

Existe-t-il un conflit entre *nasab* et *laqab* ? Comparaison de certaines catégories juridiques du droit de la famille tunisien, entre textes et pratiques

Marta Arena

Le droit de la famille tunisien s'est construit autour de la notion de *nasab*, qui ne correspond pas à la notion de filiation du droit français. Il faut tenir compte de cette donnée lorsqu'on se penche sur le statut juridique des enfants nés dans le mariage ou hors mariage. En particulier, il est intéressant d'analyser le rapport entre la preuve du *nasab* et l'attribution du *laqab* d'un point de vue juridique et anthropologique, pour s'apercevoir de la direction du changement au sein de la société tunisienne.

Dans le domaine du droit de la famille, le texte le plus important est le Code du Statut Personnel (CSP). Il avait été adopté en 1956 sous l'initiative du président Habib Bourguiba. Les lois n° 3 du 1 août 1957 réglementant l'état civil et n° 27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique (*wilāya 'umūmiyya*), à la tutelle officieuse (*kafāla*) et à l'adoption (*tabannī*) ont été promulguées par la suite. Ce procès intense de légifération s'explique par la volonté du président Bourguiba de supplanter le droit islamique "des 'ulamā" (non étatique), dans le cadre d'un bras de fer politique avec l'autorité religieuse. De plus, il considérait le droit comme un "instrument d'ingénierie sociale", pour changer la société tunisienne.

Des années plus tard, en 1998, le législateur tunisien a adopté une loi – partiellement modifiée en 2003 – relative à l'attribution du nom patronymique (*laqab*) aux enfants abandonnés (*mahmūlīn*) ou sans *nasab* (*majhūlīn al-nasab*) (loi n° 75 du 28 octobre 1998 modifiée par la loi n° 51 du 7 juillet 2003).

La preuve du *nasab* et de la paternité en droit tunisien

Le *nasab* désigne la généalogie, la chaîne des ascendants. D'après l'article 68 du CSP, il est possible de rattacher un enfant à la chaîne de ses ascendants, c'est-à-dire de prouver son *nasab*, de trois façons : par le *firāsh* (le lit), par l'aveu ou reconnaissance de paternité (*iqrār*) et par le témoignage de deux ou plus personnes.

Le terme *firāsh* est d'habitude interprété par les juristes comme "mariage", même si dans les textes de loi le mariage est indiqué par les mots *'aqd al-zawāj* (contrat de mariage) (art. 31 loi 3/57 et art. 3 CSP). Par le terme *firāsh*, le législateur semble avoir adopté un terme assez général. A propos des conditions de validité du mariage, le droit tunisien est contradictoire. L'article 31 de la loi 3/57 établit que le contrat (*'aqd*) de mariage doit être conclu devant deux notaires ou devant l'officier de l'état civil en présence de deux témoins, sous peine de nullité (mariage *bātil*, art. 36 loi 3/57). En l'absence de précision, il apparaît que le contrat peut être oral ou écrit. En revanche, l'article 21 du CSP indique "qu'est frappé de nullité (mariage *fāsīd*) l'union conclue [...] en contravention de l'art. 3.1, de l'art 5.1 (majorité d'âge des époux) et des art. 15-20 du CSP (empêchements au mariage avec

des ascendantes et descendantes)". L'article 3.1 établit que "le mariage n'est formé que par le consentement de deux époux".

Pendant longtemps les juges avaient identifié comme seule condition d'existence du mariage le consentement entre les époux (art. 3 CSP) et, en s'appuyant sur le fait que le *nasab* des enfants nés d'une union déclarée nulle (*al-zawāj al-muṣārah bi-'abtālh*) est prouvé (art. 36bis loi 3/57), ils avaient considéré comme prouvé le *nasab* d'enfants nés de cohabitations ou pendant les fiançailles. Dans les deux cas, les juges assimilaient l'union à un mariage nul puisqu'un consentement entre les fiancés ou les concubins existait. En 1973, la Cour de Cassation, revenant sur sa jurisprudence, avait établi que le consentement entre époux devait ressortir par écrit et que donc la forme écrite était une condition de validité du mariage (Cass. Civ. 9210 du 6 mars 1973). A partir de cet arrêt, il est nécessaire que le contrat de mariage entre les parents soit fait par écrit pour que le *nasab* des enfants soit prouvé¹.

Le deuxième moyen de preuve du *nasab* est l'*iqrār*. Conformément à la tradition malikite, il est suffisant que le père déclare que l'enfant est son fils ou sa fille, sans preuve du mariage, pour que l'enfant soit rattaché à la généalogie de ce dernier. Lorsque celui-ci a fait un aveu concernant sa paternité (formellement devant l'officier de l'état civil ou informellement dans un document écrit ou un legs testamentaire), les juges tunisiens le considèrent suffisant pour la preuve du *nasab*, même si l'homme qui a fait l'aveu était marié [avec une femme différente de la mère de l'enfant reconnu]. Les juges ont appuyé cette solution d'autant plus si l'engagement de l'homme envers l'enfant était démontré et s'il s'était comporté "comme un père" pour lui/elle : il avait passé du temps avec l'enfant, il avait dépensé pour lui/elle, il s'était occupé de son éducation, il lui avait enseigné des choses, il l'avait amené avec lui dans des voyages, ... (Cass. Civ. 7332 du 13 avril 2006²). Cependant, l'analyse du sang et le test ADN ne sont pas acceptés comme moyens de preuve dans des affaires de reconnaissance de paternité (alors qu'ils le sont dans les affaires de déni de paternité).

Les juges ont également admis que le *nasab* est prouvé lorsque des témoins déclarent que l'enfant est le fils ou la fille d'un tel (Cass. Civ. 16757 du 18 avril 2002).

Dans les trois cas (*firāsh*, *iqrār* ou témoignage) le résultat est le même : le *nasab* de l'enfant (son rattachement à la généalogie du père) est prouvé. Une fois que l'enfant a un *nasab*, le droit tunisien – comme le *fiqh* – ne fait pas de différence entre ceux qui sont nés hors mariage et dans le mariage, d'autant moins entre les enfants nés dans un mariage et ceux reconnus par leur père. En effet dans le droit tunisien, comme dans la tradition du *fiqh*, les catégories de filiation naturelle, légitime ou illégitime n'existent pas. Il n'y a pas de fils/fille légitime ou illégitime ou naturel ou de paternité naturelle.

Au contraire, la doctrine universitaire tunisienne contemporaine prend souvent des positions polémiques contre les juges car les universitaires assimilent le *nasab* avec le lien de sang et le lien au sein d'un mariage. Beaucoup d'entre eux ont pris leurs diplômes dans des universités françaises

¹ Je ne me penche pas ici sur la différence entre le mariage *bātil* et *fāsīd* et je me limite à décrire l'interprétation qu'en a donnée la Cour de Cassation. Une autre question que je n'aborde pas ici est celle de la transcription du mariage. Je suis la traduction officielle en français du texte arabe du CSP.

² Dans cette affaire, la Cour de Cassation avait établi que le mariage de l'homme était nul car il n'y avait pas d'acte de mariage en forme écrite.

et ils s'appuient dans leur argumentation sur les notions de *bunwa shar'iyya* et de *bunwa ghayr shar'iyya*, ce qui correspond à la filiation légitime et à la filiation illégitime de droit français. En particulier, d'après eux, *bunwa shariyya* serait celle de l'enfant né dans le mariage, alors que *bunwa ghayr shar'iyya* celle de l'enfant reconnu. Ce raisonnement les amène à conclure que le droit tunisien ne reconnaît pas la filiation "naturelle" (*bunwa tabbiyya*), ce qui ne semble pas être correct selon ce qui a été expliqué précédemment.

En effet, le terme *bunwa* n'est pas contenu dans le CSP. Il apparaît uniquement dans la loi 75/1998, où il indique la preuve de la filiation paternelle (art. 3 bis.4).

De plus, la définition d'"enfant légitime" se trouve nulle part dans les textes sauf à l'article 15.1 de la loi 27/58, qui indique que l'enfant adopté a les mêmes droits et les mêmes obligations que l'enfant légitime (*'ibn shar' i*).

Il faut remarquer que, dans l'arabe du *fiqh*, le terme *shar' i* n'apparaît pas et le terme *bunwa* décrit simplement le fait biologique de la génération maternelle, ou l'accouchement, et n'est pas synonyme de descendance paternelle.

Nous pouvons conclure que le droit tunisien construit un système autour de la notion de *nasab*, et non pas de filiation ou *bunwa*. Les enfants nés dans le mariage, comme ceux reconnus avec *iqrār*, appartiennent à la même catégorie : celle des enfants dont le *nasab* est prouvé. Il n'y a donc pas de motif juridiquement valable pour tracer une distinction entre eux. Il est encore moins vraie l'affirmation que le droit tunisien ne reconnaît pas "les enfants naturels", étant donné que les enfants reconnus par le père ont leur *nasab*³.

La loi 75/1998 sur le nom patronymique (*laqab*)

La loi 75/1998 donne application à l'article 5 Code de l'Enfant qui reconnaît le droit au nom pour tout enfant. En premier lieu, l'enfant né sans *nasab* – c'est-à-dire celui ou celle qui est né.e hors mariage et qui n'a pas été reconnu.e – prend le nom de famille de sa mère au plus tard six mois après l'accouchement. En deuxième lieu, l'élément le plus important de cette loi est qu'elle autorise les tests génétiques pour prouver la paternité de l'enfant. Cette option peut être exercée par la mère de l'enfant, par le ministère public ou par l'enfant lui-même (une fois adulte) grâce à une plainte contre le géniteur biologique. Par conséquent, si l'enfant n'a pas été reconnu par *iqrār*, sa mère a le droit de s'adresser au tribunal pour obtenir une décision d'attribution du *laqab* paternel sur la base du résultat positif du test ADN⁴. Par la suite, elle pourra demander le paiement d'une pension alimentaire à l'enfant (*nafaqa*) (art. 3 bis)

Lorsque l'identité du géniteur biologique est ignorée, il est possible de demander au juge l'attribution à l'enfant d'un *laqab* paternel fictif (*'iftiradhi*), qui correspondra au *laqab* maternel. Dans ce cas, l'enfant sera identifié comme s'il était né d'un mariage arabe (entre cousins paternels parallèles). Si le certificat n'est pas complet, l'attribution du *laqab 'iftiradhi* est demandée d'office par le Procureur de la République (art.1).

³ Il faut rappeler qu'en droit canon et, jusqu'au XXe siècle, dans les systèmes de droit civil en Europe, les enfants naturels étaient ceux nés hors mariage, y compris les enfants reconnus par leur père.

⁴ Techniquement, le juge ordonne la modification de l'acte de naissance de l'enfant

Avec cette loi, le législateur a voulu s'assurer que tout enfant ait un certificat de naissance dans lequel les cases concernant le nom et prénom de la mère, du père et du grand-père paternel sont complètes, afin de ne pas révéler l'origine de la naissance de l'enfant – dans le mariage ou hors du mariage – et empêcher toute stigmatisation.

D'après la jurisprudence (Cass. Civ 9203 du 18 mai 2006 et 18453 du 27 décembre 2007) et la doctrine (Ben Halima 2001) l'attribution du *laqab* ne prouve pas le *nasab* de l'enfant (pour un avis contraire, Mezghani 2005). Ainsi, l'enfant qui reçoit le *laqab* suite aux tests ADN et à la décision du juge, juridiquement n'appartient pas au *nasab* du père et a des droits limités vis-à-vis de lui. Par exemple, du point de vue du droit formel, l'enfant n'a pas de droits d'héritage envers le père/géniteur. Il est bien vrai que dans la pratique, si le nom de l'enfant qui a reçu le *laqab* est inscrit sur l'acte de décès du père, l'enfant hérite. Cependant, les autres ayants droit peuvent faire opposition devant le juge des affaires personnelles pour effacer son nom de l'acte de décès.

Dans la perception des femmes qui ont porté plainte pour que leur enfant obtienne le nom patronymique paternel, l'acquisition du *laqab* du père signifie son intégration – ou un début d'intégration – dans le *nasab* paternel.

La signification du *laqab*

Les raisons pour lesquelles les femmes demandent l'application de cette loi sont multiples. En premier lieu, les femmes affirment que l'enfant doit connaître son père, car une relation entre les deux pourrait se construire dans le temps. Cela est perçu comme d'autant plus important lorsque l'homme, à l'annonce de la grossesse, avait nié être le géniteur. En deuxième lieu, ce qui est recherché est l'intégration dans la famille du père afin d'assurer à l'enfant une protection familiale et élargir son réseau de parenté.

De plus, en identifiant correctement le partenaire sexuel par le test génétique, les mères sont rassurées de pouvoir démontrer qu' « *elles ne sont pas des prostituées* » et éviter que « *les gens se moquent d'elles* ». Dans certains cas, après les avoir éloignées à cause de leur maternité, leurs parents attendent l'attribution du *laqab* paternel à l'enfant pour entamer un processus de rapprochement avec elles.

Toutefois, les raisons les plus évoquées concernent l'enfant. Elles sont de nature administrative, car ayant un certificat de naissance complet, il/elle ne sera pas discriminé.e à l'école, et les mères n'auront pas de honte ou de crainte à exhiber les documents de leurs enfants, soit à l'administration de l'école qu'à celle des hôpitaux ou dispensaires pour les visites médicales. En effet, leur préoccupation majeure est que « *l'enfant soit comme tous les autres* » ou qu'il/elle « *puisse vivre avec les gens* ». Pour cela, le but est qu'il/elle « *ne grandisse pas complexé.e (yatla' m'aqad, litt. avec un nœud)* » à cause du stigmate rattaché à la naissance hors mariage.

Enfin, les femmes imaginent que, si elles ne suivent pas les procédures pour l'attribution du *laqab* paternel, l'enfant pourra un jour le leur reprocher et éprouver de la rancune (*naqma*) pour leur mère. Elles se mettent aussi à l'abri des calomnies qu'elles craignent un jour le père pourrait raconter à l'enfant pour l'éloigner d'elles.

La préoccupation de l'inceste avec un frère ou une sœur a une place limitée dans les motivations pour effectuer les analyses génétiques et identifier le géniteur. En particulier, ce souci n'existe presque pas chez les femmes qui sont mères d'une fille car elles présument que leur fille arrivera

vierge au mariage et donc il serait facile de l'empêcher d'épouser un frère. Par contre, les mères de garçons y pensent un peu plus, car la sexualité masculine avant le mariage est plus libre et plus difficile à surveiller.

Les problèmes dans l'application de la loi 75/1998

L'application de cette loi a à présent trois problèmes majeurs⁵.

Le premier relève du coût des tests ADN. Lorsqu'ils sont effectués sur ordre du ministère public – sur la base d'une plainte déposée au Commissariat de police – ils sont à la charge de l'Etat. Toutefois, il est de plus en plus courant que la femme saisisse le tribunal de première instance (la Chambre du Statut Personnel) pour obtenir la convocation du géniteur de l'enfant, car cette modalité permet d'obtenir une décision du juge dans un plus bref délai. Dans ce cas, les tests sont payés par elle. En raison du coût élevé des analyses génétiques, le recours au Bureau d'Aide Judiciaire (BAJ), siégeant dans chaque tribunal de première instance, est une solution pour faire face aux frais de ces tests. Le BAJ délivre son aide – dit aide judiciaire – sur la base de documents qui témoignent de l'indigence de la personne qui en a fait la demande. Pour cela, il est indispensable que la femme soit informée de cette possibilité et soit suivie dans ses démarches. Le manque d'assistance légale en ce qui concerne l'information et l'accompagnement dans les procédures limite fortement les prérogatives des femmes mères célibataires, et en particulier, celles d'entre elles qui sont analphabètes et/ou qui n'ont pas de documents d'identité (une des conditions d'accès au BAJ étant de fournir la carte d'identité nationale).

Le deuxième problème se présente lorsque l'homme qui a été convoqué refuse de se soumettre aux analyses génétiques. Il lui appartient juridiquement de refuser mais par le passé le juge appliquait l'article 3 bis.3 qui stipule qu' "*en cas de refus de se soumettre à l'ordonnance prescrivant l'analyse génétique, le tribunal statue sur l'affaire sur la base de présomptions nombreuses, concordantes, graves et précises dont il dispose*". Pour différentes raisons, la situation a changé depuis la Révolution du Jasmin en 2011. Désormais, si l'homme n'accepte pas les tests ADN, le juge entérine son refus et l'acte de naissance de l'enfant reste incomplet.

Certains juges ont assumé une attitude plus conservatrice même lorsque le géniteur présumé est marié (avec une femme différente de la mère de l'enfant). Ils essaient de ne pas donner suite à la demande de test dans ces cas pour « *préserver la paix familiale* » du couple marié et ne pas créer une situation qu'ils assimilent à la polygamie.

Le troisième problème est l'ambiguïté de la loi 75/98 sur les droits et les devoirs des géniteurs de l'enfant après l'attribution du *laqab* paternel. Certaines femmes craignent que le père puisse demander au juge la garde exclusive de l'enfant, en s'appuyant sur la précarité des conditions de

⁵ Pour approfondir les questions liées à l'application de cette loi, voir ma thèse de doctorat "L'expérience des mères célibataires en Tunisie : du récit aux droits (éthique, violence, citoyenneté)", en ligne <http://www.theses.fr/2021EHES0063>

vie de la mère (pas de travail stable, pas de maison de propriété, pas de support de la part de ses parents, ...). Dans les faits, cela est très rare. Cependant, il est vrai que la loi assure « *la protection (raaāya) qui comprend la garde (la ḥadhāna) et la tutelle (la wilaya)* » au père suite à l'attribution du *laqab* paternel (art. 3bis. 4), sans préciser si ces devoirs sont partagés avec la mère.

Dans la pratique, la *ḥadhāna* est toujours attribuée à la mère. Du point de vue juridique, cela peut se justifier sur la base de l'article 58 CSP, qui en cas de divorce établit que la *ḥadhāna* appartient à la mère. La mère célibataire serait ainsi assimilée à la mère divorcée. De plus, une circulaire du Ministère des Affaires Sociales (n° 12 du 10 juillet 2004) précise que la mère célibataire a la *raaāya* et la *ḥadhāna* sur l'enfant.

Par contre, la question de la *wilaya* est plus épineuse. Dans un couple marié, elle appartient au père (art. 154 CSP) et passe à la mère en cas de décès ou incapacité de celui-ci. Il existe donc dans la loi une inégalité entre les parents mariés de l'enfant, qui n'a pas été amendée par le législateur. Pour la mère célibataire, le droit de *wilaya* n'est pas clairement défini dans la loi 75/98. Ainsi, la condition de mère non mariée – comme dans beaucoup d'autres cas – ne fait que faire émerger une problématique qui existe aussi pour la mère mariée. La question de la *wilaya* demeure donc ouverte, même si dans la pratique, actuellement, la *wilaya* appartient à la mère qui décide seule pour l'enfant. Toutefois, la loi 75/1998 ne semble pas exclure que le père biologique – d'habitude lorsque l'enfant est préadolescent ou adolescent – puisse saisir le tribunal pour en demander la *wilaya* comme droit exclusif.

Bibliographie

Arena, M. 2021. *L'expérience des mères célibataires en Tunisie : du récit aux droits (éthique, violence, citoyenneté)*. Thèse de doctorat. Paris : EHESS.

Ben Halima, S. 2001. "La filiation naturelle en droit tunisien", dans AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi*. Tunis: Centre de Publication Universitaire, pp. 474 – 496.

Mezghani, A. 2005. "Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels. A propos de la loi n° 98- 75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue", dans AA.VV., *Mouvements du droit contemporain, Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*. Tunis: Centre de Publication Universitaire, pp. 651-682.