

Les droits de garde et de visite dans les pays du Maghreb.

Le droit de la famille donne lieu, dans les relations entre l'Europe et les pays d'Islam, à des difficultés d'harmonisation, on a pu parler, à ce sujet, d'impossible coordination des systèmes antagonistes générant un conflit de civilisations ; c'est que face à un droit largement séculier et laïque, les législations des pays arabo- musulmans restent imprégnées de religion.

Cependant, les trois pays du Maghreb central, la Tunisie, le Maroc et dans une moindre mesure l'Algérie mettent en œuvre, à des degrés divers, une politique de modernisation du droit de la famille.

Très vite, au lendemain de l'Indépendance, la Tunisie et le Maroc codifient le droit de la famille dans une relative sérénité. Les voies empruntées sont cependant différentes.

La Tunisie promulgue le 13 août 1956 le Code du statut personnel. Le Code se caractérise par une absence totale de référence à l'Islam. Au niveau du discours officiel, la pérennité de l'Islam est affirmée, le législateur revendique son droit à l'Ijtihad. La Tunisie se démarque du reste du monde arabe en interdisant la polygamie et en instituant un divorce nécessairement judiciaire, également ouvert aux deux époux. Les deux innovations sont justifiées au niveau du discours politique par un retour aux sources. Les modifications apportées au Code permettent par ailleurs l'unification législative, le Code régissant au départ les seuls musulmans, s'applique un an plus tard à l'ensemble des Tunisiens.

Le Maroc, quant à lui, promulgue par étapes en 1957 et 1958 la Muddawana. Celle-ci se présente comme une codification du Fikh dans son interprétation malékite avec de timides réformes sur des points particuliers. Ce texte ne s'applique pas aux marocains de confession israélite et renvoie expressément en cas de lacune « à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite ».

Pour l'Algérie, il faut attendre 1984, c'est-à-dire 22 années après l'indépendance pour avoir un Code de la famille. Faisant peu de concessions au modernisme, le Code reprend les solutions traditionnelles du droit musulman et tout comme la Muddawana renvoie pour combler les lacunes aux dispositions de la Charia, le Code s'applique cependant à l'ensemble des Algériens sans distinction de religion.

Les évolutions sont également, par la suite différentes. Le législateur tunisien attentif à l'évolution sociale, intervient à plusieurs reprises, il ajoute des livres entiers au Code, il intervient pour en modifier certaines dispositions, il règlemente par des lois spéciales des questions importantes du droit de la famille hors du Code. Le législateur algérien s'est contenté de procéder en 2005 à quelques amendements apportant quelques améliorations mais sans aucun bouleversement. Le législateur marocain, quant à lui, après une réforme mineure en 1993, a procédé à une véritable refonte du droit de la famille avec la promulgation d'un nouveau texte, le Code de la famille, en 2004.

Au-delà du contenu concret des réformes, c'est le changement dans l'attitude des législateurs algérien et marocain qu'il convient de relever. Ce dernier affiche clairement sa volonté de faire évoluer le droit de la famille en usant d'Ijtihad, de façon implicite et dans une moindre mesure, la réforme algérienne confirme cette position. Les mêmes grandes idées dominent aujourd'hui le droit de la famille au Maghreb : la recherche d'une plus grande stabilité du lien conjugal, une tendance vers l'égalité de l'homme et de la femme, et la protection de l'enfant.

Cependant, les évolutions constatées n'intéressent pas de façon identique les différentes matières du droit de la famille, le mariage et le divorce évoluent, la filiation et les relations entre parents et enfants beaucoup moins. Ainsi les droits de garde et de visite présentent des spécificités certaines comparés aux solutions qui dominent en Europe.

Les conceptions différentes en droit interne (I) vont avoir des répercussions en droit international privé (II).

I- Droit interne.

En Europe, égalité oblige, le temps de la puissance paternelle est révolu. Les réformes intervenues depuis quelques dizaines d'années traduisent pour les relations entre parents et enfants une double translation, de puissance à autorité, de paternel à parental¹. En Europe de nos jours et d'une façon générale, l'autorité parentale appartient au père et à la mère, aucune distinction n'est faite entre l'un et l'autre. L'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant consiste en la garde- même si certains législateurs évitent de la nommer ainsi- la surveillance et l'éducation.

Fondée sur un besoin naturel de protection chez l'enfant et sur la vocation naturelle également des parents à le protéger, l'exercice de l'autorité parentale ne se pose pas de la même manière selon que les parents vivent ensemble ou séparés. Vivant ensemble et dans un climat d'entente, les parents coopèrent et les mesures individuelles prises par l'un ou par l'autre sont présumées faites avec l'accord de l'autre parent. En cas de séparation, les parents continuent à être associés au gouvernement de la personne de l'enfant, ils continuent, dans certaines législations, à exercer conjointement l'autorité parentale. Ils peuvent s'entendre concernant cet exercice, à défaut intervient le juge. Celui-ci doit désigner un lieu de résidence à l'enfant, il fera prévaloir, pour ce faire, l'intérêt de l'enfant. La garde peut être alternée, elle peut également être confiée à un seul, la coparentalité subsiste pour l'autre sous la forme atténuée d'un devoir de surveillance, d'information de visite et d'hébergement. L'intérêt de l'enfant est apprécié in concreto, sans a priori, selon les circonstances de l'affaire.

La situation actuelle est très différente dans les pays objet de notre étude. Mis à part Israël et les communautés non musulmanes qui sont soumises dans certains pays musulmans à leur propre droit, dans tous les autres, la question est influencée par le droit musulman. Les relations personnelles entre l'enfant et ses parents sont ainsi soumises à deux institutions différentes, la garde et la tutelle. Il en est ainsi pour les droits algérien, marocain et tunisien.

Les textes originaux des trois codes maghrébins reprenaient, pour les relations des parents entre eux et avec leurs enfants les solutions traditionnelles. Ils prévoyaient une prééminence des hommes en ce qui concerne la tutelle, la Wilaya et pour la Hadhana, la garde, un ordre fixe de dévolutaires favorisant la mère et la lignée maternelle ; l'obligation alimentaire pesant, par ailleurs essentiellement sur le père.

La garde, dans la conception classique, peut être considérée comme une protection « domestique » ou familiale de l'enfant. La terminologie utilisée est parlante, la Hadhana renvoie à une notion de soins, de protection, d'affection. Les auteurs musulmans la définissent comme l'action d'élever, d'éduquer et de soigner un mineur incapable de pourvoir lui-même aux besoins élémentaires nécessités par son jeune âge. C'est le fait de maintenir l'enfant à la maison, de l'y faire vivre, de lui assurer la nourriture, l'habillement, les soins du corps et de le surveiller. Une telle conception se retrouve dans le droit positif. L'article 54 CSP Tunisien prévoit que « la garde consiste à élever l'enfant et à assurer sa protection dans sa demeure », l'article 62 du Code algérien de la famille dispose que « Le droit de garde consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale ». Pour le Code marocain, elle « consiste à préserver l'enfant de ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'éduquer et à veiller à ses intérêts »².

¹ Cornu, Droit civil, La famille, 8em éd. p. 150.

² Article 163 C. de la famille.

La garde est assurée durant le mariage par les deux parents. Dans le cas de dissolution du lien conjugal par décès, elle est assurée par le survivant des père et mère. En cas de séparation, un ordre fixe des dévolutaires de la garde est prévu, et un droit de visite accordé au parent non gardien. Conçue comme l'action de materner l'enfant en bas âge dans un climat affectif, la garde est d'une part limitée dans le temps, elle cesse lorsque l'enfant atteint un certain âge, généralement 7 à 10 ans pour les garçons et à un âge plus avancé pour les filles, d'autre part, la garde est une prérogative féminine, la mère et d'une façon générale les femmes sont favorisées. La personne gardienne doit cependant remplir un certain nombre de conditions au moment de l'attribution de la garde, elle encourt la déchéance si elle ne satisfait plus à l'une des conditions. Toute la réglementation est prise également pour assurer au mieux l'intérêt de l'enfant mais cet intérêt n'est pas apprécié selon les circonstances de l'affaire mais apprécié in abstracto selon des règles préétablies.

La tutelle, quant à elle, peut être considérée comme une protection « extérieure » ou sociale de l'enfant. Elle peut être définie comme l'ensemble des droits et devoirs exercés par le représentant légal de l'enfant à l'égard de ses biens et de sa personne. Il s'agit alors d'une prérogative du père et des agnats.

Les évolutions ultérieures vont altérer ce schéma, mais l'on est bien loin de l'égalité.

Le contenu des concepts de Hadhana et Wilaya changent, la mère a désormais un droit de regard sur l'éducation de l'enfant, le père voit sa situation améliorée quant à la garde, l'ordre des dévolutaires est quel que peu perturbé.

En Tunisie, très tôt, en 1966, le législateur écarte l'ordre fixe de dévolutaires et fait de l'intérêt de l'enfant le seul critère de l'attribution de la garde, il supprime par ailleurs la limite d'âge prévue précédemment. La réforme s'avère en pratique favorable à la mère, en effet, le juge lui accorde le plus souvent la garde et le père ne peut plus réclamer l'enfant en raison de la limite de l'âge. La loi de 1981 supprime des cas de déchéances³ et celle de 1993 donne à la mère certaines prérogatives de la tutelle. Au Maroc et en Algérie, les réformes sont bien plus tardives, elles sont l'œuvre du Code de la famille pour le Maroc et de l'ordonnance du 27 février 2005 pour l'Algérie. Ces réformes, en dépit de leur caractère tardif, sont moins importantes que celle du droit tunisien. Le législateur marocain supprime la limite d'âge et étend la garde jusqu'à la majorité, le législateur algérien maintient la situation antérieure sur ce point. Les réformes intéressent également la dévolution de la garde et améliorent la situation de la mère.

L'ordre légal des attributaires de la garde subsiste mais il est modifié. Les réformes ont consisté d'une part à donner un rang plus favorable au père et d'autre part, à introduire subsidiairement la notion d'intérêt de l'enfant.

Avec le Code de la famille, la garde est confiée au Maroc en premier lieu à la mère puis au père puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. A défaut, le tribunal en décide en fonction de l'intérêt de l'enfant. En Algérie également, le père se trouve désormais au deuxième rang après la mère, ce n'est qu'à défaut de la mère et du père que recours sera fait à la grand-mère maternelle puis paternelle puis à la tante maternelle et à la tante paternelle, enfin le juge peut intervenir pour accorder la garde aux proches et ceci en tenant compte de l'intérêt de l'enfant.

Dans la conception traditionnelle, la prééminence de la mère pour la garde se trouve limitée par les dispositions relatives à la tutelle. Le père reste, en effet, toujours tuteur de ses enfants mineurs, que les parents soient unis ou séparés, il doit être toujours en mesure de surveiller les conditions de vie de l'enfant et d'assumer ses obligations à son égard.

Dans les versions originales des codes marocain et tunisien, la mère ne pouvait être tutrice légale de ses enfants du vivant du père mais également en cas de décès de ce dernier. Pour être tutrice, il fallait qu'elle soit désignée par le testament du père ou par le juge mais l'un et

³ Le remariage de la mère n'est plus une cause de déchéance de la Hadhana, le juge a un pouvoir d'appréciation, de plus la mère devenant tutrice légale après le décès du père, elle ne peut être déchue de son droit de garde.

l'autre pouvaient l'écarter au profit de certains proches le plus souvent des agnats. De nos jours dans les trois pays, la mère devient tutrice de ses enfants mineurs en cas de décès du père, et cela par la force de la loi, elle ne peut plus être écartée par la décision du juge, mais les solutions demeurent inchangées tant que les deux parents sont en vie. Au Maroc et en Tunisie, la mère est gardienne mais le père reste tuteur. En Algérie, le Code de la famille après la réforme de 2005 prévoit une solution différente, « en cas de divorce, nous dit l'article 87-3, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde a été confiée ».

Trois points posent problèmes en dépit des évolutions constatées, si la faculté de remariage de la mère est une cause de déchéance de la garde qui ne concerne pas les pouvoirs du tuteur (A), il n'en est pas de même des deux autres, l'éloignement de l'enfant par rapport au lieu de résidence du père (B) et son éducation dans une religion autre que celle du père (C) sont des causes de déchéance en raison de l'atteinte au pouvoir de direction du père tuteur.

A- La faculté de remariage de la mère.

Dans la conception traditionnelle, la titulaire de la garde devait être non mariée, cette condition était particulièrement sévère pour la mère. Son remariage constituait un cas de déchéance de la garde sauf si le nouveau mari et l'enfant sont parents à un degré prohibé. Les différentes législations ont assoupli cette exigence.

En droit tunisien, la titulaire du droit de garde doit toujours être non mariée mais le texte ajoute « sauf si le juge estime le contraire dans l'intérêt de l'enfant ». Désormais le juge a un pouvoir d'appréciation. De même, en cas de décès du père, la mère devenant tutrice légale ne peut être déchue de la garde⁴. Les solutions sont les mêmes en Algérie, cependant le Code ne prévoit pas expressément que la mère qui cumule les deux qualités, tutrice et gardienne ne peut être déchue de sa garde.

Au Maroc, la mère perdait son droit de garde par son remariage avec une personne qui n'est un proche parent de l'enfant. Avec le Code de la famille reconduit la solution mais la mère remariée ne perd pas le droit de garde avant que l'enfant ait atteint l'âge de 7 ans. Elle restera la mère gardienne même lorsque l'enfant aura atteint cet âge, à la condition de s'être remariée avec une personne qui est, selon l'article 175, « un parent de l'enfant avec lequel il y a un empêchement à mariage ou s'il est son représentant légal ».

B- Le lieu de résidence de l'enfant.

Dans le but de préserver les prérogatives du père tuteur, les droits algérien, marocain et tunisien ont adopté une règle directement tirée du rite malékite, à savoir la prohibition de l'éloignement ou du déplacement de la mère gardienne. Le père tuteur doit être en mesure d'exercer sa surveillance et son pouvoir de direction sur l'enfant, partant, l'attributaire de la garde doit résider non loin du tuteur. Les auteurs malékites classiques fixent la distance maximale pouvant séparer la résidence de la mère gardienne de celle du tuteur à 6 bérids, soit 120 Km. Dans les trois pays, la jurisprudence a interprété cette règle comme permettant la déchéance de la garde non seulement lorsque la mère change de résidence mais également lorsque c'est le père tuteur qui se déplace et que la mère gardienne ne peut le suivre.

Ces solutions tendent à disparaître. La déchéance du droit de garde est une sanction grave elle ne devrait être prononcée que de façon exceptionnelle lorsque le déplacement de la mère gardienne met le père dans l'impossibilité d'exercer son droit de visite ou rend difficile le maintien des liens entre l'enfant et son père, aussi avec le développement des communications, c'est l'appréciation de la distance qui change. L'exigence d'une résidence proche du père tend, en fait, à disparaître lorsque la résidence est fixée dans le pays. En Tunisie, la règle de la prohibition de l'éloignement se trouve toujours dans le CSP, l'article 61

⁴ Loi de 1981.

emploi des termes généraux : « 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 », le juge se montre cependant plus clément à l'égard de la mère ; l'assouplissement de la règle se retrouve au Maroc, le Code de la famille manifeste un souci de conserver à la mère la garde de son enfant après un éventuel déménagement, il prévoit que : « Le changement de résidence, à l'intérieur du Maroc, de la femme qui assume la garde de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier n'entraîne pas la déchéance de la garde, sauf en cas de motifs avérés pour le tribunal, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, des conditions particulières du père ou du représentant légal et de la distance séparant l'enfant de son représentant légal ». Le Code algérien ne prévoit pas une déchéance de la garde en raison la distance entre le lieu de résidence de la gardienne et de l'enfant et celle du tuteur, la solution est seulement jurisprudentielle, elle peut évoluer sans intervention législative⁵.

C- La religion de l'enfant.

L'obligation d'élever l'enfant dans la religion de son père par la personne qui en a la garde se retrouve dans les trois législations, la dévolution de la garde est organisée en fonction de motifs religieux liés au souci de maintenir l'enfant dans la religion de son père. Cette obligation est clairement posée par l'article 62 du Code de la famille algérien. Ce texte dispose en effet que « le droit de garde, Hadhana consiste en « l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père... ». La mère gardienne, tout comme les autres titulaires du droit de garde doit assurer à l'enfant une éducation musulmane. Le non-respect de cette obligation entraîne la déchéance du droit de garde. Les législateurs marocain et tunisien réservent un meilleur sort à la mère. Le droit marocain a subi une évolution. La Muddawana prévoyait que « lorsque la gardienne a une religion différente de celle du père de l'enfant qui lui est confié et qu'elle n'en est pas la mère, elle ne peut exercer son droit de garde que durant les cinq premières années de la vie de l'enfant. Lorsque la gardienne est en même temps la mère de l'enfant, elle exerce pleinement son droit de garde », le même article posait cependant une réserve, la mère gardienne non-musulmane peut exercer son droit de garde « à condition qu'elle ne profite pas de l'exercice de ce droit pour élever l'enfant dans une religion autre que celle du père ». Le nouveau Code de la famille se contente d'affirmer comme condition de la dévolution que la personne gardienne soit capable d'assurer la protection de l'enfant sur le plan religieux. On retrouve les mêmes solutions en droit tunisien, l'enfant doit être élevé dans la religion de son père mais le CSP n'édicte aucune déchéance du droit de garde liée à cette obligation s'agissant de la mère.

Les différences dans la manière d'envisager les rapports entre parents et enfants dans les pays occidentaux et dans les pays musulmans vont déboucher sur des difficultés de coordination des systèmes plus accrues dans les relations internationales.

II- Droit international privé.

Il faut bien le dire la matière de la garde et du droit de visite est, en elle-même, délicate dans les relations internationales et ceci en dehors de tout conflit de cultures. L'élément d'extranéité n'est pas une simple complication d'un conflit d'intérêt privé, il le transforme. En droit interne, la séparation entre les époux n'imposera pas de rupture entre l'enfant et le parent non gardien. Dans l'hypothèse internationale, il en va autrement. L'attribution de la garde à l'un des parents prend le caractère d'une véritable rupture lorsque le parent non gardien vit

⁵ Arrêts du 25 fév. 1982 et du 22 fév. 1986, Mohamed-Chérif Salah Bey, 1993

dans un autre pays. Cette rupture risque d'être définitive parce que la stabilité de l'enfant, qui est sans doute une des exigences de son intérêt, commandera de pérenniser d'autant plus la garde qu'elle a des influences plus profondes et plus spécifiques sur son mode de vie.

A cela s'ajoutent deux traits qui caractérisent le contentieux en la matière, le caractère étendu de la compétence juridictionnelle et le caractère révisable de toute décision concernant le droit de garde et de visite. Ces deux caractéristiques conjuguées font que le contentieux relatif à la garde après divorce est particulièrement propice à la multiplication des procédures et à la contrariété des jugements.

Dans tous les pays, la compétence internationale des juridictions nationales est entendue largement. Les questions relatives au droit de garde et de visite sont jugées soit en même temps que le divorce soit indépendamment du divorce. Dans le premier cas, les règles servant à donner compétence en matière de divorce serviront aussi à fixer la compétence en ce qui concerne les droits de garde et de visite⁶. Mais la question de la garde ainsi que celle du droit de visite pourront faire l'objet d'une procédure distincte. Les éléments permettant la compétence sont, dans ce cas nombreux ; à la compétence du for du divorce s'ajoutent celle du for ayant déjà statué sur le droit de garde et de visite, mais également celui de la nationalité, du domicile ou de la résidence de l'enfant, enfin et surtout, le plus souvent, la simple présence de l'enfant sur le territoire déclenche la compétence des juridictions, enfin, il peut y avoir prorogation volontaire de compétence

Ce caractère étendu de la compétence internationale directe est un facteur qui nuit à l'harmonie des rapports internationaux. La concurrence des règles de compétence applicables dans chaque pays peut aboutir à une contrariété de procédures et de jugements. Et le droit conventionnel ne modifie pas grand-chose à la question.

De plus et c'est le deuxième trait caractéristique, les décisions concernant la garde présentent un particularisme, dans tous les cas, tant dans les relations internes que dans les relations internationales, elles peuvent toujours être remise en cause. Les décisions relatives à cette question ont, comme celles relatives à l'obligation alimentaire, un caractère toujours révocable⁷. En effet, les circonstances de fait et l'intérêt de l'enfant ont un caractère évolutif et toute décision relative à la garde peut être remise en question. Ce qui est spécifique aux relations internationales, c'est que la décision relative à la garde et au droit de visite rendue par les juridictions d'un Etat peut être remise en cause par les juridictions d'un autre Etat. L'auteur du déplacement crée, en emmenant l'enfant, un lien de compétence judiciaire internationale. Le juge s'estimant compétent rend alors une décision conforme à sa propre législation et à ses principes fondamentaux. Ces deux caractéristiques du contentieux des droits de garde et de visite rendent particulièrement difficile le règlement des déplacements illicites des enfants.

Le caractère complexe de la question se complique davantage s'agissant de relations entre systèmes relevant de cultures différentes, l'organisation de la vie de l'enfant suite à la dissolution du mariage aboutit à faire des choix, choix du gardien, mais aussi choix d'un environnement, d'une société, de mœurs, de traditions, d'une culture. Cela explique que souvent, en la matière, le juge fait prévaloir ses propres conceptions. Ce constat peut être fait tant au niveau de la création des droits qu'au stade de la reconnaissance des décisions étrangères.

⁶ Article 10, 11 C. Procédure Civile algérien, privilège de nationalité en matière juridictionnelle à l'image des articles 14 et 15 Code Civil français. En droit marocain, transposition des règles de compétence territoriale sur le plan international.

⁷ Le jugement est définitif. Le juge vide, en effet, sa saisine et tranche le fond du droit. Il a également autorité de la chose jugée, aussi bien négative que positive. Certes en pratique, la décision peut être remise en cause, mais juridiquement partout où la décision est reconnue, ce qui est plaidé, ce n'est pas la garde ou la pension alimentaire, mais les modifications de celles-ci. La décision initiale a réglé la situation au vu de certaines circonstances. Si celles-ci viennent à changer, la question à débattre n'est plus la même. Th. 380.

A- La création des décisions judiciaires.

Le juge magrébin devant statuer sur la garde a de grandes chances d'appliquer son propre droit, il le fera quelle que soit la démarche adoptée, non conflictualiste ou conflictualiste.

1-La démarche non conflictualiste se retrouve en droit marocain et algérien, la loi du for sera applicable sans passer par la règle de conflit. Les parents peuvent être des nationaux, la loi du for s'applique, ils peuvent être de nationalité différentes, la loi du for s'appliquera également soit en raison d'un privilège de nationalité soit en raison d'un privilège de religion. Constatant la présence au litige d'un national ou d'un musulman, le juge applique sa propre loi.

Le droit algérien connaît le privilège de nationalité, le droit marocain y ajoute probablement encore un privilège de religion. L'article 12 du Code civil algérien prévoit que les effets personnels et patrimoniaux du mariage sont soumis à la loi nationale du mari au moment de la conclusion du mariage, alors que la dissolution du mariage et la séparation de corps sont soumises à la loi nationale de l'époux, au moment de l'acte introductif d'instance. L'article 13 apporte une exception à ces rattachements, « Si l'un ou l'autre des deux conjoints est Algérien, au moment de la conclusion du mariage, la loi algérienne est seule applicable, sauf en ce qui concerne la capacité de se marier ». Si l'on retient la qualification effet du mariage ou effet du divorce pour la garde, la loi algérienne s'appliquera pour les Algériens et pour tous les couples mixtes.

La même règle se retrouve en droit marocain mais la règle est alors d'application générale. L'article 2 du Code de la famille précisent que les dispositions du Code s'appliquent selon l'alinéa 3, « à toute relation entre deux personnes lorsque l'une d'elles est marocaine ». L'article 2 est muet concernant le privilège de religion, les auteurs sont divisés. Certains estiment que « tout porte à croire que la règle de conflit explicitée à l'article 2 n'empêchera pas que continue à jouer en DIP marocain le privilège de religion », d'autres estiment qu'il revient à la jurisprudence de préciser cela⁸.

En Tunisie, la jurisprudence avait instauré sous l'empire du décret du 12 juillet 1956, un privilège de nationalité ; fortement critiqué par la doctrine, il a été écarté par le CDIP, on ne retrouve donc depuis, que la démarche conflictualiste⁹.

2- La démarche conflictualiste et le passage par la règle de conflit aboutissent le plus souvent à l'application de la loi du for, celle-ci est en effet dans les cas les plus nombreux, désignée par la règle de conflit.

La question ne se pose pas au Maroc puisque le privilège de nationalité généralisé est législatif. En Algérie, si l'on écarte la qualification de la garde comme étant un effet du mariage ou du divorce, s'appliquera alors l'article 15 du Code civil¹⁰ relatif à la protection des

⁸ Le privilège de religion était consacré par le dahir du 24 avril 1959 soumettant les musulmans, mêmes étrangers à la compétence des tribunaux du Cadi, il s'agit là d'une règle de compétence juridictionnelle. Et c'est en extrapolant que le juge a appliqué aux musulmans résidant au Maroc les dispositions de la Muddawana. Les juridictions religieuses ont été supprimées et la mise sur pied du TPI, juridiction de droit commun n'a pas fait disparaître pour autant la solution héritée du Dahir du 24 avril 1959. La Cour Suprême l'a invoqué et à sa suite les juridictions du fond. Moulay Rchid.

⁹ Affaire Fatma, TPI Tunis 20 avril 1999. Le tribunal applique le droit tunisien sans passer par la règle de conflit, il n'affirme pas un privilège de nationalité, il y a occultation du caractère international du litige. Souhayma 126 ; CDIP.

¹⁰ « Les conditions de fond en matière de tutelle, de tutelle testamentaire, de curatelle et autres institutions de protection des mineurs, des incapables et des absents, sont déterminés par la loi nationale de la personne à protéger³.

mineurs. Cet article retient la loi nationale de la personne à protéger, or selon le Code de la nationalité algérienne, est algérien, l'enfant né de père ou de mère algérienne¹¹, de sorte que la loi algérienne est applicable s'il s'agit d'Algériens résidant à l'étranger, elle est applicable aux relations mixtes, l'enfant étant toujours algérien. En Tunisie, le CDIP met en œuvre une règle de conflit à critères alternatifs. « La garde, selon l'article 50, est soumise à la loi en vertu de laquelle le lien matrimonial a été dissous, soit à la loi nationale de l'enfant et de son domicile. Le juge appliquera la loi la plus favorable à l'enfant ». Le juge tunisien, dans les relations avec les pays occidentaux estime que les lois en conflit sont équivalentes en ce qu'elles retiennent toutes comme critère de dévolution de la garde, l'intérêt de l'enfant, il applique alors le droit tunisien. Le juge fait ainsi abstraction du reste du dispositif légal, il ne tient pas compte des conditions que la mère doit remplir en droit tunisien pour se voir attribuer la garde, ni des cas de déchéances ni du rôle prépondérant du père-tuteur.

Aussi chacun des juges maghrébins va appliquer sa propre loi s'agissant de nationaux ou de relations mixtes. Tous se montrent vigilants concernant le lieu de résidence de la mère-gardiennne par rapport à celle du père-tuteur et concernant la religion de l'enfant.

Concernant la résidence, le législateur algérien adopte une règle matérielle, l'article 69 du Code de la famille prévoit en effet : « Si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt de l'enfant ». Cette règle d'apparence mesurée est, semble-t-il totalement ignorée de la pratique, l'intérêt de l'enfant est d'être sous la surveillance et la direction du père. Le législateur marocain se montre, quant à lui, plus méfiant, « Le tribunal peut, à la demande du ministère public ou du représentant légal de l'enfant soumis à la garde, prévoir dans la décision accordant la garde, ou par une décision ultérieure, l'interdiction que l'enfant soit emmené en voyage à l'extérieur du Maroc sans l'accord de son représentant légal... ». Le juge tunisien enfin, dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, tient compte des prérogatives du père tuteur, aussi la résidence de la mère gardiennne doit-elle être proche de celle du père, elle ne peut donc être fixée à l'étranger si le père réside en Tunisie.

Dans les trois pays, il en est ainsi même s'il s'agit de deux nationaux qui résidaient à l'étranger et qui entament une procédure de dissolution du mariage dans leur pays. Le père décidant de demeurer dans son pays, la mère ne peut avoir la garde de ses enfants si elle décide de repartir, ceci alors que le domicile conjugal était établi à l'étranger et que c'est le père qui s'est déplacé et non la mère.

Le juge dans les trois pays fait intervenir le facteur religieux, l'enfant doit être élevé dans la religion de son père. La mère peut être gardiennne si elle réside dans le même pays que le père-tuteur mais elle doit élever l'enfant dans la religion de son père. On voit ainsi, le juge tunisien accorder la garde au père tunisien et non à la mère italienne résidente en Tunisie parce que celle-ci selon l'enquête qui a été faite, élevait l'enfant dans la religion catholique¹².

Finalement, le raisonnement du juge est tel que la loi du for est toujours applicable et que l'on n'a pas besoin de faire intervenir l'exception de l'ordre public pour la création des décisions, celle-ci interviendra, en revanche au stade de la reconnaissance des décisions étrangères.

B- La reconnaissance des décisions étrangères.

Des difficultés surgissent également lorsque les parents ne résident pas ou ne résident plus dans le même pays et que la décision obtenue est appelée à produire des effets dans un autre pays que celui où elle a été rendue. Toute décision étrangère se heurte aux conditions

¹¹ Article 6 C. Nat. Ordonnance du 27 fév. 2005.

¹² TPI Tunis, 20 avril 1999, CDIP 628. En réalité dans cette affaire, le juge ne passe pas par la règle de conflit, il applique directement le droit tunisien sans explication aucune.

d'efficacité internationale prévues dans le pays d'exécution. Ces conditions sont souvent assez lourdes. On constate, de nos jours, des assouplissements parfois dus au législateur et parfois à la jurisprudence. De même un important réseau de conventions bilatérales ou multilatérales permet d'améliorer la circulation internationale des décisions. Il n'en demeure pas moins qu'en matière de droit de garde et de droit de visite, l'exception de l'ordre public intervient dans les relations entre pays occidentaux et pays musulmans pour rejeter les décisions étrangères. Le juge se fonde, pour ce faire, sur les prérogatives du père. Il en est ainsi dans les trois pays, des décisions puisées dans la jurisprudence tunisienne illustrent la question.

Les faits sont classiques, le mari est tunisien, la femme est étrangère. Un divorce est prononcé à l'étranger et la garde est attribuée à la mère, le père arrive à rentrer en Tunisie avec les enfants, la mère demande alors l'exequatur de la décision étrangère devant les juridictions tunisiennes afin de pouvoir récupérer les enfants. Un refus y est opposé en raison de l'ordre public. Dans une espèce¹³, le juge fait intervenir l'ordre public estimant que le fait pour le père de ne point pouvoir remplir sa mission de surveillance et d'éducation est contraire à l'intérêt de l'enfant et partant contraire à l'ordre public. La Cour de cassation, dans une autre affaire ajoute un élément religieux. Pour elle, la question de savoir si un jugement est ou non contraire à l'ordre public du pays où son exécution est demandée, doit être étudiée sous l'angle de sa non contrariété avec ce qu'exige la Constitution comme attributs fondamentaux de la famille et de la société et dans la formation desquels s'intègrent les choix éducationnels, religieux, linguistiques ainsi que tout ce qui favorise l'amour de la patrie qui est dans l'Islam un élément fondamental de la foi¹⁴. Dans une autre affaire également, la Cour précise que le déracinement de l'enfant du milieu dans lequel il a grandi et dont il parle et écrit la langue, de ses habitudes et traditions, de même que son détachement de son milieu social arabe et musulman sont de nature à faire de lui un exilé permanent coupé de sa religion et donc un apostat.

Ces solutions sont celles-là même que l'on retrouve au Maroc et en Algérie, on aurait pu s'attendre à une solution différente de la part du juge tunisien. Les deux décisions présentées à l'exequatur ont été vraisemblablement rendues selon un droit conforme à l'ordre public tunisien, le critère étant le même, l'intérêt de l'enfant. Mais l'intérêt de l'enfant est une norme-cadre qui nécessite pour prendre véritablement corps l'intervention du juge. Alors que les droits occidentaux, la notion d'intérêt de l'enfant est apprécié in concreto en raison des circonstances de l'affaire, pour le juge tunisien l'intérêt de l'enfant est d'être surveillé par son père, de recevoir l'éducation que ce dernier désire et d'être intégré dans son milieu.

Une décision de la Cour de cassation tunisienne du 2 mars 2001¹⁵ amorce cependant un changement. La Cour de cassation affirme dans cet arrêt : «Lors de l'attribution de la garde, l'intérêt de l'enfant doit être pris en considération en premier lieu, sans égard à toutes autres considérations, le jugement belge accordant la garde de l'enfant d'un Tunisien et d'une Danoise à la mère résidente en Belgique ne heurte en rien l'ordre public et n'est pas contraire à la politique législative ». C'est la première fois que la Cour de cassation n'adopte pas l'argumentation classique et choisit une autre voie, mais il faut attendre la suite, une seule hirondelle ne fait pas le printemps.

Pour conclure, on peut affirmer que les pays magrébins veillent avec un soin jaloux à la sauvegarde de leur conception des relations familiales et de l'identité arabo-musulmane à travers le règlement du contentieux relatif à la garde et au droit de visite. Il convient cependant d'être nuancé. Les difficultés de coordination existent aussi entre systèmes relevant

¹³ TPI Grombalia 7 mars 1977, RTD 1978, 1, 95 n. K. Meziou.

¹⁴ Civ. 15 mai 1979, RJL. 1980, n° 10, p. 79. Thèse 392.

¹⁵ RTD 2001, note M. Ghazouani.

d'une même culture et ayant une même conception des relations entre parents et enfants, elles sont seulement plus accentuées dans les relations entre systèmes juridiques relevant de cultures différentes.

En réalité, il existe dans tous les systèmes, laïque, religieux ou en transition des mécanismes permettant une approche nationaliste de la question et permettant à chacun des parents de trouver, dans le système juridique de son pays, les mesures juridiques propres à établir une situation en sa faveur ou à renverser celle établie au profit de son ex-conjoint.