinéa de l'article servent à en baliser les contours.

⁷³³ Article 543 C.c.Q.

⁷³⁴ Sur cette question voir Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et*

capable d'exercer ses droits⁷³⁵. Il peut adopter seul ou conjointement, que ce soit avec son époux, conjoint civil ou de fait, de sexe différent ou de même sexe⁷³⁶. Il devra être âgé d'au moins 18 ans de plus que l'adopté⁷³⁷ et se soumettre avec succès à une évaluation psychosociale⁷³⁸. Dans le cadre de l'adoption d'un enfant mineur pour lequel n'a pas été émis un consentement général, l'enfant doit se trouver dans l'une des situations mentionnées à l'article 559 C.c.Q. Sa participation est requise tout au long du processus et son consentement à l'adoption constitue une condition *sine qua non* s'il a 14 ans ou plus⁷³⁹.

Le droit québécois ne reconnaît que l'adoption plénière et ce point de vue correspond encore à une représentation de la famille selon laquelle un enfant n'a que deux parents, auxquels est confiée l'entièreté des fonctions parentales⁷⁴⁰. Cette conception est aux antipodes de celle préconisée dans plusieurs sociétés où lesdites fonctions sont partagées entre plusieurs personnes⁷⁴¹. Les effets de l'adoption plénière sont les mêmes que ceux reconnus à l'adoption du même type par la législation française : la rupture totale du lien de filiation antérieur ainsi que la naissance des mêmes obligations que la filiation par le sang étant ses principales caractéristiques⁷⁴². L'adoption est aussi fermée en ce que les parents

d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié), aux p. 69-71.

⁷³⁵ Article 546 C.c.Q.

⁷³⁶ Article 546 C.c.Q., *Loi instituant l'union civile et établissant de nouvelles règles de filiation*, L.Q. 2002, c.6.

⁷³⁷ En principe, sauf exception de l'adoption par le conjoint: article 547 C.c.Q.

⁷³⁸ Exception faite des adoptants bénéficiant d'un consentement spécial. Cette règle est appelée à changer avec l'avant projet de loi, qui propose de modifier l'article 568 C.c.Q. pour prévoir explicitement que le tribunal peut exiger cette évaluation. Pour l'adoption interne, cette condition n'est pas établie dans une disposition particulière. Pour l'adoption internationale, l'évaluation est obligatoire et est prévue à l'article 563 C.c.Q.

⁷³⁹ Articles 34 et 549 C.c.Q.

⁷⁴⁰ Articles 577 et 579 C.c.Q. Voir Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16.

⁷⁴¹ Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, au paragraphe 10.

⁷⁴² Article 578 C.c.Q.

biologiques et adoptifs ignorent leur identité mutuelle (sauf bien évidemment dans le cas de consentement spécial) tout au long du processus d'adoption et même après⁷⁴³. Le régime actuel de l'adoption au Québec peut être qualifié de « tout ou rien »⁷⁴⁴, ce qui n'est ni idéal ni représentatif de la réalité selon la soussignée. Les tribunaux se sont dans l'ensemble portés défenseurs de cette conception, tel qu'il appert par exemple de la difficulté rencontrée par les membres de la famille biologique d'obtenir des droits d'accès sur l'adopté⁷⁴⁵. Comme le soulignait très justement la professeure Carmen Lavallée :

S'il est tout à fait compréhensible et justifié pour un adulte qui s'investit auprès d'un enfant aux plans affectif, éducatif et financier de demander que cet investissement se traduise en termes juridiques, en droits et en obligations réciproques, cette reconnaissance doit-elle forcément être marquée jusque dans la filiation de l'enfant? Le fait que la loi ne prévoit pas d'alternatives pour répondre à une demande parfaitement justifiable, ne devrait-il pas plutôt conduire à un questionnement concernant les modifications législatives qui s'imposent plutôt qu'à une application tous azimuts des règles législatives de l'adoption ?⁷⁴⁶

Voyons à présent comment cette conception québécoise de l'adoption se traduit lorsqu'il s'agit d'introduire des notions étrangères au droit québécois.

2.2.3. L'adoption internationale

2.2.3.1. Généralités et droit applicable

⁷⁴³ Bien que l'adoption dite « ouverte » soit de plus en plus développée. Sur la question voir Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, aux p. 27-29.

⁷⁴⁴ Françoise-Romaine Ouellette et Alain Roy, « Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption. Coup d'œil sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale » (2010) 48 *Revue juridique Thémis* 7-48.

⁷⁴⁵ En effet, ceux-ci sont considérés des tiers par rapport à l'enfant et ils devront faire la preuve qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de garder des relations avec eux, ce qui est en pratique difficile à faire: Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié), à la p. 123.

⁷⁴⁶ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 34.

La réalité québécoise de l'adoption internationale vise presque uniquement le cas de l'adoption d'un enfant dont le domicile d'origine est à l'étranger par des adoptants domiciliés au Québec⁷⁴⁷. À l'instar de la France, en langage économique, le Québec est un État « demandeur » d'enfants. C'est seulement en 1979 que sont posées les premières bases du régime de l'adoption internationale au Québec, suivies en 1981 d'une décision importante de la Cour suprême du Canada, qui a favorisé l'application cumulative des lois de l'adoptant et de l'adopté⁷⁴⁸. Au cours des années suivantes, le législateur enrichira ce cadre de plusieurs règles, pour finalement le refaçonner significativement par la *Loi du 1^{er} février 2006*⁷⁴⁹. Cette Loi a pour but d'aligner la législation québécoise sur la Convention de La Haye ratifiée par le Canada⁷⁵⁰, ce qui n'affecte pas directement les enfants sous kafala puisqu'il ne s'agit pas « d'adoption » au sens de ladite Convention. Bien qu'elle touche un nombre important d'adoptions, la question des adoptions conventionnées⁷⁵¹ ne sera pas examinée ici puisqu'elle n'est pas pertinente dans le contexte de kafala⁷⁵². Soulignons au passage qu'un avant projet de loi (ci après « avant projet de loi »)⁷⁵³, encore à l'étude, pourrait éventuellement apporter quelques changements non majeurs au droit québécois de l'adoption internationale⁷⁵⁴. En dehors des adoptions conventionnées, les règles régissant l'adoption internationale se trouvent donc principalement dans la section du

⁷⁴⁷ Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, au paragraphe 131.

⁷⁴⁸ *Paquette c. Galipeau*, [1981] 1 R.C.S. 28 rapportée dans Patrick Glenn, « Le droit international privé du divorce et la filiation adoptive : un renversement de la méthodologie conflictuelle » (1988) 19 Rev. Gen. 359, à la p. 369. Cette application cumulative a été écartée 2 ans plus tard par le législateur québécois.

⁷⁴⁹ *Loi assurant la mise en œuvre de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions en matière d'adoption*, L.Q. 2004, c.3 (« Loi du 1^{er} février 2006 »)

⁷⁵⁰ Carmen Lavallée, « La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en œuvre en droit québécois » (2005) 35 R.D.U.S. 357-374.

⁷⁵¹ Nous entendons par « adoptions conventionnées » celles impliquant des États contractants à la Convention de La Haye.

⁷⁵² Comme nous l'avons déjà vu, la kafala est exclue du champ d'application de la Convention de La Haye, qui, de toute manière, n'a pas été ratifiée par les pays musulmans. Voir section 1.4.2 v.).

⁷⁵³ 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 légis. (Qc).

⁷⁵⁴ Nous en ferons mention en note en bas de page pour ne pas alourdir inutilement le texte.

Code civil portant sur l'adoption⁷⁵⁵, dans le dixième livre du même Code consacré au droit international privé, ainsi que dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*⁷⁵⁶.

La différence entre les adoptions interne et internationale réside principalement dans l'élément d'extranéité qui colore cette dernière : « seul un élément d'extranéité, tel le domicile de l'une des parties, entraîne l'application des règles de droit international privé »⁷⁵⁷. Bien que le Directeur de la protection de la jeunesse (« D.P.J. ») conserve une petite partie de ses pouvoirs⁷⁵⁸, c'est le Secrétariat à l'adoption internationale (« S.A.I. ») qui joue un rôle central en cette matière. En plus de délivrer les autorisations préalables aux démarches, le S.A.I. est garant de la légitimité de l'ensemble du processus et de la conservation des dossiers d'adoption internationale. Sauf exception, depuis le 1^{er} février 2006, toutes les démarches d'adoption internationale doivent se faire via un organisme agréé⁷⁵⁹. L'adoptant doit impérativement se soumettre à une évaluation psychosociale, qui, si elle est positive, lui permettra d'ouvrir un dossier à l'étranger via l'organisme agréé, à la condition évidemment de répondre aux critères du pays où il désire adopter⁷⁶⁰. Ultimement, ce sont les autorités étrangères qui décideront si elles laissent ou non l'enfant quitter le pays.

Depuis 1983, le législateur québécois a choisi d'appliquer la règle de la *lex domicili*. Ainsi, le consentement du parent biologique et l'admissibilité de l'enfant à l'adoption se conformeront aux règles du domicile de l'enfant⁷⁶¹. L'adoptant devra quant à lui répondre aux conditions de la loi de son domicile et les effets de l'adoption seront ceux de cette même loi, que cette adoption soit prononcée au Québec ou qu'elle soit prononcée à

⁷⁵⁵ Chapitre 2 du titre 2 « De l'adoption », articles 543-584.

⁷⁵⁶ Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, aux paragraphes 128-188.

⁷⁵⁷ *En matière d'adoption : A. et B.*, 2006 Q.C.C.Q. 8524, au paragraphe 30.

⁷⁵⁸ Voir la *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1, articles 71.4 à 71.15.

⁷⁵⁹ La possibilité pour l'adoptant d'effectuer des démarches par lui-même a été retirée de l'article 564 C.c.Q.

⁷⁶⁰ Même si concrètement le juge québécois sera, lui, amené à vérifier si l'adoptant remplit les conditions québécoises.

⁷⁶¹ Article 3092 C.c.Q.

l'étranger puis reconnue postérieurement par nos tribunaux⁷⁶². Aux fins de l'adoption, le domicile de l'enfant est celui au moment où les procédures d'adoption sont entamées, le plus souvent son domicile d'origine⁷⁶³. L'article 565 C.c.Q. prévoit que l'adoption d'un enfant domicilié hors du Québec peut être prononcée soit à l'étranger, soit au Québec⁷⁶⁴. Ainsi, si l'acte provient de l'étranger⁷⁶⁵, il devra faire l'objet d'une reconnaissance par les tribunaux québécois⁷⁶⁶. Si au contraire cette tâche est confiée à nos magistrats, il faudra, tout comme pour une adoption interne, d'abord procéder au placement pour ensuite prononcer le jugement d'adoption comme tel⁷⁶⁷.

Tout comme l'adoption d'un enfant québécois, l'adoption de l'enfant étranger n'est possible que si cela est dans son intérêt et qu'elle obéit aux conditions de la loi. Avant d'ordonner le placement de l'enfant conformément à 568 C.c.Q., le tribunal doit, en vertu de 3092 C.c.Q., s'assurer que l'enfant est adoptable et que les consentements nécessaires ont été donnés dans le respect de la loi de son domicile, ce qui implique une connaissance de cette loi étrangère. Il est du devoir du juge de s'enquérir de cette loi, il *doit* l'appliquer, sous réserve bien sûr que son application viole l'ordre public international⁷⁶⁸. Il n'appliquera la loi québécoise que si le droit étranger ne connaît aucune règle d'adoption ou s'il conduirait à un résultat manifestement incompatible avec l'ordre public. Le juge doit au surplus s'assurer que le consentement a été donné en vue d'une adoption plénière, ce qui n'est pas aisé lorsque le pays d'origine ne reconnaît pas ce type d'adoption⁷⁶⁹. Après l'ordonnance de placement et conformément à l'article 566 C.c.Q., le juge prononcera

⁷⁶² Articles 581 et 3092 C.c.Q.

⁷⁶³ *En matière d'adoption : A. et B.*, 2006 Q.C.C.Q. 8524, aux paragraphes 31-32.

⁷⁶⁴ Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, aux paragraphes 161 et suivants.

⁷⁶⁵ Dans un pays non conventionné. Si le pays est partie à la Convention de La Haye, la reconnaissance se fait de plein droit : article 565 C.c.Q. L'adoptant devra dans ce cas là déposer le certificat de conformité du S.A.I. accompagné de la Déclaration contenant nom et prénom de l'adopté.

⁷⁶⁶ En principe les décisions rendues à l'étranger, y compris d'adoption, sont reconnues et déclarées exécutoires conformément à l'article 3155 C.c.Q., sauf notamment si elles violent l'ordre public international.

⁷⁶⁷ Article 565 C.c.Q.

⁷⁶⁸ Article 3081 C.c.Q.

⁷⁶⁹ Article 568 al 1 C.c.Q. Voir à sujet Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005.

l'adoption de l'enfant domicilié à l'étranger que s'il a vécu six mois avec les adoptants. Si le juge est plutôt appelé à reconnaître une décision d'adoption rendue à l'étranger, bien qu'il ne doive pas procéder à un examen au fond de ladite décision⁷⁷⁰, il devra quand même s'assurer que le consentement a été fourni en fonction d'une adoption qui rompt définitivement le lien de filiation⁷⁷¹.

Si la loi du domicile de l'enfant interdit l'adoption (Maroc, Algérie, Liban dans certains cas), cette loi ne sera pas considérée « silencieuse ». Par conséquent, l'enfant ne pourra ni bénéficier d'une ordonnance de placement en vue de son adoption ni d'une adoption au Québec. Il ne sera tout simplement pas adoptable⁷⁷². Rappelons le, le consentement doit être donné selon les règles en vigueur dans le pays d'origine ; or, on voit mal comment un consentement à l'adoption peut être donné valablement dans un pays qui l'interdit!⁷⁷³ Selon les auteurs Goldstein et Groffier, on ne peut exclure ces dispositions prohibitives au nom de l'ordre public de 3081 C.c.Q. Pour qu'il y ait « conversion » d'une adoption simple en adoption plénière (à l'intérieur ou en dehors du cadre de la Convention de La Haye⁷⁷⁴) au Québec où seule existe l'adoption plénière, encore faut-il qu'il s'agisse d'une institution *de filiation*, ce qui n'est pas le cas de la kafala, qui ne crée aucun lien de filiation. Notons que la conversion est permise par l'article 9 al 3 de la *Loi du 1^{er} février 2006* ainsi que par l'article 27(1) de ladite Convention de La Haye. À l'extérieur de ce cadre, la « conversion » est réalisée par l'effet simultané des articles 3092, 574 et 581 C.c.Q. Le juge doit s'assurer que le consentement d'origine en est un qui rompt définitivement le lien de filiation⁷⁷⁵.

⁷⁷⁰ Article 3158 C.c.Q.

⁷⁷¹ Article 574 C.c.Q. et la procédure sera régie par les articles 825.6. et 825.7 C.p.c.

⁷⁷² Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, à la p. 187.

⁷⁷³ Chantal Collard, Carmen Lavallée et Françoise-Romaine Ouellette, « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » (2006) 5 *Enfances, familles et générations* 1-16, au paragraphe 36.

⁷⁷⁵ Sur cet élément controversé qu'est la conversion voir Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, aux p. 200-201.

Relativement à la notion de domicile, l'article 80 C.c.Q. pourrait permettre l'adoption interne d'un enfant domicilié à l'origine à l'étranger, voire dans un État interdisant l'adoption. En effet, une fois en sol canadien, l'enfant est domicilié chez son tuteur, au Québec, et par conséquent les règles applicables à l'adoption interne pourraient lui être appliquées⁷⁷⁶. Pour pouvoir employer ce raisonnement, la jurisprudence a statué restrictivement qu'il fallait démontrer l'absence de fraude à la loi, autrement dit que l'adoptant n'a pas procédé à la kafala comme une étape préalable à l'adoption par ailleurs interdite dans le pays en question. Autrement, il ne peut pas déplacer l'enfant au Québec pour sciemment en demander l'adoption une fois au pays⁷⁷⁷. La Cour a permis le recours à cette technique dans un dossier où les requérants qui demandaient une ordonnance de placement en vue d'adoption, un couple d'Algériens, avaient attendu plus de six ans entre l'octroi de la kafala en Algérie et leur immigration avec l'enfant au Québec⁷⁷⁸. Au moment de l'octroi de la kafala, la Juge souligne qu'ils ne visaient pas à contourner les dispositions québécoises d'adoption internationale, car ces dispositions ne leur étaient pas applicables à ce moment là ; la kafala n'avait alors aucune implication internationale⁷⁷⁹. Tel qu'en fait foi l'arrêt intitulé *Droit de la famille 3403*⁷⁸⁰, la preuve est très difficile à faire. Dans cet arrêt, les appelants demandaient une ordonnance de placement en vue de l'adoption d'enfants devenus Canadiens qui leur avaient été confiés au Maroc onze ans auparavant. Ils invoquaient que ces enfants étaient domiciliés au Québec, et que par conséquent, la loi québécoise s'appliquait. La Cour a accueilli l'appel pour d'autres motifs, mais a refusé de reconnaître le changement de domicile des enfants. À la question « le passage du temps (près de 11 ans depuis l'arrivée de la première enfant) suffit-il à lui seul à modifier les

⁷⁷⁶ Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, à la p. 191. Cette situation ressemble à celle des enfants sous kafala devenus Français, auxquels le droit français devient applicable et qui deviennent de ce fait adoptables.

⁷⁷⁷ Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, à la p. 191.

⁷⁷⁸ *En matière d'adoption : A et B*, 2006 Q.C.C.Q. 8524.

⁷⁷⁹ Il y avait absence de fraude : paragraphe 50. Au paragraphe 55, la Cour affirme, en faisant référence aux membres de la cellule familiale en question: « Tous, domiciliés en Algérie, ils ont bénéficié du meilleur régime de protection pour l'enfant en conformité des lois de leur domicile. Tous immigrés et domiciliés au Québec, ils demandent de bénéficier d'un régime permis par les lois de leur domicile, le Québec. »

⁷⁸⁰ *C... C... et V...Q... c. Directeur de la protection de la jeunesse des centres jeunesse de la Montérégie*, [2000] R.J.Q. 2252 (C.A.).

conditions d'admissibilité à l'adoption ? »⁷⁸¹, le juge Forget a répondu négativement, étant d'avis qu'on « ne puisse invoquer le domicile actuel des enfants pour prétendre que l'adoption doive se faire en ignorant les règles relatives à l'adoption internationale. »⁷⁸² Après tout, ce contournement reviendrait à faire indirectement ce que la loi interdit, ce que les autorités québécoises n'apprécient guère. Soulignons en passant une autre décision, dans laquelle la juge Durand-Brault, saisie d'une demande de reconnaissance d'un jugement d'adoption rendu hors Québec, a refusé d'assimiler la kafala à une adoption, tout en invitant les requérants algériens à se prévaloir de l'adoption interne. Celle-ci serait évidemment possible seulement dans l'optique où l'enfant serait véritablement domicilié au Québec⁷⁸³. Dans une décision de novembre 2007, l'Honorable Jacques Roy, à la demande du Procureur général du Québec, a rétracté un jugement d'adoption rendu par son collègue quelques mois auparavant⁷⁸⁴. Il s'est basé sur le fait que le domicile de l'adopté était le Maroc et non le Québec et que, par conséquent, ce sont les règles sur l'adoption internationale qui auraient dû s'appliquer, et non celles sur l'adoption interne⁷⁸⁵.

2.2.3.2. Situation des enfants sous kafala : l'écart entre la théorie et la pratique

Selon les tribunaux québécois, la kafala est une mesure acceptable de protection de l'enfant. En 2007, l'Honorable Carole Julien de la Cour supérieure écrivait : « la kafala n'est pas incompatible avec l'ordre public international découlant des conventions ni même avec le droit civil québécois. Il s'agit, selon la preuve, d'une institution honorable et visant l'intérêt de l'enfant. »⁷⁸⁶ Cela étant dit, à notre avis, deux constats s'imposent : *primo*, jusqu'à récemment, les tribunaux semblaient assez mal connaître l'institution de la kafala et

⁷⁸¹ C... C... et V...Q... c. Directeur de la protection de la jeunesse des centres jeunesse de la Montérégie, [2000] R.J.Q. 2252 (C.A.), au paragraphe 46.

⁷⁸² C... C... et V...Q... c. Directeur de la protection de la jeunesse des centres jeunesse de la Montérégie, [2000] R.J.Q. 2252 (C.A.), au paragraphe 51.

⁷⁸³ Re : Z..., Z... E..., 2005 CanLII 49298 (Q.C.C.Q.), au paragraphe 67.

⁷⁸⁴ Adoption 07536, 2007 Q.C.C.Q. 21881.

⁷⁸⁵ Le même raisonnement a été suivi dans *Dans la situation de B.M.(A.)*, 2002 CanLII 28550 (QC C.Q.).

⁷⁸⁶ *A et B c. Le procureur général du Québec*, 2007 Q.C.C.S. 2087, au paragraphe 30.

secondo, la jurisprudence demeure ambiguë quant à savoir si les enfants recueillis sous kafala sont adoptables.

Avec tout le respect dû aux tribunaux, nous aimerions débiter cette analyse jurisprudentielle en nous attardant sur un arrêt qui mérite d'être critiqué, soit *Droit de la famille 3403*⁷⁸⁷. La Cour d'appel y a jugé que la preuve selon laquelle la loi marocaine interdisait l'adoption n'était pas suffisante pour conclure à sa prohibition au Maroc. Il est vrai qu'aucun juriste étranger n'était venu témoigner à ce sujet. Par contre, pour conclure « qu'un jugement d'adoption peut être rendu selon le droit marocain »⁷⁸⁸, la Cour se base, à tort selon la soussignée, notamment sur le fait que dans les traductions françaises de documents écrits en arabe apparaît le terme « adoption » à plusieurs reprises⁷⁸⁹. Pourtant, personne n'était venu authentifier ces traductions. Or, il est clair que le droit marocain interdit l'adoption et on peut penser que les traducteurs en question n'étaient pas juristes et que le terme « adoption » a été mal employé en l'espèce. D'ailleurs, dans une affaire de kafala de 2005, la juge Durand-Brault convenait, en faisant référence à un document instituant une kafala et traduit de l'arabe, que « le traducteur l'a erronément intitulé Acte d'adoption ainsi que les parties en ont convenu lors de l'audience »⁷⁹⁰. Cette hypothèse est très plausible considérant les problèmes de non concordance qui surviennent assez souvent entre les versions arabe et française des textes législatifs arabes⁷⁹¹. Également troublant, la Cour ignore le fait que le droit marocain « de l'adoption » ne crée aucun lien de filiation entre « l'adopté » et « l'adoptant ». Or, ce lien de filiation est un élément fondamental de

⁷⁸⁷ Pour une autre critique de cet arrêt voir Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, aux p. 148-150.

⁷⁸⁸ *Droit de la famille 3403*, au paragraphe 60 : ce avec quoi nous sommes en désaccord. Il est pourtant troublant de constater que ce passage est repris dans une décision rendue sept ans plus tard dans *A et B c. Le procureur général du Québec*, 2007 Q.C.C.S. 2087, au paragraphe 54.

⁷⁸⁹ *Droit de la famille 3403*, au paragraphe 61.

⁷⁹⁰ *Re : Z..., Z... E...*, 2005 CanLII 49298 (Q.C.C.Q.), au paragraphe 8.

⁷⁹¹ Malgré le fait que la soussignée ne lise pas l'arabe, elle a pu constater à plusieurs reprises que la doctrine souligne assez souvent la non correspondance entre la version arabe et française d'un même texte de loi. Par exemple, dans la loi tunisienne, la version française exige le consentement de l'enfant à son adoption alors que la version arabe originale ne l'exige pas. Les tribunaux appliquent la règle correspondant à la version arabe du texte.

l'adoption. Elle se contente plutôt de souligner que le droit marocain prohibe la rupture du lien de filiation entre l'enfant et ses parents biologiques⁷⁹². Il est exact d'affirmer, comme la Cour le fait, que les *effets* de l'adoption n'ont pas à être les mêmes au Québec et dans le pays d'origine pour que l'enfant soit adopté ici, mais avec déférence, la Cour erre lorsqu'elle affirme qu'en l'espèce, « les règles relatives au consentement ou à l'admissibilité à l'adoption de l'enfant ont été respectées selon la loi de son domicile »⁷⁹³. À la lumière de ce qui précède, elle n'aurait pas dû accueillir les demandes d'ordonnance de placement en vue d'adoption, mais ce faisant, elle a ouvert une dangereuse brèche⁷⁹⁴. À notre avis, cette décision démontre bien l'importance d'apporter une preuve *claire* du droit étranger et prouve la grande pertinence de l'obligation pour le juge d'exiger cette preuve⁷⁹⁵. Sans surprise, sept ans plus tard dans une autre affaire de kafala, le D.P.J. tentait de distinguer cet arrêt des faits qui étaient en cause⁷⁹⁶. L'appelant y demandait la reconnaissance de jugements marocains par lesquels les autorités lui confiaient la kafala d'enfant et lui permettait de s'installer définitivement au Canada avec l'intéressé. Le Procureur général plaidait fraude à la loi en ce que cette demande de reconnaissance constituait simplement la première étape avant une demande d'adoption autrement régie par les lois portant sur l'adoption internationale. Il invoquait le fait que cette reconnaissance aurait pour résultat de violer l'ordre public⁷⁹⁷. La Cour conclut à l'absence de fraude⁷⁹⁸ et à l'absence de violation de l'ordre public⁷⁹⁹. Sans se prononcer sur les éventuels effets que la Cour du Québec, chambre de la jeunesse, attribuera à ces jugements, elle les reconnaît et les

⁷⁹² *Droit de la famille 3403*, au paragraphe 61.

⁷⁹³ *Droit de la famille 3403*, au paragraphe 63.

⁷⁹⁴ En effet, cette brèche, pour employer le terme de la Cour, a été invoquée par la suite, notamment par les requérants dans *A. et B. c. Procureur général du Québec*, 2008 Q.C.C.Q. 14414 (C.Q.), sans succès.

⁷⁹⁵ En effet, rappelons-le, il s'agit d'une obligation de la part du juge, comme l'a rappelé le Juge D'amours dans *Droit de la famille 2906* (14 octobre 1997), Montréal, dossier 525-43-001194-972.

⁷⁹⁶ *A et B c. Le procureur général du Québec*, 2007 Q.C.C.S. 2087, au paragraphe 32 : « Selon le P.G. et la DPJ, l'environnement juridique a été modifié depuis cette décision de la Cour d'appel rendue en 2000. Elle ne devrait pas être suivie. Le contexte factuel était également différent, les quatre enfants visés par cette décision résidant au Québec. Le contexte procédural n'était pas le même, s'agissant d'un appel d'une décision de la Cour du Québec, chambre de la jeunesse, en matière d'adoption. »

⁷⁹⁷ Article 3155 al 5 C.c.Q.

⁷⁹⁸ *A et B c. Le procureur général du Québec*, 2007 Q.C.C.S. 208, au paragraphe 48.

⁷⁹⁹ *A et B c. Le procureur général du Québec*, 2007 Q.C.C.S. 2087, au paragraphe 37.

rend exécutoires. La Juge Julien laisse tout de même la porte ouverte en écrivant au paragraphe 63 dudit jugement qu'il « n'est donc pas possible de conclure de façon évidente que A ne puisse adopter X et que celui-ci ne puisse s'établir au Québec avec lui, son père adoptif ou, à tout le moins, son tuteur, au sens de la décision de la Cour d'appel. » La juge ajoute que « le concept de protection de l'enfant fondé sur la kafala crée une incertitude juridique manifestée par l'évolution des jugements rendus en Cour du Québec avant et après la décision de la Cour d'appel [*Droit de la famille 3403*]. Cette incertitude doit être résolue à la lumière des enseignements de la Cour d'appel. »⁸⁰⁰

Cette décision constitue le début d'une longue saga. En effet, en mai 2008, le juge Robert Proulx fermait la porte laissée ouverte par la Juge Carole Julien et rejetait la requête en adoption de l'enfant en question, jugeant que la décision de kafala rendue au Maroc ne constituait pas une adoption⁸⁰¹. À la suite de cet échec, le requérant demandait une autre reconnaissance, cette fois d'une décision marocaine datant du 19 novembre 2008 et autorisant le D.P.J. du Québec à régulariser la situation de l'enfant sous kafala désormais domicilié au Québec⁸⁰². Dans une décision rendue le 13 juillet 2009 par la Juge Carole Julien, la requête était accueillie pour les mêmes motifs que ceux contenus dans son jugement rendu en 2007⁸⁰³. Toutefois, encore une fois, la Cour n'assimile pas cette simple reconnaissance à une adoption.

⁸⁰⁰ *A et B c. Le procureur général du Québec*, 2007 Q.C.C.S. 2087, au paragraphe 52. Toutefois, heureusement, la preuve du droit étranger marocain a été correctement administrée dans cette affaire, voir les paragraphes 17 à 27.

⁸⁰¹ *A. et B. c. Procureur général du Québec*, 2008 Q.C.C.Q. 14414 (C.Q.).

⁸⁰² Jusqu'au jugement sur cette requête, les autres dossiers (en appel d'une décision concernant l'immigration rendue par le Tribunal administratif du Québec et requête pour ordonnance d'un placement en vue d'une adoption) des requérants étaient suspendus.

⁸⁰³ *S. (M.) c. Procureur général du Québec*, EYB 2009-163033, au paragraphe 40. Avec respect, nous notons qu'au paragraphe 65 de son jugement, la juge affirme à tort qu'en France, l'adoption d'enfant sous kafala est possible si le consentement a été donné en vue d'une adoption répondant aux conditions françaises. Or, cela n'est plus le cas depuis la Loi de 2001.

En 2005, dans une décision où la juge saisie relatait qu'une preuve extensive du droit étranger arabe avait été faite⁸⁰⁴, on rejeta la demande de reconnaissance d'un jugement « d'adoption » (dans les faits, de kafala) rendu hors Québec. En effet, à juste titre, la Cour conclut que la loi algérienne ne reconnaît pas l'adoption et que la kafala ne crée nullement de lien de filiation. Par conséquent, malgré le fait que la juge souligne que les requérants avaient respecté à la lettre la loi du domicile de l'enfant, « il reste que de toute évidence, la preuve dans son ensemble démontre que l'enfant concerné n'a jamais été adopté en Algérie puisque la loi stipule explicitement qu'une telle institution non seulement s'avère inexistante dans ce pays, mais serait même contraire à la loi.»⁸⁰⁵ La juge a écarté la décision de la Cour d'appel que nous avons critiquée, en la distinguant des faits devant elle⁸⁰⁶. Très justement, elle affirme : « l'enseignement de la Cour d'appel dans le cas cité plus haut est que le juge n'a pas à se préoccuper des effets marocains de la décision d'adoption. *Mais encore faut-il qu'il s'agisse bien d'une décision d'adoption.* [Nos italiques] »⁸⁰⁷ À notre avis, cette décision est bien-fondée compte tenu des conditions actuelles d'adoption, et ce, que l'on soit d'accord ou pas avec celles-ci et avec leurs conséquences sur la vie des enfants sous kafala. Après tout, l'intérêt de l'enfant ne peut justifier n'importe quoi : il n'est pas constitutif de droits à l'enfant⁸⁰⁸.

En terminant, quelques mots sur l'immigration des enfants sous kafala. À l'instar de la France, l'immigration de ces enfants est complexe, mais à la différence de la France, deux paliers de gouvernement entrent ici en jeu. L'octroi de la citoyenneté relève exclusivement de la compétence du Parlement fédéral, alors que l'immigration est une compétence partagée⁸⁰⁹. Le processus d'immigration d'un enfant adopté à l'étranger est relativement

⁸⁰⁴ *Dans la situation de : Z..., Z... E...*, 2005 CanLII 49298 (Q.C.C.Q.), au paragraphe 29.

⁸⁰⁵ *Dans la situation de : Z..., Z... E...*, 2005 CanLII 49298 (Q.C.C.Q.), au paragraphe 49.

⁸⁰⁶ *Dans la situation de : Z..., Z... E...*, 2005 CanLII 49298 (Q.C.C.Q.), au paragraphe 54.

⁸⁰⁷ *Dans la situation de : Z..., Z... E...*, 2005 CanLII 49298 (Q.C.C.Q.), au paragraphe 66.

⁸⁰⁸ Andréanne Malacket, *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié), aux p. 61-62.

⁸⁰⁹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91 et 95.

simple puisque la *Loi sur la citoyenneté*⁸¹⁰ permet l'octroi de la citoyenneté canadienne pour la très grande majorité des enfants adoptés par des parents québécois, sous réserve d'une déclaration écrite du S.A.I., attestant que l'adoption est conforme aux exigences du droit québécois en la matière (lettre de non opposition). Dans le cas de la kafala, les choses se compliquent puisque l'octroi de la citoyenneté n'est pas automatique. En vertu des règles d'immigration, l'enfant peut difficilement faire l'objet d'une démarche de parrainage sous la catégorie du regroupement familial. Par opposition à l'adopté ou l'enfant biologique, l'enfant sous kafala n'est pas un membre de la catégorie du regroupement familial tel que définit à l'article 19 du *Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers*⁸¹¹ puisqu'il n'est pas considéré comme un enfant à charge au sens de l'article 1d) du même Règlement⁸¹². Sans entrer dans les détails, le même raisonnement restrictif s'applique au fédéral⁸¹³. Depuis le 19 décembre 2008, le Ministère de l'Immigration et des Communautés culturelles (« MICC ») a mis en œuvre des politiques concernant le traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (kafala)⁸¹⁴. Le MICC distingue deux types de dossiers visant des enfants sous tutelle, soit les dossiers de requérants au Québec obtenant une tutelle (kafala) pour un enfant à l'étranger, et ceux visant des enfants sous tutelle vivant déjà dans une famille de candidats à l'immigration permanente. Or, selon ces mêmes instructions, ces enfants ne peuvent d'aucune façon être parrainés puisqu'ils ne sont pas des « enfants à charge »⁸¹⁵. Toutefois, les « parents » pourraient demander un certificat de sélection en vertu du pouvoir discrétionnaire du Ministre. Encore là, les instructions ordonnent le refus d'une telle demande puisque le Ministère y voit une forme de

⁸¹⁰ L.R.C. 1985, c. C-29, article 5.1. (entrée en vigueur le 17 avril 2008).

⁸¹¹ R.R.Q., c. I-0.2, r. 4.

⁸¹² C'est le raisonnement suivi par le Tribunal administratif du Québec, section des affaires sociales en matière d'immigration dans *M.S. c. Ministre de l'immigration et des communautés culturelles*, 2009 QCTAQ 5921 (CanLII).

⁸¹³ L'adoption doit être plénière : article 117 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, pris en vertu de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27.

⁸¹⁴ Québec, Direction des politiques, des programmes et de la promotion de l'immigration- services conseil aux immigrants candidats à l'immigration, *Notes sur les procédures en immigration : traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (kafala)*, NPI no. 2008-014, 19 décembre 2008.

⁸¹⁵ Québec, Direction des politiques, des programmes et de la promotion de l'immigration- services conseil aux immigrants candidats à l'immigration, *Notes sur les procédures en immigration : traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (kafala)*, NPI no. 2008-014, 19 décembre 200, à la p. 2.

contournement des règles d'adoption internationale⁸¹⁶. Par ailleurs, si l'enfant sous kafala vit depuis *déjà plusieurs années* avec des personnes parrainées sous regroupement familial, il pourrait, à certaines conditions strictes, être sélectionné. Pour pouvoir bénéficier de cette règle, une relation parent-enfant doit déjà avoir été établie depuis plusieurs années, l'enfant doit être mineur, orphelin ou né de parents inconnus et avoir été placé par décision entérinée judiciairement. Les deux ou un des deux « parents » doivent être du même pays d'origine que l'enfant, avoir reçu tutelle commune et s'engager à faire reconnaître judiciairement au Québec le jugement de kafala, et ce, dans les 90 jours de leur arrivée au Canada.⁸¹⁷

Conclusion de la partie B.2.

En France, le législateur a tranché la question de manière catégorique, assumant en quelque sorte que toutes les situations d'enfants sous kafala vivant ou appelés à vivre en France sont plus ou moins similaires. Ceux-ci sont contraints de vivre en France sans pouvoir y être adoptés par les personnes représentant leur figure parentale, du moins pendant un certain temps. Ce choix a été motivé par le désir d'éviter les situations dites boiteuses en droit international privé. À l'opposé de cette manière d'aborder la question, une auteure note que la tendance actuelle penche en faveur de la mise à l'écart des règles de droit international privé au profit de la notion d'intérêt de l'enfant à être adopté⁸¹⁸. Cette tendance laisserait donc une bonne marge de manœuvre au législateur québécois. Toutefois, la notion d'intérêt peut être invoquée autant à l'encontre qu'au soutien d'une adoption

⁸¹⁶ Québec, Direction des politiques, des programmes et de la promotion de l'immigration- services conseil aux immigrants candidats à l'immigration, *Notes sur les procédures en immigration : traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (kafala)*, NPI no. 2008-014, 19 décembre 2008, à la p. 2.

⁸¹⁷ Québec, Direction des politiques, des programmes et de la promotion de l'immigration- services conseil aux immigrants candidats à l'immigration, *Notes sur les procédures en immigration : traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (kafala)*, NPI no. 2008-014, 19 décembre 2008, à la p. 3.

⁸¹⁸ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 150.

internationale impliquant un enfant en provenance d'un État interdisant l'adoption⁸¹⁹. Devant cette incertitude, le législateur québécois peut soit privilégier une solution qui consisterait à respecter strictement le refus d'adoption des pays d'origine (à l'instar du législateur français), ou soit une solution plus individualisée à chaque espèce, centrée sur le consentement donné et l'intérêt *in concreto*, peu importe la prohibition étrangère. De ce point de vue, le législateur se trouve à la croisée des chemins.

Conclusion générale

⁸¹⁹ Carmen Lavallée, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, à la p. 150.

L'adoption a toujours été un sujet à la mode parce qu'elle fascine tout le monde: selon les psychologues, la filiation imaginaire joue un rôle important dans la construction de l'être humain ; tous ont déjà eu des sentiments contradictoires à l'idée que leurs parents pourraient ne pas être leurs « vrais » parents⁸²⁰. On se méfie de l'adoption, tel qu'en fait foi la maxime algérienne suivante : « Garde toi bien de trop hausser l'édifice fait en argile, à la longue il croulera ; et garde toi bien d'élever le fils d'autrui car son ralliement aux siens est inéluctable »⁸²¹. L'adopté est comparé à un mur sans fondation⁸²². D'ailleurs, les trois religions monothéistes ont été très réfractaires à l'institution, car portant atteinte à l'organisation divine des liens de parenté⁸²³. L'Église chrétienne l'a admise alors que les autorités juives continuent l'ignorent. La source principale du droit musulman, le Coran, considéré comme révélation directe de Dieu à l'*Umma*, interdit l'adoption de manière explicite dans deux sourates. Cette interdiction n'est pas surprenante quand on comprend la place de l'enfant dans l'Islam. Celui-ci appartient d'abord à sa famille, plus particulièrement à son père, et son identité se bâtit autour de sa filiation, nécessairement légitime et biologique. Non seulement celle-ci est-elle sacrée et immuable, mais c'est d'abord par elle que l'enfant a des droits et est placé sur une généalogie, d'où son importance. La création d'un lien de filiation entre l'adopté et l'adoptant est considérée comme contre-nature. Cette interdiction est encore considérée sacrée et respectée dans la grande majorité des pays où l'Islam est la religion d'État. Graduellement, les mentalités changent et des réformes du droit de la famille ont transformé ces sociétés, mais ces dernières n'ont jamais été drastiques. La tradition n'est jamais loin et le législateur arabo-musulman demeure soucieux de garder une image de soumission à l'Islam. Il faut dire que les droits de l'enfant au Moyen- orient n'occupent pas beaucoup l'espace politique et

⁸²⁰ Jacqueline Rebellin-Devichi, « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, 2001, à la p.342.

⁸²¹ Rapportée dans Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 37.

⁸²² Badra Moutassem-Mimouni, *Naissances et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001, à la p. 37.

⁸²³ Moussa Rezig, "Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption: étude comparative" (2004) 19 Arab L.Q. 147, à la p. 149.

médiatique. L'emphase des groupes de pression et des sociétés civiles est encore mise sur l'amélioration des droits des femmes⁸²⁴. Partout sur la planète, les enfants ont très peu d'influence sur les pouvoirs politiques, encore moins les enfants adoptés⁸²⁵.

Pour preuve de cet état de fait, la Tunisie demeure le seul État musulman du bassin méditerranéen à avoir permis l'adoption dans les années 1950⁸²⁶. Les communautés musulmanes libanaises, le Maroc et l'Algérie sont loin de l'admettre. Par contre, pour pallier cette interdiction, les sociétés arabo-musulmanes ont développé des alternatives dont la kafala. Certes, l'adoption est interdite, mais la prise en charge d'enfants abandonnés est très valorisée. Non seulement la kafala est organisée dans ces sociétés, mais comme nous avons pu le constater, elle est reconnue (mais non organisée) en droit international. Elle se caractérise par la prise en charge complète d'un enfant, sans création d'un lien filiation entre celui-ci et la personne s'en occupant. Le concept de kafala n'est pas nécessairement exclusif au droit musulman : l'affiliation en droit italien avait des caractéristiques similaires⁸²⁷. Après tout, l'adoption est une solution parmi d'autres; il s'agit d'une solution au problème de l'enfance abandonnée, qui répond parfois au meilleur intérêt de l'enfant.

Les normes par rapport à l'enfant sont relatives, certaines sont universelles, mais il faut se garder d'imposer une conception occidentale des droits qui ne trouverait pas écho dans les sociétés arabes. Par exemple, devant l'importance de la stabilité dans la vie de l'enfant et des inégalités persistant encore entre les enfants sous kafala et les autres, certains militent en faveur de l'inclusion dans les conventions internationales d'un droit de l'enfant

⁸²⁴ Masoud Rajabi-Ardeshiri, "The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475, à la p. 481.

⁸²⁵ Masoud Rajabi-Ardeshiri, "The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475, à la p. 481.

⁸²⁶ En excluant la Turquie, officiellement laïque.

⁸²⁷ Masoud Rajabi-Ardeshiri, "The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475, à la p. 150.

d'être adopté⁸²⁸. Ce droit, qui se voudrait universel, pourrait trouver application dans un nombre appréciable de pays, mais réalistement, il ne sera jamais intégré dans les pays musulmans. Tôt ou tard, les spécificités culturelles bien ancrées finissent par prendre le dessus et doivent être prises en compte⁸²⁹. Rappelons-nous qu'en Amérique du nord, il n'y pas si longtemps, les femmes célibataires étaient elles aussi poussées à donner leur enfant en adoption et qu'en 1918, au Texas, les adoptés ne pouvaient qu'hériter d'un quart de la succession de l'adoptant⁸³⁰ ! Comme nous avons pu le constater en troisième partie, l'accueil des principes de statut personnel musulman en France et au Québec n'est pas favorable. Ces sociétés occidentales s'en méfient, bien que cette méfiance se concrétise de manière différente. Le Québec a rejeté l'idée même de tribunaux islamiques sur son territoire alors que les règles de statut personnel peuvent, dans une certaine mesure, trouver application en sol français, du moins pour les étrangers qui y sont domiciliés et qui n'ont pas acquis la nationalité française. Or, lorsqu'il est question d'intégrer des principes étrangers dans nos sociétés occidentales, il faut trouver un juste équilibre :

Il est nécessaire de préserver quelques grands principes : égalité du père et de la mère, égalité des enfants, liberté matrimoniale. Il est aussi souhaitable d'accueillir l'autre et de respecter son originalité. À l'aune des principes de liberté et d'égalité, les juristes doivent trancher pour décider ce qui doit être accepté et refusé. Que ce soit dans les pays de droit musulman ou dans le cadre de l'immigration, *on peut espérer que les schèmes culturels et cognitifs, loin d'être d'une seule pièce, soit suffisamment plastiques pour conduire à des assemblages normatifs qui s'ajustent de façon originale aux situations nouvelles des enfants et de leur famille.* »⁸³¹ [nos italiques]

⁸²⁸ Jini L. Roby, "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48, aux p. 50 et 58-59, à la p. 58.

⁸²⁹ Roby Jini L., "Understanding sending country's traditions and policies in international adoptions: avoiding legal and cultural pitfalls" (2004) 6 J.L. & Fam. Stud. 303, aux p. 307-308: le législateur américain a adopté la *Indian Child Welfare Act* afin de répondre aux spécificités culturelles de ces communautés envers leurs enfants.

⁸³⁰ Geraldine Van Bueren, "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37, à la p. 39.

⁸³¹ Rude Antoine Edwige, « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008, à la p. 60.

Qu'en est-il justement de l'ajustement à la situation de l'enfant sous kafala qui a immigré ou qui est appelé à immigrer en France ou au Québec ? Nos normes sont-elles *suffisamment plastiques*? En France, où l'immigration arabe n'est pas un phénomène récent, le législateur a choisi, depuis maintenant presque une décennie, d'interdire l'adoption d'enfant dont le statut personnel prohibe l'adoption, laquelle était parfois permise avant 2001. Officiellement, ce choix a été motivé par le désir de démontrer plus de déférence envers la législation étrangère. Le raisonnement est le suivant : si l'enfant ne peut être adopté dans son pays d'origine, il ne le sera pas plus en France (du moins pour un certain temps). Toutefois, cette solution ne fait toujours pas l'unanimité, ni en France, ni en Europe. Selon nous, elle est questionnable simplement du fait qu'elle ne tient pas compte de l'intérêt de l'enfant *in concreto*, des faits particuliers de chaque situation. Il nous semble que si l'intérêt de l'enfant, pierre angulaire de nos systèmes, doit gouverner les décisions prises à l'égard de l'enfant, celui-ci justifie que l'on ne procède pas à de telles généralisations.

La situation des enfants sous kafala au Québec est moins claire qu'en France ; on peut affirmer que la réflexion sociétale n'est pas au même point. L'Assemblée nationale pourrait décider d'adopter une solution similaire aux parlementaires français, mais est-ce souhaitable? Nous croyons que, compte tenu du changement de mentalité qui s'est opéré dans la société québécoise dans les dernières décennies, une réforme globale du droit de l'adoption s'impose. La kafala devrait certainement faire partie des points à l'ordre du jour. D'abord, la reconnaissance de l'adoption simple s'impose. Si l'on s'en tient aux propositions contenues dans l'avant-projet de loi dont nous avons précédemment fait mention, le législateur québécois est en voie de le faire pour les adoptions internes avec l'avant projet de loi⁸³², mais il semble aussi qu'il n'ait pas l'intention de la reconnaître en ce qui concerne l'adoption internationale⁸³³. Cette exclusion serait due au champ

⁸³² Voir les modifications proposées dans l'avant projet de loi aux articles 132, 573, 576, 577 et 579 C.c.Q.

⁸³³ Voir l'ajout proposé aux articles 568 et 581 C.c.Q. dans l'avant projet de loi. Sur la question voir aussi Françoise-Romaine Ouellette et Alain Roy, « Prendre acte des nouvelles réalités de l'adoption. Coup d'œil sur

d'application de la loi fédérale en matière d'immigration, mais il vaudrait la peine que les deux paliers se coordonnent sur ce point précis. Pour le moment, l'immigration d'adoptés bénéficiant d'une adoption simple serait difficile. Toutefois, nous pensons que le fédéralisme ne peut pas justifier une paralysie *ad vitam aeternam*. Le législateur devrait-il en profiter pour reconnaître d'autres formes d'adoptions, comme l'adoption ouverte⁸³⁴ ? De toute manière, l'adoption des enfants en Banque mixte devient souvent ouverte *de facto*, la différence étant que les ententes actuelles n'ont pas force légale⁸³⁵. Le législateur québécois penche en faveur de l'adoption ouverte dans son Projet de loi, mais cette reconnaissance devrait également être ouverte aux adoptions internationales dans le cas d'enfants provenant de pays où cette forme existe.

Pour le plus grand bien des enfants sous kafala et leurs parents domiciliés au Québec, il serait grand temps que le législateur clarifie leur situation juridique. Le législateur ne doit pas non plus agir à la hâte, il doit apprendre du législateur français, qui été très critiqué pour avoir refusé net l'adoption d'enfants sous kafala. Il y aurait peut être lieu de trouver une solution moins drastique en laissant une certaine marge de manœuvre aux tribunaux. Des sagas judiciaires comme celle relatée dans les présentes (qui n'est pas terminée⁸³⁶) ont des coûts, surtout humains, extrêmement lourds. En effet, on ne peut qu'être dépité par la détresse des requérants dans ce dossier. Cette détresse et cette incompréhension face aux moult obstacles du système ont été soulignées dans les jugements rendus au cours des années⁸³⁷. Comme nous l'avons mentionné en introduction,

l'avant-projet de loi intitulé « Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale » (2010) 48 *Revue juridique Thémis* 7-48.

⁸³⁴ Dont il est fait écho à l'article 19 de l'avant projet de loi, qui introduit des nouveaux articles 581.1 à 581.3. C.c.Q.

⁸³⁵ Alain Roy, *Droit de l'adoption*, 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010, à la p. 29.

⁸³⁶ Nous faisons ici référence au couple marocain qui désire faire venir un enfant qui leur a été confié en vertu d'un jugement marocain de kafala et dont il est question dans les décisions expliquées dans la section consacrée au Québec : *Adoption 07536*, 2007 Q.C.C.Q. 21881, *A et B c. Le procureur général du Québec*, 2007 Q.C.C.S. 2087, *A. et B. c. Procureur général du Québec*, 2008 Q.C.C.Q. 14414 (C.Q.) et *S. (M.) c. Procureur général du Québec*, EYB 2009-163033.

⁸³⁷ Voir le jugement de Carole Julien du 13 juillet 2009, aux paragraphes 29-31 et le jugement de Carole Julien du 4 mai 2007, aux paragraphes 44- 47. Le requérant en est même venu à soulever des arguments

il ne faut pas oublier que les questions d'adoption demeurent toujours très émotives pour les intéressés.

Une bonne dose d'ouverture face aux possibilités envisagées à l'étranger devrait guider les actes du législateur québécois désireux de mettre de l'ordre dans ce domaine. À cet égard, Carmen Lavallée souligne que plusieurs pays qui ne connaissaient que l'adoption plénière ont changé leur fusil d'épaule ; la créativité dans ce domaine serait de mise⁸³⁸. L'auteure cite les exemples de l'Allemagne qui a créé une forme hybride d'adoption, un mélange de caractéristiques des adoptions plénière et simple et de l'Angleterre, qui a reconnu une nouvelle forme spéciale de placement⁸³⁹. Notons finalement qu'une éventuelle réforme pourrait être le moment propice de statuer concrètement sur les situations particulières de plusieurs enfants et qui découlent de leur appartenance à des communautés culturelles. Il n'y a pas que les enfants sous kafala qui ont un statut « flou ». À ce compte là, les enfants bénéficiaires d'une adoption traditionnelle autochtone ne sont pas à envier. Celle-ci ne bénéficie d'aucune reconnaissance particulière alors qu'elle comporte plusieurs particularités qui la rendent unique⁸⁴⁰.

Deux principales avenues sont envisageables. Si le législateur québécois décide de reconnaître l'adoption simple et qu'il se déclare d'accord avec l'opinion de la Cour d'appel du Québec, pour qui la kafala « est loin de la tutelle telle que nous la connaissons et beaucoup plus près de notre régime d'adoption »⁸⁴¹, peut être serait-il approprié de

constitutionnels, se sentant discriminé à cause de son appartenance confessionnelle à l'Islam : voir le jugement de Carole Julien du 13 juillet 2009, aux paragraphes 69-83.

⁸³⁸ Carmen Lavallée, « La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en œuvre en droit québécois » (2005) 35 R.D.U.S. 357-374, à la p. 374.

⁸³⁹ Carmen Lavallée, « La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en œuvre en droit québécois » (2005) 35 R.D.U.S. 357-374, à la p. 374.

⁸⁴⁰ Notamment l'absence de formalisme et de judiciarisation : voir Grand conseil des cris (Eeyou Istchee) et administration régionale crie, *mémoire sur l'avant-projet de loi intitulé Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, janvier 2010, aux p. 8-9.

⁸⁴¹ *C... C... et V...Q... c. Directeur de la protection de la jeunesse des centres jeunesse de la Montérégie*, 2000 CanLII 7307 (Q.C.C.A.), au paragraphe 61.

permettre la conversion d'une kafala en adoption simple si l'enfant réside de manière définitive au Québec. Après tout, selon la Cour du Québec :

Ce serait peut-être même contraire à l'ordre public que de considérer qu'un enfant, qui réside au Québec pour y avoir suivi son tuteur légal et qui continuera d'y résider, voit son domicile fixé théoriquement dans un pays avec lequel il n'a plus aucun lien sinon le fait d'y être né... *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.*⁸⁴²
[nos italiques]

Il nous semble que l'intérêt de l'enfant, surtout celui de l'enfant abandonné définitivement par ses parents d'origine, pourrait être parfois mieux sauvegardé ainsi. Cette conversion de la kafala à l'adoption simple pourrait être assortie de conditions, comme la résidence et l'abandon définitifs. Il s'agit de pure prospection : encore faut-il que l'adoption respecte les conditions de la loi, qu'il resterait à modifier en ce sens...

Selon nous, il est loin d'être certain que cette solution serait celle mise de l'avant par le législateur québécois. Peut être sera-t-il tenté, à l'instar du législateur français, de donner pleine force au droit étranger, au nom du principe de droit international privé qu'est la « courtoisie internationale »⁸⁴³. À cet égard, cette attitude de retenue a été privilégiée dans une récente décision sur requête en reconnaissance d'un jugement d'adoption simple prononcé en Haïti⁸⁴⁴. Il n'était pas question de kafala, mais le raisonnement pourrait être applicable à un tel cas. Rejetant ladite requête, le Juge Bonin base son *ratio decidendi* sur la nécessité de ne pas créer des situations boiteuses où l'adopté retournant dans son pays d'origine s'y retrouverait avec un statut différent⁸⁴⁵ et sur le principe à l'effet que « le

⁸⁴² *En matière d'adoption : A. et B.*, 2006 Q.C.C.Q. 8524, au paragraphe 66.

⁸⁴³ Sur ce principe de droit international voir : Gerald Goldsein, Ethel Groffier, *Traité de droit civil. Droit international privé*, Cowansville, Editions Yvon Blais, t. 1 (1998) et t. 2 (2003).

⁸⁴⁴ *Adoption106*, 2010 QCCQ 2040 (CanLII).

⁸⁴⁵ *Adoption106*, 2010 QCCQ 2040 (CanLII), aux paragraphes 39, 40 et 44.

jugement d'origine ne doit pas être dénaturé par le jugement de reconnaissance postérieurement émis »⁸⁴⁶. Élément intéressant, le Juge fait un parallèle avec la position restrictive des tribunaux face à la reconnaissance de la kafala au Québec :

Les Tribunaux refuse en effet de reconnaître des décisions de Kafala, un régime de droit musulman où l'enfant est confié à des tiers et où est prononcé un jugement de prise en charge de l'enfant ou un acte de recueil légal. Il ne peut y avoir reconnaissance dans un contexte où le droit québécois requiert de la Cour de vérifier que le consentement a été fait en vue d'une rupture du lien de filiation.⁸⁴⁷

Le dispositif du jugement est très restrictif et pourrait présager une fermeture « à la française »:

Le Tribunal est d'avis que l'adoption prononcée en Haïti correspond, suivant les lois de ce pays, à une adoption simple. En accord avec les lois du Québec, malgré les principes de courtoisie internationale que le Tribunal reconnaît d'emblée, *mais aussi en raison de ceux-ci*, le Tribunal est d'avis qu'il ne peut reconnaître la décision d'adoption prononcée en Haïti dans le présent dossier puisqu'elle ne peut être réconciliée avec les principes qui sont les fondements actuels de l'adoption au Québec, soit une rupture complète du lien de filiation d'origine.⁸⁴⁸ [nos italiques]

Bien que le législateur soit souverain et qu'il puisse adopter la solution qui lui conviendra, il devrait, selon nous, prendre garde de choisir celle qui ne laisserait aucune marge de manœuvre au juge chargé d'un dossier. Le décideur devrait pouvoir ajuster la solution aux faits qui se présentent devant lui, car chaque histoire, chaque enfant, est différent.

⁸⁴⁶ *Adoption106*, 2010 QCCQ 2040 (CanLII), au paragraphe 50.

⁸⁴⁷ *Adoption106*, 2010 QCCQ 2040 (CanLII), au paragraphe 96.

⁸⁴⁸ *Adoption106*, 2010 QCCQ 2040 (CanLII), au paragraphe 115.

Bibliographie

Partie A : Perspectives musulmanes arabes sur l'enfant et l'adoption

Législation

International

Charte africaine des droits de l'enfant, adoptée par la vingt-sixième Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement de l'Organisation de l'Unité Africaine, à Addis-Abeba, juillet 1990

Convention de Vienne sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, à la p. 331

Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, conclue le 19 octobre 1996 et entrée en vigueur le 1er janvier 2002

Convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, entrée en vigueur le 1^{er} mai 1995

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 9 septembre 1953

Convention sur l'élimination des formes de discrimination envers les femmes (1979)

Convention sur les droits de l'enfant, résolution 44/25 de l'Assemblée générale du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990

Déclaration de Bangkok, adoptée par les ministres et représentants des États d'Asie réunis à Bangkok, du 29 mars au 2 avril 1993, conformément à la résolution 46/116 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1991, dans le contexte des préparatifs de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme.

Déclaration de Rabat sur l'enfance dans le monde islamique (2005), adoptée à l'issue de la première conférence islamique des ministres chargés de l'enfance, Rabat, Royaume du Maroc, 7 au 9 novembre 2005

Déclaration sur les droits et la protection de l'enfant dans le monde islamique de Casablanca (1994), adoptée par l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) lors du 7^e Sommet islamique tenu à Casablanca (Maroc), 13 au 15 décembre 1994

Déclaration sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international (1986), adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 3 décembre 1986 (résolution 4185)

Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), adoptée en vertu de la Résolution des Nations-Unies no 217 (III) du 10 décembre 1948

Pacte de l'Organisation islamique mondiale relatif aux droits de l'enfant de Sanaa de juin 2005, adopté lors de la 32^e Conférence des ministres des Affaires étrangères, à Sanaa, République du Yémen, juin 2005

Législations nationales

Tunisie

Code de statut personnel promulgué par le Décret n°229 du 13/08/1956 portant promulgation du code de statut personnel

Code de droit international privé tunisien de 1998

Loi no 58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, officieuse (kafala) et à l'adoption

Loi 59-69 du 19 juin 1959

Loi no 67-47 du 21 novembre 1967 relative au placement familial n° 1998-0075 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue modifiée par la Loi n° 2003-0051 du 7 juillet 2003

Liban

Constitution libanaise adoptée le 23 mai 1926 et modifiée le 23 octobre 1989

Décret-loi no 6 du 3 février 1930

Loi du 16 juillet 1962 portant adoption du projet relatif à l'organisation des juridictions musulmanes sunnites et jafarites

Loi du 2 avril 1951 relative à la compétence des juridictions confessionnelles des communautés non musulmanes

Loi no 97-99 relative à l'état civil

Algérie

Code de la famille algérien promulgué par l'Ordonnance n° 05-01 du 18 Moharram 1426 correspondant au 27 février 2005 modifiant et complétant l'Ordonnance n° 70-86 du 15 décembre 1970 portant Code de la nationalité algérienne, Journal officiel de la République algérienne no 15, à la p. 14

Décret du 20 juin 1971 portant changement de nom

Décret exécutif no 92-24 du 13 janvier 1992

Loi du 30 juin 1963 relative à l'état civil

Ordonnance du 19 février 1970 relative à l'état civil

Maroc

Mudawana promulguée par le Dahir 1-57-379 du 18 décembre 1957

Mudawana 2004 promulguée par le Dahir n° 1-04-22 du 3 février 2004 portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la famille, Bulletin Officiel n° 5358 du 6 octobre 2005, à la p. 667

Loi no 97-99 relative à l'état civil

Loi du 10 septembre 1993 sur l'Enfance abandonnée promulguée par le Dahir portant loi n°1-93-165 du 10 septembre 1993 relatif aux enfants abandonnés

Loi no 15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés promulguée par le Dahir no 1.02-239 du 3 octobre 2002

Doctrine

Monographies et ouvrages collectifs

Abd Al Ati Ammudah. *Family structure in Islam*, Washington, American Trust Publications, 1977

Abdelkebir Alaoui M'Daghri Muhammad. "The Code of Children's rights in Islam" dans Fernea Elizabeth Warnock, éd., *Children in the Muslim Middle East*, 1st éd., Austin, University of Texas Press, 1995

Abou El Fadl Khaled. *Speaking in God's Name: Islamic Law, Authority, and Women*, Oxford, Oneworld Oxford, 2001

Abu-Sahlieh Sami R. Aldeeb. *Le droit de la famille dans le monde arabe : constantes et défis*, St-Sulpice, Les Cahiers du monde arabe, no 98, 1993

Ait-Zai Nadia. « Algérie : la filiation dans le mariage et hors mariage- La Kafala », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

Ait-Zai Nadia. « L'enfant algérien entre le droit musulman et la Convention des droits de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

Ait-Zai Nadia. « La kafala en droit algérien », dans Hervé Bleuchot, éd., *Les institutions traditionnelles dans le monde arabe*, Paris, Karthalan, 1996

Ait-Zai Nadia. *L'enfant abandonné et la loi*, mémoire pour le diplôme de magister en droit, Université d'Alger, 1988 (non publié)

Al Thakeb Fahed T. « La famille arabe et la modernité », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986

Al-Azhary Sonbol Amira. "Adoption in Islamic society: a historical survey", dans Fernea Elizabeth Warnock, éd., *Children in the Muslim Middle East*, 1st éd., Austin, University of Texas Press, 1995

Alhorr Zhour. « Les droits de l'enfant en droit marocain- le Code de la famille comme modèle », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

Allott Antony. "Foreword" dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989

Alston Philip. "The best interests principle: towards a reconciliation of culture and human rights", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994

Amdouni Hassan. *La famille musulmane : relations familiales et éducation*, Paris, Éditions Al Qalam, 2000

Andreas Bucher. "Commentaires sur la Convention de la Haye du 29 mai 1993", dans Jaap Doek, Paul Vlaardingerbroek, éd, *Children on the Move : How to Implement Their Right to Family Life*, Cambridge, Kluwer Law International, 1996, 87

An-Na'im Abdullahi A. *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book*, New York, Zed Books Ltd, 2002

An-Na'im Abdullahi Ahmed. "Cultural transformation and normative consensus on the best interests of the child", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994

Bargach Jamila. *Orphans of Islam: family, abandonment, and secret adoption in Morocco*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002

Basile Basile. *Statut personnel et compétence judiciaire des communautés confessionnelles au Liban, Étude juridique comparée*, Kaslik, Bibliothèque de l'Université Saint-Esprit, 1993

Behnam Djamchid. « L'impact de la modernité sur la famille musulmane », dans Behnam Djamchid, Bouraoui Soukina, dir., *Familles musulmanes et modernité : le défi des traditions*, Tunis, Publisud, 1986

Bel Haj Hamouda Ajmi. « A la recherche d'une autre famille : la famille nourricière du droit tunisien », dans Jacqueline Poussou-Petit, Xavier Blanc-Jouvan, Hervé Roussillon, éd., *L'enfant et les familles nourricières en comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997

Ben Achour Souhayma. « L'adoption en droit tunisien : à propos de la condition d'islamité », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

Ben Achour Souhayma. « Le statut de l'enfant en droit tunisien », dans Lucette Khaiat, Benmelha Ghaouti. *Éléments du droit algérien de la famille*, Paris, Publisud, 1985

Bleuchot Hervé. « Introduction », dans Hervé Bleuchot, éd., *Les institutions traditionnelles dans le monde arabe*, Paris, Karthalan, 1996

Borrmans Maurice. *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, Mouton & CO, 1977

Boulenouar Malika. « Le droit algérien de la famille : le statut de la femme et le statut de l'enfant », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009

Charif Feller Dina. *La garde en droit musulman et dans les droits égyptiens, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996

Charnay Jean Paul. *Esprit du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2008

Djennad Mohand. *Les droits de l'enfant en Algérie*, mémoire de diplôme d'études supérieures en droit, Université de Perpignan, 2002 (non publié)

Duncan William. "Children's rights, cultural diversity and private international law", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd., *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998

Duncan William. "Intercountry Adoption: Some Issues in Implementing and Supplementing the 1993 Hague Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption", dans Jaap Doek, Paul Vlaardingerbroek, éd., *Children on the Move : How to Implement Their Right to Family Life*, Cambridge, Kluwer Law International, 1996, 75

Edwige Rude-Antoine. « Les systèmes de droit musulman et le statut de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

El Kadi Omar. « L'enfant en droit égyptien », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

El-Gemayel Antoine. *Lebanese legal system*, Washington, Edited by Antoine El Gemayel & International Law Institute, 1985

El-Husseini Begdache Roula. « L'Enfant en droit libanais », dans Lucette Khaiat, Cécile Foblets Marie Claire, Carlier Jean Yves. *Le Code marocain de la famille : incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005

Gannagé Pierre. *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommunautaires : droit libanais et droits proche-orientaux*, Beyrouth, Presses de l'Université St-Joseph, 2001

Giladi, Avner. *Children of Islam: concepts of childhood and medieval Muslim society*, New York, St. Martin's Press, 1992

Glander Annelies. *The Oriental child: not born in wedlock: a study of the anthropological parameters, religious motivations, and sociological phenomena of child care in Islam and Judaism*, coll. « European University studies. Series XXII, Sociology », Frankfurt, Peter Lang, 2001

Goonsekere Savitri. "The best interests of the child: a south asian perspective", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994

Hashem Mahdi. *Précis de droit des personnes en Islam*, Paris, L'Harmattan, 2007

Herbaut Raynald. *L'adoption et la filiation dans les droits musulmans de rite sunnite*, thèse de doctorat en droit, Université de Perpignan, 2004 (non publié)

Hervé Roussillon, éd., *L'enfant et les familles nourricières en comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997

Hodgkin Rachel, Newell Peter. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of Children*, 3^e édition, Genève, UNICEF, 2007

Hodkinson Keith. *Muslim Family Law: a sourcebook*, Londres, Croom Helm, 1984

Jean Florence. « Le nouveau code la famille marocain », dans Jean-Yves De Cara, Frédéric Rouvillois, Charles St-Prot, dir., *Le Maroc en marche : le développement politique, social et économique du Maroc*, Paris, CNRS éditions, 2009

Kamran Hashemi. *Religious Legal Traditions, International human Rights Law and Muslim States*, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008

Khaiat Lucette. « Regard et interrogations », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

King Michael. "You have to start somewhere", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd., *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998

Lacoste-Dujardin, Camille. *Des mères contre les femmes : maternité et patriarcat au Maghreb*, Paris, Éditions La Découverte, 1985

Linant de Bellefonds Yvon. *Traité de droit musulman comparé*, Paris, Mouton & Co, 1973

Mahieddin Mohammed. « Quelques aspects des rapports juridiques entre parents et enfants en droit algérien de la famille » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992

Mernissi Salima. « Quelques aspects de la codification du statut personnel marocain » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992

Mezghani Ali, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne. Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, Panorama des points fondamentaux, Petites affiches, 25 mars 2004, no 6

Milliot Louis, Blanc Jean-Paul. *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1987

Monjid Mariam. « Les apports de la réforme du droit marocain de la famille », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009

Moukarzel Héchaïme Alexa. « Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban » (2010) 59 *Revue internationale interdisciplinaire* 121

Moukarzel-Hechaïme Alexa. « Liban : la protection de l'enfant », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008

Mounir Omar. *La Moudawana : le nouveau droit de la famille au Maroc : présentation et analyse*, Paris, Marsam, 2005

Moutassem-Mimouni Badra. *Naissance s et abandons en Algérie*, Paris, Karthala, 2001

- Nadal Jean-Louis. « L'enfant en droit musulman », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008
- Nasir Jamal. *The Islamic law of personal status*, Boston, Graham & Trotman, 1990
- Nasraoui Mustapha. « Les enfants abandonnés en Tunisie : analyse de la situation de l'enfant et de la mère », dans Actes du Colloque L'Avenir de la famille au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, Tunis, par UNESCO Paris, 21-23 février 1990
- Nelken David. "Afterword: choosing rights for children", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd, *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998
- Nokkari Mohammed. « Le statut de l'enfant dans le Coran et dans la Sunna », dans Lucette Khaiat, Cécile Marchal, dir., *L'enfant en droit musulman*, Paris, Société de législation comparée, 2008
- Pansier Frédéric-Jérôme, Guellaty Karim. *Le droit musulman*, Paris, Presses universitaires de France, Collection Que sais-je ?, 2000
- Parker Stephen. "The best interests of the child- principles and problems" dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994
- Parra Aranguren Gonzalo. "History, philosophy and general structure of the Hague adoption Convention" dans Jaap Doek, Paul Vlaardingerbroek, éd, *Children on the Move: How to Implement Their Right to Family Life*, Cambridge, Kluwer Law International, 1996, 63
- Pearl David. "A note on children's rights in Islamic law", dans Gillian Douglas, Leslie Pousson-Petit Jacqueline. « L'ordre public familial en droits maghrébins », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir, *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009
- Powers, David Stephen. *Muhammad is not the father of any of your men: the making of the last prophet*, coll. « Divinations: rereading late ancient religion », Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009
- Pruvost Lucie. *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, thèse pour l'obtention du doctorat en droit, Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris (Paris 2), 1977 (non publié)
- Ramsey Sarah, Douglas Abrams. *Children and the Law*, St Paul, Thomson West, 2008

Said Zkik. *La répression de l'abandon de famille en droit marocain*, Rabat, Arabian Al Hilal, 1994

Sandkuhler Bruno. *Rencontre avec l'Islam : fondements, modes de vie et perspectives*, Laboissière en Thelle, Triades, 2006

Schacht Joseph. *Introduction au droit musulman*, Paris, Éditions Maisonneuve et Larose, 1964

Taverne Michel. *Le droit familial maghrébin et son application en Belgique : Algérie, Maroc, Tunisie*, Bruxelles, Édition Ferdinand Larcier, 1981

Van Bueren Geraldine. "Children's rights: balancing traditional values and cultural plurality", dans Gillian Douglas, Leslie Sebba, éd., *Children's rights and traditional values*, Dartmouth, Ashgate, 1998

Wani, M. Afzal. *The Islamic law on maintenance of women, children, parents & other relatives : classical principles and modern legislations in India and Muslim countries*, 1st éd., Noonamy, Kashmir, New Delhi, Upright Study Home, Marketed by Qazi Publisher & Distributors, 1995

Younsi Haddad Nadia. « La Kafala en droit algérien » dans Jacqueline Poussou-Petit, Xavier Blanc-Jouvan, Hervé Roussillon, éd., *L'enfant et les familles nourricières en comparé*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1997

Articles

Baderin Mashood A. "A macroscopic analysis of the practice of Muslim state parties to international human rights treaties: conflict or congruence?" (2001) 1 Hum. Rts L. Rev. 265.

Barraud Emilie. « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb » (2010) 59 Revue internationale interdisciplinaire 255

Benchebeb Ali. « La formation du lien de kafala et les silences législatifs » (1991) 29 Revue algérienne des sciences juridiques 47.

Borrmans Maurice. « Le nouveau Code algérien de la famille dans l'ensemble des codes musulmans de statut personnel, principalement dans les pays arabes » (1986) 38 Rev. D.I. & D.C.133.

D'Amato Anthony. "Cross country adoption: a call to action" (1997) 73 Notre Dame L. Rev. 1239.

De Monléon J.V. « Qui sont mes parents? Filiation adoptive en fonction du temps et de l'endroit » (2000) 7 Arch Pédiatr 529.

Glenn Patrick. « Le droit international privé du divorce et la filiation adoptive : un renversement de la méthodologie conflictuelle » (1988) 19 Rev. Gen. 359.

Gonzalez Alexander D. "The Hague inter-country adoption act and its interaction with Islamic law: can an imperfect enforcement mechanism create cause for concern?" (2007) 10 Gonz. J. Int'l L. 437.

Hamdan Leila. « Les difficultés de codification du droit de la famille algérien » (1985) 4 Rev. D.I. & D.C. 1001.

Harris-Short Sonia. "Listening to the "other"? The Convention on the rights of the child" (2001) 2 Melb. J. Int'l L. 304.

Howard Rhoda. "Cultural absolutism and the nostalgia for community" (1993) 15 Hum. Rts. Q. 315

Ishaque Shabnam. "Islamic principles on adoption: examining the impact of illegitimacy and inheritance related concerns in context of a child's right to an identity" (2008) 22 Int'l J.L. Pol'y & Fam. 393.

Lacoste-Dujardin, Camille. « Au Maghreb, l'enfance innommable » (1988) 96 Autrement 85.

Lacoste-Dujardin, Camille. « De vos enfants adoptifs, Allah n'a point fait vos fils » (1988) 96 Autrement 114.

Landau Tasseron Ella. "Adoption, acknowledgement of paternity and false genealogical claims in Arabian and Islamic societies" (2003) 2 Bulletin of the School of Oriental and African Studies 66, 169.

Lieberman James. "Adoption and Identity" (1998) 2(2) Adoption Quarterly 1

Lind Judith, Johansson Shruti. "Preservation of the Child's Background in In-and Intercountry Adoption" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 235.

Lucker Babel Marie-Françoise. « Les réserves à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant et la sauvegarde de l'objet et du but du traité international » (1997) 8 E.J.I.L. 664.

Mallat Chibli. "From Islamic to middle eastern law, a restatement of the field" (2003) 51 Am. J. Comp. L. 699.

Mayer Ann Elizabeth. "Law and Religion in the Muslim Middle East" (1987) 35 Am. J. Comp. L. 127.

Moosa Najma. "Muslim personal laws affecting children: diversity, practice and implications for a new children's code for South Africa" (1998) 115 S. African L.J. 479.

Najar Ibrahim. « Droit laïc et pesanteurs confessionnelles (contribution à l'étude du droit de la famille dans la jurisprudence libanaise) » (1979) 31 (2) Revue internationale de droit comparé 285

Rajabi-Ardeshiri Masoud. "The rights of the Child in the Islamic Context: the Challenges of the local and the Global" (2009) 17 Int'l J. Child. Rts. 475.

Rezig Moussa. "Les aspirations conflictuelles du droit de l'adoption: étude comparative" (2004) 19 Arab L.Q. 147.

Rios Rohn Rebeca. « Intercountry adoption : an international perspective on the practice and standards» (1998) 1 Adoption Quarterly 3.

Roby Jini L. "From rhetoric to best practice: children's rights in inter-country adoption" (2007) 27 Child. Legal Rts. J. 48.

Roby Jini L. "Understanding sending country's traditions and policies in international adoptions: avoiding legal and cultural pitfalls" (2004) 6 J.L. & Fam. Stud. 303.

Schabas William. "Reservations to the Convention on the Rights of the Child" (1996) 18.2. Hum. Rts. Q. 472.

Shanti George, Van Oudenhoven Nico, Wazir Ekha. "Foster care beyond the crossroads: lessons from an international comparative analysis" (2003) 10 Childhood 343.

Sujimon M.S. "Istilhaq and its role in Islamic law" (2003) 18 Arab L.Q. 117.

Syed Safir. "The impact of Islamic law on the implementation of the Convention on the rights of the child: the plight of non-marital children under Shari'a" (1998) 6 Int'l J. Child. Rts. 359.

Szejer Myriam. "Orphelins de paroles" (2006) 10 (2) Interação em Psicologia 385.

Van Bueren Geraldine. "Children's access to adoption records- state discretion or an enforceable international right?" (1995) 58 Mod. L. Rev. 37.

Wallace Sara R. "International adoption: the most logical solution to the disparity between the numbers of orphaned and abandoned children in some countries and families and

individuals wishing to adopt in others?” (2003) 20 Arizona Journal of international and comparative law 3, 689.

Autres documents

Barraud Emilie. « Femmes et famille en mutation dans le champ social de la kafala », Conférence Genre en Méditerranée : les femmes face aux transformations socio-économiques. Conflits, négociations et émergence de nouveaux rapports sociaux présentée à Rabat, Maroc, 21-24 avril 2008

Comité sur les droits de l'enfant, Rapport initial soumis en vertu de l'article 44 CDE du Maroc, 27 juillet 1995, CRC/C/28/Add.1

Comité sur les droits de l'enfant, Rapport initial soumis en vertu de l'article 44 CDE du Liban, 21 décembre 1994, CRC/C/8/Add.23

Comité sur les droits de l'enfant, Rapport initial soumis en vertu de l'article 44 CDE de l'Algérie, 16 novembre 1995, CRC/C/28/Add.4

Parra-Aranguren G. “Explanatory report on the Convention on protection of children and cooperation in respect of intercountry adoption”, Caracas, December 31rd, 1993

Partie B : Perspectives occidentales sur les institutions musulmanes relatives à l'enfant

1. Le droit international privé régissant le statut personnel musulman: le choc des civilisations

Législation

Convention bilatérale du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire (France-Maroc)

Convention de la Haye du 5 octobre 1961

Charte québécoise des droits et libertés, L.R.Q., c. C-12

Charte canadienne des droits et libertés de 1982 constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.U.), 1982, c. 11

Code Civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Loi sur l'arbitrage, L.O. 1991, c.17

Jurisprudence

Cass. Civ 1^{re}, 10 février 1993

Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 2009, pourvoi no 08-11033

R. c. Big M Drug Mart, [1985] 1 R.C.S. 295
Refah Partisi et all. c. Turquie, 35 Eur. Ct. H.R. 56 (2001)
Renvoi relatif à la sécession du Québec, [1998] 2 R.C.S. 217
Syndicat Northcrest c. Amselem, [2004] 2 R.C.S. 551

Doctrine

Monographies et ouvrages collectifs

Abiad Nisrine. *Sharia, Muslim States and international human rights treaty obligations: a comparative study*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2008

Basdevant-Gaudemet Brigitte. “The legal status of Islam in France”, dans Silvio Ferrari, Anthony Bradney, ed., *Islam and European legal systems*, Burlington, Ashgate Publishing Cie, 2000

Bastenier Albert. « La question sociologique : la régulation étatique de l’Islam dans trois contextes européens » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992

Ben Abid Salah. “The Shari’a between particularisms and universality”, dans Silvio Ferrari, Bradney Anthony. *Islam and European legal systems*, Burlington, Ashgate Publishing Cie, 2000

Carlier Jean-Yves. « Le droit confronté à la présence de familles musulmanes en Europe : quelles perspectives ? », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L’Harmattan, 1996

Chibli Mallat, Connors Jane, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989

Chmani Malika. « Les pratiques religieuses des Maghrébins en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l’épreuve du droit français*, Paris, L’Harmattan, 2009

Dassetto Felice. “The new European Islam”, dans Silvio Ferrari, Anthony Bradney, ed., *Islam and European legal systems*, Burlington, Ashgate Publishing Cie, 2000

Déprez Jean. « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France-aspects de droit international privé » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L’Harmattan, 1996

Foblets Marie Claire. « Un droit pour ou par ses destinataires ? Les complexités du rattachement juridique de l’alliance matrimoniale entre partenaires et immigrés » dans

Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996

Frégosi Frank. « Recevabilité du droit islamique dans les états européens: entre revendication sociale, mise en œuvre limitée et enjeu symbolique », dans Frank Frégosi, éd., *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2004

Gaudreault Desbiens Jean-François. *Le droit, la religion et le «raisonnable» – Le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Montréal, Éditions Thémis, 2009

Hallaq Wael B. *Sharia: theory, practice, transformations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009

Kagiticbasi Cigdem. « La famille dans la société musulmane et le changement social », dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996

Kastoryano Riva. “Muslim migrants in France and Germany: law and policy in family and group identity” dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989

Mallat Chibli. “Islamic family law: variations on state identity and community rights”, dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989

Nielsen J.S. « Aux sources des revendications des musulmans en matière de droit de la famille en Europe » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996

Nielson Jorgen, Dassetto Felice, Maréchal Brigitte. *Convergences musulmanes: aspects contemporains de l'Islam dans l'Europe élargie*, Bruxelles, L'Harmattan, 2001

Nielson Jorgen. *Sharia as discourse: legal traditions and the encounter with Europe*, Farnham, Ashgate, 2010

Picard Jean. « Le couple mixte installé en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009

Poulter Sebastian, « Les systèmes juridiques en Europe et les populations musulmanes » dans Marie Claire Foblets, dir., *Familles-Islam Europe : le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996

Poulter Sebastian. "The claim to a separate Islamic system of personal law for British muslims" dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989

Powers David Stephen. "Introduction- Islamic family law: variations on state identity and community rights" dans Chibli Mallat, Jane Connors, éd., *Islamic family law*, Boston, Graham & Trotman, 1989

Vasseur Lambry Fanny. « Le statut du mineur maghrébin en France », dans Jacqueline Pousson-Petit, dir., *Les droits maghrébins à l'épreuve du droit français*, Paris, L'Harmattan, 2009

Verwilghen Michel. « Les problèmes juridiques soulevés par l'immigration musulmane » dans Jean-Yves Carlier, Michel Verwilghen, dir., *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992

Articles

Lampué Pierre. « Les juridictions françaises devant le droit musulman » (1983) Avril-Juin 1984, 38^e année, no 2 Revue juridique et politique indépendance et coopération, Religion, philosophie et droit, XVI^e congrès de l'I.D.E.F., Rabat, 20-27 novembre 1983, p. 604-611

Reed Melanie. "Western democracy and Islamic tradition: the application of Shari'a in a modern world" (2003) 19 Am. U. Int'l L. Rev. 485.

Rohe Mathias. "On the applicability of Islamic rules in Germany and Europe" (2003-2004) 3 Eur. Y.B. Minority Issues 181.

Articles de journal

Pelouas Anne. « Un projet de tribunaux islamiques d'arbitrage déclenche de vives polémiques au Canada », *Le Monde*, 5 mai 2005

Autres documents

Commission de consultation sur les pratiques d'accommodements reliées aux différences culturelles, Gérard Bouchard, Charles Taylor, *Fonder l'avenir : le temps de la conciliation : rapport final de la Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles*, 23 mai 2008

Troll Christian W. "Progressive Thinking in Contemporary Islam", Conférence de la Friedrich-Ebert-Stiftung, the Konrad-Adenauer-Stiftung and the Bundeszentrale für Politische Bildung, présentée à Frankfort, 22- 24 septembre 2005

2. La réception de la kafala en Occident : le choc des institutions

En France :

Législation

Code napoléon (1807-1814)

Code civil (1815-)

Code de l'action sociale et des familles

Code de la sécurité sociale

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Entente bilatérale Algérie-France du 27 décembre 1968 relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour en France des ressortissants algériens et de leurs familles ainsi que le Protocole additionnel du 11 juillet 2001

Nouveau Code de procédure civile

Loi 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption

Loi décret du 29 juillet 1939

Loi du 11 juillet 1966.

Loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale

Loi no 85-772 du 25 juillet 1985

Ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France

Ordonnance du 23 décembre 1959

Jurisprudence

Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)

CEDH, 22 juin 2005 (Pini et autres c. Roumanie), JCP G, 2005, I, 116

CEDH, 28 juin 2007 (Wagner et JMWL c. Luxembourg), R.J.P.F novembre 2007

CEDH, 22 janvier 2008 (E.B. c. France)

Conseil d'État (« C.E »)

C.E, 17 décembre 2004, requête no 242192

C.E, 16 janvier 2006, requête no 274934

C.E, 20 mars 2004, requête no 29369

Cour de cassation (« Cass.Civ. »)

Cass. Civ. 28 février 1860
 Cass. Civ. 1^{re}, 7 novembre 1984, Defrénois 1984
 Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 1994, Defrénois 1994
 Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 1995, Rev. Crit. DIP 1995
 Cass. Civ. 1^{re}, 16 décembre 1997, Rev. Crit. D.I.P. 1998
 Cass. Civ. 1^{re}, 14 avril 2010, no 08-21.312
 Cass. Civ. 1^{re}, 1 juillet 1997
 Cass. Civ. 1^{re}, 3 octobre 2000, Defrénois 2001
 Cass. Civ. 1^{re}, 9 juillet 2008, pourvoi 07-20279
 Cass. Civ. 1^{re}, 10 octobre 2006, pourvois no 06-15265 et no 06-15264
 Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 2009, pourvoi no 08-11033
 Cass. Civ. 1^{re}, 18 mai 2005
 Cass. Civ. 1^{re}, 14 avril 2010, no 08-21.312

Autres cours

Cour d'appel d'Amiens, 5 mai 2004, Juris Data no 2004-261641
 Cour d'appel de Paris (1^{re} ch., sec. C, 27 avril 2000, inédit)

Doctrine

Monographies et ouvrages collectifs

Crône Richard, Revillard Mariel, Gelot Bertrand. *L'adoption: aspects internes et internationaux*, Paris, Éditions Defrénois, 2006

Launay Clément, Soulé Michel, Veil Simone. *L'adoption : données médicales, psychologiques et sociales*, 5^e édition, Paris, Les éditions ESF, 1975

Rubellin-Devichi Jacqueline. "The best interests principle in French law and practice", dans Philip Alston, éd, *The Best Interests of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, UNICEF, Florence, Clarendon Press-Oxford, 1994, 259

Rubellin-Devichi Jacqueline. « L'adoption à la fin du XXe siècle », dans *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001

Articles

Bourdellois Béatrice. « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil » *Gazette du Palais*, 13 décembre 2001, no 347, p. 3

Brisset Claire. « Adoption nationale et internationale » *4 Enfances et Psy* 2005 (no 29), p. 11-16 (extraits du Rapport annuel de l'année 2004)

Gaudemet Tallon Hélène. « Le droit français de l'adoption internationale » (1990) 2 Revue int. de droit comparé 567

Gouttenoire Adeline. « L'actualité juridique et judiciaire de l'année 2008 » Gazette du Palais, 8 décembre 2009, no 342, p. 30

Le Boursicot Marie Christine. « La *Kafâla* ou recueil légal des mineurs en droit musulman : une adoption sans filiation » (2010) 59 Revue internationale interdisciplinaire 283

Mezghani Ali. « Le juge français et les institutions de droit musulman » (2003) 3 Journal du droit international 721

Muir Watt Horatia. « Les effets en France des jugements étrangers d'adoption ou la substitution des modèles français aux institutions étrangères équivalentes » (2003) 4 Revue int. de droit comparé 833

Muir Watt Horatia. « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif?    propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale » (1999) Rev. Int. Droit int. Privé 469

Murat Pierre. « Les transformations de la famille : quel impact sur les finalités de l'adoption ? » 4 Enfances et Psy 2005 (no 29)

P  roz Hélène. « Prohibition de l'adoption internationale et Kafala », L'essentiel : droit de la famille et des personnes, 20 septembre 2009, no 0501 no 2, p. 1

Revillard Mariel. « Adoption » Répertoire du notariat Defrénois, 30 janvier 2007, no 2, p.133

Revillard Mariel. « L'adoption internationale à la suite de la Circulaire du 16 février 1999 » Répertoire du notariat Defrénois, 15 septembre 1999, no 17, p. 917

Revillard Mariel. « La kafala n'est pas une adoption » Répertoire du notariat Defrénois, 15 novembre 2008, no 19, p. 2181

Revillard Mariel. « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale » Répertoire du notariat Defrénois, 15 mars 2001, no 5, p. 333

Roy Alain. « L'union de fait en droit français et belge : une politique législative aux antipodes du droit québécois » dans Benoît Moore et Générosa Bras Miranda, dir., *Mélanges Adrian Popovici*,   ditions Thémis, Montréal, 2010

Rubellin-Devichi Jacqueline. « Réflexions sur le devenir de l'adoption internationale » (2008) (2) Informations sociales 38

Articles de journal

Delevoye Jean Paul. « Droits de l'enfant : encore des progrès à accomplir », *Journal du médiateur de la République*, no 52 (novembre 2009)

Ferdaoussi Mokhtar. « Adoption Maroc : la kafala et le droit des enfants marocains en France » (21 avril 2008)

Kharroubi Ali. « Enquête : sur les traces des enfants abandonnés », *Aujourd'hui le Maroc* (12 octobre 2008)

Autres documents

France, Défenseure des droits de l'enfant, *Adoption nationale et internationale : toujours plus conforme à l'intérêt de l'enfant*, extraits du rapport annuel de l'année 2004 (par Claire Brisset)

France, Défenseure des droits de l'enfant, *Rapport d'activité 2009* (par Claire Brisset)

France, Défenseure des droits de l'enfant, *Rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations unies 2008* (par Claire Brisset)

France, Médiateur de la République, *Rapport annuel 2009* (par Jean Paul Delevoye)

Allocution de Françoise Monéger, professeur à l'Université Paris VIII, Extraits de la première Table ronde : Les politiques nationales en matière d'adoption internationale, Panorama des points fondamentaux, Petites affiches, 25 mars 2004, no 6

Allocution d'Horatia Muir-Watt, professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne, Extraits de la cinquième Table ronde : Le jugement d'adoption : interactions des droits nationaux, Petites affiches, 26 mars 2004, no 62

Journal officiel de l'Assemblée nationale, 11 juillet 2006, p. 7365

Journal officiel de l'Assemblée nationale, 18 juillet 2006, p. 7621

Mercoli Sylain. « A propos de l'impossibilité d'adopter un enfant étranger dont la loi personnelle prohibe cette institution », Petites affiches, 26 mars 2004, no 62, p. 15

Ton Nu Lan-Roman Anh. « Les modifications apportées par la Loi du 4 juillet 2005 en matière d'adoption », Colloque Filiation et adoption : les réformes opérées par

l'ordonnance no 2005-759 et la loi no 2005-744 du 4 juillet 2005 présenté à Marseille, 16 décembre 2005

Au Québec :

Législation

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64
Code de procédure civile, L.R.Q. c. C-25
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., c. P-34.1
Loi concernant l'adoption, 14 Geo. V., 1924
Loi sur l'adoption, L.Q. 1969, c. 64
Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, c. 39
Loi assurant la mise en œuvre de la Convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions en matière d'adoption, L.Q. 2004, c.3
Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3
Projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale, 1^{re} sess. 39^e légis. (Qc) déposé en octobre 2009
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, c. 27 et son *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227
Règlement sur la sélection des ressortissants étrangers, R.R.Q., c. I-0.2, r. 4

Jurisprudence

C. (G.) c. V.-F., [1987] 2 R.C.S. 244
Paquette c. Galipeau, [1981] 1 R.C.S. 28
En matière d'adoption : A. et B., 2006 Q.C.C.Q. 8524
C... C... et V...Q... c. Directeur de la protection de la jeunesse des centres jeunesse de la Montérégie, 2000 CanLII 7307 (Q.C.C.A.)
Adoption 07536, 2007 Q.C.C.Q. 21881
A et B c. Le procureur général du Québec, 2007 Q.C.C.S. 2087
Re : Z..., Z... E..., 2005 CanLII 49298 (Q.C.C.Q.)
Droit de la famille 2906, dossier 525-43-001194-972, Montréal, 14 octobre 1997
A et B. c. Procureur général du Québec, 2008 Q.C.C.Q. 14414 (C.Q.)
S. (M.) c. Procureur général du Québec, EYB 2009-163033
M.S. c. Ministre de l'immigration et des communautés culturelles, 2009 QCTAQ 5921 (CanLII)

Doctrine

Monographies et ouvrages collectifs

Lavallée Carmen. *L'enfant, ses familles et les institutions de l'Adoption, regard sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005

Jean Florence. *Mariage et divorce : harmonisation des normes civiles et religieuses dans une perspective de droit préventif*, mémoire de maîtrise en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié)

Malacket Andréanne. *L'intérêt de l'enfant : notion polymorphe susceptible d'instrumentalisation ou de détournement. L'exemple de l'avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives en matière d'adoption et d'autorité parentale*, mémoire en droit, Université de Montréal, 2010 (non publié)

Collard Chantal, Lavallée Carmen et Ouellette Françoise-Romaine. « Quelques enjeux normatifs des nouvelles réalités de l'adoption internationale » dans Alain Roy, dir., *Évolution des normes juridiques et nouvelles formes de régulation de la famille : regards croisés sur le couple et l'enfant*, no 5, Conseil de développement de la recherche sur la famille du Québec (CDRFQ), automne 2006

Roy Alain. « Droit de l'adoption », 2e édition, Wilson et Lafleur, Montréal, 2010

Articles

Lavallée Carmen. « La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et sa mise en œuvre en droit québécois » (2005) 35 R.D.U.S. 357-374

Glenn Patrick. « Le droit international privé du divorce et la filiation adoptive : un renversement de la méthodologie conflictuelle » (1988) 19 Rev. Gen. 359

Autres documents

Québec, Direction des politiques, des programmes et de la promotion de l'immigration services conseil aux immigrants candidats à l'immigration, *Notes sur les procédures en immigration : traitement des demandes visant des enfants sous tutelle (kafala)*, NPI no. 2008-014, 19 décembre 2008

