

L'ADOPTION

ou :

“ UNE ANCIENNE PRATIQUE TUNISIEENNE DEVENUE LOI ”

Mlle E. de GAUDIN de LAGRANGE *

Il y a bientôt 30 ans, d'éminents islamologues faisaient remarquer combien l'institution de l'adoption est vivante, en Tunisie comme dans les autres pays musulmans.

BOUSQUET et DEMEERSMAN :

« Le Droit Musulman par les textes » 1940, p. 221.

« L'adoption dans la famille Tunisienne »

(Revue Africaine 1937 : n° 372 et 373).

Cependant, l'adoption faisait figure d'institution *de fait*, non *de droit* ; car elle n'a pas de base en Droit Traditionnel Charaïque ; elle est même en contradiction avec trois versets de la Sourate 33 « AL'AHZAB » : v. 4 « De vos enfants adoptifs (ALLAH) n'a point fait vos fils » ; v. 5 : « Appelez ces enfants adoptifs du nom de leur père » ; et v. 37 : révélation touchant le divorce et le remariage de ZAINEB.

Le conflit entre les textes prohibitifs et le désir d'adopter des enfants sans foyer ou même des proches, souvent le désir des ménages sans enfants avait donné lieu à de multiples formes, rites coutumiers comme la « melhafa », ou expédients comme l'établissement d'un faux Etat-civil de l'adopté, naissant ou en bas âge ; création de procès destinés à provoquer un jugement sur la filiation... Ces subterfuges faisaient d'ailleurs naître parfois des litiges entre les pseudo-adoptants et leurs héritiers du sang : « Dieu n'a privé aucun héritier », affirmaient en justice ces derniers.

Lorsque la Tunisie accède, en 1956, à l'Indépendance, le Législateur Tunisien qui se penche sur beaucoup de problèmes essentiels, n'a garde d'oublier ce qui concerne les enfants sans foyer. Il se garde bien, respectueux de la Tradition, de les introduire sinon très brièvement

(*) Professeur à la faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Tunis.

dans le Code du Statut Personnel (Art. 77 - 80), mais édicte une loi spéciale, celle du 4 Mars 1958, qui est relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption. Plus récemment, une loi du 21 novembre 1967 sur le placement familial apparaît comme une étape possible vers l'adoption légale.

Certes, il convient de marquer les différences indiscutables entre les deux formes de tutelle d'une part, le placement familial de l'autre, et l'adoption.

La tutelle publique Tunisienne est la prise en charge et la protection par l'Administration d'un enfant trouvé ou abandonné par ses parents (Art. 1^{er}, loi du 4 mars 1958). Cet enfant est pupille de l'Etat, et la collectivité publique à laquelle il est confié, est civilement responsable de ses actes (Art. 2).

La Tunisie possède divers centres pour recevoir ces enfants : village d'enfants de Bourguiba ; pouponnières...

La tutelle officieuse est, aux termes de l'article 3 de la Loi de 1958, « l'acte par lequel une personne majeure, jouissant de la pleine capacité civile, ou un organisme d'assistance, prend en charge un enfant mineur dont il assure la garde et subvient aux besoins ».

Cet acte est un contrat, passé devant notaire, entre le tuteur officieux et les parents du mineur ou, à défaut, le tuteur public. Acte homologué par le Juge cantonal. La situation de l'enfant se rapproche de la famille, un peu de la Kafallah.

Mais le tuteur officieux qui assume vis-à-vis du pupille tous les droits de ses auteurs et toutes leurs obligations, y compris la responsabilité civile de leurs agissements délictueux, voit sa mission expirer à la majorité de l'enfant. Et le pupille n'est nullement intégré à la famille d'un tuteur officieux il garde son nom, sa filiation, ses droits successoraux à l'égard de sa famille par le sang ; ce n'est pas un adopté, mais un enfant en garde privée, contrôlée par l'autorité publique.

Le placement familial apparaît assez voisin de cette situation ; encore qu'il s'agit d'une garde confiée à des familles choisies à cet effet par le Secrétariat d'Etat à la Jeunesse, aux Sports et aux Affaires Sociales, pour une durée convenue et moyennant une compensation matérielle leur permettant de subvenir aux frais d'éducation et d'entretien de ces enfants.

Ces institutions tutelle publique, tutelle officieuse, placement familial sont des moyens de suppléance à la carence ou à l'absence, même temporaire, des parents. Elles constituent des expédients légaux qui n'ont en soi rien de contraire au SHAR.

Autre chose est l'adoption dont la loi Tunisienne du 4 mars 1958 (Art. 8-1/7) ne donne pas la définition, mais dont les conditions et les effets rappelle mutatis mutandis la légitimation adoptive du Droit Français (devenue depuis 1958 l'adoption plénière).

Ici, l'enfant mineur est véritablement transféré du foyer de ses parents par le sang, de la tutelle publique ou officieuse, ou encore par transformation du placement familial (Art. 2 loi du 21 novembre 1967), au foyer de l'adoptant, dont il prend le nom, (art. 14), où il occupe le rang d'enfant légitime, en a les droits et les obligations (Art. 15 loi 1958). Et les adoptants, en principe des époux, ont les droits et les obligations des parents légitimes.

Il faut convenir que le Législateur Tunisien n'a pas tenu compte de la contradiction avec la Sourate 33 ; qu'il emploie, pourrait-on dire, des méthodes d'élaboration législative par le raisonnement personnel, qui apparaissent très larges, si bien décrites par E. TYAN : *Méthodologie et Sources du Droit en Islam* :

— (Studia islamica, 1959, p. 79 et suivantes). On peut songer notamment à l'Istilâh, à la Siyasa Shariyya, et surtout à l'Irthisan, fondé sur la nécessité (darûra), le besoin (haga), l'intérêt (maslaha).

*
**

On peut cependant observer le bien-fondé pratique de cette position, dans les résultats de l'adoption de la Loi de 1958, en Tunisie.

L'adoption a un domaine d'application intéressant dans les milieux modestes, petits fonctionnaires, petits agriculteurs, ouvriers, dont le salaire va de 20 à 30 dinars. Elle demeure assez exceptionnelle dans les milieux aisés, ou plus facilement l'enfant abandonné ou trouvé est considéré comme l'enfant du péché...

L'adoption absorbe à peu près 50 % des enfants abandonnés. L'adoption des garçons est plus fréquente que celle des filles : 80 % des adoptés. Pratiquement, tous les garçons sans foyer sont adoptés ; les filles abandonnées, plus nombreuses que les garçons, trouvent plus difficilement un foyer. Les « Comités d'enfants » doivent les accueillir ; il en manque ; le 4ème Plan en prévoit.

Entre 1959 et 1965, l'adoption a eu une courbe ascendante. Elle est devenue stationnaire et tend même un peu à régresser. La loi sur le placement familial dont l'application a été confiée à Madame Tayeb Mehiri, veuve de l'ancien Ministre Tunisien, va peut-être contribuer à un nouvel essor de l'adoption, sur les bases rationnelles de l'étude du milieu familial des ménages en potentialité d'adoptants.

Soixante-dix familles sont actuellement étudiées, en vue d'un placement familial à leur foyer.

On doit reconnaître par ailleurs, que l'adoption légale qui n'a que dix ans en Tunisie, pose moins de problèmes qu'en Europe. Une longue pratique coutumière y a préparé la Tunisie sous le signe de la traditionnelle cohésion familiale : en Europe, l'individualisme a longtemps apporté un frein à l'adoption.

*
**

Une question ne saurait être éludée en pays musulman : Pour tenir compte du Droit Traditionnel, la Tunisie aurait-elle pu se passer de l'adoption ? Les facilités données par le Droit Musulman à la preuve de la filiation légitime auraient-elles pu trouver ici une utilisation, en conformité avec l'orthodoxie ?

On sait que la tradition musulmane connaît le « Tabaani », fait de se reconnaître fils ou fille d'auteurs susceptibles d'engendrer un enfant semblable à l'auteur de la déclaration : « C'est la reconnaissance avec l'aveu de l'enfant, prévue par l'article 70 du Code du Statut Personnel Tunisien.

Mais l'aveu peut provenir du père, le « TAABI », ou de la mère, le « TAAMOUM » : ainsi pouvait être donnée la légitimité à un enfant né de relations licites avec une esclave, femme de deuxième zone, dont l'affranchissement total ou partiel était une conséquence de la déclaration de paternité légitime profitant à son enfant.

Pourquoi, dans les pays de stricte obédience malékite, ne pas utiliser l'institution ?

Mais il est facile d'objecter le danger de la simple déclaration de légitimité pour l'enfant, s'il n'existe un contrôle de son intérêt par l'autorité compétente. Un pareil contrôle, qui semble indispensable en matière d'adoption, est prévu par l'article 9 de la loi Tunisienne de 1958.

On pourrait assurément répondre que le législateur est libre d'instituer le contrôle de la dignité de l'auteur de ces déclarations. Mais alors, ne perdraient-elles pas tout leur sens rationnel qui est celui d'un aveu, de par sa nature irrévocable ? Autoriser l'Administration à intervenir pour contrôler, non plus la véracité de l'aveu mais ses conséquences dans l'intérêt de l'enfant, c'est faire douter dans tous les cas de cette véracité.

A cette position, possible quoique un peu ambiguë, le législateur Tunisien en a préféré une nette, allant droit au but, entourée de garanties judiciaires : enquête préalable « sur les causes et conditions de l'adoption, compte tenu de l'intérêt de l'enfant » (Art. 9 al. 4) au cas où l'adoptant est dispensé de la condition de mariage ; décision de justice (Art. 13) publiée en marge de l'acte de naissance de l'adopté. Celui-ci a la garantie de l'irrévocabilité, encore que les adoptants qui ont failli à son égard à leurs obligations, puissent se voir retirer la garde, c'est-à-dire l'ensemble des attributs de l'autorité paternelle, par décision du tribunal de 1ère Instance, à la demande du Procureur de la République.

La position Tunisienne renferme une source de réflexion pour les pays qui ont à construire leur législation sur des données parfaitement nouvelles par rapport aux problèmes qu'affrontèrent, aux deux premiers siècles de l'Hégire, les grands docteurs du Droit Musulman.

L'Algérie, au lendemain d'une guerre cruelle, a plus de fils de tués que la moitié de la population de la Péninsule Arabique au début de l'Hégire. Je veux bien qu'ils ne soient nullement abandonnés. Mais la tutelle publique est-elle un foyer ?

En tous cas, dans un pays de 12 millions d'habitants, qui doit réparer les désastres de la guerre et qui, chaque année, augmente sa population d'environ 400.000 bébés, les dimensions de la question de savoir comment donner un foyer aux enfants abandonnés, eussent été incompréhensibles aux premiers commentateurs du Coran. Mais ils eurent eux aussi leurs problèmes élargis aux dimensions de la conquête.

La Tunisie dont les problèmes sont réels (cette année, 600 enfants abandonnés n'ont pas trouvé de place dans les pouponnières) a-t-elle pensé qu'avant que le droit Musulman ne s'enferme dans les limites du « Taqlid » des docteurs aux noms prestigieux avancèrent des méthodes pour l'adaptation du Droit aux besoins des populations ?

C'est MALIK (mort en 179 H., qui met en valeur le respect des intérêts « mursala », non liés à un texte : Le terme « Mursal » est donc à mettre au compte de la technique des USUL en FIQH : celle-ci consiste à justifier, à trouver avantageux (« istislâh ») tout acte permettant de sauvegarder l'un des cinq biens fondamentaux. C'est la manière convenable de justifier un Statut légal, sans que cette motivation fasse appel à un fondement déterminé de la loi, mais bien plutôt en faisant appel à l'intérêt commun ainsi qu'au jugement de la raison. « *Prône du 27 Ramadan 1384* », (Janvier 1965) du Cheik Fadel BEN ACHOUR, grand Mufti de Tunisie. Texte Arabe dans « AL AMAL », 31 Janvier 1965 ; « ETUDES ARABES », 1965, p. 25-27, traduction française.

C'est ABU HANEF, mort en 160 H., qui prône la technique de l'« istihsan », méthode d'élaboration des statuts légaux, chère à l'école Hanéfite, et qui consiste à faire prévaloir par raisonnement une règle de Droit sur le fondement de considérations sociales pratiques. L'« istihsan », pilier de la Science Juridique (SALIBI MUWAFKAF, IV - 210).

La position du législateur Tunisien se rapprocherait-elle de celle de ces grands juristes, si proches des sources ? Serait-elle, à l'époque moderne, l'indice d'une évolution qui se dessine en ce pays Maghrébin, dans l'exégèse des sources du Droit ? Distinguer peut-être dans la Tradition ce qui tient de l'Absolu et ce qui tient du relatif ; ce qui échappe au temps et ce qui est soumis aux contingences, qui est né des contingences et demeure ouvert sur l'évolution, la règle de Droit dont on peut dire qu'elle est destinée à « épouser le temps ».

Et le critère de la discrimination, objectera-t-on ? Les Juristes des premiers siècles de l'Islam, pas toujours écoutés, souvent critiqués, ont donné la réponse « daurra » (nécessité), « haja » (besoin), « maslaha » (intérêt), l'ensemble de ces considérations sociales que décèle la raison dans l'organisation de la Cité des hommes d'aujourd'hui. Plus simplement, le bien commun.