

## LA NOTION DE GARDE DANS LE DROIT TUNISIEN DE LA FAMILLE

Ali BECHEUR\*

Le fait que le législateur tunisien ait conservé 13 articles du Code de Statut Personnel (CSP) à la notion de garde démontre l'intérêt qu'il attache à ce concept. L'intervention de la loi du 3 Juin 1966 (L. n° 66-49 Journal Officiel Tunisien 1966 p. 220), réformant sur des points essentiels l'édifice législatif, atteste de la permanence de cette préoccupation. C'est que la réglementation de l'institution n'affecte pas seulement des problèmes de pure technique juridique, mais se répercute inéluctablement en questions sociales qui ne cessent d'être préoccupantes : enfance abandonnée, enfants des ménages désunis ou sans foyer, l'ensemble débouchant bien souvent sur la délinquance juvénile.

La notion de garde peut, de prime abord, se définir un droit de direction générale sur la personne de l'enfant. L'article 54 du CSP, ainsi rédigé : « La garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure », reflète bien la configuration d'un tel concept en ce qu'il implique à la fois le droit de garde « stricto sensu », lequel sous-entend la protection de l'enfant, ainsi que le droit de l'éduquer, au sens large.

Cette analyse ne rend cependant pas compte de l'intégralité de la notion. Elle demande à être complétée par la référence à l'article 56 du même Code (« Les frais nécessaires à l'entretien de l'enfant sont prélevés sur ses biens ou sur ceux du père si l'enfant n'a pas de biens propres. Le père doit pourvoir au logement de l'enfant et de la titulaire de la garde si cette dernière n'a pas de logement ») qui met l'accent sur l'entretien de l'enfant et rejoint ainsi une préoccupation par ailleurs exprimée à l'article 43, posant le principe de l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants. La jurisprudence a donné à l'obligation d'entretien sa pleine portée, conforme à la nécessité de garantir la subsistance du mineur : ainsi, même en cas de garde de fait (consécutive à une séparation non judiciairement prononcée), le père doit des aliments. Bien que l'hypothèse soit hors du domaine proprement juridique, le précepte moral universellement admis selon lequel qui fait l'enfant doit le nourrir, inspire la décision du juge (cf. Civ. n° 2181 du 30 Décembre 1963 - Bulletin de la Cour de Cassation (B.C.C.) 1963, p. 63) :

---

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

« La mère qui exerce une garde de fait continue est fondée juridiquement à agir en justice pour demander la pension alimentaire de l'enfant à celui qui est juridiquement tenu de la lui assurer ».

Une inspiration identique a, semble-t-il, motivé l'arrêt rendu par la Cour Suprême le 24 Novembre 1964 (Civ. n° 3485 BCC 1964 p. 56) selon lequel l'enfant ne saurait être privé de son droit à aliments sous le prétexte que sa mère avait, sans motif légitime, déserté le domicile conjugal.

L'interférence ainsi relevée entre la notion de garde et le droit à pension conduit à cette constatation que la garde présente un double aspect : moral, en ce qu'elle fait obligation au père de donner une éducation, au sens large, à l'enfant ; matériel, en ce qu'elle tend à lui assurer le minimum vital.

Ainsi conçu, le concept semble se résumer en un rapport d'autorité liant le gardien au mineur : A un droit de contrôle général conféré au premier, correspond un devoir de même étendue mis à la charge du second. La garde consiste donc essentiellement à garder, au sens matériel, entretenir, éduquer et instruire l'enfant, en un mot, à le conduire de l'inconscience de l'enfance au sens des responsabilités de l'âge adulte.

L'éducation d'un enfant, a-t-on coutume de dire, est une longue patience. Elle requiert essentiellement la continuité des rapports entre l'éducateur et l'enfant. L'un des buts, et non le moindre, de l'institution matrimoniale est précisément d'assurer cette permanence. L'objectif ne serait atteint cependant qu'à la condition que le mariage soit une stabilité parfaite. L'objet du présent colloque, dont la motivation est précisément de recenser les causes d'instabilité et de tenter d'y porter remède, atteste grandement de la fréquence sans cesse accrues des désunions. Dès lors, il convient d'établir une distinction entre deux situations nettement tranchées, selon que la cohésion familiale sera préservée ou compromise : lorsque le lien matrimonial est intact, la situation pouvant alors être dite normale, les problèmes relatifs à la garde sont d'ordre domestique, et c'est rarement que le juge aura à intervenir.

A l'inverse, si le lien conjugal vient à être affecté, à fortiori dissous, la situation devient anormale, et l'intervention du juge est rendue nécessaire. La physionomie de la notion de garde en sera modifiée, en même temps que surgiront de nouveaux problèmes d'ordre juridique, psychologique, social se traduisant par une acuité souvent dramatique. La personne même de l'enfant devient objet de litige.

## I — LA GARDE DE L'ENFANT AU COURS DU MARIAGE

L'enfant est élevé au sein d'un foyer commun : la situation est normale, le lien matrimonial intact.

Dès lors, le concept doit être examiné dans une double perspective : déterminer, en premier lieu, les personnes investies du droit de garde, cerner, d'autre part le contenu des prérogatives qui leurs sont conférées.

### A — Les titulaires du droit de garde

L'art. 57 CSP fournit une réponse claire à cette interrogation initiale : « la garde appartient durant le mariage aux père et mère ». Le soin d'élever l'enfant est donc confié aux parents conjointement.

Le principe ainsi établi, les époux sont-ils mis sur un strict pied d'égalité ? Il ne le semble pas : L'art. 23, alinéa 3 CSP, règlementant la matière des devoirs entre époux, attribue à l'époux la qualité de chef de famille, en vue d'assurer l'unité de direction du ménage. Il en découle que c'est le père qui assurera l'exercice effectif du droit de garde qui se doublera, dès lors, des prérogatives résultant de la puissance paternelle. Ajoutons qu'une telle prépondérance est d'ordre public. L'acte par lequel le père se réserverait, par exemple, le choix de la religion de l'enfant, serait radicalement nul de la même manière que la clause insérée au contrat de mariage en vertu de laquelle elle exercerait les fonctions de chef de famille (art. 21 CSP renvoyant à l'art. 11 du même code).

Est-ce à dire que la mère est exclue de toute participation à l'œuvre de l'éducation de l'enfant ? Ce serait méconnaître les dispositions de l'art. 57, ainsi que le substratum de droit musulman sous-jacent à l'ensemble de l'édifice législatif tunisien, au regard duquel la « Hadana » est une institution fondamentalement féministe. L'état du droit peut ainsi s'énoncer : la mère a droit de regard sur la façon dont l'enfant est élevé. Ses droits, s'ils ne sont pas effectifs, sont virtuels. Elle doit être consultée sur toutes les décisions susceptibles d'affecter l'éducation du mineur. Mais en cas de dissentiment, les résolutions du père prévalent.

Il n'en reste pas moins que les droits du père sont loin d'être absolus. La mère pourra provoquer un contrôle judiciaire. La règle est d'autant mieux admise qu'elle est traditionnelle, le droit musulman considérant les prérogatives familiales comme le lieu d'élection de la doctrine de l'abus de droit (cf. Mahmoud Fathi : « La doctrine musulmane de l'abus de Droit », Thèse, Lyon 1913, spécialement p. 211 ; L. Jossierand : « De l'esprit des droits et de leur relativité », 2<sup>e</sup> éd. 1939 n° 221).

### B — Contenu de la notion de garde

L'analyse du contenu du concept de garde semble devoir être entreprise sur la base d'un clivage entre les diverses prérogatives la composant : posons, en thèse générale, que la garde constitue à la fois un droit et un devoir à l'égard du gardien.

Pour son titulaire, la garde est un droit, se manifestant sous un double aspect : matériel et moral. La garde que nous dirons matérielle consiste essentiellement à héberger l'enfant, le retenir au domicile conjugal, l'y faire revenir en cas de fugue. En ce sens, elle s'étend au contrôle de la correspondance et des relations du mineur. Sur le plan du droit pénal, elle apparaît sous la forme d'un droit voisin de

la revendication à l'encontre des tiers dans le cas d'enlèvement de mineur. Ainsi envisagée, la garde se présente comme une institution négative, coercitive, découlant en droite ligne du caractère absolu de la puissance de l'antique *pater-familias*.

Mais élever un enfant ne se réduit pas à lui imposer une discipline, si nécessaire soit-elle. Bien plus importante est la mission éducative des parents. En même temps que matérielle, la garde sera donc morale. Garder un enfant, c'est aussi et surtout orienter son développement intellectuel et moral par l'initiation religieuse, le choix d'une instruction conforme à ses aptitudes et à son tempérament, parfois même la conclusion d'un contrat d'apprentissage engageant sa vie professionnelle. Le droit de correction exercé dans les limites admises par les mœurs et coutumes, vient en appoint à cet ensemble de prérogatives pour lui adjoindre la force contraignante sans laquelle les pouvoirs seraient démunis de toute efficacité pratique. Mais, inventorier les pouvoirs du gardien ne révèle qu'un aspect limité de la notion. Essentiellement, la garde constitue une charge à l'égard de son titulaire. La jurisprudence tunisienne souligne fortement cet aspect d'obligation, le considérant comme le fondement même du concept. Un motif de l'arrêt rendu le 5 juin 1953 par la Cour de Tunis (Revue de Jurisprudence et de Législation (R.J.L.) 1959 p. 496) est, à ce propos, fort significatif : « La garde constitue une obligation pour son titulaire et non un droit, car l'expression de protection signifie que la garde est une charge qui consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure (art. 54 CSP) ». Il convient de noter, à ce propos, que la notion de garde est conçue selon une exacte symétrie : Aux prérogatives correspondent les charges. Le devoir de garder l'enfant forme pendant au droit de le retenir au domicile conjugal. Le gardien ne peut, sans sanction pénale, délaisser, abandonner l'enfant. Appliqué strictement le principe conduirait cependant à des conséquences déplorables : on ne tarderait guère à voir se multiplier les infanticides, sans que le nombre des enfants abandonnés diminue notablement, notamment au cas de naissances hors mariage. De même, il est parfois nécessaire de soustraire les enfants à des milieux familiaux malsains. Le caractère impérieux de la protection de la santé, tant physique que morale, de l'enfant, doit primer l'application rigide des principes juridiques. Aussi les hôpitaux et les divers organismes d'aide à l'enfance sont-ils habilités à recueillir les enfants délaissés, ou ceux dont l'intégrité physique ou morale serait compromise par le maintien dans une ambiance familiale impropre à favoriser un développement harmonieux.

Charge inhérente à la garde, également, l'obligation de pourvoir aux besoins de l'enfant, prescrite à l'art. 56, lequel renvoie à la notion de charges du mariage établie par l'art. 203, al. 2. Concrètement, le gardien doit assurer le gîte et le couvert à l'enfant gardé.

Une motivation identique explique la présomption de responsabilité pesant sur le gardien en vertu de l'art. 93, § 2 du Code des Obligations et Contrats. Il n'est en effet pas contesté que le fondement d'une telle responsabilité réside dans l'obligation de garde, laquelle implique une

surveillance constante, la réalisation du dommage s'analysant en une faute de négligence dans l'accomplissement de cette obligation.

D'autre part, la garde dite morale n'est pas exempte de contrepartie : c'est l'obligation scolaire. Celui qui a la haute main sur l'éducation de l'enfant, a le devoir de lui assurer une instruction minima, et lui épargner ainsi, le sort peu enviable de l'analphabète. Nous touchons ici un des points d'interférence, nombreux en cette matière, où se rejoignent les préoccupations strictement juridiques et les aspirations sociales.

Constatons enfin que, les parents étant unis par le lien conjugal, les problèmes posés par la garde sont essentiellement des questions de répartition des droits et des charges, d'une part entre gardiens, d'autre part dans leurs rapports avec l'enfant gardé. Ce n'est que rarement que le juge aura à en connaître. La cohésion familiale fait que les constatations sont résolues dans leur cadre naturel, formant rempart contre les interventions extérieures. Les gens heureux n'ont pas d'histoire et notamment pas d'histoires judiciaires. Il n'en est malheureusement pas toujours ainsi.

## II — LES PROBLEMES DE LA GARDE LORS DE LA RUPTURE DU LIEN MATRIMONIAL

La cohésion familiale s'est désagrégée. Sur les ruines du foyer commun, les conjoints ne mettent cependant pas un terme à leur affrontement. L'enfant devient l'enjeu principal de la désunion de ses auteurs.

Se posent dès lors de nouveaux problèmes auxquels seul le juge peut donner une solution, qui, si elle est toujours préjudiciable à l'enfant (rien, pour lui ne peut remplacer un foyer uni), tente de léser le moins possible ses intérêts légitimes. Il subsiste néanmoins cette amère constatation que l'enfant demeure le grand oublié de la dissolution du lien conjugal. Auquel des deux auteurs qui se le disputent âprement attribuer la garde de l'enfant ? Telle semble être la question primordiale sur laquelle se greffent des effets annexes : entendons par là les contreparties accordées à l'époux exclu de la garde, enfin, les caractères, sur le plan de l'analyse juridique, de ce droit.

### A — L'attribution du droit de garde

L'hypothèse envisagée est celle de la dissolution du lien matrimonial, par le divorce, notamment. Or la séparation des époux survient à l'issue d'une procédure se décomposant en deux temps : la première phase préparatoire (le combat juridique n'est pas encore ouvert), la seconde véritablement contentieuse.

1) La requête en divorce introduite, s'ouvre la phase initiale. Le président du tribunal, la tentative de conciliation ayant échoué, est habilité aux termes de l'art. 32 al. 2 à prendre certaines mesures provisoires, dont celle relative à la garde de l'enfant. La validité de

ces aménagements, rendus nécessaires par la dislocation du ménage, concrétisée par la séparation des résidences, est limitée à la durée de l'instance. La prise ne préjuge en rien de l'attribution finale de la garde, laquelle n'interviendra qu'à l'issue du prononcé du divorce.

2) La dissolution du mariage peut revêtir une double forme : par le décès de l'un des époux, par le divorce.

a) Dans le premier cas, les dispositions de l'art. 67, al. 1 CSP sont fort explicites : la garde est confiée au survivant des époux. Il exercera seul les prérogatives conjointement mises en œuvre durant le mariage.

b) Le divorce a été souvent défini comme étant la dissolution du lien conjugal du vivant des époux. La rupture est consommée. L'art. 67, al. 2 CSP, dans la rédaction de la loi du 3 juin 1966, prescrit au juge de fonder sa décision, quant à l'attribution de la garde, sur le *seul* intérêt de l'enfant. C'est à ce propos qu'il importe de mettre en exergue l'importance de la réforme législative qui a consisté, d'une part, à prévoir des solutions distinctes pour les deux hypothèses de dissolution de l'union matrimoniale, d'autre part, à abolir l'ordre de dévolution de la garde institué par l'art. 57 ancien qui s'était borné à reproduire les solutions de Droit Malékite. La tradition musulmane considérait en effet la garde comme un droit exclusivement réservé à la branche maternelle, présumant en sa faveur une meilleure aptitude à prodiguer à l'enfant des soins maternels. L'objection majeure que l'on peut opposer à ce système réside en ce qu'il semble arbitraire d'instituer une telle présomption au profit des femmes de la branche maternelle au détriment des parents de ligne paternelle. Il convient cependant de ne pas perdre de vue que la considération de l'intérêt de l'enfant n'ait pas été négligée par les docteurs de l'Islam, ainsi que l'atteste un arrêt de la Cour Suprême, daté du 24 Août 1966 (Civ. n° 4875 R.J.L. 1966, p. 621), appliquant la disposition ancienne en vertu du principe de la non-rétroactivité des lois. Notons par ailleurs que le père pouvait réclamer l'enfant âgé de 7 ans, s'agissant d'un garçon, de 9 ans, s'il s'agissait d'une fille : « lorsque le père réclame le transfert chez lui de l'enfant ayant atteint l'âge légal, il est fait droit à sa demande à moins que le juge n'estime préférable son maintien chez le titulaire de la garde, car l'intérêt de l'enfant est l'élément fondamental quant au point de savoir auquel des père et mère la garde doit être confiée ».

Le mérite de la loi du 3 juin 1966 aura été d'abolir un ordre rigide pour lui substituer un critère subjectif, plus propre, semble-t-il, à permettre au juge d'apprécier plus exactement le véritable intérêt de l'enfant, quant à la détermination de celui de ses auteurs qui aura la charge de l'élever. La fixation d'un ordre strict de dévolution (la mère, la grand'mère maternelle, la tante maternelle...), ainsi que la prévision d'un « âge légal » au dessous duquel le père était exclu de la garde, n'est pas sans rappeler le texte élaboré par Cambacérés pour le premier projet de Code Civil Français : la garde des enfants mâles attribuée de plein droit au père dès l'âge de 7 ans, garde des filles à la mère. Une telle distinction repose sur un critère « populaire »,

(M. le Professeur J. Carbonnier - Droit Civil I n° 137 p. 441), qui semble quelque peu suranné à une époque férue de recherches psychologiques et, singulièrement, de psycho-pathologie de l'enfant et de l'adolescent.

L'apport essentiel de la réforme législative consiste donc dans la latitude laissée au juge d'apprécier souverainement l'intérêt de l'enfant, et d'en attribuer la garde selon son plus grand avantage. L'évolution du droit contemporain est en ce sens. Objectera-t-on que le législateur français fait de la garde un profit du divorce, celle-ci devant être attribuée de préférence à l'époux exempt de torts (Art. 302 C. Civ.) ? L'objection n'est guère péremptoire, le fondement de la règle résidant en ceci que l'époux innocent est présumé mieux à même à diriger la vie de l'enfant (cf. parmi les décisions récentes : Paris 22 mars 1936 D. 1936. J. 530). Une jurisprudence constante admet que le texte légal n'établit qu'une présomption simple, de telle sorte que l'intérêt de l'enfant apparait comme le critère fondamental de l'attribution de la garde (cf. Nèpveu : « L'intérêt de l'enfant » D. 1959 chron. p. 179).

La garde de l'enfant d'époux divorcés sera donc attribuée à l'un de ses auteurs, ou même à une tierce personne, soit appartenant à la famille, soit y étant étrangère. Le juge ordonnera une enquête, dite sociale, car confiée le plus souvent à une assistante sociale, aux fins de déterminer les facultés matérielles et morales de chacun des requérants, et asseoir ainsi sa décision. Qu'une telle enquête ne réalise pas pleinement, de l'avis unanime des praticiens, magistrats et avocats, les espérances qu'elle avait suscitées, est un fait qu'il convient de déplorer. Mais il ne semble pas qu'il faille remettre en question le critère fondé sur l'intérêt exclusif de l'enfant sous le prétexte qu'une institution administrative ne donne pas entière satisfaction.

Certains bons esprits s'alarmeront-ils de l'octroi au juge de pouvoirs excessivement étendus ? Craindra-t-on de laisser ainsi la porte grande ouverte à l'arbitraire, d'instaurer le règne du subjectivisme et de l'insécurité ? Ce serait méconnaître les dispositions de l'art. 58 CSP qui juxtaposent au critère subjectif un ensemble de données objectives que le juge devra prendre en considération. Il ne suffit pas que l'intérêt de l'enfant commande d'être confiée à telle personne, encore faut-il que celle-ci soit digne d'assurer cette charge. Elle devra justifier de certaines qualités impérativement requises par le texte légal : Il est exigé du gardien qu'il soit doué de discernement, et, par conséquent, pubère (l'âge de 16 ans est généralement retenu par la doctrine musulmane cf. Civ. n° 1507 du 6 Novembre 1962 B.C.C. 1962, p. 57), sain d'esprit, honorable, capable de pourvoir aux besoins de l'enfant (d'où l'enquête sur les facultés matérielles du demandeur), indemne de toute maladie contagieuse. La Jurisprudence précise l'exacte portée de cette dernière exigence, déterminée par le souci de sauvegarder la santé de l'enfant : « ... Encourt de cassation la décision qui prive la mère du droit de garde de son enfant au motif qu'elle est atteinte de maladie sans s'assurer du degré de gravité de cette maladie, né du fait qu'elle subsiste encore au jour du jugement ». (Civ. n° 1473 du 19 Février 1962 B.C.C. 1962, p. 19).

Il ne semble pas aberrant d'affirmer, en définitive, que le critère d'attribution de la garde d'époux désunis soit mixte : à la fois subjectif (prise en considération de l'intérêt de l'enfant) et objectif (qualités requises du gardien). Les deux fondements sont complémentaires et ne peuvent, en réalité, être dissociés : l'intérêt de l'enfant, compris dans son sens plein, n'exige-t-il pas que son développement harmonieux soit garanti par l'exigence de certaines qualités, jugées fondamentales, en la personne de son éducateur.

L'intérêt de l'enfant, en d'autres termes, un ensemble de facteurs propres à fonder l'espoir d'une croissance normale, reste donc le critère essentiel. Dès lors, le problème se pose de savoir s'il ne serait pas opportun de lui permettre d'opter, à partir d'un degré de maturité déterminé, pour l'un ou l'autre de ses auteurs. La jurisprudence tunisienne n'a, à ce jour, pas eu à se prononcer sur un tel problème, alors que les tribunaux français sont, en thèse générale, opposés à cette conception. L'intérêt de l'enfant, affirme-t-on, ne coïncide pas avec ses préférences personnelles (cf. Paris 14 octobre 1958 D. 1958 J. 716 : il est vrai qu'il s'agissait d'un enfant de 12 ans). Une tendance nouvelle commence toutefois à se faire jour qui tient compte du choix de l'enfant (cf. St Brieuc 27 Nov. 1945 GP 1946 -1-97 : Adolescent de 18 ans ; Trib. Gde Instance Seine 3 Fév. 1962. D. 1962 J. 231, Note A. Rouast).

A l'inverse, le Droit Anglais pose « de plano » que l'enfant de 16 ans pourra exprimer une inclination qui pèsera d'un poids déterminant dans la décision du juge. Cette dernière disposition est, à notre point de vue, d'autant plus susceptible d'entraîner l'adhésion, que la doctrine Hambalite a, de tout temps, admis une solution identique. La législation soviétique, pour sa part, considère le choix de l'enfant comme un élément, parmi d'autres, que le juge devra prendre en considération.

Constatons, pour clore le débat, que les solutions du droit comparé sont contradictoires. Il n'en reste pas moins que l'enfant est le principal intéressé dans ce débat où ses auteurs, paradoxe dramatique, mus par l'affection qu'ils lui portent, l'écartèlent. A la condition d'avoir atteint un degré de maturité et de discernement lui permettant de décider en pleine connaissance de cause, en vertu de quel principe vieillot ferait-on fi d'un choix dont dépend dans une large mesure l'orientation de son existence, tant présente que future.

## B — Les contreparties du droit de garde

L'époux auquel la garde n'a pas été attribuée n'est cependant pas radicalement « coupé » de son enfant. C'eût été inhumain et contraire à tous les principes pédagogiques. Aussi certains droits lui sont-ils conférés, dont l'ensemble forme comme un lot de consolation pour celui qui est privé de la profonde satisfaction d'élever, de modeler son descendant.



L'époux non gardien est, en premier lieu, investi d'un droit de contrôle général (un « droit de regard », aux termes de l'art. 60 CSP) sur la façon dont l'enfant est éduqué. Arme à double tranchant, car s'il permet une surveillance constante susceptible de garantir à l'enfant une éducation attentive, un tel droit est souvent exercé pour demander le transfert de la garde au profit du demandeur. « La lutte autour de l'enfant se prolonge longtemps après le prononcé du divorce » (H.L. et J. Mazeaud : « Leçons de Droit Civil » I. n° 1497). De cet affrontement, l'enfant ne peut que pâtir.

Il est accordé par ailleurs à l'époux non gardien un droit de visite (art. 60 CSP). Les modalités en sont souverainement déterminées par le juge (cf. Civ. n° 3002 du 28 octobre 1964 B.C.C. 1964 p. 43), tant en ce qui concerne la durée (visite hebdomadaire, mensuelle, trimestrielle, tout ou partie des vacances scolaires), que le lieu où il s'exercera (domicile du gardien, domicile du titulaire du droit de visite). En ce cas également, il importe de déplorer que l'exercice de ce droit puisse être à l'origine de nouveaux troubles psychologiques pour l'enfant. Parfois le gardien sera tenté, dans l'exclusivité de son affection où il entre peut-être un certain goût de la vengeance, d'entraver l'accomplissement de ce droit. Et c'est un procès pénal qui viendra se greffer sur une douloureuse querelle privée (loi n° 62-22 du 24 mai 1962 instituant le délit de non-représentation d'enfant - J.O. T. 1962, p. 620). Il convient toutefois de préciser que c'est, en certains cas, l'abus du droit de visite que fera tomber son titulaire sous le coup de l'incrimination sus-indiquée. (Le fait, par exemple de retenir l'enfant au delà de la durée du droit de visite fixée par le juge).

Enfin, formant à la fois comme un prolongement et un succédané du droit de visite, un droit de correspondance avec l'enfant est attribué à l'époux privé de la garde. Le contact ne saurait être interrompu. Le juge en fixera les modalités.

Il est accordé par ailleurs à l'époux non gardien un droit de visite changement de résidence du titulaire de la garde est susceptible de constituer une nouvelle source de conflit nécessitant l'intervention du magistrat. L'art. 61 CSP est ainsi conçu : « Si celui qui a la garde de l'enfant 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 doctrine musulmane, et notamment le Droit Malékite, avait adopté un critère objectif fondé sur la fixation d'une distance invariable, au delà de laquelle le titulaire de la garde était déchu de son droit, car son éloignement empêchait le père ou le tuteur (les deux qualités étant confondues du vivant du père ; la dissociation de la garde et de la tutelle était, par ailleurs, inévitable du fait que la garde était de plein droit attribuée aux femmes de la branche maternelle, du moins jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge prescrit) d'exercer leurs prérogatives, et notamment le droit de contrôle sur l'éducation de l'enfant. La jurisprudence tunisienne contemporaine, poursuivant son œuvre de rénovation, tend à y substituer un critère subjectif (bien dans la ligne de l'évolution législative), prenant en considération la situation concrète

des parties en litige, ainsi que l'atteste un arrêt rendu le 1<sup>er</sup> Février 1961 par la Cour Suprême (R.J.L. 1961, p. 1140) : « Lorsqu'après le divorce, la mère retourne à son domicile d'origine et s'installe à une distance qui n'empêche pas le père d'exercer son droit de visite et son contrôle sur l'éducation de l'enfant, la Cour dans ses motifs, à toute latitude pour apprécier le degré d'éloignement ou de rapprochement de la distance pour l'exercice du droit de visite ».

Du reste, un litige du même ordre est pendant devant la Cour de Cassation, qui pense-t-on, confirmera la tendance sus-mentionnée. La détermination du degré d'éloignement est une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, qui fonderont leur décision sur des éléments concrets, variables d'une espèce à l'autre. Ainsi, notamment, la situation financière du demandeur (il s'agissait en ce cas d'un médecin, possédant une automobile, dont l'épouse divorcée, attributaire de la garde, avait quitté Tunis pour s'installer au domicile de ses parents, à Sfax, ville distante de quelque 250 kms de la capitale), le développement des voies de communication ainsi que la rapidité des transports modernes. D'une appréciation « in abstracto », devenue fatalement inadéquate du fait de l'accélération de l'histoire, on en arrive à une appréciation « in concreto », dont la souplesse garantit la constante adaptation.

#### C — Les caractères juridiques de la garde attribuée après divorce

Le droit de garde revêt un double caractère : judiciaire et, essentiellement, provisoire.

Il est hors de doute que le premier de ces traits caractéristiques dépend de la nature du divorce prononcé. Or, en droit tunisien, le divorce est susceptible d'une triple modalité, correspondant aux trois cas prévus à l'art. 21 CSP. Qu'il soit prononcé sur le fondement de l'alinéa premier de l'art. 31 (divorce sanction ou divorce pour cause de grief), ou sur la base du troisième alinéa du même texte (divorce dit abusif), il n'est pas contestable que la séparation des époux résulte de décision du juge ; il s'ensuit donc que l'attribution du droit de garde, qui en constitue l'accessoire, lui emprunte, dès lors, son caractère judiciaire.

L'hésitation est toutefois permise lorsque la dissolution du lien matrimonial est consécutive au consentement mutuel des époux, hypothèse visée à l'art. 31, al. 2. C'est alors la convention des parties qui constitue la cause juridique du divorce, les modalités du droit de garde étant déterminées par les stipulations de l'accord contractuel. La garde revêtirait donc, en ce cas, le caractère conventionnel.

Une telle assertion semble néanmoins devoir être écartée. L'art 30 CSP ne proclame-t-il pas le divorce, quelque soit son fondement légal, est toujours judiciaire, abolissant ainsi la répudiation unilatérale du droit musulman classique ? Dès lors, c'est le prononcé de la rupture du lien conjugal par le juge qui crée le divorce, et non pas les stipulations des parties. La contre-épreuve d'un tel raisonnement résulte de ce

que la décision de divorce se présente sous la forme d'un jugement constitutif d'état, revêtu en tant que tel, d'une autorité absolue. Il en découle que la dissolution du lien conjugal n'a d'effet, entre les parties, que du jour où la décision est devenue définitive (art. 36 CSP), et non point du jour de la conclusion de la convention, et à l'égard des tiers, à partir du moment où il a été procédé aux formalités de publicité (Art. 40 de la loi du 1<sup>er</sup> août 1957, modifié par la loi du 4 juillet 1958, qui impose une double obligation : transcription de la décision de divorce sur les registres de l'Etat Civil du lieu où le mariage a été célébré ; mention en marge de l'acte de naissance et de l'acte de mariage de chacun des époux). Le divorce par consentement mutuel est donc incontestablement judiciaire : l'attribution de la garde sur un tel fondement ne saurait, de ce fait, avoir un régime juridique différent.

Il est donc permis de conclure que la garde revêt, dans tous les cas, le caractère judiciaire.

La détermination de ce premier caractère résoud en grande partie la question relative au second trait caractéristique de la garde : son attribution est toujours provisoire, susceptible à tout moment d'être modifiée, l'enfant étant alors transféré au domicile d'un autre gardien s'il y va de son avantage. C'est dire que l'intérêt de l'enfant constitue la clef de voûte de l'édifice législatif et jurisprudentiel en la matière. Ce ne sont ni les juristes ni les psychologues contemporains qui s'en plaindront.