Document generated on 08/03/2025 1:08 p.m.

Revue québécoise de droit international
Quebec Journal of International Law
Revista quebequense de derecho internacional

LA PROTECTION DE L'ENFANT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ TUNISIEN : L'EXEMPLE DE LA GARDE (OU *HADHANA*)

Ridha Boukhari

Volume 23, Number 1, 2010

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1068411ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1068411ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Boukhari, R. (2010). LA PROTECTION DE L'ENFANT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ TUNISIEN : L'EXEMPLE DE LA GARDE (OU *HADHANA*). *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional, 23*(1), 91–114. https://doi.org/10.7202/1068411ar

Article abstract

Particular institution of the Muslim legal system, the custody of the child (or *hadhana*) is made up for the most part of two elements: the child's protection (direction and supervision) and the primary education. Regarding the *hadhana*, the Muslim law establishes a merit order in favor of the mother and the parents of maternal lineage. A major part of the doctrine considers the *hadhana* as a division of the guardianship (or *wilaya*) on the person, which is a known prerogative of the father and the parents of paternal lineage. This perception emphasizes the boundary problems between the two institutions. In the actual positive law, the custody question offers a favorable environment to the conflict of interests between all the parties involved: the father, the mother and the child. This subject holds an imperative character in internal law, which explains its unavailable character. On the international scene, the will to favor the child has been materialized by the adoption of a conflict rule of substantial character which leads to using the law most beneficial for the child. However, the Tunisian jurisprudence considers that there is a public order reservation which permits that the *hadhana* will be given to the partner of Muslim religion. The scope of the reservation can be confirmed when looking at the consideration of foreigners' case law. In particular, when the custody is given by a foreign court to a non Muslim mother, the Tunisian jurisdiction has a tendency to favor the Tunisian father.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2010

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

LA PROTECTION DE L'ENFANT EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ TUNISIEN : L'EXEMPLE DE LA GARDE (OU *HADHANA*)

RIDHA BOUKHARI[*]

Institution particulière au droit musulman, la garde (ou *hadhana*) se compose principalement de deux éléments : la protection de l'enfant (direction et surveillance) et sa première éducation. Le droit musulman établit à propos de la *hadhana* un ordre de mérite qui profite à la mère et aux parents de la lignée maternelle. Une grande partie de la doctrine envisage la *hadhana* comme un démembrement de la tutelle (ou *wilaya*) sur la personne – laquelle est une prérogative reconnue de manière quasi-exclusive au père et à la lignée paternelle – ; cette perception met l'accent sur les problèmes de frontières entre les deux institutions. Dans le droit positif actuel, la question de la garde offre un terrain propice aux conflits d'intérêts entre les différentes parties concernées : le père, la mère et l'enfant. La matière recèle une forte impérativité en droit interne, ce qui explique son caractère indisponible. Sur la scène internationale, la volonté de favoriser l'enfant s'est traduite par l'adoption d'une règle de conflit à caractère substantiel qui conduit à l'application de la loi la plus favorable à l'enfant. Cependant, la jurisprudence tunisienne considère, depuis quelques temps, qu'il existe en matière de *hadhana* une réserve d'ordre public, qui justifie le refus de l'accorder au conjoint qui n'est pas de religion musulmane. L'ampleur de cette réserve se vérifie de manière particulière au stade de la réception des décisions étrangères. Ainsi, lorsque la garde est conférée par un tribunal étranger à la mère étrangère non-musulmane, les juridictions tunisiennes se préoccupent davantage de la tutelle exercée par le père tunisien.

Particular institution of the Muslim legal system, the custody of the child (or *hadhana*) is made up for the most part of two elements: the child's protection (direction and supervision) and the primary education. Regarding the *hadhana,* the Muslim law establishes a merit order in favor of the mother and the parents of maternal lineage. A major part of the doctrine considers the *hadhana* as a division of the guardianship (or *wilaya*) on the person, which is a known prerogative of the father and the parents of paternal lineage. This perception emphasizes the boundary problems between the two institutions. In the actual positive law, the custody question offers a favorable environment to the conflict of interests between all the parties involved: the father, the mother and the child. This subject holds an imperative character in internal law, which explains its unavailable character. On the international scene, the will to favor the child has been materialized by the adoption of a conflict rule of substantial character which leads to using the law most beneficial for the child. However, the Tunisian jurisprudence considers that there is a public order reservation which permits that the *hadhana* will be given to the partner of Muslim religion. The scope of the reservation can be confirmed when looking at the consideration of foreigners' case law. In particular, when the custody is given by a foreign court to a non Muslim mother, the Tunisian jurisdiction has a tendency to favor the Tunisian father.

[*] Maître de conférences en droit privé à la Faculté des sciences juridiques, économiques et de gestion de Jendouba (major de promotion au concours d'agrégation de 2009). Après des études à la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, il a obtenu un doctorat en droit en février 2008 (mention : très honorable avec félicitations du jury) et un diplôme d'habilitation en juin 2009. Auditeur à l'Académie de droit international de La Haye en 1997, 1998, 1999 et 2005, l'auteur est spécialiste en droit international privé.

L'article 54 du *Code du statut personnel* tunisien (*CSP*)[1] définit la garde (ou *hadhana*) en ces termes brefs : « La garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure ». Cette définition ne permet cependant pas d'élucider entièrement la nature de la garde; aussi, la garde est-elle perçue tour à tour comme un droit de l'enfant[2], une institution de protection de l'incapable[3], un droit et un devoir du titulaire de la garde[4], voire un droit respectivement reconnu à l'enfant, au père et à la mère[5]. Or, considérant sa finalité plutôt que sa nature, ne pourrait-on pas appréhender la garde comme une forme d'assurance sociale destinée à protéger l'enfant en bas âge?

Un bon nombre d'auteurs[6] envisagent la *hadhana* comme un démembrement de la tutelle (ou *wilaya*)[7] sur l'enfant – laquelle est une prérogative reconnue de manière quasi-exclusive au père et à la lignée paternelle –; cette perception met l'accent sur les problèmes de frontières entre les deux institutions. Ce problème de frontières s'ajoute à l'incertitude qui entoure la qualification de la garde, ce qui explique la diversité des opinions consistant à la rattacher soit aux effets du divorce[8], soit aux effets de la filiation[9], voire même aux effets du mariage[10].

---

1 *Décret du 13 août 1956 (6 moharem 1376), portant promulgation du Code du Statut Personnel*, J.O.R.T., 17 août 1956, 1544, art. 54 [*CSP*], entré en vigueur le 1er janvier 1957.

2 En ce sens, voir Wahba Alzuhaili, *Al fikh al maliki al mouyassar*, 2e éd., Damas, Beyrouth, Dar al kalim attaib, t. 2, 2002, à la p. 286; Muhammed Abu zahra, *Al Ahwal al shaksiya*, 3e éd., Le Caire, Dar al'fikr al'arabi, 1957 au para. 322 et aux para. 339 et s.; Cass. civ., 22 octobre 2004 (inédit) 3181 (inédit), dans cet arrêt, la cour déclare clairement que : « la garde est un droit de l'enfant ».

3 Maurice Nizard, *Le droit international privé tunisien en matière de statut personnel*, thèse, Faculté de droit et de sciences économiques, Paris, 1968 [non publiée] au para. 142; Taoufik Chabchoub, « La garde des enfants issus de mariage mixte », Conférence présentée à Tunis, 1982, cité par Dina Charif-Feller, *La garde (Hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996 à la p. 235.

4 Ali Bécheur, « La notion de garde dans le droit tunisien de la famille » (1968) 4 Rev. A.S.J.E.P. 1149 à la p. 1151; Philippe Malaurie et Hughes Fulchiron, *Droit civil, La famille*, Paris, Defrénois, 2004 aux para. 1229-1230.

5 Voir à titre d'illustration, Cass. civ., 4 janvier 1999, (1999) B.C.C. 331, no 69523 [*Affaire 69523*]; sur cette question, Ridha Boukhari, « Al' *hadhana* », dans Mohamed Kamel Charfeddine, dir., *Cinquante ans de jurisprudence civile*, Tunis, Centre de Publication Universitaire, 2010, aux pp. 1353 et s.

6 Sur ce point, des divergences existent entre ceux qui confèrent à la *hadhana* une autonomie par rapport à la *wilaya* et ceux qui considèrent qu'elle est un aspect de la *wilaya* sur la personne, voir sur cette question, Béchir Ferchichi, *La tutelle des pères et mères sur leurs enfants mineurs dans les droits marocain et tunisien comparés*, thèse en droit privé,Université de Tunis, 1983 [non publiée] aux pp. 337 et s.; Rachid Sabbagh, « L'évolution du droit de garde dans les pays du Maghreb » (1969-1970) R.T.D. aux pp. 49 et s.; voir également les références citées par ces auteurs.

7 Selon la classification élaborée par les jurisconsultes musulmans, la *wilaya* a un objet double : tutelle sur la personne du mineur et tutelle sur ses biens. La tutelle sur la personne s'identifie à ce que certaines législations occidentales désignent sous le terme d'« autorité parentale »; dans les systèmes islamiques, elle découle des rapports *ex lege* que le père partage avec sa progéniture et confère à celui-ci, en sa qualité de chef de famille et de tuteur légal, un droit de gouvernement sur la personne de son enfant. En revanche, la tutelle sur les biens confère au tuteur les prérogatives d'administration et de gestion du patrimoine de son pupille.

8 Trib. 1er inst. Tunis, 6 juillet 1976, R.T.D. (1978) I 93 (annotation Ali Mezghani).

9 Ibrahim Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1977 à la p. 324; Nizard, *supra* note 92 à la p. 254.

10 Nizard, *ibid*. à la p. 254; Kalthoum Meziou, *Les relations en droit international privé de la famille entre les systèmes tunisien et français: le cas du divorce des couples mixtes*, thèse en droit privé, Université de Tunis, 1982 à la p. 92.

En droit québécois, la garde est perçue comme un attribut de l'autorité parentale et ne s'exerce qu'à l'égard des enfants non émancipés (art. 598 et 602 du *Code civil du Québec)*[11]. En revanche, en droit français, la garde n'est plus envisagée comme un attribut de l'autorité parentale, la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a en effet supprimé toute référence expresse à cet égard. Dès lors, la garde est plutôt perçue comme un instrument de protection de l'enfant[12]. Ce dernier aspect de la garde permet de la rapprocher de la *hadhana*.

Institution particulière au droit musulman, la *hadhana* se compose principalement de deux éléments : la protection de l'enfant (direction et surveillance) et sa première éducation. La spécificité du droit musulman à cet égard résulte du fait qu'il établit à propos de la *hadhana* un ordre de mérite qui profite à la mère et aux parents de la lignée maternelle. La *hadhana*, exercée pendant les premières années de la vie de l'enfant, est ainsi perçue comme une prérogative fondamentalement féminine[13]. La mère, considérée plus qualifiée pour être chargée de la *hadhana*, dispose à cet effet d'une priorité par rapport au père[14], mais encore faut-il qu'elle remplisse un certain nombre de conditions prévues par la *chari'à* (religion islamique)[15].

La législation ancienne de droit international privé[16] n'a pas prévu de dispositions propres à la garde (ou *hadhana*). En revanche, le *Code de droit international privé* tunisien (*CDIP*)[17] lui a réservé une solution spécifique. La volonté de favoriser l'enfant gardé s'est ainsi traduite par l'adoption d'une règle de conflit à caractère substantiel[18]). De surcroît, la matière de la garde recèle une forte impérativité en droit interne, ce qui explique son caractère indisponible. Aussi, la

---

11 *Code civil du Québec*, L.R.Q., c. C-1991 [*C.c.Q.*]. Sur cette question, voir Jean Pineau et Marie Pratte, *La famille*, Montréal, Thémis, 2006, aux pp. 319 et s.

12 Malaurie et Fulchiron, *supra* note 92 au para. 1230.

13 Cette perception persiste en dépit des réformes apportées aux règles régissant la garde en 1966, en 1981 et en 1993.

14 Sur cette question, voir Kalthoum Meziou, « Maghreb : Evolution du droit de la famille et perspectives comparatives », dans Marie-Claire Foblets, dir., *Familles-Islam- Europe : le droit confronté au changement*, Paris, l'Harmattan, 1996, 209 à la p. 221. Pour une étude générale, El-Quannouji, *Ar-Rawdha An-nadiya*, le Caire, t. 2, p. 89; As-San'ani, *Souboul As-salem*, Le Caire, t. 3, p. 308, cités par Rachid Sabbagh, « L'évolution du droit de garde dans les pays du Maghreb », *supra* note 6 à la p. 53; voir également, *Affaire 69523*, *supra* note 92. Ainsi, même s'il est devenu possible au père de se voir octroyer la *hadhana* de ses enfants, l'article 58 *CSP* continue à exiger qu'il ait « à sa disposition une femme qui assure les charges de la garde ».

15 En ce sens, voir Ferchichi, *supra* note 92 à la p. 67; Kalthoum Meziou, « , Mariage, filiation » (1997) J-cl. Dr. comp., Tunisie, fasc. 1, n°164; Yasseen Kassem, « Rapport égyptien », dans Travaux de l'Association Henri Capitant, dir. *La protection de l'enfant*, *Journées égyptiennes*, Paris, Economica, 1981, aux pp. 91, 93; Béchir Bilani, « Rapport libanais », *ibid.* à la p. 144. Pour une étude générale, Abderrazak Moulay Rchid, « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans » (1997) 268 R.C.A.D.I. 9-290.

16 *Décret du 12 juillet 1956(3 doul hidja 1375) fixant le statut personnel des Tunisiens non musulmans et non israélites*, J.O.R.T. 13 juillet 1956, 987, abrogé par le *Code de droit international privé promulgué par la Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du code de droit international privé*, J.O.R.T., 1er décembre 1998, 2332 [*CDIP*], entré en vigueur le 1er mars 1999.

17 *CDIP*, *ibid.*

18 *Ibid* art. 50.

Cour de cassation tunisienne déclarait-elle dans son arrêt du 21 avril 1992[19] que : « la question de la *hadhana* touche à l'ordre public puisqu'elle se rapporte aux mineurs, il n'est donc pas permis de l'attribuer sur simple accord des parties sans l'intervention de la justice ». Le caractère d'ordre public[20] attaché à la matière confère à la règle de conflit de lois une autorité supérieure à celle qui est normalement envisagée dans les autres matières[21].

Aussi, la protection de l'enfant gardé sera-t-elle vérifiée selon une double perspective : en amont, lors de la désignation de la loi applicable à la garde, et en aval, lors de l'accueil réservé aux décisions étrangères conférant la garde. Ainsi, d'une part, les considérations relatives à la protection de l'intérêt de l'enfant amèneront le juge à retenir la loi considérée la « meilleure » pour l'enfant au plan substantiel (I). D'autre part, le statut de plus en plus renforcé dont l'enfant est doté, aussi bien en droit interne qu'en droit international, a conduit à une amplification du jeu de l'ordre public dans les questions qui mettent son intérêt en jeu (II).

I. Une protection assurée par la sélection de la loi la plus favorable à l'enfant

L'internationalité du rapport de droit et l'importance de l'intérêt en jeu conduiront le juge lors de l'attribution de la garde à sélectionner la loi qui, de son point de vue, sera la plus favorable à l'enfant (A). Mais, le juge devra également résoudre les autres questions liées à l'attribution de la garde (B).

A. La loi applicable à la garde de l'enfant

Selon l'article 50 *CDIP* : « La garde est soumise, soit à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi nationale de l'enfant ou de son domicile. Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant ». On remarquera, au départ, que la protection de l'enfant gardé est prise en charge par une règle de conflit à critères alternatifs qui invite le juge à appliquer la loi la plus favorable à l'intéressé et par là même à retenir celui des parents qui offre le maximum d'avantages pour l'enfant.

---

19 Cass. civ., 21 avril 1992, (1994) R.J.L. 83.31481; voir également, Trib. 1re inst. Grombalia, 7 mars 1977 , (1978) R.T.D. 95 (annotation Kalthoum Meziou) [*Affaire du 7 mars 1977*] : « La question de la garde, suivant les dispositions de l'article 67 du *CSP*, est considérée comme une question qui intéresse l'ordre public, car l'intérêt de l'enfant est le seul pris en considération, sans l'intérêt d'aucun autre, ce qui permet au tribunal d'apprécier cet intérêt et de confier la garde à qui il veut, malgré l'accord des parties ».

20 La jurisprudence est à cet égard constante : Cass. civ., 24 août 1966, (1966) B.C.C.31. nº4875; Cass. civ., 26 juin 1967, (1967) B.C.C.49.nº 5431; Cass. civ., 11 octobre 1977, (1977) B.C.C. II120, nº1168; Cass. civ., 7 mars 1978, (1978) B.C.C.I80, nº773; Cass. civ., 9 août 1978, (1978) B.C.C. II,54, nº2651; Cass. civ., 2 février 1989, (1991) R.J.L.94, nº20431; Cass. civ., 8 mars 1994, (1994) B.C.C.184,nº 38798 Cass. civ., 21 mai 1996, (1996) B.C.C.II,.245, nº.49352; Cass. civ., 22 avril 1997, (1997) B.C.C. II,277, nº .57466.

21 Selon l'article 28 *CDIP* : « La règle de conflit est d'ordre public lorsqu'elle a pour objet une catégorie de droits dont les parties n'ont pas la libre disposition ».

Une partie de la doctrine considère que la « loi personnelle » de l'enfant est la plus indiquée pour régir la *hadhana* [22]. Ainsi, en situation de crise, très souvent de divorce, ce dernier deviendrait le centre de gravité de la vie de famille[23]. La localisation s'effectuant selon l'article 50 *CDIP* de façon alternative en fonction des deux rattachements de la nationalité et du domicile de l'enfant. La compétence de la loi nationale de l'enfant envisagée par cette disposition aurait pour avantage d'offrir une meilleure stabilité à l'intéressé. Cependant, l'essor qu'a connu la transmission de la nationalité de la mère à l'enfant peut conduire à des situations d'impasse lorsque le ménage dissocié est « hétérogène ». En effet, si l'enfant est titulaire d'une double nationalité, la localisation par ce critère perd de son effectivité et peut rendre la compétence de la loi nationale superflue. Or, il est possible de dire, d'un côté, que le juge dispose tout de même d'une option plus large, dans la mesure où il pourra vérifier le statut réservé à l'enfant par ses deux lois nationales et retenir celui qui lui paraît plus favorable. D'un autre côté, on peut supposer que le juge sera conduit à privilégier le rattachement à la loi du domicile si elle lui paraît meilleure au plan substantiel.

Mais, la loi nationale de l'enfant ou celle de son domicile risquent de souffrir de la concurrence de la loi de la « désunion »[24]. Il convient alors de se demander si celle-ci conserve en la matière un titre sérieux d'application? La réponse par l'affirmative se justifie dans la mesure où l'article 50 *CDIP* envisage la loi de la désunion comme l'une des solutions possibles. Or, en analysant la question du point de vue de l'effectivité du rattachement, peut-on réellement reconnaître une valeur à cette loi, alors qu'elle ne présente pas les ingrédients qui lui permettent de suivre de manière efficiente l'évolution de la vie de l'enfant[25]?

En fait, la loi applicable à la *hadhana* ne peut demeurer éternellement celle de la dissolution du mariage, la solution présenterait l'inconvénient de figer la loi applicable en la matière à un moment précis[26], alors que le problème de la garde survit à la rupture du lien matrimonial et appelle une solution qui tient compte de cette particularité[27].

Il est, néanmoins, possible de penser qu'en postulant la soumission de la *hadhana* à la loi de la désunion, le législateur a entendu maintenir la matière dans la dépendance de cette loi, en vue d'éviter le dépeçage de cette institution et les problèmes d'articulation entre les différentes solutions prévues par la loi de la désunion[28], la loi applicable aux mesures provisoires[29]– puisque la garde est généralement attribuée au départ en vertu de cette loi – et la loi personnelle de l'enfant[30].

---

22 Nizard, *supra* note 92 à la p. 255.

23 Voir en ce sens, Yves Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, Dalloz, 1976, à la p. 115; Fadlallah, *supra* note 92 à la p. 361.

24 Le terme générique de « désunion » peut englober différents modes de dissolution du mariage, dont le divorce, et paraît en harmonie avec une autre institution, la séparation de corps, envisagée par l'article 49 *CDIP*.

25 Voir en ce sens, Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, 9e éd., Paris, Monchrestien, 2007 à la p. 601.

26 *Ibid*.

27 Voir en ce sens, Fadlallah, *supra* note 92 à la p. 325.

28 *CDIP*, *supra* note 16 à l'art. 49(1).

29 *Ibid.* à l'art. 49(2).

30 *Ibid* art. 50.

On pourrait aussi être tenté de dire qu'en prévoyant la loi de la désunion comme alternative, le législateur marque une hésitation entre les deux approches localisatrices et matérielles, dans la mesure où la garde est généralement traitée comme un effet du divorce. Or, cette analyse est démentie par la structure particulière de la disposition, laquelle conduit en fin de parcours à l'infléchissement de la logique localisatrice de la règle de conflit par le truchement de la loi la plus favorable.

L'on constate, en effet, que le régime de faveur institué par l'article 50 *CDIP* est particulièrement accusé dans la mesure où trois lois au moins entrent en ligne de compte[31]. Les prérogatives dévolues au juge sont à cet égard conditionnées par « un but à atteindre »[32]; une directive précise lui impose de faire prévaloir l'intérêt d'une personne : l'enfant. La notion d'intérêt de l'enfant, injectée au cœur des relations familiales par la loi du 3 juin 1966[33], a en effet été érigée en critère exclusif d'attribution de la garde. Clef de voûte de l'édifice législatif et jurisprudentiel en la matière[34], la notion d'intérêt de l'enfant constitue désormais la raison d'être même de l'institution de la garde[35].

L'article 50, al. 2 *CDIP* met à la charge du juge le devoir de consulter, confronter et comparer plusieurs législations, et de s'en tenir à celle qui est « la plus favorable »[36] à l'enfant gardé. Partant, le juge ne saurait s'arrêter à mi-chemin, sa mission n'est accomplie que si toutes les lois envisagées par la règle de conflit ont été examinées[37]. Sa tâche sera d'autant difficile, qu'il lui faudra désormais avoir une connaissance de la teneur des lois potentiellement applicables, ce qui n'est pas toujours évident. L'insuffisance des moyens d'information ou le caractère fragmentaire ou imprécis de la loi étrangère peuvent, en effet, constituer un sérieux handicap pour sa mission. Du coup, l'on perçoit l'aspect contrasté de la matière, car le juge se trouve astreint à une double obligation de nature différente. Dans la première, qui est de moyens, il doit rechercher le contenu des lois envisagées par la règle alternative. En revanche, dans la seconde il est tenu à une obligation de résultat consistant à faire régir la *hadhana* par la loi qui prévoit le meilleur statut à l'enfant au plan matériel.

Cette présentation peut d'ailleurs être perturbée par le fait que l'attribution de la *hadhana* se fait souvent dans le cadre des séances de conciliation qui sont un préalable au divorce, ce qui donne un caractère provisoire aux mesures prises à cet égard. Or, à ce stade le juge ne peut se prononcer qu'en fonction de la loi qu'il connaît le mieux : la loi du for.

Par ailleurs, l'absence d'un énoncé substantiel précis défini par l'article 50 *CDIP* est un écueil pour le juge, ce dernier ne se trouve pas parfaitement renseigné sur la

---

31 Une 4e loi n'est pas à écarter dans le cas où l'enfant est binational.

32 Henri Batiffol, « Les intérêts en droit international privé » dans *Festschrift für Gerhard Kegel*, Frankfurt, Alfred Metzner Verlag, 1977 , p. 14.

33 *Loi n° 66-49 du 3 juin 1966 portant modification du Code du statut personnel*, J.O.R.T., 3 juin 1966, 880.

34 Cass. civ., 8 juin 1999, (1999) B.C.C. 338, no 70563 ; Cass. civ., 2 mars 2001, (2001) R.T.D. 201et 207 et s., no 7286 [*Affaire 7286*]; voir également, Bécheur, *supra*note 92 à la p. 1159.

35 Philippe Simler, « La notion de garde de l'enfant », (1972) 4 R.T.D civ. 685 à la p. 723.

36 Isaak Kisch, « La loi la plus favorable » dans *Ius et Lex, Festgabe Max Gutzwiller*, Basel, Helbing & Lichtenhahn Verlag, 1959, 373 à la p. 374.

37 *Ibid.* à la p. 386.

politique de droit matériel sous-jacente en la matière. Peut-on suggérer que la règle fait référence à un intérêt présumé? Suffit-il de dire tout simplement intérêt à la *hadhana?* Le doute pourrait-il être dissipé par la considération que la règle de conflit repose sur une présomption matérielle implicite : l'attribution de la *hadhana* doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant tel qu'il est défini par le droit matériel interne. Mais, le droit interne est-il suffisamment clair à ce sujet? De plus, qu'est-ce qui permet de dire que ce dernier est le mieux indiqué pour l'enfant?

Le caractère lacunaire de la règle de conflit envisagée par l'article 50 *CDIP* rend la tâche du juge fort délicate puisqu'il ne dispose pas de directives claires sur l'objectif à atteindre! Or, l'incertitude quant à la solution « rend illusoire l'intérêt à la prévisibilité des solutions »[38]. Au surplus, l'imprévisibilité s'accroît du moment que l'article 50 *CDIP* donne mission au juge de sélectionner la législation la plus favorable à l'enfant dans un éventail étendu de lois[39]. Étant donné que la règle trouve son fondement dans l'idée de justice matérielle, il aurait été souhaitable que l'objectif de la faveur soit indiqué avec précision.

Il est ainsi avéré que la préférence donnée à l'intérêt de l'enfant n'est pas exprimée dans le présupposé de la règle de l'article 50 *CDIP* la mesure qu'il faut. Le critère matériel présidant à la détermination de la loi applicable demeure ainsi enfoui, le législateur s'abstenant de se prononcer sur l'effet juridique dont il poursuit la promotion. Le législateur cherche-t-il alors par ce moyen à exporter ses propres conceptions en la matière? Pareille conclusion pourrait être suggérée par la formulation vague de la règle, celle-ci paraît en effet peu fiable en matière de transparence et de certitude juridique.

En dehors des imperfections de rédaction relevées, une analyse structurelle permet à notre avis de considérer que l'article 50 *CDIP* contient une disposition à condition d'intérêt implicitement déterminée, donnant mission au juge de sélectionner dans un éventail de lois celle qui, de son point de vue, paraît la plus favorable à l'enfant gardé.

À notre connaissance, le texte considéré n'a pas son égal dans les législations récentes de droit international privé, en particulier celle de l'Italie, de l'Allemagne, de la Suisse et du Venezuela. Dans ces législations, la garde, considérée comme un effet du mariage, est en général régie par la loi de la désunion. En droit français, une tendance se manifeste dans la jurisprudence à substituer la loi française à la loi étrangère normalement compétente sur la base de l'idée de loi de police et de sûreté[40] ou souvent de celle d'ordre public, notamment lorsque la loi étrangère n'envisage aucune directive

---

38 En ce sens, voir Andréas Bucher, « Sur les règles de rattachement à caractère substantiel » dans *Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer*, Genève, Georg, 1979, à la p. 41.

39 En ce sens, voir Paolo Michele Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel : de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Georg, 1985, au para. 566, l'auteur fait remarquer que lorsque la règle de rattachement favorise un effet de droit matériel précis, la prévisibilité du droit n'est pas compromise. Le raisonnement *a contrario* devra nous amener à conclure que si l'effet matériel n'est pas précisé, cela aboutit à l'imprévisibilité.

40 Pour un aperçu général, voir Agnès Bigot, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

permettant au juge d'attribuer la garde compte tenu de l'intérêt de l'enfant[41].

Une frange de la doctrine a tendance à considérer que la solution envisagée par le *CDIP* ne vise que l'hypothèse d'une *hadhana* attribuée en conséquence de la dissolution du lien matrimonial. En revanche, en cours de mariage, les effets de la *hadhana* devraient être régis par la loi régissant le lien matrimonial[42]. À vrai dire, la question de la *hadhana* n'apparaît pas réellement en situation normale de famille; dans ce dernier cas, en effet, elle n'existe que virtuellement et ne joue aucun rôle effectif, elle n'a de ce fait pas d'incidence réelle sur les conflits de lois. Le problème de l'attribution de la *hadhana* ne se pose donc de manière cruciale qu'en temps de crise, au moment du divorce. C'est à ce moment là que le juge est appelé à intervenir en vue de résoudre les désaccords entre époux notamment quant à l'exercice de la *hadhana*. Il y a lieu de voir à présent si les questions liées à l'attribution de la garde bénéficient du même traitement réservé à celle-ci.

B. Questions liées à l'attribution de la garde

La garde a pour contrepartie le droit de visite[43] (1°), lequel peut, s'il est sciemment détourné, aboutir à un enlèvement d'enfant (2°). De plus, la connexité de la garde avec la tutelle (ou *wilaya*) suscite des conflits frontaliers accentués par la nature différente des règles de conflit qui les régissent (3°).

1. Droit de visite

Le droit de visite constitue en fait un démembrement du droit de garde : il est le résultat d'un partage inégal de la garde entre les deux parents en raison de la « désunion ». Selon, l'article 66 *CSP*, le droit de visite est reconnu à celui des deux parents qui n'a pas bénéficié de la garde de l'enfant. L'exercice de ce droit permet à l'enfant séparé de son père ou de sa mère de maintenir un contact régulier avec ses deux parents, et bénéficie à ce titre des dispositions prévues par le *Code de la protection de l'enfant* tunisien (*CPE*)[44]. L'article 11 *CPE* garantit, en effet, à l'enfant le droit de garder des relations substantielles avec ses deux parents ainsi qu'avec les autres membres de sa famille.

---

41 Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal De Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 8e éd., Paris, Dalloz, 2004, au para. 334.

42 Ali Mezghani, *Commentaires du code de droit international privé*, Tunis, Centre de Publication .Universitaire, 1999, à la p. 124.

43 Louis Chatin, « Les conflits relatifs à la garde des enfants et au droit de visite en droit international privé », (1981-1982) T.C.F.D.I.P. 107 à la p. 121.

44 *Loi n°95-92 du 9 novembre 1995, relative à la publication du code de la protection de l'enfant* , J.O.R.T., 10 novembre 1995, 2095 [*CPE*], reprenant pour l'essentiel la *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 R.T.N.U. 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) ratifiée par la Tunisie, *Loi n° 91-92* du 29 novembre 1991 *portant ratification de la convention des Nations unies sur les droits de l'enfant*, J.O.R.T., 3 novembre 1991, 1890.

En principe, la loi régissant la *hadhana* devra régir le droit de visite qui en est le corollaire. Mais, cette loi subit fréquemment la concurrence de la loi du for. En effet, il n'est pas à oublier que les deux problèmes de la *hadhana* et du droit de visite se posent comme un préalable dans la phase de conciliation entre les époux. Or, pendant cette période le juge ne dispose pas du temps nécessaire pour vérifier quelle loi est la plus favorable à l'enfant, il doit prendre des mesures urgentes en vue de protéger ce dernier[45]. Ces mesures seront donc prises, dans un premier temps, en vertu de la loi du for. L'article 49 *CDIP* dispose en effet que : « Les mesures provisoires en cours d'instance sont régies par le droit tunisien ». Ce dernier aura également vocation à résoudre les problèmes qui résultent de l'usage détourné du droit de visite, entraînant un déplacement illicite de l'enfant gardé.

2. Enlèvement d'enfants

La question de l'attribution de la garde peut présenter plusieurs complications résultant, notamment, du problème particulier de l'enlèvement d'enfants. Sur le plan pénal, l'enlèvement est qualifié de délit de non-présentation d'enfant qui est passible d'emprisonnement ou d'amende. L'article unique de la loi du 24 mai 1962[46] dispose ce qui suit : « Quand il aura été statué sur la garde par décision de justice, provisoire ou définitive, le père, la mère ou toute personne qui ne présentera pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer ou qui, même sans fraude ou violence l'enlèvera ou le détournera ou le fera enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde aura été confiée, ou des lieux où ces derniers l'ont placé, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 24 à 240 dinars ou de l'une de ces deux peines seulement ». Il va sans dire que si l'infraction est commise sur le territoire national, la compétence revient au juge tunisien qui, en vertu du caractère territorial du droit pénal, appliquera son propre droit.

Le contexte international accentue la complexité du problème, car le déplacement de l'enfant ne s'effectue pas dans les limites du territoire d'un seul État, ce qui permet à l'auteur de l'enlèvement de tirer profit du « phénomène de la frontière »[47] en vue de retenir l'enfant. En effet, il arrive très souvent que l'un des deux parents – séparé de fait ou de droit de l'autre ou même divorcé – emmène l'enfant dans son pays d'origine et empêche l'autre d'exercer son droit de garde ou de visite. En franchissant la frontière d'un autre État, l'auteur de l'enlèvement se prémunit contre toute décision émanant de l'État d'origine et obtient par là même une double modification : celle de la loi applicable et celle de la juridiction compétente pour

---

45 Mourad Knani, « Les mesures urgentes en matière de divorce : un statut quo désuet », (2002) 1 R.J.L. 39 aux pp. 40 et s. L'auteur fait remarquer à cet égard que le droit de visite est réglé d'une manière expéditive et laconique par une disposition unique.

46 *Loi n° 62-22 du 24 mai 1962 (20 doul hijja 1381), instituant le délit de non représentation d'enfant*, J.O.R.T., 22-25 mai 1962, 620.

47 Terme dû à Niboyet, cité par Yves Lequette, *Droit Civil,* 2e éd., 1988, note sous Tribunal de grande instance de Grasse et Aix-en-Provence, (1989), Rev. crit., 1990, p. 537.

statuer sur le cas de l'enfant[48]. Le problème a tendance à s'amplifier depuis quelques temps, en particulier dans les ménages mixtes, en dépit des efforts coopératifs en ce sens[49].

Les mécanismes mis en place par le droit international semblent reposer sur la présomption que l'intérêt de l'enfant réside dans le rétablissement du *statu quo ante*. C'est ainsi que la *Convention sur l'enlèvement d'enfants*[50] institue, dans son article 16, une action en remise d'enfant permettant le retour de l'enfant déplacé illicitement avant toute décision sur le fond en matière de garde. Pour cela, la *Convention sur l'enlèvement d'enfants* a prévu la création, dans chaque État signataire, d'une autorité centrale dont la tâche principale est d'agir en vue d'obtenir le retour immédiat des enfants. Un arrêt de la Cour de cassation française en date du 25 janvier 2005[51] a ainsi approuvé les juges du fond d'avoir ordonné le retour immédiat de l'enfant. En l'espèce, il s'agissait d'un enfant naturel né d'une mère franco-italienne et d'un père italien. L'enfant était né en décembre 1998 en France, pays de résidence de sa mère. Dès janvier 1999, la mère rejoignit le père en Italie et s'installa au domicile conjugal. Quelques mois après, elle rentrait en France avec l'enfant. Ce dernier avait été déplacé à l'âge de six mois et la décision de retour a été prise lorsqu'il avait neuf mois.

Comme on l'a fait observer : « l'intérêt présumé de l'enfant est […] avant tout un intérêt spatial, fonction de considérations d'intégration et de proximité, mais également de stabilité »[52]. Toutefois, des raisons purement matérielles pourront justifier le refus de retour. Il en est ainsi s'il « existe un risque grave que le retour de l'enfant ne l'expose à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière », qui serait de nature à le placer dans « une situation intolérable » (art. 13(b))[53]. À ce propos, certaines juridictions canadiennes ont jugé que le « grave risque » dont traite l'article 13(b) de la *Convention sur l'enlèvement d'enfants* ne concerne que les conséquences du retour de l'enfant dans le pays d'origine, et non celles du départ du pays où il se trouve[54].

---

48 Thierry Garé, « Refléxions sur l'efficacité de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants » dans dir, *Mélanges Christian Mouly*, Paris, Litec, 1998, 299 à la p. 300.

49 *Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants*, 25 octobre 1980, 1343 R.T.N.U. 89 (entrée en vigueur 1er décembre 1983) [*Convention sur l'enlèvement d'enfants*]; *Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants*, 20 mai 1980, 1496 R.T.N.U. 37 (entrée en vigueur : 1er septembre 1983).

50 *Convention sur l'enlèvement d'enfants*, *ibid.*

51 Cass. civ. 1ère, 25 janvier 2005, (2005) Droit & patrimoine 104 (annotation Françoise Monéger).

52 Voir Petra Hammje, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, 378.

53 *Convention sur l'enlèvement d'enfants*, *supra* note 100; voir également CE, *Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000*, [2003] J.O., L 338/1, art. 11.

54 *Thompson v. Thompson*, [1993] 8 WWR 385 (MB C.A.), confirmé par *Thomson c. Thomson*, [1994] 3 R.C.S. 551 décision citée par Gérard Goldstein et Ethel Groffier, « Canada. Québec et provinces anglaises : Droit international privé », (1988) 40 J-cl. Dr. comp., au para. 100.

Partant de ces considérations, la Cour de cassation française a refusé le retour au domicile conjugal américain de deux enfants emmenés illicitement par leur mère, au motif que cela les exposerait à un danger psychique du fait « des changements aux conditions de vie actuelles ». D'après les faits, les enfants qui venaient de passer quatre ans en France en compagnie de leur mère ne parlaient plus anglais, ni n'entretenaient de relations avec la branche paternelle de la famille. Un auteur a ainsi fait remarquer que leur retour aux États-Unis, pays de leur père, après ce temps passé avec la mère serait « vécu (par eux) comme un deuil »[55]. Il est d'ailleurs à remarquer que la *Convention sur l'enlèvement d'enfants* fixe implicitement une condition de délai d'un an au-delà duquel la demande de restitution de l'enfant ne pourra pas être acceptée (art. 12)[56]. La *Convention sur l'enlèvement d'enfants* considère que passé ce délai, l'enfant s'est habitué à son nouvel environnement; l'écoulement du temps consolidant le déplacement. Ainsi, le retour ne doit pas avoir lieu s'il porte une atteinte tellement grave à l'intérêt de l'enfant qu'il serait intolérable pour celui-ci[57].

Force est cependant de constater que le droit international privé éprouve encore une grande difficulté à traiter le déplacement illicite d'enfants en raison, notamment, de « l'omniprésence de la notion de souveraineté » dans ce genre de questions[58], et la tendance des autorités juridictionnelles à s'opposer de manière systématique aux décisions étrangères relatives à la garde, au nom d'un ordre public défenseur de l'intérêt de l'enfant.

Il semble que le risque ne peut être conjuré de manière efficace qu'en organisant une étroite coopération entre les États qui repose, dans un premier temps, sur l'application des conventions signées et, dans une étape ultérieure, sur l'uniformisation de la réglementation relative aux droits de garde et de visite[59]. En droit tunisien, la question prend une autre dimension différente dans la mesure où, en raison de la législation en vigueur, la garde est susceptible d'entrer en collision permanente avec une autre institution: la tutelle (ou *wilaya*), ce qui suscite un problème de délimitation des frontières.

3. Problème de frontières?

Le *CDIP* n'envisage pas une réglementation uniforme du statut de l'enfant, il prévoit, au contraire, une règle spécifique à chaque institution de protection de l'enfant : la tutelle (ou *wilaya*) étant régie par l'article 41 *CDIP*, la garde (ou *hadhana*) par l'article 50 *CDIP*. Il y a lieu de souligner que les deux règles précitées sont de

---

55 Cass. civ., 21 novembre 1995, (1996) D. 468 (annotaton J. Massip).

56 *Convention sur l'enlèvement d'enfants*, *supra* note 100.

57 Andréas Bucher, « L'intérêt de l'enfant pénètre la Convention sur l'enlèvement », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, 683 à la p. 685.

58 Léna Gannagé, « Les déplacements illicites d'enfants entre la France et les états arabes du pourtour méditerranéen », (2003) 16 A.J.T. 189 à la p. 192.

59 *Ibid*. aux pp. 195 et s. et aux pp. 209 et s.; Mayer et Heuzé, *supra* note 95 au para. 623. Plusieurs mesures préventives sont également envisageables : cantonner géographiquement l'exercice du droit de visite, ou l'assortir de certaines garanties matérielles.

nature différente. La tutelle est prise en charge par une règle de conflit classique qui conduit à l'application de la loi nationale de l'enfant, alors que la règle relative à la garde commande, comme nous venons de le voir, de retenir la loi qui lui est la plus favorable. Un problème d'articulation ne se pose-t-il pas entre les différents textes qui se rapportent à la question? Cette éventualité paraît possible.

La *hadhana* se trouve, en effet, en contact permanent avec la *wilaya*, ou tutelle du père, et sur la personne et sur les biens de l'enfant[60]. L'interdépendance entre *hadhana* et *wilaya* conduit à une fluctuation de l'opération de qualification et risque d'entraîner des chevauchements lors de la détermination de la loi applicable[61]. La réforme apportée au *CSP* par la loi du 12 juillet 1993[62] a jeté les frontières entre ces deux institutions de protection de l'enfant dans un brouillard total. Le problème d'une définition précise des contours de la notion de *hadhana*, en particulier par rapport aux autres attributions de la *wilaya*, reste donc entier. Il est, en effet, à noter qu'en cas de divorce la mère obtient, conformément à l'article 67 *CSP*, en sa qualité de gardienne, l'essentiel de la tutelle et sur la personne du mineur et sur ses biens (éducation, voyage, et gestion du patrimoine de l'enfant)[63]. La conception exagérément extensive de la *hadhana* retenue par l'article 67 *CSP* met ce dernier en contradiction avec l'article 54 du même Code, lequel retient la définition suivante : « La garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure », ce qui implique par voie de conséquence qu'elle se limite à sa prévention des dangers et à son éducation physique et morale. De plus, l'article 67 *CSP* se met en confrontation avec les règles régissant la wilaya, lesquelles reconnaissent au père un droit de regard général sur son enfant.

Or, en conférant à la mère des prérogatives tutélaires aussi redoutables, le législateur fait prévaloir le droit de *hadhana* sur la *wilaya*. Il en résulte un alignement de la *wilaya* sur la *hadhana*. Il est dès lors légitime de se demander ce qui reste réellement de la « magistrature paternelle »[64]?

Force est, en effet, de considérer que le rattachement des principaux attributs de « l'autorité parentale » à la garde ne paraît pas une bonne solution car cela conduit à « l'effacement » du père[65]. Titulaire, théoriquement, de droits et de devoirs vis-à-vis de son enfant, le père se retrouve avec une tutelle sérieusement démembrée, vide de substance, réduite à la portion congrue d'un droit de visite souvent insignifiant.

---

60 Sur cette question, voir Chérif-Feller, *supr*a note 3 aux pp. 55 et s.

61 Sur cette question, voir Ridha Boukhari, « La qualification en droit international privé », (2010) 51 C. de D. 159 à la p. 188.

62 *Loi n° 93-74 du 12 juillet 1993, portant modification de certains articles du code du statut personnel*, J.O.R.T., 20 juillet 1993, 1004.

63 *CSP,* aux al. 4-5.

64 Terme emprunté à Jean Carbonnier, *Flexible droit : Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9e éd., Paris, Librairie Générale de Droit et de .Jurisprudence, 1998 à la p. 267.

65 Terme emprunté à Marie-Laure Delfosse-Cicile, *Le lien parental*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2003 aux para. 72 et s. et aux para. 98 et s. ; voir, également les craintes exprimées par la doctrine à cet égard : Knani, *supra* note 99 aux pp. 40 et s .; Hughes Fulchiron, *Autorité parentale et parents désunis*, Lyon, éditions du Centre National de Recherche Scientifique, 1985 à la p. 16 et s. ; Gérard Champenois, « La paternité », dans *1804-2004, Le Code civil : un passé, un présent, un avenir,* Paris, Dalloz, 2004, 359 à la p. 375; Dominique Manai-Wehrli, « Le déclin des pères par le droit » (1994) Rev. interdiscipl. ét. jur. aux pp. 85 et s., qui observe que l'autorité du père « n'est plus le pivot de l'aire domestique ».

L'enfant déjà entamé par la dislocation de sa famille par suite du divorce de ses parents peut-il s'accommoder d'une équation aussi inégalitaire? N'est-il pas impératif pour son bien-être de remédier au déséquilibre dans lequel il est plongé par la désunion de ses parents, notamment en lui permettant de maintenir des liens étroits avec les deux et en préservant à chacun des parents son rôle particulier?

À cet égard, une évolution vers un rééquilibrage des prérogatives revenant aux deux parents semble se profiler en jurisprudence. Un arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne le 23 avril 2009[66] a ainsi rejeté le pourvoi formulé par une mère voulant réduire le droit de visite exercé par le père à quelques heures par semaine. La Cour de droit a rappelé à cet effet qu'il faut « éviter de regrouper le rôle de la mère […] et celui du père […] sur la tête d'un seul parent, car cela risque de causer un déséquilibre psychologique dont les conséquences peuvent être négatives pour l'enfant gardé ». L'intérêt de l'enfant commande, en effet, une mise en ordre des matériaux juridiques qui se rapportent à son statut en vue de garantir l'harmonie et l'équilibre de sa personnalité. Dans les relations internationales, la recherche d'un "principe d'équilibre entre les intérêts[67]" des différents partenaires – le père, la mère et l'enfant – est un sérieux écueil pour le juge. Ce dernier aura souvent tendance à amplifier le jeu de l'exception d'ordre public international en vue de préserver l'intérêt de l'enfant et de le faire prévaloir, le cas échéant, sur les intérêts de ses parents.

II. Une protection assurée par l'amplification du jeu de l'exception d'ordre public

Dans son commentaire d'une décision rendue par la Cour de cassation française, qui venait de refuser l'exequatur d'un jugement émanant du tribunal de Bizerte[68] le 21 décembre 1971, un auteur constatait que « la matière de la garde après divorce n'est nullement fermée au jeu […] de l'ordre public »[69]. Cette remarque formulée à propos de la jurisprudence française peut-elle être transposée *mutatis mutandis* au droit tunisien? Il appert que la réponse ne peut être que positive.

Mettant en valeur l'aspect axiologique de l'ordre public, la jurisprudence considère en effet, depuis quelques temps, qu'il existe en matière de *hadhana* une réserve d'ordre public, qui justifie le refus de l'accorder au conjoint qui n'est pas de religion musulmane[70]. L'ampleur de cette réserve se vérifie de manière particulière au stade de la réception des décisions étrangères. Dominée par un courant conservateur fidèle aux principes de l'Islam, la jurisprudence a refusé l'exequatur d'un certain nombre de jugements étrangers conférant la garde au parent étranger, au motif qu'il est de l'intérêt de l'enfant de ne pas perdre les liens avec son père - le tuteur légal - et

66 Cass. civ., n° 25421 du 23 avril 2009, (2009) R.J.L., n° 10, aux pp. 73 et s.

67 Sur le principe d'équilibre, voir François Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, 2ème éd. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1919 à la p. 167.

68 Ville située au nord de la Tunisie.

69 Cass. civ 1re, 30 janvier 1979, Rev. crit. 1979, à la p. 632 (annotation Yves Lequette) [*Affaire du 30 janvier 1979*].

70 *Affaire du 69523*, *supra* note 92.

d'être élevé dans un milieu social arabe et musulman (A). Nous verrons toutefois qu'une tendance dissidente, qui veut donner une orientation différente à la question, commence à se profiler (B).

A. Prédominance du courant conservateur

Mis à part quelques décisions isolées, le principe selon lequel l'intérêt de l'enfant est d'être élevé dans un milieu musulman paraît imprégner l'ordre juridique tunisien[71] et bénéficie de l'autorité de la Cour de cassation tunisienne. À plusieurs reprises, en effet, la juridiction de droit a refusé de reconnaître les décisions étrangères octroyant la garde au parent étranger non-musulman, au motif de sa contrariété avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique tunisien[72]; la jurisprudence tunisienne affichant à cet égard une attitude de méfiance, voire d'hostilité, à l'égard de ces décisions. On en veut pour exemple l'arrêt du 19 octobre 1985[73] dans lequel la Cour de cassation a affirmé ce qui suit : « le jugement étranger conférant la hadhana d'un enfant tunisien, résidant à Tunis chez son père, à sa mère étrangère qui s'est établie en Allemagne conduit au détachement de l'enfant de ses valeurs spirituelles, culturelles et nationales qui le lient à sa patrie, ce qui est en opposition avec l'ordre public de la Tunisie et sa constitution ». En censurant l'arrêt d'appel qui avait accordé l'exequatur à la décision étrangère, la Cour de cassation entendait ainsi manifester son opposition à la reconnaissance du jugement rendu par une juridiction allemande ayant conféré la garde de l'enfant tunisien à sa mère allemande. La Cour de droit considère à juste titre que la résidence de la mère en Allemagne et l'établissement du père en Tunisie empêche ce dernier d'exercer sa *wilaya* sur son enfant.

Il est, à ce propos, utile de signaler que la Cour suprême a profité de cette occasion pour rappeler ses décisions antérieures rendues en 1979[74] et en 1982[75] à propos d'espèces semblables à celle ayant fait l'objet de l'arrêt[76] du 19 octobre 1985. Ainsi, dans sa décision rendue en 1979, la Cour de droit avait considéré que le jugement conférant la garde à la mère domiciliée à l'étranger se trouve en contradiction avec les articles 60 et 61 *CSP*. Rappelant que l'article 60 reconnaît au père – en sa qualité de tuteur légal – un droit de regard sur les affaires de son enfant, la Cour en déduit que ce droit ne peut être exercé si l'enfant est éloigné du lieu de résidence de son tuteur légal. L'impossibilité pour le père d'exercer sa tutelle (*wilaya*) conduit à la déchéance du droit de garde (*hadhana*). Selon l'article 61 *CSP*, en effet: « Si celui qui a la garde change de résidence et s'installe à une distance qui empêche le tuteur d'accomplir ses devoirs envers son pupille, il est déchu de son droit ». La

---

71 Nabil Ben Aïcha, « Ordre public d'éviction et lois de police du for : quel type de rapports? » (1999) R.T.D. 97 à la p. 128.

72 Voir à titre d'illustration, Cass. civ., 15 mai 1979, (1979) B.C.C. 227, nº 2000 [*Affaire 2000*]; Cass. civ., 3 juin 1982, (1982) B.C.C. III,143,nº 7422 [*Affaire 7422*]; Cass. civ., 19 octobre 1985, (1985) B.C.C. II,61, nº14220 [*Affaire 14220*]; *Affaire du 69523*, *supra* note 92.

73 *Ibid. Affaire 14220*.

74 *Ibid. Affaire 2000.*

75 *Ibid. Affaire 7422*.

76 *Ibid. Affaire 14220.*

jurisprudence paraît constante sur ce point. La Cour de cassation a, en effet, déclaré à plusieurs reprises[77] que la résidence de la mère gardienne dans un endroit qui conduit à un éloignement excessif de l'enfant de son père tuteur porte atteinte à la *wilaya*.

Par ailleurs, un jugement rendu par le tribunal de première instance de Tunis le 8 décembre 2003 exprime avec éclat l'importance accordée par la jurisprudence à la religion du parent gardien. Se prononçant sur une demande de déchéance du droit de garde formulée par le père, les juges déclarent que : « l'intérêt de l'enfant exige, en raison de son jeune âge, qu'il vive avec sa mère même dans un pays étranger. La nationalité tunisienne de la mère et sa confession musulmane font qu'il n'est pas à craindre que l'enfant soit éloigné de l'environnement tunisien, arabe et musulman »[78].

Condensé, cet attendu nous permet de tirer au moins deux enseignements. Tout d'abord, la religion de la personne à laquelle la garde est attribuée fait l'objet d'un contrôle de la part du juge. Ensuite, l'intérêt de l'enfant, constituant la mesure de l'ordre public, est mieux protégé par la préservation de son appartenance à la société tunisienne arabe et musulmane; cette dernière considération étant véhiculée, notamment, par les dispositions du *CPE*. Ainsi, il est clairement affirmé dans l'article 1 (2)° *CPE* que le fait d' « Élever l'enfant dans la fierté de son identité nationale, la fidélité et la loyauté à la Tunisie, terre, histoire et acquis, et le sentiment d'appartenance civilisationnelle et ce au niveau national, maghrébin, arabe et islamique » est l'une des principales finalités visées par cette législation. Il s'ensuit que « l'intérêt supérieur de l'enfant » doit être envisagé par référence à ces objectifs[79].

L'ordre public s'inspire des tendances fondamentales du droit matériel interne ou des principes généraux qui l'imprègnent, lors même qu'ils ne soient pas clairement exprimés dans la règle de rattachement correspondante[80]. Ainsi qu'on l'a observé : « l'exception d'ordre public international est une manifestation éclatante d'une préoccupation de justice matérielle »[81]. Celle-ci est, comme nous venons de le voir, particulièrement accentuée dans la mesure où la règle de conflit de lois envisagée en matière de garde est de structure alternative.

La doctrine enseigne que l'exception d'ordre public se mettra en jeu avec plus ou moins d'intensité selon la nature de la règle de conflit – règle localisatrice ou règle à finalité matérielle. Le recours aux règles de rattachement à caractère matériel aura pour effet de réduire la fréquence d'intervention de l'ordre public au stade de la détermination de la loi applicable, car les considérations substantielles propres à ce

---

77 Voir à titre d'illustration, Cass. civ., 6 octobre 1987, (1987) B.C.C. 207, nº 18718; Cass. civ. 22 décembre 1992, (1992) B.C.C. 167, nº 33540 ; Cass. civ., 8 mars 1994, (1994) B.C.C. 284, nº 38798; Cass. civ., 26 décembre 2003, (2003) B.C.C. II,414, nº 27602.

78 Trib. 1re inst. Tunis, 8 décembre 2003, 46026 (inédit) [*Affaire 46026*]; voir également, C.A. Tunis, 25 décembre 1996, nº 25429 (inédit) [*Affaire 25429*]; Cass. civ., 22 septembre 1999, nº 72212 (inédit) [*Affaire 72212*].

79 Selon la *Convention relative aux droits de l'enfant*, *supra* note 98, ratifiée par la Tunisie, les États adhérents ont l'engagement de respecter le droit de l'enfant à sa nationalité et à son identité culturelle.

80 Patocchi, *supra* note 97 au para. 272.

81 Hélène Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)* vol. 312 R.C.A.D.I. 2005 à la p. 273.

dernier sont intégrées dès le départ dans la règle de conflit[82]. Ainsi, théoriquement du moins, la mention du résultat substantiel serait de nature à réduire la fréquence d'intervention de l'exception d'ordre public[83]. Cependant, les choses se présentent de manière différente au moment de l'accueil des décisions étrangères, nous verrons en effet que l'ordre public recouvre dans ce cas son rôle traditionnel. Œuvrant comme une « sentinelle rapprochée de l'ordre juridique national[84] », il aura tendance à devenir plus politique et plus offensif, ce qui permet au juge de promouvoir certaines valeurs nationales sur la scène internationale, telle la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant.

La montée en puissance de l'enfant et la sollicitude dont il fait l'objet a donné à l'ordre public une nouvelle mission : préserver l'enfant en sa personne et en ses intérêts. Ces considérations constituent donc un « plancher »[85], « une mesure »[86] que ni l'application d'une loi étrangère, ni même la réception d'une décision étrangère ne peuvent remettre en question. La conception de l'ordre public retenue par le *CDIP* est à cet égard révélatrice du rôle que ce mécanisme est appelé à jouer dans les relations internationales. N'exigeant pas pour se mettre en branle un lien intense ou une proximité de la situation en cause avec le for[87], l'ordre public se révèlera dans certains cas « indomptable »[88], « exigeant »[89] ou de « combat »[90]. Cela se vérifie, en particulier, dans les questions qui touchent à l'état de l'enfant.

La nature « fonctionnelle » de l'ordre public facilite la manipulation de l'instrument dans un sens qui permet de faire prévaloir les principes fondamentaux de civilisation du for. La mise en œuvre de l'ordre public aura donc tendance à s'amplifier à mesure de l'offense aux valeurs du for, notamment l'atteinte au principe de sauvegarde de l'enfant, qui résulte de l'application du droit étranger. Les récentes décisions en matière de garde[91] permettent de conforter ce point de vue. Refusant d'accorder l'exequatur à des jugements étrangers en raison de leur contrariété avec l'ordre public, ces décisions mettent en exergue une certaine conception axiologique, voire culturelle de l'intérêt de l'enfant; celle-ci étant d'ailleurs exprimée dans les différentes décisions citées auparavant dans des termes assez comparables au point de constituer une véritable tradition jurisprudentielle. Un arrêt rendu par la Cour de

82 Jean-Bertrand Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999. Selon une doctrine récente, l'exception de l'ordre public ne peut se mettre en œuvre sur une règle substantielle, Cyril Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001 au para. 409.

83 Chabert, *ibid*. au para. 433.

84 Rémy Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » dans Thierry Revet, dir., *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, 65 à la p. 67.

85 Patocchi, *supra* note 97.

86 *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit international*, Paul Lagarde, « Ordre public » par Paul Lagarde au nº 46.

87 *CDIP*, supra note 93 à l'art. 36, al. 3: « L'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige ».

88 En ce sens, voir Mohamed Elarbi Hachem, « Le code tunisien de droit international privé » (1999) 88 : 2 Rev. crit. dr. int. privé 227 à la p. 240.

89 Libchaber, supra note 106 à la p. 77.

90 L'expression est due à Danièle Mayer, « Evolution du statut de la famille en droit international privé » (1977) J.D.I. 447 à la p. 459.

91 Voir l'ensemble des décisions citées, *supra* note 104.

cassation le 4 janvier 1999[92] permettra d'illustrer l'état de la question. Dans cet arrêt, la Cour déclarait ce qui suit : « Viole l'ordre public international tunisien, le jugement belge qui attribue la garde à la mère étrangère alors que l'enfant est de nationalité tunisienne et de confession musulmane du fait qu'il descend d'un père tunisien, musulman ». Le fait, poursuivait la Cour, « qu'il ait vécu une certaine période en Tunisie lui a permis de s'adapter aux spécificités de son environnement familial et national, qu'il a assimilé spirituellement en s'attachant à sa patrie. De plus, la non-contrariété à l'ordre public s'apprécie à la lumière de ce qu'exige la constitution, compte tenu de certains principes identitaires essentiels relatifs à la famille, à la société, à l'éducation, à la religion, à la langue et surtout l'amour de la patrie ».

Perçue à travers cette décision comme un rempart de la société, la réserve d'ordre public aura tendance à mettre au ban toute loi ou décision étrangères qui seraient en opposition flagrante avec les valeurs et les principes fondamentaux du for. Particulièrement exigeant en matière de statut personnel, l'ordre public est le vecteur d'une certaine impérativité des conceptions du for qu'il contribue à exalter ; sa réaction paraît modelée sur l'état de la législation interne, celle-ci étant par définition très protectrice de l'enfant. La réaction virulente de l'ordre du for est, par ailleurs, justifiée par le « choc de modèles opposés »[93] résultant du défaut de communauté de valeurs[94] entre les différents systèmes juridiques.

Le défaut d'équivalence entre le droit du for et le droit étranger sur une question qui touche à un principe fondamental du for constitue la mesure qui permet de justifier le rejet de la loi étrangère ou le refus de reconnaissance de la décision émanant d'une juridiction étrangère. Ainsi, considérant que l'État aménage un régime de protection renforcée à l'enfant tunisien, l'ordre public serait de ce fait un mécanisme de défense de cette politique législative. La sauvegarde de l'intérêt de l'enfant constitue en effet une barrière de l'ordre public, il n'est donc pas permis que, par un maniement maladroit, cet instrument se retourne contre la personne à protéger.

Dans ces conditions, la tendance à se replier sur les conceptions du for en matière de garde est une réaction naturelle, en tous cas, elle n'est pas une création tunisienne. Une attitude semblable existe peu ou prou en droit comparé. On a ainsi pu constater qu'à l'occasion de l'exequatur du jugement du tribunal de Bizerte confiant la garde au père tunisien, les juges français ont « imposé leur propre méthode d'attribution de la garde sans se soucier de la législation applicable »[95]. Le repli systématique vers le droit français a été justifié par la spécificité de la réglementation de la garde qui repose sur une norme cadre : l'intérêt de l'enfant[96].

---

92 *Affaire du 69523*, 4 janvier 1999, (1999) B.C.C. 331, *supra* note 92.

93 Formule due à Horatia Muir Watt, « Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (aspects de droit international privé) » (2001) 45 Arch. phil. droit 271 à la p. 274.

94 Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé » (2000) R.I.D.C. 797.

95 *Affaire du 30 janvier 1979*, *supra* note 103 aux pp. 629 et s.; J. Foyer notait une tendance à « hypertrophier le domaine d'application de la loi française » en matière de garde, « sans toujours s'embarrasser des mécanismes subtils du conflit de lois », note sous Paris, 1er juillet 1974, Rev. crit. 1975, à la p. 266.

96 *Affaire du 30 janvier 1979*, *supra* note 103 à la p. 397 (annotation Danièle Mayer).

Cette perception rend compte de l'influence persistante de facteurs endogènes, tels la religion, la culture et la morale sur l'ordre public. Paul Lagarde observait à cet égard que l'ordre public intervient très souvent « pour des raisons morales, philosophiques ou politiques au sens large de ce mot »[97]. Une juridiction grecque, le tribunal de Grevena, a eu à se prononcer sur le problème de l'éducation d'un enfant dont les parents originairement domiciliés en Suède vivent séparés. Invoquant la *Convention sur l'enlèvement d'enfants*, la mère, suédoise d'origine, invoquait la rétention sans droit des enfants en Grèce, patrie du père, où ils étaient venus six mois plutôt. Elle n'a pas obtenu gain de cause, le tribunal retenant, entre autres arguments, que les enfants fréquentaient depuis quelques temps l'école grecque ; une importance a ainsi été accordée aux effets du facteur culturel sur la personne de l'enfant[98].

L'ordre public a donc des racines sociologiques, qu'il n'est pas utile d'ignorer si l'on veut avoir une parfaite compréhension de la question. Comme le soulignait un auteur français, « il est couramment affirmé que l'ordre public est censé refléter et exprimer, par le truchement du juge, les réactions supposées du corps social. Mais les bases sociologiques réelles n'apparaissent jamais ouvertement dans les motivations du juge et demeurent dans le non-dit, gisant dans le for intérieur ou le secret des délibérés »[99].

Cette dernière présentation serait, cependant, incomplète si l'on passait sous silence l'évolution récente qu'a connue la question, suite à l'arrêt n° 7286 du 2 mars 2001 rendu par la 9ème chambre de la Cour de cassation[100], lequel marque un esprit de fronde à l'égard de la jurisprudence antérieure.

B. Naissance d'une tendance dissidente

Marquant un certain écart par rapport à la conception de l'ordre public retenue jusque-là par la jurisprudence, la 9e chambre a pris le contre-pied de la position définie par la Cour de cassation depuis des années et réaffirmée dans son arrêt du 4 janvier 1999[101] et a décidé à propos de la même affaire, objet de l'arrêt précité, que la disparité de religion ne constitue pas un motif de refus d'exequatur d'un jugement conférant la garde au parent étranger non-musulman.

Dans l'espèce ici considérée, nous manquons d'éléments de fait en raison de la mauvaise rédaction de l'arrêt. Nous pouvons seulement constater que l'enfant (une fille en l'occurrence) était de nationalité tunisienne, de religion musulmane, et qu'elle est née en 1989 et a vécu pendant une période assez longue en Tunisie en compagnie de son

97 Paul Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1959 à la p. 8.

98 Trib. gr. inst. Grevena, 20 janvier 1994, IPRax, 1995.191, cité par François Boulanger, « De la convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Requiem pour la loi nationale » dans *Mélanges Fritz Sturm*, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, 1999 1399 à la p. 1406.

99 Jean Déprez, « Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel) » (1988) 211 R.C.A.D.I. 9 à la p. 254.

100 *Affaire 7286*, *supra* note 96 à la p. 183.

101 *Affaire du 69523*, *supra* note 92.

père. Les faits nous indiquent également que suite à un différend avec son mari tunisien, la mère (de nationalité danoise) avait obtenu en 1992 d'un tribunal belge un jugement qui lui attribue la garde de la fille[102]. Cinq années plus tard, elle en demandait l'exequatur devant les juridictions tunisiennes. La demande avait été accueillie en première instance et en appel. La Cour de cassation, statuant sur pourvoi du père de l'enfant, cassa par son arrêt du 4 janvier 1999[103] la décision d'appel et renvoya les parties à nouveau devant la même juridiction. Mais, la Cour d'appel campa sur sa position, ce qui a conduit le père à former un deuxième pourvoi. Porté devant une chambre différente, le pourvoi a cette fois-ci été rejeté. Considérant que le jugement étranger n'est pas contraire à l'ordre public, la Cour de cassation a décidé par son arrêt du 2 mars 2001 de lui conférer l'exequatur.

Cette affaire présente une grande similitude avec une espèce jugée par le tribunal de première instance de Grombalia en date du 7 mars 1977. Dans cette dernière, le tribunal avait refusé d'accorder l'exequatur à une décision belge attribuant la garde à la mère (de nationalité belge) en raison de sa contrariété avec l'intérêt de l'enfant considéré au vu de la loi tunisienne comme touchant à l'ordre public. La décision a été approuvée par certains esprits. Ainsi, commentant cette décision, un auteur observait que : « sur un plan conflictuel, et si nous partons de l'intérêt de l'enfant tel que compris par le juge tunisien, le maniement de l'arme de l'ordre public nous semble légitime en l'espèce »[104]. L'auteur relevait par ailleurs que cette attitude était assez commune aux juridictions de différents pays. Appelé à se prononcer sur la garde d'enfants, le juge du for soit l'accorde à son national, soit refuse l'exequatur à la décision étrangère ayant attribué la garde au parent étranger[105].

À dire vrai, l'ambiguïté de la rédaction de l'arrêt du 2 mars 2001 est telle que chacun peut parvenir à le faire coïncider avec ses propres conceptions. On peut ainsi lire dans l'attendu le plus marquant de cette décision que : « l'attribution de la garde de l'enfant à sa mère ne nuit pas à l'ordre public et n'est pas en contradiction avec la politique législative du pays, d'autant plus qu'il s'agit d'une relation juridique à caractère international qui se rapporte à la garde d'un enfant mineur dont l'intérêt doit prévaloir sur toute autre considération »[106]. Cette assertion appelle toutefois les critiques suivantes :

D'abord, en énonçant dans son premier membre de phrase que « l'attribution de la garde de l'enfant à sa mère ne nuit pas à l'ordre public et n'est pas en contradiction avec la politique législative du pays », cet attendu paraît consacrer une pétition de principe. En effet, dans la mesure où l'attribution de la garde repose sur le critère de l'intérêt de l'enfant, il aurait été plus précis – pour rester dans le cadre tracé par les articles 54 et s., *CSP* – de dire que seul ce critère permet de déterminer la personne à laquelle la garde sera confiée. Il n'y avait donc aucune utilité à faire référence dans des termes aussi affirmatifs au sexe de la personne, en l'occurrence la mère.

---

102 Voir *Affaire 7286*, *supra* note 96.

103 *Affaire du 69523*, *supra* note 92.

104 *Affaire du 7 mars 1977, supra* note 94 à la p. 105. Dans cette affaire, il était demandé aux juges du tribunal de Grombalia de conférer l'exaquatur à une décision belge ayant attribué la garde d'un enfant (une fille de 4 ans) à sa mère (belge).

105 *Ibid*. à la p. 106.

106 *Affaire 7286*, *supra* note 96.

Ensuite, la seconde partie de l'attendu se comprend difficilement. Si l'on part d'une lecture *a contrario*, on aurait tendance à croire que la Cour considère que la situation en cause n'est pas contraire à l'ordre public, car il ne s'agit que « d'une relation juridique à caractère international qui se rapporte à la garde d'un enfant mineur ». Sans vouloir se lancer dans des extrapolations incertaines, et pour ne pas être accusé de dénaturer les propos de la Cour, notons, au moins pour l'instant, que l'arrêt pêche par la qualité défectueuse de sa rédaction.

Par ailleurs, l'un des paradoxes qui se dégagent de cette décision est que la 9e chambre a observé le silence sur le temps que l'enfant a passé en compagnie de son père en Tunisie. En effet, aussi étrange que cela puisse paraître, la Cour n'a pas attaché d'importance à cette considération, négligeant ainsi d'apprécier le degré d'enracinement dans le for de l'enfant! La chambre s'est donc limitée à reproduire l'argument retenu par les juridictions inférieures selon lesquelles il était de l'intérêt de l'enfant, vu son jeune âge, que sa garde soit assurée par sa mère, oubliant du même coup que pendant tout le temps qu'a pris l'affaire, l'enfant a grandi.

Il est, de surcroît, étonnant de constater que la mère, étrangère, qui a obtenu un jugement en sa faveur du tribunal de Bruxelles depuis 1992 ait attendu cinq longues années avant d'agir[107]! Ce qui paraît excessif pour une mère soucieuse de l'intérêt de son enfant. Or, l'importance du facteur temps dans toute décision relative à la garde est indéniable. Ainsi, par exemple, dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation française, auquel nous faisions référence au départ, l'exequatur avait été refusé au jugement du tribunal de Bizerte ayant accordé la garde au père tunisien au motif que l'ordre public commandait le respect des situations établies[108]; l'enfant en question (une fille) avait en effet passé plusieurs années en compagnie de sa mère française.

D'un autre côté, en négligeant les considérations qui se rapportent à la nationalité tunisienne et à la religion de l'enfant, la 9e chambre semble partir d'une perception désincarnée de la garde, la réduisant tout simplement au fait de permettre à un enfant de vivre avec sa mère. Dans cette décision, aucune importance n'est attachée à l'éducation religieuse de l'enfant, alors que celle-ci est importante au regard de son appartenance à une civilisation et de son identité culturelle[109]. La Cour ne semble pas avoir apprécié à sa juste mesure le fait que l'éducation qui lui sera dorénavant donnée est en contrariété avec ce qu'il avait déjà reçu en Tunisie. Or, on a déjà fait valoir que l'éducation étrangère, par définition différente, est suffisante pour refuser l'exequatur au nom de l'ordre public[110].

De surcroît, la Cour passe sous silence ce que cela entraînera comme conséquences pour l'enfant au niveau de l'exercice de la *wilaya* et du droit de visite du père. Ce dernier, étant le tuteur légal de l'enfant, dispose en effet d'un droit de regard

---

107 Il résulte des faits de l'espèce que la demande d'exequatur a été présentée devant le trib. de 1re instance de Tunis en date du 3 février 1997, Voir *Affaire 7286*, *supra* note 96.

108 *Affaire du 30 janvier 1979*, *supra* note 103 à la p. 634.

109 Sur cette question, voir Marie-Claire Foblets, « L'enfant d'une famille musulmane. Questions particulières relatives à la gestion par le droit de l'appartenance » dans Jean-Louis Renchon, dir., *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2003, 235 à la p. 254.

110 *Affaire du 7 mars 1977*, *supra* note 94 à la p. 106.

général sur son enfant conformément à l'article 154 *CSP*[111], selon lequel : « La tutelle est exercée de droit sur l'enfant mineur par le père, puis par la mère, puis par le tuteur testamentaire ». Or, en faisant prévaloir l'intérêt de la mère sur celui de l'enfant ou du père, la décision ne paraît pas avoir placé l'exercice de la *wilaya* dans son étendue réelle. Du coup, la finalité protectrice de l'institution de la *wilaya*, particulièrement accusée en droit interne, se trouve éclipsée.

La Cour semble ainsi se satisfaire de l'idée que l'intérêt de l'enfant a été pris en considération. Or, il va sans dire que l'argumentation par l'intérêt de l'enfant ne résout rien en raison de l'incertitude de ce critère. On a, en effet, observé que « la notion d'intérêt de l'enfant est […] dépourvue de signification véritable, lorsqu'elle est détachée du contenu que lui donnent les juges »[112]. Notion-cadre, elle a toujours besoin pour être appliquée à un cas particulier de la médiation de ces derniers[113]. Ainsi, étant ouverte à dessein à l'interprétation des juges, sa teneur est tributaire de leur personnalité[114].

Vraisemblablement, la décision reflète le flottement qui existe dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. Le recours au droit matériel interne ne permet pas de lever tout équivoque dans la mesure où la notion elle-même demeure incertaine. Aussi, l'appréciation de cet intérêt dépend-t-elle généralement des facteurs sociologiques, psychologiques, religieux et autres. Ces paramètres variant d'une société à une autre, le jugement de valeur ne sera pas partout le même. La 9e chambre ne semble pas avoir prêté beaucoup d'attention à ces principes.

Pourtant, ces principes se trouvent bien exprimés dans plusieurs textes de loi, il ne s'agit pas de les inventer. Les juges ne semblent pas avoir été particulièrement soucieux de vérifier s'il n'y a pas incompatibilité substantielle entre la législation étrangère, sur la base de laquelle la décision a été prise, et le droit du for relativement à la notion de l'intérêt de l'enfant. Ils semblent, au contraire, les tenir pour équivalentes[115], ce qui explique la mansuétude témoignée à l'égard du jugement étranger. La 9e chambre semble considérer qu'il n'y a pas, dans l'hypothèse considérée, un défaut de communauté juridique justifiant la censure dudit jugement.

L'attitude de la 9e chambre paraît refléter une grande part d'intuition. Partant d'une perception étriquée de l'intérêt de l'enfant, elle en est arrivée à faire prévaloir une approche tempérée de l'ordre public, se contentant simplement d'observer que la situation

---

111 *CSP*, *supra* note 92.

112 *Affaire du 30 janvier 1979*, *supra* note 103 à la p. 396 (annotation Danièle Mayer); Foblets, *supra* note 110 à la p. 252, écrit à propos de l'intérêt de l'enfant : « son contenu pédagogique concret est indéterminé, et de ce fait peut recouvrir des réalités fort éparses selon l'usage qu'en font les tribunaux en présence de systèmes juridiques avec lesquels ils ne sont parfois que très peu familiarisés ».

113 Sandrine Frémeaux, « Les notions indéterminées du droit de la famille » (1998) 3 R.R.J.-Droit prospectif, aux pp. 874 et s.; Estelle Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Paris, Defrénois, 2004 à la p. 4; Gérard Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Monchrestien, 1990 à la p. 91.

114 Chaïm Perelman relevait, à ce propos, que « la personnalité du juge joue un rôle, parfois limité, mais parfois décisif, dans le déroulement du procès et dans son issue », « Raisonnement juridique et logique juridique » (1966) 11 Arch. phil. droit 1 à la p. 3.

115 Sur l'importance de la notion d'équivalence dans le droit des conflits de lois, Philippe Malaurie, « L'équivalence en droit international privé », Recueil Dalloz, 1962, chr. 215, pp. 215-220; voir également Cass. civ., 13 avril 1999, Rev. crit. 1999.4. p. 698 (annotation Horatia Muir Watt).

n'est pas en contradiction avec la politique législative du pays. Elle en conclut ainsi que la contrariété avec l'ordre public n'a pas atteint un seuil intolérable justifiant une réaction de répulsion du for, négligeant par là l'existence d'un « intérêt étatique » à la protection de l'enfant exprimé par les principes du droit matériel interne[116].

Or, il résulte de l'examen des critères de mise en jeu et des effets de l'ordre public définis par l'article 36 *CDIP*, que le législateur ne fait pas varier la réaction de cet instrument selon l'intensité du rattachement de la situation avec le for, pas plus qu'il ne distingue entre la création d'un droit et ses effets (art. 36, al. 3 *CDIP*). Cette lecture est d'ailleurs consolidée par la règle de l'article 37 *CDIP* qui ne reconnaît effets aux situations régulièrement créées à l'étranger que dans la mesure où ces mêmes effets ne sont pas incompatibles avec l'ordre public international tunisien. Le sens attribué par ces deux dispositions à l'ordre public « international » ne permet pas d'envisager l'hypothèse de l'effet atténué[117].

La position de la 9e chambre paraît ainsi en retrait par rapport à la règle de droit, en l'occurrence l'article 36, al. 3 *CDIP*. En considérant que le contenu du jugement étranger n'est pas en contradiction avec l'ordre public et ne justifie pas son rejet par le for, la décision adoptée par la Cour reflète une perception qui paraît bien loin de la conception de l'ordre public international retenue par le *CDIP*. C'est davantage une conception instrumentale, réductrice, qui est mise en valeur, selon laquelle la réserve d'ordre public est pour le juge un instrument technique inséparable d'un autre, la règle de conflit, dont le fonctionnement est limité par la logique de cette dernière. Or, il a été démontré que la sauvegarde de l'ordre public est un principe extérieur et supérieur aux règles de conflit[118]. En « renvoyant aux principes fondamentaux (éthiques, politiques, sociaux, etc.) de l'ordre juridique, l'ordre public fait nécessairement l'objet d'une interprétation évaluative qui ne ramène pas sa mise en œuvre à une opération purement mécanique »[119]. L'ordre public implique une appréciation de la décision étrangère au regard des choix fondamentaux du for, parmi lesquels figure la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Or, la protection de l'intérêt de ce dernier commande qu'il puisse maintenir des relations avec ces deux parents[120]. Ce qui impose la recherche d'un équilibre entre la *hadhana* exercée par la mère et la *wilaya* reconnue au père. Une jurisprudence majoritaire considère qu'il y a rupture d'équilibre lorsque la mère gardienne s'établit avec l'enfant dans un endroit qui empêche le père – tuteur légal – d'exercer sa tutelle.

D'un autre côté, la position défendue par la 9e chambre dans son arrêt du 2 mars 2001[121] s'inscrit en porte à faux d'un principe d'ordre public international bien

---

116 Intérêt principalement marqué par la promulgation du *CPE*, *supra* note 98.

117 Hachem, *supra* note 106 à la p. 240; Aïcha, *supra* note 104 aux pp. 119 et s.

118 Wilhelm Wengler, « Les principes généraux du droit international privé », Rev. crit. dr. Int. privé, 1952, aux pp. 595-622, 1953, aux pp. 37-60.

119 François Ost et Michel Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires de Saint-Louis, 2002 au para. 94.

120 Selon l'article 11 *CPE* : « Le présent Code garantit à l'enfant séparé de ses parents ou de l'un d'eux, le droit de rester en contact de façon régulière, et de garder des relations personnelles avec ses deux parents ainsi qu'avec les autres membres de sa famille ».

121 *Affaire 7286*, *supra* note 96.

établi en jurisprudence et bénéficiant de l'autorité de la Cour de cassation, suivant lequel l'intérêt de l'enfant commande qu'il soit élevé dans un milieu musulman[122]. Ce principe fondamental trouve sa source à la fois dans la Constitution tunisienne et dans le *CPE*; ces sources mettent en valeur l'appartenance à une civilisation arabo-musulmane comme composante fondamentale de la société tunisienne. Or, contrairement à cela la décision de la 9e chambre n'insiste aucunement sur les particularismes culturels et juridiques du système tunisien, lesquels s'expriment ouvertement en matière de droit de la famille. Pourtant, il a été démontré que le défaut de communauté juridique des parties en conflit perturbe de manière sensible les données du problème, dans la mesure où le conflit de lois se conjugue à un conflit de civilisations[123] et stimule la réaction de l'ordre public. Ne pas en tenir compte, alors que la contestation oppose des personnes de cultures différentes, paraît de ce fait irréaliste.

Au-delà des enseignements que l'on peut tirer de l'arrêt du 2 mars 2001[124], c'est l'effet d'entraînement qu'il produira sur les juridictions inférieures qui permettra de déterminer s'il est raisonnable de parler de revirement. Envisagé dans le contexte actuel, cet arrêt ne reflète donc pas un avis majoritaire au sein de la jurisprudence ni ne synthétise une jurisprudence antérieure, mais annonce tout de même une tendance « subversive » qui aura certainement un effet sur l'évolution de la question. La décision, devenue désormais célèbre en raison des commentaires qui lui ont été fait, permet de relancer le débat sur les contours de l'ordre public et les besoins actuels de la société en la matière. Elle peinera, toutefois, à s'affirmer en tant que solution de principe si elle n'est pas suivie par les juridictions inférieures. Or, ces dernières ne semblent pas vouloir s'inscrire dans la nouvelle tendance définie par la 9ème chambre. Nous avons pu constater, en effet, à l'appui du jugement précité du tribunal de première instance de Tunis[125] que les juges au fond semblent plutôt s'en tenir à la position définie par le courant majoritaire au sein de la jurisprudence dont un rappel a été fait par l'arrêt de cassation du 4 janvier 1999[126].

***

Le droit tunisien de la garde (ou *hadhana*) a perdu son âme. Les nombreuses réformes dont il a fait l'objet depuis quelques années ont conduit à un télescopage des institutions de protection de l'enfant. En effet, en retenant une conception exagérément extensive de la notion de garde, l'article 67 *CSP* se met en confrontation avec l'article 54 du même Code – qui réduit la garde au fait d'élever l'enfant et d'assurer sa protection dans sa demeure – et avec les articles 154 et 155 *CSP*[127] qui consacrent le père comme

122 En ce sens, voir Aïcha, *supra* note 104 à la p. 128; rappelons les décisions citées : *Affaire 7422, supra* note 98 ; *Affaire 14220*, *supra* note 104; *Affaire du 69523*, *supra* note 92; voir également, *Affaire 25429*, *supra* note 105; *Affaire 72212*, *supra* note 105.

123 Meziou, *supra* note 92 à la p. 6; Déprez, *supra* note 108 à la p. 37.

124 *Affaire 7286*, *supra* note 96.

125 *Affaire 46026*, *supra* note 105.

126 *Affaire du 69523*, *supra* note 92.

127 *Ibid.* aux art. 154 et 155.

tuteur légal de l'enfant. Des chevauchements peuvent alors exister entre la garde et la tutelle rendant ainsi plus incertaines les frontières des règles qui les régissent. Partant, la qualification – la catégorisation – des problèmes qui résultent de ces deux matières se complique davantage. Cette complexité s'accentue lorsque les attributions découlant de la *hadhana* et de la *wilaya* sont exercées dans le cadre d'un rapport international.

La lecture de la jurisprudence tunisienne permet en effet de constater, lorsque la garde est conférée par un tribunal étranger à la mère étrangère non-musulmane, que les juridictions se préoccupent davantage de la tutelle exercée par le père tunisien. Les juridictions tunisiennes ont ainsi tendance à faire prévaloir le droit de regard sur les affaires de l'enfant reconnu au père tunisien sur le droit de garde exercé par la mère étrangère. Ceci permet d'expliquer l'attitude de méfiance généralement observée à l'égard des décisions étrangères relatives à la garde. Les principales motivations qui sont à l'origine de cette jurisprudence dominante ont trait à l'éducation de l'enfant, à son épanouissement dans la société tunisienne, arabe et musulmane.