

L'adoption internationale vue à travers le prisme de la loi tunisienne du 4 mars 1958

*Ridha BOUKHARI**

Résumé

En droit tunisien, l'adoption est réglementée par la Loi n° 58-27 du 4 mars 1958^{**}. Cette loi, toujours en vigueur en dépit de son ancienneté, a marqué un tournant spectaculaire en droit tunisien de la famille par la légalisation de l'adoption. Contestée par une frange de la doctrine, combattue par la jurisprudence, la loi sur l'adoption continue à susciter de nombreuses réserves. Celles-ci prennent un aspect très virulent lorsqu'un enfant de nationalité tunisienne est adopté par des personnes de nationalité étrangère. L'article 10 de la Loi de 1958, qui est formulé à sens unique, limite en effet l'adoption internationale aux hypothèses où l'adoptant est de nationalité tunisienne. Force est donc de constater que la législation tunisienne ne paraît pas favorable à l'adoption internationale.

Abstract

In tunisian law, adoption is regulated by the Law n° 58-27 of March 4th, 1958. This law, still in effect despite the fact that it is out of date, has marked a spectacular turning point in tunisian family law by the legalization of adoption. Contested by a section of doctrine, fought by the judges, the law on adoption continues to spark off many reservations. These reservations take a virulent turn when a tunisian child is adopted by foreign persons. Article 10 of the Law of 1958, which is one-way disposition, limits international adoption to the cases where the adoptant is tunisian. Therefore, we are obliged to admit that the tunisian legislation is not favorable to international adoption.

* Maître de conférences, agrégé des facultés de droit, Tunisie. Courriel: <ridhaalboukhari@yahoo.fr>

** *Loi n° 58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption*, J.O.R.T. 7 mars 1958, p. 236 (ci-après «Loi du 4 mars 1958» ou «Loi de 1958»).



Plan de l'article

Introduction	119
I. Le principe de l'adoption internationale	125
A. Le statut de l'adoption internationale.....	126
B. La situation de l'enfant tunisien au regard de l'adoption internationale	132
II. La loi applicable à l'adoption internationale	137
A. Le choix d'une règle de rattachement classique	138
B. La portée conférée à l'ordre public.....	143
Conclusion	147



« Il est toujours hasardeux de débusquer la finalité d'une institution juridique. Le législateur envisage, les utilisateurs inventent, la jurisprudence canalise. »¹

L'adoption² est marquée par deux traits principaux : le pluralisme – il en existe plusieurs espèces – ; et la juridicité – plus que toute autre institution, elle est dépendante du droit³, « elle n'existe que par la loi »⁴. Lien de droit⁵ sans lien de sang, l'adoption établit un rapport de filiation artificiel entre deux personnes : l'adoptant et l'adopté, par opposition à la filiation légitime résultant du mariage. Contrairement à la filiation par le sang, la filiation adoptive est créée par jugement, l'élément charnel n'y joue aucun rôle : c'est la volonté individuelle qui lui sert de pivot⁶. Une doctrine autorisée la définit comme une filiation purement juridique « reposant sur une présomption d'une réalité non pas biologique, mais affective : à la demande d'une personne, le droit établit artificiellement entre elle et une autre personne un rapport de père ou de mère à l'enfant »⁷. En droit comparé, il est utile de citer la définition retenue par le Code colombien des mineurs du 27 novembre 1989, selon laquelle l'adoption est « un moyen de protection par lequel, sous la surveillance de l'État, un lien irrévocable de parents à enfant est établi entre personnes sans rapport originaire de naissance »⁸. Encore faut-il savoir si l'irrévocabilité du lien est une solution unanimement consacrée ?

¹ Note de Jean Hauser : Civ. 1^{re} 7 mars 1989, D. 1989.477, 479.

² Étymologie : du latin *adoptio*, de *adoptare* : adopter. Création, par jugement, d'un lien de filiation d'origine exclusivement volontaire, entre deux personnes qui, normalement, sont physiologiquement étrangères, Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 5^e éd., Paris, Association Henri Capitant, P.U.F., 1996, v. : « adoption ».

³ Philippe MALAURIE et Hugues FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, Defrénois, 2004, n° 1070.

⁴ Gérard CORNU, *Droit civil. La famille*, 9^e éd., coll. « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 2003, n° 274. Il y a toutefois lieu de signaler l'existence de la pratique des adoptions de fait.

⁵ G. CORNU, *id.*, n° 11 et n° 275 ; Jean HAUSER, « L'adoption à tout faire », D. 1987.chr.205.

⁶ Jean PINEAU et Marie PRATTE, *La famille*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 387.

⁷ Jean CARBONNIER, *Droit civil. La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., t. 2, coll. « Thémis/droit privé », Paris, P.U.F., 2002, p. 361 ; Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, 9^e éd., coll. « Domat droit privé », Paris, Montchrestien, 2007, n° 626, observent à ce propos : « ce type de filiation est une pure création de la loi ; il ne se calque pas sur une réalité biologique ».

⁸ Patricia Alzate MONROY, « Adoption law in Colombia », dans Andrew BAINHAM, *The International Survey of Family Law*, Cambridge, Kluwer Law International, 1996, à la page 109.

Il est, toutefois, utile de signaler que l'hypothèse d'adoption par une seule personne – admise par un bon nombre de systèmes juridiques, tels les systèmes français⁹ et québécois¹⁰ – est ignorée du droit tunisien. Dans le cadre de ce dernier, en effet, une personne ne peut adopter un enfant que si elle est mariée (art. 9 de la Loi du 4 mars 1958). En droit tunisien, l'adoption n'est donc envisagée que dans l'hypothèse où les adoptants sont unis par les liens du mariage. En revanche, certains systèmes occidentaux, peu nombreux il faut le dire, ont autorisé, avec des proportions différentes, l'adoption par des personnes non liées par le mariage¹¹, qui de surcroît peuvent être de même sexe¹², ce qui est, du reste, une manière de leur offrir un accès à la parentalité¹³.

Fonctionnellement, l'adoption est une nouvelle représentation de la descendance. Elle consacre un modèle de filiation, reposant sur la volonté individuelle de se procurer un enfant, qui se veut concurrent à la filiation résultant du mariage. Ce qui permet, d'une part, de rendre compte de la fluctuation, de l'incertitude des genres : la famille¹⁴ et la filiation¹⁵, et con-

⁹ François TERRÉ et Dominique FENOUILLET, *Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2005, n° 878.

¹⁰ Pour de plus amples développements, lire : Alain ROY, *Le droit de l'adoption au Québec. Adoption interne et internationale*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, n° 18 ; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 443.

¹¹ Sur cette question, voir l'étude de Renée JOYAL, « Parents, enfants, conjoints : à la recherche d'un sens », (2009) 50 *C. de D.* 361 ; Françoise MONEGER, « L'adoption internationale et les concubins », dans *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé. Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 567 et suiv.

¹² Sur cette question, voir : Anne-Marie SAVARD, « La nature des fictions juridiques au sein du nouveau mode de filiation unisexuée au Québec ; un retour aux sources ? », (2006) 47 *C. de D.* 377, 379 ; Jehanne SOSSON, « Les enfants de concubins : aspects de droit comparé », dans *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé, Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec, 2002, p. 393, pages 399 et suiv. ; voir également : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 443.

¹³ J. SOSSON, *id.*, aux pages 399 et suiv.

¹⁴ Sur cette question, voir : Louis DUCHESNE, « Les familles au tournant du XXI^e siècle », dans Institut de la statistique du Québec, *La situation démographique au Québec, Bilan 2005*, Québec, Publications du Québec, 2005, p. 44 ; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, p. 2 et suiv. ; A. ROY, préc., note 11, n° 1 ; R. JOYAL, préc., note 12, 363 et suiv. ; Hélène GAUDEMET-TALLON, « Incertaines familles, incertaines frontières : quel droit international privé ? », dans *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, Paris, Defrénois, 2007, p. 147 et suiv.

¹⁵ Pierre MURAT, « Couple, filiation, parenté », dans *Des concubinages : droit interne, droit international, droit comparé, Études offertes à Jacqueline Rubellin-Devichi*, Paris, Litec,

duit, d'autre part, à leur déconstruction¹⁶.

L'adoption est une construction juridique finalisée qui tend à la réalisation d'un certain nombre d'objectifs. Elle est, d'abord, envisagée par certains auteurs comme une institution juridique ordonnée à la promotion d'une assistance aux enfants abandonnés¹⁷. Perçue ainsi, elle serait un instrument de politique sociale plutôt qu'un moyen offert aux particuliers pour la réalisation d'intérêts privés¹⁸; sa finalité est de trouver une famille à un enfant dans une perspective générale d'intégration et de protection de ce dernier¹⁹. À cet égard, force est de constater que l'adoption prend toujours une ampleur remarquable dans les situations de crise (la fin d'une guerre mondiale ou régionale, la survenue d'une catastrophe naturelle, comme celle qui a touché l'Indonésie ou Haïti...). Ensuite, il n'est pas à oublier que l'adoption est aussi regardée comme un remède à la stérilité du couple et à son désir d'enfant²⁰.

Rappelons que le système de l'adoption ne date pas d'hier. Les premiers peuples de l'humanité ont en effet eu recours à cette institution²¹: les

2002, p. 53 et suiv.; Yves LEQUETTE, « Observations sur le « nominalisme législatif » en matière de filiation », dans *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, L.G.D.J., Lextenso, 2008, p. 647, spécialement aux pages 648 et suiv.

¹⁶ En ce sens, R. JOYAL, préc., note 12, 372.

¹⁷ Giuseppina PIZZOLANTE, *Le adozioni nel diritto internazionale privato*, Bari, Cacucci, 2008, p. 23.

¹⁸ Sur cet aspect, voir en particulier : Kerry O'HALLORAN, *The politics of adoption. International perspectives on law, policy and practice*, 2^e éd., Dordrecht, Springer, 2009, p. 1 et suiv.; Giovanni CATTANEO, « Adozione », dans *Digesto discipline privatistiche*, Torino, Sez. Civ., I, 1987, p. 98, cité par G. PIZZOLANTE, *id.*, note 4.

¹⁹ Carmen LAVALÉE, *L'enfant, ses familles et les institutions de l'adoption. Regards sur le droit français et le droit québécois*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 363; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 437; P. MURAT, préc., note 16, p. 65; Alfonso-Luis CALVO CARAVACA et Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, p. 8, qui écrivent à cet égard : « La adopción se concibe como una institución de protección del menor y de integración de éste en una familia ».

²⁰ F. TERRÉ et D. FENOUILLET, préc., note 10, n° 873; Marie-Pierre MARMIER-CHAMPENOIS et Jacques COMMAILLE, « Sociologie de la création de la norme : l'exemple de changements législatifs intervenus dans le droit de la famille », dans INSTITUT DE RECHERCHES JURIDIQUES COMPARATIVES, *La création du droit*, Paris, éd. CNRS, 1981, p. 135, aux pages 142 et 144; K. O'HALLORAN, préc., note 19, p. 2.

²¹ Sur l'histoire de l'adoption, voir : François BOULANGER, *Enjeux et défis de l'adoption. Étude comparative et internationale*, Paris, Economica, 2001, p. 4-28. Comme l'observait Fustel

Grecs, les Romains, les Hindous et les tribus arabes ont dans des époques lointaines de l'histoire pratiqué l'adoption. Cependant, l'avènement de l'islam a très tôt signé la prohibition de l'adoption. Cette interdiction résulte expressément du Coran : « Dieu n'a pas donné deux cœurs à l'homme [...] ni que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants »²². Aussi, l'adoption fut-elle catégoriquement proscrite dans la quasi-totalité des États islamiques, à l'exception de rares pays comme la Tunisie qui, pour des raisons non entièrement élucidées, a opté pour la légalisation de l'adoption²³.

En dépit de ses assises consensuelles, l'adoption ne relève pas entièrement du domaine privé, elle est au contraire fortement encadrée par l'autorité publique. Le renforcement du rôle de l'État et surtout de l'administration dans cette matière est un fait indéniable²⁴. Dès le départ, c'est sous l'égide de la justice que l'adoption se forme ; le juge y occupe un rôle central²⁵. L'adoption, qu'elle soit interne ou internationale, nécessite obligatoirement une procédure gracieuse, dont le trait distinctif est « d'appliquer l'office du juge à un acte de volonté privée »²⁶. La matière est ainsi maintenue sous la bannière du contrôle juridictionnel, dans la mesure où toute décision relative à l'adoption relève des prérogatives du juge cantonal (art. 13 de la Loi du 4 mars 1958)²⁷, lequel devra l'apprécier par référence aux législations des parties et compte tenu de l'intérêt de l'enfant²⁸. Le juge exerce à cet égard deux types de contrôle : un contrôle de légalité²⁹ pour vérifier que les conditions légales de l'adoption sont remplies (art. 8 et suiv. de la Loi du 4 mars 1958) ; un contrôle d'opportunité centré sur

DE COULANGES, *La cité antique*, Paris, Hachette, 1900, p. 72 : « Le devoir de perpétuer le culte domestique a été le principe du droit d'adoption chez les anciens. La même religion qui obligeait l'homme à se marier, qui prononçait le divorce en cas de stérilité, qui, en cas d'impuissance ou de mort prématurée, substituait au mari un parent, offrait encore à la famille une dernière ressource pour échapper au malheur si redouté de l'extinction ; cette ressource était le droit d'adopter. ».

²² Sourate 33, verset 4.

²³ *Loi n° 58-27 du 4 mars 1958*, préc., note 2.

²⁴ Sur cette question, voir : A. ROY, préc., note 11, n° 102 et suiv. ; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, préc., note 10, n° 896 et suiv.

²⁵ A. ROY, préc., note 11, n° 150 ; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 458 et suiv.

²⁶ G. CORNU, préc., note 5, n° 282.

²⁷ Au Québec, une compétence exclusive revient à la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse, sur ce point, voir : A. ROY, préc., note 11, n° 6.

²⁸ Sur ce point, voir : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 438 et suiv.

²⁹ En ce sens, voir : P. MAYER et V. HEUZE, préc., note 8, n° 631.

l'intérêt de l'enfant. Comme on peut le constater, l'institution paraît subordonnée à l'intérêt supérieur de l'enfant³⁰.

Mais, faut-il le rappeler, la notion d'intérêt, comme nous l'avions déjà expliqué ailleurs³¹, est une notion incertaine; sa nébulosité déroutante ne permet pas de la définir de manière précise. De plus, l'écran facile de l'intérêt de l'enfant peut bien cacher d'autres intérêts antagonistes entre lesquels la conciliation est souvent difficile³². Selon Alain Roy, l'intérêt de l'enfant est une notion dont les contours doivent être tracés à la lumière de chaque affaire. L'auteur cite utilement l'article 33 C.c.Q., lequel envisage certains critères susceptibles de guider l'interprète dans sa démarche: ainsi, « les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation doivent être pris en considération »³³ dans toute décision relative à l'adoption. Cependant, selon l'auteur cette liste « n'est nullement exhaustive et n'établit aucun ordre de priorité ». De surcroît, l'intérêt de l'enfant doit être évalué non seulement dans l'immédiat, mais également dans un avenir prévisible³⁴. Le juge doit ainsi tenir compte de la capacité d'adaptation de l'enfant dans la famille d'accueil.

Il est, à cet égard, utile de signaler la diffusion par les instruments internationaux d'une nouvelle conception de l'enfance qui repose sur la perception de l'enfant non plus comme objet de l'adoption, mais comme un sujet dont l'intérêt doit être pris en considération avant toute décision. On en veut pour preuve l'article 4 de la *Convention européenne sur l'adoption des enfants (révisée)* de 2008³⁵ qui énonce clairement: « L'autorité compétente ne prononce l'adoption que si elle a acquis la conviction que l'adoption est conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant »; ce principe est d'ailleurs

³⁰ G. CORNU, préc., note 5, n° 275.

³¹ Ridha BOUKHARI, *Le statut personnel à l'épreuve de la codification de droit international privé*, thèse, Faculté de droit et des sciences politiques, Université de Tunis, 2008, n° 164 et suiv.

³² En ce sens, consulter: Pierre MURAT, « L'évolution du droit de l'adoption en Europe », dans *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 121, à la page 122.

³³ A. ROY, préc., note 11, n° 15.

³⁴ *Id.*

³⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, Strasbourg, 27 IX 2008. La convention a été approuvée par le comité des ministres du Conseil de l'Europe le 7 mai 2008 et ouverte à la signature le 27 novembre 2008.

rappelé dans le préambule même de cette convention selon une formule très marquante: « [...]l'intérêt supérieur de l'enfant doit toujours primer sur toute autre considération ». Le pôle se fixe ainsi sur l'intérêt de l'enfant, lequel, promu à un niveau supérieur et érigé comme un principe fondamental, reflète la tendance « filiocentriste » qui domine la civilisation contemporaine.

La présente étude étant cantonnée à l'hypothèse d'adoption d'un enfant mineur, seule permise par la Loi du 4 mars 1958, nous laisserons donc de côté le cas d'adoption d'une personne majeure envisagé par certains systèmes comparés, tel le système québécois³⁶. Nous n'aborderons pas non plus les aspects relatifs à la tutelle des enfants mineurs dans la mesure où la tutelle exercée sur un enfant adopté ne reflète, au regard du droit tunisien, aucune spécificité.

Envisagée dans le cadre du droit tunisien, l'adoption internationale a reçu des solutions controversées. L'hésitation repose fondamentalement sur le sens qu'il faut prêter à la loi qui la régit – la Loi du 4 mars 1958 – ou de manière beaucoup plus précise à l'article 10 qui l'envisage. Ces considérations réunies conduisent à s'interroger sur la condition de l'adoption internationale: le droit tunisien reconnaît-il librement l'adoption internationale au même titre que la plupart des systèmes juridiques contemporains? En termes plus clairs, le droit tunisien observe-t-il une attitude favorable à ce type de rapports juridiques? Quelle portée convient-il de donner à l'article 10 de la Loi de 1958? D'un autre côté, dans la mesure où l'adoption comporte un élément d'extranéité, il y a lieu de s'interroger sur la loi susceptible de la régir et, dans le cas où une loi étrangère est désignée, sur la portée conférée à l'ordre public? Sur ces questions, les auteurs demeurent divisés et la jurisprudence fluctuante ce qui, dans un premier temps, suscite l'interrogation sur le principe même de l'admission de l'adoption internationale (I). D'un autre côté, envisagée dans une perspective transnationale l'étude de l'adoption conduit inévitablement à l'examen de la loi qui lui est applicable (II).

³⁶ *Id.*, n° 16; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 444.

I. Le principe de l'adoption internationale

Le phénomène de l'adoption internationale est de constatation récente³⁷. Pour des raisons culturelles et démographiques, l'adoption internationale est essentiellement aujourd'hui un flux intercontinental. Le mouvement qui s'observe à cet égard concerne dans la majorité des cas le déplacement d'enfants originaires des pays du sud vers des foyers d'accueil essentiellement situés dans les États riches du nord. Or, il va de soi que pour que cette adoption dont la dimension est mondiale puisse se développer, il faut que l'État d'accueil ait une forte tradition d'immigration, plus encore qu'il soit un pays cosmopolite³⁸.

Contrairement à la législation tunisienne marquée en la matière par une durable tranquillité, le droit de l'adoption, en prise avec un changement des réalités, a connu depuis peu une nouvelle effervescence juridique dans le monde; un certain nombre de systèmes juridiques ayant en effet procédé à une profonde réforme, ou au moins à une retouche de leur législation en la matière. Il en est ainsi des pays comme: la France (Loi du 6 février 2001)³⁹, la Belgique (Loi du 24 avril 2003, modifiée par la loi du 6 décembre 2005)⁴⁰, le Québec (*Loi assurant la mise en œuvre de la Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale et modifiant diverses dispositions législatives en matière d'adoption*)⁴¹, ou encore récemment l'Espagne (Loi 54/2007 du 28 décembre

³⁷ J. H. A. VAN LOON, « Rapport sur l'adoption d'enfants originaires de l'étranger », dans *Actes et documents de la XVIIe session de la conférence de La Haye de droit international privé (Adoption-coopération)*, La Haye, 1994, p. 10, aux pages 36 et suiv.

³⁸ Georgette SALAME, *Le devenir de la famille en droit international privé. Une perspective postmoderne*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2006, n° 413.

³⁹ *Loi n° 2001-111 du 6 février 2001 sur l'adoption internationale*. Sur cette loi, Paul LAGARDE, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification », *Rev. crit. D.I.P.* 2001.275.

⁴⁰ *Loi n° 2003-04 du 24 avril 2003 réformant l'adoption* (M.b. 16 mai 2003, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005, réformée par la loi du 6 décembre 2005 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption). Sur cette réforme, Sylvie SAROLEA, « L'adoption internationale en droit belge à l'aune de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. fam.* 2009.1.11.

⁴¹ L. Q. du 22 avril 2004, entrée en vigueur le 1^{er} février et le 1^{er} septembre 2006, devenue L.R.Q., c. M.35.1.3. Il est à rappeler que l'existence d'une loi sur l'adoption au Québec remonte à 1924; cette loi a été remplacée par une loi du 9 juin 1969 qui fut abrogée en 1982. Le Canada a signé la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale le 12 avril 1994, il l'a

2007)⁴². Pour rester dans le cadre de l'Europe, il y a lieu aussi de signaler que les États européens ont adopté en mai 2008 une nouvelle *Convention européenne sur l'adoption des enfants*, laquelle vient remplacer la Convention du 24 avril 1967. Sur le plan international, il est à rappeler que la matière est régie par la *Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale* conclue à La Haye le 29 mai 1993⁴³. Celle-ci régit les différents types d'adoption qui établissent un lien de filiation⁴⁴. Ces différents instruments donnent un éclairage parfait sur la place conférée à l'adoption, comme moyen de protection ou d'intégration de l'enfant dans une famille. L'examen de la situation de l'enfant tunisien au regard de l'adoption internationale (B) sera précédé par l'étude du statut qui est reconnu à cette dernière dans les législations étatiques et en droit international (A).

A. Le statut de l'adoption internationale

La création fictive d'un lien de filiation n'est pas unanimement consacrée. Des écarts importants entre les différents systèmes juridiques sont à cet égard à signaler. Ainsi, certains pays ignorent l'adoption⁴⁵, d'autres l'interdisent⁴⁶. Enfin, les pays qui la reconnaissent se répartissent en trois catégories : certains États connaissent les deux formes d'adoption (pléniaire et simple), tels la France et l'Espagne⁴⁷. En revanche, d'autres ne conçoivent qu'une adoption simple ou une adoption pléniaire⁴⁸. En faveur de cette der-

ratifiée le 19 décembre 1996 et elle est entrée en vigueur le 1^{er} avril 1997. Voir : J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 468 ; A. ROY, préc., note 11, n° 100 et suiv. Au Québec, il est à signaler qu'un avant-projet de Loi modifiant le Code civil et d'autres dispositions en matière d'adoption et d'autorité parentale a été présenté à la fin de 2009 ; il est peut être consulté sur le site de l'Assemblée nationale : <www.assnat.qc.ca>.

⁴² A-L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, préc., note 20.

⁴³ (1995) 1870 R.T.N.U. 167 (ci-après « Convention de La Haye du 29 mai 1993 »).

⁴⁴ Sur cette question, voir l'étude générale de Nathalie MEYER-FABRE, « La convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », Rev. crit. D.I.P. 1994.259.

⁴⁵ La Mongolie, le Vanuatu ; voir : Karine DE LA ASUNCION-PLANES, « Les enjeux contemporains de l'adoption simple à travers le contentieux judiciaire », R.R.J. 2008.159.

⁴⁶ C'est le cas des pays arabes et islamiques, à l'exception de la Tunisie.

⁴⁷ Sur l'état actuel du droit espagnol, A-L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, préc., note 20., p. 40 et suiv.

⁴⁸ Voir la liste des pays mentionnée par : K. DE LA ASUNCION-PLANES, préc., note 46, 159 et 160 ; P. MURAT, préc., note 33, aux pages 137 et 138.

nière solution on peut citer utilement les systèmes tunisien⁴⁹, allemand⁵⁰ et québécois⁵¹, ainsi qu'un certain nombre d'États d'Amérique latine comme le Brésil, la Colombie, l'Equateur, le Salvador et le Pérou⁵². D'autres enfin ont adopté un procédé original, c'est le cas du Royaume-Uni qui a introduit, dans l'*Adoption and Children Act* de 2002, une nouvelle institution : le *special guardianship* qui semble à mi-chemin entre l'adoption simple et la délégation de l'autorité parentale. Des auteurs britanniques la perçoivent comme une « alternative to adoption or fostering »⁵³ (placement dans une famille). Pour eux, l'objectif à atteindre est le suivant : « It is intended to combine the advantages of a continued legal relationship with the birth family with the security of a long-term placement. »⁵⁴ Le *special guardianship* vise à sécuriser le placement à long terme de l'enfant, il transmet à cet effet au *special guardian* la responsabilité parentale mais maintient les liens de l'enfant avec ses parents⁵⁵, ce qui permet d'y déceler une certaine ressemblance avec la *Kafala*⁵⁶ du droit musulman. La portée conférée au lien d'adoption varie ainsi selon les droits nationaux.

Mais, ce n'est là qu'un aperçu très superficiel de la question. Il faudrait y apporter beaucoup plus de précisions. L'adoption étant une création de la loi, chaque législateur la conçoit à sa manière : les conditions tenant aux adoptés, aux adoptants, aux personnes appelées à donner leur consente-

⁴⁹ Articles 8 à 16 de la Loi n° 58-27 du 4 mars 1958, préc., note 2.

⁵⁰ Sur le droit allemand, Christoph BENICKE, « L'adoption internationale en droit allemand », dans *L'adoption internationale en droit comparé*, Colloque Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant, Paris, Les Petites affiches, 2003, p. 15, à la page 16.

⁵¹ Sur cette question, voir : A. ROY, préc., note 11, n° 11 ; Claire BERNARD et Danielle SHELTON (ss. dir.), *Les personnes et les familles*, 2^e éd., t. 1, Montréal, Adage, 1995, (module 5) p. 13 ; également, Monique OUELLETTE, *Droit de la famille*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1995, p. 115 et 116.

⁵² Pour une étude complète des systèmes d'Amérique latine, voir : *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, sous la dir. de Gloria ESTEBAN DE LA ROSA, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 33 et suiv.

⁵³ Andrew McFARLANE et Madeleine REARDON, *Child care and adoption law*, Bristol, Jordan Publishing, 2006, n° 5.138 ; voir également Katherine O'DONOVAN, « L'adoption dans le droit du Royaume-Uni », dans *L'adoption internationale en droit comparé*, dans *L'adoption internationale en droit comparé*, Colloque Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant, Paris, Les Petites affiches, p. 149, à la page 157.

⁵⁴ A. McFARLANE et M. REARDON, *id.*, n° 5.139.

⁵⁵ *Id.*, n° 5.140.

⁵⁶ Sur la *Kafala*, voir, *infra*.

ment à l'adoption, aux effets de l'adoption, aux obligations pesant sur les parties concernées... et bien d'autres questions peuvent varier d'un système juridique à un autre⁵⁷. Toutefois, les divergences entre les systèmes juridiques vont encore plus loin, elles portent également sur la place reconnue à l'adoption internationale dans le cadre d'un système juridique donné.

Un certain nombre de lois et de conventions confèrent à l'adoption internationale un caractère subsidiaire par rapport à l'adoption nationale. Ainsi, par exemple, de nouvelles lois relatives à la protection et à la promotion des droits des enfants intervenues en Roumanie en juin 2004 ont limité l'adoption internationale aux cas où il existe un lien familial entre l'enfant et les personnes qui souhaitent l'adopter⁵⁸. Dans la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant⁵⁹, l'adoption internationale n'est envisageable qu'à défaut d'adoption nationale (art. 21 par. b)⁶⁰. La Déclaration du 26 octobre 1986 sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et le bien-être de l'enfant⁶¹ ainsi que la Convention des Nations Unies de 1989 précisent que l'adoption n'est qu'une des formes de la « protection de remplacement », elle est citée à égalité avec le placement dans une famille ou dans un établissement ou même la *Kafala* islamique (art. 20 par. 3)⁶². Le caractère subsidiaire de l'adoption est également souligné par la Convention de La Haye du 29 mai

⁵⁷ Jaques FOYER, *Rép. dr. int.* Dalloz, v° Adoption, n° 21.

⁵⁸ En ce sens, Marie-Claire LE BOURSICOT, « Un arrêt de la CEDH illustre la difficulté d'apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant dans l'adoption internationale », *Rev. jurid. Personnes et Famille* 2004.21.

⁵⁹ *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, (1989) 1577 R.T.N.U. 3. Cette convention a été ratifiée par la Tunisie le 30 janvier 1992 : *Loi n° 91-92 du 29 novembre 1991 sur la ratification de la Tunisie à la Convention des Nations-Unies sur les droits de l'enfant*, J.O.R.T. 10 déc. 1991, n° 84.

⁶⁰ Ce principe est d'ailleurs réitéré par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection de l'enfant et la coopération en matière d'adoption internationale, voir les énoncés contenus au préambule de la Convention.

⁶¹ *Déclaration des Nations Unies sur les principes sociaux et juridiques applicables à la protection et au bien-être des enfants, envisagés surtout sous l'angle des pratiques en matière d'adoption et de placement familial sur les plans national et international*, A/RES/41/85.

⁶² La *Kafala* n'est, toutefois, pas envisagée par la Convention de La Haye du 29 mai 1993, car cette dernière s'applique aux adoptions qui créent un lien de filiation ce qui n'est pas le cas de la *Kafala*. Elle est, néanmoins, reconnue comme une institution de protection par la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs (art. 3 par. e).

1993, précitée; l'adoption n'étant considérée que dans la mesure où il est impossible de maintenir l'enfant dans son milieu familial, dans sa communauté ou dans son pays.

En droit tunisien, l'adoption n'est pas la seule alternative envisagée par la loi. Le législateur a, en effet, mis en place un système qui repose sur plusieurs formes de protection dues aux enfants mineurs telles : la tutelle publique et la tutelle officieuse (ou *Kafala*)⁶³. Il est ainsi possible aux personnes qui désirent recueillir un enfant de recourir à la *Kafala*, laquelle repose sur un engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur comme le ferait un père pour son fils⁶⁴. Selon la Loi du 4 mars 1958, la *Kafala* prend fin à la majorité de l'enfant (art. 7) et ne produit aucun effet sur la filiation de ce dernier (art. 6). Elle est de ce fait à distinguer non seulement de l'adoption plénière, mais aussi de l'adoption simple envisagée par le droit français, laquelle crée un lien de filiation additionnelle qui fait naître une parenté artificielle à côté de la parenté biologique⁶⁵.

L'adoption envisagée par le droit tunisien est assimilable à l'adoption plénière connue de plusieurs droits comparés, dont notamment les droits français, allemand et québécois. Ainsi, selon la Loi du 4 mars 1958, l'adoption rompt définitivement les liens de filiation avec la famille d'origine : « l'adopté prend le nom de l'adoptant » et « peut changer de prénom » (art. 14) ; en outre, il a « les mêmes droits et les mêmes obligations que l'enfant légitime » (art. 15). Ces mêmes effets juridiques sont également perceptibles dans le droit québécois⁶⁶. D'un autre côté, « l'adoptant a, vis-à-vis de l'adopté, les mêmes droits que la loi reconnaît aux parents légitimes et les mêmes obligations qu'elle leur impose » (art. 15 al. 2)⁶⁷. Plus explicite est

⁶³ Dans la Loi du 4 mars 1958, texte unique qui régleme l'adoption en droit interne, aucune définition n'est donnée à cette dernière institution. En revanche, ladite loi définit la *Kafala* (ou tutelle officieuse) ainsi : « [...] acte par lequel une personne majeure jouissant de la pleine capacité civile ou un organisme d'assistance prend à sa charge un enfant mineur dont il assure la garde et subvient aux besoins » (art. 3 de la Loi de 1958).

⁶⁴ En ce sens, l'article 116 du Code de la famille algérien.

⁶⁵ Pierre VOIRIN et Gilles GOUBEAUX, *Droit civil. Personnes, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés*, 31^e éd., t. 1, Paris, L.G.D.J., 2007, n° 389, F. TERRÉ et D. FENOUILLET, préc., note 10, n° 907 et suiv.; K. DE LA ASUNCION-PLANES, préc., note 46, p. 160.

⁶⁶ J. PINEAU et M. PRAÏTE, préc., note 7, n° 477.

⁶⁷ À comparer avec l'article 578 al. 1 C.c.Q.

l'article 577 du *Code civil du Québec* selon lequel « l'adoption confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ». La filiation adoptive supplante pour l'avenir la filiation d'origine⁶⁸. Le lien de filiation initial disparaît et une nouvelle filiation est établie avec les adoptants⁶⁹.

Il est, néanmoins, à s'interroger si cette rupture définitive du lien de filiation avec la famille d'origine n'est pas en opposition avec l'un des principes retenus par le Code tunisien de la protection de l'enfant de 1995⁷⁰, selon lequel l'enfant doit « rester en contact de façon régulière, et [...] garder des relations personnelles avec ses deux parents ainsi qu'avec les autres membres de sa famille » (art. 11)? En d'autres termes, il s'agit de déterminer jusqu'à quel point l'adoption plénière peut s'harmoniser avec le droit reconnu à l'enfant de connaître ses origines⁷¹? Il est surprenant de constater que le droit québécois, qui ne connaissait que l'adoption plénière, semble s'acheminer lentement vers une diversification des modèles d'adoption, ce qui peut être interprété comme une remise en cause du modèle unique. Ainsi, un projet de réforme du droit de l'adoption envisage la possibilité de maintenir, pour l'enfant adopté, un lien avec sa famille biologique, ce qui permet d'envisager des adoptions sans rupture du lien de filiation. Le même projet envisage aussi la possibilité d'une adoption ouverte qui entraînerait normalement une rupture des liens de filiation, mais est susceptible par ailleurs de donner lieu à la signature d'une entente facilitant la poursuite des relations entre les parents d'origine et l'enfant⁷².

En substituant une filiation juridique à la filiation d'origine, l'on cherche ainsi à imiter aussi fidèlement que possible la nature, plus précisément la filiation biologique. Comme le rappelait Bonaparte, « l'adoption est une fiction qui singe la nature »⁷³. Le procédé de la fiction qui consiste à pro-

⁶⁸ G. CORNU, préc., note 5, n° 275.

⁶⁹ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 477 et 478; F. TERRÉ et D. FENOUILLET, préc., note 10, n° 901 et suiv.

⁷⁰ *Loi tunisienne n° 95-92 du 9 novembre 1995 relative à la publication du Code de la protection de l'enfant*, J.O.R.T. 12 avril 2002; cette loi a permis la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relatives aux droits de l'enfant, ratifiée par la Tunisie, Loi n° 91-92 du 29 novembre 1991.

⁷¹ Ce principe est consacré par l'article 7 de la Convention des Nations Unies de 1989, préc., note 61.

⁷² Un aperçu général de cette réforme est visible sur le site: <www.Amériquebec.net>.

⁷³ Voir, en ce sens: P. Antoine FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, 1828, p. 101 et suiv.

duire un autre monde, un monde faux selon la nature, mais vrai selon le droit, a toujours été au cœur des montages de la filiation telle qu'elle a été conçue par bon nombre de systèmes juridiques occidentaux⁷⁴. L'adoption est ainsi perçue comme une fiction du droit qui dissocierait la procréation et la filiation légale en se fondant sur le caractère social de la parenté⁷⁵. L'idée de base est que l'adoption n'est rien d'autre qu'une filiation par le sang; comme cette dernière, elle réalise dans toute sa plénitude la création d'un lien de famille⁷⁶. Partant, l'enfant adopté se voit reconnaître un droit à la succession de son parent adoptif, ce qui constitue une sérieuse atteinte aux droits légitimes reconnus aux héritiers et laisse percer les dangers d'une technique qui peut servir à détourner les règles relatives à la succession.

Toujours est-il que dans la réalité des choses l'adoption ne désigne pas des « père » et « mère » dans le sens où ces termes sont entendus en droit⁷⁷. Il est clair, en effet, que dans le *Code des obligations et des contrats*⁷⁸ comme dans le *Code du statut personnel*⁷⁹, les mots « père » et « mère » désignent uniquement les parents biologiques. Ceci permet de souligner que l'adoption – qui n'est en définitive que le reflet d'une filiation fictive – relève d'une certaine ambiguïté: elle se veut substitut de la nature dont pourtant intrinsèquement elle se distingue. Force est à cet égard de noter que la norme juridique qui régit cette institution paraît en inadéquation avec le contexte socio-culturel, surtout lorsque l'adoptant étranger est originaire d'une aire culturelle fort dissemblable de celle à laquelle l'adopté appartient.

⁷⁴ A-M. SAVARD, préc., note 13, 380.

⁷⁵ A-M. SAVARD, *id.*, 398; J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 437.

⁷⁶ P. MURAT, préc., note 33, à la page 132; voir également: Claire NEIRINCK, « Homoparentalité et adoption », dans *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 353, à la page 359.

⁷⁷ Dans l'ouvrage de Gérard Cornu, le père est défini comme « celui des œuvres duquel un enfant est né », tandis que la mère est « celle qui a mis au monde un enfant ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique* 7^e éd., Paris, Association Henri Capitant, P.U.F., 1998, voir « Père » et « Mère ».

⁷⁸ *Code des obligations et des contrats*, Décret du 15 décembre 1906 portant promulgation du Code des obligations et des contrats, entré en vigueur le 1^{er} juin 1907.

⁷⁹ *Code du statut personnel*, Décret beylical du 13 août 1956 portant promulgation du Code du statut personnel, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1957.

En outre, sur le plan de la philosophie du droit, il est possible d'affirmer que l'adoption ne cadre pas parfaitement avec la législation tunisienne de la famille, laquelle demeure fortement influencée par le droit musulman. Aussi, le fait que la Loi du 4 mars 1958 ne soit pas intégrée dans le *Code du statut personnel* peut-il suggérer que l'institution de l'adoption ne s'harmoniserait pas convenablement avec les règles envisagées en matière d'empêchements au mariage et de succession. Or, même si l'on met de côté la question des sources du droit tunisien de la famille et de l'influence qu'elles exercent en la matière, la question demeure entière de savoir si la Loi de 1958 peut autoriser l'adoption d'un enfant de nationalité tunisienne par un étranger? Une lecture conforme au texte permet, à notre avis, d'en donner une réponse négative.

B. La situation de l'enfant tunisien au regard de l'adoption internationale

L'engagement d'une bonne partie de la doctrine tunisienne en faveur de l'adoption internationale de l'enfant tunisien relève beaucoup plus de la passion que de la raison. Ainsi, pour faire passer à tout prix l'idée que le droit tunisien admet l'adoption quelle que soit l'origine des adoptants ou des adoptés, certains auteurs recourent à une argumentation juridique fort contestable. L'un d'eux a ainsi pu écrire: « Le droit international privé tunisien admet [...] l'adoption d'enfants de nationalité tunisienne par un étranger de même que l'adoption d'un enfant étranger par des tunisiens... »⁸⁰ Or, est-il besoin de rappeler que la position d'un système quelconque au regard d'une question juridique donnée n'est pas déterminée par son droit international privé, mais plutôt par son droit interne. En termes plus clairs, n'est-il pas vrai que c'est le droit matériel interne qui conçoit les institutions et fixe leur régime juridique; le droit international privé se limite en principe à les projeter sur la scène internationale.

⁸⁰ Ali MEZGHANI, « L'adoption internationale en droit tunisien », dans *La passion du droit. Mélanges en l'honneur de Mohamed Larbi Hachem*, Tunis, Orbis, 2006, p. 372, à la page 376.

Dans un esprit proche, un deuxième auteur⁸¹ recommandait ouvertement de « bilatéraliser » la disposition de l'article 10⁸² de la Loi de 1958 afin de permettre à un Tunisien d'être adopté par un étranger. Nous entendons bien exprimer ici notre désaffection quant à l'étendue ainsi attribuée à l'article 10. On pourrait, peut-être, nous reprocher quelques pensées conservatrices, mais comme l'a remarquablement noté un auteur, « se ranger dans la catégorie des hommes dits « de progrès » ne dispense pas de conduire son raisonnement juridique avec rigueur⁸³ ». À dire vrai, nous ne voyons pas ce qui autorise une interprétation aussi large de cette disposition dans une matière qui touche à l'ordre public. De surcroît, la Loi de 1958 est une loi spéciale; or, il va sans dire que les règles spéciales sont toujours d'interprétation stricte.

L'idée de bilatéraliser l'article 10 al. 2 nous semble donc contraire à la lettre de la loi, et elle ne paraît pas non plus conforme à son esprit. La construction phraséologique et le contenu de la disposition ne paraissent pas traduire le sens qui lui est ainsi prêté. Le texte en question est formulé à sens unique, il a une structure unilatérale⁸⁴. Aussi, en énonçant qu' « un Tunisien peut adopter un étranger », le texte traduit-il l'idée que le législateur entend circonscrire l'adoption internationale aux hypothèses où l'adoptant est de nationalité tunisienne⁸⁵. D'ailleurs, de l'aveu même d'un auteur, pourtant favorable à l'adoption internationale, la Loi du 4 mars 1958 a observé le silence quant à la possibilité pour un étranger d'adopter

⁸¹ Monia BEN JEMIA, *Le jeu de l'ordre public dans les relations privées internationales de la famille*, thèse, Tunis, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, Université de Tunis, 1997, p. 133 et 134. Il convient de rappeler, à titre de comparaison, que l'article 3 du code civil français n'avait pu être bilatéralisé que grâce à l'attitude positive de la jurisprudence, en ce sens P. MAYER et V. HEUZE, préc., note 8, n° 118; voir cependant les doutes exprimés par Kalthoum MEZIOU, note sous jugement cantonal n° 2272, 26 déc. 1974, R.T.D. 1975.II.117, 122.

⁸² L'article 10, alinéa 2 énonce ce qui suit: « un tunisien peut adopter un étranger ».

⁸³ Yves LEQUETTE, « Quelques remarques à propos des libéralités entre concubins », dans *Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 547, à la page 551.

⁸⁴ En ce sens, Ali MEZGHANI, *Commentaires du code de droit international privé*, Tunis, C.P.U., 1999, p. 122, note 214, qui observe que le droit tunisien « ne prévoit formellement que la possibilité pour un tunisien d'adopter un étranger ».

⁸⁵ Voir, en ce sens: Lucienne PRUVOST, *L'établissement de la filiation en droit tunisien*, thèse de doctorat, Paris, Droit, Paris II, 1977, p. 450 et suiv., en particulier n° 1290 et n° 1295, qui exprime ses doutes à propos de l'ouverture aux étrangers du droit d'adopter des tunisiens.

un Tunisien⁸⁶. Il est pourtant clair, en s'en tenant au sens littéral de l'article 10 al. 2, que « l'extranéité » est envisagée dans la personne de l'adopté et non dans celle de l'adoptant. L'hypothèse inverse est exclue dès le départ du présupposé de la règle. La disposition est donc claire, elle n'a nullement besoin d'être interprétée dans un sens ou dans un autre. Il paraît utile de rappeler à ce sujet la règle posée par l'article 532 du *Code des obligations et des contrats* selon laquelle « en appliquant la loi, on ne doit lui donner d'autre sens que celui qui résulte de ses expressions, d'après leur ordre grammatical, leur signification usuelle, et l'intention du législateur ».

Selon un troisième avis, enfin, la question de l'adoptabilité d'un enfant tunisien par un étranger se rapporte à la capacité de jouissance ; le principe étant la capacité, l'étranger devrait pouvoir adopter un Tunisien du moment qu'aucune interdiction n'est édictée en ce sens⁸⁷. Or, il est facile de récuser le peu de valeur attachée à cette réflexion. Comme le faisait justement remarquer un auteur, la question ne concerne nullement la capacité car, en l'absence d'une loi qui la prévoit, l'adoption d'un enfant tunisien par un étranger ne paraît pas possible, même si l'adoptant a la capacité requise par la loi⁸⁸. En outre, le juge en refusant d'homologuer la demande d'adoption déposée par l'étranger non-musulman ne se prononce pas sur la capacité de ce dernier, il exerce simplement son pouvoir de contrôle sur une opération juridique dans laquelle est en jeu l'intérêt « supérieur » d'un enfant tunisien. Cette dernière considération constitue toujours la mesure qui conduit à l'acceptation ou au refus de l'adoption. Il ne paraît donc pas justifiable de faire prévaloir le droit de l'adoptant sur celui de l'adopté. À ce dernier égard, un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en date du 26 février 2004 a clairement posé que le droit de l'adoptant « trouve sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés »⁸⁹.

⁸⁶ K. MEZIOU, préc., note 82, 120.

⁸⁷ En ce sens, Sami BOSTANJLI, « L'émergence d'un statut privilégié de l'enfant en droit international privé tunisien », A.J.T. 2003.16.125, 155.

⁸⁸ Réflexion que le professeur Noureddine Besrouer me confiait en privé lors d'une discussion.

⁸⁹ Cité par M.-C. LE BOURSICOT, préc., note 59, p. 22. Dans son dernier état, la CEDH ne reconnaît pas de droit à l'adoption, sur cette question, voir : Anne-Marie LEROYER, « La notion d'état des personnes », dans *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica, 2004, p. 247, à la page 258.

Mais, le rebondissement qu'a connu la question de l'adoption d'un enfant tunisien par un étranger est dû à l'interprétation qui a été donnée par certaines juridictions à la Loi de 1958, ces dernières retenant la disparité de religion comme un empêchement à l'adoption. Une frange de la doctrine tunisienne observe, à ce dernier égard, que la prohibition de l'adoption en raison de la disparité de religion ne résulte pas expressément de la loi, elle est plutôt d'origine prétorienne. En ajoutant une condition – l'identité de religion – que la loi ne prévoit pas⁹⁰, la jurisprudence est accusée d'agir *contra legem*. On lui fait grief d'avoir dénaturé la volonté du législateur, on lui reproche d'avoir mené une politique subversive qui a eu pour effet de marginaliser l'institution de l'adoption⁹¹. Ainsi, commentant un jugement cantonal rendu en la matière, un auteur jugeait inacceptable l'exigence d'une condition de religion en matière d'adoption, car celle-ci est « inconnue du droit musulman »⁹².

En réalité, la perplexité de la doctrine résulte à notre sens des motivations quelque peu imprécises constatées dans certains jugements ayant refusé l'adoption d'un tunisien par un étranger, de nationalité voire de religion différente⁹³. La jurisprudence s'est en effet attirée les foudres de la doctrine parce que certains jugements faisaient souvent référence, de manière surabondante à notre avis, au critère de religion comme cause de refus d'homologation de l'adoption. Certes, la jurisprudence aurait pu se passer de cette référence au critère religieux dans la mesure où l'applica-

⁹⁰ Il n'est pas inutile de rappeler que la jurisprudence, étant une source de droit, il lui incombe de suppléer au vide juridique, de combler les lacunes de la loi. Voir : Slaheddine MELLOULI, « La jurisprudence, source de droit », dans *Mélanges Mohamed Charfi*, Tunis, C.P.U., 2001, p. 203.

⁹¹ A. MEZGHANI, préc., note 85, p. 122 ; K. MEZIOU, préc., note 82, 125.

⁹² K. MEZIOU, *id.* Pourtant, s'appuyant sur un verset coranique, l'auteur avait entamé son analyse en soulignant que « l'islam interdit l'adoption qui était une pratique courante dans l'Arabie préislamique » (p. 119). En dépit de notre respect pour l'appréciation formulée par l'auteur, nous pensons que pour davantage de précision il aurait été préférable de dire que le droit musulman interdit l'adoption mais ne l'ignore pas, ce qui nous paraît sensiblement différent. Il paraît inutile d'évoquer ici les versets coraniques et les hadiths qui se rapportent à la question. Cela signifie bien que l'adoption n'était pas inconnue, mais plutôt interdite. Sur cette question, voir : A. FAIDI, « L'adoption », *Rev. Algérienne des sc. jurid., éco. et pol.* 1968.4.1139. D'ailleurs, en prenant pour exemple la répudiation, est-il correct de dire qu'elle est inconnue ou plutôt interdite par le droit tunisien ?

⁹³ Voir, à titre illustratif : K. MEZIOU, préc., note 82 ; J.D.I. 1979.3.650 ; Sassi BEN HALIMA, « Religion et statut personnel en Tunisie », R.T.D. 2000.107, 124.

tion stricte de l'article 10 al. 2 de la loi du 4 mars 1958 permet d'aboutir au même résultat. Mais, le raidissement qu'elle manifeste en la matière ne nous paraît tout de même pas totalement infondé. L'interprétation qu'elle a donnée à cette règle, si elle se situe à la limite de la loi, ne nous paraît pas pour autant contraire à son esprit⁹⁴; on se risque même à dire qu'elle paraît conforme à l'intention du législateur telle qu'elle résulte de la disposition considérée.

Il est vrai que le recours à la jurisprudence ancienne n'apporte pas d'éléments décisifs à la discussion. L'arrêt rendu par la Cour de cassation tunisienne en date du 15 septembre 1971⁹⁵, cité avec bonheur par la doctrine, ne paraît pas pouvoir servir de référence ici compte tenu de la particularité du cas d'espèce, lequel se rapporte à une adoption intervenant entre étrangers (enfants nés de mère italienne et de père inconnu, l'adoptant était pour sa part de nationalité albanaise).

En revanche, certains jugements récents sont plus clairs sur ce point. Ainsi, le Tribunal de première instance de Tunis déclarait dans un jugement rendu le 26 juin 2000 que: « L'alinéa 2 de l'article 10 de la loi n° 58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption dispose que le Tunisien peut adopter un étranger. Il découle donc de cette règle que le droit tunisien interdit à l'étranger d'adopter un Tunisien [...] »⁹⁶. Voilà qui oppose un sérieux démenti à ceux qui affirmaient de façon tout à fait péremptoire que la jurisprudence a admis sans difficulté l'adoption internationale d'enfants tunisiens⁹⁷. Il est, toutefois, malheureux que cette juridiction ait jugé utile d'ajouter ensuite la phrase suivante: « [...] d'autant plus que rien dans le dossier n'indique que l'adoptant s'est converti à l'Islam ». Cette motivation nous paraît tout à fait surabondante dans la mesure où les juges auraient pu se contenter du seul fait de l'extranéité de l'adoptant pour refuser l'adoption. Mais, elle permet au moins d'expliquer l'attitude hostile, voire défavorable à l'égard de l'adoption d'un enfant tunisien par un étranger, qui de surcroît est de religion différente. Or, cette attitude de méfiance à l'égard de l'adoption interna-

⁹⁴ Voir cependant les réserves exprimées par Marie-Claire NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations (Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux)*, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, Dalloz, 2005, n° 485, p. 464.

⁹⁵ Civ. n° 7823, 15 sept. 1971, R.T.D. 1973.159, note PRUVOST.

⁹⁶ Trib. de 1^{ère} inst. de Tunis, jugement n° 34256, 26 juin 2000 (inédit).

⁹⁷ C'est le cas de A. MEZGHANI, préc., note 81, à la page 375.

tionale n'est pas propre à la jurisprudence. Il est, en effet, possible par une lecture objective du cadre juridique de l'adoption internationale de constater que le législateur lui-même observe une certaine réticence à son égard, lorsqu'elle donne lieu à un rapport dans lequel l'enfant adopté est tunisien alors que l'adoptant est un étranger. L'étude des choix du législateur en matière de loi applicable pourra clarifier davantage cette prise de position à l'égard de l'adoption internationale.

II. La loi applicable à l'adoption internationale

Quoi qu'on ait pu dire ou écrire à ce sujet, il est un fait incontestable : l'adoption est une matière où l'influence du droit interne se fait sentir avec vigueur. Personne n'ignore en effet l'importance du rôle que les autorités administratives, d'une part, et les juges, d'autre part, jouent en la matière⁹⁸. L'État entend ainsi exercer un contrôle exclusif et rigoureux sur les conditions de réalisation de l'adoption⁹⁹. Voilà qui explique la distance prise en Tunisie à l'égard des instruments internationaux portant sur l'adoption, telle la Convention de La Haye du 29 mai 1993.

Contrairement à ce que certains ont pu suggérer¹⁰⁰, l'adoption internationale n'est pas en droit tunisien une « institution en euphorie »¹⁰¹. On ne peut en effet logiquement soutenir que le législateur tunisien poursuit une politique de faveur à l'adoption internationale, ou que celle-ci constitue l'un des choix fondamentaux de notre système juridique¹⁰². Cette lecture peut, notamment, s'appuyer sur le fait que l'intérêt de l'enfant en la

⁹⁸ J. PINEAU et M. PRATTE, préc., note 7, n° 472 et suiv. ; F. BOULANGER, préc., note 22, p. 25 ; A. ROY, préc., note 11, n° 6, 8 et 9. Sur le rôle joué par l'administration, notamment l'autorité centrale de l'adoption internationale instituée en application de la Convention de La Haye du 29 mai 1993, voir Elisabeth POISSON-DROCOURT, « La nouvelle autorité centrale pour l'adoption », D. 2009.2435.

⁹⁹ Ce contrôle peut être constaté par les prérogatives conférées à l'autorité judiciaire par la Loi du 4 mars 1958 (en particulier les art. 13 et 16).

¹⁰⁰ A. MEZGHANI, préc., note 81, à la page 381 qui suggère que l'État tunisien encourage les adoptions.

¹⁰¹ Formule empruntée au doyen René SAVATIER, « Une institution en euphorie : l'adoption devant le parlement français », D. 1949.chr.117.

¹⁰² A. MEZGHANI, préc., note 81, à la page 377, écrivait à cet égard : « En optant pour l'application distributive des lois nationales, le choix du législateur aura nécessairement pour conséquence de réduire les cas d'adoption internationale. » ; *adde* (p. 383) : « À s'attacher à la logique du texte (art. 53 CDIP tunisien), il faudrait refuser l'adoption au

matière n'est pas véhiculé par une règle de rattachement à finalité substantielle, mais plutôt par une règle localisatrice traditionnelle (A). Ainsi, si la méfiance à l'égard de l'adoption internationale apparaît en amont, lors de l'élaboration de la règle de rattachement, elle se vérifie aussi en aval par la portée conférée à l'exception d'ordre public (B), à telle enseigne qu'on serait plutôt enclin à parler de défaveur.

A. Le choix d'une règle de rattachement classique

De manière générale – et comme on a pu le constater pour la garde, la pension alimentaire ou l'établissement de la filiation¹⁰³ – lorsque le législateur entend traduire dans la règle de rattachement un objectif matériel donné, le procédé le plus sûr pour le réaliser consiste à élaborer une règle de rattachement à finalité substantielle qui se présente sous la forme d'une norme alternative: celle-ci désignerait, par exemple, la loi nationale de l'auteur ou celle de l'enfant, selon que l'une ou l'autre serait plus favorable à ce dernier. Or, la faveur affichée à propos des questions précitées n'apparaît pas en matière d'adoption. L'on ne peut donc logiquement parler de « *favor adoptionis* ». En effet, selon l'article 53 du Code tunisien de droit international privé¹⁰⁴ (ci-après « CDIP »): « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi de l'adoptant et à celle de l'adopté, chacun en ce qui le concerne ». Le texte envisage ainsi une règle de conflit classique qui postule une application distributive de deux lois différentes: la loi personnelle de l'adopté et la loi personnelle de l'adoptant. Les effets de l'adoption sont régis par la loi nationale de l'adoptant (art. 53 al. 2 CDIP); la solution paraît conforme à une tendance exprimée dans une résolution de l'institution de droit international de 1973¹⁰⁵. Cependant, la compétence revient à

regard des deux adoptants, auquel cas c'est la loi prohibitive ou la plus restrictive qui s'imposerait. »

¹⁰³ Pour toutes ces questions, le Code de droit international privé tunisien a adopté des règles de rattachement à caractère substantiel, de structure alternative, ordonnant au juge l'application de la loi la plus favorable à l'enfant (garde, art. 50; établissement de la filiation, art. 52) ou au créancier alimentaire (art. 51).

¹⁰⁴ *Code de droit international privé* promulgué par la *Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998 portant la promulgation du Code de Droit International Privé*, J.O.R.T. 1^{er} déc. 1998, entré en vigueur le 1^{er} mars 1999.

¹⁰⁵ INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, *Les effets de l'adoption en droit international privé*, 1973, art. 1, en ligne: <www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1973_rome_03_fr.pdf> (consulté le 31 janvier 2011).

la loi du domicile commun des époux lorsque l'adoption est accordée à deux conjoints de nationalités différentes (art. 53 al. 3 CDIP).

Le *Code civil du Québec* reconnaît un rôle important à la loi de l'enfant adopté. Ainsi, « les règles relatives au consentement et à l'admissibilité à l'adoption d'un enfant sont celles que prévoit la loi de son domicile » (art. 3092 al. 1 C.c.Q)¹⁰⁶. Cependant, l'article 3092 al. 2 fait régir les effets de l'adoption par la loi du domicile de l'adoptant. En revanche, le droit italien fait régir les conditions, la constitution et la révocation de l'adoption par le droit national de l'adoptant ou des adoptants, s'il leur est commun, ou à défaut, par le droit de l'État dans lequel les adoptants sont, l'un et l'autre, résidents ou par celui de l'État dans lequel leur vie conjugale est localisée de manière prépondérante (art. 38 de la Loi du 31 mai 1995). Pour sa part, le droit français soumet l'adoption à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, à la loi qui régit les effets de leur union (art. 370-3 du Code civil)¹⁰⁷.

Dans le droit allemand, l'adoption est régie par la loi de l'État dont l'adoptant est ressortissant au moment où elle intervient (art. 22 de la Loi d'introduction au BGB¹⁰⁸). En cas d'adoption par l'un ou les deux conjoints, la loi applicable à l'adoption est celle là même qui régit les effets du mariage, de manière beaucoup plus claire, la loi de la résidence s'applique à défaut de loi nationale commune (art. 14 de la Loi d'introduction au BGB). Le droit allemand réserve tout de même une place à la loi de l'adopté pour « la délivrance du consentement de l'enfant, ainsi que d'une personne ayant un lien avec lui » (art. 23). Mais, la même disposition ajoute que « lorsque le bien de l'enfant l'exige, il y a lieu de substituer la loi allemande à la loi étrangère ».

¹⁰⁶ Pour une étude complète, voir : C. BERNARD et D. SHELTON (ss. direc.), préc., note 52, (module 5), p. 15 et suiv.; également, M. OUELLETTE, préc., note 52, p. 123 et suiv.; A. ROY, préc., note 11, n° 26 et suiv.

¹⁰⁷ La même disposition ajoute cependant que : « Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans aucune contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné en vue d'une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation pré-existant ».

¹⁰⁸ *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), Code civil allemand, promulgué le 18 août 1896, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900.

Le CDIP – privilégiant le conflit des lois au détriment de la compétence judiciaire – a réitéré à cet égard la solution qui était prévue par la législation ancienne¹⁰⁹. Les lois personnelles de l'adoptant et de l'adopté sont placées sur un strict pied d'égalité. Cela conduit à apprécier la validité de l'institution par référence à deux lois différentes. C'est-à-dire qu'il n'y aura d'adoption internationale valable que si chacune des deux parties – adoptants et adopté – ont satisfait aux conditions respectives de leurs lois personnelles. La consultation des conditions de fond des lois en présence s'imposerait de la même manière que pour les conditions de fond du mariage (art. 45 CDIP).

Or, l'application distributive de ces deux lois aboutit à un cumul¹¹⁰, ce qui ne peut être perçu comme une solution favorable à l'adoption. De l'aveu même d'un auteur pourtant favorable à l'adoption internationale, « en optant pour l'application distributive des lois nationales, le choix du législateur aura nécessairement pour conséquence de réduire les cas d'adoption internationale »¹¹¹. Celle-ci ne pourra donc aboutir si l'une des deux lois personnelles rejette le principe même de l'adoptabilité, ou est prohibitive pour des raisons qui se rapportent à la différence de nationalité, de religion ou autres. Il est dès lors clair que ces exigences cumulatives rendent difficile la formation du lien adoptif, même si par ailleurs elles traduisent la volonté d'éviter la création d'adoption « boîteuses » nuisibles à l'intérêt de l'enfant et qui ne seraient pas reconnues dans les États concernés.

Voilà qui explique le recours fréquent à la méthode de consultation des ordres juridiques étrangers prônée par l'italien Picone. Selon le promoteur de cette méthode, il est important de faire en sorte que la situation créée – l'adoption internationale dans notre étude – « puisse être reconnue dans le cadre de l'ordre ou des ordres juridiques étrangers où elle est destinée à se localiser et à se dérouler »¹¹². Comme le faisait remarquer un auteur, « l'interférence de la méthode de consultation des ordres juridiques étrangers se présente comme une atténuation à l'impérialisme de la *lex fori* [...] Elle introduit le relativisme au cœur d'un statut familial chargé d'ordre

¹⁰⁹ Les articles 4-6 et 4-7 du décret beylical du 12 juillet 1956 fixant le statut personnel des tunisiens non musulmans et non israélites, abrogé par le CDIP.

¹¹⁰ En ce sens, F. Boulanger, préc., note 22, p. 178.

¹¹¹ A. MEZGHANI, préc., note 81, à la page 377.

¹¹² Paolo PICONE, « La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », dans ACADEMIE DE DROIT INTERNATIONAL DE LA HAYE, *Recueil des Cours*, vol. 197, Leiden, Nijhoff, 1986, p. 229, à la page 244.

public»¹¹³. Dans le même temps, la solution veut garantir que le projet adoptif, une fois entamé, puisse aboutir et qu'il ne soit pas arrêté en cours de route par des exigences posées par la loi personnelle de l'une ou l'autre des deux parties. Mais, en faisant régir les conditions de fond de l'adoption distributivement par la loi personnelle de l'adoptant et de l'adopté, le législateur vise également à maintenir le contrôle de l'État sur une institution dont les conséquences sont graves pour l'enfant et pour sa famille biologique.

Nous venons de constater que la notion d'intérêt ne s'exprime pas, dans le cadre de l'adoption, par l'élaboration d'une règle de rattachement à structure alternative mais plutôt par une règle distributive qui aboutit à une application de deux lois personnelles différentes: la loi personnelle des adoptants et celle de l'adopté¹¹⁴. Partant, l'intérêt de l'enfant est ici abordé d'une façon différente de celle préconisée en matière de garde, de pension alimentaire ou même d'établissement de la filiation, régies respectivement par les articles 50, 51 et 52 du CDIP tunisien¹¹⁵.

Un constat analogue peut être fait à propos des conventions internationales relatives à l'enfant (Convention de La Haye sur l'adoption de 1993, Convention de La Haye sur l'enlèvement d'enfants de 1980, Convention de La Haye sur la protection des mineurs de 1996). Dans toutes ces conventions l'appréciation de l'intérêt de l'enfant n'est pas effectuée de manière uniforme, mais change en fonction du contexte relationnel dans lequel se trouve l'enfant. Il faut donc se rendre à l'évidence que le concept de l'intérêt de l'enfant recouvre des réalités bien différentes selon la question envisagée et qu'il ne permet pas à lui seul d'expliquer un phénomène aussi complexe que l'adoption.

S'agissant d'un rapport adoptif international, le législateur a en vue non pas la « justice substantielle », mais la « justice conflictuelle ». Dans le cas d'une adoption internationale, cet intérêt serait axé sur « l'unité, la continuité, la prévisibilité et l'effectivité du statut personnel [...] de l'enfant

¹¹³ G. SALAME, préc., note 38, n° 459, p. 298.

¹¹⁴ M. CODERCH, « L'adoption des enfants étrangers », D. 1972.chr.162, qui écrit: « La nécessité de concilier les intérêts parfois opposés de l'adopté et de l'adoptant démontre qu'une certaine place doit être réservée à la loi nationale de l'enfant ».

¹¹⁵ Ces dispositions contiennent des règles de rattachement alternatives à caractère substantiel qui conduisent à l'application de la loi la plus favorable à l'enfant.

(adopté) »¹¹⁶, ainsi que sur la sécurité du droit applicable. Dans cette perspective, une place centrale est accordée à la nécessité de préserver l'identité de l'enfant, en particulier son identité culturelle et familiale. La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant invite à cet égard les États à « respecter le droit de l'enfant, à préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales » (art. 8). Cette directive prend une signification importante dans un rapport international, car elle érige l'identité culturelle en une véritable notion juridique.

Selon un auteur, le respect de l'identité est susceptible de deux lectures¹¹⁷. Il peut, d'abord, s'entendre comme un respect des origines de l'enfant, d'où l'importance accordée à la prise en considération de sa nationalité pour assurer la stabilité de sa situation malgré un déplacement dans un autre État. Il peut, ensuite, viser un respect de l'environnement culturel et affectif de l'enfant, d'où l'importance accordée à son intégration dans le milieu auquel il se rapproche géographiquement le plus. Force est de constater que la Convention de La Haye de 1993 fait prévaloir la première considération. Ainsi, en retenant le principe de subsidiarité de l'adoption internationale, la Convention tend à accorder une place préférentielle au maintien de l'enfant dans son milieu d'origine. La volonté de sauvegarder les liens étroits de l'enfant avec son État d'origine l'emporte sur son intérêt purement substantiel qui commanderait son adoption par des personnes étrangères.

L'intérêt de l'enfant n'étant pas pris en charge par le droit des conflits de lois, mais plutôt par le droit matériel interne, ceci est de nature à évacuer toute idée de faveur en la matière. Or, ne peut-on pas y trouver là un argument de valeur exprimant une désaffection à l'égard de l'adoption internationale lorsque la situation qui se présente est celle dans laquelle l'adopté est un enfant tunisien, alors que l'adoptant est étranger? Cette désaffection observée dans le droit des conflits de lois par le choix d'une règle de conflit distributive n'est en réalité que le reflet du droit matériel

¹¹⁶ M-C. NAJM, préc., note 95, n° 486.

¹¹⁷ En ce sens, 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*, Paris, Dalloz, 2005, p. 365 et suiv., à la page 369 (n° 8).

interne, dont la position au regard de l'adoption internationale a déjà été exposée¹¹⁸.

À ce dernier égard, le statut reconnu à la loi nationale de l'enfant adopté change en fonction des systèmes juridiques. Le droit tunisien, comme nous venons de le voir, tient compte de la loi nationale de l'adopté lors de la constitution du lien adoptif. L'article 53 CDIP fait en effet régir les conditions de fond de l'adoption par la loi personnelle de l'adoptant et de l'adopté, chacun en ce qui le concerne. Ainsi, l'adoption internationale ne pourra pas aboutir si elle est prohibée par l'une des deux lois considérées. En revanche, le droit français permet de s'affranchir de la loi nationale de l'enfant si celui-ci est né ou réside habituellement en France (art. 370-3 al. 2 C.civ.). Plus engagé en faveur de l'intérêt de l'enfant, le droit allemand met à l'écart la loi nationale de ce dernier au profit de la loi allemande lorsque «le bien de l'enfant l'exige»¹¹⁹. Le droit allemand se réfère à cet égard à l'intérêt substantiel de l'enfant adopté. Or, comme on l'a justement fait remarquer, toute la difficulté tient à l'absence de définition *a priori* des exigences de cet intérêt substantiel¹²⁰, ce qui conduit à l'envisager au cas par cas. La jurisprudence belge paraît être en ce sens. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles déclarait récemment que : «l'aptitude à adopter un enfant ne peut s'apprécier de manière abstraite et cloisonnée, c'est-à-dire indépendamment du contexte dans lequel le projet adoptif émerge»¹²¹.

Il est toutefois à noter que la désaffection à l'égard de l'adoption d'un enfant tunisien par un étranger ne résulte pas seulement du choix d'une règle de rattachement classique neutre, mais aussi de l'importance du rôle joué par l'ordre public.

B. La portée conférée à l'ordre public

Outre le fait qu'elle est le lieu de conflits d'intérêts multiples, l'adoption internationale traduit de manière forte les conceptions divergentes de

¹¹⁸ *Supra*.

¹¹⁹ Jan KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 4^e éd., Tübingen, Mohr Siebek, 2001, p. 406, cité par P. HAMMJE, préc., note 118, n° 20.

¹²⁰ P. HAMMJE, *id.*, n° 23.

¹²¹ Bruxelles, 8 oct. 2008, *Rev. trim. dr. fam.* 2009.3.743.

la société, de la famille et du lien de filiation¹²². Elle permet de constater que « la transplantation d'un enfant dans une nouvelle famille »¹²³, qui du reste est souvent très différente au plan culturel et « civilisationnel », n'est pas toujours bien vue. La rencontre entre les cultures ne s'effectuant pas toujours de façon pacifique, l'adoption internationale peut en effet exalter les dissemblances profondes qui existent entre les systèmes juridiques. Certains auteurs évoquent à ce propos une fréquente collision culturelle et psychologique conduisant à une fracture de l'adoption internationale comme mode d'intégration du mineur dans une famille¹²⁴.

La question offre un exemple topique de l'ampleur que peut prendre l'ordre public en la matière¹²⁵; l'adoption étant par essence indisponible, l'ordre public y trouve un terrain d'élection¹²⁶. La réaction de l'ordre public s'apprécie à l'aune du concept de l'intérêt de l'enfant, elle vise à lui assurer une force opérationnelle¹²⁷. L'intérêt de l'enfant étant au cœur de la matière¹²⁸, le juge devra en tenir compte au moment où il exerce son pou-

¹²² Sur cette question, voir : Jean Pierre ANCEL, « L'adoption internationale, l'émotion et le droit », dans *L'adoption internationale en droit comparé*, Colloque Association Louis Chatin pour la défense des droits de l'enfant, Paris, Les Petites affiches, 2003, p. 3; Lucette KHAIAT, « L'adoption internationale: panacée immémoriale ou nouveau produit porteur? », (2003) 55 R.I.D.C. 775, 777 et suiv.

¹²³ Formule due à F. BOULANGER, préc., note 22, p. 40.

¹²⁴ A-L. CALVO CARAVACA et J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, préc., note 20, p. 6, selon les termes propres de ces auteurs : « [...] la frecuente colisión cultural y psicológica que se verifica en las adopciones internacionales ».

¹²⁵ La détermination affichée par le législateur à ce propos semble devoir être expliquée par l'intérêt sous-jacent à certaines dispositions. Selon une doctrine récente, « l'intérêt (substantiel) de l'enfant » a parfois servi de motif principal à certaines lois d'ordre public, tel l'article 311-15 du Code civil français issu de la Loi du 3 janvier 1972, qui permet sous condition de résidence l'application directe de la loi française sur la possession d'état; en ce sens, Cyril CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2001, n° 463 et suiv.

¹²⁶ Voir, à titre d'exemple, Trib. de 1^{ère} inst. de Tunis, jugement n° 34256, 26 juin 2000 (inédit).

¹²⁷ Marc FALLON, « Questions actuelles de conflit de lois relatives à l'enfant », dans *L'enfant et les relations familiales internationales*, coll. « Famille et Droit », Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 41, à la page 78.

¹²⁸ Législation : art. 9, Loi n° 58-27 du 4 mars 1958, préc., note 2. Jurisprudence : Monastir, 9 janv. 1986, R.J.L. 1989.117, note BEN HALIMA; Trib. de 1^{ère} inst. de Jendouba, n° 2841, 9 mai 1988, R.J.L. 1988.86; Trib. de 1^{ère} inst. de Tunis, n° 3917, 19 nov. 1991, R.J.L. 1992.131; Civ. n° 29577, 23 mars 1993, BCC 1993.290; MEZIOU, préc., note 80, 119 et 126.

voir d'appréciation de la demande d'adoption. Il faudra, toutefois, situer le domaine d'intervention de l'exception d'ordre public. Celui-ci ne vise pas l'institution de l'adoption en tant que telle, laquelle est consacrée par la Loi du 4 mars 1958, mais l'adoptabilité de l'enfant tunisien par un étranger.

Le juge dispose, à cet égard, d'un pouvoir d'appréciation souverain qui lui permet de ne prononcer l'adoption que lorsqu'il l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant¹²⁹ et dans la mesure où la loi de ce dernier le permet. Il est, en effet, difficile au juge de s'affranchir des statuts prohibitifs. C'est d'ailleurs dans cet esprit là, et afin d'enrayer les effets néfastes des adoptions «boiteuses», que la Loi française du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale permet aux juges et aux autorités administratives de refuser l'adoption si la loi personnelle de l'un des époux ou la loi personnelle de l'adopté la prohibent (art. 370-3 al. 1 et 2 C.civ.)¹³⁰. Dans le même esprit, l'article 77 al. 2 de la LDIP suisse prévoit une règle à caractère substantiel qui s'inspire d'un principe d'ordre public tendant à assurer que l'adoption ne se fait pas au détriment de l'enfant. La prise en compte de l'intérêt de ce dernier peut conduire l'autorité suisse à refuser d'homologuer une adoption qui ne serait pas reconnue à l'étranger¹³¹.

La Loi belge du 24 avril 2003 portant réforme de l'adoption¹³², envisage également un refus de reconnaissance de l'adoption si elle est contraire à l'ordre public compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant «et des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en vertu du droit international» (art. 364. 1)¹³³. Dans son arrêt du 7 mai 2008, la Cour d'appel de Bruxelles a ainsi jugé que «l'adoption plénière d'un enfant n'est pas fondée sur de justes motifs et n'a pas lieu dans son intérêt supérieur ni dans le respect des droits fondamentaux qui lui sont reconnus en droit international, lorsque l'adoptant est le père biologique de l'adopté et que le lien de filiation peut être établi. La filiation adoptive ne sera envisagée que s'il

¹²⁹ La solution se retrouve dans la plupart des législations: France (art. 370-3 C. civ.), Italie (art. 38 loi du 31 mai 1995), Roumanie (art. 30, loi du 22 sept. 1992).

¹³⁰ Sur cette question, voir: Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascal DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, 8^e éd., Paris, Dalloz, 2004, n° 360-5.

¹³¹ Sur cette question, voir: Sylvain OTHENIN-GIRARD, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Zurich, Schulthess, 1999, p. 563.

¹³² Préc., note 41.

¹³³ Sur cette loi, S. SAROLEA, préc., note 40.

n'est pas – ou plus – possible d'établir la filiation biologique»¹³⁴. La Cour entendait ainsi manifester sa réticence à l'égard de ce type d'adoption endofamiliale qui bouleverse fortement les cadres de la parenté en provoquant « un télescopage des générations »¹³⁵.

Contrairement aux vœux exprimés par une frange de la doctrine tunisienne¹³⁶, la réaction de l'ordre public ne paraît pas pouvoir être modelée afin de tenir compte de la spécificité du cas concret. Bien au contraire, l'étude de la jurisprudence permet de constater que la mise en jeu de l'ordre public, qui se traduit par l'interdiction de l'adoption d'un Tunisien (musulman) par un étranger (non-musulman)¹³⁷ repose sur une appréciation abstraite de l'intérêt de l'enfant, une appréciation qui fait appel aux valeurs fondamentales de la société. Le jugement du 26 juin 2000 précité apporte un appui considérable à cette perception. Il y est, en effet, précisé ce qui suit: « Il découle (de l'article 10) que le droit tunisien interdit à l'étranger d'adopter un Tunisien [...]. » La règle de l'interdiction tire ainsi sa légitimité du texte même de la loi, lequel repose sur un principe particulièrement abstrait: la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant et la protection de son statut personnel. La mise en œuvre de ce principe d'ordre public par le juge conduira normalement au rejet de la demande d'adoption formulée par un étranger.

Aussi, l'inobservation de la condition d'extranéité se caractérisant par la nationalité étrangère de l'adoptant suscite-t-elle la réaction du for. La matière étant par essence indisponible¹³⁸, le juge aura tendance d'entrée de jeu à mettre en action une clause de sauvegarde de l'intérêt de l'enfant concerné en vue de faire obstacle à l'adoption. Il ne serait pas excessif de dire que le présupposé même de la règle envisagée par l'alinéa 2 de l'article 10 implique pareille clause d'ordre public. Ainsi que le relevait Paul Lagarde, « si l'on approfondit un peu le fondement de toute règle de droit, que ce soit une règle de conflit ou une règle de droit matériel, on trouvera

¹³⁴ Cour d'appel de la jeunesse de Bruxelles, 7 mai 2008, *Rev. trim. dr. fam.* 2009.3.737.

¹³⁵ En ce sens, P. MURAT, préc., note 33, p. 128.

¹³⁶ À titre d'exemple, A. MEZGHANI, préc., note 83, p. 82 et suiv.

¹³⁷ Le juge étranger autorisant l'adoption devra, par conséquent, tenir compte de l'interdiction formulée par le pays d'origine de l'enfant afin d'éviter la création d'une « situation boiteuse » qui serait préjudiciable à l'enfant.

¹³⁸ Jugement n° 34256, 26 juin 2000 (inédit) déclarant, notamment, que la réglementation de l'adoption touche à l'ordre public.

toujours un élément d'ordre public ou d'intérêt général¹³⁹ ». Cet élément d'ordre public paraît accentué dans la règle de l'article 10 al. 2, il tire son fondement de l'impérativité attachée à la matière, laquelle reflète l'importance des intérêts en jeu. Le raisonnement se fait en termes d'ordre public positif : il s'agit d'assurer l'application nécessaire d'une règle d'ordre public, dont l'importance requiert justement qu'elle soit appliquée à une situation internationale. Les règles de ce type existent d'ailleurs en grand nombre dans le Code de la protection de l'enfant¹⁴⁰ ainsi que dans la plupart des systèmes juridiques étatiques ; ces mêmes règles figurent également dans certaines conventions internationales, telle la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

En dehors des hypothèses d'intervention de règles positives d'ordre public – ou règles d'application nécessaire – dont le nombre est important dans le Code de la protection de l'enfant, la pratique judiciaire tunisienne ne révèle pas, à notre connaissance, de cas dans lesquels l'ordre public est intervenu en vue d'écarter un jugement d'adoption rendu par une juridiction étrangère. Ce qui ne permet pas de rendre compte de l'attitude de la jurisprudence tunisienne à cet égard.

*
* *
*

La légalisation de l'adoption par le législateur tunisien en 1958 avait été justifiée par la nécessité d'assurer une protection aux enfants abandonnés ou de parents inconnus dans un pays qui venait tout juste de recouvrer son indépendance. Profitant de l'élan autonomiste et voulant donner une image moderniste du pays, les responsables politiques de l'époque avaient prôné un changement de la société par le droit : la codification du statut personnel constitue à cet égard l'une des étapes spectaculaires de cette ferveur réformatrice. Mais, l'attitude du législateur de l'époque demeure tout de même suspecte. D'une part, l'adoption a été légalisée à la hâte par une loi spéciale – Loi du 4 mars 1958 – qui n'a pas été jusqu'à ce jour intégrée dans le Code du statut personnel. D'autre part, l'article 10 de cette loi est formulé dans un sens qui n'autorise pas de présumer que le législateur est favorable à l'adoption internationale, du moins lorsque l'enfant adopté est

¹³⁹ Paul LAGARDE, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1959, p. 94.

¹⁴⁰ Promulgué par la *Loi n° 95-92 du 9 novembre 1995*.

de nationalité tunisienne. Au surplus, la désignation de la loi applicable se fait par le biais d'une règle de rattachement classique (art. 53 CDIP), ce qui ne permet pas de parler de *favor adoptionis*. Force est de constater que l'adoption internationale n'a pas donné lieu à un contentieux abondant. Les quelques décisions révélées font, toutefois, apparaître une jurisprudence méfiante, voire hostile à l'égard de l'adoption d'un enfant tunisien par des étrangers.

En droit comparé, les différentes réformes apportées au droit de l'adoption permettent de constater que l'adoption est une matière en constante évolution. Ces réformes, qui reflètent les réalités contemporaines de chaque société, consacrent l'effritement du droit de la filiation. Elles donnent lieu à des problèmes de coordination entre les systèmes juridiques lorsque l'adoption évolue dans un contexte international. En effet, les divergences existant entre les différents ordres juridiques sur la manière d'appréhender cette institution et sur les solutions à retenir conduisent fréquemment à des situations de confrontation. Cependant, l'importance accordée à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant a amené les États à rechercher un système de coopération qui repose notamment sur l'intervention de l'autorité administrative dans le processus de l'adoption, et la facilitation de la reconnaissance des jugements qui lui donnent effet.

Chroniques sectorielles

