

UNIVERSITE MOHAMMED V – RABAT

Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales de Salé

Centre d'Etudes Doctorales : Droit comparé, Economie appliquée et Développement durable

Formation doctorale : Législation, ses Méthodes et ses Causes

Structure de recherche : Droit, société et santé

THESE POUR L'OBTENTION DE DOCTORAT EN DROIT PRIVE

Thèse N° 166 /18

L'ENFANT ET LE DROIT

Présentée et soutenue publiquement par

Nada EL KORRI

Le 28 novembre 2018

JURY

Professeur Mustapha OUHANNOU Professeur de l'Enseignement Supérieur, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Kénitra, Université Ibn Tofail.....**Président**

Professeur EL ABDOUNI Ahmed Professeur de l'Enseignement Supérieur, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales- Salé, Université Mohammed V de Rabat.....**Directeur de thèse**

Professeur Chifae EL MOUDDEN Professeur Habilitée, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Salé, Université Mohammed V de Rabat.....**Rapporteur Membre**

Professeur Jamal RBII Professeur Habilité, Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Salé, Université Mohammed V de Rabat.....**Rapporteur Membre**

Année universitaire : 2017-2018

« Les enfants représentent une part importante de l'humanité, de la population, de la nation, du peuple, de nos concitoyens – ce sont, furent et seront nos amis fidèles »,

JanuszKorczak.

Sommaire

INTRODUCTION GENERALE :.....	7
PREMIERE PARTIE : L'EMERGENCE DES DROITS DE L'ENFANT SUR LA SCENE INTERNATIONALE ET EN DROIT FAMILIAL.....	25
TITRE I : La perception de l'enfant par le droit conventionnel : En tant que source moderne de droit.....	26
Chapitre 1 : La genèse des droits de l'enfant	26
Section 1 : L'enfant en droit conventionnel	27
Section 2 : Le concept « enfant » : Fruit d'une genèse du droit conventionnel.....	44
Chapitre 2 : La Convention Internationale des droits de l'enfant : Un texte vecteur en matière familiale.....	57
Section 1 : Les droits substantiels reconnus à l'enfant au titre de la Convention internationale des droits de l'enfant.....	57
Section 2 : Les droits processuels reconnus à l'enfant par la convention européenne sur l'exercice des droits des enfants.....	80
Conclusion du titre premier	86

TITRE II : La perception de l'enfant par le droit musulman : En tant que source traditionnelle de droit	88
Chapitre 1 : La réception de la Convention Internationale des droits de l'enfant par l'ordre juridique interne familial	88
Section 1 : La force obligatoire de la Convention dans l'ordre juridique interne	89
Section 2 : L'ébauche de conciliation entre la perception traditionnelle et la perception moderne des droits de l'enfant	117
Chapitre 2 : La plus-value du droit musulman en matière des droits de l'enfant	125
Section 1 : Une protection prénatale.....	127
Section 2 : L'interprétation de l'article 79 du DOC à la lumière de la jurisprudence française	179
Section 3 : Une protection postnatale	203
Conclusion du titre deuxième	214

DEUXIEME PARTIE : LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA PERSONNE DE L'ENFANT EN DROIT FAMILIAL	215
Titre I : L'évolution du statut juridique de l'enfant : d'un objet à un sujet de droits	215
Chapitre 1 : La requalification de l'enfant d'objet de protection en sujet de droit.....	216
Section 1 : L'enfant : Véritable sujet de droits subjectifs	217
Section 2 : L'enfant sujet de protection.....	232
Chapitre 2 : Le rôle de l'autorité parentale dans la protection de l'enfant	243
Section 1 : Les devoirs d'éducation et de surveillance	244
Section 2 : Le fardeau de la preuve de la responsabilité parentale .	251
Conclusion du titre premier	258

TITRE II : L'individualisation de l'enfant au sein de sa famille	259
Chapitre 1 : La protection de l'enfant à travers l'institution du régime de l'incapacité	260
Section 1 : L'incapacité en tant que régime protectionniste de l'enfant	260
Section 2 : Le placement du mineur sous la tutelle légale	282
Chapitre 2 : Les outils mis au service du juge de fond pour la consolidation des droits de l'enfant	294
Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant : Un critère clé en droit familial	294
Section 2 : Le ministère public : Partie principale en matière familiale	301
Conclusion du titre deuxième	311
CONCLUSION GENERALE	312
ANNEXE	316
BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE FRANÇAISE	322

INTRODUCTION GENERALE

« Ô hommes! Si vous doutez au sujet de la Résurrection, c'est Nous qui vous avons créés de terre, puis d'une goutte de sperme, puis d'une adhérence puis d'un embryon [normalement] formé aussi bien qu'informe pour vous montrer [Notre Omnipotence] et Nous déposerons dans les matrices ce que Nous voulons jusqu'à un terme fixé. Puis Nous vous en sortirons [à l'état] de bébé, pour qu'ensuite vous atteignez votre maturité¹».

Par ce verset coranique, Dieu rappelle les phases successives de création de l'être humain ; de terre, puis de goutte de sperme, puis d'une adhérence, puis il en fait sortir un petit enfant.

En effet, le saint Coran prône un intérêt particulier aux droits de l'enfant. Il en énumère 66 droits tout en mettant l'accent sur l'orphelin.²

Quant à la scène internationale, elle prône de l'intérêt à l'enfant à travers l'illustre principe « l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur ». Ce principe, érigé dans le préambule de la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924, affirme pour la première fois, l'existence des droits spécifiques pour les enfants. C'est une première étape qui met à la charge des adultes des devoirs à l'égard de l'enfant.³

Pour satisfaire à une protection adaptée aux besoins spécifiques de l'enfant, la scène internationale a procédé à la promulgation par les Nations

1 قال تعالى في سورة الحج الآية 4/5 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِن كُنْتُمْ فِي رَيْبٍ مِّنَ الْبَعْثِ فَإِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِّن نُّرَابٍ ثُمَّ مِنْ نُطْفَةٍ ثُمَّ مِنْ عَلَقَةٍ ثُمَّ مِنْ مُّضْغَةٍ مُّخَلَّقَةٍ وَغَيْرِ مَخْلُوقَةٍ لِّنُبَيِّنَ لَكُمْ وَنُقَرُّ فِي الْأَرْحَامِ مَا نَشَاءُ إِلَىٰ آخِلٍ مُّسَمًّى ثُمَّ نُخْرِجُكُمْ طِفْلًا ثُمَّ لِتَبْلُغُوا أَشَدَّكُمْ﴾.

2 "حقوق الطفل في القرآن" بقلم د. عبد الحكيم الأنيس، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري بدبي، إدارة البحوث الطبعة الثانية 1453 هـ - 2013، ص. 9 - 10

3 LE GAL Jean « Les droits de l'enfant à l'école : Pour une éducation à la citoyenneté » 2ème édition, Ed. De Boeck Université 2008, p. 44

Unies de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant le 20 novembre 1989, ci-après « CDE ». Celle-ci a provoqué un enthousiasme sans précédent dans la communauté internationale. En effet, le jour même de son ouverture à signature, en janvier 1990, 61 Etats paraphèrent ce texte, qui entra en vigueur le 2 septembre 1990 déjà, après avoir recueilli en quelques mois les 20 ratifications exigées pour sa mise en œuvre. Aucun traité des droits de l'Homme n'a connu un tel empressement, à tel point qu'en 1995, plus de 150 Etats étaient devenus parties à ce contrat et qu'aujourd'hui la planète terre toute entière s'est ralliée derrière ce texte avec une ratification quasi universelle, en raison de 194 Etats parties sur 196.⁴

Ainsi, plusieurs expressions, notamment « les enfants ont des droits » « l'enfant, sujet de droits » « l'enfant, acteur des décisions qui le concernent » « l'enfant et son intérêt au centre de toutes nos préoccupations », fondent la nouvelle notion des droits de l'enfant, et caricaturent positivement le nouveau statut de l'enfant.⁵

Dans ce cadre, et étant donné que notre thème de recherche interpelle deux notions clés à savoir « l'enfant et le droit », il convient, de prime abord, de déterminer la définition du terme « enfant » et du terme « droit », pour ainsi les placer dans le contexte « du droit familial », champ de notre réflexion.

« Un enfant, qu'est-ce donc ? Un morceau d'amour égaré, un miroir, une victime, un signe du temps en marche ».⁶

Etymologiquement, le terme « enfant » vient du latin *infans* qui signifie « celui qui ne parle pas ». « Celui ou celle qui n'a pas encore usage de la

4 LAVALEE Carmen « **La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme** », extrait de préface de Jean ZERMATTEN, Groupe Larcier, éd. Bruylant-2015

5 LAVALEE Carmen « **La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme** », *Ibidem*

6 BOSSUS Francis « **L'Enfant et les hommes** » éd. Pierre TISSEYRE, 1978, p. 63

parole ». Cette définition étymologique rappelle la dépendance de l'enfant à l'adulte par la négation de la parole.⁷

La définition biologique est plus intéressante car elle considère l'enfant comme un organisme en développement anatomique, physiologique, mental, psychoaffectif (...). Cependant elle ne fixe pas de façon précise la fin de l'enfance, qu'elle situe à la fin de la maturation osseuse, de la croissance et du développement physique, vers la fin de la seconde décennie de la vie. Cette frontière entre l'enfance et l'âge adulte est imprécise et varie d'un individu à un autre.⁸

Le terme « enfant » évoque avant tout l'enfance, cette période de découverte et d'apprentissage au cours de laquelle l'individu s'achemine progressivement vers l'âge adulte.⁹ Il désigne en outre, une relation familiale où il n'y a pas de limite d'âge.¹⁰

Pour l'OMS, la définition de l'enfant prend en compte les aspects biologique, psychologique, économique et social, mais ne tient pas compte de l'âge. Cette définition se préoccupe du contexte social.¹¹

Il s'avère, de manière générale, que les définitions du concept « enfant » se réfèrent à l'âge ou aux facteurs socioculturels.

L'infans latin était ce que nous appelons un enfant en bas-âge. Aujourd'hui, le terme d'enfant est beaucoup plus largement étendu, puisqu'il est

7 GUESSOUS Chakib « **L'exploitation de l'innocence : le travail des enfants au Maroc** » éd. EDDIF, 2002, p. 14

8 GUESSOUS Chakib « **L'exploitation de l'innocence : le travail des enfants au Maroc** », Ibidem, p. 14

9 TERRE François, FENOUILLET Dominique « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » DALLOZ 7e édition – 2005, P. 561

10 DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise « **Les droits de l'enfant** », Ibidem, p. 3

11 « **Enfants d'aujourd'hui, diversité des contextes, pluralité des parcours** » colloque international de Dakar (10-13 décembre 2002) organisé en partenariat avec l'IRD, n° 11, Tome 2, Presses Universitaires de France, 2006 P. 975

défini par la CDE comme étant « *tout être humain âgé de moins de 18 ans sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ». ¹²

La CDE est le premier texte international qui donne une définition juridique de l'enfant, ¹³ puisqu'en droit, le mot « enfant » est récent. La société semble n'avoir découvert la spécificité de l'enfant que dans la seconde moitié du XVIIIe siècle avec « l'Emile » de Jean-Jacques Rousseau. Par ailleurs, longtemps, le droit ne s'est intéressé qu'au mineur... pour l'enfermer dans cette condition, celle d'un incapable. ¹⁴

A ce sujet, il y a lieu de signaler que la CDE a été signée par le Royaume du Maroc le 26 janvier 1990, puis ratifiée le 21 juin 1993, ¹⁵ chose qui impose à notre pays d'honorer ses engagements quant à l'adaptation de sa législation aux principes et aux termes de cette Convention.

D'autant plus, le préambule de la Constitution marocaine qui, en accordant la primauté aux conventions internationales dûment ratifiées sur le droit interne, réaffirme l'attachement du Maroc aux droits de l'Homme, tels qu'ils sont universellement reconnus.

A cet égard, il importe de signaler que l'alignement de la législation nationale sur les objectifs de la Convention n'était pas systématique. En l'espèce, l'âge de la majorité légale en porte témoignage.

¹² DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise « **Les droits de l'enfant** », que sais-je ? 6° éd. Mise à jour : 2004, février, Presses Universitaires de France, 1991. P. 3

¹³ TERCIER Anne-Sophie « **être enfant en Inde : faiblesse des politiques, dynamisme des ONG locales** » éd. KARTHALA, 2009 P. 21

¹⁴ Elizabeth PAILLET -Avant-propos- in « **Le droit et les droits de l'enfant** » Champs Livres Etudes interdisciplinaires, Centre de d'Etudes et Recherches sur les Contentieux, Université du Sud- Toulon Var, l'Harmattan p. 7

¹⁵ Dahir n° 1-93-363 du 9 rejab 1417 (21 novembre 1996) portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 publié au BO n° 4440 du 19/12/1996 p. 897

En effet, si l'âge de la majorité légale était fixé, en vertu de l'article 137 du livre IV du code du statut personnel et successoral (la Moudouana), à vingt et une années grégoriennes révolues¹⁶ et que cet âge a été ramené à vingt années grégoriennes révolues en 1992,¹⁷ l'article 209 du code de la famille en vigueur, le fixe, aujourd'hui, à dix-huit années grégoriennes révolues.¹⁸

Le législateur a opté pour l'âge de 18 ans comme limite à l'enfance, considérant que la masse d'informations que les enfants d'aujourd'hui doivent acquérir pour être adultes nécessite une durée plus courte que lors des siècles précédents.¹⁹

Partant, on notera que le législateur marocain s'est progressivement conformé aux aspirations de la Convention en matière de majorité légale.

En revanche, il convient de s'interroger sur les raisons justifiant le retard accumulé, autrefois, par le législateur marocain quant à l'harmonisation de la législation interne. Est-il dû à l'absence de dispositions Constitutionnelles édictant la primauté des conventions internationales sur le droit interne ?

La réponse à cette question sera développée plus loin, lors de l'examen de la place des conventions internationales de manière générale, et la CDE de manière spécifique, dans l'ordre juridique national.

Intéressons-nous à présent au second concept clé, constitutif de notre thème de recherche ; qu'est-ce que le droit ?

16 Le Livre IV, relatif à la capacité et à l'interdiction : par dahir n° 1.58.019 (BO arabe du 7 février 1958), tel qu'il a été abrogé par les dispositions de la loi n° 70-03 portant code de la famille

17 Dahir n° 1-92-91 du 11-6-1992 modifiant l'alinéa 2 de l'article 137 de la Moudawana qui fixait la majorité légale à 21 ans, tel qu'il a été abrogé par la loi n° 70-03 portant code de la famille.

18 Dahir n° 1.03.81 du 24-03-2004 modifiant l'alinéa 2 de l'article 137 et le paragraphe 1 de l'article 165 du dahir n° 1.58.019 formant livre IV du code du statut personnel, tel qu'il a été abrogé par la loi n° 70-03 portant code de la famille.

19 GUESSOUS Chakib « **L'exploitation de l'innocence : le travail des enfants au Maroc** » *Op.cit.* p. 16

L'Enfant et le Droit

Pour répondre à cette question, de nombreux auteurs définissent le droit comme un ensemble de règles destinées à organiser la vie en société. Le droit se perçoit alors comme un ordre de contrainte, qui doit être suivi, sans déviance ; c'est alors que se retrouve le sens de « droit » entendu géométriquement comme non « courbé » ou non « brisé ».²⁰

Dans cette hypothèse, le droit n'apparaît pas comme l'expression d'une liberté, mais comme un outil de direction des conduites humaines, indispensables à toute vie en société. Percevoir le droit comme un facteur de régulation sociale, composé de prescriptions relatives aux comportements des individus, revient à s'intéresser spécialement à sa forme. En ce sens, il est droit parce qu'il régent un groupe de personnes et parce qu'il est élaboré dans ce but. Peu importe alors la qualité de la règle, son éthique ou le fait qu'elle puisse être juste ou injuste. Dans ce sens, on notera que le droit est droit parce qu'il est commandement. Cette notion droit-contrainte se retrouve dans de nombreuses définitions du droit et il s'agit là d'un de ses traits caractéristiques, auquel les auteurs reviennent souvent, même de façon détournée ou inconsciente.²¹

Au moment où certains auteurs optent pour une définition logique et systématique du concept « droit », la plupart des spécialistes seraient embarrassés face à une telle question. En effet, Kant distinguait deux questions : « *Quid juris ?* » (quelle est la solution en droit ?) qui, seule, intéresse les juristes ; et « *Quid jus ?* » (qu'est-ce que le droit ?) qui relève de la philosophie du droit.²²

20GARCIA Kiteri « **Le droit civil européen : nouvelle matière, nouveau concept** », Groupe de Boeck, éd. Larcier, 2008, p. 334

21GARCIA Kiteri « **Le droit civil européen : nouvelle matière, nouveau concept** », *Op.cit.* p. 334

22 PARQUET Muriel « **Introduction générale au droit** », Lexifac 4^e édition 2007 p. 8

L'Enfant et le Droit

Selon Aristote, le droit est une mesure de partage des choses. Il consiste à attribuer à chacun le sien : « *Suum cuique tribuere* ». C'est un « juste milieu ».²³

Si l'on veut intéresser les juristes à une philosophie du droit dont ils ont grand besoin, tant pour interpréter le droit que pour l'édifier, qu'on leur présente une philosophie du droit qui soit à leur niveau : celui du droit positif. Ou sinon, le divorce continuera entre les juristes techniciens du droit et les philosophes du droit, au détriment des premiers, certes, livrés à l'empirisme, sans principes directeurs dans leur travail, mais aussi des seconds, exposés à s'égarer loin dans l'abstraction.²⁴

A ce sujet, il convient de préciser qu'au Maroc, la philosophie du droit, en tant que discipline à part entière, est exclue du cursus universitaire dédié aux sciences juridiques.

Devant l'éventail des conceptions dédiées au « droit », Jean Carbonnier admet qu'« il y a plus d'une définition dans la maison du droit ».²⁵

En définissant de manière générale le concept « droit », il s'avère temps de mettre le doigt sur deux sortes de droit : un droit objectif et un droit subjectif, une *norma agendi* et un *jus agendi*.²⁶

En effet, droit objectif et droit subjectif ne sont pas des notions antagonistes, mais, au contraire, la réalisation d'une même idée sous deux aspects différents. Le droit objectif se compose des règles qui organisent la vie en société des hommes à un moment donné. Or, cette organisation sociale

23 PARQUET Muriel « **Introduction générale au droit** », ibid. p. 9

24 OST François et DE KERCHOVE Michel Van « **de la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit** », publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2002 p. 296

25 OST François et DE KERCHOVE Michel Van « **de la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit** », Op.cit. p. 286

26 PASUKANI Evgueny B. « **la théorie générale du droit et le marxisme** », traduction de Jean-Marie BROHM, Etudes et Documentation Internationales Paris, 1970 p. 47

nécessite de conférer aux sujets de droit des prérogatives pour la satisfaction d'un intérêt personnel : les droits subjectifs.²⁷

Sachant qu'il est juridiquement admis que l'enfant est un incapable, c'est-à-dire qu'il ne peut pas lui-même exercer ses droits²⁸, il y a lieu de s'interroger si l'enfant est titulaire des droits subjectifs, à savoir des prérogatives dont il peut exiger le respect ?

La réponse à cette question nous conduit à conjuguer le concept « droit » au concept « enfant », afin de les situer dans « la matière familiale » et ce, à travers la mise en lumière de l'évolution de ces droits dans le temps et dans l'espace.

Les droits de l'enfant, dans la vision la plus traditionnelle, peuvent être appréhendés comme des droits applicables à l'enfant. Cette vision n'est pas sans ambiguïté, car si historiquement on peut affirmer qu'un droit de l'enfance a toujours existé, il consistait plutôt en un ensemble de droits que les adultes avaient sur les enfants.²⁹

Les droits subjectifs se matérialisent par des prérogatives qui ne se conçoivent pas sans obligations mais, l'enfant étant par définition un individu d'âge inférieur à celui requis par la majorité, ces obligations incombent à celui qui exerce sur lui l'autorité parentale.³⁰

Le droit romain voyait dans l'enfant l'objet de la puissance paternelle et l'avenir de la lignée. Autant dire que l'enfant n'était pas titulaire de droits.³¹

27 PARQUET Muriel « **Introduction générale au droit** », *ibid.* p. 16

28 DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise « **Les droits de l'enfant** », *Op.cit.* p.22

29 DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise « **Les droits de l'enfant** », *Ibidem.* p.4

30 « **L'ancien et le nouveau : la production du savoir dans l'Afrique d'aujourd'hui** » sous la direction de Paulin J. HOUNTONDJI, publication Langaa RPCIG – 2013 p. 303

31 DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise « **Les droits de l'enfant** », *Op.cit.* p. 4

L'Enfant et le Droit

Il existe cependant une autre vision des droits de l'enfant, dont l'origine semble résider dans les instruments internationaux. Il s'agit respectivement de, *primo*, la Déclaration de Genève sur les droits de l'enfant de 1924, qui énonce le droit de l'enfant à se développer matériellement et spirituellement, à une aide spéciale quand il a faim, qu'il est malade, handicapé ou orphelin. Il doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse et être protégé contre toute exploitation. *Secondo*, de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, qui fait référence, par le biais de son article 25, au droit de l'enfance « à une aide et à une assistance spéciale ». *Terzo*, de la Déclaration relative aux droits de l'enfant de 1959 qui reconnaît à l'enfant des droits comme le droit à la protection contre la discrimination et le droit à un nom et à une nationalité. Elle affirme aussi expressément les droits de l'enfant à l'éducation, aux soins de santé et à une protection spéciale.³²

En 1966, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels sont adoptés. Ces pactes, ratifiés par le Maroc le 3 mai 1979, prônent les droits des enfants à être protégés de l'exploitation et leur droit à l'éducation. En 1979, l'Assemblée générale des Nations Unies proclame « l'année internationale de l'enfant ». Chose qui incite le groupe de travail à élaborer une Convention relative aux droits de l'enfant juridiquement contraignante.³³

1989 fut la date d'approbation à l'unanimité de la CDE. Puis, le Sommet mondial pour les enfants de 1990 adopte la Déclaration mondiale en faveur de la survie, de la protection et du développement de l'enfant. Pour le travail des enfants, l'Organisation internationale du Travail adopte en 1999 sa Convention

32 Numéro spécial « **La situation des enfants dans le monde : Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant** » Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), novembre 2009, p. 2

33 Numéro spécial « **La situation des enfants dans le monde : Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant** » Ibid. p. 3

n° 182 concernant l'interdiction des pires formes du travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination. *In fine*, la période de suivi de cinq ans de la Session extraordinaire consacrée aux enfants de l'Assemblée générale des Nations Unies s'est conclue, en 2007, par une déclaration en faveur des enfants adoptée par plus de 140 Etats.³⁴

Dans ces instruments on ne parle pas de situation juridique de l'enfant, mais de droits de l'enfant. L'optique est toute différente puisqu'il ne s'agit plus de décrire quelles règles juridiques sont applicables aux enfants, mais quels droits doivent leur être reconnus par la société.³⁵

Cette mutation est la traduction, dans le monde de l'enfance, de la promotion de la philosophie des Droits de l'Homme. L'enfant est désormais pensé comme un sujet, une personne dotée de liberté,³⁶ voire un acteur social et détenteur actif de ses propres droits.³⁷

Le droit ne peut connaître de l'enfant que pour le protéger, compte tenu de sa faiblesse naturelle l'empêchant de sauvegarder lui-même efficacement ses intérêts. Parce qu'il est dans sa fonction naturelle de protéger les faibles, et aussi parce qu'il doit veiller tout particulièrement au sort des adultes en devenir, l'Etat offre à l'enfant qu'il déclare mineur une condition juridique adaptée à sa faiblesse et à toutes les promesses de sa maturité future.³⁸

A l'instar des droits de l'Homme, les droits de l'Enfant sont constitués de garanties fondamentales et de droits humains essentiels. Ils ont pour vocation

34 Numéro spécial « **La situation des enfants dans le monde : Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant** » Ibid. p. 5

35 Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ « **Les droits de l'enfant** », Op.cit. p. 5

36 Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ « **Les droits de l'enfant** », *Ibidem* p. 5

37 Numéro spécial « **La situation des enfants dans le monde : Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant** » *ibid.* P. 2

38 TERRE François, FENOUILLET Dominique « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » Op.cit. p. 561

L'Enfant et le Droit

primordiale de protéger l'enfant en tant qu'être humain, et ce en lui conférant des droits et des prérogatives bien définis, à savoir, le droit à la vie, le droit à la dignité à travers la protection de l'intégrité physique et mentale, des droits civils et politiques, tels que le droit à une identité et le droit à une nationalité, des droits économiques, sociaux et culturels tels que le droit à l'éducation, le droit à un niveau de vie décent, le droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint, des droits individuels tels que le droit de vivre avec ses parents, le droit de bénéficier d'une protection, des droits collectifs tels que le droit des enfants réfugiés, le droit des enfants handicapés et le droit des enfants issus de minorités ou groupe autochtones.

En défilant les droits de l'enfant, nous constatons que ces droits se composent des droits humains spécifiquement adaptés à l'enfant, car ils tiennent compte de sa fragilité, de ses spécificités et des besoins propres à son âge.

En sus, ils tiennent compte de la nécessité du développement de l'enfant. Ce dernier a donc le droit de vivre et de se développer convenablement tant physiquement qu'intellectuellement. Ces conditions ne peuvent être satisfaites que dans un milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension.

Les droits de l'enfant prévoient ainsi de satisfaire les besoins essentiels au bon développement de l'enfant. Il s'agit entre autres de l'accès à une alimentation appropriée, aux soins nécessaires et à l'éducation.

De là, il convient de préciser que les droits de l'enfant prennent en considération le caractère vulnérable de l'enfant. Ils impliquent la nécessité d'apporter aux enfants un cadre protecteur. Il s'agit d'une part, d'accorder une assistance particulière aux enfants et, d'autre part, une protection adaptée à leur âge et à leur degré de maturité.

L'Enfant et le Droit

L'évolution des droits de l'enfant telle que parcourue dans la scène internationale, a interpellé le Maroc, après ratification de la CDE, à conformer sa législation aux aspirations de la Convention. Toutefois, il est téméraire à notre sens de se contenter du parcours international, sans pour autant passer en revue la position du droit marocain vis-à-vis de l'enfant avant et après l'avènement de l'Islam.

Avant l'avènement de l'Islam, le père disposait en effet du droit de vie et de mort sur ses enfants. Ceux-ci lui appartenaient et il exerçait à leur égard une véritable puissance du maître, traduite en arabe par le terme *rubûbîya*.³⁹

A cette époque, la naissance d'un fils représentait une joie pour la famille marocaine ; celle d'une fille était, en revanche, moins bien accueillie. Suivant une coutume antéislamique condamnée par le Coran, les filles étaient parfois enterrées vivantes aussitôt après leur naissance.⁴⁰

L'Islam va améliorer la condition de l'enfant : le Coran va supprimer le droit de vie et de mort⁴¹ et va condamner la discrimination dont faisait l'objet la naissance des filles.⁴²

39PAPI Stéphane « **L'influence juridique islamique au Maghreb (Algérie - Libye - Maroc - Mauritanie - Tunisie)** ». Histoire et Perspectives Méditerranéennes L'Harmattan. 2009. P. 125

40« **Introduction à la connaissance du Maroc : regards sur l'Islam - Histoire et géographie de l'Afrique du Nord - Institutions et sociologie musulmanes** » illustrations de HAINAUT Jean. Nouvelle édition : Dar Al-Amame-2013. P. 221

41 قال الله تعالى في سورة الأنعام الآية 140 ﴿سَمِ اللَّهُ الرَّحْمَانُ الرَّحِيمُ.... قَدْ خَسِرَ الَّذِينَ قَتَلُوا أَوْلَادَهُمْ سَفَهًا بِغَيْرِ عِلْمٍ وَحَرَّمُوا مَا رَزَقَهُمُ اللَّهُ افْتِرَاءً عَلَى اللَّهِ قَدْ ضَلُّوا وَمَا كَانُوا مُهْتَدِينَ﴾

Selon le verset 140 de Sourate Al-An'aam « *Ils sont certes perdants, ceux qui ont, par sottise et ignorance tué leurs enfants, et ceux qui ont interdit ce qu'Allah leur a attribué de nourriture, inventant des mensonges contre Allah. Ils se sont égarés et ne sont point guidés* »

42 قال تعالى في سورة النحل، الآيتين 58-59 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَانِ الرَّحِيمِ... وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِالْأُنثَىٰ ظَلَّ وَجْهُهُ مُسْوَدًّا وَهُوَ كَظِيمٌ (58) يَتَوَارَىٰ مِنَ الْقَوْمِ مِن سُوءِ مَا بُشِّرَ بِهِ أَيُمْسِكُهُ عَلَىٰ هُونٍ أَمْ يَدُسُّهُ فِي التُّرَابِ أَلَا سَاءَ مَا يَحْكُمُونَ (59)﴾

Il est prescrit à Sourate An-Nahl (les versets 58-59) « et lorsqu'on annonce à l'un d'entre eux la naissance d'une fille, son visage s'assombrit et il arrive à peine à contenir sa colère(58). Et il se dérobe aux regards des gens, le cœur meurtri par cette nouvelle, se demandant s'il va conserver cet enfant malgré le déshonneur ou s'il va l'ensevelir dans la poussière. Quel odieux jugement ! (59) »

L'Enfant et le Droit

Depuis la révélation de ces versets coraniques, le caractère de la puissance paternelle s'est profondément modifié ; elle était jusqu'alors une *rubûbîya* ou puissance de maître ; elle est devenue une *wilâya* ou puissance de protection.

Les prérogatives de cette *wilâya* sont au nombre de quatre : droit d'éducation, droit de correction pour sanctionner l'inconduite ; mais ce droit est limité aux violences légères, c'est-à-dire ne laissant pas de trace, droit de louer les services de ses enfants mâles, et enfin droit de *ijbar* ou contrainte matrimoniale. La durée de la puissance paternelle varie selon les rites, liée selon les cas et/ou les sexes à l'apparition de la puberté, à la déclaration de majorité ou à la perte de la virginité. Enfin il peut arriver que le père meure ou soit absent avant l'achèvement de cette *wilâya* dont les prérogatives seront alors exercées par d'autres personnes, spécifiées par chaque rite : tuteur testamentaire, cadi, parents par les mâles, etc. ⁴³

Au Maroc, il convient de préciser qu'au XIXe siècle, la filiation chez les prédécesseurs antiques, était paternelle. Les enfants étaient donc toujours considérés comme la propriété du père, sans que cela entraîne le droit de vie et de mort sur sa progéniture. Le rôle des filles, était d'aider les mères dans les travaux domestiques, à savoir la préparation pour le déménagement, la fabrication des tapis, l'exécution de tous les travaux culinaires, en plus de leurs travaux dans les champs. ⁴⁴

Toutefois, il incombe de signaler que pour traiter de l'ensemble des droits de l'enfant, notre thème de recherche fera l'objet d'un sujet de réflexion descriptif et caduc. Pour détourner, précisément, cette conception classique des

43 BLANC François-Paul « **Le droit musulman** ». Col. Connaissance du droit. Éd. DALLOZ. 2e édition 2007 P. 92

44 Taghbaloute Aziz « **Le fellah marocain. L'exemple d'une tribu berbère : les Beni M'tir du XIXe siècle jusqu'à nos jours** ». Centre interdisciplinaire d'études et de recherche sur les structures régionales. Université de Saint-Etienne, mai 1994. P. 28

droits de l'enfant, il est jugé opportun de centrer notre attention sur les aspects juridiques timidement abordés par les écrits en droit familial.

Dans la même ligne de pensée, nous avons jugé commode de mettre en relief les droits de l'enfant en trois temps ; avant la naissance, après la naissance et pendant la naissance ; voire au moment de l'accouchement, à la lumière de la Charia, en tant que source mère du code de la famille et la CDE, en tant que texte de référence en matière familiale.

Ce modeste travail tend notamment à repositionner l'enfant par rapport aux droits fondamentaux qui lui sont consacrés conjointement par la CDE et les dispositions du code de la famille. Cette approche nous livre à réanimer les droits classiques reconnus à l'enfant en cogitant sur l'évolution de la personnalité juridique de l'enfant, son droit à la vie, à la survie et au développement, et essentiellement le respect de son intérêt supérieur qui s'impose dans toutes les décisions qui le concernent et qui constitue, par la même occasion, une pièce maîtresse en droit familial.

Il conviendrait, *grosso modo*, de traiter des principes généraux⁴⁵ qui gouvernent la CDE par rapport à l'évolution des droits de l'enfant en droit familial.

Il est vrai que l'enfant est l'ornement de la vie de ce monde, tel qu'il ressort des versets coraniques.⁴⁶ Il est le fruit du pacte conjugal régit par le code de la famille qui édicte, entre autres ses dispositions, les devoirs des parents à l'égard de leurs enfants d'une manière générale, et dédie, d'une manière

45 Les principes généraux qui commandent la CDE sont au nombre de quatre : la non-discrimination (article 2), l'intérêt supérieur de l'enfant (article 3), le droit à la vie, à la survie et au développement (article 6) et le respect des opinions de l'enfant (article 12).

46 قال تعالى في سورة الكهف، الآية 46 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا وَالْبَاقِيَاتُ الصَّالِحَاتُ خَيْرٌ مِنْ ذَلِكَ ثَوَابًا وَخَيْرٌ أَهْلًا﴾.

spécifique, le livre III à la naissance et ses effets, puis interpelle l'enfant en matière de capacité et de succession.

Ce code de la famille se réfère largement au droit musulman classique qui, découle des énonciations Coraniques, de la Sunna, ou de l'exégèse rassemblée depuis la révélation du Prophète. Tel est le fondement du code de la famille, régissant les différents droits de l'enfant.

Toutefois, étant donné que la CDE est l'instrument international phare en matière de droits de l'enfant et que le Royaume du Maroc accorde aux conventions internationales dûment ratifiées, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays, et s'engage à harmoniser en conséquence les dispositions pertinentes de sa législation nationale.⁴⁷

Vu que « l'Islam est la religion de l'Etat »,⁴⁸ et que la prééminence accordée à la religion musulmane dans le référentiel national va de pair avec l'attachement du peuple marocain aux valeurs d'ouverture, de modération, de tolérance et de dialogue pour la compréhension mutuelle entre toutes les cultures et les civilisations du monde ,⁴⁹ le législateur marocain est-il parvenu à accorder à l'enfant, en matière familiale, un statut légal conforme aux aspirations internationales, en tenant compte de la Charia en tant que source principale du droit familial, et des facteurs sociaux qui s'y interfèrent et qui sont en perpétuelle mouvance ?

47 Préambule de la Constitution marocaine.

48 Article 3 de la Constitution marocaine.

49 Préambule de la Constitution (3^o paragraphe).

L'Enfant et le Droit

Pour lever ce défi, le législateur marocain est-il appelé à chercher le juste milieu entre son attachement aux droits de l'Homme et l'expression de son identité nationale ou à faire des concessions en ce sens ?

Autrement dit, le législateur est-il parvenu à concilier entre « l'engagement du Maroc à accorder la primauté aux conventions internationales dûment ratifiées » -et l'on vise à titre spécial la CDE, en tant que Convention de référence en matière familiale- et « l'ordre juridique interne » -pour ainsi faire allusion au strict respect de son identité nationale immuable, en se référant à la Charia qui revêt un caractère sacré et demeure constitutive de son identité pour garantir une protection appropriée à l'enfant ? Quelle est la position adoptée par le législateur marocain pour faire face à une double contrainte de différents ordres ?

Pour se conformer aux aspirations internationales, notamment par la ratification de la CDE, le législateur marocain n'est-il pas tenté par à une rupture avec les préceptes de la charia qui commandent notre droit familial ? Ou inversement, la Charia a pu servir de référence quand la CDE est restée muette sur des questions épineuses des droits de l'enfant ?

Es-ce que le législateur marocain a adopté une position distinguée par rapport, au droit comparé, notamment son homologue français sur la base des préceptes de la charia ?

Pour y répondre, et afin de mener à bien notre étude, nous avons emprunté la méthodologie analytique pour jauger l'évolution des droits de l'enfant par rapport à l'introduction de nouvelles disciplines en la matière telles que l'éthique et le progrès médical qui s'y interfère. Comme nous avons opté pour une méthodologie comparative portant sur un *benchmarking* diversifié en la

matière. Les méthodologies y adoptées sont toutes les deux alimentées par une jurisprudence inédite en la matière.

Pour approcher notre thème de recherche intitulé « l'Enfant et le Droit » qui semble, à première vue, un thème d'une vaste portée, nous avons centré notre intérêt sur les concepts clés formant notre réflexion, à savoir « l'Enfant » et « le Droit ». Ces concepts qui sont intimement liés, nous renseignent que l'enfant ne peut seul accomplir une partie de ses actes, mais, son tuteur légal l'associe progressivement à la vie juridique en fonction de son âge et de son degré de maturité. Ceci étant dit, l'enfant a vivement besoin de vivre en famille pour subvenir à ses besoins et garantir ses droits, chose qui justifie l'accent mis sur la matière familiale, en tant que matière maitresse de notre réflexion, tout en essayant de la confronter avec la Convention internationale des droits de l'enfant qui se veut un instrument vecteur et porteur de droits indivisibles et interdépendants de l'enfant.

Ainsi, pour échapper à la classification classique en la matière, nous avons jugé utile d'insuffler une nouvelle âme vivace aux droits de l'enfant, tout en justifiant cette approche par répertorier les droits en quête en des droits substantiels et des droits accessoires. Nous désignons par les droits substantiels, tout droit ayant pour objet de forger la personnalité de l'enfant, en y incluant les droits dits « patrimoniaux » et « extrapatrimoniaux ». Quant aux droits accessoires, ils constituent des droits auxquels nous pouvons déroger, du fait qu'ils n'affectent pas la personnalité de l'enfant.

Cette nouvelle approche des droits de l'enfant nous semble possible, du fait de la flexibilité dans la classification des droits de l'enfant, qui est due, à la source, au caractère indivisible des droits en question.

L'Enfant et le Droit

Ce faisant nous allons examiner, dans un premier temps, l'émergence des droits de l'enfant sur la scène internationale et en droit familial, pour ainsi faire l'inventaire des instruments internationaux s'intéressant de loin et de près aux droits de l'enfant, tout en mettant l'accent sur la CDE qui constitue notre texte de référence ayant une force contraignante. Nous allons, par la suite, décliner les droits substantiels reconnus à l'enfant par le biais de la CDE et complétés, en termes de procédure, par la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.

Après étude de la perception des droits de l'enfant par le droit conventionnel, en tant que source du droit moderne, nous allons corrélativement, passer à l'examen de la perception de l'enfant par le droit musulman, en tant que source traditionnelle de droit.

Ceci étant, nous allons nous arrêter, dans un second temps, sur la protection juridique de la personne de l'enfant en droit familial, tout en centrant notre intérêt sur l'évolution du statut juridique de l'enfant, grâce à la CDE qui a pu requalifier l'enfant d'un objet de droit en sujet de droits subjectifs.

Nous allons, ensuite, faire une étude d'impact de cette mutation de statut juridique de l'enfant, en déterminant le rôle de l'autorité parentale en droit conventionnel et en droit familial, pour ainsi individualiser notre sujet de protection en lui instituant un régime d'incapacité qui se détache de sa connotation classique et se veut un régime protectionniste.

Pour mener à bien notre travail de recherche, il convient de signaler notre approche au sujet sera alimentée par des cas de jurisprudence reconduits tout au long de notre étude.

PREMIERE PARTIE : L'EMERGENCE DES DROITS DE L'ENFANT SUR LA SCENE INTERNATIONALE ET EN DROIT FAMILIAL

Penser les droits de l'enfant, c'est penser « à ce qu'il est avant que d'être homme »⁵⁰ et c'est panser d'avance les plaies de la société de demain car ils sont les fondements sur lesquels peut se bâtir une solide culture des droits humains garante du respect des droits les plus élémentaires des générations futures⁵¹. L'humanité se doit donc de lui donner « le meilleur d'elle-même ».⁵²

Nombreux sont les instruments qui se sont intéressés aux droits de l'enfant, aux droits de la femme ou aux deux droits à la fois. Ainsi, nous nous pencherons à dresser l'inventaire des instruments internationaux ayant indirectement impliqué l'enfant, et ceux ayant vivement interpellé les droits de l'enfant.

L'intérêt prêté à l'enfant et les droits qui lui sont accordés aujourd'hui nous impose de faire un voyage dans le temps afin de pouvoir appréhender l'émergence des droits de l'enfant sur la scène internationale.

La scène internationale est sans conteste l'air propice ayant marqué le caractère évolutif des droits de l'enfant. L'évolution enregistrée en la matière a conduit les ordres juridiques internes de par le monde à adapter son arsenal juridique aux textes conventionnels.

Dans cette perspective, nous nous attelons d'une part, à dessiner les contours des droits de l'enfant par le droit conventionnel qui a eu le mérite d'édicter des principes novateurs et flexibles en matière des droits de l'enfant

50Rousseau Jean-Jacques, « Émile ou de l'éducation », Paris, Garnier-Flammarion, 1966

51 Laure PUBERT « La protection des droits économiques, sociaux et culturels des enfants dans l'Europe élargie à l'aube du XX^e siècle », publié in « **la Fondation Robert Schuman** », le Centre de recherche et d'étude sur l'Europe »

52Déclaration des Droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1959

(titre 1), pour, d'autre part, passer la relève aux ordres juridiques nationaux, dont l'ordre national interne qui demeure dominé de plain-pied par le droit musulman en droit familial (titre II).

Cette ambition nous incite à mettre à l'épreuve les questions restées en suspens par les conventions internationales, telles que la définition juridique de l'enfant et le point de départ de l'enfance. Afférées à l'ordre juridique interne, ces questions forment toujours le point de l'actualité et invitent le législateur marocain à faire une gymnastique de conciliation entre source moderne et source traditionnelle de droit.

TITRE I : La perception de l'enfant par le droit conventionnel : En tant que source moderne de droit

Le voyage dans le temps via le droit conventionnel nous permet de mieux cerner la genèse des droits de l'enfant, (chapitre 1) tout en faisant escale dans l'étude de la Convention Internationale des droits de l'enfant, qui se veut un instrument de révolution en la matière.

Chapitre 1 : La genèse des droits de l'enfant

C'est dans un contexte foisonnant de découvertes et de volontés réformistes, le tout teinté d'une conviction profonde selon laquelle le progrès social et l'égalité sont des objectifs à la portée de l'être humain, que se dessine l'histoire de la dynamique encore peu étudiée des droits de l'enfant. Cette mise en perspective sociohistorique s'interroge sur les processus de genèse, d'institutionnalisation et de diffusion des droits humains de l'enfant, ainsi que

les évolutions simultanées des ambitions éducatives affichées par les États sur un plan international.⁵³

Le processus de genèse est l'expression des efforts consentis à la fois dans des instruments internationaux s'intéressant accessoirement aux droits de l'enfant et dans ceux qui s'intéressent principalement auxdits droits. Ces instruments ont eu le mérite de déboucher sur une définition juridique de l'enfant.

Section 1 : L'enfant en droit conventionnel

Le recensement des instruments internationaux touchant indirectement les droits de l'enfant et ceux évoquant exclusivement ces droits, nous permet de comprendre le cheminement législatif en matière familiale qui a mené à l'adoption de ces instruments.

Sous-section 1 : L'inventaire des instruments internationaux traitant accessoirement des droits de l'enfant

Lors de cet inventaire servant à approcher la philosophie des droits de l'enfant, nous allons chronologiquement passer en revue, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

53 MOODY Zoe « les droits de l'enfant Genèse, institutionnalisation et diffusion (1924-1989 » Éditions Alphil-Presses universitaires suisses, 2016, p. 14

Paragraphe 1 : La Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948

Les différents instruments relatifs aux droits de l'Homme adoptés dans le cadre des Nations unies depuis l'année 1948 ne manquent pas de consacrer quelques dispositions à la situation de l'enfant. A cet effet, la Déclaration universelle des Droits de l'Homme reconnaît la nécessité de protéger les droits de l'enfant, d'abord en tant qu'homme ensuite en sa qualité spécifique d'enfant. Ce texte précise que « *la maternité et l'enfance ont droit à une aide et à une assistance spéciale* ». ⁵⁴

Etant donné que les droits de l'enfant forment, par extension, un démembrement des droits de l'Homme, la Déclaration universelle des droits de l'Homme énonce en son article premier que « *tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits...* », que chacun peut se prévaloir de tous les droits et toutes les libertés proclamés dans la Déclaration, sans distinction aucune notamment de race, de couleur, de sexe ..., de religion ..., de naissance ... ⁵⁵ que tout individu a droit à la vie ...⁵⁶, que pour contourner l'apatride, tout individu a droit à une nationalité et nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité. ⁵⁷

Ainsi, l'article 16, paragraphe premier de la même Déclaration précise qu'« *à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction*

54 Thomas FURAHA MWAGALWA « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Ed. Pulibook, 175, Boulevard Anatole, France p. 27

55 Tel qu'il ressort de l'article 2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948

56 Tel qu'il ressort de l'article 3 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948

57 Tel qu'il ressort de l'article 15 de ladite Déclaration

*quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille ... ».*⁵⁸

Dans le même ordre d'idées, le paragraphe 3 du même article ajoute que « *la famille est l'élément naturel et fondamental de la société, elle a droit à la protection de l'Etat* ».

La Déclaration en question, fait cependant l'objet de plusieurs reproches, elle réside non seulement dépourvue de valeur juridique contraignante, elle est également qualifiée de portée littéraire plutôt que juridique.⁵⁹

En 1966, la Déclaration universelle fût scindée en deux traités distincts : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Paragraphe 2 : Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966

Ce pacte a été adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 novembre 1966, signé par le Maroc le 19 janvier 1977 et ratifié le 3 mai 1979.

Le présent pacte précise en son article 10 que les Etats parties audit pacte reconnaissent que : « 1. *Une protection et une assistance aussi larges que possible doivent être adressées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps*

58 ABDERRAZAK Moulay Rchid « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans » Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997, Tome 268 de la collection, éd. MERTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 1999, p. 60

59 د. منتصر سعيد حموده "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي"، مرجع سابق، ص. 42

qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge [...]

3. Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous ces enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation et autres. Les enfants et adolescents doivent être protégés contre l'exploitation économique et sociale. Le fait de les employer à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal doit être sanctionné par la loi. Les Etats doivent aussi fixer des limites d'âge au-dessous desquelles l'emploi salarié de la main d'œuvre enfantine sera interdit et sanctionné par la loi. »

A son tour, le paragraphe 2 de l'article 12 énonce que « *les mesures que les États parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer :*

a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ; [...] »

Quant à l'article 13, il incite les Etats parties audit pacte à reconnaître le droit de toute personne à l'éducation et d'en assurer, notamment l'accessibilité et la gratuité de l'enseignement primaire obligatoire.

Ce même article ajoute par son paragraphe 3 que « *Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'Etat en matière d'éducation, et de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres convictions* ».

Paragraphe 3 : Le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966

Vu que le présent pacte a été adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966, il a été ratifié à la même date que le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le 3 mai 1979.

Visant exclusivement les enfants comme tels, le pacte relatif aux droits civils et politiques précise en son article 24 que « *1. tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de la famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.*

2. Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom.

3. Tout enfant a le droit d'acquérir une nationalité ».

En revanche, le pacte a bien avant mis l'accent, à travers son article 23.1, sur la famille « *en tant qu'élément naturel et fondamental de la société* » composée forcément de parents et d'enfants.

Paragraphe 4 : La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale

Cette convention a été adoptée et ouverte à la signature et à la ratification par l'Assemblée générale dans sa résolution 2106 A(XX) du 21 décembre 1965, signée par le Maroc le 18 janvier 1967 et ratifiée le 18 décembre 1970.

Cette convention fait renvoi implicite à l'enfant par le biais de son article 7 qui énonce que « *Les États parties s'engagent à prendre des mesures immédiates et efficaces, notamment dans les domaines de l'enseignement, de l'éducation, de la culture et de l'information, pour lutter contre les préjugés conduisant à la discrimination raciale et favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre nations et groupes raciaux ou ethniques, ainsi que pour promouvoir les buts et les principes de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la présente Convention* ».

Paragraphe 5 : La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes

Cette convention a été adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979 et ratifiée par le Maroc en date du 21 juin 1993.

Cette convention invite, par son article 5, les Etats parties à prendre toutes les mesures appropriées pour, notamment, « *faire en sorte que l'éducation familiale contribue à faire bien comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants et d'assurer leur développement, étant*

entendu que l'intérêt des enfants est la condition primordiale dans tous les cas ».

De même, le paragraphe 2 de l'article 11 de ladite convention invite encore une fois les Etats parties à prendre les mesures appropriées ayant pour entre autres objets *« d'encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants ».*

L'article 16 de la présente convention concourt, de sa part, à assurer *« les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants ; dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale ».*⁶⁰

De surcroît, ce même article appelle les Etats parties à assurer *« Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale »* et réitère que *« dans tous les cas, l'intérêt des enfants est la considération primordiale ».*⁶¹

Ledit article précise en dernier lieu, que *« les fiançailles et les mariages d'enfants n'ont pas d'effets juridiques et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, sont prises afin de fixer un âge minimal*

60 Article 16 paragraphe 1 d) de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

61 Article 16 paragraphe 1 f) de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

*pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel ».*⁶²

Parant du recensement des instruments internationaux ayant frôlé, par ricochet, les droits de l'enfant, il nous semble que le renvoi à ces droits, aussi bien implicite qu'explicite soit-il, demeure superficiel par rapport aux besoins spécifiques que requiert l'enfant, en tant que personne digne d'intérêt particulier.

C'est dans ce sens qu'un détour d'intérêt s'avère nécessaire pour identifier de près les droits de l'enfant consacrés spécialement par les instruments internationaux qui s'y intéressent exclusivement.

Sous-section 2 : L'inventaire des instruments internationaux traitant principalement des droits de l'enfant

En commençant par la Déclaration de Genève de 1924 en arrivant à la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, ce parcours historique laisse déduire que la consécration idéale des « droits de l'enfant » a demandé 65 ans de profonde réflexion, que nous allons étaler lors de la présente sous-section.

Paragraphe 1 : La Déclaration de Genève de 1924

C'est au sortir de la première guerre mondiale qu'une première Déclaration universelle des droits de l'enfant sera présentée par une association anglaise, désignée par « l'union internationale de secours aux enfants ». Cette première Déclaration sera reprise et entérinée par la société des Nations en 1924, elle est désormais connue sous le nom de la Déclaration de Genève de 1924, s'exprimait essentiellement en termes de devoirs de l'Etat et de la société en général envers les enfants. C'est dans cette vision que son préambule précise

62 Article 16 paragraphe 2 de la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

que « les hommes et les femmes de toutes les nations reconnaissent que l'humanité doit donner à l'enfant ce qu'elle a de meilleur, affirmant leurs devoirs, en dehors de toutes considération de race, de nationalité, et de croyance ».⁶³

Outre son préambule, la Déclaration de Genève se compose de 5 articles mettant succinctement l'accent sur le droit de l'enfant au développement moral, matériel et spirituel⁶⁴, le droit de l'enfant qui a faim d'être nourri ; l'enfant malade d'être soigné ; l'enfant arriéré d'être encouragé ; l'enfant dévoyé d'être ramené ; l'enfant orphelin et l'abandonné d'être recueillis et secourus.⁶⁵ Ces articles ont énoncé, par la même occasion, que l'enfant doit être le premier à recevoir des secours en cas de détresse⁶⁶, il doit être mis en mesure de gagner sa vie et doit être protégé contre toute exploitation.⁶⁷ Autant, la Déclaration ne manque pas de préciser que l'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères⁶⁸.

A cet égard, il importe de signaler que quoique la Déclaration de Genève fût, de par l'histoire, le premier texte international des droits de l'Homme ayant prêté un intérêt particulier aux Droits de l'Enfant, il reste néanmoins dépourvu de valeur juridique contraignante.⁶⁹

Au fil du temps, et précisément en 1959, la Déclaration des droits de l'enfant prend la relève sur la scène internationale et prête davantage beaucoup d'intérêts aux questions de l'enfant, par rapport à la Déclaration de Genève.

63 FURAHA MWAGALWA Thomas « L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo », Ibid. p. 26

64 Article 1 de la Déclaration de Genève de 1924

65 Article 2 de la Déclaration de Genève de 1924

66 Article 3 de la Déclaration de Genève de 1924

67 Article 4 de la Déclaration de Genève de 1924

68 Article 5 de la Déclaration de Genève de 1924

69 د. منتصر سعيد حمودة "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010، ص. 39

Paragraphe 2 : La déclaration des droits de l'enfant de 1959

Un deuxième instrument portant exclusivement sur les droits de l'enfant est la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations unies, le 20 novembre 1959. Ce texte qui se nourrit de grands principes de la Charte de l'ONU et de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, est plus étendu que la Déclaration de Genève dont il reprend cependant les principes. La Déclaration de 1959 préconise une protection juridique dans les phases pré et postnatale et affirme la nécessité de protéger l'enfant contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation. Elle consacre les droits de l'enfant au nom, à la nationalité ou encore à la sécurité sociale. Cependant, elle n'innove pas en ce qui concerne le statut de l'enfant. Ce dernier demeure le titulaire passif des droits que les adultes ont la charge de mettre en œuvre.⁷⁰

Cette Déclaration est réputée populaire par le principe qui énonce que « l'humanité se doit de donner à l'enfant le meilleur d'elle-même ».

Elle constitue, en outre, l'instrument ayant favorisé l'élaboration de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant de 1989,⁷¹ qui était depuis lors en gestation.

Paragraphe 3 : La convention Internationale relative aux droits de l'enfant de 1989

a) Introduction à l'étude de la Convention

La présente Convention a été adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies, le 20 novembre 1989, elle a été signée par le Royaume du Maroc le 26 janvier 1990, puis ratifiée le 21 juin 1993. Elle fut par la suite assortie de

70 FURAHA MWAGALWA Thomas « L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo », Ibid. p. 26

71 د. منتصر سعيد حموده "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي"، نفس المرجع، ص. 55

deux protocoles facultatifs ; l'un concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, et l'autre concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés.

Cette Convention est le principal instrument juridique international dans le domaine de la protection des droits de l'enfant. Elle est composée d'un préambule qui définit le cadre général de la Convention, et de 54 articles faisant l'objet de trois parties distinctes. La première partie, allant de l'article premier à l'article 41, énonce l'ensemble des droits de l'enfant. La seconde partie, allant de l'article 42 à l'article 45, édicte les mécanismes de contrôle qui servent à la bonne application de la Convention. Quant à la troisième partie, allant de l'article 46 à l'article 54, elle prescrit les mesures à prendre pour l'entrée en vigueur de la Convention.⁷²

Ainsi, à la Convention internationale des droits de l'enfant, s'adjoint deux protocoles additionnels qui visent à compléter ladite Convention. Le premier protocole porte sur la participation des enfants aux conflits armés, quant au second, il s'intéresse à la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie impliquant des enfants.

La Convention, pivot de notre réflexion, énonce dans son préambule que les Etats parties sont « *convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particuliers des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté* ». Elle pose, ensuite, les principes spécifiques, dont celui qui commande que l'intérêt de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant.

72 د. وليد سليم النمر، "حماية الطفل في السياق الدولي والوطني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، دار الكتب المصرية، 2015 ص. 237

L'Enfant et le Droit

Elle reconnaît, également, que « *tout enfant a un droit inhérent à la vie* », à la survie et au développement,⁷³ un droit à un nom et à une nationalité.⁷⁴

Cette Convention met, en outre, à la charge des parents ou les représentants légaux de l'enfant l'obligation de guider celui-ci dans l'exercice de son droit, notamment, à la liberté de pensée, de conscience ou de religion.

Elle énonce, de surcroît, des droits spécifiques de l'enfant, qui visent à ce que l'enfant ne soit pas séparé contre son gré de ses parents à moins que son intérêt supérieur l'exige,⁷⁵ à ce qu'il bénéficie d'une protection spéciale s'il vient de se séparer de sa famille ou s'il est physiquement ou mentalement handicapé⁷⁶.

Cette Convention encadre, par la même occasion, les pratiques régissant l'adoption et favorise le droit de l'enfant à une éducation adéquate⁷⁷ et à des loisirs accommodés à son âge⁷⁸ et le prémunit contre toute forme d'exploitation.⁷⁹

La convention est constituée de droits indivisibles, interdépendants et indissociables, autrement dit ces droits s'entremêlent et s'imbriquent entre eux, à tel point qu'il est proscrit d'empiéter sur les droits de l'enfant, voire de sacrifier un droit au détriment d'un autre.⁸⁰

En effet, la convention réaffirme par le biais de son article 4, l'indivisibilité des droits économiques, sociaux et culturels des droits civils de

73 Article 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

74 Articles 7 et 8 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989.

75 Article 9 de la même Convention

76 Article 23 de la Convention

77 Article 29 de la Convention

78 Article 31 de la Convention.

79 Article 19 de la Convention

80. وليد سليم النمر، "حماية الطفل في السياق الدولي والوطني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، مرجع سابق. ص. 65-66

l'enfant. Cet article précise en substance que les Etats s'engagent à prendre tous les moyens nécessaires pour garantir *in globo* la concrétisation desdits droits.⁸¹

Toutefois, nous ne pourrions nous attarder à décliner les droits reconnus à l'enfant en vertu de la Convention internationale des droits de l'enfant qu'à travers la précision de la nature juridique de ladite convention et la quête d'une définition juridique du concept « enfant ».

Ce faisant, nous nous interrogeons sur le parcours historique de la Convention internationale des droits de l'enfant ?

b) Les raisons d'être de la Convention internationale des droits de l'enfant

Au niveau des Nations Unies, la philosophie qui inspirait la Convention internationale des droits de l'enfant, suscitée en 1978 par la Pologne, a été adoptée par la quasi-totalité de la communauté internationale. Elle se traduit par une multitude d'obligations faites aux différents pays de promouvoir certains instruments juridiques relatifs à l'enfant.⁸²

La proposition faite par la Pologne en la matière, avait pour objet de reprendre scrupuleusement les principes énoncés à la déclaration des droits de l'enfant de 1959, tout en les revêtant du caractère contraignant. Toutefois, ladite proposition a été vouée à l'échec pour moult lacunes, dont l'ambiguïté du projet de la Convention, l'absence de dispositions édictant les mécanismes d'application dudit projet, ainsi que l'omission de plusieurs droits de l'enfant à vocation économique, culturelle, sociale, civile et politique.

81 ZANI Mahmoud « La Convention internationale des droits de l'enfant : portée et limites », PUBLISUD, 1996

« Les preuves sont là : il faut investir dans l'éducation et la protection de la petite enfance : état des lieux dans le monde », éd. UNESCO, publié en 2017 par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. p. 27

82HENRY Joël « Du social en Europe : le dispositif français en péril » éd. Cheminements, 2006. p. 60

Ceci dit, l'élaboration du projet de la Convention internationale des droits de l'enfant s'est faite en deux temps. La première ébauche de la Convention, a été initiée en 1979 par un groupe de travail composé de 43 Etats membres de la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, ayant pour référence le texte entamé par la Pologne. Ce groupe de travail était appelé à se réunir une fois par an, tout au long de 7 ans de travail.⁸³

Pour l'élaboration de la deuxième ébauche de la Convention, le groupe de travail s'est réuni au courant de la période s'étalant du 28 février au 9 décembre 1988. La version finale de la deuxième ébauche a été soumise à la Commission des droits de l'Homme, pour approbation le 8 mars 1989, puis pour son adoption par l'assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 20 novembre 1989.⁸⁴

Elle est entrée en vigueur moins d'une année plus tard, et cela conformément au paragraphe 1^{er} de l'article 49 de la Convention, qui dispose que « *la présente Convention entrera en vigueur le trentième jour qui suivra la date du dépôt auprès du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du vingtième instrument de ratification ou d'adhésion* ».

c) Les traits caractéristiques de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant

La Convention internationale des droits de l'enfant révèle « une caractéristique intéressante et rare, du fait qu'elle consacre dans un même texte des droits civils et politiques et des droits sociaux, économiques et culturels ».⁸⁵

83. منتصر سعيد حمودة "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010، ص. 65. ص. 67.

84. المرجع السابق، ص. 68.

85. SCIOTTI-LAM Claudia « L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties », Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 483

L'Enfant et le Droit

La Convention de 1989, serait ainsi une adaptation à la situation spécifique de l'enfant et s'inscrit dans le domaine des droits de l'Homme, vu que son contenu rassemble en un seul texte les droits et protections reconnus aux enfants par de précédents outils internationaux.⁸⁶

Cette Convention revêt, au demeurant, un intérêt particulier, du fait qu'elle est l'unique instrument international ayant, par la même occasion, rassemblé un grand nombre de ratifications, pris l'initiative de définir l'enfant, cerné l'ensemble des droits de l'enfant, et impliqué les Etats membres dans la protection des droits en question.⁸⁷

De surcroît, ladite Convention s'articule autour de six objectifs principaux. Elle dresse, comme premier objectif, un éventail complet de droits de l'enfant énoncés eu égard au principe de la non-discrimination, au droit à un nom et à une nationalité, à la liberté de pensée, de conscience et de religion, au droit à l'éducation et au droit de se livrer au jeu.

Le deuxième objectif de la Convention se matérialise par le droit de l'enfant à l'alimentation, au logement, le droit de bénéficier de la sécurité sociale, y compris l'assurance sociale, le droit à l'éducation qui doit être progressivement assuré à tout enfant et sur la base de l'égalité des chances.

Pour ce qui est du troisième objectif de la Convention, il se résume dans le droit de l'enfant de grandir dans un milieu familial convivial ou d'être placé dans une famille ou dans un établissement approprié pour enfant.

86 FURAHA MWAGALWA Thomas « L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo », Op.cit. p. 30

87 د. جعفر عبد الأمير علي الياسين "الحماية القانونية الدولية للطفل: دراسة إحصائية قانونية اجتماعية"، طباعة ونشر وتوزيع مكتبة زين الحقوقية والأدبية، منشورات زين الحقوقية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 2015، ص. 34

L'Enfant et le Droit

Le quatrième objectif s'inscrit dans le souci de faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant dans toutes les décisions qui le concernent, sans aucune considération pour les droits des autres.

Quant au cinquième objectif, il tend à consacrer le droit de l'enfant à la vie, à la survie et au développement.

Le sixième et ultime objectif de la Convention, vise à protéger l'enfant contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation.⁸⁸

En effet, le texte de la Convention marque une étape décisive dans l'évolution des droits de l'enfant. Il est, en conséquence, réputé novateur pour deux raisons.

La première concerne la nature juridique de la Convention : il s'agit d'un traité ratifié par le Royaume du Maroc qui, aux termes du préambule de la Constitution du Royaume de 2011, en accorde dès la publication des conventions internationales dûment ratifiées par lui, la primauté sur le droit interne du pays.

La seconde réside dans la création de nouveaux droits dédiés à l'enfant qui, antérieurement à la Convention de 1989, était considéré comme un objet de protection. Il subissait en quelque sorte cette protection. Au vu de la présente Convention, une nouvelle vision de l'enfant émerge. L'enfant est désormais perçu, autrefois par les adultes, comme un être à part, en devenir, un « pas encore » (...) est désormais un titulaire de droits et de responsabilités.⁸⁹

⁸⁸ "حماية الطفل في السياق الدولي والوطني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، مرجع سابق. ص. 236

⁸⁹ HENRY Joël « Du social en Europe : le dispositif français en péril » éd. Cheminements, 2006. p. 60

L'Enfant et le Droit

Cette Convention lui confère, en l'occurrence, le droit de s'exprimer et le droit à la parole, chose qui permet à tout enfant de devenir un sujet actif de droit. L'article 12 de cette Convention, dispose en l'espèce que « *Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ...* ». L'alinéa 2 du même article, accorde ainsi à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure l'intéressant, qu'elle soit administrative ou judiciaire. Cette intervention se fait alors par l'intermédiaire d'un représentant.⁹⁰

La préoccupation progressive de la scène internationale pour ce qui concerne les droits de l'enfant s'est résolue par donner naissance à une définition juridique au concept « enfant » que nous allons examiner au courant de la section 2. Cette définition est certes le fruit d'une genèse du droit conventionnel, mais reste l'apanage exclusif de la Convention internationale des droits de l'enfant.

En clair, la Convention en question se singularise, avant tout, par le fait d'être le premier texte juridiquement contraignant doté de la force obligatoire et le premier texte parvenant à accorder une définition juridique au concept « enfant ».

Cette Convention marque le point de départ d'une nouvelle ère pour les droits de l'enfant. Elle apparaît comme le premier instrument juridique

90 LEBRETON Marie-Christine, Préface de Mme le Doyen Yvonne FLOUR « **L'enfant et la responsabilité civile** », Publication des Universités de Rouen et du Havre, 1999, p. 29

international ayant force obligatoire. Nous passons ainsi d'un droit déclaratoire à un droit contraignant.⁹¹

Preuve en est, il s'ensuit de l'article 50-3 de ladite Convention que *« lorsqu'un amendement entre en vigueur, il a force obligatoire pour les Etats parties qui l'ont accepté, les autres Etats parties demeurant liés par les dispositions de la présente Convention et par tous amendements antérieurs acceptés par eux »*.

Cet article incite les États ayant ratifié la Convention à respecter, et à faire respecter, tous les droits qu'elle consacre au nom des enfants.

Ceci dit, nous reprenons plus loin en profondeur, le caractère de la force obligatoire de la convention onusienne lors de l'étude de l'applicabilité directe de ladite Convention.

En revanche, pour une meilleure approche du concept « enfant », l'acteur clé de notre recherche, il y a lieu de s'interroger sur les critères pris en compte servant à accorder une définition juridique à l'enfant, tout en rappelant que les instruments internationaux qui précèdent la Convention internationale des droits de l'enfant n'ont pas parvenus à de telle définition.

Section 2 : Le concept « enfant » : Fruit d'une genèse du droit conventionnel

La définition de l'enfant est du ressort du droit international, et comme nous allons le constater, le critère retenu est celui de l'âge. Compte tenu du critère de l'âge, aurons-nous de la sorte une définition invariable de l'enfant ?

91 BELLO Sakinatou « La traite des enfants en Afrique : l'application des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant en République Bénin » l'Harmattan, 2015, p. 35

Si l'enfant est par défaut défini par le critère de l'âge, cela suppose que le critère de l'âge se suffise à lui-même pour approcher l'enfant, or la notion de l'enfant demeure une notion fluctuante et l'enfant doit être défini au cas par cas.

Sous-section 1 : La définition juridique de l'enfant par l'unique critère de l'âge

En français, l'étymologie du mot « enfant » éclaire, s'il en était besoin, la vision que, pendant des siècles on a eue de l'enfance. Le terme, rappelons-le, vient du latin « *infans* » qui signifie : « celui qui ne parle pas ». L'enfant est ainsi désigné non pas par ses qualités ou par un quelconque aspect positif mais de manière négative, par ce qu'il n'a pas. Cela montre la conception que nous avons longtemps eue de l'enfant et qui prévaut encore trop souvent : un être qui n'est pas terminé, qui est privé d'un certain nombre de qualités, d'aptitudes et qui, de ce fait ne saurait avoir de droits comme en ont les adultes.⁹²

Par essence, l'enfant est défini en tant qu'être humain vulnérable qui, par manque de maturité physique et intellectuelle, ne peut pleinement se prévaloir de ses droits. C'est dans ce sens que le recours au droit s'avère nécessaire pour accorder une protection juridique appropriée à l'enfant.

La notion de « droits de l'enfant » est une notion récente. Les différentes déclarations de droits de l'Homme du 18^{ème} siècle (déclarations des différents Etats américains, déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen) ne concernent que les droits civils et politiques et ne font aucune mention des enfants. Il faut attendre le 20^{ème} siècle pour que la question soit réellement abordée. La première déclaration des droits de l'enfant date de 1924 et c'est petit à petit qu'un consensus croissant vise à reconnaître à l'enfant une position à part

92 Michèle ZIRARI « **Les droits de l'enfant** », in Revue juridique politique et économique du Maroc, éditée par la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales –Rabat Agdal- N° 44 (Numéro spécial), 2^{ème} semestre, Année 2009, p. 123

entière dans la société. C'est grâce au concept de « droits de l'Homme » que celui de « droits de l'enfant » va émerger : « l'enfant est un homme, il est donc également porteur de tous les droits de l'Homme ». L'enfant est expressément évoqué dans les pactes jumeaux adoptés en 1966, comme précédemment signalé, mais il faudra attendre 1989 pour que la convention relative aux droits de l'enfant soit adoptée.⁹³

A cet effet, et au sens de cette Convention, « *un enfant s'entend de tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable* ». ⁹⁴

Delà, nous pouvons affirmer que si le critère retenu au dessein de définir l'enfant est l'âge, le droit international ne détermine qu'un seuil maximal, laissant ainsi la possibilité que la définition de l'enfance soit plus restrictive dans les législations nationales en tenant compte d'autres critères, notamment l'âge de la majorité.⁹⁵

L'âge de dix-huit ans a été repris comme critère de définition par plusieurs autres traités relatifs à l'enfant. Citons, à titre d'illustration, la Convention n° 182 de l'Organisation internationale du travail sur les pires formes du travail de l'enfant dont l'article 2 précise que « *le terme enfant s'applique à l'ensemble des personnes de moins de 18 ans* ». ⁹⁶

93 ZIRARI Michèle « **Les droits de l'enfant** », in Revue juridique politique et économique du Maroc, Ibid. p. 124

94 L'enfant, tel que défini à l'article premier de la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989.

95 FURAHA MWAGALWA Thomas « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Ibid. p. 18

96 FURAHA MWAGALWA Thomas « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Ibid. p. 18

L'Enfant et le Droit

Dans sa version initiale, la définition accordée à l'enfant a été contestée par le Royaume du Maroc, vu qu'elle énonçait expressément que la naissance marque bel est bien le commencement de l'enfance.⁹⁷

La définition actuelle de l'enfant, telle que consacrée par l'article premier de la Convention, suscite tout de même des controverses quant à la date butoir de l'enfance. Sur ladite question, la doctrine en droit international a contesté le fait de rester enfant jusqu'à l'âge de dix-huit ans, en arguant que l'enfance arrive à terme à l'âge de puberté et cède, en conséquence, la place à la phase de l'adolescence.⁹⁸

En Amérique latine, bien qu'il n'existe aucun texte conventionnel définissant l'enfant, il y a lieu d'affirmer que le seuil de dix-huit ans est largement accepté. Cette opinion se fonde sur la définition qu'adopte la Cour interaméricaine des droits de l'Homme, appelée à trancher sur la base de l'article 19 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme. Cette disposition relative à la protection de l'enfant, dispose que « *toute enfant a droit aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat* ». Dans son jugement du 19 novembre 1999 dans l'affaire dite « les enfants de la rue », la Cour interaméricaine des droits de l'Homme retient le seuil de 18 ans alors que l'article 19 de la Convention ne souffle pas la définition de l'enfant. La Cour interaméricaine se réfère expressément à la Convention relative aux droits de l'enfant, d'une part, et à la législation applicable à Guatemala, d'autre part, et ce conformément à l'article premier de la Convention relative aux droit de l'enfant.

D'autant plus, on constate que la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ne fixe pas l'âge du début de l'enfance. En effet, si

⁹⁷ "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي", م س، ص. 20.

⁹⁸ نفس المرجع، ص. 21-22.

L'Enfant et le Droit

l'enfance se termine au dix-huitième anniversaire de la personne, aucun terminus *a quo* n'est fixé : correspond-il au moment de la conception, à la naissance ou à une période intermédiaire ?⁹⁹

Sur ce, la Convention de novembre 1989 relative aux droits de l'enfant se démarque largement de la déclaration relative aux droits de l'enfant de 1959 dont le préambule affirmait que « *l'enfant, en raison de sa maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance* ». Contrairement à la Déclaration précitée, les rédacteurs du texte de la Convention auraient évité de fixer un point de départ de l'enfance pour favoriser le *consensus* entre les positions divergentes autour de la question de l'avortement, quoique le préambule de la Déclaration de 1959 ait été encore une fois repris dans le préambule de la Convention de 1989.¹⁰⁰

Ceci dit, la définition de l'enfant relève du droit international conventionnel et, comme nous l'avons constaté, le seul critère retenu servant à définir l'enfant est celui de l'âge. Toutefois, il importe de signaler que si les rédacteurs de la Convention ne se sont pas prononcés sur le début de l'enfance et n'ont pas du moins verrouillé l'âge limite de l'enfance, la définition juridique de l'enfant connaîtra par transivité une élasticité provoquée.

99 FURAHA MWAGALWA Thomas « L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo », Ibid. p. 20

100 FURAHA MWAGALWA Thomas « L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo », Ibid. p. 21

Sous- section 2 : L'élasticité de la définition juridique de l'enfant

L'élasticité de la définition juridique de l'enfant a produit deux conséquences connexes : le caractère figé (a) et ambigu de la définition (b).

a) Le caractère figé de la définition : Une définition qui se réfère par défaut au critère de l'âge

Partant de l'article premier de la Convention qui définit l'enfant par le critère de l'âge et qui donne la latitude aux pays signataires de fixer l'âge de la majorité légale à dix-huit ans ou de le fixer plus tôt, nous nous tâcherons de savoir si le législateur marocain a transposé la même définition consacrée par ledit article. Sur ce, il y a lieu de préciser que d'emblée la majorité légale a été fixée à l'unanimité à dix-huit ans, mais connaît néanmoins certaines exceptions selon les matières pénale, civile ou commerciale.

Antérieurement à la Convention de 1989, la première définition de l'enfant apparaît dans la Convention concernant les soins médicaux et les indemnités de maladies, adoptée le 25 juin 1969 par la conférence générale de l'Organisation internationale de travail (Convention n° 130). Aux termes de l'article 1^{er}, de ladite convention, le terme enfant désigne, entre autres, « ... *un enfant qui est au-dessous de l'âge auquel la scolarité obligatoire prend fin ou un enfant de moins de quinze ans ...* ». Bien que cette définition s'applique aux fins de la Convention précitée et ne possède pas un caractère général, il importe de constater qu'il s'agit d'une définition quelque peu fluctuante. En effet, dès lors qu'on se réfère à la fin de la scolarité obligatoire –lorsqu'elle a lieu avant

l'âge de quinze ans- on se retrouve face à des situations différentes selon les Etats.¹⁰¹

On retient en premier lieu qu'elle est jugée d'insatisfaisante par plusieurs auteurs qui estiment notamment que la référence aux législations nationales agit comme un obstacle à l'existence d'une définition universellement acceptée et fixant à dix-huit ans l'âge limite pour la définition de l'enfant.¹⁰²

A vrai dire, si la majorité légale est fixée, sur tous les plans, à l'âge de dix-huit ans, elle connaît certaines particularités dues à des situations bien précises. En matière pénale, à titre d'illustrer, la majorité pénale est fixée, sans équivoque, à dix-huit ans,¹⁰³ toutefois le mineur auteur de l'infraction pénale, bénéficie des excuses de minorité compte tenu de son âge.

En effet, la responsabilité pénale connaît des tempéraments et des graduations selon qu'il s'agisse d'un mineur de « moins de douze ans », qui est considéré comme « irresponsable pénalement » par « défaut de discernement »,¹⁰⁴ ou d'un mineur de « douze ans », n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans, et qui est considéré comme « partiellement responsable » en raison d'« une insuffisance de discernement »¹⁰⁵.

En matière commerciale, la capacité pour exercer le commerce obéit aux règles du statut personnel.¹⁰⁶ Sur ce, l'article 13 du code du commerce apporte la précision suivante : « *l'autorisation d'exercer le commerce par le mineur et la*

101 FURAHA MWAGALWA Thomas « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Ed. Publibook, 175, Boulevard Anatole, France p. 17

102 FURAHA MWAGALWA Thomas « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Ibid. p. 18

103 L'article 140 du Code Pénal dispose que : « Les délinquants ayant atteint la majorité pénale de dix-huit ans révolus, sont réputés pleinement responsables ».

104 Tel qu'il ressort de l'article 138 du Code pénal.

105 Tel qu'il ressort de l'article 139 du Code pénal marocain.

106 Article 12 du code du commerce marocain, version consolidée en date du 6 décembre 2018, Ministère de la Justice et des Libertés, Direction de Législation.

déclaration anticipée prévues par le code du statut personnel doivent être inscrites au registre du commerce ».

En se référant au code de la famille, pour l'autorisation d'exercer le commerce visé à l'article 13 du code du commerce, l'article 226 du code de la famille dispose que « *le mineur doué de discernement¹⁰⁷ peut prendre possession d'une partie de ses biens pour en assurer la gestion à titre d'essai* ».

L'autorisation à cet effet est accordée soit directement par le tuteur légal, le père ou la mère, soit par une décision du juge chargé des affaires des mineurs sur demande de l'enfant intéressé, soit par le tuteur testamentaire ou datif s'il constate qu'il présente des signes de maturité.

Dans ce cas de figure, les actes de l'enfant doué de discernement autorisé produisent tous leurs effets légaux étant donné qu'il est considéré comme jouissant de sa pleine capacité pour tout ce que comporte l'autorisation, y compris la faculté d'ester en justice.¹⁰⁸

Pour ce qui est de la déclaration anticipée, l'article 218 du code de la famille précise en son 3^{ème} alinéa et suivants que le mineur âgé de seize ans « *peut demander au tribunal de lui accorder l'émancipation. Le représentant légal peut demander au tribunal d'émanciper le mineur qui a atteint l'âge susmentionné, lorsqu'il constate qu'il est doué de bon sens.*

La personne émancipée entre en possession de ses biens et acquiert sa pleine capacité concernant la gestion et la disposition de ses biens... ».

107 L'article 214 du Code de la famille fixe l'âge de discernement à l'âge de douze années grégoriennes révolues.

108« **Guide pratique du code de la famille** », préface Mohamed BOUZOUBAA, p. 134

Les deux cas sus-indiqués, témoignent de l'indulgence portée par le législateur vis-à-vis du mineur qui peut exercer le commerce avant d'accéder de plein droit à l'âge de la majorité légale.

Ce même législateur se comporte, en revanche, avec rigueur vis-à-vis du mineur étranger désirant exercer le commerce au Maroc et ce, par le biais de l'article 15 du code du commerce qui dispose ce qui suit : « *Est réputé majeur pour exercer le commerce tout étranger ayant atteint vingt ans révolus, même si sa loi nationale prévoit un âge de majorité supérieur à celui qui est édicté par la loi marocaine* ».

Partant de cette disposition, et en relevant l'âge de la majorité légale de 18 à 20 ans, le législateur marocain fait acte de discrimination, puisqu'il ne met pas au même pied d'égalité le commerçant marocain et son homologue étranger.

Il s'ensuit de cette ébauche de définition que si le législateur marocain est parvenu à mettre au diapason les textes juridiques en vigueur avec les termes de la Convention, en fixant l'âge de la majorité légale à dix-huit ans,¹⁰⁹ il n'est pas pour autant parvenu à se prononcer sur une définition propre de l'enfant.

Nous nous trouvons, par conséquent, face à une panoplie de situations juridiques voire une élasticité de définition qui puise encore une fois du critère de l'âge en se référant tantôt à l'enfant dépourvu de discernement et l'on désigne l'enfant âgé de moins de douze ans, et tantôt à l'enfant doué de discernement, à l'âge de douze ans,¹¹⁰ et ce, hormis les cas où il est habilité à choisir lequel de ses père et mère assumera sa garde,¹¹¹ si le cas de rupture de la relation

109 L'âge de majorité légale est fixé à dix-huit ans au regard de l'article 209 du **code de la famille**, de l'article 4 du **code de nationalité marocaine**, et de l'article 140 du code pénal ; qui convertit la majorité légale en majorité pénale.

110 Article 214 du code de la famille

111 Article 166 du code de la famille

conjugale des parents se présente, et le cas échéant, lorsqu'il est habilité à demander au tribunal d'être émancipé à l'âge de seize ans.¹¹²

Ceci nous mène à conclure, qu'en droit positif, la notion d'enfant n'est pas clairement définie, puisqu'elle est exclusivement appréhendée en fonction de l'âge de l'individu,¹¹³ vu que la Convention internationale des droits de l'enfant a servi de modèle voire de référent créant, par défaut, à l'esprit du législateur un réflexe figé de recours au critère de l'âge pour ainsi, déboucher sur une définition de l'enfant.

Cela étant, la notion de l'enfance s'avère floue et son cours se révèle fluctuant. Ce constat est dû aux différentes phases qui enveloppent l'enfance, à savoir, de cinq à sept ans, ce sera la petite enfance, entre huit et treize ans, ce sera l'enfance proprement dite. A partir de treize ans, l'enfant entrera dans l'adolescence. Mais ce seuil restera indécis et pourra varier¹¹⁴ compte tenu de plusieurs facteurs dont les considérations culturelles, chose qui incite à renforcer la relation « Enfant et Droit » pour pouvoir accorder à l'enfant une protection juridique appropriée eu égard à sa vulnérabilité et son degré de maturité.

En revanche, pour pallier à l'imprécision du concept « enfant », tel que défini par la Convention Internationale des droits de l'enfant, et pour une meilleure approche de l'enfant, acteur clé de notre recherche, nous proposons de s'arrêter sur les définitions qui lui ont été accordées par les philosophes des lumières.

112 Article 218 du code de la famille

113 M. MABAKA Placide « **Le discernement de l'enfant dans les conventions internationales et en droit comparé** » In « **Recherches familiales** », éd. union nationale des associations familiales (UNAF), 2012/1 n° 9, p. 143-152

114 VERLET Martin « **Grandir à Nima (Ghana) : les figures du travail dans un faubourg populaire d'Accra** », Col. « Hommes et Sociétés », IRD éd. et KARTHALA, 2005, p. 170

b) L'enfance : Une notion au fil des temps ambigüe et relative

➤ **Le concept « enfant », appréhendé par les philosophes des lumières**

Dans son ouvrage « Emile ou de l'éducation », Jean-Jacques Rousseau prétend que les adultes font récidive de la même erreur : Celle de considérer les enfants comme des adultes en miniature et non comme des enfants. Ils sont définis soit comme des adultes en devenir ou soit comme de petits adultes sans que le monde des gens matures ne perçoive tout le bagage positif contenu dans l'enfance et sans lequel l'adulte ne serait pas humain.¹¹⁵

Les écrits de John Locke ont également longtemps servi de cadre pour définir l'enfance. A cet effet, Locke précise qu'« il manque aux enfants les attributs des êtres humains adultes ». Ils sont décrits comme immatures, ignorants, incapables, influençables, innocents et asexués.¹¹⁶

Dans sa vision négative de l'enfance, Hobbes apporte la précision suivante : « Les enfants ne sont doués d'aucune raison avant d'avoir acquis l'usage de la parole ». Pour lui, comme pour Locke, parler et penser sont deux actes qui traduisent l'usage de la raison. Du point de vue juridique, et sommairement, l'enfant doit être tenu pour irresponsable, parce qu'il est dénué de langage et de raison, tel que le sens strict « *d'infans* » l'indique, c'est-à-dire un être condamné au silence.¹¹⁷

115« **DDR : Désarmer, démobiliser et réintégrer** », Défis humains, enjeux globaux, sous la direction de Yvan Conoir et Gérard Verna, Les presses de l'Université Laval, 2006, p. 368

116 Zoe MOODY « **les droits de l'enfant Genèse, institutionnalisation et diffusion (1924-1989)** », Op.cit, p.321

117 JOLIBERT Bernard « **L'enfant au 17^e siècle** », Col. Dirigée par Jean CHATEAU, Paris librairie philosophique J. VRIN, 6, Place de la Sorbonne, V^e 1981, p. 97

Cette vision négative de l'enfant est aussitôt revue par les philanthropes qui œuvrent activement pour sauver les enfants orientent leurs actions en articulant deux philosophies de l'éducation particulièrement prégnantes à l'époque. Ils prônent les écrits du philosophe anglais John Locke. Son ouvrage « *Some Thoughts Concerning Education* » en date de 1693, a eu un impact important sur les familles bourgeoises en Angleterre : tout enfant peut devenir un gentilhomme s'il reçoit une éducation adaptée, car il est foncièrement malléable. D'autre part, ils font référence aux principes développés par Rousseau dans *L'Émile* ou de l'Éducation en date de 1762.¹¹⁸

Et « *comme nous avons tous été enfants avant que d'être hommes ...* » Descartes a voulu le rappeler, dans un de ses passages au Discours de la méthode. L'enfance, l'adolescence, les deux périodes qui précèdent notre maturité, ont des spécificités qui appellent de protections particulières.¹¹⁹

A l'instar des philosophes, autant de psychologues que de sociologues se sont intéressés à la phase de l'enfance. Pour appréhender celle-ci, les psychologues font remonter l'enfance au stade fœtal et l'achève à la puberté. Quant aux sociologues, les avis sont divisés en trois. Nous retenons, à cet effet, le premier avis qui allègue que la phase de l'enfance commence à courir à la naissance, et prend fin à l'âge de la majorité légale. Pendant que le second avis préconise que l'enfance commence à la date de naissance et arrive à terme à

118 MOODY Zoe « **les droits de l'enfant Genèse, institutionnalisation et diffusion (1924-1989)** », Op.cit., p. 48

119 LEGEAIS Raymond, Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences sociales, ancien président de l'université de Poitiers « **Les droits de l'enfant et de l'adolescent selon la Cour européenne des droits de l'Homme (le point avec la jurisprudence de la nouvelle Cour)** » in « **Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit** » études offertes à Claude LOMBOIS, textes réunis par Jean-Pierre Marguénaud, Michel Massé, Nadine Poulet-Gibit Leclerc, Presses Universitaires de Limoges, 2004, p. 870.

l'âge de douze ans, un contre avis concède qu'elle commence à courir dès la naissance et prend fin à la puberté.¹²⁰

De ce qui précède, il appert que les sociologues convergent que la phase de l'enfance débute à la naissance, vu qu'ils perçoivent l'acte de naissance comme étant un évènement social, et convergent sur la fin de la phase en question, et ce, contrairement aux psychologues qui font remonter l'enfance au stade foetal.¹²¹

En confrontant les deux approches philosophique et juridique du concept « enfant », il nous paraît que les deux approches concluent à la relativité et à l'ambiguïté de la notion « enfant ».

Abstraction faite de la perception philosophique de l'enfant, force est de rappeler que l'hésitation ressentie quant à la définition juridique de l'enfant est rendue à des motifs tacites. Ces motifs sont déguisés derrière la volonté des rédacteurs de la Convention de faire remonter le compteur de la protection due à l'enfant à la période prénatale ou démarrer ledit compteur à la naissance. Une question épineuse de droit que nous aurons à dénouer plus loin, à l'occasion de notre recherche.

Parvenue à allouer une définition juridique à l'enfant, qui n'en demeure pas exempte de reproches constructives, la Convention Internationale des droits de l'enfant est désormais le texte pivot en matière familiale qui a pu accorder une panoplie de droits substantiels à l'enfant.

120 "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي", ص. 17

121 نفس المرجع، ص. 18

Chapitre 2 : La Convention Internationale des droits de l'enfant : Un texte vecteur en matière familiale

Une place à part entière mérite d'être accordée à la Convention internationale des droits de l'enfant, désignée, ci-après, par la CDE. Celle-ci revêt une place importante en matière familiale, vu que le code de la famille marocain fait d'emblée référence à l'enfant dans plus de soixante-dix articles.

En effet, la CDE et le droit familial envisagent tous deux à mettre l'accent sur la reconnaissance du droit de l'enfant à l'épanouissement dans un milieu où règne le climat de bonheur, d'amour et de compréhension.¹²²

Dans le présent chapitre, nous tâcherons de jauger l'effort consenti par le législateur marocain en vue d'harmoniser la législation familiale avec les normes internationales, chose qui nous conduira à savoir, au cours du second titre de notre recherche, qu'après harmonisation de ladite législation, nous parvenons à un réel changement de conditions de l'enfant.

Ce faisant, et compte tenu du manque de maturité de l'enfant, la mission assignée à l'adulte consiste à assister et informer l'enfant sur ses droits substantiels que sur les garanties procédurales qui lui sont dues, en toutes circonstances.

Section 1 : Les droits substantiels reconnus à l'enfant au titre de la Convention internationale des droits de l'enfant

La CDE énonce des droits et libertés vecteurs qui s'appliquent à tous les enfants sans discrimination, et met en exergue quatre principes généraux devant être le fondement de toute mesure prise à l'égard des enfants, que cette mesure soit prise par le gouvernement, les parents, la collectivité ou le secteur privé. Ces

¹²² Extrait du préambule de la Convention Internationale des droits de l'enfant de 1989

quatre principes s'articulent autour de : la non-discrimination ; le droit à la vie, à la survie et au développement ; le respect de l'opinion de l'enfant et la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant sur toute autre considération.

Ces quatre principes, de valeur sous-jacente et fondamentale, visent à faciliter l'interprétation de la Convention dans son ensemble et, partant, à orienter les programmes de sa mise en œuvre. Lesdits principes sont introduits en particulier dans les articles 2, 3, 6 et 12 de la Convention.¹²³

➤ **Commençons par le principe de la non-discrimination**

Il sied de rappeler que ce principe a été repris dans beaucoup de traités internationaux tels que l'article 2 de la Déclaration internationale des droits de l'Homme de 1948, le premier principe incorporé dans la Déclaration internationale des droits de l'enfant de 1959 et l'article 2 des pactes internationaux de 1966, relatifs respectivement aux droits civils et politiques, et aux droits économiques, sociaux et culturels.

A cet égard, la Convention de 1989 a énoncé dans son article 2.1 que « *les Etats parties s'engagent à respecter les droits de l'enfant qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation* ».

123 Michèle ZIRARI « **Les droits de l'enfant** », in Revue juridique politique et économique du Maroc : Etat de droit et droits de l'Homme au Maroc, N° 44 (Numéro spécial), 2ème semestre, 2009, p. 130

En vertu de cet article, la Convention veille à consacrer l'égalité des droits entre les enfants notamment, -garçons et filles- issus de la même famille, et tous les enfants abstraction faite de leur religion, opinion politique ou origine sociale, voire rang social.

Cette disposition trouve son écho dans l'article 32 de la Constitution de 2011 qui prescrit que « *l'Etat assure une égale protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale* ».

➤ Quant au droit à la vie

Il est communément conçu comme le noyau dur des droits de l'Homme qui permet le rayonnement des autres droits. La violation de ce droit rend nul et non avenu les présumés droits qui s'ensuivent.¹²⁴

L'article 6 de la Convention internationale des droits de l'enfant précise en son paragraphe premier que « *les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie* », et enchaîne via son deuxième paragraphe que « *les Etats parties assurent dans toute la mesure du possible la survie et le développement de l'enfant* ».

Partant de cette disposition, l'on se demande que signifie « le droit inhérent à la vie » et comment les Etats s'engagent à assurer « la survie et le développement de l'enfant » ?

Est-il possible de donner une réponse satisfaisante à ces questions sans pour autant se prononcer sur le point de départ de l'existence de l'enfant ? Autant d'interrogations auxquelles nous nous sommes confrontés dès la

¹²⁴ "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام والفقه الإسلامي", مرجع سابق، ص. 82

déclaration de 1959 qui a eu le mérite d'attirer l'attention sur la protection due à l'enfant « avant et après la naissance » ; une précision aussi bien reprise dans le préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant, notre instrument phare de référence.

Or, l'article premier de ladite Convention qui définit l'enfant ne mentionne que la limite supérieure d'âge ; fixée à dix-huit ans, sous réserve des législations où la majorité légale survienne plutôt, tout en passant prudemment sous silence le critère d'accès à l'enfance ; commence-t-elle à courir de la conception ou de la naissance. Le débat en la matière reste bien ouvert.¹²⁵

Ainsi, ce rappel au préambule, du besoin de protéger l'enfant « avant comme après la naissance », nous semble relever plus d'une révérence à un percept d'ordre moral que l'énonciation d'une norme contraignante.¹²⁶

Par conséquent, ce rappel caractérisé par l'indulgence est a fortiori la source de divergence de positions, de par les Etats parties à la Convention, quant au dilemme remis constamment à l'ordre du jour induisant le commencement de la protection juridique de l'enfant, que nous aborderons abondamment lors de notre étude.

➤ **Pour ce qui est du respect de l'opinion de l'enfant**

L'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant confère à « *l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toutes questions l'intéressant. Les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ». « A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute

125 BENNOUNA Mohamed « La convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », in « *Annuaire français de droit international* », Vol. 35, éd. CNRS, Paris 1989, p. 437

126 BENNOUNA Mohamed « La convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », in « *Annuaire français de droit international* », Ibid. p. 437

procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de la législation nationale ».

Mais, que veut dire tenir compte de l'opinion de l'enfant ? La réponse à cette question est contenue dans le Rapport initial soumis par la France au Comité des droits de l'enfant : « Un *consensus* s'est établi autour des idées suivantes : s'exprimer ne veut pas dire décider. Respecter l'opinion de l'enfant, c'est l'écouter mais n'aucunement forcément l'entériner. Pour l'adulte décideur, il s'agit d'ajouter le point de vue de l'enfant aux autres éléments susceptibles d'éclairer la décision ». ¹²⁷

Faute d'une telle précision apportée aux rapports périodiques présentés par le Maroc conformément à l'article 44 de la Convention, ¹²⁸ nous nous contentons de faire le renvoi à l'article 25 de la Constitution de 2011 qui précise que « *sont garanties les libertés de pensée, d'opinion et d'expression sous toutes leurs formes* ».

Concrètement parlant, l'enquête menée en vertu de la coopération 2002-2006 entre l'UNICEF et notre Royaume du Maroc avec la contribution de plusieurs partenaires à Fès, Marrakech et Tanger, a révélé que les parents prennent peu en considération l'opinion de leurs enfants, même pour les décisions les concernant. Ainsi, seulement 17,6 % des personnes interrogées

127 VIEUX Eyike, Magistrat, président du tribunal de première instance de N GAOUNDRE « **Le mineur et la loi pénale camerounaise : étude socio-judiciaire** », éd. Presses Universitaires d'Afrique, 2003, P. 95

128 L'article 44 de la Convention internationale des droits de l'enfant oblige « les Etats parties à soumettre au Comité, par l'entremise du ZERAMETTEN Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unie, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées pour donner effet aux droits reconnus dans la présente Convention et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits ... »

estimaient qu'il était nécessaire d'impliquer les enfants de moins de 18 ans dans le processus de prise de décision.¹²⁹

Or, en 2014, l'UNICEF signale néanmoins une forte volonté des enfants de participer. Les résultats de l'enquête réalisée à cette fin, ont mis en évidence un grand besoin de participation chez les adolescents et les enfants qui ont manifesté à 20,05% un besoin en écoute et en suivi psychologique. Les attentes de ces jeunes et enfants en général, recueillies de la part des familles (53,7%) témoignent que les enfants attendent de leurs familles, en retours, des opportunités d'expression, d'écoute et de prise en compte de leurs opinions. Cette attente à l'égard des familles est trois fois plus élevée que celle à l'égard des associations soit de 16,6%.¹³⁰

➤ **L'intérêt supérieur de l'enfant**

Ce principe est matérialisé par l'article 3 de la Convention qui exige que « *l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toutes les décisions le concernant* ».

Elément précurseur de la Convention de 1989, il est aussi bien décrit comme le principe à suivre par le pouvoir législatif, qui invite l'organe décisionnaire à faire usage de son pouvoir discrétionnaire pour les décisions concernant des enfants.¹³¹

129CILIBERTI Daniela, Concepción BADILLO, avec le soutien de Malika EL ATIFI (UNICEF Maroc), Jean Benoit MANHES (UNICEF Maroc), Maud DOMINICY (UNICEF Belgique) « **Analyse de situation des enfants au Maroc** » cofinancée par l'Union européenne, 2015, P. 61

130CILIBERTI Daniela, Concepcion BADILLO, avec le soutien de Malika EL ATIFI (UNICEF Maroc), Jean Benoit MANHES (UNICEF Maroc), Maud DOMINICY (UNICEF Belgique) « **Analyse de situation des enfants au Maroc** », Op.cit. P.61

131SHANON Geoffrey, HORGAN Rosemary, KEEHAN Géraldine, DALY Clare « **Adoption : droit et pratiques établis par la Convention européenne révisée en matière d'adoption des enfants** », éd. du Conseil de l'Europe, juillet 2014, P. 22

L'Enfant et le Droit

Désormais, l'enfant détient des droits strictement personnels, qu'il peut faire valoir soit directement, soit par représentation selon son âge et le degré de sa maturité.¹³² Ces droits, inhérents à la personnalité de l'enfant, peuvent, en outre de la non-discrimination et le droit à la vie, être déclinés comme suit : le droit à un nom et à une nationalité ; le droit de circuler librement ; le droit à la protection de sa vie privée ; la protection contre toutes les formes de violence et le respect dû à sa dignité.

Cette conception révolutionnaire consacrée par la CDE au bénéfice de l'enfant permet d'englober les différentes catégories de droits jusque-là séparées : droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels.¹³³ Néanmoins, les droits de l'enfant sont conçus comme interdépendants et intégrés ; ils sont imbriqués et se renforcent mutuellement.¹³⁴

Ces principes enchevêtrés constituent à la fois un guide de référence pour l'application de la Convention et des critères décisifs pour évaluer le progrès réalisé dans ce processus.¹³⁵

Mieux encore, pour des raisons pédagogiques, on décrit parfois la gamme des droits garantis par la Convention comme les trois « P » : prestation, protection et participation. Les enfants ont le droit d'acquérir la prestation d'un nombre d'éléments et de services, allant du droit à un nom et à une nationalité, à des soins de santé et à une éducation. Ils ont le droit d'être protégés de certains actes tels que la torture, l'exploitation, la détention arbitraire ou le retrait

132 FURAHA MWAGALWA Thomas « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Op.cit. p. 31

133 MENNIER Guillemette « **L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties** », Ibid. p. 43

134 BOUDAHRAIN Abdellah « **Enfant et droit au Maroc : une protection illusoire au regard de la convention sur les droits de l'enfant** » Op.cit. p 105

135 MENNIER Guillemette « **L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties** », Op.cit, p. 53

injustifié de la garde des enfants. Enfin, les enfants ont le droit de participer aux décisions concernant leur vie ainsi que celle de leur communauté.¹³⁶

Or, quelle que soit la classification favorisée ou retenue, la CDE prévoit, en son article 3, que toute décision concernant un enfant doit tenir pleinement compte de l'intérêt supérieur de celui-ci. Du moment que l'Etat marocain a ratifié la CDE, il lui incombe d'office d'assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, voire au cas où ses parents ne peuvent honorer leur engagement vis-à-vis dudit enfant.¹³⁷

En défilant les principes qui gouvernent la CDE, il y a lieu de procéder à une autre classification qui subdivisent les droits de l'enfant en droits économiques, sociaux et culturels (sous-section 1) et droits civils et politiques (sous-section 2), tout en rappelant l'esprit de la CDE qui fait des droits de l'enfant des droits indivisibles et interdépendants.

Sous-section 1 : Les droits économiques, sociaux et culturels

Les droits économiques, sociaux et culturels, sont constitués notamment du droit à l'éducation, du droit à un niveau de vie décent, du droit de jouir du meilleur état de santé susceptible d'être atteint. Toutefois, notre choix s'est porté exclusivement sur le droit à l'éducation pour deux raisons. Parce qu'il est d'abord, consacré avec soins par la CDE et marque le point d'actualité en droit interne, sans pour autant omettre de signaler qu'il se trouve à l'intersection des droits économiques, sociaux et culturels, et parce que nous reviendrons, plus loin, sur le droit de l'enfant à un meilleur état de santé susceptible d'être atteint

136 MENNIER Guillemette « L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties », Ibid. 43

137 BOUDAHRAIN Abdellah « Enfant et droit au Maroc : une protection illusoire au regard de la convention sur les droits de l'enfant » in le nouveau siècle, Revue de Stratégie n° 51, revue bimestrielle octobre 2000 p. 105

a) Le droit à l'éducation

Le droit à l'éducation représente l'élément le plus important pour assurer non seulement l'application de toute politique de développement, mais aussi pour mieux lutter contre l'analphabétisation.¹³⁸ Pour ce faire, l'article 28 de la CDE garantit à tout enfant un droit à l'éducation sans aucune discrimination. Les Etats parties sont conviés à assurer la jouissance de ce droit à chaque enfant relevant de leur juridiction, par rendre l'enseignement primaire obligatoire et gratuit.

En effet l'article 28¹³⁹ de la CDE, fait le lien entre le droit à et le droit dans l'école. L'expression « discipline scolaire » telle que mentionnée à l'article 28. 2 invite à la réflexion sur la possibilité et les moyens d'une interdiction formelle et effective de l'atteinte aux droits primordiaux individuels, tels que le respect de l'intégrité physique, le respect de l'intégrité morale et la vie privée, lors des « punitions » au langage scolaire, et sanctions disciplinaires des écoles (les châtiments corporels, les injures et l'humiliation).¹⁴⁰

Vu que l'éducation, en est parfaitement un facteur d'efficacité économique,¹⁴¹ «elle doit être adaptée aux besoins de l'enfant, le stimuler et le motiver personnellement. Les établissements scolaires devraient favoriser un

138 ZANI Mahmoud « **La Convention internationale des droits de l'enfant : portée et limites** », PUBLISUD, 1996

« **Les preuves sont là : il faut investir dans l'éducation et la protection de la petite enfance : état des lieux dans le monde** », éd. UNESCO, publié en 2017 par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. p. 12

139 Cet article précise que : « Les Etats reconnaissent le droit de l'enfant à l'éducation, en vue d'assurer l'exercice de ce droit progressivement et sur la base de l'égalité des chances :

a) Ils rendent l'enseignement primaire obligatoire et gratuit pour tous ; »

140 HENAFF Gaël « **La lente disparition du droit de correction dans la discipline scolaire** » in « **Le droit à l'éducation : Quelle universalité ?** » Sous la direction de Marc PILON, Jean-Yves MARTIN, Alain CARRY, éd. des archives contemporaines 2010, p. 103

141 ZARROUK Hassan « **L'enfant au Maroc entre le droit et le devoir** » In Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, janvier-avril 2003, p. 116

climat d'humanité et permettre aux enfants de s'épanouir selon l'évolution de leurs capacités.»¹⁴²

L'environnement scolaire est, *de facto*, le deuxième cadre de référence de l'enfant, étant donné que la sphère familiale -en tant que premier cadre de référence de l'enfant- est l'unité chargée d'assurer l'exercice de ce droit. Ceci dit, l'enfant dépourvu de discernement, est incapable de créer un troisième monde au-delà du monde familial et du monde scolaire.

Le passage de l'enfant du monde familial au monde scolaire est tributaire du climat convivial et de bonheur basé sur les bonnes mœurs que lui procurent ses parents. Ces deux obligations s'entremêlent mutuellement, de telle sorte qu'on ne peut sacrifier une obligation au détriment de l'autre.

Etant donné que la stabilité familiale est un facteur décisif pour l'enfant, celui-ci peut s'exposer à la précarité dès que l'unité familiale se voit menacée par la séparation, le divorce, voire le décès de l'un des parents.

Partant, nous allons mettre l'accent sur le rôle du droit à l'éducation à travers les sources de droit musulman ; à savoir le Coran et la Sunna (a) qui vont de pair avec les dispositions de la CDE, pour ensuite, déceler les failles du code de la famille par rapport au droit envisagé (b).

b) Le droit à l'éducation vu par le droit musulman et les textes juridiques en vigueur

Dès sa naissance, l'enfant est par essence un être vulnérable, nécessitant une attention particulière. Ce constat met à la charge des parents, ou du tuteur légal quand ces derniers font défaut, la responsabilité en matière de protection et de promotion des droits de l'enfant en question.

142 Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 1, 2001, HRI/GEN/1/Rev.5, par. 12

Sur le plan religieux, il y a lieu de signaler que le droit à l'éducation ne fait pas exception du répertoire des droits reconnus à l'enfant par l'ensemble des religions monothéistes. Ainsi, la Charia recommande vivement le droit à l'éducation à travers une pléthore de versets Coraniques et de Hadiths.

Le verset Coranique qui témoigne que l'éducation est un savoir qui s'acquière est matérialisé par le verset 78 de Sourate Al Nahl.¹⁴³ Quant au Verset 9 de Sourate Az Zumar, il fait le *distinguo* entre celui qui détient le savoir et celui qui, au contraire, ne le détient point.¹⁴⁴

Soulignons l'importance fondamentale que revêt l'éducation dans la vie de l'individu, la Sunna impose à toute personne musulmane de s'acquitter du droit à l'éducation.¹⁴⁵

Pour conforter le droit à l'éducation de l'enfant, notre Royaume du Maroc, soucieux de joindre l'utile à l'agréable s'est démarqué par le génie du Feu Sa Majesté Hassan II lors de son Discours Royal, historique, sur l'importance du passage impératif des enfants au Msid, comme phase préscolaire, et ce pour une durée de deux ans.

Ce Discours Royal fait écho à une panoplie de Hadiths rapportés par la Sunna.¹⁴⁶ Ces Hadiths témoignent que le prophète Mohammed -que la prière et

143 قال تعالى في سورة النحل، الآية 78 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... وَاللَّهُ أَخْرَجَكُمْ مِنْ بُطُونِ أُمَّهَاتِكُمْ لَا تَعْلَمُونَ شَيْئًا وَجَعَلَ لَكُمُ السَّمْعَ وَالْأَبْصَارَ وَالْأَفْئِدَةَ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾.

144 قال تعالى في سورة الزمر، من الآية 9 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾.

145 قال الرسول صلى الله عليه وسلم (طلب العلم فريضة على كل مسلم)، أخرجه ابن ماجه في السنن، المقدمة باب فضل العلماء و الحث على طلب العلم، حديث رقم 220

146 عَنْ عُثْمَانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ عَنِ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ (خَيْرُكُمْ مَنْ تَعَلَّمَ الْقُرْآنَ وَعَلَّمَهُ) أخرجه البخاري في صحيحه. وعن معاذ الجهني قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم(:من قرأ القرآن وعمل بما فيه ألبس والداه تاجا يوم القيامة ضوءه أحسن من ضوء الشمس في بيوت الدنيا لو كانت فيكم ، فما ظنكم بالذي عمل بهذا ؟) رواه أحمد وأبو داود. في السنن، كتاب الصلاة، باب في ثواب قراءة القرآن، حديث رقم 1241.

و في حديث آخر، روى الطبراني عن علي كرم الله وجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:(أدبوا أولادكم على ثلاث خصال حب نبيكم وحب أهل بيته وقراءة القرآن فإن حملة القرآن في ظل الله يوم لا ظل إلا ظله مع أنبياء الله وأصفياه) محمد سويد، منهج التربية النبوية للطفل، دار طيبة مكة، الطبعة الرابعة، 1992، ص. 105

le salut soient sur lui- était minutieux à prescrire un ensemble de règles et de conduites servant de modèle à transmettre entre générations. De leur part, il est à signaler que les Compagnons du Prophète (SAHABAS) se sont préoccupés, avec soin, de choisir le bon formateur à leurs enfants¹⁴⁷ ; vu que ce dernier sert de bon modèle à l'enfant.¹⁴⁸

Eu égard à ce qui précède, le législateur marocain s'est montré fidèle aux préceptes de la Charia et indulgent par rapport à son obligation de conformer la nouvelle mouture du code de la famille aux prescriptions des Conventions internationales, quant à la reconnaissance du droit à l'éducation de l'enfant.

Ceci dit, le droit à l'éducation est repris au niveau du code de la famille dans peu de dispositions. Commençons par les dispositions de l'article 54.6 et 54.7 qui imposent, entre autres, aux parents d'assurer à leurs enfants :

- 6) « *l'orientation religieuse et leur inculquer les règles de bonne conduite et les nobles idéaux qui favorisent l'honnêteté dans la parole et l'action et écartent le recours à la violence préjudiciable au corps et à l'esprit, et s'abstenir, en outre, de ce qui est de nature à compromettre les intérêts de l'enfant;*
- 7) *l'enseignement et la formation qui leur permettent d'accéder à la vie active et de devenir des membres utiles de la société et créer, pour eux, autant que possible, les conditions adéquates pour poursuivre leurs études selon leurs aptitudes intellectuelles et physiques ».*

De surplus, le droit à l'éducation, a été repris à double reprise au niveau du Titre II dédié à la garde de l'enfant. A cet effet, il importe de signaler que l'article 169 fait référence explicite audit droit qui dispose ce qui suit : « *Le père*

147. مصطفى لمحمدي الشراي "الوضع الشرعي والقانوني للطفل القاصر" تقديم محمد الكشور، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2017، ص. 46

148 "وعينا الطفل معقودة بعين مدرسه، والحسن عنده ما صنع معلمه والقبيح عنده ما تركه".

*ou le représentant légal et la mère qui a la garde de l'enfant, doivent veiller, avec soin, sur **l'éducation** et **l'orientation scolaire** de l'enfant soumis à la garde. L'enfant ne doit cependant, passer la nuit qu'au domicile de la personne qui en assure la garde, à moins que le juge, dans l'intérêt de l'enfant, n'en décide autrement*

La personne en charge de la garde, autre que la mère, doit veiller à ce que l'enfant s'acquitte quotidiennement de ses devoirs scolaires.

En cas de désaccord entre le représentant légal et la personne assurant la garde, le tribunal est saisi afin de statuer selon l'intérêt de l'enfant ».

Toutefois, l'article 168 n'en fait qu'une référence implicite qui précise que « *Les frais de logement de l'enfant soumis à la garde sont distincts de la pension alimentaire, de la rémunération due au titre de la garde et des autres frais...* ». Cette disposition laisse entendre que les frais consécutifs à la scolarisation, peuvent être inclus dans tout autre frais confondu, chose qui vide le droit à l'éducation de sa substance économique, sociale et culturelle.

En mettant expressément, en premier plan, les frais de logement de l'enfant, la pension alimentaire et la rémunération qui lui est due au titre de la garde, le législateur remet tacitement les frais qui s'ensuivent de la scolarisation au dernier plan, chose qui génère une flexibilité quant à l'évaluation des frais qui lui sont dus à cet effet.

En ce qui concerne, le Titre III réservé à la pension alimentaire (NAFAQA), il a été fait renvoi une seule et unique fois au droit à l'éducation via l'article 189 qui dispose que : « *L'entretien comprend l'alimentation, l'habillement, les soins médicaux, **l'instruction** des enfants et tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable, sous réserve des dispositions de l'article 168 ci-dessus* ».

La lecture de cette disposition, nous permet de déduire que le législateur confirme que, le droit en question n'est pas un droit prioritaire, vu que cette même disposition fait renvoi aux dispositions de l'article 168 sus-évoqué.

Pour ce qui est du chapitre III faisant partie du Titre III dudit code de la famille, il fait perdurer l'obligation des parents jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans révolus pour ceux qui poursuivent leurs études.

Eu égard à ce qui précède, nous allons passer en revue les obstacles qui empêchent l'enfant à poursuivre son parcours scolaire.

c) Les failles législatives entravant la jouissance du droit de l'enfant à l'éducation

Les failles législatives compromettant le droit de l'enfant à l'éducation, ont été détectées à la lecture de certaines dispositions du code de la famille que nous épingleons succinctement dès que le droit en question est remis en cause.

Il s'agit, d'emblée, de l'article 65 du code de la famille, formant le Titre VI relatif aux procédures administratives et aux formalités requises pour l'établissement de l'acte de mariage, qui énumère les pièces constitutives du dossier à fournir pour la conclusion du mariage, en y ajoutant pour le cas du mariage avant l'âge de capacité légale, une autorisation de mariage.

Ce même article poursuit ce qui suit :

« II. - Le dossier comprenant les documents susmentionnés est visé, avant autorisation, par le juge de la famille chargé du mariage et conservé auprès du secrétariat-greffe sous le numéro d'ordre qui lui a été attribué.

III. - Le juge précité autorise les adouls à dresser l'acte de mariage.

IV. - Les adouls consignent, dans l'acte de mariage, la déclaration de chacun des deux fiancés s'il a déjà été marié ou non. En cas de mariage antérieur, la déclaration doit être accompagnée de tout document établissant la situation juridique à l'égard de l'acte à conclure ».

Il appert de cet article que le législateur a énuméré l'ensemble des documents nécessaires à la conclusion de l'acte de mariage, mais pour le mariage des mineurs, il s'est contenté d'un seul document, qui consiste en une autorisation de mariage, comparé du mariage des personnes jouissant de la capacité matrimoniale fixée à l'âge de dix-huit ans.

Or, la protection due aux mineurs, induit les hypothèses suivantes : que la conclusion du mariage de la jeune fille mineure l'empêche, soit par l'effet de l'adolescence, soit par l'effet de la violence, de poursuivre ses études, que nous développerons plus loin en profondeur, lors de l'approche de la phase de l'adolescence.

Pour y remédier, il est souhaitable entre autres les pièces visées à l'article 65, d'inviter la jeune fille mineure, issue spécialement du monde rural,¹⁴⁹ à fournir une attestation de scolarité, afin que le juge des mineurs, ou bien les *Adouls* puissent sensibiliser cette jeune fille sur l'intérêt de poursuivre ses études.

Ainsi, il est à signaler que l'article 66 du même code a été élaboré pour protéger les parties à l'acte de mariage des manœuvres dolosives. Cet article précise en l'espèce que : « *Les manœuvres dolosives en vue d'obtenir*

149 في تقرير أعدته فيدرالية رابطة حقوق النساء، فرع مراكش أعدته بناء على مجموعة من المعطيات قامت بتجميعها قوافل تحسيسية في العديد من الدواوير والقرى التابعة لمدينة مراكش، خلص إلى أن الهدر المدرسي يعد أحد الأسباب الرئيسية التي تؤدي إلى تفشي ظاهرة زواج القاصرات مؤكداً إلى أن ارتفاع نسبة الهدر الإعدادي والثانوي تصل إلى 61.1 في المائة، وترتفع في الثانوي التأهيلي لتقف عند 89.5 في المائة، ويصل في صفوف الإناث في الثانوي الإعدادي إلى 75.6 في المائة وفي الثانوي التأهيلي 93.37 في المائة. كما سجل التقرير نفسه، أنه من المنتظر أن ينقطع 120 تلميذا وتلميذة خلال الموسم الحالي 2017-2018، نظراً لضعف المردودية التربوية والظروف الاجتماعية والاقتصادية القاسية. (الموقع الرسمي لجريدة الصباح بتاريخ 5 يناير 2018).

l'autorisation ou le certificat d'aptitude visé(e) aux paragraphes 5 et 6 de l'Article précédent ou le fait de se dérober à ces formalités, exposent leur auteur et ses complices aux sanctions prévues à l'article 366 du code pénal et ce, à la demande de la partie lésée.

Le conjoint, victime de manœuvres dolosives, peut demander la résiliation du mariage et réclamer la réparation du préjudice subi ».

Supposant que la proposition tendant à inclure l'attestation de scolarisation parmi les pièces à fournir en vertu de l'article 65 précité, est prise en ligne de compte, pour ainsi renforcer le droit des jeunes filles mineures à l'éducation, l'article 66 précité pourrait, par extension, produire des effets juridiques en donnant au mineure, victime du dol et partie à l'acte du mariage, le droit à la résiliation de l'acte du mariage et au versement des dommages et intérêts.

Passant à présent, au cas de rupture de la relation conjugale des parents en tant que facteur déstabilisant l'enfant au plan social, physique et mental. Etant donné que le droit à l'éducation revêt un aspect social, économique et culturel, la stabilité familiale s'avère aussi déterminante pour la garantie de ce droit. C'est pour cette raison qu'il est jugé opportun de rappeler avec acuité l'importance de ce droit dans le parcours scolaire de l'enfant.

A ce sujet, le législateur a consacré le Livre II à la dissolution du pacte de mariage et ses effets, tout en définissant le divorce sous contrôle judiciaire à travers l'article 78 du code de la famille comme étant « *la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du présent Code* ».

Toutefois, il est à signaler que si le recours au divorce reste la meilleure solution pour mettre terme aux conflits d'entente entre les conjoints, ou lorsque l'impossibilité de poursuivre la relation conjugale s'impose, l'intérêt de l'enfant se voit bafoué à maintes dimensions. Il est ainsi bafoué, du fait que l'enfant passe d'un climat rassurant à un climat déstabilisant pouvant l'inciter à abandonner le monde scolaire.

Vu l'impact de l'environnement familial sur l'enfant, l'on se demande si le législateur peut renforcer les dispositions du code de la famille par des dispositions préventives, en faveur de l'enfant, pour les parents qui se trouvent en instance de divorce. Etant immergés dans les différends familiaux, les parents en instance de divorce remettent en dernier recours le droit de l'enfant à une vie familiale conviviale.

Eu égard à ces considérations, nous nous tâcherons de focaliser notre intérêt sur les différentes situations tirées du code de la famille, pouvant ainsi, compromettre les droits de l'enfant, en l'absence de dispositions préventives.

Prenons l'exemple de l'article 80 du code de la famille qui dispose que :
« La demande d'autorisation de faire constater l'acte de divorce doit contenir l'identité, la profession et l'adresse des conjoints et le nombre d'enfants, s'il y a lieu, leur âge, leur état de santé et leur situation scolaire. »

Le document établissant le mariage est joint à la demande, ainsi que les preuves établissant la situation matérielle de l'époux et ses charges financières ».

En vertu de cette disposition, il fallait préciser la portée de la mention « situation scolaire », qui demeure encore une expression vague.

Ainsi, il y a lieu de signaler que la tentative de conciliation, se déroule désormais, via des voies modernes de règlement des différends, tels que l'arbitrage, la médiation et la procédure de réconciliation. Le recours à ces voies sert à trancher tous les types de différends, y compris les cas de divorce.

C'est dans ce sens que le tribunal convoque les époux pour une tentative de conciliation, en vertu de l'article 81 du code de la famille. Pour consolider cette tentative, l'article 43 de la loi régissant la profession d'avocat¹⁵⁰ dispose en substance que l'avocat doit inviter son client à trancher le différend moyennant la conciliation et les autres modes modernes de règlement de différend, avant de saisir le tribunal.

C'est ainsi qu'en matière de tentative de conciliation, que l'article 94 dispose que *« lorsque les deux époux ou l'un d'eux, demandent au tribunal de régler un différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à leur discorde, il incombe au tribunal d'entreprendre toutes tentatives en vue de leur conciliation, conformément aux dispositions de l'Article 82 ci-dessus »*.

En vertu de l'article 82, la tentative de conciliation donne le soin au tribunal de prendre toutes les mesures utiles, y compris le mandatement de deux arbitres ou du conseil de famille ou de toute personne qu'il estime qualifiée afin de pouvoir concilier les conjoints.

Elle a été également définie par l'article 1098 du DOC comme étant une transaction ou encore *« un contrat par lequel les parties terminent ou préviennent une contestation moyennant la renonciation de chacune d'elles à une partie de ses prétentions réciproques, ou la cession qu'elle fait d'une valeur ou d'un droit à l'autre partie »*, sous réserve des dispositions suivantes du même Dahir.

150 Loi n° 28.08 régissant la profession d'avocat, publié au B.O du 6 novembre 2008.

D'où l'intérêt spécial que doit être prêté à l'enfant, pour ainsi pouvoir l'accompagner eu égard à sa situation sociale, son état psychique et comportemental. Pour combler le vide juridique enregistré en la matière, nous proposons d'insérer au corps du code de la famille des dispositions permettant « *l'épanouissement harmonieux de l'enfant dans un milieu familial où règne le climat de bonheur, d'amour et de compréhension,* »¹⁵¹ favorisant par conséquent, « *son développement physique, mental, spirituel, moral et social* »¹⁵².

Il est également sollicité d'inviter les parents à prouver que l'enfant est immunisé psychiquement contre les effets du divorce, faute de preuve, les parents en instance de divorce, peuvent *a fortiori* renoncer à la rupture de la relation conjugale. Cette proposition tend à renforcer tacitement la tentative de conciliation et concrétise par transitivité l'intérêt supérieur de l'enfant.

Quant à l'article 82 du code de la famille, il apporte les précisions suivantes :

« Lorsque les deux parties comparaissent, les débats ont lieu en chambre de conseil, y compris l'audition des témoins et de toute autre personne que le tribunal jugerait utile d'entendre.

En vue de concilier les conjoints, le tribunal peut prendre toutes les mesures utiles, y compris le mandatement de deux arbitres ou du conseil de famille ou de toute personne qu'il estime qualifiée. En cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours ».

151 Tel qu'énoncé au préambule de la CDE

152 Tel que prescrit par l'article 27. 1 de la CDE

La lecture de cet article, nous permet de confirmer que la tentative de conciliation constitue une formalité essentielle qui ne peut avoir lieu en l'absence des conjoints concernés. C'est pourquoi, le législateur confère un caractère obligatoire à leur présence personnelle à l'audience de conciliation au cours de laquelle le tribunal doit déployer tous ses efforts pour parvenir à réconcilier les deux conjoints.¹⁵³

Or, pour mieux parvenir à réconcilier les deux conjoints, il est recommandé de forger encore de l'effort sur le plan préventif, en laissant le libre soin au tribunal de puiser toutes les procédures visant à consolider la relation conjugale, notamment, en cas d'existence d'enfants. Ces procédures peuvent porter essentiellement sur l'impact de l'instance de divorce sur le parcours scolaire de l'enfant, du fait qu'au regard de l'enfant, comme précédemment établi, le monde familial est étroitement lié au monde scolaire. Sur cette base, il est vivement souhaitable que le tribunal puisse inviter les parents, lors de la tentative de conciliation, à atteindre l'équilibre recherché entre le milieu familial et le monde scolaire, pour ainsi conférer à l'enfant une rassurance psychique et sociale.

Passons à présent à la lecture des dispositions de l'article 121 du code de la famille qui dispose que : *« Si le litige entre les époux est porté devant la justice et que leur cohabitation s'avère impossible, le tribunal peut, d'office ou sur requête, prendre les mesures provisoires qu'il juge appropriées à l'égard de l'épouse et des enfants, y compris le choix d'habiter chez l'un des proches parents de l'épouse ou de l'époux et ce, dans l'attente du jugement sur le fond. Ces mesures sont immédiatement exécutoires, sur minute, par l'intermédiaire du ministère public ».*

¹⁵³Royaume du Maroc, Ministère de la Justice « **Guide pratique du code de la famille** », Publication de l'Association de Diffusion de l'Information Juridique et Judiciaire, Collection information pour tous n° 3, juin 2008. p. 71

A travers ces dispositions, le législateur a fait mention expresse à la nécessité de conférer à l'épouse, à titre provisoire, un logement décent, et a passé sous silence le droit de l'enfant à la garde et à la scolarité.

Grosso modo, l'intérêt de faire mention expresse au droit à l'éducation au sein du code de la famille, aurait pour finalité d'éponger, par ricochet, les cas récurrents du divorce et d'arrêter l'hémorragie de l'abandon de famille. Ces propositions trouveront parfaitement leur place dans le code de la famille qui forme un texte, d'essence religieuse, versé dans un moule juridique.

Ceci étant dit, nous proposons lors de la sous-section 2, d'étudier les droits civils reconnus à l'enfant par l'effet de sa naissance, tels que répertoriés dans les droits civils et libertés proclamés à l'enfant.

En revanche, il importe de signaler que la reconnaissance de tels droits à l'enfant ne vaut pas pour autant exercice de droits. Pour l'exercice de ses droits, l'enfant passe nécessairement par l'intermédiaire de ses parents, ou ses représentants légaux. Or, la Convention reconnaît à la famille un rôle de guide, de conseils et d'orientation.¹⁵⁴

Partant de ce constat, faut-il interpellier les devoirs des parents à l'égard de leurs enfants, bien loin d'évoquer les droits de l'enfant ?

Sous-section 2 : Les droits civils et politiques

Au cours de cette étude, nous allons exclure les droits politiques, du fait que l'enfant ne peut se prévaloir de tels droits avant d'avoir atteint l'âge de majorité légale. Ceci implique d'identifier les droits civils reconnus à l'enfant par le biais de la CDE et le code de la famille en vigueur.

154 AIT ZAI Nadia « **Convention des droits de l'enfant** » in Revue algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, Vol. 31, N° 1, 1993, p. 36

*« La CDE a marqué un tournant en affirmant à l'échelle du monde que les enfants ne sont pas seulement des êtres à protéger, mais qu'ils sont aussi détenteurs de droits civils et politiques ».*¹⁵⁵

Le gouvernement marocain s'efforce à assurer, en harmonie avec ses valeurs sociales et culturelles fondamentales, la conformité de son droit interne avec les principes et les règles arrêtés par la communauté internationale dans le domaine des droits de l'Homme en général et celui des droits de l'enfant en particulier.

A ce propos, la ratification de la CDE par le Royaume du Maroc a constitué un stimulant supplémentaire tant pour la recherche d'un meilleur alignement de sa législation sur les dispositions de la Convention que pour la promotion de l'action en faveur de l'enfance.¹⁵⁶

En effet, le métissage entre les normes internationales et le droit interne permet-il à l'enfant d'atteindre la meilleure protection possible et de jouir pleinement de ses droits et libertés civils, tels que le droit à une identité et les libertés d'expression et de pensée.

Par ailleurs, il importe de signaler que le droit à la vie fait également partie intégrante des droits civils, mais nous le verrons plus loin, avec attention, vu le débat qu'il suscite au plan religieux et au plan international.

➤ **Le droit à une identité**

Dès sa naissance, l'enfant a le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents.

¹⁵⁵ Extrait du discours de Mme Maud DE BOER-BUQUICCHIO, Secrétaire Générale adjointe du Conseil de l'Europe, lors de la conférence internationale sur la justice pour les enfants du 17 septembre 2007

¹⁵⁶ « **Rapport initial sur la mise en œuvre de la Convention sur les droits de l'enfant** », publié par le Ministère chargé des droits de l'Homme en 1995, p. 9.

Quant à l'enfant, temporairement ou définitivement, privé de son milieu familial, il a droit à une protection de remplacement.

- Les droits constitutifs de l'identité de l'enfant

L'article 7 de la CDE dispose que « *l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevés par eux* ». Quant à l'article 8, il invite l'Etat à « *respecter le droit de l'enfant de préserver son identité* ».

En effet, le nom et la nationalité de l'enfant déterminent son identité. Ce sont les attributs nécessaires à la citoyenneté. L'identité est indispensable au fonctionnement d'une société, pour fixer les droits et obligations de ses membres et régler les relations entre les individus.¹⁵⁷

Au Maroc, l'attribution d'une identité à l'enfant suppose la déclaration de la naissance auprès de l'officier d'état civil du lieu où elle est intervenue par les proches parents du nouveau-né, déclinés par l'ordre de priorité prévu à l'article 16 de la loi n° 37-99 relative à l'état civil¹⁵⁸.

Cette déclaration de naissance matérialise l'existence juridique de l'enfant. L'enfant sans certificat de naissance risque d'être privé de soins médicaux, de suppléments nutritionnels, de prestations sociales et d'accès à l'école.¹⁵⁹

157 DELALEZ Julia «La convention de New York relative aux droits de l'enfant et son application au Sénégal 20 ans après : les garanties juridiques et le problème de leur effectivité », 2012 p. 22

158 BO n° 5054 du 7 novembre 2002, p. 1193

159 MENNIER Guillemette « L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties », p. 73

En outre, le droit de l'enfant de connaître ses parents, tel que mentionné à l'article 7 de la CDE susvisé, nous renvoie à l'établissement de la filiation, sur laquelle nous reviendrons lors de la seconde partie de notre recherche.

En rappelant brièvement les droits constitutifs de l'identité de l'enfant, il incombe d'examiner la portée de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants qui constitue le corollaire de la CDE en matière de procédure.

Section 2 : Les droits processuels reconnus à l'enfant par la convention européenne sur l'exercice des droits des enfants

La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants a été ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe le 25 janvier 1996 à Strasbourg, et fut ratifiée par le Maroc le 27/03/2014. Elle est, en l'occurrence, le corollaire de la Convention internationale des droits de l'enfant en termes de procédure. Elle est intervenue pour conforter et favoriser l'exercice des droits substantiels des enfants, notamment dans les procédures familiales les concernant. C'est ainsi, que nous resserrerons notre attention sur l'objet de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant (sous-section 1) et les garanties processuelles qu'elle procure en faveur de l'enfant (sous-section 2).

Sous-section 1 : L'objet de la Convention

La Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant ne traite pas des droits substantiels de l'enfant, mais elle porte sur les droits formels.¹⁶⁰ Etant donné que la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant a été ratifiée par la majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe et autres, il s'agissait d'éviter la redondance des principes déjà énoncés dans le texte

¹⁶⁰ Assemblée parlementaire « **Documents de séance** » Session ordinaire de 2001, (quatrième partie) 24-28 septembre 2001, Volume VIII, Strasbourg 2001, p.137

Onusien. Aussi la Convention s'efforce-t-elle d'appuyer et de compléter la Convention des Nations Unies et de contribuer à sa mise en œuvre effective.¹⁶¹

En clair, cette convention a pour finalité de renforcer la position de l'enfant devant les tribunaux. Ce faisant, cet instrument s'attache à combler les lacunes que présente le cadre juridique international des droits de l'enfant en matière de mise en œuvre.¹⁶²

Ceci étant, la Convention demeure très souple en ce qui concerne les conditions de ratification. Chaque Etat doit, au moment de la signature ou de la ratification, désigner au moins trois procédures familiales¹⁶³ auxquelles la Convention pourra s'appliquer.¹⁶⁴

La Convention européenne s'applique aux enfants qui n'ont pas atteint l'âge de 18 ans,¹⁶⁵ chose qui rejoint l'esprit de la CDE quant à la définition juridique de l'enfant.

L'objet de la Convention, tel qu'il est précisé au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention, consiste à « *promouvoir, dans l'intérêt supérieur des enfants leurs droits, à leur accorder des droits procéduraux et à en faciliter l'exercice en veillant à ce qu'ils puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les intéressant devant une autorité judiciaire* ».

Ainsi, les droits procéduraux reconnus par cette Convention peuvent être exercés dans des procédures intéressant les enfants devant une autorité

161 Assemblée parlementaire « **Reconnaître l'enfant citoyen** » Préfacé par Carol BELLAMY, Directrice générale de l'UNICEF, Genève, éd. du Conseil de l'Europe, 1996, p. 82

162 Assemblée parlementaire « **Reconnaître l'enfant citoyen** », préfacé par Carol BELLAMY, éd. du Conseil de l'Europe, 1996, p. 81

163 « *Au moins trois catégories de litiges familiaux devant une autorité judiciaire auxquelles la présente Convention a vocation à s'appliquer.* » Extrait l'article 1. 4 de la Convention.

164 Assemblée parlementaire « **Reconnaître l'enfant citoyen** » Ibidem, p. 82

165 Tel qu'il ressort de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'enfant.

judiciaire. Toutefois, l'article 2 de la présente Convention définit de façon étroite le concept de « *procédures intéressant les enfants devant une autorité judiciaire* ». Seules les procédures familiales, et notamment celles qui sont relatives à l'exercice des responsabilités parentales, à la résidence et au droit de visite à l'égard des enfants, entrent dans le champ d'application de la Convention.¹⁶⁶

La Convention partait du principe que les enfants devaient être respectés en tant qu'individus et de se voir accorder une plus grande autonomie dans les procédures judiciaires les intéressant. Elle reconnaît aux enfants un nombre minimal de droits procéduraux dans certaines procédures familiales et institue des mécanismes destinés à promouvoir ces droits et à en permettre l'exercice.

Ceci dit, et en dépit de la timidité des dispositions de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant, elle se caractérise tout de même par des termes très précis qui peuvent faire évoluer le droit de l'enfant à intervenir dans les affaires le concernant, notamment en matière familiale, et à généraliser la désignation d'un administrateur chargé de le représenter dans les procédures.¹⁶⁷

In concreto, ladite Convention a pris le soin de définir les concepts clés se rapportant à « l'autorité judiciaire »¹⁶⁸, aux « détenteurs des responsabilités parentales »¹⁶⁹, au « représentant »¹⁷⁰ et aux « informations pertinentes ».¹⁷¹

166 Article 1, paragraphe 3 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.

167 Jean-Luc Rongé « **La Convention internationale relative aux droits de l'enfant : On avance ou on recule ?** » in « **Journal du droit des jeunes** » N° 240 2004/10, éd. Association jeunesse et droit, p. 64

168 « **L'autorité judiciaire** » est définie au sens de l'article 2 de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants comme : *Un tribunal ou une autorité administrative ayant des compétences équivalentes.*

169 « **Les détenteurs des responsabilités parentales** » sont définis au sens du même article comme : *Les parents et autres personnes ou organes habilités à exercer tout ou partie des responsabilités parentales.*

170 « **Le représentant** » est défini au sens dudit article comme : *Une personne, telle qu'un avocat, ou un organe nommé pour agir auprès d'une autorité judiciaire au nom d'un enfant.*

Ce bref aperçu sur la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant nous livre à s'arrêter sur les garanties processuelles assurées par la Convention en question.

Sous-section 2 : Les garanties processuelles assurées par la Convention

La Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants s'interfère avec la CDE en évoquant le droit des enfants à exprimer librement leur opinion.¹⁷² Cette convention vise à promouvoir les droits des enfants en leur accordant des droits procéduraux dans les procédures familiales devant une autorité judiciaire, en particulier celles relatives à l'exercice des responsabilités parentales, s'agissant notamment de la résidence et du droit de visite à l'égard des enfants. L'article 3 de la Convention accorde aux enfants le droit procédural d'être informés et d'exprimer leur opinion dans les procédures.

En effet, les dispositions de l'article 3 doivent être lues à la lumière des autres articles qui s'y rapportent, tels que les articles 6 et 10.¹⁷³

Ce même article décrit minutieusement les étapes *sine qua non* au processus décisionnel, notamment les obligations légales. Ces étapes se matérialisent par le devoir d'examiner l'exhaustivité des informations parvenues à l'autorité judiciaire afin de prendre une décision dans l'intérêt supérieur de l'enfant ; de garantir le droit de l'enfant à recevoir des informations sur le processus et les résultats ; et de ménager un espace sûr pour les enfants concernés afin qu'ils puissent exprimer librement leur opinion d'une façon appropriée à leur âge et maturité.

171 « **Les informations pertinentes** » sont définies au sens du même article comme : *Les informations appropriées, eu égard à l'âge et au discernement de l'enfant, qui lui seront fournies afin de lui permettre d'exercer pleinement ses droits, à moins que la communication de telles informations ne nuise à son bien-être.*

172 *Tel qu'il ressort de l'article 3 de la Convention européenne sur les droits de l'enfant.*

173 « **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et rapport explicatif** », éd. du Conseil de l'Europe, 1997, p. 25

L'Enfant et le Droit

L'article 4, à son tour, confère à l'enfant le droit de demander la désignation d'un représentant spécial dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire, lorsque les détenteurs des responsabilités parentales se voient privés de représenter l'enfant en raison d'un conflit d'intérêt.

Mieux encore, les Etats sont également invités à examiner la possibilité de reconnaître aux enfants des droits procéduraux supplémentaires, notamment le droit d'être assistés par une personne appropriée de leur choix, afin de les aider à exprimer leur opinion ; le droit de demander, eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, la désignation d'un représentant ; le droit de désigner leur propre représentant ; le droit d'exercer l'ensemble ou certaines prérogatives d'une partie à de telles procédures.¹⁷⁴

Par conséquent, ce texte marque un progrès dans la reconnaissance des droits des enfants dans les procédures familiales les intéressant. Suite à ce progrès, les enfants ne sont plus seulement l'objet de telles procédures, ils peuvent également y participer. En effet, quand bien même ceux-ci ne se voient pas reconnaître la qualité de partie à la procédure, ils peuvent toutefois exercer un certain nombre de droits, tels que le droit de demander à recevoir toute information pertinente et le droit d'être consulté.¹⁷⁵

En outre, force est de rappeler que la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants a eu le grand mérite de garantir la mise en œuvre pratique des droits procéduraux des enfants en imposant certaines obligations. Les obligations qui incombent à la justice s'insèrent, d'une part, dans le devoir de s'assurer que les enfants ont reçu toute information pertinente et qu'ils ont été consultés, à moins que ce ne soit manifestement contraire à leurs intérêts supérieurs, tel qu'il ressort de l'article 6 de la Convention, et d'autre

174 Tel qu'il ressort de l'article 5 de la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant.

175« **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et rapport explicatif** », Op.cit., p. 25

part, dans le devoir d'agir promptement dans les procédures affectant l'enfant, tel qu'il ressort de l'article 7 de la même convention.¹⁷⁶

De surcroît, et en vertu de l'article 8 de ladite Convention, l'autorité judiciaire a le pouvoir de se saisir d'office lorsque le bien-être d'un enfant est sérieusement menacé. Cette prérogative est toutefois limitée aux cas déterminés par le droit interne.

En somme, la Convention a le privilège d'accorder aux enfants une plus grande autonomie dans les procédures familiales les intéressant, tout en tenant compte des risques éventuels pouvant affecter leur bien-être.

¹⁷⁶ Rapport portant avis sur le projet de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants. Rapporteuse Mme JANNI *In* Conseil de l'Europe « **Documents de séance** » (Deuxième partie) 24-28 avril 1995, volume IV, Strasbourg 1995, P. 6

Conclusion du titre premier

Au cours du titre premier de notre travail de recherche, qui a pour principal propos de mettre en lumière **la perception de l'enfant par le droit conventionnel : en tant que source moderne de droit**, nous avons fait l'inventaire des divers instruments internationaux qui s'intéressent généralement et spécifiquement aux droits de l'enfant. Cet inventaire nous a ainsi permis d'affirmer que l'évolution des droits en question est le fruit d'une genèse du droit conventionnel.

Ce faisant, nous avons mis l'accent sur la Convention internationale des droits de l'enfant en tant qu'instrument innovant à plusieurs niveaux, du fait qu'il se veut le premier instrument juridique contraignant et le premier instrument ayant consacré des droits substantiels, indivisibles et interdépendants à l'enfant.

Les droits substantiels reconnus à l'enfant, ont été directement extraits de la CDE et alimentés par les dispositions du code de la famille et les textes de liens connexes.

Ceci étant exposé, nous avons interpellé la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants qui constitue l'autre pair de manchette de la CDE en matière de garanties processuelles prises en faveur de l'enfant.

En interrogeant la source moderne de droit ayant historicisée les droits de l'enfant, il incombe lors du second titre de cogiter sur **la perception de l'enfant par le droit musulman : en tant que source traditionnelle de droit**. D'où l'intérêt de jauger la force obligatoire de la CDE dans l'ordre juridique interne, pour se prononcer, ensuite, sur la position du droit musulman vis-à-vis des droits de l'enfant.

L'Enfant et le Droit

A cet effet, et en voulant jumeler les sources moderne et traditionnelle du droit, il y a lieu de s'interroger sur si le code de la famille est parvenu à assurer autant de droits à l'enfant ? Et par la même occasion, le droit musulman est-il parvenu à teinter les droits de l'enfant d'une touche spéciale par rapport au droit conventionnel ?

TITRE II : La perception de l'enfant par le droit musulman : En tant que source traditionnelle de droit

Tirant son référentiel de la loi islamique et de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant, la situation des droits de l'enfant au Maroc a connu un ensemble de changements quantitatifs et qualitatifs au cours des 14 dernières années qui s'inscrivent dans un nouvel esprit, avec une vision globale, basée sur une approche qui accorde la priorité au respect des droits de l'Homme en général et au respect des droits de l'enfant en particulier¹⁷⁷. Notre arsenal juridique est-il convenu à conjuguer la perception traditionnelle et la perception moderne des droits de l'enfant ?

Pour jauger le niveau d'harmonisation de la législation interne par rapport aux dispositions de la Convention, il est jugé judicieux d'examiner l'applicabilité de la CDE par les juridictions nationales dans un premier temps, et de tenter de conjuguer la perception traditionnelle et la perception moderne des droits de l'enfant, dans un second temps.

Chapitre 1 : La réception de la Convention Internationale des droits de l'enfant par l'ordre juridique interne familial

Pour connaître du tempérament des juridictions du Royaume vis-à-vis des Conventions internationales dûment ratifiées, il y a lieu de s'interroger sur : Quelle va être au regard de la Constitution et à la lumière des interprétations législatives, la position de la jurisprudence marocaine quant aux liens noués entre les conventions internationales et l'ordre juridique marocain ?

Nous tacherons de répondre à cette question en mettant en exergue l'application des normes internationales relatives aux droits de l'enfant dans les différents systèmes juridiques comparés, pour, à vrai dire, se prononcer sur la

¹⁷⁷Guide des droits de l'enfant. Ministère de la justice et UNICEF. 2007. Préface, p.5

force obligatoire de la CDE dans l'ordre juridique interne (section 1), et ainsi parvenir à un *consensus* entre la perception traditionnelle et la perception moderne des droits de l'enfant (section 2).

Section 1 : La force obligatoire de la Convention dans l'ordre juridique interne

La question qui préoccupe notre attention est de savoir si la CDE est dotée de la force obligatoire ? Pour y tenter de répondre, nous nous heurtons à une spirale de questionnements ayant pour objet de cogiter sur la supériorité de la norme internationale sur l'ordre juridique interne (sous-section 1). Nous allons résoudre ce questionnement moyennant l'invocabilité d'office, voire l'applicabilité directe de la Convention internationale par le juge marocain, chose qui nous servira de connaître la position de la Constitution du Royaume sur le sujet, dont il est ici question (sous-section 2).

Sous-section 1 : La supériorité de la norme internationale sur l'ordre juridique interne : Mythe ou réalité ?

Le problème que suscite l'application des normes internationales relatives aux droits de l'enfant, en tant que démembrements des droits de l'Homme, dans les systèmes juridiques comparés, nous conduit à s'interroger sur les rapports entre le droit international public et les droits internes.

La réponse à cette question nous conduit, d'abord, à définir les rapports entre le droit international et le droit interne, pour parvenir, ensuite, à examiner les solutions adoptées par les droits internes.

Les rapports entre le droit international et le droit interne ne dérogent pas au principe d'autonomie qui vaut autant pour l'un que pour l'autre de ces deux ordres juridiques.¹⁷⁸

Néanmoins, la définition desdits rapports suppose, au préalable, de distinguer les normes internationales directement applicables dans l'ordre interne (paragraphe 1) de l'ensemble des règles internationales dont l'incorporation dans l'ordre interne relève des techniques juridiques prévues par les Constitutions nationales de chaque Etat (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Les normes du droit international auto-exécutoires

La notion de règle de droit international directement applicable dans l'ordre interne a contribué à crypter les idées énoncées en filigrane sur ce point. Que la norme de droit international produise des effets directs dans l'ordre interne signifie seulement que les institutions Etatiques ont le devoir de régler conformément à une telle norme les situations sur lesquelles elles exercent une compétence exclusive de celle des institutions internationales.¹⁷⁹

Les règles internationales qualifiées auto exécutoires (*self-executing*) ne sont directement applicables en droit interne, que si elles remplissent deux conditions cumulatives.

Ces règles sont directement applicables en droit interne, sans que soient requises des normes additionnelles destinées à les transposer au préalable dans l'ordre interne. Il s'agit de normes qui ont un contenu clair et précis, ne nécessitant pas l'intervention d'actes intermédiaires d'exécution. En outre, les

178 RIGAUX François « **Cour général de droit international privé** » In « **Recueil des cours** » Académie de droit international fondée en 1923 avec le concours de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, 1989 I, Tome 213 de la collection, p. 35

179 RIGAUX François « **Cour général de droit international privé** » In « **Recueil des cours** » Académie de droit international fondée en 1923 avec le concours de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, Op.cit. p. 35

Etats liés par ces normes doivent consacrer, dans le traité adopté, l'intention nette de leur permettre un effet direct.¹⁸⁰

Cette dernière condition va permettre au juge national de reconnaître, ou non, l'effet direct d'une règle internationale protégeant les droits individuels.¹⁸¹

A ce sujet, force est de signaler que peu de règles de droit international possèdent en elles-mêmes cette qualité d'application directe, pour des raisons liées à la souveraineté des Etats et au caractère souvent imprécis des normes internationales.¹⁸²

Concernant la CDE, notre convention de référence, il est à noter que « *Les Etats parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention* ». ¹⁸³

Analysons cet article comme une « disposition-chapeau » couvrant tous les droits énoncés dans le texte, la Cour de cassation française, par sa décision « Lejeune », déniait tout effet direct à l'ensemble de la Convention. Une lecture moins rigoureuse de la Convention permet de retenir la solution d'une applicabilité directe sélective, bénéficiant à quelques dispositions de la Convention, à la fois précises et dépourvues d'ambiguïté quant à l'intention des parties : ainsi, l'article 6 dispose que « *les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie* », l'article 13 concourt à préciser que « *l'enfant a droit à la liberté d'expression* » et l'article 15 prévoit que « *les Etats parties reconnaissent les droits de l'enfant à la liberté d'association et à la liberté de*

180 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », L'Harmattan, 2003, p. 247

181 CABRILLAZ Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET « **Libertés et droits fondamentaux** », 16^e édition revue et augmentée 2010, DALLOZ. P. 42

182 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Ibidem*, p. 247

183 Article 4 de la CDE

réunion pacifique ». C'est cette solution de l'applicabilité sélective que retient le Conseil d'Etat, jugeant notamment que l'article 3, paragraphe 1 de la Convention, qui dispose que « *l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* » dans toutes les décisions le concernant, est d'applicabilité directe.¹⁸⁴

Dans le même fil d'idées, certains juristes précisent que la CDE comporte à la fois des dispositions qui peuvent remplir certains critères de nature *self-executing*, comme cela a été déjà souligné, et des dispositions qui n'imposent aux Etats parties qu'une obligation de *stand-still*¹⁸⁵, moyennant l'introduction de législations pour mettre en œuvre la Convention.¹⁸⁶

Autrement dit, la France a considéré pour la CDE que le juge doit appliquer directement une partie de la Convention, mais qu'une partie programmatique n'est pas applicable par le juge, car ce sont des obligations de l'Etat ; l'Etat doit revoir des législations pour conformer le contenu des obligations Etatiques à la législation nationale.¹⁸⁷

La situation bancale de la CDE dans l'ordre juridique interne français, nous conduit à déduire par analogie qu'elle est, en partie, d'applicabilité directe. Néanmoins, il convient, de noter qu'il n'est pas toujours facile de déterminer si une clause de la Convention est *self-executing* ou non *self-exectuting*. Elle peut l'être pour un juge et non pour un autre au sein du même ordre juridique.

184 La Cour de cassation a fini par se rallier à cette position (Civ. 1re, 18 mai 2005 ; Civ. 1re, 14 juin 2005) précision annotée in « **Libertés et droits fondamentaux** » sous la direction de CABRILLAZ Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET, Op.cit. p. 42

185 « L'effet de *standstill* (ou l'effet cliquet), est l'interdiction faite à l'Etat de régresser ou d'aller en arrière. L'individu pourra demander au tribunal d'empêcher l'Etat de s'engager dans une voie qui constituerait un recul par rapport à ses engagements internationaux ou par rapport à une législation interne en vigueur ou antérieure », définition extraite de « **L'invocation devant le juge belge de la convention relative aux droits de l'enfant** » Mouna HADDAD In« **la Revue québécoise de droit international** » n° 25.2- 2012, p. 181

186 MENNIER Guillemette « **L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties** », Op.cit. p. 121

187 Le Juge de Cassation à l'aube du 21ème siècle « **Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)** » ibid. p. 106

A l'inverse des juges français, les juges italiens tendent à ne pas considérer la CDE comme directement applicable. En Autriche, quoique la CDE fait partie de l'ordre juridique autrichien, elle ne bénéficie pas, néanmoins, de l'application directe dans la mesure où durant le processus de ratification le parlement autrichien avait émis une réserve « *reservation of implementation* » en considérant que l'ordre autrichien était conforme à ladite Convention et que, par conséquent, tout effet direct lui était dénié. Partant, son invocation en droit interne était subordonnée aux mesures internes d'incorporation.¹⁸⁸

En Belgique, l'application de cette Convention a suscité beaucoup de controverses au sujet de l'applicabilité directe de certaines de ses dispositions, notamment son article 3. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 3 de cette Convention est dépourvu d'effet direct, vu son caractère imprécis. Par contre d'autres juridictions ont affirmé, en prenant appui sur l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 22 juillet 2003, que cet article était doté d'un effet direct. Certains juges adoptent une position « conciliante » qui, tout en admettant que l'article 3 n'a pas d'effet direct, reconnaissent que, combiné avec un autre article de la Convention, ce dernier pourrait bénéficier de cet effet.¹⁸⁹

Les exemples évoqués en la matière, témoignent que les normes internationales directement applicables dans l'ordre interne sont, bien entendu, rarissimes, puisqu'elles doivent, en premier lieu, être incorporées dans les législations nationales, en vue de garantir leur applicabilité.

Pour réaliser une telle entreprise, il est alors recommandé de se référer à la source doctrinale en faisant le *distinguo* entre le monisme avec prépondérance du droit international et le dualisme.

188 ZAKADI MPIANA Joseph « **La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes** », Droit & Sciences-Politiques, Droit international, EPU, éd. Publibook-2013, p. 36

189« **La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes** », *Ibidem*, p. 36

Paragraphe 2 : La confrontation des doctrines : Dualiste/moniste

L'opposition dualisme/monisme a fait l'objet d'un vieux débat théorique qui est considéré, aujourd'hui, comme dépassé en raison de la complexité des relations existant entre les divers ordres juridiques.

Les pratiques nationales des Etats, ne nous permettent pas seulement de corroborer l'affirmation du principe de la supériorité du droit international, mais planent également des doutes sur la portée même du principe, car une certaine doctrine conteste l'idée de la supériorité du droit international sur le droit interne en se fondant tantôt sur le dualisme, tantôt sur le monisme, comme précédemment présenté.

Il faudrait relever ici que le développement des règles portant sur l'application en droit interne des normes internationales, dans les Constitutions écrites, est une tendance récente.¹⁹⁰

L'analyse des énoncés Constitutionnels laisse cependant souvent perplexe qui, à leurs seules lectures, ne permettent pas de déterminer si l'on est en présence d'une option « moniste » ou « dualiste ». S'il est vrai en effet qu'un très grand nombre de textes Constitutionnels contemporains comportent, notamment dans leurs préambules et articles introductifs, l'engagement général de se conformer aux « règles du droit public international »¹⁹¹ aux « règles généralement reconnues du droit international »¹⁹² ou aux « règles du droit international généralement acceptées ».¹⁹³

190 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Op.cit.* p. 250

191 Alinéa 14 du préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946.

192 Article 10 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

193 Article 28 de la Constitution grecque du 9 juin 1975.

Ces formulations demeurent, comme beaucoup d'autres, très ambiguës quant à la position respective du droit international, notamment conventionnel, et des normes internes, Constitutionnelles et législatives. Au demeurant, le fait que le constituant interne puisse refuser le monisme avec primauté du droit international laisse entendre pour certains que ce dernier, loin d'être impliqué par l'ordre juridique international lui-même, résulte d'un choix propre à l'Etat, lequel affirmerait ainsi l'antériorité de son propre droit sur le droit international.¹⁹⁴

De manière générale, les défenseurs de la primauté de l'ordre juridique international sont les pays occidentaux, l'Europe notamment. A cet égard, rappelons que la justice internationale et les Constitutions de certains pays européens comme l'Italie, les pays du Benelux et la république fédérale d'Allemagne, reconnaissent la primauté du droit international sur la Constitution, alors que d'autres ont opté, la France notamment dans la Constitution de 1958, pour la supériorité du droit international sur la loi. Le système anglo-saxon inspiré des Etats-Unis, de la Grande-Bretagne et de l'Australie, quant à lui, repose sur l'égalité entre la loi et la norme internationale.¹⁹⁵

Pour les Constitutions de l'Afrique contemporaine, elles comportent des énoncés spécifiques relatifs à l'incorporation du droit international, y compris les droits de l'Homme, dans l'ordre juridique interne. Ces énoncés spécifiques ne portent pas exclusivement sur les droits de l'Homme. Mais étant entendu que les normes de ce droit font partie du droit international, il est évident que ces

194 DUPUY Pierre-Marie & KERBRAT Yann « **Droit international public** », Op.cit. p. 455

195 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » éd. LGDJ ; Lextenso-2011, p. 171

mécanismes Constitutionnels relatifs à l'application du droit international dans l'ordre interne couvrent aussi le droit international des droits de l'Homme.¹⁹⁶

A ce sujet, il semble qu'il est plus commode de centrer l'analyse sur les relations verticales entre l'ordre international et l'ordre interne d'une part, et sur les relations horizontales entre les différents ordres internes d'autre part. Dans le premier cas se posent des questions aussi importantes que l'applicabilité directe ou indirecte des conventions internationales ou encore celles relatives à la supériorité des conventions sur les lois, tandis qu'il convient, dans le second cas, d'examiner les rapports entre les ordres juridiques nationaux bien que, pour l'essentiel, cette dernière question relève du droit international privé.¹⁹⁷

D'après les tenants de la théorie moniste, il existe une unité de principe entre ordre interne et ordre international. Par conséquent, le droit international s'applique directement dans l'ordre juridique des Etats, puisqu'il y a interprétation des deux ordres juridiques ; les fondements de ce monisme à primauté du droit international résident dans une vision normativiste du droit, avec Hans Kelsen, et dans une conception objectiviste avec Georges Scelle.¹⁹⁸

Suivant la doctrine du monisme, les engagements internationaux de l'Etat doivent l'emporter sur les règles internes. Il s'ensuit donc que le juge interne

196 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Op.cit.* p. 250

197 « **La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones** » Actes des troisièmes journées scientifiques du Réseau « droit de l'Environnement » de l'Agence Universitaire de la Francophonie, Yaoundé (Cameroun), 14-15 juin 2001 sous la direction de Michel PRIEUR, Presses Universitaires de Limoges, p.330

198 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Op.cit.* p. 249

doit appliquer de manière immédiate et obligatoire toutes les normes du droit international.¹⁹⁹

En revanche, pour les tenants du dualisme, il y a dualité absolue entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international. Chacun constitue un ensemble autonome et sans lien possible avec l'autre. L'ordre international lie les Etats entre eux par des droits et des obligations réciproques. Par ailleurs, chaque Etat possède son propre ordre juridique dont il conserve la maîtrise exclusive.²⁰⁰

Les Etats dans lesquels la doctrine dualiste a été prépondérante ont adopté, en principe, l'approche Constitutionnelle dualiste où les normes de droit international -particulièrement conventionnelles- sont introduites en droit interne par le biais de leur reproduction, voire leur transposition ou renvoi au moyen d'un acte interne ad hoc ou permanent. Cette technique s'est cristallisée à titre indicatif en Italie, en Allemagne, au Royaume-Uni et dans la quasi-totalité des Etats ayant subi la colonisation ou l'influence britanniques, alors que l'approche moniste, qui se traduit par la ratification des conventions internationales suivie par l'adoption d'un autre acte interne qui transforme l'instrument juridique ratifié en droit national et lui permet ainsi d'avoir des effets sur le plan interne,²⁰¹ exerce un charme particulier dans les autres Etats avec différentes variantes, à titre indicatif la Suisse, la France et les Etats ayant été colonisés par cette dernière, notamment les Etats africains francophones et ceux qui se sont inspirés du constituant français, où les normes internationales entrent

199DJENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Ibidem*, p. 249

200 Pierre-Marie DUPUY & Yann KERBRAT « **Droit international public** » 11e éd. DALLOZ- 2012, p. 451

201DJENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Op.cit.* p. 252

« automatiquement » en vigueur dans l'ordre juridique interne aussitôt après leur ratification.²⁰²

Reste à préciser qu'au regard de l'évolution des relations internationales contemporaines, les deux approches n'aboutissent pas finalement à des conclusions très divergentes sur le champ d'application respectif du droit international et du droit interne. « Il existe un large *consensus* sur l'étendue du domaine réservé de l'Etat, c'est-à-dire sur les matières qui relèvent de la réglementation nationale » et la quasi-totalité des Etats qui admettent aujourd'hui la supériorité du droit international sur le droit interne.²⁰³

Nous tenons, à présent, à souligner que le choix de l'approche moniste ou dualiste étroitement lié à la prévision d'une norme Constitutionnelle ou d'égale valeur sur la réception des normes de droit international -en principe conventionnelles- nous paraît non seulement limité, mais encore approximatif, car il faudrait confronter les réalités notamment, d'application concrète de ces normes avec leur prévision pour se faire une idée exacte de la portée de l'option²⁰⁴ choisie. Le recours à la jurisprudence peut s'avérer d'une grande importance, lorsque les énoncés de la Constitution sont entachés d'incertitude.

Sous-section 2 : L'imprécision de la Constitution sur la question

Les énoncés de la Constitution du Royaume du Maroc relatives à la place du droit international par rapport au droit interne sont au cœur du débat qui oppose ceux qui penchent pour la primauté du droit international sur le droit interne et ceux qui, à l'inverse, se prononcent pour la supériorité du droit

202 ZAKADI MPIANA Joseph « **La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes** », *Op.cit.* p. 44

203 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Ibidem.* p. 250

204 ZAKADI MPIANA Joseph « **La position du droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Ibidem.* p. 47

interne ; les premiers sont rangés dans la catégorie des modernistes et les seconds dans celle des conservateurs (paragraphe 1).²⁰⁵ Cela va sans dire que la Constitution a enregistré une grande avancée dans la promotion du droit international (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le dilemme entre modernistes et conservateurs

Dès le préambule, le Constituant affiche sa volonté ferme d'adhérer au courant universaliste : « *Mesurant l'impératif de renforcer le rôle qui lui revient sur la scène internationale, le Royaume du Maroc, ...réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus* ». En voulant mettre un terme au vieux débat autour de la valeur juridique du préambule de la Constitution, le Maroc tranche cette question en déclarant officiellement que, désormais, « *le préambule fait partie intégrante de la (...) Constitution* ». ²⁰⁶

La reconnaissance de la primauté des conventions internationales sur le droit interne contribue à la construction d'un Etat de droit,²⁰⁷ et ne permet plus d'écarter l'application des conventions internationales au plan interne.²⁰⁸

Admettons que les conventions internationales sont le fruit de la codification de la coutume et des *us* en vigueur dans un domaine précis du droit international, la Constitution marocaine opte pour le terme générique de

205 GARAGNON Jean « **La Constitution de 2011 : analyses et commentaires** » in Revue marocaine des Sciences Politiques et Sociales « **Les élections et les modes de scrutin au Maroc** », cet ouvrage a été publié avec le concours de la Fondation HANNS SEIDEL (Allemagne), Centre de Recherche et d'Etudes en Sciences Sociales. Equipe de recherche : études Internationales et Diplomatiques, Faculté de Droit Souissi, p. 413

206 RBII Hamid « **La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution : cas des conventions des droits de l'Homme** » In « **La nouvelle Constitution du Royaume du Maroc : études sélectionnées** », Publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement », Série « **Thèmes actuels** », n° 82, première éd. 2013, p.341

207 Christophe CHARLES « **La nouvelle Constitution marocaine, canevas de la démocratie** » In « **Annuaire marocain de la stratégie et des relations internationales** », Tome 2, l'Harmattan, 2012 p. 1209-1210

208 RBII Hamid « **La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution : cas des conventions des droits de l'Homme** », Op.cit. p. 341

« convention internationale » pour pouvoir incorporer en son sein autant de sources du droit international, à savoir la coutume.

Ce faisant, la Constitution fait de la coutume une source d'engagement international du pays. Mais l'engagement international dont il est question à l'article 55, peut aussi émaner d'autres sources du droit international. Rappelons que le Roi veille, en vertu de l'article 42 de la Constitution, au respect des engagements internationaux du Maroc.²⁰⁹

Concrètement, l'alinéa 2 de l'article 55 de la nouvelle Constitution a remodelé le même alinéa de l'ancien article 31 relatif à « *l'approbation préalable des traités engageant les finances de l'Etat* » en relation avec le préambule, qui pose le rapport très controversé du traité international et la loi nationale, qui a été éclairci dans le sens d'une meilleure harmonisation entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international.²¹⁰

Au juste, l'article 55 qui reprend les dispositions de l'ancienne Constitution, crée la fausse imprécision que le traité international est supérieur à la Constitution, dans la mesure où, en cas de conflit entre la norme internationale et la règle constitutionnelle, c'est cette dernière qui s'écarte et c'est la première qui prévaut.²¹¹

209 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaires** » éd. LGDJ ; Op.cit. 177

210 EL RHAZI Sebhallah (Fathallah) « **Etudes politiques & Constitutionnelles** » Tome I, Col. Droit, Politique et Histoire dirigée par le Pr. EL RHAZI, ouvrage publié avec le concours de la Fondation HANNS SEIDEL (Allemagne), 2013, p. 109

211 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » Op.cit. p. P. 186

La Constitution marocaine se réfère aux droits de l'Homme, lorsqu'elle renvoie aux valeurs et aux droits et libertés fondamentaux et lorsqu'elle énumère la liste.²¹²

Il faut souligner que les droits et libertés y énoncés sont ceux reconnus par les conventions internationales ratifiées par le Maroc. Toutefois, il ne suffit pas de proclamer ces droits et libertés, il faudrait rendre leur exercice effectif. Sur cet aspect, la Constitution marocaine est restée ambiguë. En effet, les dispositions du préambule, qui ont la même autorité que les autres articles de la Constitution, renferme une contradiction frappante.²¹³ Ceci ne renseigne nullement sur la situation du traité par rapport à la norme Constitutionnelle ou législative interne.²¹⁴

Les dispositions de la nouvelle Constitution du Royaume expriment, de manière claire, le dilemme devant lequel se trouve le Maroc. Sa réponse consiste à ne pas afficher clairement les choix effectués, en donnant satisfaction à la fois aux défenseurs des valeurs traditionnelles, mais aussi aux tenants de l'impérative insertion du pays dans la mondialisation et dans l'ère de l'économie numérique. Ces derniers voient dans la primauté de la norme internationale, le gage de la modernisation irréversible des systèmes économiques et politiques nationaux.²¹⁵

En outre, la primauté des conventions internationales sur la législation interne demeure noyée dans un jargon obscur qui leur enlève toute efficacité

212 MATHIEU Bertrand « **Les droits fondamentaux : un patrimoine commun intégré dans la Constitution marocaine** » In « **La Constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires** » op.cit., p. 237

213 BENDOUROU Omar « **Réflexions sur la Constitution du 29 juillet 2011 et la démocratie** », In « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** » coordonné par Omar BENDOUROU, Rkia EL MOSSADEQ et Mohammed MADANI, éd. la croisée des chemins 2014, p. 136

214 DUPLY Pierre-Marie & KERBRAT Yann « **Droit international public** ». 11e édition, éd. DALLOZ- 2012, p. 455

215 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » Op.cit. p. 172

juridique. Autrement dit, la Constitution n'établit pas de manière claire la suprématie des conventions internationales sur la loi interne. Cette confusion ne va pas faciliter le travail de la justice, puisqu'il n'y'a pas une obligation claire de faire prévaloir le droit international.²¹⁶

Par ailleurs, étant donné que l'effectivité des droits et libertés des citoyens dépend du statut de la justice, qui est le garant de leur protection, celle-ci peut constituer une alternative pour lever les ambiguïtés grevant la suprématie des conventions internationales sur l'ordre juridique interne.

Si la nouvelle Constitution a élevé la justice au rang de pouvoir,²¹⁷ la loi organique portant statuts des magistrats²¹⁸, fait de ceux-ci désormais un corps indépendant.

Ceci dit, nous allons examiner, plus loin, la position de la jurisprudence devant l'ambiguïté de la Constitution en la matière.

Pour pallier à cette ambiguïté, le statut des magistrats qui a été un domaine réservé au législateur dit « ordinaire » dans les Constitutions révisées de 1992 et de 1996 a été, néanmoins, attribué au « législateur organique » dans la nouvelle mouture Constitutionnelle. Chose qui revalorise sa situation juridique et la protège mieux de l'influence de l'exécutif notamment avec la promotion de l'organe judiciaire en un véritable « pouvoir » et la préservation de son indépendance.²¹⁹

216 MADANI Mohammed « **Constitutionnalisme sans démocratie : la fabrication et la mise en œuvre de la Constitution marocaine de 2011** », In « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** », op.cit., p. 81

217 BENDOUROU Omar « **Réflexions sur la Constitution du 29 juillet 2011 et la démocratie** », in « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** », op.cit. p. 137

218 Loi organique n° 106-13 portant statuts des magistrats, publiée au Bulletin Officiel n° 6492 du 18/08/2016 p. 1313

219 EL RHAZI Sebhallah (Fathallah) « **Etudes politiques & Constitutionnelles** », Op.cit., p. 110

Cette innovation Constitutionnelle qui nous renseignait sur les prémices de la promotion du droit international et son incorporation dans le droit interne, s'est concrétisée désormais par l'entrée en vigueur de la loi organique n° 100-13 relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire²²⁰ et qui confirme, aux termes de son article 2, que le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. En y précisant que le Roi est le garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

Paragraphe 2 : Les avancées enregistrées dans la promotion du droit international

La nouvelle Constitution se caractérise, d'une part, par l'élargissement de l'engagement international à toutes les sources du droit international, notamment la règle coutumière et les principes généraux du droit, et d'autre part, par l'extension du domaine du droit international à d'autres branches de ce dernier.²²¹ L'ouverture de la Constitution sur toutes les sources du droit international distingue la présente par rapport aux Constitutions homologues, limitées aux seuls conventions et traités internationaux.

A cela s'ajoute le remplacement du Conseil Constitutionnel par une Cour Constitutionnelle compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois *a priori*,²²² mais aussi *a posteriori* dans le cadre d'une saisine par les justiciables par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité dans le domaine des droits et libertés garantis par la Constitution²²³ qui va également, et nécessairement, faire passer le juge Constitutionnel du rôle, dont il refusait de sortir, de simple

220 Loi organique n° 100-13 relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire publiée au Bulletin Officiel n° 6492 du 18/8/2016 p. 1299

221 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » Op.cit. p. 173

222 Le contrôle de la constitutionnalité des lois *a priori* s'exerce par le biais de l'article 132 de la Constitution

223 Article 133 de la Constitution

régulateur des rapports entre différents pouvoirs, à celui de protecteur des droits et libertés s'appuyant sur une jurisprudence plus agressive et audacieuse.²²⁴

Cette innovation d'exception d'inconstitutionnalité peut être soulevée devant toute juridiction au profit de la Cour Constitutionnelle qui statue désormais sur cette exception en tant que juridiction. A cet égard, il importe de souligner que cette procédure doit faire l'objet d'une réglementation prudente par la future loi organique²²⁵ qui en déterminera le régime, afin d'éviter ce qui apparaît en France où cette réforme n'apporte pas nécessairement une amélioration de la protection des droits et libertés, mais peut en revanche engendrer un réel désordre dans le système juridique.²²⁶

Face à une disposition d'une loi organique qui imposerait le contrôle de conventionalité des lois ordinaires garantissant les droits et libertés, le Conseil constitutionnel peut-il interpréter cette disposition comme conforme à la Constitution ou au contraire va-t-il déclarer que seuls les droits doivent être considérés comme seuls étalons de contrôle de constitutionnalité ? Le choix de l'une ou de l'autre réponse ne réside pas dans le texte Constitutionnel, mais dans la volonté de celui qui l'interprète. Il n'en reste pas moins que le premier choix suppose l'adoption d'une politique jurisprudentielle qui concorde mieux avec le principe de complémentarité normative dans le domaine des droits de l'Homme. Alors que le second choix va limiter forcément la portée des droits et libertés et empêchera toute interprétation extensive. Cela conduira inéluctablement à porter atteinte à l'unité de la Constitution en réduisant le préambule à un simple « texte

224 CHARLES Christophe « **La nouvelle Constitution marocaine, canevas de la démocratie** » In « **Annuaire marocain de la stratégie et des relations internationales** », op.cit. p. 1212

225 La Chambre des Représentants a adopté, mardi 06/02/2018, en deuxième lecture, le projet de loi organique 15-86 fixant les conditions et les modalités d'application de l'article 133 de la Constitution relatif à l'exception d'inconstitutionnalité.

226 GARAGNON Jean « **La Constitution de 2011 : analyses et commentaires** » in Revue marocaine des Sciences Politiques et Sociales « **Les élections et les modes de scrutin au Maroc** », op.cit. p. 416

récapitulatif » à valeur déclaratoire, alors qu'il mentionne des principes fondamentaux pour la définition des droits et libertés.²²⁷

Quel que soit le choix qui sera effectué par le Conseil, il nous semble inadéquat d'invoquer de telles notions pour justifier la non application des normes internationales. Le juge constitutionnel ne saurait rester neutre face d'une telle éventualité qui mettrait en cause la responsabilité internationale de l'Etat marocain. L'interprétation conforme à la Constitution lui permet précisément de décider en faveur de l'une des différentes solutions, en vue de traduire la volonté du constituant.²²⁸

Il y a lieu de préciser à cet égard, qu'en instituant la Cour constitutionnelle²²⁹ en remplacement du Conseil constitutionnel, la nouvelle Constitution élargit ses compétences en octroyant la possibilité de saisir la Haute juridiction au 1/5 des membres de la Chambre des représentants ou à quarante membres de la chambre des conseillers. La nouvelle Constitution a conféré, en vertu de son article 133, un nouveau droit aux justiciables. Il s'agit de l'exception de l'inconstitutionnalité, permettant aux justiciables à l'occasion d'un procès en cours de défendre leurs intérêts lorsque la loi dont dépend l'issue du litige, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution. Cette nouvelle procédure, qui va tonifier la haute juridiction, constitue « une véritable révolution juridique » car elle consacre non seulement un nouveau droit qui s'ajoute aux autres droits pour protéger les droits et libertés des citoyens mais surtout elle permettrait sans doute d'assainir notre arsenal juridique en faisant

227 FASSI FIGHRI Youssef « **Le Conseil constitutionnel marocain et le contrôle du législateur organique** » In « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** », Ibidem, p. 171

228 FASSI FIGHRI Youssef « **Le Conseil constitutionnel marocain et le contrôle du législateur organique** » In « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** », Ibidem, p. 171

229 La cour Constitutionnelle est instituée par la loi organique n° 066-13 relative à la Cour constitutionnelle, publiée au B.O n° 6288 du 04.09.2014

disparaître des lois qui ne sont plus conformes aux actuelles exigences juridiques nationales et internationales. Plus important encore, l'exception d'inconstitutionnalité pourrait constituer le prélude d'une nouvelle ère dans la jurisprudence marocaine Constitutionnelle. Le pari est sans doute difficile, mais pas impossible à réaliser.²³⁰

La Cour Constitutionnelle aurait, en outre, certainement à déterminer les rapports entre le droit international et le droit interne qui demeurent caractérisés par une grande retenue.²³¹

Ces innovations peuvent servir de pistes pour briser le silence de la Constitution quant à la place de la norme internationale dans la nouvelle hiérarchie des règles juridiques, et renseigner sur la position de la jurisprudence en la matière.

Pour remédier à ce silence, c'est à la norme interne qu'appartient de préciser le rang du droit conventionnel ou encore celui des actes unilatéraux normatifs des organisations internationales, les conditions requises par leur réception et les effets que les normes internationales sont susceptibles de déployer en droit interne. En d'autres termes, c'est principalement le droit Constitutionnel qui définit les modalités d'articulation entre le droit international et l'ordre juridique interne d'un grand nombre d'Etats. Cette option est soulignée encore avec force par la doctrine à laquelle nous nous rallions. Dans les Etats où la Constitution est muette sur les rapports entre les normes internationales et les normes internes, ce sont parfois, les juridictions suprêmes

230 EL RHAZI Sebhallah (Fathallah) « **Etudes politiques & Constitutionnelles** », Op.cit. p. 179

231 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » Op.cit. p. 185

qui ont dégagé des orientations à ce propos en faisant souvent une interprétation large de la Constitution et en s'appuyant directement sur le droit international.²³²

En optant pour l'approche moniste, la Constitution française déclare par le biais de son article 55 que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois ...* ». Cependant, une innovation a été introduite dans la suite des dispositions de l'article 55. Elle concerne la condition de réciprocité puisque l'autorité supérieure de l'accord ou du traité à celle des lois est subordonnée à « son application par l'autre partie ». Cette initiative du constituant de 1958 est particulièrement maladroite : d'abord par sa formulation qui paraît littéralement adaptée aux seuls cas des traités bilatéraux ; ensuite par les aléas qu'elle introduit dans les dispositions et dans l'application de la Constitution. Elle introduit des difficultés d'appréciation et d'interprétation considérables pour les juges. Il est enfin regrettable que l'article 55 ne vise explicitement que les traités, et pas la coutume internationale ni les principes généraux du droit, comme s'il ne pouvait avoir d'obligations pour l'Etat, dans l'ordre international, qu'en vertu de conventions, conception restrictive injustifiée, qui a toutefois été largement assouplie dans la jurisprudence de la Cour de cassation française.²³³

Sur ce, il convient de préciser que les Constitutions des Etats francophones, qui s'inspirent pour l'essentiel de la Constitution française de 1958, réaffirment le principe de la supériorité des normes internationales sur le droit interne. C'est ainsi le cas pour l'article 56 de la Constitution ivoirienne de 1960 qui dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». C'est ainsi le cas pour

232 ZAKADI MPIANA Joseph « **La position du droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Op.cit.* p. 64

233 DUPUY Pierre-Marie & KERBRAT Yann « **Droit international public** » *Op.cit.* p. 456-457

la Constitution malienne de 1992 et les Constitutions du Tchad, du Bénin, du Congo et du Gabon.²³⁴

Cette théorie est contestable, mais explique en partie la mentalité de bien des juges.

La question qui s'impose, à ce niveau de réflexion, a trait sur le rang du droit international dans la hiérarchie des normes internationales. Cela nécessite de rappeler que les normes internationales qui sont directement applicables aux personnes privées ne sont pas très nombreuses ; de surcroît, les matières où la réglementation internationale intéresse particulièrement les personnes privées sont ceux généralement où des conventions sont en vigueur, de sorte qu'en vertu du principe de la priorité de la *lex specialis*, c'est le droit conventionnel qui est invoqué et appliqué.²³⁵

Le droit international général n'étant appliqué que rarement, sa place dans l'ordre interne demeure souvent mal définie. La jurisprudence hésite dans plusieurs pays sur la manière dont le droit non écrit est inséré dans l'ordre, ainsi que sur la supériorité qu'il convient de lui reconnaître par rapport aux normes du droit interne. Les réponses données à ce sujet par les différents droits nationaux apparaissent plus précaires que celles fournies par le droit conventionnel.²³⁶

Comme souligne une partie de la doctrine²³⁷ « les problèmes pratiques auxquels peut se heurter le juge interne dans l'application des normes du droit international sont essentiellement de deux ordres : le premier est relatif aux

234 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Op.cit.* p. 251-252

235 C. DOMINICE, F. VOEFFREY « **L'application du droit international général** » in « **L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national : étude de la pratique en Europe** » sous la direction de EISEMAN Pierre Michel, publié par Kluwer Law International, 1996 P. 59

236 « **L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national : étude de la pratique en Europe** », *op.cit.* p. 62

237 BOYE Abdelkader dans son excellente étude sur l'application des règles du droit international public dans les ordres juridiques internes.

capacités du juge interne d'accéder à la connaissance du contenu et du sens du droit international public, alors que le second a trait aux possibilités qu'a celui-ci d'appliquer ce droit au regard des règles de son propre ordre juridique qui définissent son statut et son rôle ».²³⁸

La difficulté de perception de la norme internationale est due, d'une façon générale, au fait que le juge interne se considère comme un juge national chargé en tout premier lieu d'appliquer son droit interne. Sans méconnaître nécessairement le droit international, il en est en effet souvent peu familier et se trouve parfois dérouté par certains de ses caractères, notamment la place déterminante qu'occupe encore la coutume en droit international.²³⁹

Partant de ces constats, il s'avère temps de situer la place des normes internationales dans l'ordre juridique interne marocain moyennant la position de la Constitution et l'interprétation jurisprudentielle.

Par la présente approche, nous allons songer à appréhender la position de la Constitution vis-à-vis de l'applicabilité directe des conventions internationales, afin d'étudier les effets qui découlent, le cas échéant, de la reconnaissance dudit principe. Cette position nous permettra, par transivité, d'examiner particulièrement, le cas de la CDE.

Pour ce faire, il s'avère indispensable de faire le *distinguo* entre les déclarations et les conventions.

Une déclaration, en droit international, est un texte d'orientation non contraignant. Elle n'a pas de force de loi, ne comporte pas d'obligation spécifique et n'engage pas les gouvernements. Elle trace, en effet, un cadre

238 DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », *Op.cit.* p. 257

239 Pierre-Marie DUPUY & Yann KERBRAT « Droit international public » *Op.cit.* p. 459

référentiel par des énoncés et des principes généraux acceptés par les gouvernements. Elle a une valeur de communication publique.²⁴⁰

En clair, les déclarations n'ont pas la force obligatoire, mais elles constituent une référence morale assez importante,²⁴¹ tel est le cas de la déclaration des droits de l'enfant, proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies de 1959.

Or, une convention est un accord conclu entre des personnes ou des groupes de personnes ou encore entre Etats. Une convention internationale, pour entrer en vigueur, doit être ratifiée par chacun des Etats membres. Les Etats membres ayant signés, s'engagent à mettre leur législation en harmonie avec les textes internationaux. Une convention a, en principe, un caractère obligatoire et un mécanisme de contrôle intégré au texte pour pouvoir vérifier son application.²⁴²

En revanche, il convient de signaler que la Constitution marocaine a, encore une fois, gardé le silence en ce qui concerne la force obligatoire des traités dans l'ordre interne.²⁴³

La Constitution marocaine a tenté de clarifier, au plan juridique, les rapports entre les engagements internationaux du Maroc et son ordre juridique interne. Il est vrai que le débat relatif à l'existence d'un ordre juridique unique, groupant l'ordre juridique interne et international, ou à la coexistence des deux

240 PAYCHENG Odile « **A la rencontre de l'éthique : les fondements du questionnement éthique dans le domaine de la santé** » guide pratique des textes de référence, 2ème édition revue et augmentée, éd. HEURE DE France, 2006, P. 16

241 Le Juge de Cassation à l'aube du 21ème siècle « **Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)** » Marrakech - 17 au 18 mai 2004, Ministère de la Justice du Royaume du Maroc, Cour suprême du Maroc, Organisation Internationale de francophonie, Délégation générale à la Paix, à la démocratie et aux droits de l'homme p. 105

242 PAYCHENG Odile « **A la rencontre de l'éthique : les fondements du questionnement éthique dans le domaine de la santé** » » ibid. p. 17

243 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » Op.cit. p. 185

ordres distincts, est d'abord politique et même philosophique avant d'être purement juridique.²⁴⁴

Toutefois, l'intérêt que revêt le débat au plan juridique, nous conduira à cogiter sur l'application des conventions internationales par le juge interne, afin de mettre en veilleuse l'attitude du juge face à l'application de la CDE.

Certes, formellement, le préambule « *fait partie intégrante de la Constitution* », mais comment comprendre ses énoncés qui affirment que le Royaume du Maroc accorde « *aux conventions internationales dûment ratifiées par lui, dans le cadre des dispositions de la Constitution et des lois du Royaume, dans le respect de son identité nationale immuable, et dès la publication de ces conventions, la primauté sur le droit interne du pays* », et procède en conséquence à harmoniser « *les dispositions pertinentes de sa législation nationale* » ?²⁴⁵ Cette question, rappelons-le, est intimement liée à la problématique qui coiffe notre thème de recherche.

Ces épigraphes, formules légendaires et mythiques, attestent définitivement de la consubstantialité des droits de l'Homme et du constitutionnel.²⁴⁶

Ces formules nous renseignent sur l'attitude de la Constitution face à la primauté de la norme internationale sur l'ordre juridique interne.

Comme nous l'avons précédemment souligné, en évoquant la force obligatoire de la CDE, force est de rappeler que les termes de l'article 50-30 de

244 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » Op.cit. p. 171

245 FASSI FIHRI Youssef « **Le Conseil constitutionnel marocain et le contrôle du législateur organique** » In « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** », op.cit, p. 170

246 BA MOHAMMED Najib « **Constitutionnalisme et droits de l'Homme** » in « **Contributions politiques et Constitutionnelles marocaines et comparées** » publications de la Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement, Col. « **Manuels et travaux universitaires** », n° 107, première éd. 2015, p. 71

ladite Convention ont été incorporées dans l'ordre juridique interne. La Convention objet de notre approche, est bel et bien dotée de la force obligatoire *ex proprio vigore*, et ce bien que la Constitution du Royaume n'ait pas pu se prononcer ni sur la primauté des conventions internationales sur la loi interne, non plus encore sur la force obligatoire des conventions internationales.

Toutefois, il incombe de préciser que le silence de la Constitution sur ces positions, cède la voie à la pratique judiciaire en la matière. Celle-ci concourt éventuellement à porter des solutions jurisprudentielles.

La nouvelle Constitution élargit considérablement le domaine du droit international susceptible d'être incorporé dans le droit interne, renforçant ainsi la position des tenants de l'appartenance du Maroc à la conception moniste avec prépondérance et non-primauté du droit interne, car des cas de plus en plus nombreux et des décisions de justice de plus en plus audacieuses prônent ouvertement la primauté du droit interne.²⁴⁷

La position de la jurisprudence a servi de solution pour témoigner de la suprématie des conventions internationales sur l'ordre juridique interne, en l'espèce, la Cour d'appel de Casablanca, dans son arrêt n° 1413 du 23 mai 2007, s'est basée sur divers arrêts de la Cour suprême, souligne que « *attendu que la convention internationale est une norme particulière dont l'application prime sur le droit interne -qui, dans le cas d'espèce, n'est autre que le code de statut personnel et le code de la famille qui a une norme générale-, et ce conformément au principe de la primauté de ces conventions, qui a été affirmé par la Cour suprême²⁴⁸ dans un arrêt n° 754 du 19 mai 1999* ». ²⁴⁹

247 IHRAÏ Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » In « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** » Op.cit. p. 184

248 La Cour suprême est désormais appelée « **la Cour de cassation** » conformément au Bulletin Officiel n° 5989 bis du 26 octobre 2011

Cette position s'est manifestée lors de la Constitution antérieure de 1996, celle-ci, à l'instar de la nouvelle Constitution, avait annoncé dans son préambule la primauté des conventions internationales sur le droit interne.

La prééminence des conventions internationales est, en outre, affirmée par une multitude de textes législatifs. Citons à titre d'exemple l'article premier du code de la nationalité marocaine qui dispose que « *les dispositions des traités ou accords internationaux ratifiés et publics prévalent sur celles de la loi interne* ».

Dans le même sillage, le législateur a rappelé dans le préambule du code de la famille que « *Sa Majesté a également exhorté les membres de la Commission à se prévaloir de l'effort jurisprudentiel del'Ijtihad, en tenant compte de l'esprit de l'époque, des impératifs de l'évolution et des engagements souscrits par le Royaume en matière de droits de l'Homme tels qu'ils sont reconnus universellement* ».

C'est donc le législateur, la pratique et la jurisprudence qui avaient pris position en faveur du principe de la primauté de la convention internationale sur la loi dans l'ordre juridique interne marocain.²⁵⁰

Cela dit, et en exposant la position de la jurisprudence qui semble favorable au principe de la primauté des conventions internationales de manière générale, il est temps de mettre en relief la position des juridictions nationales en matière d'invocation de la CDE, de manière spécifique.

L'attitude favorable des juridictions nationales à l'égard de l'invocabilité des normes internationales dans l'ordre interne remonte loin dans le temps. En effet, lors du deuxième rapport périodique du Maroc sur la mise en œuvre de la

249 Royaume du Maroc Ministère de la Justice « **Rapport national pour l'examen périodique universel (E.P.U)** » février 2008, p. 5

250 OUAZZANI CHAHDI Hassan « **La pratique marocaine du droit des traités : essai sur le droit conventionnel marocain** », Paris librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982, p. 372

CDE, il a été conclu que la publication de la Convention en question au bulletin officiel, implique des effets juridiques. Ceci a été soutenu et prôné par un arrêt de la Cour suprême qui affirme « *qu'en cas de contradiction entre la loi interne et les dispositions de la CDE, ce sont les dispositions de celle-ci qui l'emportent. L'acte de publication en est exigé, la Convention fait partie intégrante du droit interne* ». ²⁵¹

Mieux encore, par un jugement du TPI de Beni Mellal en date du 7/2/2011, il a été fait référence à la CDE pour protéger le droit d'un enfant à la scolarisation. ²⁵²

Si l'ont fait de récurrent appel aux droits de l'enfant en matière de jurisprudence, ceci veut dire que la norme internationale y afférente est forcément revalorisée et garante d'applicabilité.

Par un arrêt fort important, rendu par la chambre sociale près la Cour de cassation, le 27/06/2013 ²⁵³, la haute juridiction s'est démarquée par rapport à la pratique jurisprudentielle antérieure via l'invocabilité d'office de la CDE.

251 الدكتور عبد العزيز لعروسي "التشريع المغربي والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: ملاءمات قانونية و دستورية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة "مواضيع الساعة" عدد 87، طبع بمساهمة هانس سايدل الألمانية، الطبعة الأولى، 2014، ص. 196

252 Hamid RBII « **La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution : cas des conventions des droits de l'Homme** » In « **La nouvelle Constitution du Royaume du Maroc : études sélectionnées** », Op.cit. p. 337

253 Les faits de l'arrêt de la Cour de cassation se résument comme suit :

« Attendu qu'il ressort des éléments du dossier que la requérante a présenté une demande par laquelle elle expose qu'elle travaillait en tant qu'institutrice primaire chez la défenderesse (l'employeur) depuis le 1/9/2002, et qu'elle a été licenciée de son travail le 7/7/2008 sans motif valable.

Sur ce, le TPI saisi a condamné la défenderesse au versement des dommages-intérêts à l'institutrice pour licenciement abusif. Ce jugement a été attaqué en appel par la défenderesse qui a décidé l'annulation dudit jugement.

Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi en cassation présenté par la requérante. A ce stade, la Cour de cassation a décidé que le défaut de comparution de la requérante à la procédure disciplinaire est assimilé à un abandon de poste. -Précisons à ce niveau que les listes des fautes graves commises autant par les salariés que par l'employeur, demeurent indicatives suivant l'optique jurisprudentielle, car l'appréciation des faits constituant une faute grave relève de la compétence des tribunaux. La jurisprudence marque une certaine tendance à apprécier *in concreto* la faute reprochée au salarié, en la qualifiant de « grave » comme c'est le

Auparavant, les juridictions saisies se contentaient de l'application des textes juridiques, sans pour autant recourir aux conventions internationales en tant que source de légalité. D'autant plus, l'attitude des juges de la Cour suprême autrefois, était tout de même caractérisée par une prudence et une hésitation quant au recours aux conventions internationales.

D'après cette nouvelle tendance jurisprudentielle, la Cour de cassation a pris en compte l'évolution parcourue en matière des droits de l'Homme *lato sensu*, et les acquis transposés en la matière dans la nouvelle Constitution.²⁵⁴

L'arrêt, objet du présent commentaire, permet de dégager deux constats ; le premier concerne l'invocation d'office de la CDE par le juge et le second fait allusion au texte intégral de la Convention, sans pour autant spécifier l'article concerné par le renvoi.

En invoquant d'office la CDE, l'arrêt en question se distingue des autres arrêts, par l'initiative prise par le juge en la matière. Cette initiative suscite, désormais, l'effet de réflexe chez le juge saisi donnant lieu à l'invocation d'office des conventions internationales.²⁵⁵

Quant au recours aux énoncées de la CDE, il y a lieu de signaler que ce sont les juridictions du premier et du second degré (de fond) qui sont, en

cas, par exemple, d'un abandon de poste-. Abdellah BOUDAHRAIN « **Le droit du travail au Maroc** » Tome II (Rémunération, sécurité de l'emploi, règlement des conflits individuels du travail, relations collectives de travail, 2e éd. 2010, société d'édition et de diffusion Al Madariss, p. 169

Et attendu que la requérante a été reconnue coupable de violences physiques exercées sur un élève, le juge de la Cour de cassation a qualifié cette violence comme étant une faute grave et une violation des dispositions de la CDE.

Par ces motifs, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en cassation ».

254. د. حميد اربيعي "اتفاقية حقوق الطفل كمصدر للتشريع في اجتهاد محكمة النقض: تعليق على قرار الغرفة الاجتماعية عدد 940 بتاريخ 27 يونيو 2013 في موضوع حظر الاعتداء الجسدي على التلميذ" مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية تحت عدد 119، السنة 2014 ص. 242

255. د. حميد اربيعي "اتفاقية حقوق الطفل كمصدر للتشريع في اجتهاد محكمة النقض: تعليق على قرار الغرفة الاجتماعية عدد 940 بتاريخ 27 يونيو 2013 في موضوع حظر الاعتداء الجسدي على التلميذ" مرجع سابق. ص. 243

pratique, les mieux qualifiées à recourir aux conventions internationales de par leur innovation en la matière.²⁵⁶

Cela dit, la Cour d'appel a considéré que les conventions internationales sont considérées comme une norme particulière qui prévaut sur le droit interne ; considéré de portée générale.

En publiant l'arrêt en question, le Cour de cassation vise à uniformiser la pratique jurisprudentielle en la matière, et fait notamment dudit arrêt une référence juridique permettant au juge national d'assurer une protection appropriée à l'enfant, soit sur la base de la loi interne, ou sur la base de la CDE.

Notons cependant, qu'en dépit de la pénurie des jugements faisant référence à la CDE, le TPI d'Agadir avait, tout de même, invoqué d'office l'applicabilité des dispositions de la CDE, quelques années suivant la publication de la Convention au bulletin officiel. A cet égard, il convient de noter que les conventions sont particulièrement invoquées en matière de garde de l'enfant. Preuve en est, le TPI d'Agadir a encore une fois jugé que l'application de l'article 3 de la CDE prévaut sur l'application de l'article 105 de l'ancien code du statut personnel et successoral.²⁵⁷

Dans une autre affaire, le même tribunal a prononcé la déchéance de la mère de son droit de garde sur la base des articles 3, 7, 8, 9, 16, 19 et 20 de la CDE qui consacrent le principe d'intérêt supérieur de l'enfant.

256 ذ. حميد اربيعي "اتفاقية حقوق الطفل كمصدر للتشريع في اجتهاد محكمة النقض: تعليق على قرار الغرفة الاجتماعية عدد 940 بتاريخ 27 يونيو 2013 في موضوع حظر الاعتداء الجسدي على التلميذ" مرجع سابق. ص. 244
257 P. 244 ذ. حميد اربيعي "اتفاقية حقوق الطفل كمصدر للتشريع في اجتهاد محكمة النقض: تعليق على قرار الغرفة الاجتماعية عدد 940 بتاريخ 27 يونيو 2013 في موضوع حظر الاعتداء الجسدي على التلميذ" مرجع سابق. ص. 244

En définitive, l'invocation de la CDE par le juge de la haute juridiction est un revirement de jurisprudence et une première sans précédent,²⁵⁸ qui témoigne de l'importance capitale accordée aux conventions internationales en tant que source de droit.²⁵⁹

Si la jurisprudence accorde, sans équivoque, la prééminence de la norme internationale sur l'ordre juridique interne, nous serons forcément amenés à trouver un terrain d'entente pour que source moderne de droit et source traditionnelle de droit cohabitent dans un même système juridique.

Section 2 : L'ébauche de conciliation entre la perception traditionnelle et la perception moderne des droits de l'enfant

En revenant aux sources du droit musulman, nous-nous rendons compte que l'Islam reconnaît, en général, la plupart des droits et libertés consignés dans la Convention des droits de l'enfant. Il s'agit à cet effet, du droit à la vie, à la santé, à la protection de l'enfant contre les périls, le droit à la liberté de pensée, le droit à l'association, le droit d'accès à l'information, et le droit à un traitement spécial.

En voulant harmoniser le code de la famille aux termes des conventions internationales ratifiées par le Royaume du Maroc, au dessein d'accorder une protection appropriée à l'enfant, le législateur a consacré un arsenal de règles garantissant à la fois les droits et les mesures de protection dus à l'enfant.

Etant donné que l'enfant est une composante substantielle de la famille, le code de la famille marocain lui a prêté un intérêt particulier en faisant de

258 د. حميد اربيعي "اتفاقية حقوق الطفل كمصدر للتشريع في اجتهاد محكمة النقض: تعليق على قرار الغرفة الاجتماعية عدد 940 بتاريخ 27 يونيو 2013 في موضوع حظر الاعتداء الجسدي على التلميذ" مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية" مرجع سابق. ص. 249

259 RBII Hamid « La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution : cas des conventions des droits de l'Homme » In « La nouvelle Constitution du Royaume du Maroc : études sélectionnées », Op.cit. p. 340

l'article 54 une disposition juridique énumérant à titre spécial les droits de l'enfant vis-à-vis de ses parents.²⁶⁰

Cette disposition exprime, en l'occurrence, l'alliage établi entre la modernité prescrite par les Conventions internationales et les règles traditionnelles²⁶¹, constitutives de notre identité immuable.

Par contraste, l'adhésion de l'ordre juridique interne familial aux conventions internationales ne veut pas dire pour autant qu'il cède, en totalité ou en partie, les préceptes de la Charia constitutifs de l'identité nationale immuable du Royaume.

Partant, nous nous livrons, lors des sous-sections ci-après, à décliner les points de convergence et de divergence qui différencient le droit familial dans son approche « droits de l'enfant ».

260 L'article 54 du code de la famille dispose que : Les parents doivent à leurs enfants les droits suivants :

1. La protection de leur vie et de leur santé depuis la grossesse jusqu'à l'âge de majorité ;
2. La préservation de leur identité notamment en ce qui concerne le nom et le prénom, la nationalité, et l'inscription à l'état civil ;
3. La filiation, la garde et la pension alimentaire, conformément aux dispositions du livre III du présent code ;
4. L'allaitement au sein par la mère si possible ;
5. La prise de toutes les mesures possibles afin d'assurer la croissance normale des enfants en préservant leur intégrité physique et psychologique et en veillant sur leur santé par la prévention et les soins ;
6. L'orientation religieuse, l'éducation fondée sur la bonne conduite, les valeurs de noblesse et l'honnêteté dans la parole et l'acte et la prévention de la violence entraînant des dommages corporels et moraux, ainsi que la prévention de toute exploitation préjudiciable aux intérêts de l'enfant ;
7. L'enseignement et la formation les habilitant à accéder à la vie active et à être un membre utile dans la société ; Les parents doivent préparer à leurs enfants autant que possible, les conditions adéquates pour poursuivre leurs études compte tenu de leurs facultés mentales et physiques ;

261 ذ. عبد الكريم شهبون "الشافعي في شرح مدونة الأسرة" الجزء الأول: الزواج، انحلال ميثاق الزوجية وآثاره، الولادة ونتائجها، الطبعة الأولى 2006، ص. 157

Sous-section 1 : Les points de convergence par rapport au droit conventionnel

Réitérons que l'article 54 du code de la famille regroupe l'ensemble des droits reconnus à l'enfant dans un esprit réconciliant modernité et authenticité, l'article en question dresse une passerelle entre les droits traditionnels communément accordés à l'enfant et les droits inspirés des Conventions internationales qui lui sont universellement reconnus.

L'aspect traditionnel de ces droits se matérialise par la protection de la vie et de la santé de l'enfant qui commence à courir depuis la grossesse jusqu'à l'âge de la majorité ; seuil limite qui permet aux parents de s'acquitter juridiquement de leur responsabilité. La préservation de son identité notamment en ce qui concerne le nom et le prénom, la nationalité et l'inscription à l'état civil, la filiation, l'allaitement, la garde et la pension alimentaire. Ces droits sont mis à la charge des parents jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de la majorité, et se prolonge à l'âge de vingt-cinq ans pour ceux qui poursuivent leurs études, tel qu'il ressort expressément de l'article 198 du même code de la famille.

Toutefois, et au même titre que l'article 23 de la CDE, le code de la famille se préoccupe de l'enfant handicapé, vu que son entretien est mis à la charge du père, autant que le handicap persiste.

A ce sujet, la Convention tout comme l'Islam prête une attention particulière à l'enfant handicapé. L'enfant handicapé est perçu en Islam comme étant une personne présentant une maladie chronique.

Par sa volonté d'introduire les termes des conventions internationales s'intéressant aux droits de l'enfant, le code de la famille appelle les parents à prendre les mesures possibles afin d'assurer le développement de l'enfant en préservant son intégrité physique et psychologique, en veillant sur sa santé, en

lui prêtant toute attention et orientation et en lui inculquant les bonnes mœurs et l'honnêteté en parole et en acte, tout en s'abstenant de toute exploitation préjudiciable à son intérêt.

Partant de notre intérêt à la matière familiale, nous nous attelons à déceler les dispositions de la Convention rattachant l'enfant à son milieu familial et matérialisant, de la sorte, son droit à l'unité familiale.

A la question familiale, la Convention en dédie 7 articles. Commençons par l'article 7 qui précise que *« l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »*.

Ce faisant, l'article 8 de la même Convention appelle les Etats parties à *« respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale »*.

Ces Etats parties veillent, en conséquence par le biais de l'article 9, à ce que *« l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant »*.

Conformément à l'obligation impartie aux Etats parties, que nous venons d'évoquer à l'article 9 ci-dessus, l'article 10 ajoute que *« toute demande faite par un enfant ou ses parents en vue d'entrer dans un Etat partie ou de le quitter aux fins de réunification familiale est considérée par les Etats parties dans un esprit positif, avec humanité et diligence »*.

L'Enfant et le Droit

Pour ce qui est des obligations des parents envers leurs enfants, il appert clairement de l'article 18 de la Convention que « *les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ces représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Un intérêt présent avec acuité en matière familiale.

Ainsi, l'article 27.2 met, au premier chef, à la charge des parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant, « *la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant* ».

Dans le même ordre d'idées, l'article 18.2 précise que « *pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente Convention, les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissement et de services chargés de veiller au bien-être des enfants* ».

Avec un esprit d'indulgence, l'article 27.3 de la Convention appelle les Etats parties à adopter « *les mesures appropriées, compte tenu des conditions nationales et dans la mesure de leurs moyens, pour aider les parents et autres personnes ayant la charge de l'enfant à mettre en œuvre ce droit et à offrir, en cas de besoin, une assistance matérielle et des programmes d'appui, notamment en ce qui concerne l'alimentation, le vêtement et le logement* ».

Pour les enfants considérés comme réfugiés au vu des procédures du droit international ou national qui leur sont applicables, l'article 22 incite les Etats

parties à collaborer, *« selon qu'ils le jugent nécessaire, à tous les efforts faits par l'Organisation des Nations Unies et les autres organisations intergouvernementales ou non gouvernementales compétentes collaborant avec l'Organisation des Nations Unies pour protéger et aider les enfants qui se trouvent en pareille situation et pour rechercher les pères et mères ou autres membres de la famille de tout enfant réfugiés en vue d'obtenir les renseignements nécessaires pour le réunir à sa famille. Lorsque ni le père, ni la mère, ni aucun autre membre de la famille ne peut être retrouvé, l'enfant se voit accordé, selon les principes énoncés dans la présente Convention, la même protection que tout autre enfant définitivement ou temporairement privé de son milieu familial pour quelque raison que ce soit ».*

A la lumière des articles interpellant le droit à l'unité familiale, il convient de retenir comme principe général que l'enfant a, par essence, le droit de vivre avec sa famille. La mise en œuvre de ce droit doit toujours verser dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Celui-ci doit exprimer librement son opinion, eu égard à son âge et sa maturité. *« Il faut cependant noter que la réunification familiale ne doit pas être utilisée comme une justification afin d'agir contre l'intérêt supérieur de l'enfant. Des enfants pourraient ne pas vouloir être réunis avec leur famille ou bien la famille pourrait refuser la réunification avec l'enfant (par exemple s'ils doivent retourner dans leur pays d'origine). Comme souligné dans l'article 9, la séparation des familles peut, à titre d'exception, être dans l'intérêt supérieur de l'enfant ».*²⁶²

Les droits sus-évoqués font notamment écho, aux dispositions de l'article 54 et le livre III du code de la famille, tel qu'il est dédié à la naissance et à ses effets. Toutefois, certaines divergences dues à la particularité du droit musulman

262 ROSSI Elena « **Evaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et Convention des droits de l'enfant** » in « **La revue d'action juridique & sociale** » les mineurs étrangers isolés, journal du droit des jeunes, 2003/1 (N° 221) p. 18-41

renforcent davantage les droits traditionnellement accordés à l'enfant et méritent d'être soulevées.

Sous-section 2 : Les points de divergences par rapport au droit conventionnel

L'approche de la phase de « l'enfance » par le droit conventionnel nous invite à s'interroger, en parallèle, sur la position du droit musulman quant à ladite phase, avant de s'aligner sur la position du droit conventionnel en la matière.

En effet, les jurisconsultes musulmans, caractérisent d'emblée cette phase par une faiblesse.²⁶³ C'est une phase qui débute dès l'état fœtal et prend fin à l'âge de la puberté, qui est fixé communément à l'âge de quinze ans. Ceci nous permet d'avancer que l'âge de quinze ans arrêté par les jurisconsultes musulmans, ne concorde pas avec l'âge limite de l'enfance fixé à dix-huit ans, tel que prévu à la Convention internationale des droits de l'enfant.²⁶⁴

Partant de la fin de l'enfance qui est fixée, généralement, à l'âge de quinze ans, le droit musulman présume, toutefois, que la maturité physique s'accompagne de la majorité légale. Parvenu à une telle déduction, le législateur marocain fixe, par le biais de l'article 209 du code de la famille, l'âge de la majorité légale à dix-huit ans, et concorde par la même occasion le code de la famille à l'article premier de la CDE.

Or, le Coran dispose que la majorité légale est rattachée au jugement sain « ... et quand vous leur (les orphelins) connaîtrez un jugement sain remettez-leur l'administration de leurs biens ». ²⁶⁵ Nonobstant, il serait pratiquement

263 Tel qu'il ressort du Verset 54 de Sourate Ar-rum.

264 وليد سليم النمر، "حماية الطفل في السياق الدولي والوطني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص. 188-187
265 Sourate AN-NISSA, verset 6

difficile, à cette époque, de confier à l'orphelin âgé de quinze ans l'administration de ses biens, chose qui renvoie à l'âge de dix-huit ans, reconnu décidemment, comme l'âge de la majorité légale.²⁶⁶

Le droit musulman reconnaît également à l'enfant le droit à l'éducation, à l'orientation et aux conseils et lie à la puberté son droit à la liberté d'expression et à la propriété.²⁶⁷ Il a, en outre, le droit à l'éducation et à l'enseignement.

Ainsi, l'Islam s'accorde-t-il avec les termes des articles 26 et 27 de la Convention internationale des droits de l'enfant qui imposent aux gouvernements le respect du droit de l'enfant à la vie. Ce droit a pour corollaire le droit à l'alimentation et à la santé, et l'Islam consacre ces deux droits.

A l'instar de l'article 31 de la Convention, qui accorde à l'enfant le droit au repos et aux loisirs et lui permet de se livrer au jeu et aux activités récréatives propres à son âge, l'Islam permet tout de même à l'enfant de se livrer à ces activités dans une ambiance conviviale qui lui procure du bonheur.²⁶⁸

Toutefois, le droit musulman ne partage pas forcément la même vision que consacre la CDE au droit à la vie, que nous aurons à développer en profondeur au cours du chapitre suivant. Ce droit fait l'objet d'une grande polémique sur la scène internationale, pendant que le droit musulman lui prête autant d'intérêt et de protection. Cette particularité du droit musulman couvre les étapes du développement de l'enfant, depuis la phase fœtale jusqu'à l'âge de la majorité légale.

266 Dr. Mohamad Tay « Les droits de l'enfant en Islam en comparaison avec la Convention des Droits de l'enfant (Nations Unies) », in الطبعة الثانية "حقوق الطفل في المسيحية و الإسلام بالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل" 2012, p. 179

267 ABDERRAZAK Moulay Rchid « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans ». Op.cit. p. 43

268 عن بكر بن عبد الله بن الربيع الأنصاري عن النبي صلى الله عليه وسلم: «علموا أبناءكم السباحة والرمية [...]» الديلمي في مسند الفردوس

Chapitre 2 : La plus-value du droit musulman en matière des droits de l'enfant

Etant donné que l'Islam est la religion de l'Etat,²⁶⁹ une constante qui échappe constamment à la révision Constitutionnelle,²⁷⁰ le droit positif à travers le code de la famille en vigueur, veille à concilier entre le strict respect de la Charia et son attachement aux des droits de l'Homme, tels qu'ils sont universellement reconnus. Ce faisant, le code de la famille tend à accorder à l'enfant un statut juridique particulier du à son manque de maturité physique et intellectuelle.

Le code de la famille transpose les prescriptions des conventions internationales dûment ratifiées par le Royaume du Maroc pour faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toutes les questions qui l'interpellent.

Ayant à l'esprit l'intérêt de l'enfant, le législateur marocain manifeste sa volonté d'harmonisation du code de la famille au cadre international normatif, en y incorporant les dispositions des conventions internationales plaidant pour les droits de l'enfant.

Le progrès marqué par le code de la famille, s'opère ainsi dans le respect du droit musulman et de la coutume en matière familiale. Le code de la famille ne place pas seulement les droits de la femme au cœur de la réforme, mais également la protection des droits et de l'intérêt de l'enfant et, en somme, la

269 Article 3 de la Constitution marocaine de 2011

270 L'article 175 de la Constitution marocaine dispose que « *Aucune révision ne peut porter sur les dispositions relatives à la religion musulmane, sur la forme monarchique de l'Etat, sur le choix démocratique de la nation ou sur les acquis en matière de libertés et de droits fondamentaux inscrits dans la présente Constitution* ».

préservation de la famille en tant qu'entité qui comprend à la fois l'homme, la femme et l'enfant.²⁷¹

La protection de l'enfant et la préservation de son intérêt constituent en l'espèce la pierre angulaire des rapports parents-enfants. Les réformes ayant grevé le code de la famille en la matière s'inscrivent dans un processus évolutif dont l'objectif est d'assurer le bien-être de la famille. Elles sont placées sous l'égide de la modernité qui est devenue un impératif, pendant que les règles traditionnelles subsistent encore.²⁷²

Nous pouvons ainsi avancer que le principe promettant à l'enfant « *une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance* » rappelé dans le préambule de la CDE, inspiré à son tour du préambule de la Déclaration de 1959 est amplement respecté par le droit musulman plutôt qu'en droit international, surtout en phase prénatale.

Preuve en est « *Le libellé de l'article premier ne vise pas spécifiquement la question du moment auquel commence « l'enfance », en raison de la diversité des solutions légales nationales, une solution unique commune à tous les États. En évitant toute référence précise soit à la naissance, soit au moment de la conception, la Convention entérine une solution ouverte et souple, laissant aux législations nationales le soin de spécifier le moment où commence l'enfance ou la vie.* »²⁷³

271 MONJID Mariam « **Les apports de la réforme du droit marocain de la famille** » in « **Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français** », sous la direction de J. POUSSON-PETIT, éd. l'Harmattan 2009. p. 49

272 MONJID Mariam « **L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb. Etude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie** », éd. l'Harmattan, 2013. p. 34

273 « **Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant** » UNICEF, édition entièrement révisée, Fonds des Nations Unies pour l'enfance 2002, p. 3

Section 1 : Une protection prénatale

En donnant le soin aux législations nationales de se prononcer sur le moment du commencement de l'enfance, le Royaume du Maroc détient d'ores et déjà clé en main en la matière, du fait des liens fort tissés avec la Charia.

Ainsi, et grâce à l'évolution de la science, le recours à l'échographie et à l'imagerie médicale permettent amplement d'identifier et de personnifier l'enfant dès les premiers mois de gestation.²⁷⁴ Mais, la question sur laquelle la science reste inapte à répondre est comment reconnaître à un être humain la qualité de personne juridique lorsqu'il dépend entièrement du corps de sa mère ?

Pour répondre à ces questions, nous allons nous référer aux dispositions du code de la famille dont le recours est d'un grand secours, vu qu'il se nourrit en majeure partie des préceptes de la Charia.

Sous-section 1 : La phase de la conception

Etant donné que Dieu est le créateur de l'enfant à travers l'accouplement entre l'homme et la femme,²⁷⁵ il est par conséquent perçu comme un don de Dieu dont le respect de ses droits s'impose avant comme après la naissance. Ainsi, le droit positif qui emprunte principalement des préceptes de la Charia s'est parvenu à accorder une protection juridique spéciale à l'enfant, dès l'état fœtal et ce, à la condition que l'enfant naisse vivant.

Il en va sans omettre de rappeler que l'intérêt tout particulier porté au fœtus par la Charia se manifeste, *in concreto*, sous d'autres aspects : elle autorise la femme enceinte de s'abstenir du jeûne pendant le mois de Ramadan

274 Nathalie BAILLON-WIRTZ, Yves HONHON, Marie-Christine le BOURISCOT, Alice Meier-Bourdeau, Imran OMARJEE, Clotilde PONS-BRUNETTI « L'enfant sujet de droits : Filiation, patrimoine, protection », éd. LAMY 2010, p. 83

275 ABDERRAZAK Moulay Rchid « Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans », Op.cit. p. 39

par bienveillance à l'égard du fœtus et dans le souci de lui épargner tout mal pouvant résulter du jeûne. Elle interdit de lui infliger un châtement jusqu'à la naissance de son enfant par miséricorde et dans le but de protéger le fœtus.²⁷⁶

La Charia prête une attention particulière à l'enfant par divers moyens de protection et ce, bien avant sa venue au monde. En effet, il a droit à la vie moyennant la pénalisation de l'avortement et ce, en faisant du fœtus une personne juridique dont l'atteinte à la vie doit donner lieu à une compensation financière,²⁷⁷ le droit à une capacité de jouissance, qui lui permet d'acquérir certains droits ; tels que le droit à la successibilité et au testament. Sans pour autant oublier de signaler que la femme enceinte, tout en étant divorcée, a droit à la pension alimentaire jusqu'au jour de la délivrance.

Pour traiter de l'enfant avant la naissance, il convient de le situer au stade fœtal ou embryonnaire. D'où l'intérêt de la question, l'embryon est-il, à l'instar de l'enfant né, une personne à part entière ? Dans l'affirmative, jouit-il d'une protection juridique absolue l'immunisant contre toute atteinte à sa personnalité ? Ou inversement, on ne lui reconnaît qu'une personnalité juridique conditionnelle ?

La réponse à ces questions nous éclairera davantage sur le statut de l'embryon et son intégration dans la notion juridique de l'enfant.

Ceci dit, qu'est-ce qui distingue l'enfant conçu par rapport à l'enfant né ?

L'approche de ces questions nous renseigne sur les facteurs de l'évolution qui sont en perpétuelle mouvance. Ces questions suscitent, par la même occasion, des enjeux d'ordre juridique et éthique interpellant aussi bien

276 Conférence religieuse animée, en présence de Feu Sa Majesté le Roi Hassan II, par le professeur Abdelkébir ALAOUI MEDAHRI sur le thème « **Le code des droits de l'enfant en Islam** », le 9 Ramadan 1407, correspondant au 8 mai 1987, p. 21

277 Diyya dénommé en l'occurrence Ghurra, dès lors que l'âme a été insufflée au fœtus.

l'embryon *in vivo* que l'embryon *in vitro*. En quêtant un statut juridique approprié, l'embryon *in vivo* sollicite une protection juridique contre toute atteinte illégale, quant à l'embryon *in vitro*, il s'interroge sur la qualification juridique des embryons surnuméraires.

La protection juridique de l'enfant conçu, désigné ci-après par le terme « embryon », se décrit sous deux angles différents : il incombe de savoir s'il est considéré comme une personne juridique, et s'il connaît des atteintes à sa personne.

A ce sujet, le droit remet au centre du débat la notion de « personnalité juridique », comme vecteur de transmission ou de force de levier face aux perpétuels changements enregistrés par le corps social.²⁷⁸

La personnalité juridique de l'enfant induit particulièrement deux hypothèses. Elle s'acquiert soit à la date de la naissance, d'une manière instantanée et simultanée, soit à la date de la conception et l'on parle d'une présomption de naissance.

En effet, la personnalité est dérivée de personne qui signifie, au sens juridique, tout être susceptible de devenir sujet de droits et d'obligations.²⁷⁹

Il existe deux catégories de personnes ; les personnes physiques, c'est-à-dire les êtres humains et les personnes morales, qui sont des groupements de personnes physiques constitués en vue de la réalisation d'intérêts collectifs, que nous écarterons de notre champ d'étude.

278 BOULAICH Abdellilah « Introduction à l'étude du droit marocain : vers une approche initiatique. Le droit objectif, les droits subjectifs » année universitaire 2011-2012. P. 166

279 COURBE Patrick « Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités » MEMENTOS DALLOZ série droit privé. 6ème édition-2007, p. 1

La personnalité juridique est appréhendée comme l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations.²⁸⁰ Par conséquent, du simple fait de leur naissance, les êtres humains deviennent des sujets de droit et acquièrent la personnalité juridique,²⁸¹ qui permet de les intégrer dans les circuits juridiques. Or, Jadis, les esclaves étaient considérés comme des choses, et ne jouissaient d'aucun droit.

Evidemment si, à notre époque, la personnalité juridique est reconnue incontestablement à tout être humain, son point de départ comme sa fin, peuvent soulever quelques difficultés.²⁸²

En effet, s'il est admis à l'unanimité que la personnalité juridique s'éteint par la mort de la personne, le commencement de la personnalité suscite en revanche beaucoup de controverses.

Dans ce cadre, il y a lieu de rappeler que même la CDE qui a pris le soin de définir l'enfant comme étant « *tout être humain âgé de moins de dix-huit ans* », s'est abstenue de se prononcer sur le commencement de l'enfance, voire le commencement de la personnalité juridique de l'enfant. Un vice de forme qui s'ajoute à l'ambiguïté de la définition de l'enfant, telle que précédemment exposée.

C'est dans cette optique que nous allons mettre en relief les traits caractérisant la personnalité juridique qui font de l'embryon une personnalité juridique *sui generis* par rapport au droit comparé.

Ce faisant, et en vue de mettre en lumière le caractère *sui generis* de la personnalité juridique de l'embryon en droit interne, il convient de mettre en

280 COURBE Patrick « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » Ibid. p. 2

281 HOUEM Maria, CHAIR Abdelwahed « **Cours pratique d'introduction à l'étude du droit** », première édition 2000. P. 70

282 ESSAID Mohammed Jalal « **Introduction à l'étude du droit** », 4ème éd. 2010, publications la Fondation M.J.ESSAID. p. 446

balance la position du législateur marocain par rapport à son homologue français, pour en dégager certaines spécificités en raison de la position des jurisconsultes musulmans.

En droit français, c'est la date de la naissance qui marque le commencement de la personnalité. Ceci est toutefois subordonné à deux conditions *sine qua non* ; il faut que l'enfant soit né vivant -l'enfant mort-né est considéré comme n'ayant jamais existé- et qu'il soit né viable c'est-à-dire avec tous les organes nécessaires et suffisamment constitués pour lui permettre de vivre.²⁸³ Autrement dit, si l'enfant, né vivant mais non viable, n'a vécu que quelques heures ou quelques jours, il est considéré, à l'instar de l'enfant mort-né, comme n'ayant jamais existé.²⁸⁴

Néanmoins, il est communément admis de remonter la personnalité de l'enfant né vivant et viable à la date de la conception.²⁸⁵ Cette rétroactivité ne s'impose que si l'enfant en tire un avantage ; par exemple l'enfant seulement conçu au moment du décès de son père pourra venir à sa succession.²⁸⁶

Pour ce qui est de la période légale réservée à la conception, le code civil français pose une double présomption : une présomption relative à la période légale de la conception où la loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du 300^e au 180^e jour, inclusivement avant la date de la naissance,²⁸⁷ et une présomption relative au moment de la conception où celle-ci

283 TERRE François, FENOUILLET Dominique « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » Op.cit. P. 22

284 BIHR Philippe « **Droit civil général** » MEMENTOS DALLOZ série droit privé. 16ème édition-2006, p. 42

285 Cette fiction reflète l'esprit de l'adage latin « *Infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur* » qui veut dire que « l'enfant sera considéré comme né chaque fois qu'il y va de son intérêt ».

286 BIHR Philippe « **Droit civil général** » Ibid. p. 42

287 Article 311 al. 1 du code civil français.

est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, selon l'intérêt de l'enfant.²⁸⁸

Ces deux présomptions sont simples²⁸⁹ et supportent donc la preuve contraire en cas d'expertise médicale.²⁹⁰

Outre cette présomption, l'article 906 du même code dispose que, pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation, ceci signifie bien que l'enfant conçu dispose de la capacité d'être titulaire de droit puisqu'il peut recevoir à titre gratuit : il a donc une existence de personne civile.

La Cour de cassation concède, comme préalablement établi, à l'adage « *infans conceptus* » et n'hésite pas à casser une décision de la Cour d'appel qui avait refusé de compter au nombre des enfants bénéficiaires d'une assurance décès un enfant qui était simplement conçu au moment du décès de l'assuré. De ce principe général, il a été déduit que l'enfant pouvait faire l'objet d'une reconnaissance dès le moment de sa conception.²⁹¹

Toutefois, pour pouvoir s'appliquer, ledit adage suppose que l'enfant soit né vivant et viable. La personnalité civile de l'embryon disparaîtra donc rétroactivement si l'enfant ne naît pas vivant et viable, l'embryon sera censé n'avoir jamais existé juridiquement, au regard du droit civil, donc ne jamais avoir été titulaire de droits et ainsi n'avoir pas pu les transmettre. Autrement dit, et pour simplifier, on ne peut hériter d'un embryon qui ne naît pas vivant et viable.²⁹²

288 Article 311 al. 2 du code civil français.

289 Article 311 al. 3 du code civil français.

290 BIHR Philippe « **Droit civil général** » Op.cit. p. 86

291 RAYMOND Guy « **Droit de l'enfance et de l'adolescence** », Litec, 2006, p. 41

292 RAYMOND Guy « **Droit de l'enfance et de l'adolescence** », Ibid. p. 42

Paradoxalement à ce qui précède, au moment où aucune personnalité n'est reconnue ni à l'embryon, ni au fœtus en tant que tels,²⁹³ sur la base des articles 16²⁹⁴ et 725²⁹⁵ du code civil français, il suffit, dans le cadre du droit marocain, que l'enfant soit né vivant. Ceci dit, aux termes de l'article 331 du code de la famille²⁹⁶, le nouveau-né a droit à la succession, s'il est établi par les premiers vagissements, l'allaitement ou d'autres indices analogues, qu'il est né vivant. Dans le cas contraire, il ne prendra pas part à l'héritage. Ce faisant, le législateur fait remonter le point de départ de la personnalité juridique à la conception, mais à condition que l'enfant soit né vivant. S'il est mort-né, il ne prétend à une existence juridique.²⁹⁷

De manière plus précise, pour que le nouveau-né ait droit à la succession, il doit être établi qu'il est vivant par les premiers vagissements, l'allaitement, l'éternuement, le souffle, le mouvement ou autre signe analogue. Si sa vie est établie, il aura droit à la succession, sinon il ne peut prétendre à aucun droit.²⁹⁸

Pour le droit musulman, un enfant est né vivant si la majeure partie de son corps en vie a été extraite de celui de sa mère. Le nouveau-né qui décède avant le terme de l'accouchement est quand même considéré comme né vivant.²⁹⁹

L'article 330 alinéa 2 du code de la famille fait de l'existence de l'héritier au moment du décès réel ou présumé du *de cujus* une des conditions requises pour succéder.

293 BIHR Philippe « **Droit civil général** » Op.cit. p. 42

294 Aux termes de l'article 16 du code civil français : « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie* ».

295 L'article 725 du code civil français exige que l'enfant soit né vivant et viable, il dispose à cet effet que : « *Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable* ».

296 L'esprit de l'article 331 du code de la famille est une reprise de l'article 227 de l'ancienne moudaouana.

297 ESSAID Mohammed Jalal « **Introduction à l'étude du droit** », Ibid, p. 447

298298 Guide pratique du code de la famille, op.cit, p. 189

299 PAPI Stéphane « **L'influence juridique islamique au Maghreb (Algérie - Libye - Maroc - Mauritanie - Tunisie)** », préface Robert CHARVIN, L'Harmattan – 2009, p. 154

En Tunisie, l'enfant déjà conçu hérite, et le temps écoulé entre et sa naissance et son décès devant être, comme en droit marocain, d'au moins une année ; il faut également que l'enfant conçu naisse vivant.³⁰⁰

Mieux encore, il ressort de l'article 282 du code de la famille qu'il n'est pas nécessaire que le légataire existe au moment de l'acte. On peut tester au profit d'un légataire dont l'existence est à venir. Le code emploie en arabe le terme « *mountadarou al-oujoud* ». Il s'agit, dans ce cadre, de l'enfant à naître ou de l'enfant à venir.³⁰¹

Est-ce à dire que l'enfant doit être conçu au moment de l'établissement du testament ? Dire qu'il est conçu au moment de l'acte testamentaire reviendrait à faire dire au code ce qu'il n'a pas dit. Au demeurant, l'article 288 vient accidentellement trancher cette question en disposant que « *le testament au profit d'un légataire non déterminé n'a pas besoin d'être accepté* ». Si le testament au profit d'un légataire non désigné est valable, *a fortiori* l'est le testament au profit d'un enfant conçu. Il peut même s'agir d'un enfant à naître d'une personne indéterminée. C'est tout au moins ce qui ressort de l'article 313, ainsi libellé : *lorsque le légataire est un enfant à naître d'une personne déterminée ... s'il est fait cas de l'enfant à naître d'une personne déterminée, c'est qu'il peut aussi naître d'une personne indéterminée et être accepté comme légataire.*³⁰²

De surcroît, il ressort de l'article 304 du code de la famille que « *lorsqu'une personne décède après avoir fait un legs en faveur d'un enfant à naître, ses héritiers ont l'usufruit de la chose léguée jusqu'à ce que l'enfant*

300 PAPI Stéphane « **L'influence juridique islamique au Maghreb (Algérie - Libye - Maroc - Mauritanie - Tunisie)** » op.cit, p. 154

301 Guide pratique du code de la famille, op.cit., p 165

302 MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc, essai analytique, le sort des mariages mixtes, les marocains à l'étranger** » cheminement, 2005, p. 162-163

naïsse vivant, il recueille alors le legs ». Comme il découle de l'article 307 du même code que lorsque le légataire décède après être né vivant, il a droit au legs dès que sa vie est établie. Le legs fera alors partie de la succession qu'il laissera à ses héritiers à condition que son décès intervienne après la dévolution du legs, car seul le légataire existant au moment de la dévolution, compte tenu de l'inexistence certaine d'autres légataires, pourra s'approprier le legs. Le décédé est considéré comme vivant afin que sa part soit attribuée à celui qui la mérite.³⁰³

Ainsi, pour la détermination exacte de la date de la conception, les périodes de gestation étaient beaucoup plus longues au regard de l'ancienne Moudaouana. C'était la fameuse théorie de « l'enfant endormi », de l'enfant qui arrive à séjourner dans le ventre maternel pendant un certain nombre d'années. A la faveur de cette fiction, il était possible de rattacher au mari l'enfant qui serait né plusieurs années après la dissolution du mariage par décès ou répudiation. Cette période varie selon les écoles ; 2 ans pour les Hanafites, 4 ans pour les Chafféites, 5 ans voire 7 ans pour les Malékites.³⁰⁴

A l'instar du législateur français, et en vertu du code de la famille, il semble que le législateur marocain a abandonné la théorie de l'enfant endormi. La durée de grossesse est, désormais, limitée à un an à compter de la date du divorce ou du décès.³⁰⁵

Toutefois, il faudrait admettre que la vie de l'homme commence dès sa conception. Sa conception peut alors donner naissance à la personnalité juridique, tel est le cas sus évoqué de la validité d'un legs au bénéfice d'un enfant à naître.

303 Guide pratique du code de la famille, op.cit., p 176

304 ESSAID Mohammed Jalal « **Introduction à l'étude du droit** », Ibid., p. 90

305 L'article 135 du code de la famille dispose que « *la durée maxima de la grossesse est d'une année à compter de la date du divorce ou du décès* ».

Ainsi, même avant sa naissance, le futur bénéficiaire du legs se voit constituer des droits d'être ramenés à exécution du chef de l'acte constitutif de la libéralité. Or, la notion de revendication des droits est un attribut propre à la personne physique dotée de la personnalité juridique. Par conséquent, le droit en question n'est pas seulement virtuel mais bien réel. C'est plus qu'une notion attachée à l'intérêt de l'enfant qui commande une pareille solution. Celle-ci est commandée par une volonté commune à respecter et à protéger la vie au moment de sa conception.³⁰⁶

En matière de pension alimentaire, les droits du fœtus s'imposent à nouveau en cas de divorce irrévocable. A cet effet, la pension alimentaire reste due à la femme enceinte jusqu'à son accouchement³⁰⁷ et ce, conformément au verset 6 de Sourat Al-Talaq qui édicte « *Et si elles sont enceintes, subvenez à leurs besoins jusqu'à ce qu'elles aient accouché* ». ³⁰⁸

A cet égard, les jurisconsultes se sont divisés d'opinion quant à l'imputabilité de la pension alimentaire. Est-elle due à la femme enceinte à l'occasion de sa grossesse ou est-elle exclusivement due à la grossesse ? Sur ce, les Malékites se sont prononcés sur l'imputabilité de la pension alimentaire à l'ex-épouse enceinte en raison de sa grossesse, car si elle n'était pas enceinte, ladite pension n'est plus redevable à l'époux. ³⁰⁹

Ainsi, pour assurer la protection nécessaire aux enfants, l'article 202 du code de la famille nous renvoie à l'application des peines prévues aux articles 479 à 483 du code pénal -qui constituent le délit d'abandon de famille- à

306BOULAICH Abdalilah « Introduction à l'étude du droit marocain : vers une approche initiatique, le droit objectif, les droits subjectifs » Op.cit. p. 182

307 Alinéa 2 de l'article 196 du code de la famille.

308 قال تعالى في سورة الطلاق الآية 6 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ... وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَفْلًا فَاُنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَخْضَعْنَ حَفْلَهُنَّ﴾

309 ذ. عبد الهادي الأمين "الطفل قبل الولادة: بين مدونة الأسرة والقانون الجنائي" مقال منشور بـ "مجلة قضاء محكمة النقض" العدد 76 السنة 2013. ص. 379

l'encontre de toute personne qui cesse de payer la pension alimentaire pendant une durée d'un mois sans excuse valable.³¹⁰

Il est déduit de ce qui précède que le fœtus jouit d'une personnalité juridique exceptionnelle et ce, par dérogation au principe général qui confère de la personnalité au seul enfant né vivant. Toutefois, cette personnalité exceptionnelle est également conditionnelle, puisqu'elle exige que l'enfant soit né vivant. *A contrario*, s'il est mort-né, la personnalité juridique potentielle est considérée comme nulle et non avenue.³¹¹

Sur ce sujet, il convient de se référer aux opinions des jurisconsultes exprimées en la matière et à la reconnaissance de ladite personnalité via le droit de l'embryon à la vie.

a) La position des jurisconsultes musulmans

En matière de personnalité potentielle de l'embryon, les opinions des jurisconsultes sont divisées en deux courants manifestes. Le premier considère que la personnalité juridique est reconnue à l'être humain dès sa venue au monde vivant. Quant au fœtus, il demeure jusqu'à sa naissance, une « *pars viscerum matris* », c'est-à-dire qu'il n'a pas encore une existence distincte de celle de sa mère. C'est seulement par la naissance qu'il acquiert une existence indépendante ; et ce n'est, en réalité, qu'à ce moment-là qu'il est considéré en tant que personne à part entière.³¹²

Quant au second courant, il préconise que le fœtus jouit de la personnalité juridique depuis la grossesse, sur la base qu'il peut être investi de la capacité de jouissance avant d'être doté de la personnalité juridique. De ce fait, la venue au

310 ذ. عبد الهادي الأميين "الطفل قبل الولادة: بين مدونة الأسرة والقانون الجنائي" ص. 380

311 ذ. محمد الشافعي "المدخل للعلوم القانونية" سلسلة البحوث القانونية 26. الطبعة الأولى 2015. ص. 176

312 ذ. محمد مومن "أهلية الزوج لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي" مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الثالث- السنة الثامنة والعشرون - شعبان 1425 هـ - سبتمبر 2004 م ص. 459

monde de l'enfant vivant n'engage pas pour autant le commencement de sa personnalité, mais signifie pleinement que celle-ci en est confirmée. Toutefois, force est de signaler que la capacité de jouissance reconnue au fœtus est une capacité relative, autant qu'il est une personne humaine potentielle. Cette relativité n'entache point la personnalité, elle grève la capacité de jouissance.³¹³

Partant, étant doté de la personnalité juridique, le fœtus est en outre, pourvu de la capacité de jouissance. Cette capacité est limitée à l'aptitude du fœtus d'acquérir certains droits ; tels que le droit à la filiation, à la successibilité et au testament. En l'occurrence, ces droits³¹⁴ ne sont pas subordonnés à l'acceptation.³¹⁵

Ceci dit, la naissance de l'enfant vivant reste la condition *si ne qua non* qui permet à l'enfant en question de jouir effectivement des droits qui lui sont reconnus dès la phase de la conception et non pas à la naissance.

Sur la position des jurisconsultes en la matière, s'ajoute la controverse de la reconnaissance du droit à la vie à l'embryon.

313. محمد مومن "أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، مرجع سابق. ص. 460

314 Il ressort de l'article 157 du code de la famille que : « *Lorsque la filiation est établie ... elle produit tous ses effets* » et donne par conséquent droit à l'héritage.

Il découle de l'article 329 du code de la famille que : « *Les causes de successibilité sont des causes légales* ».

L'article 284 du code de la famille précise que « *L'acte de testament est constitué par l'offre émanant d'une seule partie qui est le testateur* ».

ذ. محمد الشافعي "المدخل للعلوم القانونية" مرجع سابق. ص. 315176

b) Le droit à la vie : Une tacite reconnaissance de la personnalité de l'embryon

Dans cette optique, il incombe de signaler que le droit à la vie, considéré comme le « noyau dur » des droits de l'Homme,³¹⁶ est désormais, un droit Constitutionnel consacré par les dispositions de l'article 20 qui précisent que « *le droit à la vie est le droit premier de tout être humain. La loi protège ce droit* ».

Toutefois, il y a lieu de s'interroger si l'embryon est bien titulaire de ce droit ?

La lecture de cet article nous permet de s'arrêter sur trois types d'obligations. D'abord l'obligation de respecter, puis de protéger ce droit par la loi. Chose qui exige de l'Etat de protéger les personnes contre toutes les formes de violence, tout en prescrivant les sanctions y appropriées. Enfin, l'obligation de prendre les mesures nécessaires incombant, encore une fois à l'Etat, afin de garantir l'effectivité du droit à la vie.³¹⁷

La reconnaissance du droit à la vie par la Constitution est une première par rapport au répertoire Constitutionnel marocain. Le droit en présence s'insère parmi les droits reconnus universellement à l'Homme. L'universalité dudit droit tire sa force des sources conventionnelles.

Le droit à la vie est consacré par une pléthore d'instruments internationaux, à savoir la Convention européenne des droits de l'Homme qui énonce au moyen de son article 2 que : « *le droit de toute personne à la vie est*

316 RENUCCI Jean-François « **Droit européen de l'Homme : contentieux européen** » 4ème éd. LGDJ lextenso éditions, 2010, p. 39

317 Mohammed MADANI « **Le fondement constitutionnel du droit à la vie et ses implications** » in « **Droit à la vie et peine de mort** » édité par Farid EL BACHA, Helmy REIFELD, éd. KONRAD ADENAUER STIFTUNG, 2012, p. 12

protégé par la loi » et la CDE qui précise, par le biais de son article 6, que « *les Etats parties reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie* ».

En outre, il y a lieu de signaler que le droit de l'embryon à la vie est également consacré par des instruments arabes et musulmans, à savoir la déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en Islam, le covenant du droit de l'enfant et la déclaration de Rabat sur l'enfance, que nous examinerons respectivement.

Pour la déclaration du Caire sur les droits de l'Homme en Islam, l'article 2-a précise que « *la vie est un don de Dieu, garanti à tout homme. Les individus, les sociétés, les Etats doivent protéger ce droit contre toute atteinte. Il est défendu d'ôter la vie sans motif légitime* ».

Cette même déclaration rajoute en son article 7-a que « *tout enfant a, au regard de ses parents, de la société et de l'Etat, le droit d'être élevé, éduqué, et protégé sur les plans matériel, moral et sanitaire. La mère et le fœtus doivent également être protégés et faire l'objet d'une attention particulière* ».³¹⁸

Quant au covenant des droits de l'enfant en Islam de décembre 2004, il apporte, par son article 6, la précision suivante « *l'enfant a droit à la vie depuis le moment où il est fœtus dans le ventre de sa mère sauf en cas de risque de décès de sa mère. L'avortement est interdit sauf dans l'intérêt de la mère, de l'enfant ou des deux à la fois. L'enfant a droit à la filiation, à la propriété, à la succession et à la pension* ».³¹⁹

318 DELFOSSE Marie-Luce, BERT Catherine « **Les codes commentés : bioéthique, droits de l'Homme et biodroit. Textes internationaux régionaux, belges et français** » 2ème éd. Revue et augmentée, éd. LARCIER-2009, p. 112-113

319 DELFOSSE Marie-Luce, BERT Catherine « **Les codes commentés : bioéthique, droits de l'Homme et biodroit. Textes internationaux régionaux, belges et français** » *Ibid.* p. 118

A son tour, la déclaration de Rabat sur l'enfance dans les Etats membres de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI) a révélé, le 9 novembre 2009, que : *« s'inspirant du principe-clé inscrit dans la charia, le droit canonique de l'Islam, selon lequel tous les enfants filles et garçons dans toutes les situations et en tout espace et en tout temps, même au stade embryonnaire ont le droit de vivre, de s'épanouir, de se développer et de concrétiser leurs aspirations ; un principe qui guide la mise en œuvre des dispositions relatives à l'enfance, établies par l'Islam notamment celles qui ont trait au milieu familial, à la santé, à l'éducation, aux loisirs et aux activités culturelles ainsi qu'à une protection spéciale, aux libertés et droits civils et à la préservation de l'identité »*.³²⁰

Le défilé des instruments internationaux ci-dessus, nous permet de constater qu'à l'exception des instruments arabes et musulmans qui affirment le droit de l'embryon à la vie, la CEDH tout comme la CDE prive l'embryon du bénéfice de ce droit.

Dans ce sens, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'article 2 de la CEDH sur le droit à la vie ne s'applique pas à l'enfant à naître.³²¹ A son tour, la Cour constitutionnelle autrichienne a jugé en 1974 que le droit à la vie ne s'appliquait pas à l'enfant à naître, alors que la Cour constitutionnelle allemande a considéré en 1975 que l'expression toute personne à laquelle se réfère la Constitution désigne « tout être humain vivant » et que ce droit s'étendait aux êtres humains (vivants) à naître.³²²

320 DELFOSSE Marie-Luce, BERT Catherine « **Les codes commentés : bioéthique, droits de l'Homme et biodroit. Textes internationaux régionaux, belges et français** » *Ibid.* p. 120, 121

321 MADANI Mohammed « **Le fondement constitutionnel du droit à la vie et ses implications** » in « **Droit à la vie et peine de mort** », op.cit., p. 14

322 MADANI Mohammed « **Le fondement constitutionnel du droit à la vie et ses implications** » in « **Droit à la vie et peine de mort** », op.cit., p. 14

Par ailleurs, la Convention américaine relative aux droits de l'homme du 22 novembre 1969 concourt sur le terrain conventionnel à lever l'ambiguïté sur la question des titulaires du droit à la vie en précisant dans son article 4 que *« toute personne a droit au respect de sa vie. Ce droit doit être protégé par la loi, et en général à partir de la conception. Nul ne peut être privé arbitrairement de la vie »*.³²³

Contrairement à l'article 4 de la Convention américaine précitée qui, rappelons-le, énonce que le droit à la vie doit être protégé « en général à partir de la conception », l'article 2 de la CEDH est resté silencieux sur les limites temporelles du droit à la vie et ne définit pas, en particulier, qui est la « personne » dont « la vie » est protégée par la Convention. A ce jour, la Cour européenne des Droits de l'Homme n'a pas encore tranché la question du commencement du droit « de toute personne à la vie », au sens de cette disposition, ni celle de savoir si l'enfant à naître en est titulaire.³²⁴

Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de s'interroger si l'expression « être humain » utilisée par la Constitution marocaine peut s'appliquer à l'enfant à naître ? Notons qu'il existe des divergences de points de vue au niveau du droit Constitutionnel européen.

La divergence de positions quant à la reconnaissance du droit en question par les Constitutions européennes est due au bloc de Constitutionnalité de chaque Etat.

323 DELFOSSE Marie-Luce, BERT Catherine « **les codes commentés Bioéthique, droits de l'Homme et biodroit textes internationaux, belges et français** » Op.cit. p. 81

324 SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, Adeline GOUTTENOIRE, LEVINET Michel « **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme** » 4e édition mise à jour. Thémis Droit, Presses Universitaire de France 2003. P. 97

L'Enfant et le Droit

La diversité des conceptions quant au point de départ de la vie, des cultures juridiques et des standards de protection nationaux, relèvent, selon le juge de Strasbourg, « de la marge d'appréciation des Etats » et leur reconnaît « un large pouvoir discrétionnaire en la matière ».³²⁵

A ce sujet, il est à rappeler que la loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne reconnaît, par le biais de son article 2-2, le droit à la vie, en employant le terme « chacun » au lieu de l'expression « tout être humain » utilisée par la Constitution du Royaume du Maroc. La Constitution Bulgare, à l'instar de la Constitution Allemande, utilise le terme « chacun ».

En revanche, il y lieu de signaler qu'aucune des Constitutions précitées n'a cerné le contour de la notion de « la vie humaine », néanmoins définit les titulaires du « droit à la vie ». Or ce droit est dominé par la question des bénéficiaires.³²⁶

A cet effet, seule la Constitution irlandaise a eu le mérite d'apporter des précisions quant aux titulaires du droit à la vie, en disposant en son article 40-3 que « *l'Etat reconnaît le droit à la vie du fœtus et, en respectant pleinement le droit égal de la mère à la vie, garantit dans sa législation le respect de ce droit, dans la mesure du possible, de le défendre et de le faire valoir par ses lois* ».

Quant à la Constitution française elle ne comporte aucune disposition consacrant explicitement le droit à la vie³²⁷, pourtant, il incombe de rappeler qu'une décision du 15 janvier 1975 du Conseil constitutionnel a établi que « concernant la CDE, celle-ci n'est pas directement invocable devant les

325 SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joël, Adeline GOUTTENOIRE, LEVINET Michel « **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme** » op.cit. p. 104

326 MARTINEZ Éric notice n° 11 « **Droit au respect de la dignité de la personne humaine et droits associés** » in « **protection des libertés et droits fondamentaux** » les notices, la documentation française, 2007, p. 93

327 MARTINEZ Éric « **Droit au respect de la dignité de la personne humaine et droits associés** » in « **Protection des libertés et droits fondamentaux** », Op.cit. .P. 93

tribunaux français. En ajoutant que, en tout état de cause, la France avait assortie sa ratification d'une réserve relative à l'interruption volontaire de grossesse ».³²⁸

Précisément, la France n'a ratifié la CDE que sous réserve expresse à ce que l'article 6 de cette Convention, proclamant le droit à la vie de l'enfant, ne soit pas considéré comme contraire à la législation française sur l'IVG.³²⁹ Preuve en est l'arrêt Perruche, a souligné un nombre de polémiques qui s'ingèrent dans le débat du droit de l'enfant à la vie.³³⁰

328 POUILLE André « **Libertés publiques et droits de l'homme** » 15e édition 2004. MEMENTOS-DALLOZ. Série droit public-science politique. P. 75

329 F.DEKEUWER-DEFOSSEZ « **Les droits de l'enfant** », que sais-je ?, Op.cit. p. 11

³³⁰Cet arrêt relate les faits de Mme Perruche qui, en étant enceinte, présentait, comme sa fille de quatre ans, des symptômes faisant penser à une rubéole. Vu la gravité des conséquences possibles pour le fœtus, le médecin fait procéder à des tests sanguins, mais suite à une erreur du laboratoire, elle est considérée comme immunisée contre l'infection. Elle poursuit donc sa grossesse alors qu'elle avait indiqué à son médecin qu'en cas de résultats positifs aux tests elle souhaitait procéder à une interruption médicale de grossesse.

Quelques mois après la naissance, son fils présente des symptômes qu'un expert attribue à la rubéole non détectée ; génératrice de graves troubles neurologiques et visuels, surdité, et problèmes cardiaques. Suite au dommage éprouvé par l'enfant, la famille débute une procédure visant à engager la responsabilité du médecin et du laboratoire. Le 13 janvier 1992, le tribunal d'Évry reconnaît qu'une faute a été commise et ordonne le versement d'indemnités. Dans un arrêt du 17 décembre 1993, la cour d'appel de Paris confirme l'existence d'une faute et estime que le préjudice des parents doit donc être réparé mais conteste le préjudice pour l'enfant : "Les séquelles dont il est atteint ont pour seule cause la rubéole qui lui a été transmise in utero par la mère". Les parents forment un pourvoi en cassation et, le 16 mars 1996, un arrêt de la Cour de cassation annule le précédent jugement en ce qui concerne la décision prise à propos de l'enfant, estimant que les fautes médicales "sont génératrices du dommage subi par l'enfant du fait de la rubéole de sa mère" et renvoie l'affaire devant la cour d'appel d'Orléans. Celle-ci, par un arrêt du 5 février 1999 (arrêt dit de rébellion car contraire à l'arrêt de cassation), refuse d'indemniser l'enfant, retenant que l'enfant ne subit pas un préjudice dû aux fautes commises par les professionnels et indiquant qu'un être humain n'est pas titulaire du droit "de naître ou de ne pas naître, de vivre ou de ne pas vivre". Le 17 novembre 2000, la Cour de cassation, réunie en assemblée plénière, casse l'arrêt de la cour d'appel et renvoie l'affaire à la cour d'appel de Paris pour décider du montant des indemnités.

La cour de cassation rajoute à ce sujet, qu'« il lui est apparu que le respect effectif, et non seulement théorique, de la personne passait par la reconnaissance de l'enfant handicapé en tant que sujet de droit autonome et que devait être reconnu son droit propre à bénéficier d'une réparation du préjudice résultant de son handicap - et exclusivement de celui-ci - de façon à lui permettre de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine malgré son handicap".

Le droit de l'enfant conçu à la vie tant renié par le droit français, est, par ailleurs, reconnu par de nombreuses Constitutions européennes. L'on cite, *in specie*, la Cour Constitutionnelle allemande qui a décidé, en vertu de la loi fondamentale, que le droit de l'enfant à naître a une valeur au moins égale à celui de la mère et que la dignité de la vie humaine s'applique même à la période précédant la naissance. L'embryon en est également protégé en Espagne, au Portugal et en Italie.³³¹

Si la Constitution marocaine semble être muette sur la possibilité de compter l'embryon parmi les titulaires du droit à la vie, elle n'a pas, par ailleurs, infirmé ou confirmé la reconnaissance d'un tel droit à l'embryon. En l'occurrence, l'utilisation du terme « être humain » s'avère plus général que celui de « personne » utilisée à la CEDH et permet, par déduction, de protéger le droit de l'enfant à naître.

Par une protection Constitutionnelle tacite du droit de l'embryon à la vie, s'ajoute une protection expresse du code de la famille³³², qui impose aux parents d'assurer la protection de leurs enfants et de veiller sur leur santé depuis la conception jusqu'à l'âge de majorité.

Il est déduit de cette disposition, très importante, que les parents ont l'obligation de veiller à la protection de la vie de l'enfant et à sa santé, depuis l'état foetal jusqu'à la majorité. Par conséquent, l'enfant existe juridiquement, au sens du code de la famille, dès l'état foetal.³³³

Il s'ensuit de ce qui précède qu'à l'opposition du droit français, le droit musulman, source du droit marocain, immunise le fœtus ou l'embryon contre

331 VAN BUEREN Géraldine « **Les droits des enfants en Europe : convergence et divergence dans la protection judiciaire** ». Ed. Du Conseil de l'Europe, août 2008. P. 63

332 Article 54-1 du code de la famille.

333 MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc, essai analytique, le sort des mariages mixtes, les marocains à l'étranger** » op.cit., p. 53

toute atteinte arbitraire, en lui conférant un statut particulier et une protection avérée.

Faut-il rappeler, à ce titre, que le droit musulman a devancé les instruments internationaux par l'intérêt porté à la vie humaine avant même la naissance.³³⁴

Cela nous amène à dire que notre religion, tout comme notre droit interne sont en parfaite symbiose avec le préambule de la CDE qui énonce en substance que l'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection juridique appropriée avant comme après la naissance.

S'il s'avère, au regard du droit interne, que la personnalité juridique remonte bien à la conception, nous pouvons déduire que l'embryon est bel et bien titulaire du droit à la vie. Toutefois, il est temps de s'interroger sur les tempéraments voire les cas où le droit interne ne confère à l'embryon aucune protection juridique, et permet par conséquent des atteintes à la vie de l'embryon.

c) Les atteintes légales à l'embryon

Avant l'épanouissement de la science génétique, l'éthique de par le monde reposait sur deux données intangibles : la vie et la mort. La vie était une donnée et la mort tout autant. L'homme connaissait bien ses propres limites : il ne pouvait pas agir sur la vie ; elle était reçue ; il ne pouvait pas non plus agir sur la mort ; elle était subie. Aujourd'hui, avec le progrès enregistré en sciences génétiques, en médecine prédictive, en diagnostic prénatal, en thérapie génétique (...), l'homme est devenu prométhéen, cherchant aussi bien à agir sur la vie,

334 ZARROUKI Mustapha « **L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain** », 1ère éd. 2012, p. 25

qu'il peut moduler à sa guise ou empêcher de naître, que de peser sur la mort dont il peut reculer le décret.³³⁵

Concrètement, ces progrès provoquent des inquiétudes et des insécurités à l'égard de l'homme qui se trouve placé dans une ère caractérisée par la violence et l'éclatement de la cellule familiale. Choses qui remettent en causes les bonnes mœurs et les valeurs morales fondamentales.

En effet, le progrès scientifique a créé une rupture entre la protection juridique due à l'embryon, eu égard sa dignité humaine, et l'obligation du législateur de protéger ce droit contre toute atteinte éventuelle. Or, le code pénal permet de sacrifier le droit de l'embryon à la vie.

Le sacrifice dont il est ici question, peut porter à la fois sur l'enfant *in utero* comme sur l'enfant *in vitro*.

➤ **Le sacrifice du droit à la vie de l'enfant *in utero***

Au dessein de matérialiser le sacrifice du droit de l'enfant à la vie *in utero*, nous envisageons d'examiner les cas qui témoignent amplement de l'atteinte légale au droit de l'enfant à naître ; à savoir l'avortement thérapeutique, tel qu'il est autorisé par le code pénal en vigueur, et les cas analogues permettant le recours à l'avortement médical envisagés dans le projet de loi n° 10-16 modifiant et complétant le code pénal, tel qu'il a été approuvé par le Conseil du Gouvernement le 9 juin 2016.

335 BEDJAOUI Mohammed « **Le droit des sciences de la vie et le destin de l'homme** » in « **Bioéthique et droit international : autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme** », colloques et débats, sous la direction Christian BYK, Litec, 2007, p. 7

d) L'avortement thérapeutique ; une atteinte légale au droit de l'embryon à la vie

Par dérogation au principe de l'incrimination de l'avortement qui tend à protéger le fœtus contre toute atteinte arbitraire, l'article 453 du code pénal prévoit que *« l'avortement n'est pas puni lorsqu'il constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder la santé de la mère et qu'il est ouvertement pratiqué par un médecin ou un chirurgien avec l'autorisation du conjoint... »*.

Pour que l'avortement soit légalement pratiqué, l'article 453 du code pénal exige la réunion de trois conditions. Il faut que la vie de la mère soit en danger, et que l'avortement soit l'unique mesure pour lui sauver la vie, que l'opération soit ouvertement pratiquée par un médecin ou un chirurgien, et que ce dernier dispose de l'autorisation du conjoint, à défaut, l'avis du médecin chef de la préfecture en est sollicité.

Ceci dit, l'avortement n'est autorisé qu'en cas de menace à la vie ou à la santé de la mère. En d'autres termes, il n'autorise que l'avortement thérapeutique.³³⁶

Force est de signaler, en l'occurrence, que la notion de « santé » utilisée par les dispositions actuelles de l'article 453 du code pénal, est de portée générale, qui n'est pas limitée au seul aspect physique, mais s'étend, selon l'OMS, à une plénitude d'aspects.³³⁷ Chose qui permet au législateur marocain

336M. MADANI « **le fondement constitutionnel du droit à la vie et ses implications** » article In « **Droit à la vie et peine de mort** » *op.cit.* p. 14

337 La définition de la santé n'est plus une tâche aisée. En revanche, les besoins de santé sont illimités, le concept de « bonne santé » a glissé petit à petit du concept du « silence des organes » vers un certain idéal, une certaine idée du bonheur c'est-à-dire bien plus que l'absence de maladie ou d'infirmité. Faisant par cela renvoie à la charte de l'OMS qui définit la santé comme étant un état complet de bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.

d'étendre le pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'interprétation de la santé de la mère.³³⁸

Quant au danger menaçant la vie de la mère, on notera que le législateur ne s'est pas prononcé sur l'origine ou la nature du danger pouvant menacer la vie ou la santé de la mère, ni sur les conséquences irréversibles qui peuvent se répercuter sur sa santé, et qui justifient le sacrifice du droit de l'enfant à naître. Mais, il demeure que le danger doit être actuel, prochain et non pas probable ou éventuel.³³⁹

En France, le législateur ne définit pas « l'état de détresse » utilisé dans le cadre de l'interruption volontaire de grossesse, et qui correspond au mot « danger » utilisé dans le contexte national. C'est donc aux tribunaux et à la jurisprudence qu'incombe de préciser l'identité des personnes chargées d'apprécier l'état de détresse et d'en éclairer le sens.³⁴⁰

L'état de détresse requiert, en effet, un danger actuel, d'extrême gravité et insurmontable.³⁴¹ Quant au péril, il correspond à un état de danger grave, imminent et constant, nécessitant une intervention immédiate. L'état de péril est objectivement défini et contrôlé par le médecin, alors que l'état de détresse est « subjectif et incontrôlable ».³⁴²

338Entretien avec Monsieur BALAOUI ; magistrat -chef de division- à la direction des affaires criminelles et des grâces au Ministère de la justice et des libertés établi en 2015.

339 BEN SEDRINE KETTANI Leila « **L'avortement au Maroc** », in Revue Marocaine de Droit des Affaires et des Entreprises N° 17-18, janvier-juin 2011, p. 25

340 BOUVIER Françoise « **Maternités et libertés : avortement, contraception, statut de l'embryon** », l'Harmattan 2012, p. 67

341 GAMELIN-LAVOIS Sophie, HERZOK-EVANS Martine « **Les droits des mères : la grossesse et l'accouchement** », Col. Justice au quotidien, éd. l'Harmattan, 2003, p. 12

342 « **Les droits des mères : la grossesse et l'accouchement** », *Ibid.* p. 12

Par ailleurs, il convient de signaler qu'au niveau national, l'article 32 du code de déontologie des médecins considère l'avortement thérapeutique comme *« l'interruption provoquée de la grossesse dans un but thérapeutique avant la date de viabilité³⁴³ fœtale »*.

Ce même article ajoute qu'*« il ne peut être procédé à un avortement thérapeutique que lorsque, la vie de la mère se trouve gravement menacée, cette opération permet d'espérer sauver la vie de la mère »*.

Pour ce faire, le médecin doit obligatoirement prendre l'avis de deux médecins consultants qui attesteront, après examen et discussion, par écrit que la vie de la mère ne peut être sauvegardée qu'au moyen d'une telle intervention thérapeutique.

En outre, *« en cas d'indication d'avortement thérapeutique et hors le cas d'extrême urgence, le médecin a l'obligation de se conformer aux règles suivantes :*

1° Si la malade, dûment prévenue de la gravité du cas, refuse l'intervention, le médecin doit s'incliner devant la volonté librement exprimée de la malade ;

2° Si le médecin sait que la malade consentante est mineure, il doit avant de pratiquer l'intervention s'efforcer d'obtenir le consentement du mari ou des membres de la famille exerçant la puissance paternelle ;

343 La viabilité est l'aptitude *« à parcourir la carrière ordinaire de la vie »*. Elle contient deux aspects : un développement minimum d'une part et l'absence de malformations de nature à empêcher de vivre d'autre part, quel que soit le développement auquel l'enfant est parvenu. Une circulaire du 22 juillet 1993 du ministère de la santé, se référant aux prescriptions fixées par l'OMS, propose deux critères de viabilité ne se référant qu'à l'idée du développement minimum : 22 semaines d'aménorrhée chez la mère ou un poids de 500 grammes, à l'exclusion de tout autre critère comme par exemple des malformations. In, A. BMIRKOVIC « Droit civil : personnes, famille. 30 fiches de synthèse pour préparer les TD et réviser les examens » Panorama du droit, premier cycle, éd. Studyrama 2004. P. 27-28 ;

*3° Si le médecin, en raison de ses convictions, estime qu'il lui est interdit de conseiller de pratiquer l'avortement, il peut se retirer en assurant la continuité des soins par un confrère qualifié ».*³⁴⁴

La confrontation des articles 453 du code pénal et 32 du code de déontologie des médecins nous permet de soulever certaines divergences. Ces divergences s'expriment par le premier paragraphe du dernier alinéa de l'article 32 précité, qui oblige le médecin de s'incliner devant le refus de la femme enceinte de subir l'intervention. Tandis que le second alinéa de l'article 453 du code pénal dispose en substance que, si le praticien estime que la vie de la mère est en danger, l'autorisation du conjoint n'est plus exigée, mais il doit solliciter l'avis du médecin-chef de la préfecture ou de la province pour procéder à l'avortement.

Il ressort de cette confrontation de dispositions, qu'au regard de l'article 453 du code pénal, le praticien est tenu par une « obligation de faire » ; de pratiquer l'avortement quand la vie de la mère est mise en péril. Or, sur la base de l'article 32 du code de déontologie, le praticien est tenu, *a contrario*, par une « obligation de ne pas faire » ; de s'abstenir à pratiquer l'avortement si la mère refuse de procéder à l'avortement.

Ainsi, le code pénal permet de commettre une infraction pour sauver un droit de valeur supérieure au droit sacrifié.³⁴⁵ Autrement dit, face au choix « vie

344 Dernier alinéa de l'article 32 du code de déontologie des médecins.

345 BEN SEDRINE ECH CHERIF EL KETTANI Leila « **la responsabilité civile, pénale et disciplinaire du médecin au Maroc insuffisances et défaillances d'un système** », REMALD, col. Manuels et Travaux Universitaires, 1 éd, 2006. p. 231

contre vie », le fœtus « personne potentielle » est sacrifié lorsqu'il s'agit de sauver la vie de la mère « personne réelle ».³⁴⁶

En revanche, il semble que le code de déontologie est gouverné par les dispositions de l'article 23 qui recommande au médecin la conservation de la vie humaine même quand il soulage la souffrance. Ceci laisse-t-il entendre que le code de déontologie priorise la vie de l'enfant à naître sur la vie de la mère ou inversement, se conforme aux dispositions de l'article de 24³⁴⁷ de la Constitution qui imposent la protection de la vie privée de l'individu ?

Si le code pénal permet de sacrifier la vie de l'enfant à naître, c'est, en effet, sur la base de la règle islamique, qui veut que, lorsqu'on est obligé de choisir entre deux maux, on doit opter pour le moindre des deux.³⁴⁸

Il est déduit de cette règle que la vie de la mère est une perte beaucoup plus grande que celle du fœtus,³⁴⁹ face à la mise en balance d'une vie existante et d'une vie en formation.³⁵⁰

La mise en balance des vies en présence, dépend du Hadith d'Ibn Massoud rapportant que le Messenger de Dieu Mohammed -que la paix et le salut soient sur lui- avait dit que « *la conception de chacun de nous, dans le ventre de sa mère s'accomplit en quarante jours ; d'abord sous forme de semence (noutfa), puis sous celle de plasma sanguin ('alaqah) pour une même période, puis sous celle d'un morceau de chair (moudghah) pour une période semblable. Enfin, un ange lui est envoyé, il y insuffle l'âme et reçoit l'ordre d'inscrire*

346« **Bioéthique : les enjeux du progrès scientifique -France, Allemagne -**» Colloque Nancy 7 mars 1998, sous la direction de Françoise FURKEL, François JACQUOT et Heike JUNG, BRUYLANT BRUXELLES 2000, p. 193

347 Le premier alinéa de l'article 24 de la Constitution dispose que : « *toute personne a droit à la protection de sa vie privée* ».

348 تنص القاعدة الفقهية العامة على أن: "يُتَقَى أَشَدُّ الضَّرَرَيْنِ بارتكاب أخفهما".

349 BEN SEDRINE ECH CHERIF KETTANI Leila « **L'avortement au Maroc** », op.cit., p. 30

350 Sami A. ALDEEB ABU-SALIEH « **Religion et droit dans les pays arabes : domaines influencés par la religion** », Col. Monde arabe et monde musulman. Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008, p. 345

quatre choses le concernant : ce qui lui imparti, ses actes, sa durée de vie, ses conditions heureuses ou malheureuses ». ³⁵¹

C'est précisément sur la base de ce hadith qu'une fourchette d'échéance a été retenue en faveur du recours à l'avortement thérapeutique. Cette échéance est fixée à 120 jours, au terme desquels l'âme est insufflée dans l'embryon, tandis qu'elle est arrêtée à 40 jours selon le Hadith de Houdhayfa Ibn Asid.

A cet effet, Muslim a rapporté, d'après Houdhayfa Ibn Asid que le prophète -que la paix et le salut soient sur lui- a dit : « *lorsque la semence passe quarante-deux nuits, (dans une autre variante, il est dit après quelques quarante nuits) Dieu envoie un Ange qui, sous Ses ordres, lui donne forme et crée son ouïe, sa vue, sa peau, sa chair et ses os* ». ³⁵²

Ces Hadiths nous relatent les étapes du développement de l'espèce humaine. Toutefois, ils débouchent sur une dualité d'interprétation quant à la durée du développement de l'embryon, s'agit-il de trois étapes qui s'échelonnent sur une durée de 120 jours, en d'autres termes 40 jours multipliés par trois, selon Ibn Massoud, ou d'une seule quarantaine qui défile les trois étapes, selon Ibn Asid ?

351 عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال : حدثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو الصادق المصدق: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه أربعين يوما نطفة ، ثم يكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يرسل الله إليه الملك ، فينفخ فيه الروح ويؤمر بأربع كلمات : يكتب رزقه وعمله وأجله وشقي أو سعيد، فوالله الذي لا إله غيره إن أحدكم ليعمل بعمل أهل الجنة حتى ما يكون بينه وبينها إلا ذراع ، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل النار فيدخلها ، وإن أحدكم ليعمل بعمل أهل النار حتى ما يكون بينه وبينها إلا ذراع ، فيسبق عليه الكتاب فيعمل بعمل أهل الجنة فيدخلها" رواه البخاري ومسلم.

352 وعن حذيفة بن أسيد رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة، بعث الله إليها ملكا فصورها، وخلق سمعها وبصرها وجلدها ولحمها وعظامها، ثم قال ز يا رب أذكر أم أنثى؟ فيقضي ربك ما شاء، ويكتب الملك، ثم يقول: يا رب أجله؟ فيقول ربك ما شاء، ويكتب الملك، ثم يقول: يا رب رزقه؟ فيقضي ربك ما شاء، ويكتب الملك، ثم يخرج الملك بالصحيفة في يده، فلا يزيد على ما أمر ولا ينقص".

وقد وردت روايات أخرى عن حذيفة رضي الله عنه، منها: "يدخل الملك على النطفة بعدما استقر في الرحم بأربعين أو خمسة وأربعين ليلة، فيقول يا رب: أشقي أم سعيد؟ فيكتبان، فيقول: أي رب أذكر أم أنثى؟ فيكتبان، ويكتب عمله، وأثره، وأجله، ورزقه، ثم تطوى الصحف فلا يزاد فيها ولا ينقص"

وفي رواية أخرى "إذا مر بالنطفة اثنتان وأربعون ليلة، ... وفي غيرها ليضع وأربعين ليلة"

Nul doute que les étapes du développement de l'embryon s'enchaînent en trois temps et ce, conformément à Sourate As-sajda (verset 7) qui précise « *Et Il a commencé la création de l'homme à partir de l'argile, puis Il tira sa descendance d'un vil liquide, puis Il lui donna une forme harmonieuse et lui insuffla de Son Esprit* ». ³⁵³

Quant à « l'esprit » aussi appelé « l'âme », il relève des énigmes divines ³⁵⁴ exprimées par le verset 85 de Sourate Al-Isra « *Et ils t'interrogent au sujet de l'âme, Dis : l'âme relève de l'Ordre de mon Seigneur. Et on ne vous a donné que peu de connaissance* ». ³⁵⁵

En réponse à la querelle établie entre les Hadiths précités, il s'avère que le Hadith d'Ibn Massoud prévaut sur celui d'Ibn Asid, puisque le premier se conforme à une pléthore de versets coraniques qui témoignent que l'embryon est formé et créé lorsqu'il est un morceau de chair (*moudghah*), tel que démontré par sourate Al-Qiyama (verset 38) « *Et ensuite une adhérence, puis Dieu l'a créée et formée harmonieusement* » ³⁵⁶. Ceci veut dire que la formation de l'embryon intervient pendant la troisième quarantaine. Or, le Hadith d'Ibn Asid préconise qu'elle prend effet au bout des seuls quarante jours. ³⁵⁷

En sus, le Hadith d'Ibn Massoud se conjugue avec les nouvelles technologies de la médecine qui affirment que l'âme est insufflée dans l'embryon au terme du quatrième mois (120 jours). Ceci est justifié par le

353 قال تعالى في سورة السجدة، الآية 7 ﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... وَبَدَأَ خَلْقَ الْإِنْسَانِ مِنْ طِينٍ (7) ثُمَّ جَعَلَ نَسْلَهُ مِنْ سُلَالَةٍ مِنْ مَاءٍ مَهِينٍ (8) ثُمَّ سَوَّاهُ وَنَفَخَ فِيهِ مِنْ رُوحِهِ ۚ ﴾

354 من قصيدة نسبت للإمام علي بن أبي طالب رضي الله عنه: عجبْتُ للروح أين الروح في جسدي من عنده علمها سبحانه باريها

355 قال تعالى في سورة الإسراء، الآية 85 ﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ ۚ قُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا ۝ ﴾

356 قال تعالى في سورة القيامة، الآية 38 ﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... ثُمَّ كَانَ تَلَكَّ تِلْكَ فَخَلَقَ فَسَوَّى ۝ ﴾

357 باحمد أرفيش "مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين: بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر"، طبعة ثانية مزودة ومنقحة 2005، ص. 151

développement des deux hémisphères du cerveau ; de l'écorce cérébrale et de la matière grise.³⁵⁸

C'est pour cette raison que les jurisconsultes considèrent unanimement que passé la limite de 120 jours, l'avortement est illicite. Avorter dans un tel cas de figure est assimilé à l'infanticide voire au crime pour l'Islam, sauf par nécessité de sauvegarder la vie de la mère. A ce sujet, les dispositions juridico-religieuses adoptées par les différents Etats musulmans varient en fonction des écoles Malékite, Chafiite et Hanbalite.³⁵⁹

Pour les Malékites, l'avortement est interdit dès le moment de la fécondation. Ainsi, l'interdiction s'accroît au fil du développement du fœtus. Mieux encore, une fois que l'âme a été insufflée dans l'embryon, l'avortement est considéré comme un crime perpétré contre un être vivant dont la création a été accomplie.

Toutefois, certains jurisconsultes autorisent le recours à l'avortement, si l'embryon se trouve à sa première phase du développement, c'est-à-dire, avant le terme des quarante premiers jours. En contre-courant, d'autres vont jusqu'à estimer que le recours à l'avortement au cours de cette période est désapprouvé, comme il est unanimement interdit si la grossesse est le résultat d'un adultère³⁶⁰ et ce, conformément à sourate Al-Isra (verset 15) « *Et nul ne portera le fardeau d'autrui* ».³⁶¹

358 باحمد أرفيش "مراحل الحمل والتصرفات الطبية في الجنين: بين الشريعة الإسلامية والطب المعاصر"، مرجع سابق. ص. 159
359 Fatima BAKASS, Aziz CHAKER et Abdesselam FAZOUANE « *l'avortement au Maroc : essai de mesure et recherche des déterminants* » in « *Santé de la reproduction au Nord et Sud : de la connaissance à l'action* » sous la direction de Catherine GOURBIN, acte de la Chaire Quételet 2004, UCL Presses Universitaires de LOUVAIN, 2009, p. 460

360 عمر بن محمد بن ابراهيم غانم "أحكام الجنين في الفقه الإسلامي"، دار الأندلس الخضراء للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية-جدة، الطبعة الأولى 1421 هـ -2001 م، ص. 158

361 قال تعالى في سورة الإسراء، الآية 15 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ...وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾

Quant aux Chafiïtes, les avis sont divisés en ce qui concerne l'avortement avant l'animation, autrement dit, l'insufflation de l'âme. Sur ce, l'Imam Al Ghazali interdit le recours à l'avortement dès que le fœtus prenne la forme du plasma sanguin (*'alaqah*). *A contrario*, des juristes autorisent le recours à l'avortement et ce, avant l'écoulement des quarante premiers jours. Partant, pour délimiter l'insufflation de l'âme dans le temps, les Chafiïtes sont, encore une fois, divisés entre ceux qui se fient au Hadith d'Ibn Massoud qui en fixe le délai à 120 jours, et ceux qui se référant au Hadith d'Ibn Asid qui résume les trois phases du développement de l'embryon dans un laps de 42 nuits³⁶², comme précédemment exposé.

Pour ce qui est des Hanbalites, ils convergent vers l'interdiction de l'avortement au-delà des quatre premiers mois de grossesse, mais divergent quant à l'autorisation de l'avortement avant l'écoulement de cette période et sont divisés en deux courants.

Le premier considère que l'avortement peut être autorisé avant la phase de la création de l'embryon et ce, avant l'écoulement des quarante jours de grossesse. Passé ce délai, l'avortement est prohibé. Quant au second courant, il conçoit que l'avortement peut être autorisé avant l'arrivée à terme du quatrième mois de grossesse ; avant l'insufflation de l'âme.³⁶³

En défilant les diverses positions des jurisconsultes vis-à-vis de l'avortement, il ressort que cette diversité d'avis réside dans l'absence d'un texte explicite permettant le recours à l'avortement avant la limite des 120 jours de grossesse. *In facto*, le fœtus se voit dépourvu de la personnalité humaine si l'avortement a eu lieu avant l'écoulement du quatrième mois de grossesse, et ce, en comparaison à l'embryon qui se voit immunisé, après l'insufflation de l'âme,

362 عمر بن محمد بن ابراهيم غانم "أحكام الجنين في الفقه الإسلامي"، مرجع سابق. ص. 160

363 ذ. عبد اللطيف الحاتمي "النظرة الواقعية لجريمة الإجهاض" ص. 22

contre toute éventuelle atteinte, excepté le cas où l'avortement constitue une mesure nécessaire pour sauvegarder la santé de la mère.³⁶⁴

De ce qui précède, nous pouvons avancer qu'au regard du droit marocain, l'embryon est bel et bien titulaire du droit à la vie et ce, malgré le flou conceptuel couvrant l'expression « tout être humain » employée à l'article 20 de la Constitution qui entache la notion de « vie humaine » d'imprécision.

Cet avis a été confirmé par les termes de l'article 25, paragraphe 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui précisent qu' « *une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants...* ». Ainsi, l'article 10 du Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels se place davantage dans la perspective de la naissance que dans celle de l'interruption de la vie humaine, tandis que la plupart semble plutôt viser l'être humain déjà né, sur la base de l'article 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, qui énonce que « *tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* ». ³⁶⁵

En revanche, si l'avortement constitue une atteinte légale au droit de l'enfant à la vie, l'avortement clandestin constitue une atteinte illégale audit droit. En effet, le droit de l'enfant à la vie et le droit de la mère au recours à l'avortement débouchent sur un débat social ayant pour objet de mettre le doigt sur l'avortement clandestin qui se déroule dans des circonstances non-médicales.

Par conséquent, outre le cas exposant la vie et la santé de la mère au danger, le projet de loi n° 10-16 modifiant et complétant le code pénal, a étendu

364 سميرة أفرورو "الحماية الشرعية والتشريعية للأجنة البشرية وإشكالية حماية الأجنة المخصبة خارج الرحم (دراسة مقارنة)" مقال منشور بمجلة القصر-مجلة فصلية للدراسات والوثائق القانونية-العدد 25-يناير 2010 ص. 116

365 LEVINET Michel « **Théorie générale des droits et libertés** » Col. Droit et Justice, BRUTLANT, 2006, p. 109

le recours légal à l'avortement pour comprendre les cas de viol, d'inceste, de malformations congénitales et des femmes atteintes de troubles mentaux,³⁶⁶ vu le retentissement psychique et social sur la personnalité de la mère.

e) Les cas analogues permettant le recours à l'avortement

Le projet de loi n° 10-16 précité vise, en premier lieu, à s'aligner sur les recommandations qui découlent des hautes instances du dialogue national sur la réforme de la justice, et à rattraper l'évolution internationale parcourue par le droit pénal moderne. Il tend, en second lieu, à harmoniser la législation interne avec les conventions internationales ratifiées par le Royaume du Maroc, notamment la CDE.

Au regard dudit projet, pour que le recours à l'avortement soit absous de toute responsabilité, le législateur exige qu'il intervienne avant l'écoulement des 90 jours de grossesse pour les cas de viol, d'inceste et d'atteinte de troubles mentaux. Pour les malformations congénitales, le délai de recours à l'avortement ne doit pas excéder les 120 jours de grossesse.

Ce faisant, qu'en est-t-il de l'impact des amendements introduits en matière d'avortement sur l'attachement de l'Etat marocain aux assises Malékites qui commandent notre religion ?

Sur ce, nous pouvons préciser que la dépénalisation de l'avortement pour les cas introduits dans le projet de loi susvisé, constitue une atteinte légale au droit de l'embryon à la naissance et à la vie. Assurément, plus l'avortement est dépénalisé par la force du code pénal, plus les vies de l'enfant à naître sont sacrifiées pour cause de mise en danger de la santé et de la vie de la mère, pour motif de viol, d'inceste, de troubles mentaux et de malformations congénitales.

³⁶⁶ Les articles 453-1 au 453-3 du projet de loi n° 10-16 modifiant et complétant le code pénal.

Ceci dit, le recours à l'avortement thérapeutique prévu par le code pénal en vigueur est justifié par contrainte et nécessité de sauvegarder la vie de la mère, tandis qu'au regard des cas énumérés dans le projet de loi n° 10-16 précité, on en fait recours par libre choix.

Or « la liberté », selon la déclaration de 1789, « *consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* ». ³⁶⁷ Mieux encore, le préambule de ladite déclaration précise que l'exposition solennelle des « ... droits naturels, inaliénables et sacrés de l'Homme (...) » a pour objet de rappeler aux membres du corps social leurs droits et leurs devoirs. Par ailleurs, et à titre d'exemple, la liberté est aussi constitutive d'un devoir, celui de respecter la liberté d'autrui. ³⁶⁸

Etant donné que la liberté de mettre un terme à la grossesse, empiètera davantage sur le droit de l'embryon à la vie, le choix de recourir à l'avortement, hors les cas de nécessité, se voit en conséquence vidé de substance. En d'autres termes, la liberté du recours à l'avortement est limitée par le commencement de la vie de l'enfant à naître.

Eu égard aux facteurs d'évolution qui s'y interfèrent, le droit à la vie soulève par conséquent d'épineux enjeux éthiques, ceux de savoir s'il faut à tout prix sauver la vie d'enfants extrêmement prématurés ou d'enfants forcément handicapés à la naissance.

Ce faisant, il convient de réitérer que l'évolution de la science et de la médecine évoque non seulement des inquiétudes, mais également des insécurités exprimées par la volonté de donner la mort à l'enfant *in utero* et celle de donner la vie à l'enfant *in vitro*.

367 PERLOT Pierre-Henri « **Droit des libertés fondamentales** », coordination : Jean-Claude RICCI, HACHETTE LIVRE 2007, p. 17

368 MATHIEU Bertrand « **Les droits fondamentaux : un patrimoine commun intégré dans la Constitution marocaine** » in « **La Constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires** » éd. Lextenso, L.G.D.J, 2012,

➤ **Le sacrifice du droit à la vie de l'enfant *in vitro***

Si l'assistance médicale à la procréation permet de donner la vie à des enfants conçus *in vitro*, elle permet en contre point d'ôter certains embryons de toute protection juridique.

L'assistance médicale à la procréation qui permet la fécondation hors du corps de la femme, connue sous l'appellation d'« insémination artificielle » est une pratique déjà ancienne puisque la première expérience a eu lieu en Grande-Bretagne en 1779.

Dès 1884, une insémination artificielle avec donneur extérieur au couple était réalisée, également en Grande-Bretagne. Une étape supplémentaire a été franchie avec la fécondation artificielle : l'ovule est fécondé en laboratoire, « *in vitro* », puis réimplanté chez la femme, après avoir été, le cas échéant, congelé. Le premier « bébé-éprouvette » a vu le jour, grâce à ce procédé, en Grande-Bretagne en 1978. En France, où la première naissance date de 1982, la fécondation *in vitro*, devenue courante, permet plusieurs milliers de naissances chaque année.³⁶⁹

De ce fait, nous pouvons déduire que le corps humain est mis en pièces. La médecine de notre enfance est également mise en pièces, qui ne peut plus rester seulement une science du corps, et qui doit être plus que jamais une science de l'homme. L'homme, la famille, la société, le temps, tous sont affectés. La société voit sa cohésion se lézarder.³⁷⁰

369 STIRN Bernard « **Les libertés en questions** » 6ème édition Montchrestien, 2006, p. 122

370 BEDJAOUI Mohammed « **Le droit des sciences de la vie et le destin de l'homme** » in « **Bioéthique et droit international : autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme** », Op.cit, p. 4

Le Maroc ne fait pas exception à ce procédé, la pratique de cette technique remonte loin dans le temps, même si elle a été viciée de vide juridique encadrant ladite pratique.

A ce sujet, et afin de combler le vide juridique qui entache la pratique régissant les techniques de l'assistance médicale à la procréation, la loi n° 47-14 relative à l'AMP³⁷¹ qui s'insère parmi les lois dites « lois bioéthique », a vu le jour.

Le terme « bioéthique », associant les concepts de vie et d'éthique, est né en 1970 sous la plume d'un oncologue américain.³⁷² Née d'une crise des valeurs éthiques face à l'importance des pouvoirs que l'homme a acquis sur lui-même, la bioéthique s'apparente plus à une science en mosaïque qu'à une discipline monolithique. Alors que le oncologue américain la définissait comme « la combinaison des connaissances biologiques et des valeurs humaines » elle est surtout devenue un système normatif à part entière.³⁷³

La dignité de la personne humaine, la liberté de l'individu mais aussi la protection du génome humain érigé en « patrimoine de l'humanité », structurent un droit de la bioéthique, influencé par une « éthique de la responsabilité », largement tournée vers les « générations futures » dans la recherche perpétuelle d'un équilibre entre les progrès des connaissances et les exigences économiques, d'une part, et le respect des droits fondamentaux de la personne humaine, d'autre part.³⁷⁴

371 Loi n° 47-14 relative à l'assistance médicale à la procréation, promulguée par le Dahir n° 1.19.50 du 4 rejev 1440 (11 mars 2019), B.O n° 6766 du 04/04/2019 (version arabe)

372 Le oncologue américain Van R. POTTER

373 MARTINEZ Éric « **Droit au respect de la dignité de la personne humaine et droits associés** » in « **Protection des libertés et droits fondamentaux** », op.cit. p 94

374 MARTINEZ Éric « **Droit au respect de la dignité de la personne humaine et droits associés** » in « **Protection des libertés et droits fondamentaux** », Ibid. p. 95

La définition du droit de la bioéthique a été intégralement transposée dans l'esprit de la loi n° 47-14 précitée, qui s'articule autour du respect de la dignité de la personne humaine et la préservation de sa vie, de son intégrité physique et psychique et son intimité, tout en incriminant les pratiques portant atteintes à la dignité humaine ou à l'intégrité de l'espèce humaine, ou tendant à exploiter les fonctions reproductives de la personne humaine à des fins commerciales ou à concevoir un embryon humain à des fins de recherche et d'expérimentation, à travers l'interdiction de ces expérimentations, du clonage reproductif, de l'eugénisme, et du don ou de la vente de gamètes ainsi que l'interdiction de la gestation pour autrui.

L'AMP, au regard des dispositions de la loi n° 47-14 précitée, « *a pour objet de remédier à l'infertilité³⁷⁵ dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué. Elle peut également avoir pour objet d'éviter la transmission d'une maladie grave à l'enfant à naître ou à l'un des époux affectant leur procréation* ». ³⁷⁶

Il ressort de ces dispositions que l'AMP tend à remédier l'infertilité et ne peut prétendre à pallier la stérilité et ce, conformément au verset coranique qui énonce que « *Dieu est le maître des cieux et de la terre. Il crée ce qu'Il veut. Il donne des filles à qui Il veut ; Il donne les garçons à qui Il veut, ou bien Il leur donne par couple garçons et filles. Il rend stérile qui Il veut. Il est savant et puissant* ». ³⁷⁷

³⁷⁵L'**infertilité** est définie au sens de la loi n° 47-14 comme « *l'absence de grossesse après 12 mois de tentatives régulières de conception de manière naturelle. Il ne peut s'agir, en aucun cas, de la stérilité résultant de l'incapacité absolue de l'un des conjoints à procréer* ».

³⁷⁶ Article premier de la loi n° 47-14 relative à l'AMP.

³⁷⁷ قال الله تعالى في سورة الشورى الآيتان 49-50 ﴿ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... اللَّهُ مَلَكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهْدِي لِمَنْ يَشَاءُ إِنِائًا وَيَضِلُّ لِمَنْ يَشَاءُ الْغَافِقُونَ أَوْ يَزُوجُهُمْ ذُكْرًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ ۝﴾

Sur la base de ce verset coranique, les médecins font le *distinguo* entre la stérilité et l'infertilité. A cet effet, ils précisent que le remède à la stérilité ne peut être escompté, et inversement, on peut médicalement vaincre les problèmes d'infertilité.³⁷⁸ Ceci concorde expressément avec la politique législative du Royaume.

Le retard mis dans l'élaboration de ce texte législatif profite au Maroc, car il lui a permis d'adopter une loi répondant aux soucis et exigences actuels de la bioéthique.

Lorsqu'on étudie la question des embryons fécondés *in vitro*, nous nous attendons à ce que droit, éthique et bioéthique s'interfèrent en la matière.

Le problème des embryons *in vitro* a été essentiellement posé au sujet de ceux que l'on qualifie de « surnuméraires » ou de laissés-pour-compte, de la fécondation *in vitro*. Que va-t-on faire de l'embryon surnuméraire ? L'implanter ? Le supprimer ? Ou s'en servir en vue de quelques expérimentations scientifiques ? La réponse dépend de la nature qu'on lui reconnaît. Est-ce une chose animée, voire un être humain ? Est-ce, dès le moment de la fécondation, une personne humaine ?³⁷⁹

Au vue des questions éthiques suscitées à l'égard des embryons, il convient de préciser que le Comité consultatif national d'éthique a affirmé que, à l'instar de l'embryon *in utero*, l'embryon fécondé *in vitro* est une « personne humaine potentielle ». A cet effet, si l'embryon fécondé *in vitro* est une personne, il a par principe droit à la vie ; on ne peut même pas raisonner à son sujet en termes d'avortement, puisque rien ne l'attache physiologiquement au corps de sa mère. Que deviendra-t-il si l'on n'en veut pas ou si l'on n'en veut

378 سناء عثمان الدبسي "الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض والتلقيح الصناعي" منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة 2010، ص. 157
379 TERRE François, FENOUILLET Dominique « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » op.cit. p. 29

plus ? S'il est une personne humaine, il faut bien le considérer alors à l'image d'un enfant abandonné, ce qui renvoie à des règles de droit inadaptées aux embryons fécondés *in vitro*.³⁸⁰

En France, la loi encadrant la pratique de l'assistance médicale à la procréation interdit en principe la recherche sur l'embryon humain. Toutefois, elle permet pour cinq ans de recherches sur les cellules souches embryonnaires importées ou issues d'embryons surnuméraires qui ne font plus l'objet d'un projet parental, après une fécondation *in vitro*. Cette dérogation répond aux espoirs suscités par une thérapie cellulaire qui envisage le remplacement de cellules lésées par des cellules souches embryonnaires. Les maladies d'Alzheimer et de Parkinson sont les plus concernées par ces attentes.³⁸¹

Ceci dit, « la question de l'embryon ne relève pas de la science mais de l'humanité » a déclaré, le président du Comité national d'éthique.³⁸²

En termes de définition, l'article L. 2141-1 du code de la santé publique français précise que : « *l'assistance médicale à la procréation s'entend des pratiques cliniques et biologiques permettant la conception in vitro, le transfert d'embryons et l'insémination artificielle, ainsi que toute technique d'effet équivalent permettant la procréation en dehors du processus naturel ...* » Autrement dit, elle désigne toutes les pratiques autorisées de procréation qui se situent « en dehors du processus naturel... ». ³⁸³

En effet, l'esprit de cette définition a été repris dans la loi n° 47-14 relative à l'AMP, par le biais de son article 2 dédié notamment aux définitions

380 TERRE François, FENOUILLET Dominique « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » Ibid. p. 29

381 MARTINEZ Éric « **Droit au respect de la dignité de la personne humaine et droits associés** ».Op.cit. P. 95

382 STIRN Bernard « **Les libertés en questions** » 6ème édition, Montchrestien, 2006. P. 124

383 PRELO Pierre-Henri T « **Droit des libertés fondamentales** » HACHETTE LIVRE 2007, p. 145

des concepts techniques de l'AMP. Au regard de cet article, l'AMP est définie comme « *toute technique clinique ou biologique permettant la fécondation in vitro, la conservation de gamètes et d'embryons, l'insémination intra-utérine ou le transfert d'embryons, ainsi que toute autre technique permettant la procréation en dehors du processus naturel* ».

Toutefois, la question qui nous vient à l'esprit a désormais une double connotation. Dans le cadre de l'AMP, les géniteurs de l'enfant ont-ils sur lui droit de vie ou de mort ? Peuvent-ils faire de lui l'objet d'une convention ?

Par rapport à la première question, on ne peut que répondre de manière affirmative, la conservation ou la non-conservation des embryons surnuméraires dépendent en grande partie de la seule volonté des géniteurs, ces derniers sont chaque année consultés par écrit sur le point de savoir quel sort ils entendent leur réserver.³⁸⁴

Sur le plan national, la loi n° 47-14 précitée, précise dans le dernier alinéa de son article 22 que « *les embryons³⁸⁵ non utilisés peuvent, sur demande écrite des conjoints, être maintenus en conservation en vue d'une nouvelle tentative de procréation, pour une durée n'excédant pas cinq ans non renouvelable une seule fois* ».

Il en va de même pour les gamètes³⁸⁶ qui sont conservés pour une durée maximum de cinq ans, renouvelable pour la même période, au vu des motifs légitimes justifiant ledit renouvellement.³⁸⁷

384 CABRILLAZ Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry Marie-Anne FRISON-ROCHE, Thierry REVET « **Libertés et droits fondamentaux** », 12ème édition DALLOZ, 2006. P. 258

385 L'**embryon** est défini au regard de l'article 2 de la loi n° 47-14 relative à l'AMP comme : « *l'ovocyte fécondé par le spermatozoïde avant sa transformation en fœtus* ».

386 Au regard de l'article 2 de la loi n° 47-14 relative à l'AMP est **gamète** « *toute cellule reproductrice humaine, spermatozoïde chez l'homme et ovocyte chez la femme* ».

387 Article 25 du projet de loi n° 47-14 relative à l'AMP

A cet égard, et à l'expiration de la durée prévue pour la conservation des embryons et des gamètes, l'article 26 de ladite loi, précise que : « *les embryons et les gamètes doivent être détruits conformément aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, et ce après que le responsable du centre ou de l'unité d'assistance médicale à la procréation ait informé, dans un délai minimum de trois mois, les conjoints ou la personne concernée par lettre recommandée avec accusé de réception.*

Toutefois la destruction d'embryons ou de gamètes peut avoir lieu avant l'expiration de la durée prévues aux articles 22 et 25 dudit projet de loi, et ce sur demande écrite des deux conjoints concernés s'il s'agit d'embryons ou, s'il s'agit de gamètes de la personne concernée ou de son représentant légal le cas échéant.

Les embryons et les gamètes doivent également être détruits en cas de décès de la personne concernée s'il s'agit de gamètes ou en cas de dissolution du mariage ou de décès de l'un des conjoints s'il s'agit d'embryons, et ce dès que l'incident est porté à la connaissance du responsable du centre ou de l'unité d'assistance médicale à la procréation... »

Relativement à la seconde question, il convient de faire appel aux dispositions de l'article 1128 du code civil français aux termes desquelles : « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent faire l'objet des conventions* ».³⁸⁸

388 Rapport de l'équipe européenne « **Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal** » éd. de la Maison des sciences de l'homme, Paris. 1995. P. 172

Cet article correspond à l'article 57 du DOC qui constitue la matière matrice du droit et dispose, en l'espèce, que *« les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce peuvent seuls former objet d'obligation ; sont dans le commerce toutes les choses au sujet desquelles la loi ne défend pas expressément de contracter »*.

De manière plus claire, les articles 5 et 6 de la loi n° 47-14 apporte les précisions suivantes : *« les fonctions reproductives de la personne humaine ne peuvent être exploitées pour le compte d'autrui ni à des fins commerciales. A cet effet, sont interdits le don ou la vente de gamètes et d'embryons ainsi que la gestation pour autrui »*.

Mieux encore, *« un embryon humain ne peut être conçu ni utilisé à des fins commerciales ou industrielles »*.

Effectivement, le corps humain n'est pas dans le commerce juridique et ne saurait par conséquent faire l'objet de conventions. Le commerce juridique est avant tout la possibilité de « disposer » de la chose. Placer le corps humain « hors du commerce juridique », c'est poser le principe d'indisponibilité, c'est-à-dire interdire tout acte de disposition, non seulement à titre onéreux, mais encore à titre gratuit.³⁸⁹ Mais la rigueur du principe fut assouplie par le législateur, à des fins thérapeutiques, tel est le cas du don du sang, don d'organes et des recherches biomédicales.³⁹⁰

389 Rapport de l'équipe européenne « **Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal : le cadre juridique interne I** », Op.cit. p. 172

390 TERRE François, FENOUILLET Dominique « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » op.cit., p. 58

Là, encore une fois, la loi n° 47-14 précitée, impose au responsable du centre ou de l'unité de l'AMP, par le biais de l'article 27 de tenir « *un registre relatif à la conservation et à la destruction des embryons et des gamètes, dont le modèle est fixé par voie réglementaire* ».

Cet article porte témoignage probant de la reconnaissance de la qualité humaine aux embryons surnuméraires. En effet, le registre établissant la conservation des embryons et gamètes ; est synonyme de potentialité de personne. Quant au registre relatif à la destruction, assimilé à l'établissement de l'acte de mort, manifeste la fin de la vie potentielle reconnue à l'embryon surnuméraire.

Plus encore, si l'on craint que le développement des techniques de l'AMP soit le pur produit du désir des adultes, et contribuera à menacer le droit au respect de la vie, on relèvera, notamment, que ce droit est rappelé avec force à l'article 20 de la Constitution, et qu'il concerne l'être humain ; concept plus large que celui de personne humaine.³⁹¹

In fine, force est de conclure que l'esprit de la loi relative à l'AMP coïncide avec le principe énoncé dans le préambule de la CDE qui prône à l'enfant une protection juridique appropriée avant comme après la naissance. Or, en droit français, la protection des embryons surnuméraires semble difficile à atteindre, vu que le respect de l'être humain ne s'impose qu'après la naissance, « Chose qui contraint le législateur français à dénier la qualité de sujet de droit à l'embryon humain *in vitro* ». ³⁹²

391 MATHIEU Bertrand « **Les droits fondamentaux : un patrimoine commun intégré dans la Constitution marocaine** » in « **La Constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires** » Op.cit. p. 233

392 DHONTE-ISNARD Emmanuelle « **L'embryon humain in vitro et le droit** », l'Harmattan, 2004, p. 166

L'Enfant et le Droit

De ce qui précède, il convient de préciser que depuis la ratification de la CDE, le législateur s'est efforcé à harmoniser l'arsenal juridique aux aspirations de ladite Convention. Toutefois, faut-il préciser que le recours à la CDE n'est évidemment pas d'un grand secours pour songer à une protection juridique appropriée aux enfants. Devant le silence de la CDE sur certaines questions, il est fait recours au droit musulman en tant que source du droit marocain, qui étend, notamment, la notion de « l'enfant » non seulement à la naissance mais à la grossesse. D'où l'originalité du code de la famille.

Pour trouver le juste milieu entre l'attachement du Royaume du Maroc aux droits de l'Homme, tels qu'ils sont universellement reconnus, et la prééminence accordée à la religion musulmane, le législateur marocain opte pour l'application de la CDE, moyennant l'harmonisation de l'ordre juridique interne aux normes internationales et puise, concurremment, du droit musulman qui fait de l'enfant une finalité sacrée de la loi divine.

Ceci étant, nous allons interpellier la phase consécutive à la phase de la conception, et qui suscite autant de contraintes d'ordre juridique et pratique. Des contraintes juridiques, en l'absence de dispositions spécifiques aux accidents médicaux survenus au moment de l'accouchement, et des contraintes pratiques, en raison de la nécessité de renforcer le droit de tout enfant à un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social, tel que prescrit à l'article 27 de la CDE.

En outre, si l'article 23.1 de la CDE prévoit que « *Les Etats parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité* », qu'en est-il pour les enfants dont le handicap résulte d'un

manquement aux devoirs de vigilance et de prudence requis pour le bon déroulement de l'accouchement ?

Sous-section 2 : La phase de l'accouchement

Si le droit musulman a renforcé la protection de l'enfant, dénommé scientifiquement parlant fœtus, et sacralise par voie de conséquence son droit à la vie dès que l'âme lui a été insufflée. D'où les traits saillants du droit musulman, l'enfant doit nécessairement passer par la phase de l'accouchement.

Il est à préciser que l'accouchement est un acte médical qui, n'étant pas à l'abri des risques, est à l'origine d'un nombre élevé de mortalité néonatale ou de handicap physique ou mental. D'ailleurs, selon des statistiques récentes du Ministère de la Santé, la mortalité néonatale est actuellement de 19 pour mille naissances vivantes, et continue à représenter près de 62% de la mortalité infanto-juvénile.³⁹³ Quant au handicap, nous ne disposons pas d'un chiffre sur le nombre des enfants nés en situation de handicap, suite à un accident médical lié à l'accouchement. D'où l'intérêt qui nous anime à rassembler les cas de jurisprudence nationale afférentes aux affaires donnant lieu à indemnisation pour dommage causé aux nouveau-nés lors de l'accouchement au sein des hôpitaux publics.

C'est pour ces raisons que nous avons jugé opportun de s'arrêter sur des décisions récentes émanant des tribunaux administratifs, vu le retentissement du handicap sur le développement prôné à l'enfant, en vertu des dispositions prévues par la CDE, et aux termes desquelles l'enfant doit jouir dans toute la mesure du possible d'un niveau de vie suffisant devant déboucher sur un

393 Statistiques recensées par « **le plan d'action 2012-2016 pour accélérer la réduction de la mortalité maternelle et néonatale : fin du compte à rebours 2015** ». Publication UNFPA & UNICEF. P. 3

développement physique, mental, spirituel, moral et social³⁹⁴. Ceci étant garanti à tout enfant, l'atteinte à son intégrité physique en est par conséquent, prohibée.

Dans ce cadre, nous avons épinglé un nombre de décisions n'ayant pas fait l'objet d'une publication dans des revues recensées.

En pratique, le milieu hospitalier, tout comme les tribunaux administratifs, témoignent chacun en ce qui le concerne, de l'atteinte à l'intégrité physique de l'enfant. Le service public hospitalier en tant que fait générateur d'handicap occasionné à l'enfant lors de l'accouchement, et le tribunal administratif en tant qu'instance compétente pour connaître de la responsabilité administrative du service public hospitalier.

Le handicap occasionné à l'enfant se manifeste sous forme de déficiences tantôt physiques, et tantôt mentales. Chose qui nous livre à établir la nuance entre les termes connexes ; handicap, incapacité et déficience.

La déficience telle que définie par l'OMS, correspond à toute perte de substance ou altération d'une fonction ou d'une structure psychologique, physiologique ou anatomique.

L'incapacité, à son tour, correspond à toute réduction (résultant d'une déficience), partielle ou totale, de la capacité d'accomplir une activité d'une façon, ou dans des limites considérées comme normales, pour un être humain.³⁹⁵

394 D'après ce qu'il ressort en substance des articles 6, 2ème alinéa et 27, 1er alinéa

395 Séminaire d'actualité de droit médical « **Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort (droit éthique et culture)** » sous la coordination d'Anne-Marie DUGUE avec la collaboration d'Isabelle FILIPPI, éd. les Etudes Hospitalières-2005, p. 38

Le handicap, de sa part, constitue un désavantage social pour un individu qui résulte de sa déficience ou de son incapacité et qui limite ou interdit l'accomplissement d'un rôle considéré comme normal, compte tenu de l'âge du sexe et des facteurs socioculturels.³⁹⁶

Quant à la personne en situation de handicap, elle est définie aux termes de la loi-cadre n° 97-13 relative à la protection et à la promotion des droits des personnes en situation de handicap,³⁹⁷ comme « *toute personne présentant, de façon permanente, une limitation ou une restriction, qu'elle soit stable ou évolutive, dans ses facultés physiques, mentales psychiques ou sensorielles, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à sa pleine et effective participation dans la société sur la base de l'égalité avec les autres* ».

Compte tenu de ce qui précède, l'accident médical générant le handicap chez l'enfant, nous permet de faire le passage du droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant au droit de l'enfant handicapé à une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent sa dignité, favorisent son autonomie et facilitent sa participation active à la vie de la collectivité.

Dès lors qu'il y a faute du service public hospitalier, la responsabilité de l'Etat est engagée. Autrement, nous allons mettre le doigt sur les cas de jurisprudence relatant les faits des accidents médicaux liés à l'accouchement, occasionnant un handicap notable chez l'enfant, tout en examinant l'indemnisation consécutive audit handicap.

³⁹⁶ Ibidem, p. 39

³⁹⁷ Article 2 de la loi-cadre n° 97-13 relative à la protection et à la promotion des droits des personnes en situation de handicap, publiée au bulletin officiel n° 6466 en date du 19/05/2016 p. 750

Pour examiner les arrêts phare en la matière, nous voudrions appréhender les assises de la responsabilité administrative du service public hospitalier, selon qu'il s'agisse des dispositions de l'article 80 du DOC, ou des dispositions de l'article 79 du même Dahir.

a) Le fondement de la responsabilité des services publics hospitaliers sur la base de l'article 80 du DOC

Etant donné que l'hôpital est un établissement public, le régime de responsabilité qui lui est applicable est celui de la responsabilité administrative. Pour connaître des actions en réparation qui s'ensuivent de ladite responsabilité, c'est le juge administratif qui en est compétent. Toutefois, pour engager la responsabilité de l'établissement public, il appartient habituellement au demandeur en qualité de victime, d'apporter la preuve de la faute.

Par ailleurs, le fardeau de la preuve pesant sur la victime peut, dans certains cas, être allégé. Il s'agit en l'espèce de la faute présumée, permettant exceptionnellement d'engager la responsabilité de l'établissement en l'absence de toute faute. Quant à l'indemnisation, elle apparaît fondée sur la perte de chance qui génère, dans le contexte du droit positif et dans le cas d'accidents médicaux survenus lors de l'accouchement, une lésion physique ou psychique chez le nouveau-né.

La responsabilité administrative des services publics hospitaliers est fondée sur les dispositions des articles 79 et 80 du DOC qui prévoient respectivement ce qui suit :

*« L'Etat et les municipalités sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents ».*³⁹⁸

« Les agents de l'Etat et des municipalités sont personnellement responsables des dommages causés par leur dol ou par des fautes lourdes dans l'exercice de leurs fonctions.

*L'Etat et les municipalités ne peuvent être poursuivis à raison de ces dommages qu'en cas d'insolvabilité des fonctionnaires responsables ».*³⁹⁹

Toutefois, avant de s'immerger dans l'interprétation des dispositions de l'article 79 du DOC, faisant objet d'une jurisprudence abondante en la matière, nous allons survoler l'examen des dispositions de l'article 80 du DOC qui, inversement à l'article 79, ne fait pas écho à des cas d'espèce récentes.

b) L'interprétation juridique de l'article 80 du DOC

Le service public hospitalier se substitue au médecin en matière de responsabilité médicale. Cette substitution est subordonnée à la réunion de trois conditions.

Tirées de la lecture de l'article 80 du DOC⁴⁰⁰, ces conditions exigent que la faute soit personnellement commise par le fonctionnaire responsable, qu'elle soit occasionnée lors de l'exercice de ses fonctions, et que son insolvabilité soit prouvée.

398 Article 79 du DOC

399 Article 80 du DOC

400 L'article 80 du DOC dispose que « Les agents de l'Etat et des Municipalités sont personnellement responsables des dommages causés par leur dol et par des fautes lourdes dans l'exercice de leurs fonctions.

L'Etat et les Municipalités ne peuvent être poursuivis à raison de ces dommages qu'en cas d'insolvabilité des fonctionnaires responsables ».

Il ressort du premier alinéa de l'article 80 du DOC que le médecin est responsabilisé pour les dommages causés personnellement à autrui. Dans ce cadre, le législateur exige que la faute soit « lourde » ou entachée de « dol », en y ajoutant, par le biais de la jurisprudence, qu'elle soit détachable de la fonction.

Ce faisant, la cour suprême a établi trois critères servant à déterminer la faute personnelle constitutive de la responsabilité personnelle du fonctionnaire. En l'espèce, l'arrêt n° 3035 du 17 septembre 1986, rendu par la chambre civile près la Cour suprême, a précisé que « *la faute personnelle du fonctionnaire est retenue si elle est commise indépendamment de l'exercice de ses fonctions, ou si le fait dommageable s'insère parmi les devoirs incombant au fonctionnaire. Le fait dommageable doit être lourd, et doit en résulter sciemment ou dans l'intention de nuire à autrui* ». ⁴⁰¹

En l'absence d'un texte spécifique régissant la responsabilité personnelle des médecins du secteur public, il est fait référence aux critères définis par l'arrêt sus évoqué pour fonder la responsabilité personnelle du médecin et ce, contrairement à la responsabilité des magistrats, ⁴⁰² des instituteurs, des conservateurs fonciers et des fonctionnaires relevant du Ministère de la jeunesse et du sport, ⁴⁰³ qui est régie par des dispositions qui leurs sont propres.

Quant à la faute personnelle commise en dehors des fonctions, appelée encore par la Cour suprême « faute détachable du service administratif », elle constitue un critère d'innovation juridictionnelle.

401 د. أحمد ادريوش "مسؤولية مرافق الصحة العمومية" سلسلة المعرفة القانونية، الكتاب السابع، الطبعة الأولى 1999، ص. 40

402 Ce sont les dispositions de l'article 81 du DOC qui leur sont applicables.

403 Ce sont les dispositions de l'article 85 du DOC qui leur sont applicables.

Ce critère recouvre les actes accomplis par les fonctionnaires, abstraction faite de leur spécialité et compétence.

Il y a lieu, en revanche, de préciser que le législateur a déterminé les actes à accomplir par le médecin ou le chirurgien, et ceux pouvant être accomplis par leur préposés suite aux directives et par ordre du médecin ou du chirurgien.⁴⁰⁴

Ainsi, il y a lieu de signaler que le présent critère a été appliqué par un arrêt de la Cour suprême, qui date du 4/11/1983 ainsi libellé « *attendu que le jugement du TPI a été confirmé par la Cour d'appel qui, à la lumière du rapport du médecin expert et du procès-verbal de la police judiciaire, est parvenue à prouver que la mort de la victime est imputable à l'infirmier ayant administré le médicament par voie veineuse, sans que ledit médicament soit prescrit par le médecin traitant, la responsabilité de l'infirmier est pleinement engagée car le lien de causalité entre la faute et le préjudice en est bien la mort de la victime* ».

Cette position jurisprudentielle a été plus tard entérinée par les dispositions de la loi n° 43-13⁴⁰⁵ relative à l'exercice des professions infirmières qui précise en vertu du dernier alinéa de son article 3 que : « *l'infirmier exerce sa profession soit sur prescription médicale, soit sous l'encadrement et la responsabilité d'un médecin, soit de manière indépendante en ce qui concerne les actes qui lui sont propres* ».

404 "مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق. ص. 41

La loi n° 43-13 relative à l'exercice des professions infirmières, promulguée par le Dahir n° 1-16-82 du 16 ramadan 1437 (22 juin 2016). Cette loi, qui abroge et remplace les dispositions du Dahir n° 1-57-008 du 19 février 1960, est publiée au Bulletin officiel n° 6500 en date du 15-09-2016.

Par ailleurs, au regard de la doctrine nationale, la faute lourde est l'acte commis par le médecin ou tout autre fonctionnaire, lors de l'exercice de ses fonctions, qualifié d'une certaine gravité.⁴⁰⁶ D'où l'intérêt de déterminer le fondement juridique de la responsabilité médicale personnelle.

Sous-section 3 : La responsabilité médicale fondée sur la faute personnelle

Cette responsabilité a été basée, selon la jurisprudence et la doctrine françaises, sur un fondement contractuel, sur la base du contrat établi entre le service public hospitalier et le patient. Cette approche a été aussitôt repoussée par la jurisprudence et la doctrine, vu que la relation qui unit les patients et les services publics hospitaliers n'est pas essentiellement contractuelle, mais de nature statutaire.

Cela étant dit, et sur la base des dispositions de l'article 80 du DOC, le fondement légal de la responsabilité personnelle du médecin ou du fonctionnaire est un fondement délictuel. Chose qui nous appelle à verser les règles applicables en matière de responsabilité délictuelle y compris celles relatives à la prescription ⁴⁰⁷ dans la responsabilité personnelle.

Quant au fondement juridique de la faute personnelle détachable de fonction, le tribunal compétent en la matière est le tribunal du droit commun et non pas le tribunal administratif.⁴⁰⁸

Pour le cas d'insolvabilité du médecin, l'alinéa 2 de l'article 80 du DOC précise que « *L'Etat et les Municipalités ne peuvent être poursuivis à raison de ces dommages qu'en cas d'insolvabilité des fonctionnaires responsables* ».

406 "مسؤولية مرافق الصحة العمومية" المرجع السابق. ص. 42

407 Article 106 du DOC

408 FLORIN Marie-Paule, MOUSSA Tony et OLLIER Christian « **Les obligations et la responsabilité juridique de l'infirmière** », éd. Heures de France, 1999, p. 119

Il s'ensuit de cet alinéa que la responsabilité du service public hospitalier ne peut être engagée que s'il s'avère que le médecin est insolvable. Lorsque celui-ci, est désormais solvable, il doit supporter dans son patrimoine personnel les conséquences pécuniaires de la réparation. Dans ce cas, la responsabilité du service public hospitalier n'est plus recherchée.

L'application de cette responsabilité a suscité des interprétations divergentes. Les juridictions de fond affirmaient dans certains cas la substitution automatique de la responsabilité de l'Etat à celle du médecin, tout en conservant son droit d'intenter une action récursoire contre le médecin responsable et, dans d'autres cas, ne décidaient la substitution de l'Etat à celle du médecin qu'après s'être assurées que ledit médecin est dûment insolvable.⁴⁰⁹

C'est en l'occurrence, la deuxième tendance qui prévaut. Cette prééminence a été confirmée par l'arrêt n° 3035 précité, rendu par la Cour suprême, interprétant ainsi les dispositions de l'article 80 du DOC « *quand la responsabilité de l'agent de l'Etat est engagée, l'Etat ne peut être poursuivi qu'en cas d'insolvabilité du fonctionnaire responsable* ». ⁴¹⁰

Il s'ensuit de ce qui précède que la responsabilité pour faute personnelle des agents de l'Etat ne peut être engagée qu'à la double condition suivante ; il faut parvenir à prouver la faute personnelle du fonctionnaire, et l'insolvabilité du fonctionnaire responsable. Le cas échéant, l'Etat se porte garant quant à la réparation du fait dommageable.

Le fonctionnaire personnellement responsable bénéficie d'une certaine protection de la part du service, car si la responsabilité personnelle en est retenue, ceci risque de paralyser le service, et en fin de compte, porter atteinte à

409. عبد القادر العرعاري "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي الجزء الأول مصادر الالتزام الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار" مطبعة دار الأمان، 2005، الرباط، ص. 100

410 "مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق ص. 55

l'accomplissement de l'intérêt général, voire la finalité de l'existence du service public.⁴¹¹

Ceci dit, l'alinéa 2 de l'article 80 du DOC ouvre la possibilité d'un recours contre l'Etat ou les municipalités coupables tout au moins d'avoir fait un choix défectueux dont les particuliers ne doivent point avoir à souffrir.

Reste à rappeler, néanmoins, que ledit article demeure muet sur le droit de l'Etat d'intenter une action récursoire contre le médecin responsable. Cette tendance a été affirmée par la doctrine et la jurisprudence.⁴¹²

Section 2 : L'interprétation de l'article 79 du DOC à la lumière de la jurisprudence française

Il s'avère opportun de scinder la présente section en deux paragraphes ; le premier a pour objet de mettre en exergue les interprétations données aux dispositions de l'article 79 du DOC à la lumière de la jurisprudence française et le second à l'évaluation de ces interprétations.

411 SERHANE El Houssaine « **La problématique de la faute personnelle aux agents publics en droit administratifs marocain** », série « **séminaires et Colloques** » N° 5 Travaux du colloque International organisé par la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Marrakech, le 04 et le 05 février 1994, p. 145

412 "مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق ص. 56

Sous-section 1 : La transposition de la jurisprudence française dans l'interprétation de l'article 79 du DOC

En se référant à la doctrine nationale,⁴¹³ il importe de signaler que celle-ci appelait à fonder la responsabilité des services publics hospitaliers sur la faute du service, tout en s'inspirant de la jurisprudence du Conseil d'Etat français pour ainsi interpréter les dispositions de l'article 79 du DOC. Par conséquent, elle faisait le *distinguo* entre trois types d'actes, en fonction du degré de gravité de la faute : les actes médicaux, les actes de soins et les actes rattachés à l'organisation et au fonctionnement du service.

Pour les actes médicaux, seule la faute lourde du service public hospitalier était retenue pour engager la responsable administrative dudit service. Ces actes ne peuvent être accomplis que par un médecin, un chirurgien ou, le cas échéant, ses préposés, sous la responsabilité et la surveillance du médecin commettant. Quant aux actes de soins effectués par des infirmiers ou autres préposés du médecin, ainsi que les actes rattachés à l'organisation et au fonctionnement du service public hospitalier, on n'en exige qu'une faute simple.⁴¹⁴

Cette interprétation a été adoptée par les tribunaux nationaux pour la période s'étalant de 1943 à 1968, sous l'emprise de la doctrine française appliquée, autrefois, au droit administratif marocain.

D'après cette doctrine,⁴¹⁵ l'article 79 du DOC a pour ultime objet de mettre en relief le caractère spécifique de la responsabilité de la puissance publique, tel est le cas de la jurisprudence française. Chose qui laisse la voie

413 Recherche présentée par le professeur Amine BENABDELAH, à l'occasion du septième séminaire médical national organisé à Rabat en décembre 1988, sous le thème « **la responsabilité du fait du service public sanitaire** ».

414 "مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق ص. 14

415 Cette doctrine est représentée par De Laubadère

ouverte aux interprétations jurisprudentielles et à la recherche du fondement légal de ladite responsabilité.

Cette interprétation a été, par la suite, reproduite dans les considérants d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rabat, en date du 13 mars 1951, précisant ce qui suit « *Attendu que le fondement de la responsabilité administrative ne peut être recherché sur la base de l'article 79 du DOC puisque ce dernier vise, exclusivement, à consacrer le principe de la responsabilité des collectivités publiques ;...et attendu que le législateur national, à l'instar de son homologue français, a seulement voulu laisser la voie ouverte aux juridictions compétentes pour connaître du contentieux administratif en vue de fonder la responsabilité administrative sur une base essentiellement jurisprudentielle et non sur une base légale* ». D'où l'incitation des juges à rechercher le fondement de la responsabilité administrative des services publics de manière générale.⁴¹⁶

La pratique a démontré que la jurisprudence marocaine a fini par adopter la position des juridictions françaises. Cette tendance a été également adoptée par les tribunaux modernes qui font recours exprès à cette jurisprudence, quoi que les dispositions des textes législatifs marocains soient claires et sans équivoque.

➤ **L'inadaptation de la jurisprudence française aux besoins des juridictions nationales**

L'interprétation en question, a soulevé de la part de la doctrine marocaine les trois critiques suivantes :

Premièrement, la dépendance à la jurisprudence française constitue une entrave aussi bien à l'évolution de la loi marocaine qu'à son applicabilité. C'est

⁴¹⁶"مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق. ص. 15

ainsi qu'en 1968, le premier président de la Cour Suprême⁴¹⁷ a appelé la jurisprudence nationale à abandonner le recours systématique à la jurisprudence française pour l'interprétation de l'article 79 du DOC :

«Après que le premier courant ait donné, en premier temps, au texte législatif marocain le sens voulu par le législateur, de sorte à faire de la responsabilité de l'Etat une responsabilité objective ne se basant pas sur l'existence d'une faute de négligence, la jurisprudence nationale a, en revanche, exigé de la victime d'apporter la preuve du préjudice subi, tout en imputant ledit préjudice à la faute de négligence quant à la réparation des préjudices qui s'ensuivent.

Ce revirement jurisprudentiel est un héritage de la pratique judiciaire émanant du Conseil d'Etat français. Ce Conseil avait traité de la responsabilité de la puissance publique sur la base d'une panoplie de principes et de règles jurisprudentiels, non fondés sur des textes législatifs régissant la responsabilité de l'Etat.

En effet, la responsabilité administrative est apparue via « l'arrêt Blanco » rendu par le tribunal des conflits en 1873, ayant posé trois principes. Le premier consiste en l'existence même d'une responsabilité. Le deuxième, porte sur la compétence de la juridiction administrative pour connaître de cette responsabilité toutes les fois que résulte le dommage au fonctionnement d'un service public. Le troisième, porte sur l'autonomie du droit de la responsabilité administrative par rapport aux règles générales du droit civil.⁴¹⁸

Depuis cet arrêt, le conseil d'Etat français reconnaît que la responsabilité de l'Etat n'est ni générale, ni absolue en y précisant que ses règles spéciales

417 En 1968, la Cour Suprême était présidée par Feu Ahmed BAHNINI

418 ISSA Ahmad « **La responsabilité médicale en droit public : Etude comparée** », préface de Marcel-René TERCINET, avant-propos de Gilles LEBRETON, L.G.D.J, lextenso éditions, éd. Alpha 2014, p. 35

varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés. Chose qui signifie que l'ensemble de ces règles en forme le droit administratif et seule la juridiction administrative est compétente pour connaître de la responsabilité de l'Etat, sans pour autant être liée par des antécédents et sans tenir compte des cas analogues. Outre la souveraineté dans la prise de décisions, la juridiction administrative française se différencie de ses homologues en fondant la responsabilité administrative sur le principe de la faute de négligence, abstraction faite des cas fort rares d'exception qui déchargent la victime du fardeau de la preuve.

*La jurisprudence marocaine a épousé cette pratique jurisprudentielle. D'ailleurs, certains jugements faisaient renvoi explicite à la jurisprudence du conseil d'Etat français, sans pour autant prendre en ligne de compte la divergence, voire la dualité, entre les systèmes marocain et français. In fine, la jurisprudence marocaine n'est pas parvenue à formuler une jurisprudence propre indépendamment de son homologue française, en s'appuyant sur la législation en vigueur adaptée au cas par cas ».*⁴¹⁹

Si les juridictions nationales se sont accoutumées à recourir à la jurisprudence française, au temps du protectorat, cette coutume jurisprudentielle n'est plus à l'ordre du jour, après autant d'années d'indépendance.

Deuxièmement, la dépendance à la jurisprudence française dans l'interprétation de l'article 79 du DOC, a été dépassée par le législateur marocain pour deux raisons principales. La première écarte l'application des dispositions des articles 77 et 78 du DOC en matière de responsabilité administrative, quant à la seconde, elle permet à l'Etat de se substituer au fonctionnaire personnellement responsable en cas d'insolvabilité.

⁴¹⁹"مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق. ص. 16-17

Outre la responsabilité pour faute que nous venons d'approcher, il incombe de signaler que le régime de responsabilité administrative a considérablement évolué et l'on traite, à cet effet, de la responsabilité sans faute pour risque.⁴²⁰ Cette responsabilité trouve son fondement dans divers textes de lois, notamment la loi relative à la vaccination obligatoire, et s'inspire généralement de la jurisprudence française, moyennant un arrêt de principe rendu par le Conseil d'Etat français en date du 10/04/1992, qui a abandonné l'exigence d'une faute lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier.

En revanche, il incombe de signaler que les motivations avancées par la doctrine marocaine pour rompre avec la dépendance à la jurisprudence française dans l'interprétation de l'article 79 du DOC, ne devraient aucunement refléter l'esprit introverti de la jurisprudence marocaine vis-à-vis du droit comparé. Notre jurisprudence vise, par une telle attitude, à s'approprier une interprétation autonome et uniforme dudit article.

Sous-section 2 : L'interprétation forgée par la jurisprudence nationale indépendamment de la jurisprudence française

Par un arrêt rendu conjointement par les chambres civile et administrative près la Cour suprême, en date du 03/07/1968, les juridictions nationales ont été interpellées à renverser la tendance dans la manière de juger. Ce revirement jurisprudentiel avait pour objectif de rompre, d'une part, avec la dépendance à l'interprétation contemporaine, en général, et la jurisprudence française en particulier, et d'alléger, d'autre part, la charge de la preuve pesant sur les victimes.

⁴²⁰SAISON Johanne « **Le risque médical : évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier** », Préface de Pierre SANDEVOIR, éd. l'Harmattan, 1999, p. 21

A ce sujet, il a été précisé que « ... la jurisprudence marocaine est tenue, en outre, de déclarer les dispositions de l'article 79 du DOC conformes aux préceptes de la Charia qui, par essence, érige le principe par lequel l'auteur du fait dommageable doit verser une indemnisation pour le fait dommageable causé directement ou par inattention d'une personne physique ou morale ».⁴²¹

Ceci étant dit, il y a lieu de s'arrêter sur les deux courants ayant marqué aussi bien la doctrine que la jurisprudence marocaine. Le premier courant interprète l'article 79 comme le fondement légal de la responsabilité administrative, et qualifie cette dernière de responsabilité objective ; fondée sur le préjudice (paragraphe 1). Quant au second courant, il fait le *distinguo* entre la responsabilité objective et la responsabilité fondée sur la faute (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'interprétation du premier courant doctrinal

« Il ressort de la lecture des dispositions de l'article 79 du DOC que l'Etat doit répondre aux dommages causés directement par le fonctionnement de son administration ou par l'inexécution des tâches assignées aux services publics de ladite administration. L'engagement d'une telle responsabilité est subordonné à la réunion de deux conditions *si ne qua non*. La première exige l'existence d'un préjudice. La seconde, en l'occurrence, requiert que le préjudice soit imputable au fonctionnement du service public, sans pour autant parvenir à prouver une faute de négligence à l'encontre dudit service ».⁴²² Telle est l'interprétation adoptée par la jurisprudence marocaine depuis le début du protectorat jusqu'à la fin des années trente.

⁴²¹"مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق ص. 20

⁴²²Allocution de feu le premier président de la Cour suprême, avait allégué, lors de l'inauguration de l'année judiciaire 1968-1969

La doctrine a introduit, à son tour, le principe de responsabilité sans faute,⁴²³ qui a été dès lors, appliqué par les juridictions marocaines, à l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Rabat en 1940, ayant retenu la responsabilité d'un hôpital public. Cet arrêt a précisé que le patient admis à un service public hospitalier peut être exposé à des risques thérapeutiques et si le cas se présente, il incombera audit service de répondre à l'indemnisation due au patient. Cela dit, la responsabilité est engagée sur la base du risque supporté par le patient, même en l'absence d'une faute.⁴²⁴

Paragraphe 2 : L'interprétation du deuxième courant doctrinal

L'application du second courant a été écartée par la jurisprudence marocaine pour inadéquation avec le fondement de la responsabilité administrative des services publics hospitaliers.

La jurisprudence a révélé des hésitations quant au fondement légal de la responsabilité des services publics hospitaliers. Sur ce, les avis divergent entre ceux qui fondent la responsabilité en question sur la faute, et ceux qui, en revanche, font de ladite responsabilité une responsabilité objective basée sur le risque.

Pour les jurisconsultes qui fondent la responsabilité dont il est ici question sur la faute, ils se sont, encore une fois, divisés entre ceux qui exigent la faute lourde, et ceux qui se contentent de la simple faute du service.

S'agissant des tribunaux qui exigent une faute lourde, dite encore caractérisée, pour l'engagement de la responsabilité du service public hospitalier, ils imposent aux victimes d'apporter la preuve de ladite faute et du

⁴²³ سيدي حمو "المسؤولية الطبية عن الجرائم غير العمدية" رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس أكادال، 2009-

2010، ص 37

⁴²⁴ "مسؤولية مرافق الصحة العمومية". مرجع سابق ص. 22

lien de causalité entre le préjudice et l'acte fautif. A défaut de preuve, la demande du requérant est jugée irrecevable.⁴²⁵

Outre les jugements abordés par la doctrine nationale ayant institué la responsabilité administrative sur la base de la faute lourde⁴²⁶, il y a lieu d'évoquer les jugements récents émanant des tribunaux administratifs suivants :

1. Le jugement rendu par le tribunal administratif de Fès en date du 20/01/2010⁴²⁷, ayant considéré ce qui suit : « Attendu que le requérant sollicite une indemnisation pour dommage occasionné à son nouveau-né lors de sa naissance à la maternité du CHU de Taounate, en reprochant au personnel médical dudit CHU d'avoir procédé à l'accouchement en l'absence d'un médecin gynécologue, chose qui a provoqué une dystocie du plexus brachial droit du nouveau-né.

Et considérant que le rapport d'expertise médicale réalisée à cette fin, a conclu que l'enfant sujet d'expertise souffre d'une paralysie du plexus brachial droit, fixant ainsi le taux d'IPP à 25%, avec un *pretium doloris* très important, et un préjudice esthétique assez important.

Et attendu que l'absence du médecin gynécologue lors de l'accouchement, est un manquement aux devoirs de la profession médicale et une violation de l'obligation de garde qui est définie en vertu du décret n° 2-06-623 relatif à l'indemnité de garde et à l'indemnité d'astreinte comme « *l'obligation de présence effective du médecin ou de l'infirmier dans les services sanitaires du jour ou de nuit, en vue de répondre aux situations d'urgence, d'assurer la continuité des soins et la surveillance médicale des malades hospitalisés et des*

425 "مسؤولية مرافق الصحة العمومية"، مرجع سابق ص. 23.

426 قرار عدد 10023 بتاريخ 1986/12/31 صادر محكمة الاستئناف بالرباط ملف رقم 84/4234
427 حكم عدد 2010/33 صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2010/01/20 غير منشور.

parturientes ». Chose qui constitue une **faute lourde** imputable au service public hospitalier.

Et attendu que les éléments de la responsabilité du service public hospitalier sont réunis, et eu égard à l'appréciation souveraine du juge administratif quant à l'évaluation de l'indemnisation consécutive au dommage causé par manquement aux règles de déontologie médicale, imprudence et négligence du personnel médical, le tribunal administratif de Fès a fixé ladite indemnisation à 200.000,00 DH ».

2. Par un arrêt similaire de la Cour administrative d'appel de Rabat, en date du 03/06/2015⁴²⁸, ayant confirmé le jugement de premier ressort sur les fondements suivants : « Considérant que le requérant sollicite une indemnisation pour dommage occasionné à sa fille, lors de sa naissance à l'hôpital Moulay Abdellah de Salé, en reprochant au personnel médical d'avoir effectué un accouchement dystocique, ayant généré une lésion du plexus brachial droit de sa fille.

Et attendu qu'à la lumière de l'expertise médicale effectuée à cet effet, le dommage subi par l'enfant est imputable à la faute retenue contre le service hospitalier, pour manquement aux devoirs de vigilance et de prudence requis pour le bon déroulement de l'accouchement, et que si la césarienne avait été pratiquée, la dystocie de l'épaule droit aurait pu être évitée.

Et attendu que la doctrine et la jurisprudence en matière administrative concèdent que la responsabilité pour faute est conditionnée par la réunion des trois éléments suivants : la faute, le dommage et le lien de causalité entre la faute et le dommage subi, il s'avère que la prestation du service prodigué par l'hôpital Moulay Abdellah ne répond pas à la qualité requise, et par conséquent

428 قرار رقم 2696 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2015/06/03 غير منشور.

il a commis une **faute lourde** engageant sa responsabilité administrative sur la base des dispositions de l'article 79 du DOC (...), puisque la responsabilité dudit hôpital est bien établie et englobe la responsabilité du personnel médical ayant procédé à l'accouchement, et que le préjudice résulte directement du fonctionnement de l'un de ses services et que l'hôpital ne peut se décharger de cette responsabilité que s'il parvient à prouver que le préjudice est occasionné par la victime elle-même ou par un cas de force majeure. (...) »

Par ces motifs, la Cour administrative d'appel a intégralement confirmé le jugement du tribunal administratif qui a évalué l'indemnisation due à 800.000,00 DH.

3. Par un autre jugement du tribunal administratif de Rabat, en date du 31/12/2015⁴²⁹, précisant que « Suite à une requête introductive par laquelle le requérant relate que l'équipe médicale ayant procédé à l'accouchement de son fils à l'hôpital Moulay Abdellah de Salé a occasionné une paralysie totale au nouveau-né.

Attendu que sur la base de l'expertise médicale, le fait reproché est dû, d'une part, au retard de la pratique de la césarienne qui était justifiée dès l'admission de la parturiente, et d'autre part, au retard mis par l'équipe médicale pour transférer le nouveau-né à l'hôpital d'enfant, et qu'il s'ensuit du dommage occasionné, que l'enfant nécessite le recours d'une manière permanente à une tierce personne pour accomplir les actes essentiels de la vie, et que le taux d'IPP est fixé à 100%. Avec un *pretium doloris*⁴³⁰ important et un préjudice esthétique aussi important.

429 حكم رقم 5297 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2015/12/31 غير منشور

430 C'est-à-dire un préjudice résultant de souffrances morales et physiques

Et attendu que le retard de la pratique de la césarienne, ainsi que le retard mis dans le transfert du nouveau-né aux urgences, qui n'a été fait que tardivement, après l'écoulement de 2 jours, étaient en rapport directe avec les lésions advenues. Et attendu que le retard accusé a provoqué chez l'enfant une anoxie entraînant des lésions irréversibles du système nerveux dont il est atteint.

Par ces motifs, le tribunal administratif de Rabat a qualifié la faute imputable au service hospitalier de **faute lourde** et a fixé l'indemnisation due au représentant légal de l'enfant à 2400000,00 DH.

Quant aux tribunaux n'exigeant qu'une faute simple du service public hospitalier pour fonder la responsabilité dudit service, ils procèdent à l'évaluation de la faute par rapport à l'obligation pesant sur le médecin et consistant à donner des soins consciencieux et conformes aux données acquises de la science.

Outre les anciens jugements ayant fondé la responsabilité administrative sur cette base, adoptés par la doctrine nationale, il y a lieu d'exposer des décisions d'une date récente, émanant des tribunaux administratifs, afin de mettre en lumière l'évolution de la jurisprudence en la matière.

➤ Des anciens jugements

L'arrêt de la Cour d'Appel de Casablanca qui remonte à 1979, a considéré que « *l'Etat est responsable du préjudice résultant directement du fonctionnement de son administration, ainsi que des fautes de service commises par ses fonctionnaires ;*

Attendu que, pour engager la responsabilité en question, il faut s'assurer que le préjudice ait été réellement causé par le fonctionnement du service et que le médecin aurait manqué à son devoir de prendre toutes les mesures et les

précautions nécessaires à l'exercice de sa profession, et qu'il y a lieu, avant de statuer sur le fond, d'effectuer une expertise en vue de consulter le dossier médical conservé par l'hôpital Ibn Rochd et les documents médicaux dont dispose la victime, de s'assurer de leur conformité par rapport à l'état de santé du patient avant et après son admission à l'établissement hospitalier, et de la sécurité du matériel utilisé pour l'exécution de l'acte médical de soins ... »⁴³¹

Le jugement du tribunal de première instance de Rabat en date du 3/2/1983, a considéré, à son tour, que « ...les dispositions de l'article 79 du DOC, énoncent que l'Etat est responsable du préjudice résultant directement du fonctionnement de son administration, ainsi que des fautes du service commises par ses fonctionnaires ;

Et attendu qu'il ressort desdites dispositions que l'engagement de la responsabilité de l'Etat est conditionné par une faute de service commise par un fonctionnaire relevant de l'Etat, et un préjudice subi par la victime... ; »

Sur cette base légale, le tribunal a engagé la responsabilité de l'Etat pour préjudices causés à la victime, dont l'intervention de la cataracte a occasionné la cécité des yeux opérés, en considérant que ladite responsabilité n'est pas fondée sur la faute du médecin traitant, mais **sur la faute commise par les préposés du médecin relevant de l'hôpital, et que les préjudices causés à la victime auraient pu être évités, avec une prise en charge appropriée.**

➤ Des jugements récents

1. Le jugement rendu par le tribunal administratif de Rabat le 12/09/2011,⁴³² a considéré ce qui suit : « Attendu que la requérante reproche au personnel médical du CHU Ibn Sina de l'avoir soumis à un accouchement par

431 "مسؤولية مرافق الصحة العمومية" ص. 26

432 حكم رقم 2606 صادر عن قسم القضاء الشامل بالمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2011/09/12 غير منشور.

voie naturelle en utilisant la ventouse pour extraire le fœtus, chose qui a occasionné une asphyxie périnatale sévère chez le nouveau-né, ayant conduit à son décès, alors que la requérante avait convenu avec le médecin gynécologue d'accoucher par césarienne.

Au vu du rapport d'expertise médicale réalisée à cette fin, le tribunal saisi a fondé la responsabilité du CHU Ibn Sina sur la base de **la faute du service**, en considérant que le personnel médical s'est abstenu de recourir à la césarienne, tel qu'il a été convenu entre la parturiente et le médecin gynécologue, en optant pour un accouchement par voie naturelle, ayant occasionné la mort du nouveau-né. Chose qui constitue une faute de service donnant lieu à indemnisation.

2. Le jugement rendu par le tribunal administratif de Casablanca, en date du 27/9/2010⁴³³, selon lequel « attendu que le requérant relate que sa femmes'est rendue à l'hôpital local Sidi Bennour de Casablanca pour y accoucher, et suite à un accouchement dystocique, le personnel médical a provoqué une paralysie du plexus brachial droit du nouveau-né.

Au vu du rapport établi par l'expert commis par le tribunal à cet effet, qui a conclu que l'enfant a été victime, lors de l'accouchement, d'une paralysie du bras et avant-bras droit, résultant du défaut de précautions requises pour le bon déroulement de l'accouchement, de la part du personnel médical, le tribunal a fondé la responsabilité de l'Etat sur la base de l'article 79 du DOC, en considérant que le dommage occasionné à la victime résulte directement des **fautes** imputables au personnel relevant **du service hospitalier** pour imprudence, et que par conséquent, le lien de causalité entre la faute et le dommage est établi.

433 حكم رقم 1331 صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2010/09/27 غير منشور.

3. L'arrêt rendu le 1/07/2014,⁴³⁴ par la Cour administrative d'appel de Rabat confirmant le jugement du tribunal administratif de Rabat, aux termes duquel : « (...) Et attendu qu'à la lumière de l'expertise médicale ayant conclu que l'enfant, sujet d'expertise, souffre d'une déficience mentale sévère et d'une déficience motrice dues à l'imprudence du personnel médical relevant de la maternité de l'hôpital provincial de Khemisset, pour défaut de précautions nécessaires à la pratique de la césarienne, et pour l'absence d'un pédiatre le jour de l'accouchement dont l'intervention aurait pu limiter le dommage occasionné au nouveau-né.

Attendu qu'il ressort de l'article 79 du DOC que « *L'Etat et les municipalités sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents* », la Cour administrative d'appel a confirmé le jugement du tribunal administratif de Rabat ayant fondé la responsabilité de l'hôpital sur **la faute du service** ».

4. L'arrêt confirmatif de la même Cour, rendu en date du 15/7/2014,⁴³⁵ aux termes duquel « (...) Attendu que les faits reprochés au personnel médical relevant de l'hôpital Moulay Abdellah consistent en un manquement aux devoirs de vigilance et de prudence requis pour le bon déroulement de l'accouchement, conformément aux données acquises de la science, et au défaut de moyens de premiers secours qui auraient pu éviter les séquelles occasionnés au nouveau-né.

Au vu du rapport de l'expertise médicale ayant prouvé que le handicap sensorimoteur du nouveau-né est bel et bien imputable au service hospitalier ; et qu'il était possible d'éviter par le recours à une césarienne, quand les risques révélés lors de l'accouchement imposaient cette solution, de sorte à éviter la

434 قرار عدد 3146 صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/07/1 غير منشور.
435 قرار عدد 3400 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2014/07/15، غير منشور.

souffrance fœtale et le recours à des manœuvres d'extraction à l'origine des lésions occasionnées.

Et considérant qu'en application de l'article 79 du DOC, l'hôpital précité est pleinement responsable pour **les fautes de service** commises par ses agents, la Cour administrative d'appel a confirmé le jugement rendu en premier ressort ».

5. L'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Rabat le 21/01/2015⁴³⁶ a considéré ce qui suit : « (...) Attendu qu'au vu du rapport d'expertise médicale effectué à cet effet, la faute reprochée au service public hospitalier, ayant provoqué une paralysie du plexus brachial gauche du nouveau-né, est due au défaut de précautions nécessaires requises pour le bon déroulement de l'accouchement, et que la lésion advenue est en relation directe avec la faute imputable au service hospitalier.

(...) par conséquent, les trois éléments de la responsabilité administrative du service hospitalier, à savoir la faute, le dommage et le lien de causalité, sont réunis ».

Par ces motifs, la Cour administrative d'appel a confirmé le jugement rendu en premier ressort, ayant fondé la responsabilité de l'Etat sur **la faute du service hospitalier**.

6. L'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel en date du 20/11/2014,⁴³⁷ confirmant le jugement rendu en premier ressort par le tribunal administratif d'Agadir, précisant ce qui suit : « Suite à une faute imputable à l'hôpital provincial de Guelmim lors de l'accouchement, le requérant a eu un enfant souffrant d'une déficience mentale.

436 قرار عدد 263 صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2015/01/21 غير منشور.
437 قرار عدد 1447 صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بتاريخ 2014/11/20 غير منشور.

Attendu que le médecin expert commis à cet effet, a conclu que l'accouchement s'est déroulé en l'absence d'un médecin gynécologue, qui aurait pu empêcher l'inhalation méconiale, ayant exposé le nouveau-né à une convulsion néonatale.

Et attendu qu'en application de l'article 79 du DOC, l'Etat est responsable des **dommages causés directement par le fonctionnement de son administration**, et attendu que le taux d'IPP a été fixé à 100%, la Cour saisie a confirmé intégralement le jugement rendu en premier ressort ».

7. Ainsi, par un Jugement en date du 29/03/2012⁴³⁸ rendu par le tribunal administratif de Meknès aux termes duquel « Attendu que suite à la négligence du personnel médical et au manquement aux devoirs de la profession, la parturiente a été abandonnée au lit d'accouchement, à la maternité de Pagnon de Meknès, et le nouveau-né a été projeté par terre. Chose qui a engendré chez celui-ci un traumatisme crânien occipital, des troubles de conscience avec détresse respiratoire.

Attendu que le nouveau-né a été réanimé immédiatement et transféré au CHU Hassan II de Fès pour complément de prise en charge, et au vu du rapport médical établi à cet effet, le nouveau-né présentait des troubles de conscience avec hypoesthésie cutanée, et un regard plafonné avec une hémorragie sous-conjonctivale. Le nouveau-né présentait, durant son hospitalisation à Fès, des crises convulsives répétées et un syndrome infectieux.

Et considérant que le médecin expert a consigné dans son rapport qu'un traumatisme crânien avec fracture-enfoncement occipital, des troubles de conscience, une détresse respiratoire et des convulsions répétées persistent chez l'enfant.

438 حكم رقم 6/12/99 صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس، بتاريخ 2012/03/29 غير منشور.

Et attendu qu'il a également indiqué que l'enfant souffre d'un retard psycho intellectuel important, une tétra parésie avec hypotonie, une IPP fixée à 100% révisable à l'âge de 4 ans, un *pretium doloris* important, un préjudice esthétique assez important, et un retentissement sur la vie familiale très important, en précisant que l'enfant a besoin de l'aide d'une tierce personne.

Attendu que **le lien de causalité entre la faute et le dommage subi est prouvé** à l'encontre du personnel de la maternité **pour négligence et manquement aux devoirs de la profession.**

En s'appuyant sur le rapport d'expertise, et partant de l'appréciation souveraine reconnue au juge administratif quant à l'évaluation de l'indemnisation, le tribunal administratif a fixé le montant d'indemnisation à 600.000,00 DH ».

8. Le jugement rendu par le tribunal administratif de Casablanca, en date du 18/06/2016,⁴³⁹ selon lequel « Attendu que la parturiente s'est adressée au CHP Mohammed BOUAFI de Casablanca pour y accoucher.

Au vu du rapport du médecin expert ayant consigné qu'en l'absence d'un médecin gynécologue lors de l'accouchement, celui-ci s'est accompagné d'une dystocie des épaules, nécessitant une prise en charge et une rééducation.

Attendu que, sur la base de l'article 79 du DOC, la faute commise à l'égard du nouveau-né est **imputable au service hospitalier, pour manquement aux devoirs de la profession, privant le patient -la parturiente, en l'occurrence- des prestations médicales qui s'imposent au service hospitalier**, le tribunal saisi a alloué une indemnisation appropriée au dommage subi ».

439 حكم رقم 50 صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، بتاريخ 18/06/2016 غير منشور.

9. Le jugement rendu en date du 9/5/2016 par le tribunal administratif de Rabat⁴⁴⁰ a considéré ce qui suit « attendu que le requérant reproche à l'hôpital Moulay Abdellah de Salé, que son fils a été victime d'une paralysie du bras et avant-bras gauche, consécutive à l'accouchement, suite à la mauvaise manipulation de la ventouse. Chose qui nécessite l'aide des parents pour tous les besoins quotidiens de l'enfant.

Et attendu que ces conclusions ont été consignées dans le rapport de l'expertise médicale, fixant un taux d'IPP à 38%, avec un *pretium doloris* important, un préjudice esthétique assez important, et l'inévitable recours aux parents pour répondre aux besoins quotidiens de la vie de l'enfant.

Et attendu que le préjudice causé à l'enfant est **en relation directe avec la faute du service hospitalier**, le tribunal administratif a évalué l'indemnisation pour dommage physique et moral occasionné à l'enfant à 300.000,00 DH ».

10. L'arrêt rendu par la Cour administrative de Rabat⁴⁴¹ en date du 17/2/2016 selon lequel « Attendu que **la faute** de l'hôpital Moulay Abdellah de Salé est **établie**, devant l'hésitation entre le recours à l'accouchement par voie naturelle ou par césarienne. Et attendu que le recours à l'accouchement par voie naturelle a généré une paralysie du membre supérieur du bras gauche du nouveau-né.

Et attendu qu'à la lumière de l'expertise médicale effectuée à cet effet, le médecin expert a conclu que la faute reprochée à l'hôpital est due **au défaut de précautions nécessaires au bon déroulement de l'accouchement**, et que le dommage occasionné au nouveau-né aurait pu être évité par une prise en charge conforme aux règles régissant la profession médicale.

440 440 حكم رقم 1837 صادر بتاريخ 2016/05/09 عن المحكمة الإدارية بالرباط غير منشور.
441 441 قرار رقم 606 صادر بتاريخ 2016/2/17 عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط غير منشور.

Par ces motifs, la Cour a confirmé le jugement rendu en premier ressort tout en élevant le montant d'indemnisation correspondant au dommage subi ».

11. Le jugement rendu par le tribunal administratif d'Agadir en date du 29/09/2009⁴⁴² a considéré ce qui suit « attendu que la faute reprochée au CHU Hassan II d'Agadir, a occasionné une paralysie du plexus brachial gauche du nouveau-né pour défaut de précautions nécessaires requises pour le bon déroulement de l'accouchement.

Et à la lumière de l'expertise médicale réalisée à cette fin, le médecin expert rapporte que les séquelles advenues sont consécutives aux manœuvres de l'accouchement obstétrical.

Et considérant que la faute retenue consiste en un **défaut de vigilance et de prudence** qui incombe au médecin gynécologue. Et vu que la faute reprochée au **service hospitalier** est en liaison directe avec le dommage occasionné à la victime.

Par ces motifs et en s'appuyant sur le rapport d'expertise, le tribunal administratif d'Agadir a fixé l'indemnisation due au représentant légal de la victime à 200.000,00 DH ».

Ceci étant exposé, force est de retenir qu'en matière d'accidents médicaux liés à l'accouchement, les jugements précités invoquent particulièrement le manquement aux devoirs professionnels et le défaut d'action préventive, appelé encore le défaut de précautions nécessaires au bon déroulement de l'accouchement, pour pallier aux complications éventuelles, voir aux risques imprévisibles pouvant surgir lors de l'accouchement.

442 حكم عدد 429 صادر بتاريخ 2009/09/29 عن المحكمة الإدارية بأكادير، غير منشور.

En sus du courant qui engage la responsabilité de l'Etat sur le fondement de la faute, s'ajoute le courant faisant de la responsabilité de l'Etat une responsabilité objective. Cette théorie a été confortée par des jugements ayant fondé la responsabilité de l'Etat sur la présomption de la faute.

L'on cite, en l'occurrence, l'arrêt de la Cour d'Appel d'Oujda en date du 13/10/1987, dont les considérants étaient formulés comme suit : « ... *Attendu qu'il ressort de l'article 79 du DOC que« L'Etat et les municipalités sont responsables des dommages causés directement par le fonctionnement de leurs administrations et par les fautes de service de leurs agents » le Ministère de la Santé est personnellement responsable du préjudice causé par la faute du service public hospitalier, sur la base d'une présomption de faute.*

Quant aux dispositions de l'article 80 du DOC qui prévoient que « Les agents de l'Etat et des municipalités sont personnellement responsables des dommages causés par leur dol ou par des fautes lourdes dans l'exercice de leurs fonctions. L'Etat et les municipalités ne peuvent être poursuivis à raison de ces dommages qu'en cas d'insolvabilité des fonctionnaires responsables », force est de signaler que ni le dol ni la faute lourde n'ont pu être reproché au médecin et ses préposés ayant participé aux soins prodigués à la victime, générant par inattention l'amputation du bras de ladite victime.

(...) Et attendu que la Cour saisie a rejeté l'ensemble des moyens avancés, en raison de la spécificité des dispositions de l'article 79 du DOC qui échappent aux principes généraux régissant la responsabilité délictuelle qui exige, a contrario, la réunion de trois conditions substantielles à savoir la faute, le préjudice et le lien de causalité. »⁴⁴³

⁴⁴³"مسؤولية مرافق الصحة العمومية", مرجع سابق. ص. 30 و 31.

En passant en revue la position de la doctrine au regard de l'interprétation des dispositions de l'article 79 du DOC par les juridictions nationales, il incombe à ce stade, de mettre en évidence la position adoptée par la Cour de Cassation, appelée autrefois « Cour Suprême ».

Paragraphe 3 : La position de la Cour de Cassation

L'interprétation dédiée par cette Cour aux dispositions de l'article 79 du DOC, consiste à faire le *distinguo* entre deux types de responsabilité, l'une fondée sur la faute et l'autre sur le risque, tout en dotant chaque type de responsabilité d'un champ d'application propre.

Cette position ressort clairement d'un d'arrêt rendu par la chambre administrative près ladite Cour⁴⁴⁴, relatant les faits saillants suivants : « *la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour deux cas : une fois que le dommage a été directement causé par le fonctionnement de l'administration en cause, et dès que la faute commise par les agents de l'Etat est réputée faute de service* ».

Cette interprétation a été reprise par la chambre civile près la même Cour, via l'arrêt n° 3035 du 17/09/1986 en y ajoutant les considérants suivants : « le premier cas implique l'impossibilité d'imputer le préjudice à une personne bien précise, si ledit dommage a été directement causé par le fonctionnement du service public. Ceci laisse entendre que la responsabilité de l'Etat est par transitivité, basée sur le risque qui n'exige plus l'existence d'une faute. La victime n'aura donc à prouver que l'existence du préjudice subi et le lien de causalité entre celui-ci et l'activité assurée par l'administration.

⁴⁴⁴ L'interprétation allouée à l'article 79 du DOC a été contenue dans l'arrêt n° 346 en date du 16/11/1979 rendu par la chambre administrative près la Cour Suprême.

Quant au second cas faisant renvoi à la faute du service, il exclut, pour l'engagement de la responsabilité de l'Etat, le cas de la faute personnelle. Si, inversement, la faute reprochée a été personnellement commise par un agent de l'Etat, l'Etat ne peut se substituer au fonctionnaire responsable qu'en cas d'insolvabilité de celui-ci, tel qu'il ressort en substance de l'article 80 du DOC ».

L'interprétation consacrée par la Cour de cassation à l'article 79 du DOC a été entérinée par la doctrine, tout en faisant le *distinguo* entre la responsabilité fondée sur le risque, appelée encore responsabilité objective et la responsabilité fondée sur la faute du service public. Ce faisant, il a été dédié à chaque responsabilité un champ d'application propre. C'est ainsi que l'indemnisation des préjudices résultant du fonctionnement de l'administration constitue le champ d'application de la responsabilité fondée sur le risque, tandis que l'indemnisation des préjudices résultant des fautes d'imprudence commises par les fonctionnaires de l'Etat constitue le champ d'application de la responsabilité fondée sur la faute du service public.⁴⁴⁵

Pour ce qui est du champ d'application de la responsabilité fondée sur le risque, il y a lieu de signaler que la supplémentation fut le premier champ révélateur d'application de la théorie des risques. En effet, dans son arrêt en date du 16 novembre 1979, la chambre administrative près la Cour suprême avait confirmé l'arrêt rendu par la Cour d'appel en y précisant que lorsque l'école a procédé à l'administration par voie orale des comprimés à ses élèves en vue de les immuniser contre une maladie contagieuse, ces comprimés ont entraîné une cécité de l'œil gauche chez l'un de ses élèves. Cette interprétation est déduite de

⁴⁴⁵"مسؤولية مرافق الصحة العمومية" مرجع سابق. ص. 33

la lecture de l'article 79 du DOC, du fait que le préjudice causé est le résultat direct du fonctionnement du service public, d'où la théorie des risques.⁴⁴⁶

Eu égard à ce qui précède et sur la base des éléments matériels constitutifs du dossier, la relation de cause à effet traduisant la prise des comprimés au sein de l'école et son imputabilité au préjudice subi par l'élève a pu être établie.

Par voie de conséquence, la théorie des risques se voit appliquée par les tribunaux administratifs chaque fois que le préjudice subi résulte de l'administration des médicaments par le service public hospitalier. Toutefois, si le rôle dudit service se limite à la prescription des médicaments, les tribunaux administratifs nationaux fondent, cette fois-ci, la responsabilité de l'Etat, sur la théorie de la faute.

Quant au champ d'application de la responsabilité fondée sur la faute du service, il convient de préciser que la faute commise par un fonctionnaire relevant du service public hospitalier, ayant la qualité de médecin ou tout autre préposé du médecin en est exigée.

La théorie de la faute du service en tant que fondement de la responsabilité de l'Etat, a été appliquée par la cour suprême moyennant notamment l'arrêt suivant :

- L'arrêt du 13/07/1973 rendu par la chambre administrative précisant ce qui suit : « *Attendu que l'Etat est responsable des dommages causés directement par le fonctionnement de son administration et par les fautes du service de ses agents, le fait dommageable doit être la cause directe du dommage.*

Et attendu que pour défaut de base légale, le jugement attaqué n'a pas pu démontrer la relation de cause à effet entre le fait dommageable et la

⁴⁴⁶"مسؤولية مرافق الصحة العمومية" مرجع سابق. ص. 34

mort occasionnée à l'enfant suite à un accident transfusionnel commis par les fonctionnaires du service public hospitalier.»

Ce faisant, et paradoxalement aux juridictions de fond qui exigeaient la faute lourde pour engager la responsabilité du service public hospitalier, les tribunaux administratifs ont abandonné cette exigence au profit de la faute simple, en se référant à la stricte interprétation de l'article 79 du DOC.⁴⁴⁷

Néanmoins, force est de noter qu'après confrontation des anciens et récents jugements rendus en matière de responsabilité des services hospitaliers, et en dépit de la position manifeste des tribunaux administratifs et de la Cour suprême appelant autrefois à abandonner l'exigence d'une faute lourde pour le compte d'une faute simple, les jugements sus évoqués en témoignent d'une attitude jurisprudentielle controversée et continuent à fonder la responsabilité du service public hospitalier sur la base de la faute lourde.

En relatant les particularités que revêt le droit musulman à l'égard de l'enfant en phase de conception et en phase d'accouchement, il est opportun d'enchaîner avec les phases de naissance et d'adolescence qui dégagent à leur tour des spécificités d'ordre religieux.

Section 3 : Une protection postnatale

Nul ne conteste qu'avant la naissance, l'enfant occupe un intérêt particulier par les différentes sources du droit musulman, toutefois, cette préoccupation perdure-t-elle avec acuité après la naissance ?

Soucieuse des droits de l'enfant avant comme après la naissance, la Charia accorde à l'enfant une multitude de droits qui s'ensuivent dès l'acte de naissance, tout en prêtant une attention particulière à l'enfant orphelin. Celui-ci

447. ذ. علي عثمانى "الخطأ الطبي كأساس للمسؤولية الإدارية للمستشفى في الجزائر" مجلة التراث، العدد 13، 2014، ص. 172

a droit, en l'occurrence, à l'amour, à l'équité, au bienfait, à la protection de ses biens et aux dépenses en sa faveur.⁴⁴⁸

Sous-section 1 : La phase de la naissance

Au stade de la naissance, il s'avère opportun de rappeler que la Charia prévoit des dispositions précises et définies qui mettent en évidence l'intérêt tout particulier qu'elle porte à l'égard du nouveau-né. A cette occasion, elle se démarque du droit conventionnel par des prescriptions d'ordre religieux qui invitent le père à souffler l'appel à la prière à l'oreille droite du nouveau-né et la formule ad hoc à son oreille gauche, afin que le nom d'Allah soit le premier à parvenir à son ouïe.⁴⁴⁹

En termes de coutume, il importe de souligner que la pratique impose de passer une datte broyée à la bouche de l'enfant.⁴⁵⁰

Au septième jour de sa naissance, l'on sacrifie un mouton appelé « Aqiqa »⁴⁵¹ lors du baptême par assimilation aux cheveux du nouveau-né qui sont coupés le même jour.

Quant au droit de choisir un prénom pour l'enfant, il incombe conjointement à ses père et mère. A cet effet, l'enfant a droit à un « joli

448 Tel qu'il ressort des termes du Coran repris dans plusieurs versets.

449 Conférence religieuse animée, en présence de Feu Sa Majesté le Roi Hassan II, par le professeur Abdelkébir ALAOUÏ MEDAHRI sur le thème « **Le code des droits de l'enfant en Islam** », Op.cit. p. 22

450 كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يحنك كل من أتى عنده من الأطفال كما جاء في حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت: (إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يؤتى بالصبيان فيبرك عليهم وحنكهم) صحيح مسلم، كتاب الأدب، باب الاستحباب، تحنك المولود عند ولادته وحملة إلى صالح، رقم الحديث 4000

و في حديث آخر عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهما قال: (ولد لي غلام فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فسماه إبراهيم فحنكه بتمرّة ودعا له بالبركة ودفعه إليه) صحيح البخاري، كتاب العقيدة، باب الاستحباب، تحنك المولود عند ولادته وحملة إلى صالح، رقم الحديث 5045

451العقيقة هي الذبيحة التي تذبح عن المولود عند حلق شعره. و السنة أن يعق عن المولود في اليوم السابع من ولادته امتثالاً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (كل غلام رهينة بعقيقة تذبح عنه يوم سابعه و يسمى فيه، و يحلق رأسه) سنن أبي داود كتاب الضحايا، باب في العقيدة، رقم الحديث 2454

prénom »⁴⁵², le droit à la pension alimentaire, le droit à la garde, et le droit à une tutelle sur sa personne et sur ses biens.

Il a ainsi droit à l'allaitement, tel que reconnu par l'article 27 de la CDE, auquel droit la Chaira insert certaines particularités. Ce droit ⁴⁵³incombe, en l'occurrence, aux parents tout en étant spécialement assuré par la mère, pour une durée de deux ans. En cas d'empêchement, le père est appelé à confier le nouveau-né à une autre femme qui pourra l'allaiter.

A l'écoulement des deux ans, l'enfant est placé sous la tutelle jusqu'à l'âge de la majorité, et faute de parent, l'Islam institue « la prise en charge » de l'enfant, mais ceci reste un acte bénévole.

Pour ce qui est du droit à la santé, il est à la fois consacré par l'article 24 de la Convention, et reconnu par l'Islam, où les soins prodigués à l'enfant malade sont mis à la charge de l'Etat.⁴⁵⁴

Sous-section 2 : La phase de l'adolescence

L'intérêt pour la phase de l'adolescence occupait *a fortiori*, le domaine social et psychologique, au moment où le champ juridique ne lui confère pas dument la protection et l'intérêt qui lui sont dus. Delà, il convient de s'interroger si l'adolescent prétend-il à une protection juridique en bonne et due forme ou s'efface-t-il derrière le statut du mineur ?

Pour répondre à cette interrogation, il y a lieu de s'arrêter sur la définition du concept « adolescence » tout en se situant dans le champ juridique.

452 وليد سليم النمر، "حماية الطفل في السياق الدولي والوطني والفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، مرجع سابق، ص. 202
453 Verset 233 de Sourate Al baqara

454 Dr. Mohamad Tay « Les droits de l'enfant en Islam en comparaison avec la Convention des Droits de l'enfant (Nations 2012 الطبعة الثانية) "حقوق الطفل في المسيحية و الإسلام بالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل" (Unies) ص 180 »

En effet, la phase de l'adolescence telle que définie par Larousse médical est « la période de l'évolution de l'individu, conduisant l'enfance à l'âge adulte, elle débute à la puberté (vers 11-13 ans chez la fille, 13-15 ans chez le garçon) et s'accompagne d'importantes transformations biologiques, psychologiques et sociales ».⁴⁵⁵

En effet, l'adolescence cumule trois dimensions ; biologique en raison de la puberté, sociale due à la jeunesse et psychologique due à l'adolescence. On situe le début de l'adolescence en l'intégrant dans la croissance biologique, c'est-à-dire prenant, comme critère, la survenue de la puberté. S'il est difficile d'établir avec précision le début de l'adolescence, il l'est tout autant pour en déterminer la fin.⁴⁵⁶

Scientifiquement parlant, l'adolescence est la période entre la puberté et la maturité. Elle se caractérise par le développement des caractères sexuels primaires et secondaires et s'accompagne d'un changement dans la composition du corps. Toutefois, le développement physique varie d'un adolescent à un autre.⁴⁵⁷

Il appert de ces définitions que le concept de l'adolescence repose sur deux critères indissociables, à savoir le développement physique et psychologique.

Quant à la définition de l'adolescence du point de vue économique, elle situe le garçon entre la puberté et l'âge de l'autonomie financière, tandis qu'elle place la fille entre la puberté et l'âge de la capacité matrimoniale.⁴⁵⁸

455 Site internet : <http://www.larousse.fr/encyclopedie/medical/adolescence/10982>, consulté le 13/04/2018

456 خليل ميخائيل معوض: مشكلات المراهقين في المدن والريف، دار المعارف بمصر، القاهرة، طبعة 3953 م، ص: 27.

457 Ford and Beach: **Encyclopedia of the social Science**, Volume .1pp:171-172.

458 نوري الحافظ: المراهق، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 3991، ص22

En clair, l'on se demande si l'adolescence marque la phase transitoire entre l'enfance et le monde des adultes, marque-t-elle la période transitoire entre la dépendance aux parents et le sentiment d'indépendance voire le désir d'affirmation de soi, ou c'est une initiation de l'adolescent au monde des responsabilités ?

Eu égard à l'imprécision de l'approche de l'adolescence, et compte tenu des différents facteurs biologique, social et psychologique qui impactent la personnalité de l'adolescent, le droit s'est soucié à pallier à certains problèmes interpellant l'adolescence, tels que les comportements violents auxquels s'expose l'enfant en général et l'adolescent en particulier. Toutefois, pour limiter la phase de l'adolescence au sujet de notre travail, notre choix s'est porté sur le mariage des mineures.

Pour ce faire, nous proposons d'abord, d'appréhender une approche juridique du sujet pour connaître ensuite la position des conventions internationales en la matière.

a) Le cadre juridique du mariage des mineures

Passé de 15 à 18 ans au vu des dispositions du code de la famille, ce dernier énonce dans son article 19 que : « *la capacité matrimoniale s'acquiert, pour le garçon et la fille jouissant de leurs facultés mentales, à dix-huit ans grégoriens révolus* ». Or cette règle connaît des exceptions contenues dans le même code qui dispose par le biais de son article 20 que : « *Le juge de la famille chargé du mariage peut autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de la capacité prévu à l'article 19 ci-dessus, par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage, après avoir entendu les parents du mineur ou son représentant légal, et après avoir eu recours à une expertise médicale ou procédé à une enquête sociale* ».

La décision du juge autorisant le mariage d'un mineur n'est susceptible d'aucun recours ».

Ainsi, les motifs justifiant le mariage précoce sont laissés à la libre appréciation du juge de la famille chargé du mariage, tel que le recours à une expertise médicale pour établir l'aptitude du mineur à assumer les charges du mariage ou la réalisation d'une enquête sociale en vue de s'assurer des raisons justifiant cette demande et du fait que le mineur a vraiment ou non intérêt à obtenir l'autorisation de se marier.

En laissant une grande marge d'appréciation au juge de décider du mariage des mineures, le code de la famille adopte sciemment une position médiane, et blâme par ricochet le juge pour avoir autorisé un tel mariage.

En pratique, le juge fait fréquemment recours aux déclarations du représentant légal de la mineure qui impute les causes du mariage aux usages et coutumes ou à des circonstances familiales spéciales.

En effet, les causes conduisant au mariage des mineures sont dues en grande partie à des raisons économiques, considérant les filles en tant que fardeau économique, ou un précieux capital en raison de leur valeur d'échange en termes de marchandises, d'argent ou de bétail. Pour contrôler le comportement des filles, qui est directement liée au statut et à l'honneur familial. Pour des raisons de pauvreté qui peuvent inciter les parents à recourir au mariage des mineurs comme mécanisme de protection ou une alternative de survie.

En tout état de cause, la décision du mariage des mineures revient et incombe au juge.

Cette décision est lourde de conséquences, du fait que le juge doit être guidé par l'intérêt supérieur de l'enfant, en sa qualité de mineure qui, en cours de développement intellectuel et physique, a toujours besoin d'une protection spéciale.

Le mariage des mineures que l'on blâme aujourd'hui au juge n'est pas une problématique récente, elle remonte bien dans le temps, du fait qu'elle faisait l'objet d'un large dilemme suscité entre les différents avis des jurisconsultes musulmans.

A cet égard, le premier avis recommande le mariage des mineures sur la base du verset 4 de Sourate At-Talaq.⁴⁵⁹ Cette position adoptée par l'école chaféite et hanafite, tire conclusion de la mention expresse du verset coranique qui fait allusion aux épouses qui n'ont pas encore manifesté des signes de puberté, ou celles dotées de la capacité matrimoniale, mais dont le cycle menstruel a mis du retard pour des raisons de santé.

En contrecourant, le deuxième avis, interdit le mariage des mineures⁴⁶⁰ en arguant son point de vue par rappeler que lorsque le Prophète Mohammed -que la prière et le salut soient sur lui- a contracté un mariage avec Aïcha –qu'Allah soit satisfait d'elle-, en étant une si jeune fille, ledit acte revêt une caractéristique particulière et exceptionnelle du Prophète. Cet acte a constitué, par la suite, une coutume qui a pris, au fil des temps, un autre tournant,⁴⁶¹ exigeant pour la conclusion de l'acte de mariage le recueil du consentement mutuel des parties audit acte. D'où, l'impossibilité, pour la jeune fille mineure, de consentir au pacte de mariage avant qu'elle ait atteint l'âge de la majorité légale.

459 قال تعالى في سورة الطلاق الآية 4 ﴿وَاللَّائِي يَئِسْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِهِنَّ إِذَا ارْتَبَعْنَ فَتَيَحُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّائِي لَمْ يَحْضُنَّ﴾

460 من الفقهاء المعاصرين هناك الشيخ محمد بن ناصر الألباني والشيخ ابن العثيمين والشيخ القرضاوي الذي قال برفع سن زواج الفتاة ل 16 سنة.

461 قال بهذا الرأي فقهاء معدودون في كبار التابعين، توزعوا على الحواضر الإسلامية الكبرى في القرن الثاني للهجرة وكانوا جميعهم أهل ورع وتقوى. أولهم عثمان البتي فقيه البصرة في زمانه، وثانيهم أبو بكر الأصم فقيه المدينة وشيخ مالك ابن أنس، وثالثهم عبد الله شبرمة الذي جمع بين الفقه والحديث كما تولى القضاء للعباسيين وكان من أئمة الفروع، أنظر سير أعلام النبلاء للذهبي.

Quant au troisième avis, il concède que le mariage des mineures peut être autorisé, après aval du représentant légal du mineur et sous réserve de justifier l'intérêt et les raisons valables devant amener au mariage.⁴⁶²

b) La position du droit comparé vis-à-vis du mariage des mineures

A l'échelle internationale, le mariage des mineurs est défini comme le mariage des moins de 18 ans, est une violation des droits humains. Il compromet le développement des jeunes filles ; il est gage de grossesses précoces et d'isolement social, le faible niveau d'éducation et de formation renforçant la dimension de genre de la pauvreté. La plupart des mariages de mineurs sont également des mariages forcés, c'est-à-dire, des mariages dans lesquels le consentement du mineur n'est pas pris en compte avant la consommation de l'acte. Même si les garçons ne sont pas épargnés par le mariage de mineurs, la question concerne les filles en nombres bien plus considérables et avec une intensité très importante.⁴⁶³

De là, il importe d'examiner les traités internationaux qui régissent le mariage des mineures.

Rappelant que l'article premier de la CDE a défini l'enfant comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans », l'article 16.2 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW) prévoit que « *les fiançailles et les mariages d'enfants n'auront pas d'effets juridiques et [que] toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, seront prises afin de fixer un âge minimal*

462 ذهب لهذا الرأي علل الفاسي وأشار في كتابه "التقريب في شرح مدونة الأسرة" وعلل تحديد سن زواج الفتاة في 15 سنة أنه مقترح يرمي إلى التقليل من مخاطر وأخطار الزواج المبكر واعتبر ذلك استجسانا مبني على اعتبارات طبية لا يبطل العقد حين يبرمه بالولي وفق الضوابط الشرعية. للمزيد من التفاصيل، يرجع إلى "القضاء الأسري: الواقع والأفاق عشر سنوات من تطبيق مدونة الأسرة" دراسة تحليلية إحصائية: 2004-2013، ماي 2014، منشورات وزارة العدل والحريات، مديرية الشؤون المدنية. ص. 106-107

463 UNICEF Early Marriage – A Harmful Traditional Practice 2005 p.1

pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel».

Dans sa recommandation générale n° 4 relative à la santé et au développement des adolescents, le Comité des droits de l'enfant, l'organe responsable de la surveillance du respect par les États de la Convention des droits de l'enfant, a déclaré que le mariage précoce constituait une pratique traditionnelle qui affectait négativement l'hygiène de la reproduction. Or, la Convention sur les droits de l'enfant impose aux États de prendre toutes mesures pour mettre fin à ces pratiques traditionnelles⁴⁶⁴ et de protéger les enfants contre toutes formes d'exploitation sexuelle et d'abus sexuels.⁴⁶⁵

A ce sujet, le code civil français⁴⁶⁶, a précisé par le biais de son article 145 que : « *Néanmoins, il est loisible au procureur de la République du lieu de célébration du mariage d'accorder des dispenses d'âge pour des motifs graves* ». Cette disposition laisse entendre, que le procureur de la République ne peut autoriser le mariage précoce, qu'en présence de motifs graves.

Ainsi l'article 148 du même code ajoute ce qui suit : « *Les mineurs ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère ; en cas de dissentiment entre le père et la mère, ce partage emporte consentement* ».

Pour ce qui est du code civil espagnol⁴⁶⁷, il prévoit par le biais de son article 45 que : « *Le mariage est interdit : 1° Au mineur qui n'a pas obtenu l'autorisation...* » et enchaîne par son article 46 que : « *L'autorisation prévue au paragraphe 1 de l'article 45 ci-dessus doit être accordée aux enfants légitimes par leur père ; en cas de décès ou d'empêchement, elle est sollicitée par la*

464 L'article 24.3 de la CDE

465 L'article 34 de la CDE

466 Le code civil français, version consolidée au 3 janvier 2018

467 Legislacion consolidada « Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica elCodigo civil (BOE num. 206, de 25 de julio de 1889)

mère, les ancêtres paternels et maternels, et, à défaut, par le conseil de famille ».

Si le mariage des mineures reste conditionné par l'existence des motifs graves, tel qu'il est exprimé par les codes civils français et espagnol, c'est par respect, d'une part, aux énoncés de l'article 2 de la CDE qui concrétisent le principe de la non-discrimination, et par respect, d'autre part, aux énoncés de l'article 6 de la Convention, au regard desquels, le mariage précoce peut constituer une menace pour les droits à la vie, à la survie et au développement du binôme mère-enfant.

Vu le taux alarmant de par le monde, qui s'adonne au mariage précoce, le Programme d'action de la quatrième Conférence mondiale sur les femmes tenue à Beijing en 1995 indique : «Chaque année, plus de 15 millions de filles âgées de 15 à 19 ans deviennent mères. La maternité précoce entraîne des complications durant la grossesse et lors de l'accouchement, et comporte un risque de décès maternel très supérieur à la moyenne. Les taux de morbidité et de mortalité sont plus élevés chez les enfants nés de mères très jeunes. » Au nombre des nouvelles mesures à prendre au niveau national, la session extraordinaire de l'Assemblée générale organisée pour examiner les progrès accomplis depuis la Conférence de Beijing, donne des propositions détaillées en matière d'éducation sanitaire et de promotion de la santé pour les adolescents, notamment sur «les moyens d'éviter les grossesses non désirées et précoces».⁴⁶⁸

Eu égard à ce qui précède, force est de signaler que les considérants d'ordre social servant de trame de légistique sont tombés en désuétude, et ce pour deux principales raisons :

⁴⁶⁸« Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant », UNICEF, édition entièrement révisée, décembre 2002, p. 103

1. « Le garçon et la fille », tels qu'ils sont désignés par les dispositions de l'article 20 du code de la famille, restent inaptes à fonder une famille et ce, par manque de maturité physique et intellectuelle.⁴⁶⁹

2. L'institution de la famille élargie qui offrait aux enfants un cadre référentiel leur permettant d'exposer leurs problèmes n'est plus à l'ordre du jour et fut succédée par la famille nucléaire qui reste en majeure partie prise par un cycle de vie caractérisé par une spirale de dynamisme. Par conséquent, vu le cours accéléré de la vie actuelle, les parents ne peuvent que timidement inculquer à leurs enfants les valeurs et les bienséances que prodiguait amplement, autrefois la famille élargie.

De surcroît, le risque encouru par le mineur contractant au mariage, est passé sous silence, du fait qu'après le mariage, les enfants sont réputés majeurs et perdent donc leurs droits à la protection en vertu de la Convention, chose qui génère une multitude de conséquences négatives ultérieures.⁴⁷⁰

469 Surtout que l'esprit du code de la famille place la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux.

470« **Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant** », UNICEF, édition entièrement révisée, décembre 2002, p. 10

Conclusion du titre deuxième

Etant axé sur **la perception de l'enfant par le droit musulman : en tant que source traditionnelle de droit**, ce titre nous a permis de mettre en évidence la valeur ajoutée de la Charia en tant que source principale du code de la famille par rapport aux normes internationales.

Cette source de droit traditionnelle nous a permis de reconduire la problématique maitresse qui gouverne notre travail de recherche et ce, en invitant le législateur à honorer un double engagement visant à la fois à s'aligner sur les termes du droit conventionnel et à préserver son identité immuable constituée en majeure partie des préceptes de la Charia.

Cette tentative de conciliation entre deux ordres distincts a démontré via le recours aux différentes sources du droit musulman que l'enfant jouit en bonne et due forme d'une protection juridique appropriée. Cette protection recouvre toutes les phases de développement de l'enfant, elle commence à courir dès l'état foetal et prend fin à l'âge de la majorité légale. D'où la touche *sui generis* du droit musulman.

Toutefois, eu égard à l'intrusion des facteurs sociaux qui surgissent en perpétuelle mouvance, le droit musulman a tâché de quêter un juste milieu entre son attachement aux droits de l'Homme qui regorgent entre autres les droits de l'enfant et son attachement à son identité nationale. Ce faisant, il a puisé des sources modernes de la Charia afin de répondre à un besoin d'ordre social, qui tend à la libéralisation des cas de recours à l'avortement et ce, après satisfaction des conditions d'ordre religieux et médical.

DEUXIEME PARTIE : LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA PERSONNE DE L'ENFANT EN DROIT FAMILIAL

Le code de la famille adopté par le Parlement le 3 février 2004 constitue le premier texte législatif à s'intéresser directement à l'enfant. L'intérêt que prête le code de la famille au sujet de l'enfant s'exprime par l'ampleur des dispositions consacrées à cet effet. Sur 400 articles dudit code, 70 articles font référence à l'enfant sous diverses appellations : enfant, garçon et fille, mineur, interdit, incapable et petit.⁴⁷¹

Par ailleurs, l'approcher de la protection juridique de la personne de l'enfant en droit familial, nécessite de résoudre deux questions primordiales, celle de l'octroi à la personne de l'enfant le statut de sujet de droits (titre I), et celle de l'individualisation de l'enfant au sein de sa famille (titre II).

Titre I : L'évolution du statut juridique de l'enfant : d'un objet à un sujet de droits

En essayant de s'aligner sur les dispositions de la CDE et sur les recommandations du Comité des droits de l'enfant, les innovations en la matière concernent : la redéfinition de l'enfant, la filiation, la « coparentalité », le rôle de la famille dans la sauvegarde des droits de l'enfant et les droits de l'enfant en cas de dissolution de la vie conjugale.⁴⁷²

Eu égard à l'évolution du statut de l'enfant, tel que parcourue au fil du droit conventionnel, nous allons étudier en profondeur la requalification de l'enfant d'objet de protection en sujet de droit (chapitre I) pour ainsi se

471 Etudes et recherches « **Les droits de l'enfant à travers la réforme du code de la famille** » UNICEF 2006, p. 19

472 EL QOTNI Hanane « **Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman** », Thèse de Doctorat en Droit Discipline : droit de la famille, Soutenue le 22 janvier 2013, Université Jean Moulin (Lyon 3), p. 313

demander si l'enfant en est un sujet libre de droit ou devant être soumis à la responsabilité parentale (chapitre II).

Chapitre 1 : La requalification de l'enfant d'objet de protection en sujet de droit

Au regard des instruments internationaux développés au cours de la première partie, et dont la portée s'est cantonnée à un simple engagement moral pour les Etats. Seule la Convention internationale des droits de l'enfant est parvenue à convertir une simple déclaration « de bonnes intentions »⁴⁷³ en une réelle protection faisant de l'enfant un véritable sujet de droit.

Notons bien que les deux déclarations relatives aux droits de l'enfant ayant respectivement vu le jour en 1924 et 1959, et qu'antérieurement, la déclaration universelle des droits de l'Homme, ainsi que le pacte international relatif aux droits civils et politiques mettaient tout bonnement l'accent sur les devoirs de l'Etat, des parents, et de la société dans son ensemble envers les enfants plutôt que sur les véritables droits de l'enfant.

Selon cette approche traditionnelle, l'enfant est donc considéré comme un objet de protection. Par conséquent, les enfants ne peuvent pas encore exercer les droits dont ils jouissent et qui correspondent aux devoirs des adultes. C'est en s'acquittant de leurs devoirs que les adultes permettent aux enfants de jouir effectivement des droits qui leurs sont reconnus. L'enfant reste entièrement dépendant des adultes pour faire valoir ses droits. Il s'agit d'une phase appelée « droits-protections », où la protection juridique de l'enfant demeurerait insuffisante. Mais si, à l'unanimité, les Etats s'accordaient sur la nécessité de renforcer cette protection, des divergences surgissent sur le mécanisme le plus

473 LEBRETON Marie-Christine, Préface de Mme le Doyen Yvonne FLOUR « **L'enfant et la responsabilité civile** », Ibid. p. 27

adéquat à privilégier. Plusieurs Etats estimaient que les enfants étaient déjà couverts par un nombre important de normes existantes se rapportant aux droits de l'Homme. Cette réticence explique largement la longue période qui s'est écoulée avant qu'un accord ne fût enfin trouvé, en 1978, pour l'élaboration de la Convention relative aux droits de l'enfant.⁴⁷⁴

Grâce à la CDE, l'enfant est passé d'un être passif, d'un simple objet de droit à un véritable sujet de droits. Eu égard à cette mutation, l'enfant est passé d'un objet à sujet de droits subjectifs (section 1), et à sujet de protection (section 2).

Section 1 : L'enfant : Véritable sujet de droits subjectifs

La convention internationale des droits de l'enfant de 1989, notre texte de référence, constitue un tournant majeur dans les droits relatifs à l'enfant. Sa référence claire à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et son caractère contraignant ont obligé les signataires à ériger l'enfant en titulaire de droits.

Cette Convention ajoute aux « droits-protections », des « droits-libertés », considérant ainsi, l'enfant comme un être libre.⁴⁷⁵

En effet, il appert de la Convention de 1989 que « l'enfant est une personne », « l'enfant est un sujet », « l'enfant a des droits ».⁴⁷⁶ Diverses expressions forgent ainsi le nouveau statut accordé à l'enfant.

474 FURAHA MWAGALWA Thomas « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Ed. Publibook, 175, Boulevard Anatole, France, p. 28

475 PIPIEN Isabelle « **L'enfant peut-il consentir au don de sa moelle osseuse ? Histoire singulière d'un enfant autiste** », Sciences humaines et sociales, Col. Philosophie, Ethique et Santé, éd. Connaissances et Savoirs, 2016. p. 54

476 REY Jean-François « **Autour de l'enfant : questions aux professionnels** », éd. l'Harmattan, 2012, p. 20

La Convention internationale relative aux droits de l'enfant constitue, en l'espèce, une étape décisive dans une longue histoire d'initiatives destinées à promouvoir le bien-être des enfants. Elle est révélatrice de l'évolution profonde du concept même de l'enfant et de sa place dans la société. Dans ses articles, l'enfant n'est plus simplement considéré comme un être protégé par l'adulte, même si cette protection demeure un besoin vital. La Convention le traite comme une personne à part entière, (sous-section 1) avec des besoins psychologiques spécifiques et, en dépit de son immaturité, avec l'aptitude à faire partie intégrante de la société ainsi qu'à bénéficier des libertés civiques.⁴⁷⁷

En revanche, si la CDE est parvenue à faire de l'enfant une personne à part entière, est-elle parvenue à lever l'amalgame qui met l'enfant dans une spirale de dualité entre « autonomie et dépendance » (sous-section 2) ?

Autrement dit, si l'enfant est reconnu comme « sujet de droits » qu'est-ce que cela signifie ? Pour approcher cette question, il y a lieu d'emblée de résoudre une équation à double variante qui fait de l'enfant à la fois « une personne à part entière » et « dépendant en pratique de son représentant légal ».

Sous-section 1 : L'enfant : Une personne à part entière

« Les enfants ne sont pas des personnes en devenir mais des personnes à part entière.

Ils ont le droit d'être pris au sérieux, ils ont le droit d'être traités avec tendresse et respect. Il faut les laisser s'épanouir pour qu'ils réalisent leur personnalité.

477 Préface John BENNETT, coordinateur des questions des Droits de l'enfant et de la Famille à l'UNESCO, in ZANI Mahmoud « **La Convention internationale des droits de l'enfant : portée et limites** », PUBLISUD, 1996

*L'inconnu qui sommeille en eux est notre espoir pour l'avenir ».*⁴⁷⁸

La mention faisant de l'enfant une personne à part entière, a vu le jour pour rompre avec l'héritage faisant de l'enfant autrefois, un objet de droit. Cette mention reste partant relative, du fait que l'enfant dépend à grande partie de la présence d'un adulte.⁴⁷⁹

Toute l'éducation ancestrale des enfants qui reposait sur une pratique qui leur demandait d'être sages et de se taire a été belle et bien rompue. Telle n'est plus la conception moderne des relations familiales dans lesquelles l'enfant est appelé à s'exprimer. Sa parole est entendue, voire attendue par ses père et mère.⁴⁸⁰

Cette nouvelle perception de l'enfant tire son fondement de la CDE qui se démarque nettement des autres instruments, déclarations et stratégies relatives aux droits de l'Homme en général, en admettant que les filles et les garçons âgés de 0 à 18 ans ne sont pas simplement la propriété de leurs parents, des personnes qui en ont la charge ou de l'Etat, mais qu'ils sont des citoyens, des titulaires de droits et des agents sociaux ayant le droit de participer aux décisions concernant leur propre développement et leur avenir, en fonction de leur âge et de leur maturité.⁴⁸¹

478 Avant-propos de Thomas HAMMARBERG in Janusz **KORCZAK** « **Le droit de l'enfant au respect : L'héritage de Janusz KORCZAK** », Conférence sur les enjeux actuels pour l'enfance, les éditions du Conseil de l'Europe, 2009, p. 7

479 **Pour porter plainte à titre exemple.**

480 Rajae EL MRAHI, Magistrat détachée à la Cour Suprême du Royaume du Maroc « **Rapport de la Cour Suprême** ».

481 « **Les preuves sont là : il faut investir dans l'éducation et la protection de la petite enfance : état des lieux dans le monde** », éd. UNESCO, publié en 2017 par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture. p. 45

L'Enfant et le Droit

Au vu de la Convention de 1989, l'enfant cesse d'être un simple objet de droits en devenant lui-même sujet de droits. Il se voit octroyer une certaine autonomie dans l'exercice de ses droits.⁴⁸²

C'est une révélation qui va permettre à l'« *infans* » d'autrefois de s'exprimer librement sur des questions le concernant. Selon Philip ALSTON, « l'innovation la plus importante de cette Convention ..., est simplement la reconnaissance du fait que les enfants peuvent prétendre jouir des droits de l'homme eux-mêmes et non par l'intermédiaire de leurs parents ou représentants légaux ». ⁴⁸³

La protection due à l'enfant s'effectue à travers des canaux bien déterminés, à savoir, le laisser s'exprimer et se faire entendre. La Convention internationale relative aux droits de l'enfant, allait lui permettre de lui donner plus d'autonomie, de le laisser devenir dans certains cas le propre « acteur » de sa protection.⁴⁸⁴

L'enfant, sujet de droits subjectifs et participant actif est bien l'œuvre de la philosophie empruntée de la CDE.

Au regard de la nouvelle approche de l'enfant, celui-ci doit être considéré comme une personne à part entière, de sa naissance à sa majorité, et lui reconnaître les droits qui lui sont dus. Cette approche, admet que même si l'enfant a besoin de protection, sa personnalité ne doit pas s'effacer derrière celle de l'adulte qui doit décider à sa place. Sa parole doit être mieux entendue et mieux prise en compte.

482 Thomas FURAHA MWAGALWA « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Op.cit. p. 31

483 ALSTON Philip « **Courrier des droits de l'homme** », Vol. 4, n°1, janvier 1991. P. 3

484 LEBRETON Marie-Christine, Préface de Mme le Doyen Yvonne FLOUR « **L'enfant et la responsabilité civile** », Ibid. p. 27

L'Enfant et le Droit

L'adoption d'une approche fondée sur les droits, dans laquelle on considère que l'enfant a une valeur intrinsèque et qu'il doit participer activement à l'exercice de ses droits, permettrait de remédier à ce problème. Certes, lorsqu'il s'agit de prendre une importante décision concernant un enfant, il est parfaitement possible, dans la recherche de son intérêt supérieur, de parvenir à la même conclusion selon que l'on adopte l'approche protectrice ou l'approche fondée sur les droits. Ce qui importe ici, c'est de savoir quelle est l'approche adoptée, et de connaître les principes qui la sous-tendent.

Les deux approches peuvent également aboutir à des conclusions différentes. Ceci est lié au fait que, si les enfants ne sont pas considérés comme des titulaires de droits à part entière, il est possible qu'il ne soit pas tenu compte, lors de la détermination de leur intérêt supérieur, de tous leurs droits pertinents. La question de la prise en compte de leurs droits risque même de ne pas se poser du tout. Il est donc fondamental d'opérer un changement culturel en ce qui concerne les droits des enfants et des jeunes.

Pour autant, l'adoption d'une approche fondée sur les droits ne signifie pas que le principe de l'intérêt supérieur prime toujours sur d'autres considérations. Ceci en forme l'un des mythes tenaces sur les droits des enfants que nous nous employons avec vigueur à dissiper. Il ne s'agit pas tant de disposer d'une carte maîtresse que de combler une lacune. En d'autres termes, le but n'est pas d'accorder une importance disproportionnée au principe de l'intérêt supérieur, mais simplement de rétablir un équilibre.⁴⁸⁵

Le Comité des droits de l'enfant envisage d'adopter, à titre prioritaire, une observation générale détaillée sur le droit des enfants à la participation, tel qu'il est prévu dans la Convention, et plus particulièrement dans les articles 12 à 17 de la CDE, gardant à l'esprit le fait que la participation signifie, sans y être

⁴⁸⁵ KORCZAK Janusz « Le droit de l'enfant au respect : L'héritage de Janusz KORCZAK », Op.cit., p. 54

limitée, la consultation et les initiatives actives de la part des enfants eux-mêmes. Le Comité rappelle aux États parties qu'il importe de prendre dûment en compte les prescriptions de ces dispositions. Les États parties devraient notamment à cet égard, prendre les mesures appropriées pour promouvoir le droit de l'enfant d'exprimer ses opinions, veiller à ce qu'il existe au sein des établissements scolaires, ainsi que d'autres organes fournissant des services pour l'enfant, un mécanisme permanent pour l'impliquer dans toutes les décisions concernant le fonctionnement de l'établissement, le contenu des programmes scolaires ou toute autre activité, envisager plus activement de créer des espaces, des intermédiaires, des structures et des mécanismes permettant à l'enfant d'exprimer librement ses opinions, en particulier en ce qui concerne la formulation des politiques publiques depuis le niveau local jusqu'au niveau national, avec le soutien approprié des adultes, notamment dans le domaine de la formation.⁴⁸⁶

Sur le terrain pratique, la vision qui tend à considérer l'enfant en tant qu'individu à part entière, en tant que tel, reste de nos jours irréalisable, voire utopique.

Pour réussir ce pari, les parents doivent prendre la relève pour préparer l'enfant à l'autonomie. Ceci ne peut se réaliser que par l'intermédiaire des parents, d'où la relativité de l'autonomie.

Sous-section 2 : L'enfant entre autonomie et dépendance

L'acquisition de l'autonomie est un phénomène très important dans le développement de la personnalité de l'enfant. Cette autonomie, une fois acquise,

⁴⁸⁶« Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant » UNICEF, édition entièrement révisée, Fonds des Nations Unies pour l'enfance 2002, p. 171-172

montre que l'enfant a franchi le stade de dépendance, qu'il est sur le chemin qui le mène vers « l'état adulte », et son développement se poursuit normalement.⁴⁸⁷

Complètement dépendant de son entourage immédiat, de la mère ou de son substitut, à sa naissance, l'enfant n'a aucune chance de survivre abandonné à lui-même, et les liens qui l'attachent à cet entourage sont très forts et d'une nature spéciale. Ainsi, les études démontrent que l'enfant très jeune a besoin non seulement de satisfaction de besoins naturels tels que la faim, la soif, la protection contre le froid et la chaleur, mais aussi d'être aimé et d'être lié affectivement à une seule personne qui s'occupe de lui. A un certain moment de son développement, l'enfant éprouve le besoin d'affirmer sa personnalité, de faire les choses par lui-même. Il n'est plus entièrement dépendant de l'adulte.⁴⁸⁸

Cette approche nous incite à résoudre l'équation suivante : comment protéger l'enfant, tout en l'initiant à l'autonomie ? Comment éviter l'assimilation de l'enfant à l'adulte ? D'où la difficulté de raisonner une enfance à la fois spécifique et capable d'autonomie ?

Cette autonomie se traduit par des sphères de liberté, où l'enfant peut exercer des choix personnels, même contre la volonté de ses parents, et par un droit d'expression lui permettant de faire entendre sa voix dans les procès familiaux le concernant.⁴⁸⁹

Toutefois, étant donné que la liberté d'expression se voit conditionnée par l'aval parental. Les parents de l'enfant ont, proprement dit, mainmise sur toutes les questions l'intéressant.

487R. EPHRUSSI « **Autonomie et dépendance chez l'enfant, étudiées par la planche du kangourou** ». In: *Enfance*, tome 8, n°4, 1955. pp. 401-403.

488R. EPHRUSSI « **Autonomie et dépendance chez l'enfant, étudiées par la planche du kangourou** ». Ibid. pp. 401-403

489 F.DEKEUWER-DEFOSSEZ« **Les droits de l'enfant** », que sais-je ?, op.cit.p.70

Ceci dit, l'article 5 de la Convention précise que « *les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la Convention* ».

Cet article arrête une définition souple de « la famille » et y introduit deux concepts essentiels ; « la responsabilité » des parents et « le développement des capacités de l'enfant ». Il considère également que « l'enfant » est un sujet actif de droit, qui doit assurer lui-même l'exercice de ses droits.⁴⁹⁰

A cette fin, la voie que recommande la CDE pour favoriser l'autonomie de l'enfant est la liberté d'expression, qui est tout de même garantie par la Constitution qui précise formellement en son article 25 que « *sont garanties les libertés de pensée, d'opinion et d'expression sous toutes ses formes* ».

Le droit marocain se trouve ainsi en parfaite harmonie avec plusieurs articles de la CDE ; notamment l'article 12 garantissant à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toutes les questions l'intéressant, l'article 13 reconnaissant à l'enfant le droit à la liberté d'expression, ainsi que l'article 14 incitant les Etats parties à respecter le droit de l'enfant à la liberté de pensée.

Les libertés en question, telles que reconnues par la CDE et affirmées par la Constitution, constituent sans conteste, des droits à la participation reconnus à toute personne, y compris à l'enfant.

⁴⁹⁰ « Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant », UNICEF, édition entièrement révisée, décembre 2002, p. 89

Les articles 12 à 16 compris de la Convention prévoient toute une série de droits civils de l'enfant, à savoir les libertés d'expression, d'information, de pensée, de conscience, de religion et d'association. C'est pour la première fois dans l'histoire que la Convention reconnaît la citoyenneté de l'enfant.⁴⁹¹

Ces droits à la participation permettent de favoriser l'intégration des voix de l'enfant dans les activités de développement qui les concernent.⁴⁹²

La participation est l'un des principes directeurs de la CDE, pourtant, il n'est pas traité par la même rigueur que les autres principes clés comme l'universalité, l'intérêt supérieur de l'enfant -que nous allons aborder plus loin -, la survie et le développement. Dans une certaine mesure, la participation peut être sujet à controverse, ou semble plus difficile à appliquer par rapport à d'autres mesures en faveur de la survie, du développement et de la protection de l'enfant, du fait que les enfants sont considérés comme des détenteurs de droits et non plus des bénéficiaires des œuvres de bienfaisance.⁴⁹³

Reste à signaler que la CDE ne mentionne pas le terme « participation » ou n'établit pas explicitement le droit de l'enfant à la participation, sauf dans le cas des enfants handicapés.⁴⁹⁴

L'alinéa premier de l'article 12 de la CDE oblige les Etats ayant ratifié la Convention à garantir à « *l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* ».

491« **Assemblée parlementaire** » session ordinaire de 2001 (quatrième partie) 24-28 septembre 2001, Vol. VIII, doc. 9155-9241. Ed. Conseil de l'Europe p. 135

492 Numéro spécial « **La situation des enfants dans le monde : Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant** » Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), op.cit, p. 9

493 Numéro spécial « **La situation des enfants dans le monde : Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant** » Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF). Ibid. p. 32

494 Article 23 de la CDE.

Quant à l'alinéa 2 de l'article 12 de la CDE, il spécifie qu'il faut donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant. Chose qui couvre un large éventail, des auditions au tribunal jusqu'aux décisions officielles l'affectant.⁴⁹⁵

Ainsi, il y a lieu de signaler que le droit à l'audition est un droit propre aux enfants. Il ne fait pas de l'enfant une partie à l'acte ou au procès et il ne constitue pas un témoignage. Il permet l'expression et l'écoute de l'enfant sur une question qui le concerne. L'article 9.2 de la CDE fait une application particulière du principe en précisant, dans les procédures relatives à la séparation d'un enfant d'avec ses parents, que « *toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues* ». ⁴⁹⁶

Pour éclairer davantage le sens de l'article 12 de la CDE, il y a lieu de préciser que ladite Convention encourage les adultes à écouter les opinions des enfants et à les impliquer dans les prises de décision, sans qu'il n'y ait autorité des enfants sur les adultes. Autant, la Convention reconnaît que le niveau de participation des enfants dans les prises de décision doit convenir au niveau de maturité de l'enfant. Toutefois, il importe de souligner que ce même article n'interfère pas avec le droit de responsabilité des parents d'exprimer leurs points de vue sur des questions concernant leurs enfants.⁴⁹⁷

L'esprit de la Convention affirme très fortement la valeur de l'enfant comme une personne jouissant de toutes ses capacités et du droit d'avoir accès à l'information et d'exprimer librement des opinions dans tous les domaines

495 MENNIER Guillemette « **L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties** », op.cit. p. 65

496 TULKENS Françoise & MOREAU Thierry « **Droit de la jeunesse : aide, assistance, protection** » éd. Larcier 200. p. 1008

497 « **Rassembler les générations par le biais de la radio** », un guide pratique en provenance de l'Afrique à l'attention des professionnels de la radio qui travaillent avec des enfants et des jeunes. UNESCO 2014. P. 49

l'affectant, du moment que ses opinions sont respectées et prises en compte, eu égard à son âge et à son degré de maturité. Il s'ensuit, en l'occurrence, que les enfants doivent être associés au processus de réalisation de leurs droits.⁴⁹⁸

Toutefois, il s'avère opportun de signaler que les libertés proclamées dans le cadre de la Convention sont, en principe, effectives dans les pays démocratiques, mais leur application est encore bien limitée dans nombreux Etats. Des restrictions peuvent cependant exceptionnellement y être apportées si elles sont nécessaires à la sauvegarde de la sécurité nationale ou de l'ordre public, à la santé ou à la moralité publiques, ou encore pour assurer le respect des droits d'autrui.⁴⁹⁹

Admettons que les droits à la participation est une exigence fondamentale au regard de la CDE, cette exigence s'impose-t-elle avec autant d'acuité au regard du droit interne ?

Pour l'application de l'article 12 de la CDE qui garantit le droit d'expression à l'enfant doué de discernement, l'article 214 du code de la famille en fixe l'âge de discernement à 12 ans grégoriens révolus.

Néanmoins, la lecture de l'article 217 du même code, qui ne permet pas à l'enfant n'ayant pas atteint l'âge de discernement de jouir de la capacité d'exercice, nous conduit à déduire qu'à *contrario*, l'enfant doué de discernement jouit pleinement de sa capacité d'exercice.

Cette déduction est, par ailleurs, remise en cause, du fait que l'article 213 du code de la famille ne reconnaît à l'enfant doué de discernement qu'une capacité d'exercice limitée.

498 MENNIER Guillemette « L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties », op.cit. p. 66

499 DELALEZ Julia «La convention de New York relative aux droits de l'enfant et son application au Sénégal 20 ans après : les garanties juridiques et le problème de leur effectivité », op.cit. p. 23

En outre, il ressort de l'article 225.3⁵⁰⁰ du code de la famille que le mineur doué de discernement est une personne qui, sans être hors d'état d'agir elle-même, a besoin d'être conseillée et contrôlée dans les actes de la vie civile. Cette définition coïncide avec le régime de curatelle prévu à l'article 508 du code civil français.⁵⁰¹

Nonobstant, il importe de préciser que la terminologie « *enfant doué de discernement* » utilisée par l'article 214 du code de la famille a été substituée par celle du « *mineur doué de discernement* » prévue à l'article 225 du même code.

Etant donné que le mineur doué de discernement jouit librement du droit d'expression, il incombe de décliner les cas saillants qui matérialisent la jouissance du droit en question.

Pour sauvegarder la succession, il appartient au juge, conformément aux dispositions de l'article 222 du code de procédure civile, de décider de l'apposition des scellés et le dépôt des sommes d'argent et des objets de valeurs.

Ce faisant, le juge ordonne ces mesures conservatoires soit de son propre chef (...), soit sur demande du mineur.⁵⁰²

Ces dispositions témoignent que le juge prend en considération l'opinion du mineur en matière, notamment, d'apposition des scellés après décès. Toutefois, eu égard à l'âge du mineur, celui-ci ne peut ester en justice que s'il dispose de la qualité, la capacité et l'intérêt requis par les dispositions de l'article premier du CPC. Ceci étant exigé, il est fait recours au représentant légal du mineur.

500 Les actes du mineur doué de discernement sont soumis, s'ils ne revêtent pas un caractère profitable ou préjudiciable évident, à l'approbation de son représentant légal, accordée compte tenu de l'intérêt prépondérant de l'interdit et dans les limites des compétences conférés à chaque représentant légal.

501 MOUNIR Omar « **La Moudawana droit de la famille au Maroc : Essai analytique et texte intégral du code** », 2ème édition. Ed. MARSAM-2005. p. 101

502 Article 223 du CPC.

S'agissant de la garde, l'article 166 du code de la famille accorde à l'enfant ayant atteint l'âge de 15 ans le droit de choisir lequel de son père ou sa mère assumera sa garde, lorsqu'il est mis fin à la relation conjugale. Cette disposition associe l'enfant dans la prise des décisions le concernant.

Quant à la possibilité donnée à l'enfant d'être entendu dans les procédures judiciaires l'intéressant, il y a lieu de souligner qu'un arrêt de la Cour d'appel de Rabat, rendu le 13/07/2106,⁵⁰³ a fondé sa décision après audition du mineur soumis à la garde. Sur ce, la Cour d'appel a confirmé le jugement du tribunal de première instance ayant déchu la mère de son droit de garde pour son inaptitude à assumer la responsabilité qui lui a été confiée à cet effet.

Partant, cet arrêt a dûment pris en considération l'audition de l'enfant.

La prise en considération des opinions du mineur s'affirme, de surplus, par les dispositions de l'article 218 du code de la famille qui permet au mineur âgé de 16 ans de demander au tribunal de lui accorder l'émancipation.

En revanche, des limites peuvent entraver le droit à la liberté d'expression reconnu au mineur. Ce dernier ne peut, en l'espèce, choisir ou revendiquer le changement de son nom de famille et ce, conformément à l'article 20 de la loi n° 37-99 relative à l'état civil qui précise que « *le nom de famille choisi, une fois devenu définitif dans les conditions fixées par voie réglementaire, reste attaché à la personne qui le porte ainsi qu'à sa descendance et ne pourra ensuite être changé que si l'intéressé y est autorisé par décret* ».

Rejoignons en cela, la restriction émise par la version initiale de la loi n° 16-98 relative au don, au prélèvement et la transplantation d'organes et de tissus humains qui interdisait tout prélèvement en vue d'une transplantation sur mineur ou majeur faisant l'objet d'une mesure de protection légale.

503 قرار رقم 186 صادر عن الغرفة الشرعية بمحكمة الاستئناف بالرباط.

Cette restriction est, désormais, levée par loi n° 109-13 complétant l'article 11 de la loi n° 16-98 précitée⁵⁰⁴ ayant assortie ladite interdiction par une dérogation habilitant l'autorité gouvernementale compétente, en l'absence d'alternative thérapeutique et après avis du conseil consultatif de transplantation d'organes humains, à autoriser le prélèvement de cellules souches hématopoïétiques sur une personne vivante mineure au profit de son frère ou de sa sœur sous réserve de satisfaire à un nombre de conditions dont le consentement de chacun des parents ou, à défaut, de celui du juge, du tuteur datif et de l'un des parents s'il existe.

Or, il en va autrement, en vertu de la loi n° 28-13 relative à la protection des personnes participant aux recherches biomédicales,⁵⁰⁵ qui prévoit par le biais de son article 12 que « *est considéré comme apte à exprimer sa volonté, pour l'application du présent article, et conformément au code de la famille, l'enfant mineur ayant atteint l'âge de discernement ...* »

Les dispositions de la loi n° 109-13 complétant l'article 11 de la loi n° 16-98 précitée, et les dispositions de l'article 12 de la loi relative à la protection des personnes participant aux recherches biomédicales permettent de constater des divergences quant aux renvois.

Par le renvoi au consentement des parents du mineur, l'article 11 de la loi 16-98 précitée aurait violé les dispositions de l'article 12 de la CDE en privant le mineur capable de discernement du droit d'exprimer son opinion. Quant à la reconnaissance du mineur doué de discernement comme apte à exprimer sa volonté, l'article 12 de la loi relative à la protection des personnes participant aux recherches biomédicales est partant réputé conforme aux aspirations de la CDE et aux dispositions du code de la famille.

504 Publiée au BO n° 3590 du 19/06/2014

505 Publiée au BO n° 6396 du 17/09/2015

Aux restrictions au droit d'expression reconnu au mineur, s'ajoute le travail des mineurs communément appelés « petites bonnes » dont l'âge minimum du travail y afférent est fixé à 18 ans, en vertu de l'article 6 de la loi n° 19.12 fixant les conditions d'emploi des travailleurs domestiques.⁵⁰⁶ Toutefois, il importe de signaler que ce même article y déroge, en permettant, pour une période transitoire de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur de ladite loi, d'employer des personnes âgées entre 16 et 18 ans en tant que travailleurs domestiques, à condition de disposer d'une autorisation écrite de leurs parents, signée et vêtue de la forme légalisée, moyennant un contrat de travail.

Partant de cette dérogation, et en se référant à l'article 2⁵⁰⁷ de la loi n° 19.12 sus évoquée, décrivant les tâches pouvant être accomplies par le travailleur domestique, nous nous heurtons à une contradiction d'ordre juridique, et l'on désigne à titre illustratif les principes qui gouvernent le code du travail en vigueur, et d'ordre sociétal qui incite à aller contre la nature humaine, du fait qu'on ne peut confier la prise en charge d'un enfant à un enfant -âgé entre 16 et 18 ans-. Par voie de conséquence, lesdites dispositions constituent une violation des droits humains *lato sensu* et des droits de l'enfant *stricto sensu*.

Corrélativement, ladite loi transgresse et la liberté d'expression reconnue à l'enfant, et les droits protégés par le code du travail en vigueur, qui garantit, par le biais de son préambule, l'élimination effective du travail des enfants. Il

506 Loi n° 19.12 fixant les conditions d'emploi des travailleurs domestiques publiée, en version arabe, au Bulletin Officiel n° 6493 du 22/08/2016 p. 6175.

507 تنص المادة 2 من القانون 19.12 بتحديد شروط الشغل والتشغيل المتعلقة بالعمالات والعمال المنزليين على ما يلي:
"تشمل الأشغال المرتبطة بالبيت أو بالأسرة على وجه الخصوص الأعمال التالية:

- الاعتناء بشؤون البيت؛
- الاعتناء بالأطفال؛
- ..."

porte autant atteinte au droit de l'enfant à la non-discrimination, tel que garanti par l'article 2 de la CDE, et expose l'enfant à la stigmatisation.

Ceci dit, l'enfant en question ne peut s'opposer à la décision de ses parents qui décident du travail précoce de leur enfant dans une forte proportion. L'initiative est prise par le père, la mère ou des deux conjointement. En fait, le père décide pour le travail du garçon, alors que c'est la mère qui décide quant au travail de sa fille.⁵⁰⁸

A vrai dire, les obstacles qui entravent la bonne application de ces libertés sont également dus à l'autorité parentale qui enchaîne, par conséquent, l'autonomie de l'enfant, que nous aurons à développer dans le second chapitre. Mais, au préalable, il va falloir s'interroger sur les devoirs impartis aux parents vis-à-vis de leurs enfants.

Section 2 : L'enfant sujet de protection

Etant donné que l'enfant est une composante essentielle de la famille, le code de la famille lui consacre un article spécial ; c'est l'article 54 qui résume les droits dont les parents doivent s'acquitter à leur égard en matière de survie, développement et protection en invoquant la responsabilité de l'Etat et le rôle du ministère public dans la préservation de ces droits s'inspirant ainsi de la CIDE.

Nous cherchons, à travers les sous-sections formant la présente section, à savoir comment la place des parents et celle de l'enfant se définissent-elles dans le cadre du code de la famille ?

508 GUESSOUS Chakib « **L'exploitation de l'innocence : le travail des enfants au Maroc** », Ed. EDDIF, publié avec le concours du service de coopération et d'action culturelle de l'Ambassade de France au Maroc-2002, p. 166

Sous-section 1 : L'enfant en tant que rayonnement de la famille

L'article 54 du Code de la famille définit, en effet, les droits des enfants vis-à-vis de leurs parents et le rôle de l'Etat de façon globale. D'autres articles, répartis sur les six « livres » qui composent le Code de la Famille, définissent le rôle particulier de l'institution judiciaire.

Etant donné que les parents sont le noyau dur de la famille, les enfants constitue une composante essentielle de cette famille et en constitue le rayonnement. A cet effet, le code de la famille lui accorde un intérêt particulier puisqu'il lui consacre une panoplie de droits dont les parents doivent s'acquitter à son égard, tout en se basant sur la Charia, la loi et les conventions internationales.

Comme préalablement établi, et depuis l'état foetal, l'enfant fait l'objet d'une protection rigoureuse par l'alliage parfaitement réussi entre les préceptes de la Charia et les énoncés des conventions internationales dûment ratifiées par le Royaume. Pour enchaîner avec les droits qui s'affirment à l'enfant dès sa naissance, nous allons mettre en lumière les effets de la filiation et ceux de la nationalité.

La filiation, est clairement définie par des versets coraniques⁵⁰⁹ qui inspirent de plain-pied l'esprit du code de la famille. A cet effet, la filiation a été définie aux termes de l'article 83 de l'ancien code de statut personnel, comme celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père et suit la religion de ce dernier, sans pour autant traiter du mariage.

509 قال تعالى في سورة الفرقان، الآية 54 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا فَبَعَلَهُ نَسَبًا وَصِهْرًا ۚ وَكَانَ رَبُّكَ قَدِيرًا﴾
قال تعالى في سورة النحل، الآية 72 ﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ ... وَاللَّهُ جَعَلَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا وَيَجْعَلُ لَكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَيْنِينَ وَتَفَكَّهُةً وَرَزَقَكُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ أَفَبِالْبَاطِلِ يُؤْمِنُونَ وَبِعِصْيَةِ اللَّهِ هُمْ يَعْبُدُونَ﴾

On constate alors que la filiation d'un enfant s'établissait seulement par rapport à son père, sans y associer la mère. Cependant, le code de la famille en vigueur a enlevé au père cette exclusivité en l'accordant également à la mère. Désormais, l'article 142 dispose que : « *la filiation se réalise par la descendance de l'enfant de ses parents* ».

Reste à savoir, de quelle manière et dans quelles conditions, la loi et le règlement donneront corps à cette disposition sur le plan pratique. En tout état de cause, cette disposition ne peut conduire à donner à l'enfant le nom de sa mère. Cette disposition restera une lettre morte et n'aura qu'une valeur déclarative, à effet exclusivement politique.⁵¹⁰

C'est en particulier pour des raisons religieuses que pendant longtemps la filiation va rester synonyme de paternité. Il ne fallait pas qu'il y ait risque que l'enfant suive, par le biais de la filiation, la religion de sa mère non musulmane. En Islam, un musulman peut se marier à une femme du livre (juive ou chrétienne). L'enfant suit dans ce cas l'identité et la religion du père tandis qu'une juive ou une chrétienne contribue à accroître la communauté musulmane.⁵¹¹

A cet égard, force est de signaler que la filiation telle que consacrée par les dispositions du code de la famille est une transposition fidèle des préceptes de la Charia. Partant, le code de la famille ne s'est pas inspiré des énoncés des conventions internationales ratifiées en la matière par le Royaume, qui n'ont fait qu'une allusion tacite à la filiation. Une allusion déduite de la lecture des articles 7 et 8 et de la CDE.

510 MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc : Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger** ». Op.cit. p. 101

511 MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc : Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger** ». Ibid. p. 102

Pour ce qui est du droit à la nationalité, il a été respectivement consacré par l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le principe 3 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, l'article 24.3 du Pacte international des droits civils et politiques de 1966, et l'article 7.1 de la CDE.

En droit marocain, il s'avère opportun de signaler que la transmission de **nationalité**, n'est plus l'apanage exclusif du père. Il est désormais possible que la mère transmette sa nationalité à son enfant. Il ressort de l'article 6 du code de nationalité marocaine,⁵¹² relatif à la nationalité par filiation parentale ou par filiation paternelle qu' « *est marocain, l'enfant né d'un père marocain ou d'une mère marocaine* ».

Les modifications apportées au code de nationalité marocaine ont, d'ailleurs, abandonnées l'unique situation habilitant à la mère marocaine de transmettre sa nationalité. Cette transmission de nationalité ne pouvait avoir lieu, au regard de l'article 7 de l'ancien code, que si l'enfant est né au Maroc d'une mère marocaine et d'un père inconnu ou apatride. En revanche, les articles 6 et 7 du code en vigueur permettent à la mère marocaine, à l'instar de la mère française,⁵¹³ de transmettre sa nationalité à son enfant né de père étranger.

De même, l'article 7 dudit code attribue la nationalité d'origine à l'enfant présumé né au Maroc, de parents inconnus. D'où la protection particulière que lui accorde le code de nationalité marocaine en vigueur.

Arrêtons-nous à présent à l'étude des trois catégories de filiation légitime et leurs effets. Il s'agit en l'occurrence de la filiation de l'enfant par rapport au

512 512 La loi n° 62-06 modifiant et complétant le dahir n° 1-58-250 du 21 safar 1378 (6 septembre 1958) portant code de la nationalité marocaine, promulguée par le Dahir n° 1-07-80 du 3 rabii I 1428 (23 mars 2007). Publiée au B.O n° 5 514 du 5 avril 2007 p. 457

513 L'article 18 du code civil français dispose que : « *l'enfant, légitime ou naturel, dont l'un des parents au moins est français* ».

père et à la mère, la filiation de l'enfant né de parents inconnus, et la filiation maternelle.

La filiation de l'enfant par rapport au père et à la mère est présumée légitime jusqu'à preuve du contraire.⁵¹⁴ Ceci signifie que cette légitimité peut à tout moment souffrir de la preuve du contraire.

Quant à la filiation de l'enfant né de parents inconnus,⁵¹⁵ elle devient légitime lorsqu'elle est établie suite d'une reconnaissance de paternité (*Istihlak*)⁵¹⁶ ou d'une décision judiciaire. Les résultats qui en découlent deviennent retenus dans le cas d'un enfant légitime, qu'il s'agisse des empêchements du mariage ou des droits afférents à la filiation, à l'adoption de la religion, à l'héritage ou autres, tels que prévus expressément à l'article 157 du même code.

Pour ce qui est de la filiation maternelle, elle entraîne les mêmes effets que la filiation paternelle, qu'elle soit le résultat d'une relation légitime ou illégitime.⁵¹⁷ A cet égard, la biologie ne laisse planer aucun doute. Un enfant né de telle femme est son enfant légitime ; il n'est pas un enfant naturel comme en droit français.⁵¹⁸

Paradoxalement à la filiation légitime, la filiation illégitime ne crée aucun lien de parenté vis-à-vis du père⁵¹⁹ et ne produit, généralement, aucun effet de la filiation légitime vis-à-vis du père.⁵²⁰ Toutefois, rappelons-le, elle entraîne les

514 Article 143 du code de la famille.

515 Article 145 du code de la famille.

516 Al Istihlak est la reconnaissance de paternité telle que prévu aux articles 147 et 160.

517 Article 146 du code de la famille.

518 MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc : Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger** ». Op.cit. p. 109

519 Article 83 du code de statut personnel, tel qu'il a été abrogé par la loi n° 70-03 portant code de la famille.

520 Article 148 du code de la famille

mêmes effets que la filiation légitime vis-à-vis de la mère, en raison du lien maternel unissant l'enfant à sa mère.⁵²¹

La filiation maternelle est, en outre, présumée légitime dans les situations suivantes : le mariage, les rapports sexuels par erreur (*choubha*) ou le viol. Elle s'établit par la naissance, l'aveu de la mère ou une décision judiciaire établissant la filiation.⁵²²

Ici, l'existence d'un mariage légal n'est pas exigée à l'établissement de parenté. C'est au demeurant la raison pour laquelle la filiation de la mère est présumée légitime dès qu'il y a rapports sexuels par erreur ou par viol ; c'est aussi la raison pour laquelle l'article 58 dispose en substance que le mariage nul, donne lieu à la filiation au père de bonne foi.⁵²³

Dans les rapports par erreur, la femme doit donner naissance à l'enfant dans la période comprise entre la durée minima et la durée maxima de grossesse.⁵²⁴ Si des circonstances impérieuses ont empêché l'établissement de l'acte de mariage suite à des fiançailles, le fiancé sera réputé être le père de l'enfant pour « *rapports par erreur* » ;⁵²⁵ il faudra dans ce cas que les fiançailles aient été connues des deux familles et approuvées, le cas échéant, par le tuteur matrimonial de la fiancée, que la grossesse de celle-ci ait débuté pendant les fiançailles et que les deux fiancés aient reconnu qu'elle leur était imputable.

Ces conditions doivent être constatées par une décision judiciaire non susceptible de recours. Au cas où le fiancé nie que la grossesse soit de son fait ;

521 MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc : Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger** ». Ibid. p. 111

522 Article 147 du code de la famille

523 MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc : Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger** ». Ibid. p. 111

524 Article 155 du code de la famille.

525 Article 156 du code de la famille.

la filiation paternelle peut être établie par tous moyens de preuves légaux dont l'expertise judiciaire.⁵²⁶

Eu égard à ce qui précède, il s'avère temps de se demander si l'adoption produit les mêmes effets que la filiation vis-à-vis de l'enfant adopté ?

En droit marocain, le législateur répond par le biais de l'article 149, qui reprend strictement les termes de l'article 83 de l'ancien code de statut personnel et des successions, en précisant que « *l'adoption est nulle et ne produit aucun des effets de la filiation légitime* ». Cette règle émane directement du rite malékite.

En d'autres termes, seule la filiation peut créer des rapports de parenté en droit marocain, surtout en raison des obligations et des prérogatives qui en découlent, notamment le droit de la succession et l'obligation alimentaire due aux ascendants et aux descendants. Or, tels sacrifices ne sauraient demandés à un fils adoptif.⁵²⁷

Sous-section 2 : L'enfant en tant que créanciers des droits familiaux

Si l'enfant doit à ses parents l'ensemble des droits, allant de l'état fœtal jusqu'à l'âge de la majorité légale, tel que scrupuleusement prescrit par les dispositions de l'article 54 du code de la famille, l'on se demande s'il peut se servir de l'évolution parcourue en matière de jurisprudence, qui a reconnu à plusieurs reprises la supériorité des normes internationales sur le droit interne. Ce faisant, l'enfant illégitime peut-il prétendre à un statut légal et égal à son homologue l'enfant légitime ?

Nous allons tenter de répondre à cette interrogation moyennant le recours à un jugement rendu, le 30/01/2017, par le tribunal de première instance de

⁵²⁶ Guide pratique du code de la famille, op.cit. p. 99

⁵²⁷ MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc : Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger** ». Op.cit. 112

Tanger,⁵²⁸ qui se veut une première en matière du droit de la famille. Au regard de ce jugement, le juge a reconnu la paternité d'une fille née hors mariage, sur la base d'une expertise génétique ayant pu établir l'existence d'un lien biologique entre le père et l'enfant concernée.⁵²⁹

Dans ce jugement, le tribunal saisi a fondé sa décision sur la base des dispositions de la Constitution de 2011 et d'une panoplie de textes normatifs. Le tribunal a d'emblée invoqué d'office l'applicabilité de la Convention internationale des droits de l'enfant et ce, pour faire prévaloir l'intérêt supérieur de l'enfant sur toute autre considération,⁵³⁰ et pour ainsi préserver son droit à l'identité.⁵³¹

En termes de procédure, le tribunal a fait appel à la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, notamment, son article 6.a qui énonce que : « *Dans les procédures intéressant un enfant, l'autorité judiciaire, avant de prendre toute décision, doit: a. examiner si elle dispose d'informations suffisantes afin de prendre une décision dans l'intérêt supérieur de celui-là et, le cas échéant, obtenir des informations supplémentaires, en particulier de la part des détenteurs de responsabilités parentales.* »

Le tribunal a également fait référence à l'article 7 de la même Convention qui précise que : « *dans les procédures intéressant un enfant, l'autorité judiciaire doit agir promptement pour éviter tout retard inutile. Des procédures assurant une exécution rapide de ses décisions doivent y concourir. En cas*

⁵²⁸Voir le jugement en annexe.

⁵²⁹Le tribunal de première instance de Tanger avait rendu en fin janvier 2017 un jugement reconnaissant à un homme la paternité d'une fille née hors mariage, sur la base de tests ADN fournis par la mère, une première au Maroc.

Le père avait alors été condamné à verser à la mère une indemnité de 100.000 dirhams (9.000 euros), bien que cette reconnaissance de la paternité ne donnait pas à l'enfant accès aux droits liés à la filiation, tels que l'héritage.

⁵³⁰ Conformément à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

⁵³¹ Eu égard à l'article 7 de la même Convention

d'urgence, l'autorité judiciaire a, le cas échéant, le pouvoir de prendre des décisions qui sont immédiatement exécutoires ».

Le tribunal s'est également basé sur l'alinéa 3 de l'article 32 de la Constitution qui dispose que « *l'Etat assure une égale protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants abstraction faite de leur situation familiale* ».

En reconnaissant la paternité de la fille née hors mariage sur la base de l'expertise génétique effectuée à cette fin, le tribunal de première instance a, nonobstant, débouté la mère de sa demande tendant à condamner le père au paiement de la pension alimentaire en arguant son rejet par les dispositions de l'article 187 du code de la famille qui précisent que l'obligation alimentaire résulte exclusivement « *du mariage, de la parenté et de l'engagement* ».

Il a, en revanche, condamné le père au versement d'une indemnité de 100.000 dirhams, suite au préjudice occasionné à la mère, qui a été la cause directe d'une naissance en dehors d'une relation légitime. Cette indemnisation puise son fondement des articles 148 du code de la famille et 77 du DOC qui prévoit que : « *Tout fait quelconque de l'homme qui, sans l'autorité de la loi, cause sciemment et volontairement à autrui un dommage matériel ou moral, oblige son auteur à réparer ledit dommage, lorsqu'il est établi que ce fait en est la cause directe* ».

Par contraste, ce jugement a été aussitôt cassé par un arrêt infirmatif rendu le 9/10/2017 par la Cour d'appel relevant du même ressort territorial, ayant condamné la mère, cette fois ci, aux dépens au titre des deux phases de juridictions.

Pour une meilleure approche de la question, il y a lieu de faire le *distinguo* entre la filiation parentale, dite encore biologique (Al Bounouwwa), celle qui unit un enfant à ses parents biologiques, et la filiation paternelle (Al Nassab).

En ce qui concerne la mère, et conformément à l'article 146 du code de la famille, la filiation biologique produit évidemment des effets juridiques à son égard, que cette filiation résulte d'un mariage valable ou vicié, ou d'une relation illégitime. Dans ce cas de figure, la biologie ne laisse subsister aucun doute ; l'enfant né, ne peut être autre que l'enfant légitime de sa mère, en raison du lien maternel unissant l'enfant à sa mère.

Il va sans doute autrement de la filiation biologique à l'égard du père, qui ne peut produire d'effets légaux que dans les cas où l'un des motifs énumérés, à titre limitatif, à l'article 152⁵³² du code de la famille, chose qui laisse conclure qu'en dehors des motifs indiqués audit article, aucune autre preuve de filiation ne peut être admise.

Or, le recours à l'expertise génétique, n'est pas énuméré entre autres les motifs indiqués à l'article 152 précité. Il est d'ores et déjà rappelé à l'article 148 du code de la famille que : « *la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation légitime vis-à-vis du père* ».

Sur la base de ce qui précède, nous pouvons déduire que l'initiative prise par le tribunal de première instance s'est inscrite dans un mouvement jurisprudentiel moderne, voire une révolution juridique, ayant manifesté la volonté des juridictions internes de faire prévaloir la modernité sur les préceptes de l'Islam fréquemment mis en balance.

532 L'article 152 du code de la famille dispose que : « l'existence de la filiation paternelle découle :

1. des rapports conjugaux (al firach) ;
2. de l'aveu du père ;
3. des rapports par erreur.

Ces deux concepts difficile à concilier, ont mis en jeu les droits de l'enfant illégitime qui, au regard de l'arrêt infirmatif de la Cour d'appel de Tanger, s'est transformé d'un sujet de droits à un sujet de stigmatisation et de discrimination.

La question de l'identité est une question épineuse qui a fait couler beaucoup d'encre et qui reste vivement remise à l'ordre du jour, du fait qu'elle interpelle notre héritage culturel et met en balance les concepts de modernité, authenticité, universalité et spécificité. Elle interroge, par la même occasion, le référentiel religieux et met à l'épreuve sa capacité de prendre en considération les mutations sociétales, les exigences démocratiques et l'impératif du développement.⁵³³

Cette manifestation juridique reconduit en claire, la problématique centrale de notre recherche, en penchant la balance vers le renforcement des droits de l'enfant qui, par le biais du jugement du TPI, constitue une avancée notable en la matière, pour que la juridiction du second degré fait pencher la balance de l'autre côté, tendant vers la réaffirmation des constantes religieuses qui, rappelons-le, ne peuvent faire l'objet de révision Constitutionnelles.

Par la remise en cause du jugement du TPI, la Cour d'appel a voulu mettre fin à la pratique des relations hors-mariage qui ne génèrent que des enfants abandonnés, et a tranché par démontrer que la filiation paternelle découle, en vertu de l'article 152 du code de la famille, des rapports conjugaux (Al Firach), de l'aveu du père (Iqrar), et des rapports sexuels par erreur (Choubha). Chose

533 CHEDDADI Nouredine « **L'identité de l'enfant au Maroc : à la lumière des dispositions de la CDE et les nouveaux apports du code de la famille** » in Revue marocaine de l'enfant et de la famille, n° 2, avril 2011, éditée par la chaire de l'UNESCO « **enfant, famille & société** » Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Faculté de Droit-Fès et l'Observatoire National des Droits de l'Enfant, p. 141-142

qui caractérise la filiation paternelle de la filiation parentale qui découle de la procréation de l'enfant par ses parents et qui peut être légitime ou illégitime.⁵³⁴

Cette confrontation des deux positions jurisprudentielles nous renseigne *in fine* que l'attachement du Royaume aux préceptes de la Charia, qui fait désormais partie intégrante de la culture juridique interne, triomphe sur l'acculturation des textes juridiques par l'effet des accords internationaux.

Ceci étant tranché, il y a lieu de décliner le rôle de l'autorité parentale dans la protection de l'enfant.

Chapitre 2 : Le rôle de l'autorité parentale dans la protection de l'enfant

Sans être stigmatisés aujourd'hui en tant que personnes incapables, les enfants sont reconnus comme des individus vulnérables à soutenir et à accompagner.⁵³⁵

En fait, l'article 34 de la Constitution marocaine considère non seulement les enfants comme des personnes vulnérables, mais également des personnes à besoins spécifiques.

De surplus, la Constitution leur assure une égale protection juridique et une égale considération sociale et morale, abstraction faite de leur situation familiale, tout en rappelant que la famille, fondée sur le mariage, est la cellule de base de la société.⁵³⁶

Quant à la protection des droits de l'enfant, elle est afférée à ses père et mère, titulaires de l'autorité parentale. A cet effet, l'article 18-2 de la CDE met à

534 ذ. عبد الرحيم الأمين، "إشكالية حق الولد غير الشرعي في النسب وآثاره في المنظور الشرعي والقانوني" مجلة القانون المغربي، العدد 35، 2017، ص. 335

535 CORPART Isabelle « **Le volet patrimonial de la protection des personnes vulnérables** » in « **Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et de droit comparé** », sous la direction de Frédéric ROUVIERE, CRJFC, Bruylant, Bruxelles, 2010, P. 5-6

536 L'article 32 de la Constitution marocaine.

la charge des parents la responsabilité d'élever l'enfant et invite les Etats parties d'assurer la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être dudit enfant.

Section 1 : Les devoirs d'éducation et de surveillance

Etant donné que les droits de l'enfant s'articulent autour de l'autorité parentale, il convient de mettre en lumière le rôle de l'autorité en question dans la protection des droits de l'enfant, pour éviter tout conflit d'intérêt susceptible de naître entre l'enfant et ses parents (sous-section 2), d'où l'intérêt de faire le *distinguo* entre la notion « d'autorité parentale » et celle de « responsabilité parentale » qui interpelle les devoirs de surveillance et d'éducation pesant sur les parents (sous-section 1).

Sous-section 1 : Le *distinguo* entre « autorité parentale » et « responsabilité parentale »

L'autorité parentale nous livre à se demander qu'est-ce qu'un bon parent ?

La notion de « bon parent » désigne une nouvelle norme que l'on comprend en faisant appel au philosophe Alain RENAUT, évoquant les changements internes à la famille : « *la seule solution laissée aux parents est au fond d'avoir du talent, d'être de « bons parents », c'est-à-dire, aujourd'hui non pas des parents qui soient bons, c'est-à-dire moraux et humains, mais d'être bons en tant que parents, c'est-à-dire de faire preuve de talent* ». ⁵³⁷

537 SINGLY François « Qu'est-ce qu'un bon parent ? » in « L'autorité parentale en question » Françoise DEFOSSEZ et Christine CHOAINLERADP, Université du droit et de la santé-Lille 2, Presses universitaires du SEPTENTRION, 2003, p. 13

Pour parvenir à une définition juridique du « bon parent », faut-il substituer la notion de responsabilité parentale à celle d'autorité parentale ?⁵³⁸

A cet égard, le droit anglais retient « *parental responsibility* » définie comme « *l'ensemble de droits, devoirs, responsabilité et autorités que, par la loi, un parent d'un enfant a sur la personne de l'enfant ou sur ses biens* ». En droit français, en revanche, le concept de responsabilité n'a pas été substitué à celui d'autorité.⁵³⁹ Sur ce, le législateur français allègue que l'un des éléments déterminants semble résider dans l'idée qu'il n'est pas souhaitable de dévaloriser l'autorité des parents, sans laquelle aucune responsabilité n'est possible.⁵⁴⁰

A l'instar du droit français, le droit marocain conserve la terminologie « responsabilité parentale » telle que énoncée à l'article 85 du DOC, et définie au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 comme suit : « *l'expression « responsabilité parentale » comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal de la personne ou des biens de l'enfant* »⁵⁴¹.

Evidemment, responsabilité parentale ou autorité parentale constituent deux facettes d'une même médaille qui désigne un ensemble de droits et de

538 BAILLON-WRITZ Nathalie, Y. HONHON, M-C LE BOURISCOT, A. MEIER-BOURDEAU, I. OMARJEE, C. PONS-BRUNETTI « **L'enfant, sujet de droits** » filiation, patrimoine, protection, Col. Lamy Axe Droit, Ed. Lamy, 2010, p. 180

539 BAILLON-WRITZ Nathalie., Y. HONHON, M-C LE BOURISCOT, A. MEIER-BOURDEAU, I. OMARJEE, C. PONS-BRUNETTI « **L'enfant, sujet de droits** », Ibid. p. 180

540 GALLANT Estelle « **responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé** » Doctorat & notariat. Col. de thèses dirigées par B. BEIGNIER. Tome 9. DEFRNOIS. 2004. p. 3

541 Article premier de la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, approuvée par le Royaume du Maroc le 22 août 2002 et entrée en vigueur le 1er décembre 2002.

devoirs qui ont pour finalité de protéger la santé, la sécurité, la moralité et, le cas échéant, le patrimoine de l'enfant.

Etant donné que l'enfant habite avec ses parents, il doit être en sécurité au domicile familial et il ne peut quitter celui-ci pour un stage, des vacances, sans l'autorité de ses père et mère. Ce droit parental est assimilé à un droit de garde.⁵⁴²

En contrepartie de la garde, les parents seront responsables des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux. La responsabilité imputée au premier chef au père et, à défaut, à la mère trouve son fondement dans l'article 85⁵⁴³ du DOC qui traite de la responsabilité du fait d'autrui. Cette disposition confère au père la qualité de tuteur et à la mère la qualité de gardienne.

Cet article a été complété par la jurisprudence⁵⁴⁴ qui a précisé que la responsabilité des père et mère est une responsabilité de plein droit ou en encore une responsabilité objective.⁵⁴⁵

Face à ce nouveau cas de responsabilité objective, en droit français, les parents ne pourront s'exonérer de leur responsabilité qu'en alléguant la force majeure ou la faute de la victime. L'objectif visé est le souci de garantir l'indemnisation des victimes. Ce sont ainsi les conditions d'application de la

542 BOUGRAIN M. « **L'enfant et le droit : une autonomie sous surveillance** », éd. Ères 2000, p. 24

543 L'article 85 du DOC dispose que : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre.*

Le père et la mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ;

..... »

544 Cette jurisprudence est matérialisée par l'arrêt Bertrand du 19 février 1997.

545 DELEBECQUE Philippe & PANSIER Frédéric-Jérôme « **Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi délit** », 5ème édition LexisNexis-2011. p. 139

responsabilité des parents qui, loin de déresponsabiliser ces derniers, sembleraient exiger des parents encore plus de vigilance.⁵⁴⁶

Ainsi, pour se décharger de la responsabilité, les parents se heurtent à la difficulté de prouver les faits absolus, que nous verrons lors de la section 2 du présent chapitre.

En attendant, un aperçu sur la controverse qui oppose l'intérêt de l'enfant à l'intérêt de ses parents s'avère bien judicieux.

Sous-section 2 : Le conflit d'intérêt parents-enfant

L'absence d'une définition précise du concept « intérêt supérieur de l'enfant » qui guide le juge saisi dans les causes concernant la famille, laisse planer la prééminence de l'intérêt d'autrui sur l'intérêt de l'enfant. A notre esprit, l'intérêt d'autrui n'est autre que l'intérêt des parents, qui est constamment mis en balance avec celui de leurs enfants.

Cette mise en balance d'intérêts est une conséquence directe de l'absence d'une définition légale dudit concept et ce, peut déboucher sur des dilemmes définitionnels, que nous reprenons en détail, lors du deuxième chapitre du présent titre.

L'imprécision du concept empêchera l'enfant de mettre en relief son intérêt supérieur, et d'exprimer « son propre droit » face à des adultes, y compris ses parents. En évoquant systématiquement l'immaturité de l'enfant, les parents mettent davantage en jeu l'exercice des droits par leurs enfants.

546 Université Montesquieu-Bordeaux VI « **Etude à la mémoire de Christian LAPOYAD-DESCHAMPS** » édité par le Centre d'Etudes et de Recherches en droit des affaires et des contrats, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003, 126

Or, la charge de faire respecter les droits de l'enfant revient aux parents. Si bien qu'au cas où l'intérêt de l'enfant est contraire à celui d'un ou de ses parents, ses droits ne pourront être exercés.⁵⁴⁷

Ceci met régulièrement l'enfant dans une spirale de conflits avec ses parents, pendant que « droits de l'enfant » et « respect de l'autorité parentale » ne devraient pas être antinomiques. Ils devraient justement s'exercer dans l'harmonie de la cellule familiale et le respect de cette institution.⁵⁴⁸

De là, il convient de cogiter pour ce qui pourrait être « contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant » ? D'abord, l'incapacité ou le refus des parents de répondre aux besoins naturels de leur enfant et de l'élever dans le respect des normes légales et morales, mais aussi le fait de le négliger ou d'avoir sur lui une influence négative résultant d'un mode de vie marginal.⁵⁴⁹

Pour ce qui est du droit familial marocain, « l'intérêt supérieur de l'enfant », tel que consacré par l'article 3 de la CDE, est dument pris en compte dans diverses situations décrites dans le code de la famille. Il s'agit, précisons-le, de l'intervention obligatoire du ministère public dans toutes les affaires concernant le code de la famille.

En outre, le code de la famille fait de l'intérêt de l'enfant, une pièce maitresse, voire un guide pour le juge familial quant à l'attribution de la garde.⁵⁵⁰ Preuve en est, la garde consiste à préserver l'enfant, dans la mesure du possible, de tout ce qui lui porte préjudice, d'assurer son éducation et de veiller sur ses intérêts. La différence entre la garde et la tutelle légale réside dans le fait

547 GUESSOUS Chakib « **L'exploitation de l'innocence : le travail des enfants au Maroc** », Op.cit. p. 43

548 GUESSOUS Chakib « **L'exploitation de l'innocence : le travail des enfants au Maroc** », Ibid. p. 44

549 KORCZAK Janusz « **Le droit de l'enfant au respect : L'héritage de Janusz KORCZAK** », Op.cit. 83

550 ZARROUKI Mustapha « **L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain** », Op.cit. p. 88

que la première concerne la personne de l'enfant et sa protection physique alors que la seconde concerne la sauvegarde de ses intérêts matériels et moraux.⁵⁵¹

Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 23/8/2011⁵⁵² en matière de garde, la Cour a cassé l'arrêt attaqué en vue d'appliquer la règle édictée par l'article 178 du code de la famille⁵⁵³, qui n'entraîne pas la déchéance de la garde en cas de changement de résidence de la mère à l'intérieur du Maroc, mais inversement, impose cette déchéance compte tenu de l'intérêt de l'enfant soumis à sa garde, des conditions particulières du père et de la distance séparant l'enfant de son représentant légal.

En quittant les Pays-Bas ; pays de résidence des conjoints avant leur séparation, une fois au Maroc, le père a invoqué la déchéance de la garde en raison des obstacles dus à la distance, rendant difficile les visites et le contrôle de son enfant.

Et attendu que la Cour d'appel de Nador a rejeté ce motif en fondant sa décision sur l'intérêt de l'enfant, indépendamment de l'intérêt du père qui dispose, en revanche, du droit de rentrer à son pays d'origine ; chose qui ne doit point compromettre son droit de visite, la Cour saisie, par ces motifs, viole les dispositions de l'article 178 du code de la famille et expose son arrêt à la cassation.

Cet arrêt exprime bel et bien le conflit d'intérêts « parent-enfant » et débouche sur la prééminence de l'intérêt du père sur celui de son enfant, conformément aux dispositions du code de la famille.

551 Guide pratique du code de la famille. Op.cit. p. 102

552 قرار محكمة النقض عدد 434 الصادر بتاريخ 23 غشت 2011 في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/35.

553 L'article 178 du code de la famille prévoit que : « *Le changement de résidence, à l'intérieur du Maroc, de la femme qui assume la garde de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier n'entraîne pas la déchéance de la garde, sauf en cas de motifs avérés pour le tribunal, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, des conditions particulières du père ou du représentant légal et de la distance séparant l'enfant de son représentant légal.* »

Dans un autre cas de figure, traitant cette fois des décisions prises par les parents dans l'intérêt de leur enfant qui ne peut, néanmoins, agir en justice contre ses parents ayant opté pour une orientation scolaire qui ne coïncide pas avec les attentes de leur enfant, car les parents avaient liberté de choisir en vertu des droits et devoirs d'éducation qui leur incombent vis-à-vis de leur enfant.⁵⁵⁴

De la fonction d'autorité parentale se dégage celle de la protection de l'enfant. C'est dans ce sens que la CDE affirme dans son préambule cette **fonction** substantielle de la famille ; « *unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants* ». ⁵⁵⁵

In fine, la première ligne de défense d'un enfant est sa famille.⁵⁵⁶ A cet égard, la responsabilité des parents n'est que l'expression de leur autorité. Cette autorité ne doit être comprise que dans le but d'assurer l'intérêt et le bien-être de l'enfant, corollaire indispensable des pouvoirs accordés aux parents.⁵⁵⁷

Eu égard à ce qui précède, il s'avère temps de se demander si les parents prêtent l'orientation et le conseil appropriés à l'enfant pour l'exercice de ses droits, tel que proclamé par l'article 5 de la CDE ou, inversement, ils déterminent des clauses léonines dans la prise des décisions interpellant l'enfant.

Autrement dit, quand les deux intérêts s'entremêlent, l'intérêt supérieur de l'enfant s'efface-t-il derrière celui des parents ?

554 POIRRET Jennifer « **La représentation légale du mineur sous l'autorité parentale** », Op.cit. p.483

555 BOUGRAIN M. « **L'enfant et le droit : une autonomie sous surveillance** », éd. Erès 2000, p. 26

556 ANNAN Kofi, Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies « **Nous les enfants : Honorer les promesses du Sommet mondial pour les enfants** », UNICEF, 2001, p. 69

557 E. GALLANT « **responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé** ». Doctorat & notariat. Col. de thèses dirigée par B. BEIGNIER. Tome 9. DEFENOIS. 2004. p. 3

L'intérêt supérieur est certes un principe vecteur de la Convention, toutefois, en raison du manque de maturité de l'enfant, les parents parviennent-ils à décider du meilleur intérêt de leur enfant ?

En situant le rôle de l'autorité parentale dans l'ordre familial, et en interpellant la responsabilité respectivement du père et, à défaut de la mère pour répondre aux dommages causés par leurs enfants mineurs habitant avec eux, il convient de s'arrêter sur le fardeau de la preuve qui pèse sur les parents, en raison de l'immatérialité des faits absolus et en raison de l'intrusion de la digitalisation dans la relation tissée entre « parents-enfant ». Chose qui rend la tâche encore plus ardue aux parents en matière de preuve.

Section 2 : Le fardeau de la preuve de la responsabilité parentale

Dans la pratique et en général, les juridictions marocaines, comme d'ailleurs les juridictions françaises apprécient sévèrement la responsabilité des parents.⁵⁵⁸

En matière de preuve, il importe de préciser que l'article 85 du DOC dispose qu' : « *On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre.*

Le père et la mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux [...]» ;

Il appert de cette disposition que deux conditions doivent être satisfaites. La minorité en tant que condition fondamentale et la cohabitation en tant que condition complémentaire.

558 Professeur EL ABDOUNI Ahmed « **L'évolution de jurisprudence en matière de responsabilité délictuelle** » Université Mohammed Ier d'Oujda, publication de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Ed. 1998, Imp. AL MAARIF AL JADIDA Rabat, p 185-187

En effet, si les articles 1384 alinéa 4 du code civil français, qui correspond à l'article 85 du DOC font de la minorité une condition fondamentale de présomption de responsabilité, il s'avère utile de signaler qu'une différence fondamentale sépare les législations française et marocaine quant à l'exercice de l'autorité sur la personne du mineur.⁵⁵⁹

Vu que l'article 85 du DOC s'inspire intégralement du code civil français, il crée à l'esprit du législateur marocain une rupture avec les concepts du droit musulman par rapport à l'unité familiale et par rapport au déphasage du cadre de référence désignant « autorité parentale » en droit français et « responsabilité parentale » pour le droit marocain.

Pour ce qui concerne la cohabitation, elle ne constitue pas cependant le fondement de la responsabilité. Elle est une condition de sa mise en œuvre. Mais étant seulement une condition de la mise en œuvre de la responsabilité, la disparition de la cohabitation n'entraîne pas *ipso facto* l'exonération de la présomption.⁵⁶⁰

Ce faisant, il y a lieu de signaler que l'alinéa 5 de l'article 85 du DOC précise que : « *la responsabilité (...) a lieu à moins que les père et mère et artisans ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité* ». Cette disposition met à la charge du père et, à défaut, de la mère une présomption simple. Ceci signifie que le père ou la mère peut se dégager de cette responsabilité par la simple preuve qu'il (elle) n'a pas manqué à son devoir de surveillance et d'éducation.

⁵⁵⁹ « Si en droit français, la puissance paternelle de droit romain a cédé devant l'autorité paternelle, où celle-ci est conçue comme l'ensemble des droits et devoirs que la loi accorde ou impose aux père et mère à l'égard de la personne et des biens de leur enfant mineur. Ainsi définie, la notion d'autorité parentale répond aux exigences de l'article 5 de la CDE ». Il en va tout autrement en droit marocain. In Joël HENRY « **Du social en Europe : le dispositif français en péril** » Op.cit., p. 63

⁵⁶⁰ ZIDANI Abderraouf « **La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs en droit marocain et Français** », in Revue marocaine d'Economie et de droit comparé, n° 17-1992, p. 185

La preuve de la responsabilité, dont il est ici question, se matérialise spécialement par le fait que les parents ont vraiment fourni de l'effort afin de pouvoir inculquer une « bonne éducation » à leurs enfants. Or cette preuve est presque impossible à établir pour des raisons d'ordre religieux et idéologique. Le bon modèle qu'offre le père à ses enfants se matérialise par ses comportements, sa conduite et la façon par laquelle il agit vis-à-vis des problèmes qui surgissent dans la vie, y compris la manière de réagir face aux fautes commises par son enfant.

Force est de préciser que le devoir d'inculquer une bonne éducation à son enfant reste un devoir de nature très vague qui ne peut être indiqué par des faits. Ceci rend le devoir imprécis et impossible pour le père de le prouver. L'on sait, en effet, qu'en matière des règles de preuves, il est impossible de prouver les faits absolus.⁵⁶¹

Effectivement, se prévaloir de la surveillance diligente et de l'éducation, est une tâche délicate. La surveillance diligente n'est effective qu'en l'absence de tout dommage, hypothèse qui ne peut se réaliser qu'au moyen d'une surveillance constante. Or un jeune doit disposer d'un minimum de liberté et les occupations des père et mère infléchissent plus ou moins la surveillance.⁵⁶²

Ceci dit, et eu égard aux droits de l'enfant, inspirés de la CDE et déterminés avec précision par le code de la famille, l'on se demande s'ils peuvent nous servir à recadrer le modèle de « bon parent » requis pour les père et mère. Dans l'affirmative, ledit recadrage permettra, par transitivité, d'alléger la charge de la preuve pesant sur les parents, vu que la responsabilité de ceux-ci

561 Professeur EL ABDOUNI Ahmed Ibid. p. 186

562 « **Du social en Europe : le dispositif français en péril** » Op.cit, p. 63

562 ZIDAN Abderraouf « **La responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs en droit marocain et français** », p. 189

ne peut être engagée qu'en cas d'inobservation des droits prévus à l'article 54 du code de la famille précité.

Mieux encore, avec l'apparition d'internet, des nouveaux médias, des téléphones mobiles, et des jeux vidéo (...) la définition de bon parent devient de plus en plus une tâche ardue. Cette révolution numérique nous verse dans une déperdition de nos traditions et de nos règles d'éducation ancestrales.⁵⁶³

Compte tenu de l'ère numérique qui gouverne notre quotidien, l'on se demande si l'évolution de la technologie donne-t-elle droit aux parents de publier des photos de leur enfant n'ayant pas encore atteint l'âge de discernement sur des réseaux sociaux. Chose qui opprime le droit de l'enfant à la liberté d'expression.

L'évolution de la technologie en constitue une arme à double tranchants, du fait qu'elle altère la règle classique régissant la relation « parents-enfant ».

Ce cas de figure témoigne que la responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants a pris une dimension plus complexe, voire insaisissable, avec l'intrusion des enjeux socio-éthiques.

Sous-section 2 : L'évolution de l'ère numérique

Le monde des médias numériques a envahi la sphère familiale caractérisait, autrefois, par les traditions et les mœurs familiales. L'évolution enregistrée en la matière tend à la transformation des familles traditionnelles en des familles modernes.

L'évolution de la technologie dite encore la digitalisation a conduit à l'effritement de la société traditionnelle, voire l'unité familiale, en générant un

⁵⁶³ L'Observatoire National des droits de l'Enfant « **Parents ! La parentalité à l'ère du numérique** ». p. 4

handicap de communication au sein de la famille. Elle risque par conséquent, de transformer profondément la culture infantile.

La digitalisation peut créer, pendant la petite enfance, une dépendance et une surexposition de l'enfant aux écrans qui accroît la probabilité d'une surutilisation plus tard.⁵⁶⁴ Le risque déguisé que présente la digitalisation, tend au fil du temps, à faire véhiculer des divertissements plutôt qu'un champ éducatif.

Mieux encore, le monde de la digitalisation produit des effets néfastes sur le développement de l'enfant. Preuve en est, des recherches publiées sur le mode d'apprentissage des enfants via le monde des médias ont pu démontrer que les connaissances retenues en la matière demeurent limitées.⁵⁶⁵

Avant l'âge de trois ans, les enfants commencent à comprendre le contenu diffusé aux écrans.⁵⁶⁶ En revanche, ils apprennent mieux lors des échanges directs avec leurs parents et avec les personnes qui s'occupent d'eux. L'apprentissage précoce est plus fluide, et plus efficace pour le développement de l'enfant, lorsqu'il est reçu de manière interactive, et en mode réel plutôt qu'en mode virtuel.⁵⁶⁷

⁵⁶⁴Duch H, Fisher EM, Ensari I, Harrington A. Screen time use in « **children under 3 years old: A systematic review of correlates** ». Int J Behav Nutr Phys Act 2013, p.102.

⁵⁶⁵Wartella EA, Richert RA, Robb MB. « **Babies, television and videos: How did we get here?** » Developmental Rev 2010, p. 116.

⁵⁶⁶Duch H, Fisher EM, Ensari I, Harrington A. Screen time use in « **children under 3 years old: A systematic review of correlates** », *ibidem*, p. 102

⁵⁶⁷American Academy of Pediatrics, Council on Communications and Media. « **Media and young minds. Pediatrics** » 2016, p. 138

Ainsi, une étude a établi que les jeux vidéo actifs peuvent accroître considérablement l'activité physique chez l'enfant,⁵⁶⁸ et altérer son développement mental.

Face à cette invasion digitalisée des médias, le contrôle parental devient de plus en plus perplexe, et la difficulté de prouver les faits absolus se conjuguerait avec la difficulté de contrôler les faits virtuels. Chose qui, rappelons-le, rend la tâche plus ardue au père, et à défaut, à la mère en matière de preuve.

La scène des médias a récemment suscité un danger vertigineux qui menace le développement de l'enfant sur le plan physique, mental et spirituel, en diffusant à son attention des jeux morbides.

En effet, le jeu ayant occasionné beaucoup de victimes est le jeu dit « la baleine Blue ». Ce jeu consiste en l'exercice d'une pression psychologique sur les enfants en les mettant au défi. Il cible les enfants âgés de 12 à 16 ans et les incite à relever 50 défis⁵⁶⁹ de plus en plus répugnants, qui s'étalent sur 50 jours, jusqu'à la dernière étape pour se donner la mort.

Pour mettre un terme à ce drame social et pour veiller à la sécurité des enfants, les parents ainsi que les instituteurs sont vivement invités à prêter une grande vigilance face à ces types de jeu qui peuvent attirer l'attention des jeunes vulnérables.

⁵⁶⁸Le Blanc AG, Chaput JP, Mc Farlane A et coll. « **Active video games and health indicators in children and youth: A systematic review** ».PLoS One 2013, p. 212.

⁵⁶⁹ Les étapes du jeu « **Défi de la baleine bleue** » incitant l'enfant au suicide :

« 28. Ne parle à personne ;

29. Promet d'être une baleine ;

30-49. lèves toi à 4h20, regardes des vidéos effrayantes, écoutes des musiques tristes, dépressives, suicidaires, et sacrifies toi les mains chaque jour, et parles avec les baleines.

50. suicides toi le haut d'un toit, ou pends toi ».

A l'échelle internationale, et vu la formule extensive des termes de la Déclaration des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, qui précise en son principe 9 ce qui suit : « *L'enfant doit être protégé contre toute forme de négligence, de cruauté et d'exploitation, il ne doit pas être soumis à la traite, sous quelque forme que ce soit.* » L'on peut considérer, par analogie, que les risques que présente l'évolution de la digitalisation aujourd'hui constituent, en l'espèce, une forme de cruauté et d'exploitation exercée sur la personne de l'enfant.

Ce principe a été reconduit par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, qui précise via l'article 10.3 que « [...] *Les enfants et adolescents doivent être protégés contre l'exploitation économique et sociale [...]* ».

Sur le plan interne, force est de signaler que le législateur marocain a consenti des efforts louables pour s'aligner sur les aspirations des normes internationales dans sa nouvelle approche du régime de l'incapacité qui fait de l'enfant une personne à part entière compte tenu de sa capacité évolutive. Toutefois, et pour une meilleure protection de la personne de l'enfant, il est fort recommandé d'insérer des dispositions dans le code de la famille, permettant aux parents de prendre les mesures nécessaires pour lutter contre l'emprise des médias sur l'enfant, qui peuvent déboucher sur des drames sociaux menant éventuellement au suicide de l'enfant.

Conclusion du titre premier

Lors du titre premier, nous avons pu démontrer que l'enfant, en tant qu'être humain insusceptible de se défendre,⁵⁷⁰ est désormais une personne qui, à ce titre, doit se voir reconnaître tous les droits de la personne : les droits humains fondamentaux, comme la liberté de pensée et de conscience, la liberté d'expression individuelle et collective. L'enfant a une pensée, des affects et des sentiments ; il prend part à l'orientation de sa vie et peut prendre des décisions le concernant même s'il ne jouit pas d'une pleine capacité de décision. Il doit pouvoir exprimer son opinion sur tout ce qui le concerne et cette opinion doit être prise en compte.⁵⁷¹

En s'arrêtant sur la mutation révolutionnaire ayant fait de l'enfant un véritable sujet de droits subjectifs, et en confrontant cette nouvelle donne à l'ordre juridique interne, il convient en quête du titre deuxième formant notre seconde partie d'individualiser l'enfant au sein de sa famille. Cette approche nous permettra de vérifier en premier lieu, à quel point le législateur marocain est parvenu à insuffler un nouvel esprit dans le code de la famille, faisant de l'institution de l'incapacité juridique un régime protectionniste de l'enfant. Comme il sied, en second et dernier lieu, de mettre en évidence les outils mis au service du juge de fond pour la consolidation des droits de l'enfant.

570 LEVINET Michel « **Théorie générale des droits et libertés** » op.cit. p. 108

571 ROSENCZVEIG Jean-Pierre « **le droit des enfants** », Col. « Les petites conférences », Bayard, 2011, p. 19

TITRE II : L'individualisation de l'enfant au sein de sa famille

« Il ne sait ni combien, ni comment, ni quoi manger ou boire ; il ignore les limites qu'impose la fatigue. On veillera sur ses repas, son sommeil, son repos.

Pendant combien de temps ? Jusqu'à quand ? Toujours. Il a beau changer avec le temps, notre méfiance demeure, ou même s'accroît.

Il est incapable de discerner l'important du futile. L'ordre, un travail systématique, autant de notions qui lui restent étrangères. Distrait, il oublie tout, néglige ses devoirs. Il n'a aucune idée de ses responsabilités à venir.

Nous devons l'instruire, le diriger, lui servir d'exemple, le corriger, étouffer ses mauvais instincts, le mettre en garde, lui imposer une conduite à suivre. Combattre ses grimaces, ses caprices, son entêtement ».⁵⁷²

Ces épigraphes nous rapproche le concept des « capacités évolutives » introduit par la CDE au moyen de son 5 qui prévoit que : « *Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses **capacités**, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention* ».

572 KORCZAK Janusz « Le droit de l'enfant au respect : L'héritage de Janusz KORCZAK », Op.cit, p. 27

Chapitre 1 : La protection de l'enfant à travers l'institution du régime de l'incapacité

En reconnaissant l'incapacité juridique de l'enfant, la Convention lui accorde des droits subjectifs. « C'est ainsi que le mineur, jusqu'à ses dix-huit ans, doté d'une capacité de jouissance presque complète, est juridiquement titulaire de droits subjectifs, mais ne peut pas toujours les exercer ». ⁵⁷³

Bien que la capacité d'exercice soit la règle et l'incapacité l'exception, cette dernière est générale s'agissant du mineur qui ne peut conclure aucun acte juridique seul, vu que ses biens ou sa personne sont en cause.⁵⁷⁴ Cette perception de l'incapacité puise son fondement du principe selon lequel « l'incapacité qui se traduit par une certaine limitation de la personnalité est toujours une exception. »⁵⁷⁵

Notre ébauche, à présent, est de combler le manque de maturité physique et intellectuel qui inflige la personnalité de l'enfant, par l'institution du régime de l'incapacité qui procure immunité et réconfort au statut juridique de la personne de l'enfant.

Section 1 : L'incapacité en tant que régime protectionniste de l'enfant

L'incapacité juridique est « l'idée de rassembler sous la catégorie d'enfance en danger l'enfance coupable et l'enfance victime n'était pas évidente et heurtait le sens commun. Il fallait une philosophie de l'enfance solide et profondément optimiste pour considérer que l'enfant délinquant et l'enfant maltraité devaient bénéficier de la même protection. Cette philosophie reposait

573 PLAZY Jean-Marie, « **Droit de l'enfant et incapacité juridique de l'enfant, entre droit international et législation nationale** », Informations sociales, 2007/4 n° 140, p. 29

574 Jennifer POIRRET « **la représentation légale du mineur sous autorité parentale** », Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Présentée et soutenue publiquement le 14 novembre 2011, Université Paris-Est, p. 13

575 CARBONNIER Jean : « **Droit civil, t. 1, Introduction, les personnes** », 10ème éd. Thémis.

sur l'idée que l'enfant, tant qu'il était mineur, devait jouir d'un statut d'incapable et d'irresponsable juridiquement parlant. Être inachevé et en devenir, il devait bénéficier de protection et d'éducation ».⁵⁷⁶

L'incapacité de jouissance correspond à l'inaptitude à être sujet de droits, et à être titulaire de droits. À l'inverse, l'incapacité d'exercice est seulement l'inaptitude d'un sujet de droit à faire valoir par lui-même un droit acquis.

L'incapacité d'exercice trouve son fondement dans la protection des intérêts du plus faible, faisant du droit des incapacités « l'honneur du droit ». Laisser agir seul le mineur immature risquerait de compromettre fortement la protection de ses intérêts.⁵⁷⁷

A l'exception de l'incapacité d'exercer le commerce, de se marier, de faire des libéralités, de s'engager comme caution, le mineur jouit des mêmes droits subjectifs que le majeur. Cependant, l'incapacité d'exercice est nécessairement un handicap à l'épanouissement total de la personnalité juridique du mineur et la représentation apparaît comme le trait d'union entre la capacité de jouissance générale et l'incapacité d'exercice dont est frappé le mineur.⁵⁷⁸

Sous-section 1 : Une protection afférée au tuteur légal

Etant donné que la protection de l'enfant est assumée au premier chef par les parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant, il s'avère opportun de s'arrêter sur la définition de la famille qui lui procure un sentiment de sécurité et de protection.

576 YOUNG Dominique, « **Enfance victime, enfance coupable** » Les métamorphoses de la protection de l'enfance, in Revue « **Le Débat** », novembre-décembre 2004/5 n° 132, p. 214

577 Jennifer POIRRET « **la représentation légale du mineur sous autorité parentale** », Op.cit., p. 13

578« **La représentation légale du mineur sous autorité parentale** », Op.cit., p. 3

La famille a été définie par la Convention internationale des droits de l'enfant comme étant « *l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté* ». ⁵⁷⁹

Traditionnellement, on définit juridiquement la famille comme étant « l'ensemble des personnes unies par le mariage, ou par la filiation, ou par la parenté et l'alliance, résultant elle-même du mariage et de la filiation ». ⁵⁸⁰

Bien avant la CDE, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, a défini la famille par son article 16 comme étant la cellule de base et l'unité naturelle de la société qui a droit à la protection de l'Etat et de la société. De même, le pacte international des droits civils et politiques de 1966 a repris la même définition que la déclaration universelle.

En revanche, il incombe de noter que le code de la famille est resté muet sur la définition de la famille. Il s'est peut être sciemment gardé de se prononcer sur une telle définition pour envelopper les cas exceptionnels des enfants qui se trouvent privés de leur famille.

A cet égard, il convient de rappeler que le Coran prête un intérêt particulier à l'orphelin quant au devoir de compassion que lui doit l'adulte ⁵⁸¹ et de bonne gestion de ses biens. ⁵⁸² Il lui accorde ainsi un nombre de 23 versets coraniques désignant le concept « orphelin » et concepts voisins. Etant

579 Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant.

580 MECHRI Farouk « **Le sentiment d'affection & le droit de la famille** » éd. LATRACH, 2015P. 346

581 قال تعالى في حسن معاملة اليتيم ﴿وَأَمَّا الْيَتِيمَ فَلَا تَقْهَرْ﴾ سورة الضحى، الآية 9

و كذلك قوله سبحانه وتعالى ﴿أَرَأَيْتُمُ الَّذِينَ يُضَادُّونَ بِالْحَدِيثِ (1) فَذَلِكَ الَّذِي يَدْعُ الْيَتِيمَ (2) وَلَا يُخْضِ عَلَى طَعَامِ الْمُسْكِينِ (3)﴾ سورة الماعون، الآيات 1 و 2 و 3

582 قال الله تعالى في سورة الأنعام، الآية 152 ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۚ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۚ وَأَلْفُوا الْقَيْلَ وَالْمِيزَانَ بِالْقِسْطِ ۚ لَا تُلْغُوا نُفْسًا إِلَّا فَوْسَعَهَا وَإِذَا قُلْتُمْ فَاعْدِلُوا وَلَوْ كَانَ حَا قُرْبَىٰ ۚ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ۚ ذَلِكُمْ بِكُمْ تَكْفُرُونَ﴾

soigneusement protégé par la Charia, le Coran nous incite à allouer une part de l'héritage à l'orphelin, même s'il n'a pas la qualité d'héritier.⁵⁸³

La charia a défini l'orphelin, en l'espèce, comme celui dont le père est décédé alors qu'il est encore petit avant d'être pubère.

Cet attribut persistera jusqu'à ce qu'il atteigne l'âge de la puberté.⁵⁸⁴

En droit marocain, le code de la famille n'a fait aucune mention à l'orphelin, quoique ledit code s'inspire principalement de la Charia. Néanmoins, il a été fait mention expresse à l'orphelin au niveau de la loi n°15-01 relative à la prise en charge (*la kafala*) des enfants abandonnés⁵⁸⁵.

Cette loi a, par ailleurs, considéré l'orphelin comme étant un enfant abandonné, en précisant par le biais de son article premier qu' « *Est considéré comme enfant abandonné tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes :*

- [...]

- *être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ; »*

De cette disposition, il convient de noter que l'assimilation de l'orphelin à l'enfant abandonné aurait dû être remplacée par « les enfants se trouvant dans des situations exceptionnelles », afin de ne pas les exposer à la stigmatisation. D'où l'intérêt de transposer fidèlement les prescriptions de la Charia dans le texte de la loi n° 15-01 précitée, qui y prête un intérêt particulier.

583 قال الله تعالى في سورة النساء، الآية 8 ﴿وَإِذَا خَضَعَ النِّسْمَةُ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينُ فَأَلْزَمَهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾

584 العربي بختي، "حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية والاتفاقيات الدولية"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2013، ص. 114

585 La loi n° 15-01 relative à la prise en charge (*la kafala*) des enfants abandonnés, promulguée par le Dahir n° 1-02-172 du rabii II 1423, publiée au B.O n° 5036 du 5 septembre 2002

Quant à la place de l'orphelin dans les conventions internationales, il importe de préciser que, comparé à l'intérêt que lui prête la Charia, lesdites conventions ne prêtent que peu d'intérêt en la matière et ce, via deux conventions internationales.

Il s'agit en premier lieu de la quatrième convention de Genève de 1949 qui précise par son article 24 que « *les Parties au conflit prendront les mesures nécessaires pour que les enfants de moins de quinze ans, devenus orphelins ou séparés de leur famille du fait de la guerre, ne soient pas laissés à eux-mêmes, et pour que soient facilités, en toutes circonstances, leur entretien, la pratique de leur religion et leur éducation. Celle-ci sera si possible confiée à des personnes de même tradition culturelle.*

Les Parties au conflit favoriseront l'accueil de ces enfants en pays neutre pendant la durée du conflit, avec le consentement de la Puissance protectrice, s'il y en a une, et si elles ont la garantie que les principes énoncés au premier alinéa soient respectés.

En outre, elles s'efforceront de prendre les mesures nécessaires pour que tous les enfants de moins de douze ans puissent être identifiés, par le port d'une plaque d'identité ou par tout autre moyen ».

Ils'agit en second et dernier lieu de la CDE, qui précise dans son article 20 que« **1.** *Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciales de l'Etat ».*

Cet article témoigne que la préoccupation de la communauté internationale ne s'est pas limitée à préserver et à promouvoir le bien-être de

l'enfant dans sa famille d'origine seulement, mais elle s'est souciée également de préserver ledit bien-être dans la famille de substitution.⁵⁸⁶

C'est pour cette raison que ce même article 20 précise dans son paragraphe 3 que : « *Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalahde droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix entre ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique* ».

Par ce renvoi à la législation nationale, la loi n° 15-01 précitée a pris le soin d'apporter les solutions juridiques pour la plupart des problèmes que peut soulever la question de l'abandon de l'enfant, et ce, à partir du jugement déclaratif d'abandon,⁵⁸⁷ de l'enregistrement de l'enfant sur le registre de l'état civil,⁵⁸⁸ des conditions requises pour bénéficier de la *kafâla*,⁵⁸⁹ de l'ordonnance de la *kafâla* rendue par le juge des tutelles,⁵⁹⁰ de l'exécution de ladite ordonnance,⁵⁹¹ des effets de la *kafala*⁵⁹² ainsi que de sa cessation⁵⁹³ et enfin des différentes dispositions pénales⁵⁹⁴ édictées dans le but de procurer aux règles relatives à l'institution de la *kafâla* une certaine effectivité.

En droit marocain, la *kafâla* ne peut nullement être confondue avec l'adoption. Ceci tire sa force d'une multitude de versets coraniques qui

586 ZARROUKI Mustapha « **Le régime juridique marocain de la Kafâla : quelle réception par le juge européen ?** » in Revue Marocaine de l'enfant et de la famille, éditée par la chaire de l'UNESCO « Enfant-Famille- Société » et l'Observatoire National des Droits de l'Enfant, numéro 02- avril 2011, p. 89

587 Article 6 de la loi n° 15-01.

588 Article 21 de la loi n° 15-01.

589 Article 9 de la loi n° 15-01.

590 Article 17 de la loi n° 15-01.

591 Article 18 de la loi n° 15-01.

592 Article 22 de la loi n° 15-01.

593 Article 25 de la loi n° 15-01.

594 Les articles 30 et 31 de la loi n° 15-01.

prohibent l'adoption. A cet effet, le verset 4 de Sourate Al-Ahzab prescrit qu'« *Il n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants. Ce sont des propos de votre bouche* ». ⁵⁹⁵

De surcroît, le verset 5 de la même Sourate démontre que les enfants adoptifs ne doivent pas porter le nom de leur adoptants et en précise «*Appelez-les du nom de leurs pères : c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez pas leurs pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés. Nul blâme sur vous pour ce que vous faites par erreur, mais vous serez blâmés pour ce que vos cœurs font délibérément. Allah, cependant, est Pardonneur et Miséricordieux* ». ⁵⁹⁶

Dans le même fil d'idée, il y a lieu de souligner que les femmes des fils adoptifs ne sont pas prohibées pour leur adoptants et ce, conformément au verset 37 de la même Sourate qui affirme « *Puis quand Zayd eût cessé toute relation avec elle, Nous te la fîmes épouser, afin qu'il n'y ait aucun empêchement pour les croyants d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs, quand ceux-ci cessent toute relation avec elles. Le commandement d'Allah doit être exécuté* ». ⁵⁹⁷ Pour éclairer le sens de ce verset, il faut préciser que Zayd Ibno Hâritha était le fils adoptif du prophète Mohammed -que la prière et le salut soient sur lui- qui a été autorisé par le verset ci-dessus à épouser la femme de son fils adoptif, une fois répudiée.

Toutefois, malgré cette prohibition très claire de la Charia et devant l'enracinement dans les mœurs de la pratique de l'adoption en terre d'Islam, les

595 قال الله تعالى في الآية 4 من سورة الأحزاب: ﴿وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ دَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ﴾

596 قال الله تعالى في الآية 5 من سورة الأحزاب: ﴿إِذْ يُؤْمِنُ لَابَنِيهِمْ هُوَ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَبِمَا خَلَقْتُمْ فِي الدِّينِ وَمِمَّا يَخْلُقُ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ وَلَكِنْ مَا تَعَمَّدَتْ قُلُوبُكُمْ وَكَانَ اللَّهُ غَفُورًا رَحِيمًا﴾

597 قال الله تعالى في الآية 37 من سورة الأحزاب: ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِيَسْئَلَ الْمُؤْمِنِينَ خَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا وَكَانَ أَمْرُ اللَّهِ مَفْعُولًا﴾

jurisconsultes ont élaboré une construction juridique, le (tanzil) ou (jaza), c'est-à-dire l'adoption testamentaire ou de gratification, permettant à l'enfant de percevoir le tiers de l'héritage, ce qui le place au même rang qu'un héritier légataire.⁵⁹⁸

L'adoption dite de gratification ou testamentaire est reproduite au dernier alinéa de l'article 149 du code de la famille qui rappelle, en outre, qu'elle n'établit pas la filiation paternelle et suit les règles du testament.

Par dérogation à la règle qui interdit la pratique de l'adoption au Maroc comme en Algérie, la Tunisie connaît une particularité législative qui donne le droit aux enfants abandonnés à une identité complète et donc à une reconnaissance facilitant leur intégration au corps social. Ces mesures visent en effet à supprimer la catégorie des enfants nés de père inconnu, sans nom, sans filiation.⁵⁹⁹ Or, l'esprit de la législation tunisienne aussi sociétal soit-il ne répond guère aux commandements de la Charia.

En revanche, si l'adoption est interdite, le droit musulman reconnaît et encourage la pratique de la *kafâla*, reconnue également par le droit marocain. La Kafâla constitue, en l'occurrence, une alternative à l'adoption.

La reconnaissance de la *kafâla* en tant que forme particulière d'adoption a pu être comparé à l'adoption simple⁶⁰⁰, telle que connu en France ou encore au

598 PAPI Stéphane « L'influence juridique islamique au Maghreb : Algérie-Libye-Maroc-Mauritanie-Tunisie ». Op.cit. p. 144

599 BARRAUD Emilie « Kafâla et migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb » in Droit et Cultures « **Revue internationale interdisciplinaire** », l'Harmattan, 2010/1. p. 83

600 Cette adoption a pour effet de gommer la première appartenance de l'enfant, moyennant un changement définitif d'identité.

*fosterage*⁶⁰¹ tel que l'a défini l'anthropologie, alors qu'elle ne peut être assimilée ni à l'une ni à l'autre du fait de sa spécificité.⁶⁰²

La *kafâla*, telle que régit par la loi n° 15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnées, est en quelque sorte assimilée à l'adoption de gratification. Elle ne crée pas de liens de filiation et n'est pas une cause de successibilité.⁶⁰³

En effet, la *kafâla* ne peut aucunement prêter à confusion avec l'adoption simple en matière de conflit de lois relatives à la filiation adoptive, du fait que le code civil français renvoie à la loi personnelle du mineur étranger.⁶⁰⁴

En droit marocain, le régime juridique de la *kafâla* est défini, conformément au droit musulman, par l'article 2 de la loi n° 15-01 précitée comme étant « ... *l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant. La kafala ne donne pas de droit ni à la filiation, ni à la succession* ».

Le Saint Coran nous relate davantage l'histoire de Marie ; la mère de Jésus qui, étant orpheline, on confia sa prise en charge à Zakaria.

De surplus, il y a lieu de signaler que la *kafâla* a été fortement recommandée par le prophète Mohammed -que la prière et le salut soient sur lui- qui affirme dans un Hadith : « *Moi et celui qui aura à sa charge un orphelin*

601 Le terme de *fosterage*, dérivé du verbe anglais *to foster* qui signifie nourrir, a été intégré au lexique anthropologique français faute de traduction adéquate, et n'implique pas de changement d'identité pour l'enfant.

602 Corine FORTIER « **le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique** », in Droit et Cultures « **Revue internationale interdisciplinaire** », l'Harmattan n° 59, 2010/1 p. 27

603 Jacqueline POUSSON-PETIT « **L'ordre public familial en droits maghrébins** » in « **Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français** », sous la direction de J. POUSSON-PETIT, éd. l'Harmattan 2009. p. 42

604 L'article 370-3 du code civil français dispose que : « *l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France* ».

sommes au Paradis comme ces deux doigts » et il groupa son index et son majeur et les sépara.⁶⁰⁵

Par ailleurs, il s'avère temps de se demander si le terrain pratique laisse planer le risque de convertir la *kafâla* en une adoption, ou la législation en la matière est suffisamment immunisée contre ce risque ?

Sur ce, il est désormais clair que la *kafâla* ne peut guère être convertie en adoption. Il convient de noter que les juridictions nationales veillent à ce que la *kafâla* ne prête pas à confusion avec l'adoption.

A ce sujet, la Cour de cassation a répondu par un arrêt, en date du 15/04/2014,⁶⁰⁶ par lequel elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel ayant confirmé le jugement interjeté, qui a eu pour objet de confier la kafala d'un enfant à des époux d'origine française, récemment convertis à l'Islam.

Attendu que la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 10 de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés, qui précisent qu' « *en cas de pluralité des demandes de la kafala d'un enfant abandonné, la priorité est accordée aux époux disposant des meilleures conditions présentant le meilleur intérêt pour l'enfant* », alors qu'elle avait le choix de confier l'enfant abandonné à des époux marocains résidant au Maroc.

Attendu que la Cour d'appel a également violé les dispositions de l'article 19 de la même loi, lorsque le juge des tutelles n'a pas effectué les enquêtes qu'il estime appropriées afin de s'assurer, le cas échéant, que les requérants de la

605 Hadith rapporté par Al-Boukhari

عن سهيل بن سعد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أنا وكافل اليتيم في الجنة هكذا وأشار بالسبابة والوسطى وفرج بينهما» رواه البخاري.

606 القرار عدد 296 المؤرخ في 2014/04/15 الملف الشرعي عدد 2013/1/2/226 المنشور بسلسلة دقاتر محكمة النقض عدد 22 والمضمن بمرجع "كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات و تدبيل الإكراهات: مع قرارات هامة من غرفة الأحوال الشخصية و الميراث بمحكمة النقض". مركز النشر والتوثيق القضائي بمحكمة النقض. مطبعة الأمانة-الرباط 2015. ص. 171-174

kafâla ont une résidence habituelle à Ouarzazate, chose qui compromettra davantage le suivi et le contrôle de l'enfant, objet de la *kafâla*.

Et vu que l'article 2 de la loi n° 15-01 précitée, dispose en substance que la *kafâla* ne donne le droit ni à la filiation ni à la succession, tandis que les requérants ont obtenu l'agrément administratif indiquant que l'enfant en question, est apte à être accueilli et adopté en France.

Partant, en confiant l'enfant, objet de la *kafâla* à ces requérants, la Cour d'appel aurait non seulement violé les dispositions de l'article 2 susvisé, mais également celles de l'article 149 du code de la famille qui rappelle que l'adoption est nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation légitime.

Pour défaut de motifs et défaut de base légale, la Cour de cassation casse et renvoie l'affaire et les parties devant la même juridiction, mais autrement composée, pour qu'il soit à nouveau statuer conformément à la loi.

Dans un autre arrêt rendu, cette fois-ci, par la Cour d'appel de Rabat⁶⁰⁷ qui relate les mêmes faits que l'arrêt sus-évoqué de la Cour de cassation, le ministère public près la Cour d'appel a attaqué le jugement du juge des tutelles confiant la *kafâla* à des époux de nationalité étrangère.

A cet effet, la Cour d'appel a invoqué la violation des articles 9 et 16 de loi n° 15-01 précitée. Cette argumentation fut réitérée à maintes reprises par la même Cour, dont l'arrêt rendu par la chambre du statut personnel et successoral.⁶⁰⁸

A partir des cas de jurisprudence examinés en matière de la *kafâla*, il s'avère que l'institution de la *kafâla* se veut un cadre fort protecteur qui

607 قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 200 صادر بتاريخ 2014/07/14.
608 قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 199 بتاريخ التاريخ 2014/07/14.

caractérise l'ordre juridique marocain. La position des juridictions du deuxième degré, tout comme la Cour de cassation, est marquée par une réticence vis-à-vis des jugements confiant la *kafâla* à des époux de nationalité étrangère. Ceci réside, en premier lieu, à l'impossibilité de contrôler le bien être de l'enfant à l'étranger. En second lieu, et tout particulièrement, par crainte de détourner l'enfant, objet de la *kafâla*, de ses convictions religieuses, une fois à l'étranger ; surtout qu'il est rappelé à l'article 3 de la Constitution que « *l'Islam est la religion de l'Etat* ». En dernier lieu, pour des motifs qui risquent fort de faire de l'enfant « *un profit matériel indu* »⁶⁰⁹, une fois à l'étranger.

Nonobstant, il importe de signaler que la loi n° 15-01 s'est préoccupée à régir la prise en charge des enfants abandonnés, abstraction faite des enfants non abandonnés. De ce fait, l'exclusion de ces derniers du champ d'application de la loi signifie-t-il pour autant que le juge peut procéder à une interprétation *a contrario* pour définir les enfants non abandonnés ?

Rappelons à cet effet que le code de la famille a défini, par ricochet, l'enfant comme toute personne n'ayant pas atteint l'âge de la majorité légale fixé à dix-huit années grégoriennes révolues. Quant à l'article premier de la loi n° 15-01, il a explicitement défini l'enfant abandonné comme tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit années grégoriennes révolues, lorsqu'il se trouve dans l'une des situations mentionnées à titre limitatif au même article.

Attendu que le code de la famille a accordé une définition assez timide à la notion de « l'enfant », le juge pourra volontiers, puiser de la définition consacrée par la loi n° 15-01 à l'enfant abandonné.

609 L'enfant risque d'être exposé à la vente et l'exploitation. « **Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant** » UNICEF, édition entièrement révisée, Fonds des Nations Unies pour l'enfance 2002, p. 320

Par une interprétation *a contrario*, et pour aboutir à une définition *in extenso* du concept « enfant », « on serait alors appelé à dire que chaque enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit années grégoriennes révolues et ne se trouvant dans aucune des situations visées à l'article premier de la loi n° 15-01, est considéré comme un enfant non abandonné, sa prise en charge échappe par conséquent à l'application des dispositions spécifiques contenues dans la loi n° 15-01 précitée ». ⁶¹⁰

Quant à la procédure de prise en charge d'un enfant non abandonné, elle est déterminée par une circulaire du ministère de la justice. ⁶¹¹ Cette procédure invite pour le demandeur à fournir l'autorisation du juge notarial en vue de dresser un acte adoulaire ; laquelle autorisation est obligatoirement précédée par une enquête faite par le parquet sur l'aptitude des requérants.

En somme il découle de la *kafâla*, tant marocaine qu'algérienne, que le *makfûl* ne peut avoir droit au patronyme et ne peut hériter de son *kafil*. Elle a la particularité d'être provisoire et révocable. Ne reconnaissant pas la filiation entre les parents et l'enfant et se limitant strictement au devoir d'éducation, il s'agit d'une institution adaptée à la société qui l'a légalisée. ⁶¹²

A ce sujet, la loi n° 37-99 relative à l'état civil apporte les précisions suivantes : « *L'enfant de père inconnu est déclaré par la mère ou par la personne en tenant lieu ; elle lui choisit un prénom, un prénom de père comprenant l'épithète " Abd " ainsi qu'un nom de famille qui lui est propre.*

610 ZARROUKI Mustapha « **Le régime juridique marocain de la Kafâla : quelle réception par le juge européen ?** » op.cit. p. 93

611 Circulaire n° 1858, en date du 07/02/1996, de la direction des affaires civiles, relevant du Ministère de la Justice et des libertés.

612 BARRAUD Emilie « **la filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb** », in Droit et Cultures « **Revue internationale interdisciplinaire** », l'Harmattan n° 59, 2010/1 p. 274

Il est fait mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant pris en charge « Makfoul » du document en vertu duquel la kafala est attribuée conformément à la législation en vigueur ».

Sur ce, il convient de conclure que la loi n° 15-01 s'efforce d'assurer à l'enfant abandonné une protection de remplacement conforme aux standards universels, tout en s'attachant aux préceptes de la Charia.

En évoquant le cas de l'orphelin et de l'enfant pris en charge « *Makfoul* », comme un cas de figure d'enfants privés de leur famille, nous passons à l'étude de l'enfant handicapé, appelé encore enfant « à besoins spécifiques ».

L'intérêt de l'étude est justifié par le fait que l'enfant handicapé, tout comme l'orphelin et l'enfant « *Makfoul* », se rejoignent dans le fait qu'ils requièrent un besoin spécifique et une assistance spéciale.

En s'intéressant à la catégorie de personnes à besoin spécifique, la Constitution veille notamment à réhabiliter et intégrer dans la vie sociale et civile les handicapés physiques sensorimoteurs et mentaux et faciliter leur jouissance des droits et libertés reconnus à tous.⁶¹³

L'intérêt manifesté par le législateur à l'égard du handicapé est profondément ancré dans le droit musulman. Preuve en est, le Prophète -paix et bénédictions sur lui- a dit selon Al-Boukhari : « *Tout musulman atteint par un méfait, ne serait-ce qu'une piqûre d'épine ou plus, ses fautes et ses pêchés lui seront pardonnées* ».⁶¹⁴

613 Tel qu'il ressort en substance de l'article 34 de la Constitution du Royaume de 2011

614 عن أبي سعيد وأبي هريرة -رضي الله عنهما- عن النبي -صلى الله عليه وسلم- قال: (ما يصيب المسلم من نصب، ولا وصب، ولا هم، ولا حزن، ولا أذى، ولا غم، حتى الشوكة يشاكها إلا كفر الله بها من خطاياها) أخرجه البخاري، كتاب المرضى، باب ما جاء في كفارة المرضى (2137/5)، رقم: (5318).

Ainsi, le Coran a exempté les personnes handicapées des devoirs qu'ils ne peuvent assumer, sans pour autant leur faire des reproches : « *l'aveugle, le boiteux et le malade n'encourent aucun blâme [à ne pas se rendre à la Guerre]* ». Ce verset coranique, nous enseigne que la règle générale vis-à-vis de la personne en situation de handicap réside dans l'exemption.⁶¹⁵

L'intérêt doit être dû aux enfants handicapés par ce qu'ils sont particulièrement exposés à l'abandon par leurs parents, à la naissance ou plus tard, souvent parce que les parents ne reçoivent pas un appui adéquat, ou parce qu'ils craignent de ne pas être capables de faire face à la situation. Par ailleurs, les traditions ou les cultures suscitent parfois des préjugés ou de l'hostilité vis-à-vis des handicapés, encourageant les parents de ceux-ci à abdiquer leurs responsabilités. Les travailleurs sociaux constateront peut-être une certaine répugnance dans les familles de placement potentielles à prendre en charge des enfants infirmes, et les petits établissements de dimensions familiales ne disposent pas toujours du personnel ou des installations nécessaires. En conséquence, les enfants handicapés risquent de se retrouver dans des institutions de grande taille, ou qui ne se soucient pas particulièrement d'eux.⁶¹⁶

L'article 23 de la CDE dédié à la protection des droits de l'enfant handicapé, tel qu'il est évoqué lors de la première partie, doit être étroitement lié à l'article 2 de la même Convention. Cette lecture combinée des deux articles, permettra d'octroyer à l'enfant handicapé le droit de mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent sa dignité, favorisent son autonomie et facilitent sa participation active à la vie de la collectivité. D'où

615 قال الله تعالى في سورة النور، الآية 61 : ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَبْنَائِكُمْ أَوْ مَا مَلَكَتْهُم مَوَانِعٌ أَوْ صَدِيقِكُمْ ۚ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَأْكُلُوا جَمِيعًا أَوْ أَشْتَاتًا ۚ فَإِذَا دَخَلْتُمْ بُيُوتًا فَسَلِّمُوا عَلَى أَنْفُسِكُمْ تَحِيَّةٌ مِنْ مَوْلَى اللَّهِ مُبَارَكَةٌ طَيِّبَةٌ ۚ كَذَلِكَ يَبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾

616 « Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant » UNICEF, édition entièrement révisée, Fonds des Nations Unies pour l'enfance 2002, p. 305

l'avantage, rappelons-le, du caractère indivisible et interdépendant des articles formant le texte de la CDE.

Delà, il sied de signaler que la protection mise à la charge du tuteur légal, implique désormais de recourir à des techniques ne portant pas atteinte à la capacité d'exercice et valorisant l'autonomie de la personne.

En définitive, l'autonomie surveillée prévaut sur l'incapacité d'exercer ses droits et l'autorité parentale en tant qu'accompagnement de l'enfant autonome s'inscrirait pleinement dans cette modernisation. Cette évolution est évidemment louable, mais s'agissant du mineur pour qui, le principe demeurera l'incapacité à exercer ses droits, elle paraît peu réaliste et n'aura vocation à s'appliquer que de manière exceptionnelle à mesure de l'accroissement de sa capacité naturelle. En réalité, les nouvelles modalités de la protection des personnes vulnérables ne valent que si le postulat est l'autonomie de la personne et finalement la capacité d'exercice. Si la représentation est une exception dans la protection de la personne du majeur sous tutelle, elle demeure un principe de protection du mineur car le raisonnement doit être différent, malgré leur similarité apparente, entre majeur protégé et mineur.⁶¹⁷

L'approche de la protection de la personne de l'enfant assignée en premier lieu aux parents ou à la personne ayant la charge de l'enfant, nous livre à s'interroger sur l'effet réversible de cette protection ?

617 POIRRET Jennifer « la représentation légale du mineur sous autorité parentale », Op.cit, p. 55

Sous-section 2 : Une protection à effet réversible : La protection de la personne de l'enfant contre ses parents

La protection de la personne de l'enfant contre ses parents est devenue une des préoccupations majeures du législateur, mais le contrôle exercé demeure réduit parce qu'il implique une grande subjectivité et qu'envisager la protection de la personne de l'enfant, c'est aussi envisager la mission naturelle et première des père et mère. La relation filiale et parentale, ainsi que l'impératif d'éducation, induisent un rapport hiérarchique entre les parents et leurs enfants conduisant à restreindre le contrôle de l'action parentale.⁶¹⁸

Le rapport hiérarchique entre les parents et leurs enfants doit être commandé par l'intérêt de l'enfant. En effet, la notion d'intérêt de l'enfant, si elle est aujourd'hui « un facteur d'adaptabilité du droit et c'est sans aucun doute ce qui constitue sa principale richesse »⁶¹⁹, n'est jamais certaine et qu'il faut se méfier des interprétations opportunistes qui pourraient en être faites au nom de la protection de l'enfant contre ses parents, mais au détriment de sa protection individuelle.⁶²⁰

La protection de la personne de l'enfant contre ses parents est nécessaire mais demeure impossible. Si l'on s'accorde à dire que le pouvoir doit être exercé dans l'intérêt d'autrui et plus précisément dans l'intérêt de l'enfant, la réalité est toute différente. Plusieurs obstacles surgissent face à l'éventualité d'un contrôle de l'usage du pouvoir. En effet, l'autorité parentale vient brouiller les principes avancés. D'une part, la possibilité de contestation du pouvoir d'autorité

618 POIRRET Jennifer « **la représentation légale du mineur sous autorité parentale** », Op.cit. p. 469

619 GOUTTENOIRE Adeline, « **Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant** », in Mélanges en l'honneur de la Professeure Françoise DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Monchrestien, 2012, p.148.

620 GUILLEMOT TREFFAINGUY Vanessa « **La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)** », thèse présentée pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bordeaux, soutenue publiquement le 1er décembre 2017, p. 570

remettrait en cause le crédit du titulaire de la prérogative. D'autre part, les parents peuvent se prévaloir de droits discrétionnaires et non contrôlés. Ainsi qu'en est-il du droit de consentir ou non au mariage de leur enfant. Il s'agit néanmoins dans de tels cas de droits propres aux parents et des droits subjectifs, exercés dans l'intérêt personnel de leur titulaire. Un tel raisonnement ne peut toutefois être appliqué au pouvoir, entièrement dirigé vers la satisfaction de l'intérêt d'autrui. La nature de la prérogative postule l'existence d'un contrôle.⁶²¹

Du moment que la relation parent-enfant est une relation qui reflète *a fortiori* la puissance paternelle s'exerçant au sein du foyer familial, il s'avère difficile à l'Etat de s'ingérer dans le processus de protection de l'enfant, le cas échéant, contre ses parents. Néanmoins, ceci, ne doit pas contraindre l'Etat à y intervenir, dès que le problème déborde la sphère familiale et prend une tournure d'ordre social.

Il s'agit à titre illustre des parents qui forcent leurs enfants à la mendicité. Ce fléau social est réprimé par la section V formant code pénal unifié. A cet effet, les dispositions de l'article 327 précisent que « *Sont punis de l'emprisonnement de trois mois à un an, tous mendiants, même invalides ou dénués de ressources, qui sollicitent la charité :*

1° Soit en usant de menaces ;

2° Soit en simulant des plaies ou infirmité ;

3° Soit en se faisant accompagner habituellement par un ou plusieurs jeunes enfants autres que leurs propres descendants ;

4° Soit en pénétrant dans une habitation ou ses dépendances sans autorisation du propriétaire ou des occupants ;

⁶²¹« La représentation légale du mineur sous autorité parentale », Op.cit, p.471

5° Soit en réunion, à moins que ce soit le mari et la femme, le père et la mère et leurs jeunes enfants, l'aveugle ou l'infirme et leur conducteur ».

L'article 328 prévoit en la matière que : *« Sont punis de la peine prévue à l'article précédent, ceux qui, soit ouvertement, soit sous l'apparence d'une profession, emploient à la mendicité des enfants âgés de moins de treize ans ».*

L'article 330 prescrit, à son tour, que *« Le père, la mère, le tuteur testamentaire, le tuteur datif, le kafil ou l'employeur et généralement toute personne ayant autorité sur un enfant ou qui en assure la protection qui livre, même gratuitement l'enfant, le pupille, l'enfant abandonné soumis à la kafala ou l'apprenti âgé de moins de dix-huit ans à un vagabond ou à un ou plusieurs individus faisant métier de la mendicité, ou à plusieurs vagabonds est puni de l'emprisonnement de six mois à deux ans. La même peine est applicable à quiconque livre ou fait livrer l'enfant, le pupille, l'enfant soumis à la kafala ou l'apprenti, âgés de moins de dix-huit ans, à un ou plusieurs mendiants ou à un ou plusieurs vagabonds, ou a déterminé ce mineur à quitter le domicile de ses parents, tuteur testamentaire, tuteur datif, kafil, patron ou celui de la personne qui assure sa protection, pour suivre un ou plusieurs mendiants ou un ou plusieurs vagabonds ».*

Ces dispositions répressives portent leur limite face à l'ampleur du fléau social, et resteront lettre morte, tant que l'Etat se garde de s'ingérer au temps opportun. Cette tendance revêt l'image d'un Etat plutôt démissionnaire que soucieux des questions qui concernent l'enfant, et favorisera forcément le passage de l'enfant exposé au danger à l'enfant dangereux, autrement dit de l'enfant protégé par la loi à l'enfant en conflit avec la loi. D'où la nécessité de remédier, à la source, au fléau en question.

Cette réflexion invite les parents ou toute autre personne ayant la charge de l'enfant à consentir des efforts pour honorer l'engagement moral du à l'enfant. Il s'agit, en l'occurrence, du droit de l'enfant à **l'orientation et aux conseils**. Pour faire valoir ce droit, il incombe de recourir à l'article 5 de la CDE qui dispose que « *Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention* ».

Cette disposition doit être étroitement combinée à la lecture de l'article 18 qui précise ce qui suit : « *1. Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant...* ».

Ces articles apportent à la Convention une définition souple de «la famille» et y introduisent deux concepts essentiels : la «responsabilité» des parents et le «développement des capacités» de l'enfant. Ils montrent clairement que la Convention voit dans l'enfant un sujet actif de droits, en y insistant sur l'exercice de ses droits «par lui-même».⁶²²

622« **Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant** » UNICEF, édition entièrement révisée, Fonds des Nations Unies pour l'enfance 2002, p. 89

Ces dispositions témoignent que la CDE renforcent les liens tissés entre l'enfant et ses parents, et impliquent de surcroît la famille élargie, telle que reconnue par les coutumes. L'intérêt que prête la CDE à la famille s'exprime par son préambule, réitérons-le, ainsi libellé « *Convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres et en particulier des enfants,*» et reconnaît que «*l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension*». ⁶²³

Traditionnellement, on définit juridiquement la famille comme étant « l'ensemble des personnes unies par le mariage, ou par la filiation, ou par la parenté et l'alliance, résultant elle-même du mariage et de la filiation ». ⁶²⁴

Ainsi, pour que les parents procurent un meilleur développement des capacités à l'enfant on attend des parents qu'ils lui assurent l'orientation et les conseils appropriés, «*mais il leur est demandé d'agir, ce faisant, d'une manière qui tienne compte du développement des capacités de l'enfant, de son âge et de sa maturité.*

Il apparaît, à la lumière de l'article 12, que doit prévaloir un système de dialogue véritable, positif et responsable. En fait, les parents sont particulièrement bien placés pour développer chez l'enfant la capacité d'intervenir de plus en plus aux différents stades de décision, le préparer à une vie responsable dans une société libre, l'informer, lui donner l'orientation et les conseils nécessaires, tout en lui garantissant le droit d'exprimer librement des opinions qui seront dûment pesées (articles 12 et 13). Les opinions de l'enfant seront ainsi prises en considération, bien que pas forcément entérinées, et l'on donnera à l'enfant la possibilité de comprendre les raisons pour lesquelles une

623 Préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant.

624 MECHRI Farouk « **Le sentiment d'affection & le droit de la famille** » éd. LATRACH, 2015P. 346

*décision différente aura été adoptée. L'enfant deviendra un partenaire actif, ayant les compétences requises pour participer, plutôt que le reflet passif des désirs des parents.»*⁶²⁵

Ce fluide passage de l'article 5 aux articles 18, 12 et 13 de la CDE confirme par excellence, qu'elle est bien constituée d'articles indivisibles et interdépendants.

Etant consacré par les instruments internationaux, le droit à l'orientation et aux conseils, tire vivement sa force du Saint Coran⁶²⁶ et de la Sunna⁶²⁷ qui servent à éclairer les parents sur l'attitude à adopter en la matière, afin de permettre à l'enfant l'exercice de ses droits en harmonie avec ses facultés croissantes et son meilleur intérêt.

Autant, la Sunna a veillé à prescrire des conduites à tenir pour inculquer à l'enfant une bonne éducation ayant pour assise les bonnes mœurs, en optant pour l'intimidation sans pour autant lui infliger des châtiments corporels.⁶²⁸

625« **Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant** » UNICEF, édition entièrement révisée, Fonds des Nations Unies pour l'enfance 2002, p. 95

626 قال تعالى في الحث على ضرورة تعليم الأطفال و تربيتهم على الأخلاق الحميدة، في سورة التحريم، الآية 6: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا هُوَ أَدْنَىٰ لَكُمْ أَنْ تُعَلِّمُوا بَنِيَكُمْ وَلِيْلَهُمْ نَارًا وَهُوَ ذَا النَّاسِ وَالْجِبَارَةِ عَلَيْهَا مَلَكُوتٌ فَلَا ظَئْرَ لَكُمْ لََّا يَخْشَوْنَ اللَّهَ مَا أَمَرَهُمْ وَيَفْعَلُونَ مَا يُؤْمَرُونَ﴾.

وقال تعالى في سورة الإسراء، الآية 24 : ﴿وَقُلْ رَبِّ ارْحَمْنَاهُمَا حَقًّا رَبِّانِي صَغِيرًا﴾

وقال تعالى في سورة الشعراء، الآية 18 : ﴿قَالَ أَلَمْ نُؤْكَلْ فِيهَا وَلِئَلاَّ وَلِيَدًا وَلَبِئْسَ فِيهَا مِنْ مُّعْمَلَةٍ سَنِينَ﴾

627 وقد دعت السنة النبوية في أكثر من حديث إلى ضرورة تربية الأطفال على حسن الخلق. فعن الحارث بن النعمان سمعت أنس بن مالك يحدث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (أكرموا أولادكم و أحسنوا أدبهم). أخرجه ابن ماجه في السنن، كتاب الأدب، باب بر الولد والإحسان إلى البنات، حديث رقم 3661.

وفي حديث آخر، عن عباد بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (ليس على أمي من لم يجل كبيرنا و يرحم صغيرنا و يعرف لعالمنا حقه)، أخرجه الإمام أحمد في مسنده، حديث رقم 21693.

وعن أيوب بن موسى عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (ما نحل والد ولده من نحل أفضل من أدب حسن) أخرجه الإمام أحمد في مسنده، حديث أيوب بن موسى رضي الله تعالى عنه حديث رقم 16118، والترمذي في سننه، كتاب البر و الصلة، باب ما جاء في أدب الولد.

فعن عبد الله بن عامر قال: "دعني أُمي يوما ورسول الله صلى الله عليه وسلم قاعد في بيتنا، فقالت: تعال أعطك فقال لها رسول الله : (ما أردت أن تعطيه؟) قالت: أردت أن أعطيه تمرا، فقال لها : (أما إنك لو لم تعطه شيئا كتبت عليك كذبة). أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأدب في التشديد في الكذب، حديث رقم 4339.

628 بالنسبة إلى التدرج في شأن ضرب الطفل إذا لم ينفع معه الحلم، فيذكر أن التوجيهات النبوية الشريفة تقتضي إتباع الأساليب التربوية الآتية وأهمها: تعليق أداة الضرب في البيت حتى يراها الطفل، ليرتدع برويتها موجودة. ولأهمية هذا الأسلوب فقد أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بذلك، فعن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بتعليق السوط بالبيت (البخاري الأدب المفروض، ج 2، ص 656)، والأفضل ألا

Ainsi, sur la base des préceptes de la Charia, le Ministère de l'éducation nationale, de la formation professionnelle de l'enseignement supérieur et de la recherche scientifique a pris l'initiative de communiquer une correspondance⁶²⁹ au corps des inspecteurs et instituteurs, ayant pour objet de bannir toutes les formes de violence exercées sur les élèves et celles *vice versa* exercées à l'encontre des instituteurs.

En relatant les nouveaux attributs du régime de l'incapacité juridique institué en faveur de l'enfant, il convient de mettre en exergue les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux qui lui sont dus.

Section 2 : Le placement du mineur sous la tutelle légale

Après avoir démontré que le régime d'incapacité est loin d'être ce stéréotype qui affaiblit la personnalité de l'enfant en général et du mineur le cas échéant, il est *a contrario* ce régime qui renforce la protection de l'incapable.

Dès sa naissance, l'enfant acquiert des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux puisés à la fois des textes juridiques et des sources du droit musulman.

Généralement, on utilise l'expression « droits patrimoniaux » par opposition aux « droits extrapatrimoniaux ». Ces derniers, comme les droits politiques et civiques, ne sont pas évaluables en argent. En effet, qui dit

يستعمل هذا السوط، فقد أوصى رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا أيضا، فقال لمعاذ بن جبل رضى الله عنه (و لا ترفع عنهم عصاك أدبا) أخرجه الإمام أحمد في مسنده من مسند الأنصار، حديث رقم 21060.
629 المملكة المغربية، وزارة التربية الوطنية والتكوين المهني والتعليم العالي والبحث العلمي. المراسلة رقم 002-15 بتاريخ 09 يناير 2015 في شأن التصدي للعنف و السلوكات المشينة بالوسط المدرسي.

patrimoine dit pécuniaire (du latin *pecunia* : argent) pour dire monétaire. C'est dire que les droits patrimoniaux sont des droits appréciables en argent.⁶³⁰

Sous-section 1 : La protection des droits patrimoniaux de l'enfant

« Comme l'adulte, l'enfant bénéficie de la dignité de l'être humain et du statut de personne juridique titulaire de droits, mais, à sa différence, il ne peut user de la totalité de ses droits subjectifs dans la mesure où il est censé incapable d'en user dans son intérêt et dans le respect des lois ». ⁶³¹

L'enfant a droit à une panoplie de droits patrimoniaux qu'il acquiert, selon les cas, dès l'état fœtal ou dès sa naissance.

Commençons par le droit de l'enfant à la **pension alimentaire**, que nous retrouvons généreusement dans les dispositions du code de la famille, dont les articles 54.3 et 197 posent le principe suivant : « *La pension alimentaire due aux parents est assurée par les enfants à leur père et mère et par le père et la mère à leurs enfants, conformément aux dispositions du présent Code* ».

Toutefois, ce principe est tempéré par une exception contenue dans l'article 199 qui prévoit que : « *Lorsque le père est, totalement ou partiellement, incapable de subvenir à l'entretien de ses enfants et que la mère est aisée, celle-ci doit assumer la pension alimentaire au prorata du montant que le père est dans l'incapacité d'assurer* ».

630 MOLE MOGOLO Gratien « **Le patrimoine des jeunes Eglises en République démocratique du Congo : Conditions juridiques de l'autonomie** » Préface de Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET et Roland Jacques, OMI, Col. Presses Universitaires de Sceaux, l'Harmattan, 2010. p. 20

631 BAILLON-WIRTZ Nathalie, HONHON Yves, le BOURISCOT Marie-Christine, Meier-Bourdeau Alice, OMARJEE Imran, PONS-BRUNETTI Clotilde « **L'enfant sujet de droits : Filiation, patrimoine, protection** », Op.cit. p. 197 Janusz KORCZAK « **Le droit de l'enfant au respect : L'héritage de Janusz KORCZAK** », Conférence sur les enjeux actuels pour l'enfance, les éditions du Conseil de l'Europe, 2009, p. 54

Ces dispositions s'inspirent *a fortiori* de la Charia et particulièrement du rite Malikite qui a pris le soin de désigner à qui incombe l'obligation de la pension alimentaire, à qui est-elle due et comment l'évaluer.

Pour trancher sur ces questions, le législateur marocain a conjugué entre le Coran⁶³² et la Sunna⁶³³, ainsi que les conventions internationales dument ratifiées dans ce sens.

La pension alimentaire a été confirmée dans une variété de conventions à savoir, le principe 4 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959 qui précise que « *l'enfant doit bénéficier de la sécurité sociale, il doit pouvoir grandir et se développer d'une façon saine ; à cette fin, une aide et une protection spéciales doivent lui être assurées ainsi qu'à sa mère, notamment des soins prénatals adéquats. L'enfant a droit à une alimentation, à un logement, à des loisirs et des soins médicaux adéquats* ».

Autant, l'article 27.2 de la CDE prévoit que « *C'est aux parents ou autres personnes ayant la charge de l'enfant qu'incombe au premier chef la responsabilité d'assurer, dans les limites de leurs possibilités et de leurs moyens financiers, les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant* ».

Cette même convention incite les Etats parties « *à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention. Dans le cas des droits économiques, sociaux et culturels, ils prennent ces mesures dans toutes*

632 قال الله تعالى في سورة الطلاق الآية 7 ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكُلُمُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ حُسْرٍ يُسْرًا﴾

633 قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: -أَفْضَلُ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ الرَّجُلُ دِينَارٍ يُنْفِقُهُ عَلَى عِيَالِهِ، وَدِينَارٍ يُنْفِقُهُ الرَّجُلُ عَلَى دَابَّتِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، وَدِينَارٍ يُنْفِقُهُ عَلَى أَصْحَابِهِ فِي سَبِيلِ اللَّهِ، قَالَ أَبُو قِلَابَةَ: وَبَدَأَ بِالْعِيَالِ، ثُمَّ قَالَ أَبُو قِلَابَةَ: وَأَيُّ رَجُلٍ أَكْثَرُ أَجْرًا: مَنْ رَجُلٍ يُنْفِقُ عَلَى عِيَالٍ صِغَارٍ يُعْفَقُهُمْ أَوْ يُنْفِقُهُمُ اللَّهُ بِهِ وَيُغْنِيهِمْ) أخرجه مسلم، كتاب الزكاة، باب فضل النفقة على العيال و المملوك و إثم من ضيعهم أو حبس نفقتهم عنهم، حديث رقم 38/994، ص. 343

*les limites des ressources dont ils disposent et, s'il y a lieu, dans le cadre de la coopération internationale ».*⁶³⁴

Pour ce qui est de **l'allaitement**, le code de la famille a consacré ce droit par le biais de l'article 54.4, et a rappelé dans d'autres dispositions, notamment l'article 167 qui prévoit par son alinéa premier que « *La rémunération due pour la garde et les dépenses occasionnées par celle-ci sont à la charge de la personne à qui incombe l'entretien de l'enfant. Elles sont distinctes de la rémunération due au titre de l'allaitement et l'entretien* ».

Cette disposition a été confirmée par celle de l'article 201 qui fait de la rémunération pour l'allaitement d'un enfant une obligation à la charge de la personne à qui incombe son entretien.

Etant conscientes que le lait maternel est le meilleur aliment pour la croissance et le développement de l'enfant, les conventions internationales manifestent à leur tour, de l'intérêt au droit de l'enfant à l'allaitement.

Cet intérêt s'est matérialisé en premier lieu par l'article 3 de la convention sur la protection de la maternité de 1919 qui accorde à la mère qui allaite son nouveau-né le droit à une demie heure, deux fois par jour, pendant les jours ouvrables, et par la suite par la convention n° 103 relative à la protection de la maternité de 1952.

De surplus, l'article 24.2 de la CDE a également consacré ce droit en incitant les Etats parties à « *faire en sorte que tous les groupes de la société, en particulier les parents et les enfants, reçoivent une information sur la santé et la nutrition de l'enfant, les avantages de **l'allaitement** au sein, l'hygiène et la salubrité de l'environnement et la prévention des accidents, et bénéficient d'une aide leur permettant de mettre à profit cette information* ».

634 Article 4 de la CDE

En s'inspirant des conventions internationales en la matière, le code du travail marocain n'a pas manqué de signaler en vertu de son article 161 que « *La mère salariée peut, en accord avec son employeur, bénéficier de l'heure réservée à l'allaitement à tout moment pendant les jours de travail* ».

En sus des droits précités, il convient de rappeler que l'enfant a également droit au baptême, appelé « Aqiqa », comme précédemment évoqué lors de la première partie et à la circoncision.⁶³⁵

Sous-section 2 : La protection des droits extrapatrimoniaux de l'enfant

Comme leur nom l'indique, les droits extrapatrimoniaux ne peuvent avoir de valeur pécuniaire et échappent partant au champ du commerce et de l'échange. Pour décliner les droits extrapatrimoniaux, nous allons nous référer aux textes juridiques en vigueur, qui s'inspirent principalement de la Charia.

La responsabilité qu'incombe aux adultes vis-à-vis des enfants, est à la fois une responsabilité morale et juridique. Morale, parce qu'elle repose sur des actes immatériels, tels que le droit de l'enfant au conseil et à l'orientation, juridique, du fait que le code de la famille transpose les préceptes de la Charia dans un cadre juridique. D'où la touche *sui generis* du code de la famille.

Ces droits ne représentent pas en eux-mêmes une valeur pécuniaire, même si leur violation peut être sanctionnée par une condamnation à des dommages-intérêts. Ils ne sont donc ni cessibles, ni saisissables. Toute personne en est, *a*

⁶³⁵ جاء في حديث أبي هريرة -رضي الله عنه قال: قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم -: (الفطرة خمس: الختان، والاستحدا، وقص الشارب، وتقليم الأظفار، ونشف الإبط) صحيح البخاري، كتاب اللباس، باب تقليم الأظفار، رقم الحديث: 5449

priori, dotée comme ils s'imposent au respect de tous. C'est un dénominateur commun entre les droits extrapatrimoniaux et les droits réels.⁶³⁶

Toutefois, une distinction entre les droits de la personnalité et les droits de la famille, s'impose.

Bien avant sa naissance, l'enfant doit à son père de faire le bon choix de l'épouse, vu qu'il est rapporté par la Sunna, « Faites le meilleur choix pour votre descendance » et ⁶³⁷ inversement, la Sunna a incité la femme à faire le bon choix de l'époux.⁶³⁸

Commençons par le droit à **un beau prénom**, les parents doivent choisir à leurs enfant un beau prénom qui ne soit ni détestable pour les gens, ni rejeté par l'enfant lui-même lorsqu'il grandira. Les prénoms détestables sont par exemple ceux qui portent une mauvaise connotation, des prénoms de gens connus par leur oppression ou leurs excès. À cet égard, il y a lieu de préciser que le Prophète -paix et bénédictions soient sur lui- avait l'habitude de convertir les mauvais prénoms en de beaux prénoms.⁶³⁹

636 1re Sciences et Technologies de la Gestion «**Economie-Droit** », Ouvrage rédigé par Taylor ANELKA, Nadine FORTé, Myriam HALLOUIN, Yolaine MÉTAY, Michel POUmeroULIE, Christian RUDELLE, Patrick SIMON, Bréal, 2005, p. 39

637 في حق الطفل على أبيه قبل ولادته، اختيار أمه، فقد روي عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اختاروا لنطفكم الموضع الصالحة" أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب النكاح، باب المهر، ج 3، دار المحاسن للطباعة، القاهرة، 1996، ص. 209 وما رواه ابن عدي وابن عساكر عن عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "تخيروا لنطفكم فإن النساء يلدن أشباه إخوانهن وأخواتهن" أخرجهين ماجتفي سننه، كتاب الزواج، حديث رقم 2928، (تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، نشر دار الفكر، بيروت لبنان) وقد امتدح الرسول صلى الله عليه وسلم نساء قريش لما تميزن به من حنان في التعامل مع أطفالهن، ولما يتمتعن به من رعاية اتجاه أزواجهن، فقال صلى الله عليه وسلم فيما أخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه قال: "خير نساء ركين الإبل صالح نساء قريش، أحناء على ولد في صغره، وأرعاه على زوج في ذات يده" أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، باب إلى من ينكح وأي النساء خير، وما يستحب أن يتخير، (تحقيق: محمد عي قطب، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1995).

638 وقال النبي -صلى الله عليه وسلم في اختيار الزوج: (إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير) سنن ابن ماجه، كتاب النكاح، باب الأكفاء، رقم الحديث: 1957

639 عبد العزيز مخيمر "حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولي"، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة 1، 1997 ص. 49-50

A ce sujet, nombreux sont les Hadiths qui recommandent vivement les parents de choisir de beaux prénoms à leurs enfants.⁶⁴⁰

Le soin prêté par la Sunna à l'égard du choix du beau prénom à l'enfant, est aussi transposé dans la loi n° 37-99 relative à l'état civil, par le biais notamment de son article 21.

Ce droit est également bien ancré dans la scène internationale et ce, moyennant le principe 3 de la Déclaration des droits de l'enfant de 1959, qui précise que : « L'enfant a droit, dès sa naissance, à un nom et à une nationalité ».

Ainsi, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, prévoit dans son article 24.2 que « *Tout enfant doit être enregistré immédiatement après sa naissance et avoir un nom* ».

De sa part, la CDE prévoit le même droit à l'enfant par le biais de son article 7.1 qui prévoit que « *L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux* ».

L'article 8 de la même Convention incite les Etats parties à respecter le droit de l'enfant de préserver son identité, y compris sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par la loi, sans ingérence illégale.

ولقد جاء توجيه رسول الله صلى الله عليه وسلم في قوله: (إنكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم؛ فأحسنوا أسماءكم)، سنن أبي داود، كتاب الأدب، باب في تغيير الأسماء، رقم الحديث: 4297
وقال -عليه الصلاة والسلام-: (تسموا بأسماء الأنبياء، وأحب الأسماء إليَّ عبد الله وعبد الرحمن، وأصدقها حارث وهمام، وأقبحها حرب ومرة)
مسند أحمد، كتاب أول مسند الكوفيين، باب حديث أبي وهب الجشمي، له صحبة، رقم الحديث: 18258
فهذا دليل واضح على ضرورة أن يُحسن الوالدان اختيار اسم طفلها اسمًا حسنًا في لفظه ومعناه في حدود الشريعة؛ حتى يكون الاسم سهلًا واضحًا، وخفيًا على اللسان، وعذبًا في الأذن، وحسن المعنى، وجميلًا في المحتوى، وإن كان الاسم يحمل معنى سيئًا؛ فللفرد الحق في تغيير اسمه، وقد ثبت عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - أنه غيّر اسم عاصية؛ فعن ابن عمر: "أن ابنه لعمر كان يقال لها عاصية، فسماها رسول الله - صلى الله عليه وسلم - جميلة (صحيح مسلم، كتاب الأدب، باب استحباب تغيير الاسم القبيح إلى الحسن وتغيير اسم برة إلى زينب وجويرية ونحوهما رقم الحديث: 3988)

De là, il convient de signaler que la Charia a été pionnière en prêtant grand soin au droit de l'enfant à un beau prénom, chose qui différencie la Charia des conventions internationales qui se sont limitées à consacrer à l'enfant tout bonnement le droit à un nom.⁶⁴¹

En ce qui concerne le droit de l'enfant à la **garde**, il incombe de préciser que c'est un devoir mis à la charge des deux parents pendant le mariage. Si les parents se séparent ou décèdent, la garde passe à la grand-mère maternelle⁶⁴². A défaut, le tribunal accorde la garde au membre de la famille le plus recommandé compte tenu des intérêts de l'enfant ; il veille en particulier à ce qu'un logement convenable fasse partie des obligations d'entretien.⁶⁴³

Si aucun des dévolutaires de la garde n'accepte d'être le gardien, les intéressés ou le ministère public doivent intervenir pour préserver l'intérêt de l'enfant en demandant au tribunal de choisir le gardien le plus apte parmi les proches parents de l'enfant ou parmi d'autres personnes à protéger l'intérêt de l'enfant⁶⁴⁴. A défaut, le tribunal opte pour une institution habilitée à cet effet.⁶⁴⁵

En cas de mariage de la mère gardienne, le père n'est plus tenu d'assurer le logement de l'enfant ni de rémunérer la garde, tels que prévus à l'article 191

641 محمد أبو الخير شكري "الطفولة بين الشريعة الإسلامية والتشريعات الدولية" دار الفكر، دمشق 2011، ص. 111-112

642 « Les gardiens de l'enfant sont par ordre de priorité : la mère, le père, la grand-mère.

Les rédacteurs du code de la famille, fidèle au rite malékite, estiment que la mère est la mieux placée pour la garde de son enfant et préfèrent la grand-mère maternelle à la grand-mère paternelle. Jusqu'à l'amendement du code du statut personnel, en septembre 1993, la garde était dévolue au père en sixième position. Si les dévolutaires de la garde en déclinent l'offre, le tribunal attribue la garde au membre de la famille le mieux recommandé». Toutefois, le privilège accordé à la mère en matière de garde vaut-il, par extension, pour la mère non musulmane, ou celle-ci serait-elle déchu de son droit de garde ?

L'on s'interroge par rapport à l'article 54 du code de la famille qui précise, en substance, au paragraphe 6 que l'obligation de l'orientation religieuse de l'enfant incombe aux parents. Le cas échéant, la mère ne peut s'acquitter de l'obligation en question. MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc : Essai analytique. Le sort des mariages mixtes. Les marocains à l'étranger** ». Op.cit. p. 121

643 Les articles 166 et 171 du code de la famille.

644 Guide pratique du code de la famille. Op.cit. p. 103

645 L'article 165 du code de la famille.

du code de la famille. Il demeure cependant redevable du versement de la pension alimentaire due à l'enfant.⁶⁴⁶

Par ailleurs, il importe de signaler que l'article 173⁶⁴⁷ du code de la famille fait du non mariage de la personne titulaire de la garde une des conditions d'attribution de ladite garde.

Or, des dérogations viennent tempérer ce principe : la personne titulaire de la garde, autre que la mère de l'enfant, qui se marie avec un parent prohibé de l'enfant ou avec son représentant légal ne sera pas déchue de son droit⁶⁴⁸. Elle ne le sera pas non plus, si elle est la représentante légale de l'enfant.⁶⁴⁹

De son côté, le mariage de la mère chargée de la garde de son enfant n'entraîne pas la déchéance de son droit de garde dans des conditions qui font particulièrement référence à l'intérêt de l'enfant. Il s'agit notamment des cas suivants : si l'enfant n'a pas dépassé l'âge de 7 ans ou si sa séparation de sa mère lui cause préjudice, si l'enfant soumis à la garde est atteint d'une maladie ou d'un handicap rendant sa garde difficile à assumer par une personne autre que sa mère, et si elle est la représentante légale de son enfant.⁶⁵⁰ Ceci constitue, « *une sorte de lévirat censé maintenir autour de l'enfant la surveillance de la famille paternelle* ». ⁶⁵¹

Ce tempérament est conforté par un arrêt de la Cour de cassation qui, en confirmant la décision de la Cour d'appel, a rejeté le pourvoi en cassation formé par l'ex-mari qui sollicite la déchéance du droit de garde confié à la mère, après le divorce. Dans ce cas d'espèce, l'ex-mari reproche le mariage de la mère

⁶⁴⁶ L'article 175 du code de la famille.

⁶⁴⁷ Article 173 §4.

⁶⁴⁸ Article 174 §1

⁶⁴⁹ Article 174 § 2

⁶⁵⁰ Article 175 du code de la famille.

⁶⁵¹ F. LAROCHE-GISSEROT « Le nouveau code marocain de la famille : innovation ou archaïsme ? », in Revue de Droit International et de Droit Comparé, 2005, tome LXXXII

chargée de la garde de son enfant, mais attendu que l'enfant, dont il est ici question, est atteint d'une maladie rendant sa garde difficile à assurer par une personne autre que sa mère et afin d'éviter tout préjudice pouvant résulter de sa séparation de sa mère, la Cour d'appel a strictement appliqué les dispositions de l'article 175 du code de la famille qui tiennent amplement compte de l'intérêt de l'enfant placé sous la garde de sa mère.⁶⁵²

De surcroît, il ressort de l'article 178 du code de la famille que « *le changement de résidence, à l'intérieur du Maroc, de la femme qui assume la garde de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier n'entraîne pas la déchéance de la garde, sauf en cas de motifs avérés pour le tribunal, compte tenu de l'intérêt de l'enfant gardé, des conditions particulières du père ou du représentant légal et de la distance séparant l'enfant de son représentant légal* ».

Or, sous l'égide de l'ancien code du statut personnel et successoral, le remariage et le déménagement de la mère gardienne constituaient des causes de déchéance de la garde, sur invocation du père de l'enfant.

Le droit à la garde est en l'occurrence inspiré de la Charia et des conventions internationales, tel qu'il est précisé à l'article 9.3 de la CDE qui invite les Etats parties à respecter « *le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

Passons à présent au principe de la **non-discrimination**, le code de la famille l'a implicitement évoqué au niveau de son préambule qui fixe uniformément l'âge du mariage à 18 ans, et laisse à la discrétion du juge la

652 قرار محكمة النقض عدد 101 الصادر بتاريخ 10 مارس 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/298.

faculté de réduire cet âge dans les cas justifiés et assure également l'égalité entre la fille et le garçon confiés à la garde, en leur laissant la latitude de choisir leur dévolutaire, à l'âge de 15 ans.

Par ailleurs, ce même code l'a explicitement repris dans les dispositions de l'article 41 qui ne permet au juge d'autoriser la polygamie que s'il s'assure que le mari est apte, entre autres, à traiter l'autre épouse et ses enfants sur le même pied d'égalité avec la première, et à leur garantir les mêmes conditions de vie.

Partant du peu de dispositions dédiées au principe de la non-discrimination, voire l'équité envers les enfants, le législateur s'est rattrapé au moyen des dispositions de l'article 400 du code de la famille qui apporte la précision suivante : « *Pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent Code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du Rite Malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (Ijtihad), aux fins de donner leur expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune, que prône l'Islam* ».

La référence aux prescriptions de la Charia en est amplement de grand secours.⁶⁵³

653 ورد في صحيح مسلم عن النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ قَالَ (انْطَلَقَ بِي أَبِي يَحْمِلُنِي إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَقَالَ يَا رَسُولَ اللَّهِ اشْهَدْ أَنِّي قَدْ نَحَلْتُ - نَحَلْتُ أَيِ اعْطَيْتُ بِلَا مَقَابِلٍ - النُّعْمَانَ كَذًّا وَكَذًّا مِنْ مَالِي فَقَالَ أَكُلْ بَنِيكَ قَدْ نَحَلْتُ مِثْلَ مَا نَحَلْتُ النُّعْمَانَ قَالَ لَا قَالَ فَاشْهَدْ عَلَى هَذَا غَيْرِي فَبَنِي لَا أَشْهَدُ عَلَى جَوْرٍ ثُمَّ قَالَ أَيْسَرُكَ أَنْ يَكُونُوا إِلَيْكَ فِي الْبَرِّ سَوَاءً قَالَ بَلَى قَالَ فَلَا إِذَا).

وفي حديث يُعَدُّ أصلاً في هذا الباب، عن النُّعْمَانِ بْنِ بَشِيرٍ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: (اعْدِلُوا بَيْنَ أَوْلَادِكُمْ اعْدِلُوا بَيْنَ أَبْنَائِكُمْ اعْدِلُوا بَيْنَ أَبْنَائِكُمْ قَالَهَا ثَلَاثَ)

في حديث آخر عن النبي عليه الصلاة والسلام فيما ورد في صحيح مسلم يقول: (إِنَّ الْمُقْسِطِينَ عِنْدَ اللَّهِ عَلَى مَنَازِلٍ مِنْ نُورٍ عَنْ يَمِينِ الرَّحْمَنِ عَزَّ وَجَلَّ وَكِلْتَا يَدَيْهِ يَمِينُ الَّذِينَ يَغْدِلُونَ فِي حُكْمِهِمْ وَأَهْلِيهِمْ وَمَا وَلُوا)

L'Enfant et le Droit

A l'échelle internationale, ce principe a été consacré par le principe premier de la Déclaration internationale des droits de l'enfant de 1959 qui précise que « *L'enfant doit jouir de tous les droits énoncés dans la présente Déclaration. Ces droits doivent être reconnus à tous les enfants sans exception aucune, et sans distinction ou discrimination fondées sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance, ou sur toute autre situation, que celle-ci s'applique à l'enfant lui-même ou à sa famille* ».

Cette même Déclaration, ajoute que pour l'épanouissement harmonieux de la personnalité de l'enfant, celui-ci « *a besoin d'amour et de compréhension. Il doit, autant que possible, grandir sous la sauvegarde et sous la responsabilité de ses parents et, en tout état de cause, dans une atmosphère d'affection et de sécurité morale et matérielle ; l'enfant en bas âge ne doit pas, sauf circonstances exceptionnelles, être séparé de sa mère. La société et les pouvoirs publics ont le devoir de prendre un soin particulier des enfants sans famille ou de ceux qui n'ont pas de moyens d'existence suffisants. Il est souhaitable que soient accordées aux familles nombreuses des allocations de l'État ou autres pour l'entretien des enfants* ».

Ainsi, la CDE garantit ce droit via son article 2.1 qui prévoit que « *Les Etats parties s'engagent à respecter les droits qui sont énoncés dans la présente Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de toute autre situation* ».

Ce faisant, il convient à présent de mettre en exergue les outils et mécanismes mis à la disposition du juge afin de pouvoir renforcer et consolider les droits de l'enfant.

Chapitre 2 : Les outils mis au service du juge de fond pour la consolidation des droits de l'enfant

A l'occasion du présent chapitre, nous allons identifier les outils clés en matière familiale permettant au juge de fond de garantir à l'enfant la jouissance des droits subjectifs qui lui sont dus.

Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant : Un critère clé en droit familial

La notion de l'intérêt supérieur de l'enfant, cumule deux traits caractéristiques. Il est à la fois un principe clé de la CDE et un critère clé en droit familial.

Cette notion renvoie à un impératif Kantien. De ce fait, il s'agirait de considérer l'enfant non comme un moyen, mais comme une fin. Ceci n'épuise pas pour autant le débat sur la difficulté à distinguer réellement l'enfant comme moyen ou comme fin ; et cela, même si nous pouvons estimer de prime abord que l'intérêt de l'enfant est naturellement une fin en soi et une fin sociale.⁶⁵⁴

Toutefois, reste à retenir que bien que le concept d'intérêt supérieur de l'enfant réside un principe clé de la Convention, il n'est, au demeurant, pas défini par des critères rigides. S'il est résolument défini par le Doyen Carbonnier comme étant une formule magique (sous-section 1), il demeure, tout de même, une notion insaisissable (sous-section 2).

654 BRAUCKMANN Béatrice et BEHLOUL Salim « **L'intérêt de l'enfant : Genèse et usage d'une notion équivoque en protection de l'enfance** », Préface de Michel CHAUVIERE, Postface de Jacques LADSOUS, L'Harmattan 2017, p.15

Sous-section 1 : Une formule magique en droit de la famille

Le concept d'intérêt supérieur est introduit par l'article 3 de la Convention. Cet article fait de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent, « *sans aucune réserve ou exception* ». ⁶⁵⁵

Il convient, néanmoins, de signaler que l'emploi du concept « intérêt supérieur de l'enfant » n'est pas récent. Il est de fait antérieur à la Convention, puisqu'il était précédemment consacré dans la déclaration des droits de l'enfant de 1959 -un texte non contraignant- et dans nombreux instruments internationaux. ⁶⁵⁶

L'introduction de l'expression « intérêt supérieur » de l'enfant dans la Convention, résulte d'un choix délibéré des rédacteurs du texte de la Convention et non d'une inattention de leur part. Reste alors de savoir quelle signification lui accorder, et quelles sont les incidences de l'ajout de l'adjectif « supérieur ». ⁶⁵⁷

La recherche d'une définition du concept « intérêt supérieur de l'enfant » nous livre à cogiter sur la valeur ajoutée du qualificatif « supérieur » ?

Soulignons d'abord, le singulier de la locution « intérêt », tandis que la version anglaise utilise le pluriel (*interests*). Une locution utilisée comme une expression générale rattachée à la notion de « intérêt de l'enfant ». Faut-il accorder une importance particulière au qualificatif « supérieur » (*best*) ? Certaines critiques ont été fondées sur l'utilisation de ce superlatif, arguant que

655 Assemblée parlementaire « **Documents de séance** » session ordinaire de 2003 (première partie) 27-31 janvier 2003, vol. II, éd. du Conseil de l'Europe. P. 48

656 Comité des droits de l'enfant « **Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale article 3, par. 1)** » Convention relative aux droits de l'enfant, distribution générale 29 mai 2013 français original : anglais, p. 3

657 POMART Cathy « **La magistrature familiale : vers une considération légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille** », Col. Logiques juridiques, Ed. L'Harmattan 2003. P. 322

« l'intérêt supérieur » (*the best interests*) signifiait qu'en toutes circonstances, l'intérêt de l'enfant devait primer, car il est « meilleur » (ou « supérieur » selon la traduction française) sur tout autre intérêt.⁶⁵⁸

Par ailleurs, le rajout du qualificatif « supérieur » ainsi que l'évocation de sa primauté, sont à l'origine de l'impossibilité de définir objectivement cet intérêt : s'il est à ce jour un concept-clé du droit contemporain, il est paradoxalement l'un des plus discutés.⁶⁵⁹

En effet, « intérêt » et « supérieur » mis ensemble veulent simplement signifier que ce qui doit être visé est le « bien-être » de l'enfant, tel que défini à plusieurs reprises dans le préambule de la Convention.⁶⁶⁰

Selon la formule devenue célèbre, du doyen Carbonnier, l'intérêt de l'enfant fait figure de « formule magique » au sein du droit de la famille, et de manière plus générale, au sein de l'ordre juridique tout entier, notion aussi insaisissable qu'auréolée du prestige associé à la protection de l'enfance.⁶⁶¹

Pour Bill Hilton, le premier spécialiste américain de la Convention de La Haye, « l'intérêt de l'enfant est un morceau de caoutchouc ; le juge tire dessous pour lui donner la forme qu'il souhaite ».⁶⁶²

Pour Pierre Verdier, l'intérêt de l'enfant est un concept mou, qui peut tout justifier. Il ajoute : C'est une notion subjective et floue. Ce peut être l'alibi de toutes les décisions. Le droit, au contraire, est une notion forte.⁶⁶³

658 ZERAMETTEN Jean « **L'intérêt supérieur de l'enfant** », Institut international des droits de l'enfant, Paris VIII (mars-mai 2005). P. 14

659 J. PASACL « **Les perspectives d'évolution du droit de la filiation en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant** », mémoire publié le 30 juin 2013, dans Mémoire droit civil. p. 9

660 ZERAMETTEN Jean « **L'intérêt supérieur de l'enfant** », Op.cit. p. 14

661 T. DUMORTIER « **L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice »** », in **Journal des jeunes** 2013/9 (N° 329), Ed. Association jeunesse et droit. p. 13

662 BRAUKMANN Béatrice et BEHLOUL Salim « **L'intérêt de l'enfant : Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance** », Préface de Michel Chauvière, Postface de Jacques Ladsous, l'Harmattan 2017, p. 21

Dans une interprétation aussi littérale, on ferait de l'enfant un être d'exception qui, dès le moment où il se trouvait en interférence avec d'autres personnes non enfants ou d'autres corps sociaux, aurait forcément toujours raison.⁶⁶⁴

En outre, il est rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être le guide de ceux qui ont la responsabilité de son éducation et de son orientation ; cette responsabilité incombe, en priorité, à ses parents.

Le comité des droits de l'enfant a tenté de définir la notion en question, en tant que triple concept. Il est d'abord, un droit de fond pour que l'intérêt de l'enfant soit une considération primordiale lorsque différents intérêts confluent.

Il est ensuite, un principe juridique interprétatif fondamental qui permet de choisir la disposition juridique qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il est finalement, une règle de procédure, selon laquelle l'évaluation et la détermination de l'intérêt doivent montrer que le droit en question a été expressément pris en considération.⁶⁶⁵

Toutefois, reste à préciser que « L'intérêt supérieur de l'enfant est marqué par la relativité et par la subjectivité. Relativité dans l'espace et dans le temps, car la notion se nourrit des données propres à chaque époque et à chaque société ; elle est liée à une culture, à des savoir, à une conception de la personne, de l'enfant et de la famille. Subjectivité individuelle, celle des père et mère, de l'enfant et du juge ; subjectivité collective, celle d'une société, de l'image que se

663 BRAUKMANN Béatrice et BEHLOUL Salim « **L'intérêt de l'enfant : Genèse et usages d'une notion équivoque en protection de l'enfance** », Ibidem, p. 22

664 ZERAMETTEN Jean « **L'intérêt supérieur de l'enfant** », Ib.id. p. 14

665 Comité des droits de l'enfant « **Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale article 3, par. 1)** » Op.cit. p. 4

fait cette société de l'enfant et, à travers cette image, qu'elle se fait d'elle-même ».⁶⁶⁶ D'où la notion insaisissable de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Sous-section 2 : Une notion insaisissable

Nonobstant cette tentative de définition, ledit concept demeure entaché d'ambiguïté.

De surplus, le terrain pratique a su dévoiler le flou conceptuel qui gouverne la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant. La Convention porte désormais ses limites à travers la perplexité de la notion et les difficultés d'application qui s'y rattachent.

A ce sujet, il incombe de signaler que la CDE est restée muette sur la définition de « l'intérêt supérieur de l'enfant », contrairement aux trois autres principes fondateurs de la Convention. Chose qui peut générer un hiatus entre l'interprétation et la mise en application du concept en question.

Par conséquent, l'absence de consensus sur une définition unanime du concept en question constitue la principale entrave à l'application de la CDE.

Ce concept est avant tout un principe, même s'il constitue un socle des droits de l'enfant.⁶⁶⁷ Il chapote, en l'espèce, les autres principes directeurs de la Convention.

Ceci étant dit, comment l'intérêt supérieur de l'enfant est invoqué en droit familial marocain ?

666 H. FULCHIRON « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », Gazette du Palais, 8 déc. 2009, N° 342. P. 15

667 République Française, le Défenseur des droits, Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant », (HF, MS) 9/11/11. P. 3

Toutefois, il appartient de préciser que la notion « d'intérêt supérieur de l'enfant » ne vise pas uniquement le code de la famille, mais également, d'autres lois qui sont applicables devant les sections de la justice de famille, à savoir la loi relative à l'état civil et celle relative à la prise en charge des enfants abandonnés. Cette dernière, va tantôt utiliser l'expression d'intérêt supérieur de l'enfant, tantôt l'expression du meilleur intérêt de l'enfant, pour se suffire dans certains articles à utiliser simplement l'expression de l'intérêt de l'enfant, laquelle expression sera préférée, semble-t-il, par le législateur du code de la famille, sans qu'il parvienne à y donner une définition.⁶⁶⁸

La pratique dévoile que l'intérêt supérieur s'applique exclusivement et par défaut en matière du droit familial, quoique l'article 3 de la CDE en généralise l'application, moyennant sa prise en considération « *dans toutes les décisions qui concernent l'enfant* ».

Le terme « intérêt » souvent utilisé dans sa formule plutôt générique que particulière « intérêt supérieur de l'enfant », peut ne pas favoriser son invocation devant les tribunaux.⁶⁶⁹

Cela nous permet de garder à l'esprit que chaque enfant est particulier : *« il est évident que les critères qui déterminent l'« intérêt supérieur de l'enfant » ne peuvent conduire à élaborer des stéréotypes pour toutes les situations. Ils sont étroitement liés à la nature particulière de chaque individu. Ils doivent nécessairement être sujets à modification dans le temps, sur la base de requêtes spéciales et suivant une réalité historique et sociologique concrète (par exemple : la situation d'un enfant issu d'une société industrielle, où son autonomie est importante est différente de celle d'un enfant issue d'une société traditionnelle, où les relations primaires prennent plus de place). Sans aucun*

668 ZARROUKI Mustapha « L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain », Op.cit. p. 13

669 Etudes et recherches « Les droits de l'enfant à travers la réforme du code de la famille », Op.cit, p. 35

*doute, il faut les évaluer à la lumière de l'âge du sujet (les intérêts d'un garçon de 16 ans sont complètement différents de ceux d'un plus petit) ; ils doivent être connectés étroitement avec le passé de l'enfant et avec la manière avec laquelle il a réagi face à différentes situations, et aux liens qui ont été créées (...), ils peuvent sans nul doute être liés aux caractéristiques propres à la personnalité de chaque individu, aux aspirations et aux qualités du sujet ainsi qu'aux ressources dont il/elle disposerait ».*⁶⁷⁰

C'est en interprétant et en appliquant le paragraphe premier de l'article 3 de la CDE, que le législateur, le juge, l'autorité administrative, sociale ou éducative sera en mesure de préciser le concept et d'en faire un usage concret. Le concept d'intérêt de l'enfant est donc souple et adaptable. Il devrait être ajusté et défini au cas par cas, en fonction de la situation particulière de l'enfant ou des enfants concernés, selon les circonstances, le contexte et les besoins des intéressés.⁶⁷¹

Par conséquent, l'intérêt supérieur de l'enfant demeure un concept juridique indéterminé qui doit être précisé par la pratique et qui devrait l'être par des règles d'application.⁶⁷² Autrement dit, il appartient à la jurisprudence d'y apporter la précision nécessaire en partant de l'étude des cas d'espèce par une interprétation *in concerto*.⁶⁷³

670 ROSSI Elena « **Evaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et Convention des droits de l'enfant** » in « **La revue d'action juridique & sociale** » les mineurs étrangers isolés, journal du droit des jeunes, 2003/1 (N° 221) p. 18-41

671 Comité des droits de l'enfant « **Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale article 3, par. 1)** » Ibid. p. 9-10

672 J. ZERMATTEN « **L'intérêt supérieur de l'enfant : de l'analyse littérale à la portée philosophique** », Institut International des droits de l'enfant, *working report* 3-2003. p. 11

673 ZARROUKI Mustapha « **L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain** », Op.cit. p. 43

Section 2 : Le ministère public : Partie principale en matière familiale

Rappelons que le code de la famille consacre pour la première fois, un article spécifique aux droits des enfants. L'article 54 dudit code énumère, en l'espèce, les droits des enfants vis-à-vis de leurs parents. Il invoque, par la même occasion, la responsabilité de l'Etat dans la protection de ces droits, et le rôle du ministère public quant au contrôle de l'exécution des droits visés audit article.

Ce même article confère au ministère public la qualité et l'intérêt de mettre en mouvement toute action tendant à honorer les engagements des parents vis-à-vis de leurs enfants. Ceci rejoint la règle édictée par les dispositions de l'article 3⁶⁷⁴ du même code de la famille.⁶⁷⁵

Ce faisant, nous allons éclairer le rôle du ministère public en tant que défenseur des droits de l'enfant (sous-section 1) et en tant que garant de la célérité de la procédure judiciaire impliquant l'enfant (sous-section 2).

Sous-section 1 : Défenseur des droits de l'enfant

Au regard de l'article 3 du code de la famille, « *le ministère public agit comme partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions du présent Code* ».

En revanche, au moment où l'article 3 précité confère au ministère public la qualité de partie principale, l'article 9 du code de procédure civile, ne lui attribue que le rôle de partie jointe et ce, en précisant que : « Doivent être communiquées au ministère public, les causes suivantes :

674 Pendant qu'il n'assumait pas ce rôle et n'avait pas cette qualité dans le code du statut personnel, le ministère public est désormais, en vertu de l'article 3 du code de la famille, « *partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions du présent code* ».

675 عبد العالي الدليمي "الحماية القانونية للطفل: دراسة في النصوص القانونية المتعلقة بالطفل من خلال القوانين المدنية والتجارية معززة بأحدث ما استقر عليه العمل القضائي" الطبعة الأولى 2007 ص. 31

1-celles concernant l'ordre public, l'Etat, les collectivités locales, les établissements publics, les dons et legs au profit d'institutions charitables, les biens habous et les terres collectives ;

2- celles concernant la famille ; [...]

Pour lever cet amalgame, les avis se sont divergés en deux : le premier concède que le ministère public agit d'office comme demandeur ou défendeur à l'instance, mais intervient, comme partie jointe, pour faire connaître son avis sur l'application de la loi dans une affaire dont il a communication.⁶⁷⁶

Pour ce qui est du deuxième avis, il s'accorde avec le premier avis, en précisant qu'en étant partie principale, le ministère public ne peut pas forcément agir en tant que demandeur à l'action, du fait qu'il n'est pas le seul à disposer d'une telle prérogative. En exerçant le rôle de partie jointe, le ministère public veille à sauvegarder l'unité familiale.⁶⁷⁷

En effet, le ministère public agit en tant que partie principale en vertu des articles 54, 75, 76 et 165, 177, 221, 226, 270 et 374 du code de la famille, tandis qu'il agit en tant que partie jointe, au regard notamment des articles 88 et 245 dudit code et ce, conformément aux dispositions de l'article 9 du CPC.

Ainsi, le ministère public intervient en tant que partie principale dans les causes ayant trait à l'état civil, du fait que ces règles sont d'ordre public,⁶⁷⁸ et peut agir en tant que partie jointe, quand il n'intervient pas en tant que demandeur ou défendeur en la matière⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ أحمد نهيد، "تدخل النيابة العامة في ظل مدونة الأسرة" مقال منشور بمجلة المحامي، عدد مزدوج 44-45، ص. 182

⁶⁷⁷ سفيان ادريوش، "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة"، مجلة القصر، العدد 9، شتنبر 2004 ص. 87-88

⁶⁷⁸ محمد بوزيان "دور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية" مطبعة الساحل، الطبعة الثانية 1982، ص. 40 وما بعدها

⁶⁷⁹ أحمد البنوضي "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحة التكوين و البحث في قانون الأسرة المغربي و المقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد الملك السعدي-طنجة 2005-2006، ص. 19

Delà, il sied de préciser que bien que le ministère public agit en tant que partie jointe, en dehors des cas énumérés ci-dessus, le juge saisi ne peut statuer, à peine de nullité, qu'après que le ministère public ait présenté ses conclusions écrites ou orales.

Ceci s'est concrétisé par un arrêt rendu par la Cour de cassation, en date du 7/4/2015⁶⁸⁰ ayant cassé l'arrêt attaqué en appel, pour violation des dispositions de l'article 9 du code de procédure civile. Cette position a été confirmée, pour le même grief, à plusieurs reprises.

Sous-section 2 : Garant de la célérité de la procédure judiciaire

En veillant au contrôle de l'exécution de l'article 54 du code de la famille, le ministère public veille par la même rigueur à la bonne application des devoirs incombant aux parents à l'égard de l'enfant, faisant l'objet de l'article précité, qui forme en effet le noyau dur des droits de l'enfant. Certains droits revêtent, en l'espèce, une protection pénale, tels que la préservation de l'identité de l'enfant qui nous renvoie aux dispositions des articles 468 et 470 du code pénal. L'orientation religieuse, l'éducation fondée sur la bonne conduite, les valeurs de noblesse et l'honnêteté dans la parole et l'acte, nous renvoient à leur tour aux dispositions de l'article 482 du même code. La protection de la vie et de sa santé depuis la grossesse jusqu'à l'âge de majorité, ainsi que la prise de toutes les mesures possibles afin d'assurer sa croissance normale en préservant son intégrité physique et psychologique et en veillant sur sa santé par la prévention et les soins, nous renvoient à leur part à l'application des dispositions des articles 449 et 454 relatifs à l'avortement et des articles 408 et 411 du code pénal.

⁶⁸⁰القرار عدد 167 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية والميراث بمحكمة النقض بتاريخ 7 أبريل 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/96

Etant appelé à agir promptement dans les procédures affectant l'enfant, le tribunal doit notamment, immédiatement déférer l'ordonnance rendue au sujet de la mesure provisoire au ministère public qui en assurera l'exécution par tous les moyens appropriés, afin de ne pas compromettre l'intérêt de l'enfant.⁶⁸¹

Quant à l'énumération des droits dus à l'enfant, elle est renforcée par des dispositions à caractère transversal qui mettent en exergue trois facteurs. D'abord, la responsabilité des parents qui leur impose d'agir dans l'intérêt de l'enfant, en lui offrant un environnement favorable à son développement, ensuite, les devoirs des parents en cas de séparation qui, le cas échéant, sont répartis entre eux, conformément à ce qui est prévu en matière de garde. En cas de décès d'un ou des deux conjoints, ces devoirs sont transmis à la personne qui assure la garde de l'enfant et au tuteur légal selon les responsabilités assignées à chacun. Enfin, la responsabilité de l'Etat est affirmée par la prise des mesures nécessaires à la protection des enfants et à la préservation de leurs droits conformément à la loi.

En outre, le code de la famille traite des droits de l'enfant dans diverses situations. La situation de référence est celle qui concerne l'enfant menant une vie au sein d'une famille harmonieuse, les autres situations sont relatives au cas de dissolution du mariage par le divorce ou par le décès de l'un ou des deux parents.

Le mariage, tel que défini par l'article 4 du code de la famille, a pour finalité de fonder une famille stable sous la direction des deux époux. En l'occurrence, l'article 51 dudit code dénombre 6 droits et devoirs réciproques entre époux, dont, « *la prise en charge, par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des*

⁶⁸¹Tel est le cas décrit à l'article 121 du code de la famille.

enfants », et « *la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et du planning familial* ».

La mise en application de ces nouveaux fondements, notamment la responsabilité vis-à-vis des enfants, est exprimée par l'article 54 qui détaille ces devoirs, en y incluant la répartition de responsabilité en cas de séparation des parents ou en cas de décès de l'un d'entre eux.

L'association des deux époux dans la protection des droits de l'enfant profite à l'enfant, car elle lui permet de mener une vie équilibrée, favorisant, de la sorte, le développement physique et psychologique dudit enfant.

En effet, le manquement aux devoirs des époux vis-à-vis de leurs enfants, peut exposer les parents à des sanctions pénales⁶⁸² pour « abandon de famille ». ⁶⁸³

La famille composée de : parents-enfants, est désormais « appréhendée comme une cellule de base de la société ». ⁶⁸⁴ Chose qui confère, d'une part, à chacune des composantes de la société un statut juridique autonome, et permet, d'autre part, d'asseoir une véritable culture des droits de la personne.

En cas de divorce, le recours à la dissolution des liens du mariage ne doit avoir lieu « *qu'exceptionnellement et dans les limites de la solution du moindre*

682. عبد العالي الدليمي "الحماية القانونية للطفل: دراسة في النصوص القانونية المتعلقة بالطفل من خلال القوانين المدنية و التجارية معززة بأحدث ما استقر عليه العمل القضائي" مرجع سابق، ص. 30

683 L'article 482 du code pénal dispose que : « Sont punis de l'emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 200 à 500 dirhams, que la déchéance de la puissance paternelle soit ou non prononcée à leur égard, les père et mère qui compromettent gravement par de mauvais traitements, par des exemples pernicieux d'ivrognerie ou d'inconduite notoire, par un défaut de soins ou par un manque de direction nécessaire, soit la santé, soit la sécurité, soit la moralité de leurs enfants ou d'un ou plusieurs de ces derniers ».

684 Extrait du préambule du code de la famille.

*mal, du fait que cette dissolution entraîne la dislocation de la famille et porte préjudice aux enfants »*⁶⁸⁵.

La constatation du divorce doit faire l'objet d'une demande d'autorisation mentionnant obligatoirement le nombre d'enfants, leur âge, leur situation scolaire et sanitaire. Le requérant doit produire les pièces afférentes à sa situation matérielle⁶⁸⁶ tels que l'état d'engagement pour les fonctionnaires et l'attestation de salaire pour les employés et ouvriers. Le tribunal peut aussi recourir à l'expertise si nécessaire.

En cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation, espacées d'une période minimale de trente jours.⁶⁸⁷ En cas d'échec de conciliation, le tribunal fixe un montant que l'époux consigne au secrétariat-greffe du tribunal, dans un délai de trente jours, afin de s'acquitter des droits dus à l'épouse et aux enfants, envers lesquels il a l'obligation d'entretien.⁶⁸⁸ Les droits à la pension alimentaire due aux enfants sont fixés, compte tenu de leurs conditions de vie et de leur situation scolaire avant le divorce.⁶⁸⁹

Cette condition est sévèrement prise en compte par les tribunaux. Dans ce sens, un arrêt rendu par la Cour d'appel de Rabat a confirmé le jugement du tribunal de première instance, qui a veillé, à ce que les conditions de vie de l'enfant ainsi que sa situation scolaire soient maintenues après le divorce, en se référant, pour l'évaluation de la pension, aux déclarations des deux parties et des preuves produites à cet effet.⁶⁹⁰

685 Article 70 du code de la famille.

686 Article 80 du code de la famille.

687 Article 82 du code de la famille.

688 Article 83 du code de la famille.

689 Article 85 du code de la famille.

690 قرار رقم 945 صادر عن الغرفة الشرعية بمحكمة الاستئناف بتاريخ 2016/07/18

Toujours en matière de pension alimentaire, il convient de signaler qu'elle ne se limite pas seulement à l'alimentation, mais elle s'étend à l'habillement, aux soins médicaux et tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable, ainsi que les charges de scolarité.⁶⁹¹

De surplus, il y a lieu de rappeler que l'allaitement est une obligation de première ligne vis-à-vis de l'enfant. Le principe de cette *nafaka* est posé dans le Coran : « *les mères qui veulent donner à leurs enfants un allaitement complet, les allaiteront deux années entières* ». ⁶⁹² Si la mère se trouve dans l'incapacité physique de nourrir son enfant, elle est tenue de fournir, à ses frais, une nourrice, pendant 2 ans, délai coranique qui peut être abrégé du consentement du mari.⁶⁹³

Ce principe trouve son écho dans l'article 54-4 du code de la famille qui impose aux parents « *de veiller à l'allaitement au sein par la mère dans la mesure du possible* ».

Toutefois, la mère peut refuser d'allaiter son enfant lorsqu'elle fait l'objet d'une répudiation irrévocable. Si néanmoins elle allaite, l'article 201 du code de la famille met, la rémunération pour l'allaitement de l'enfant, à la charge de la personne à qui incombe la pension alimentaire. Cette pension incombe, en premier lieu, au père, ensuite à la mère de l'enfant au cas où le père est insolvable.⁶⁹⁴ Les lois contemporaines sont très proches de la charia ; certains textes, cependant, tels que les codes algérien ou irakien, écartent la norme coranique en posant pour règle la gratuité absolue de cette *nafaka* lorsqu'elle est fournie par la mère.⁶⁹⁵

691 Article 189 du code de la famille.

692 قال الله تعالى في الآية 233 من سورة البقرة (وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْفِقَ الرِّضَاعَةُ ۖ

693 BLANC François-Paul « **Le droit musulman** ». Col. Connaissance du droit. Éd. DALLOZ. 2e édition 2007 P. 97

694 Guide pratique du code de la famille. Op.cit. p. 121

695 BLANC François-Paul « **Le droit musulman** ». Op.cit. P. 97

En cas de divorce par consentement mutuel ou moyennant compensation (khol'), les parents ne peuvent s'accorder sur des conditions qui portent préjudice aux intérêts des enfants.⁶⁹⁶

Reste à préciser que les dispositions de l'article 54 précité, aussi novatrices soient-elles en droit interne, suscitent néanmoins quelques difficultés en droit international privé.

La première difficulté se rapporte à la définition légale de l'âge auquel la protection de l'enfant prend fin. A cet effet, l'article 54-1 arrête cette protection à l'âge de majorité, soit dix-huit ans selon l'article 209 du code de la famille, tandis que l'article 198 fait perdurer l'obligation des parents jusqu'à la fin de leurs études.⁶⁹⁷ Partant, doit-on lire une contradiction entre les deux dispositions ?

En pratique, aucun problème particulier ne devrait se poser sur ce point pour les marocains résidant à l'étranger. La plupart des pays européens interprètent l'obligation des parents dans le même sens que la définition reprise à l'article 54-7 du code de la famille, les parents sont, par conséquent, tenus de permettre à leurs enfants de poursuivre la formation entamée, même s'ils continueront à subvenir à leurs besoins au-delà de l'âge de majorité.

Cette obligation incombe précisément au père qui, conformément aux dispositions de l'article 198 du même code, doit subvenir aux besoins de ses enfants jusqu'à vingt-cinq ans révolus pour ceux qui poursuivent leurs études.

L'article 54 ouvre une deuxième difficulté en précisant, qu'en cas de divorce, les obligations entre les parents seront réparties « *conformément aux*

⁶⁹⁶ Article 114 du code de la famille.

⁶⁹⁷ Les parents sont tenus de garantir « [...] *autant que possible, les conditions adéquates pour poursuivre leurs études selon leurs aptitudes intellectuelles et physiques* ».

dispositions prévues en matière de garde (hadâna) ». Or, dans les textes européens, l'autorité parentale y reste conjointe, elle appartient aux deux parents de l'enfant, même après une séparation. L'intérêt de l'enfant y est décisif pour déterminer le parent auquel la garde sera confiée, et l'autre parent auquel un droit de visite est accordé.⁶⁹⁸

Ceci est illustré, en l'espèce, par un arrêt de la Cour de cassation en date du 26/4/2011⁶⁹⁹ qui a décidé de casser l'arrêt attaqué ayant confié la garde de l'enfant à la mère, suite à une dissolution de mariage d'un couple français, résidant au Maroc et marié en vertu de la loi nationale des époux.

En confiant systématiquement la garde de l'enfant à la mère, la cour d'appel de Marrakech a appliqué par instinct les dispositions du code de la famille marocain qui place la mère au sommet de la hiérarchie préférentielle des dévolutaires.

Or, vu que le père de l'enfant avait joint au dossier présenté à la Cour d'appel un arrêt confirmant le jugement du TPI qui condamne la mère pour délit d'abandon de famille et un écrit exprimant la volonté de l'enfant de résider avec son père, la Cour d'appel aurait violé les dispositions des articles 373 et 375 du code civil français qui confèrent au juge saisi le pouvoir discrétionnaire de confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents quand l'intérêt de l'enfant le commande et selon l'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs.

Ce faisant, il incombe de signaler que, parallèlement aux devoirs des parents, le DOC ne prévoit aucune disposition qui fait allusion aux devoirs des

698 FOLETS Marie-Claire & CARLIER Jean-Yves « **Le code marocain de la famille : incidences au regard du droit international privé en Europe** », BRUYLANT, 2005, p. 47

699 قرار محكمة النقض عدد 199 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2011 في الملف الشرعي عدد 2009/1/2/346.

enfants vis-à-vis de leur parents, tel que prévu par son homologue ; le code civil français.⁷⁰⁰

Cela étant dit, les devoirs constituent essentiellement la contrepartie des droits. Chaque droit reconnu à un individu implique le devoir de le respecter chez les autres individus.⁷⁰¹

Toutefois, en se référant à l'article 37 de la Constitution marocaine qui précise que « *toutes les citoyennes et les citoyens doivent exercer les droits et les libertés garantis par la Constitution dans un esprit de responsabilité et de citoyenneté engagée où l'exercice des droits se fait en corrélation avec l'accomplissement des devoirs* », nous pouvons tirer cette articulation explicite entre les droits et les devoirs qui découlent d'un engagement donné.

700 L'article 371 du code civil français prévoit que : « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses parents* ».

701 MATHIEU Bertrand « **Les droits fondamentaux : un patrimoine commun intégré dans la Constitution marocaine** » in « **La Constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires** », Op.cit.p. 238

Conclusion du titre deuxième

Nous avons essayé à travers **l'individualisation de la personne de l'enfant au sein de sa famille**, de transposer, en premier lieu, la vision de la CDE dans le contexte du droit familial, qui a pour finalité de faire du régime de l'incapacité juridique, un régime spécial renforçant la protection juridique due à l'enfant.

Ce faisant, et pour une meilleure protection des droits de l'enfant en matière familiale, nous avons, en second lieu, apporté un éclairage sur les outils mis à la disposition du juge de fond servant à conforter la nouvelle allure des droits de l'enfant.

CONCLUSION GENERALE

Notre thème de recherche intitulé « **L'Enfant et le Droit** », revêt un intérêt particulier, du fait que les enfants d'aujourd'hui sont les hommes et les citoyens de demain. Partant, il y a lieu de préciser que les droits de l'enfant forment, ainsi, des démembrements des droits de l'Homme.

Toutefois, pour conférer à l'enfant les droits qui lui sont dus, nous nous sommes basés sur la CDE en tant que premier instrument international juridiquement contraignant de protection des droits de l'enfant et en tant que convention de référence en matière du droit familial. Pour ce, le législateur s'est amplement heurté à des situations perplexes sans précédent, vu qu'il a été amené à trancher entre l'attachement du Royaume du Maroc à la religion musulmane, source substantielle du droit familial et constitutive de son identité immuable, et son attachement aux droits de l'Homme, tels qu'ils sont universellement reconnus.

Devant les situations évoquées lors de notre approche, le législateur à l'instar du juge marocain, a eu le mérite de lever le défi en renforçant davantage la protection des droits de l'enfant par le biais notamment de la Charia.

Soucieuse par essence aux questions de l'enfant, et en tant que source du droit musulman, la Charia a pu servir de valeur ajoutée quand le droit comparé, permet des violations des droits de l'enfant, notamment, avant la naissance.

C'est dans cette optique, que nous avons abordé, dans un premier temps, l'émergence des droits de l'enfant sur la scène internationale et en droit familial, en y adoptant les méthodologies de recherche analytique et comparative, pour ainsi mettre le doigt sur la position de la Charia qui sacralise le statut juridique de l'enfant dans toutes les phases de son développement.

En outre, et vu que le moment de la naissance constitue une étape cruciale pour l'avenir de l'enfant, nous avons jugé opportun d'examiner la responsabilité médicale retenue devant les juridictions administratives pour défaut de précautions nécessaires pour le bon déroulement de l'accouchement.

Par la même occasion, et par rapports aux facteurs sociaux qui s'introduisent dans l'ordre interne familial, nous avons pu soulever un nombre de dilemmes d'ordre éthique liés à la protection des embryons surnuméraires qui sont épargnés de protection juridique, du fait que le législateur autorise leur destruction.

Ces questions juridiques imbibées d'éthique, faisant objet de rares recherches scientifiques, singularisent, notamment, notre approche du sujet des autres écrits en droit traitant du même sujet.

Ce faisant, l'approche adoptée lors de la première partie de notre recherche nous a permis de décrypter les énigmes des énoncées constitutionnelles confirmant la primauté des conventions internationales dûment ratifiées par le Royaume du Maroc sur le droit interne.

Ainsi, en second temps et en raison de l'immaturité physique et intellectuelle de l'enfant, les parents doivent avoir pour finalité de garantir la dignité de l'enfant en tant que personne humaine, ayant besoin d'une protection juridique appropriée, lui conférant la qualité de sujet actif de droits et sujet d'une protection spéciale. Pareille mission n'est réalisable qu'avec l'aide d'un adulte. D'où, l'intérêt d'initier l'enfant dépendant de ses parents ou de la personne qui en assure la charge, à l'autonomie et ce, compte tenu de ses capacités évolutives.

Cette tentative a, toutefois, prouvé que le binôme « parent-enfant » peut convertir en duel, chaque fois que les intérêts des parties concernées convergent,

d'où la difficulté de matérialiser l'intérêt supérieur de l'enfant, notion autant décisive en matière familiale que couverte de flou conceptuel.

Par ailleurs, force est de signaler que devant les défis éthico-juridiques précités, le juge aurait à statuer sur des cas de plus en plus ardues, vu les mutations sociologiques, le progrès de la science médicale, et la généralisation des valeurs égalitaires, telles que les droits de l'enfant.

En effet, en se laissant emporter par une acculturation juridique, le juge risque de se détacher des commandements de la Charia qui servent de constantes religieuses pour satisfaire à des aspirations modernes de la société, tendant à sacrifier la vie d'un enfant à naître en vue de légaliser l'avortement pour inceste, pour viol et pour malformations congénitales.

Ceci dit, pour garantir une meilleure effectivité des droits de l'enfant dans l'ordre juridique familial, celui-ci est invité à puiser du droit conventionnel qui se veut proche des commandements de la Charia et à adapter le code de la famille aux réalités actuelles de la vie sociale, du fait que l'unité familiale en est une composante de la société. Chose qui permettra de rationaliser les solutions pour pallier aux failles juridiques décelées lors de l'application du code de la famille.

En outre, force est de noter que la position du législateur marocain dans le code de la famille n'est pas en diapason avec la politique législative qui règne actuellement en droit pénal. A cet effet, le projet de loi n° 10-16, tel que précédemment évoqué, permet à la femme enceinte le recours à l'avortement pour cause de viol, tandis que le code de la famille en vigueur reconnaît la filiation à l'enfant issu du viol. Là encore, une conciliation de positions s'avère nécessaire pour une meilleure visibilité de l'évolution de la législation interne.

L'Enfant et le Droit

A ces nouvelles exigences, il y a lieu de signaler que les droits de l'enfant se basent principalement sur des concepts flous et insaisissables, à savoir « l'intérêt supérieur de l'enfant », et « la définition juridique de l'enfance », chose qui rend autant difficile la tâche assignée au juge marocain.

Sur ce, il incombe de préciser que les droits de l'enfant resteront lettre morte si les parents ne déploient pas les efforts requis pour que l'enfant soit en interaction réelle avec ses droits.

Pour ce faire, la solution ne réside pas seulement dans le fait de s'assurer que l'unité familiale soit maintenue, mais particulièrement dans les liens qu'entretient l'enfant avec ses parents et qui cristallisent le socle de la famille.

Pour parvenir à un tel résultat, l'environnement familial de l'enfant doit incarner la nouvelle philosophie des droits de l'enfant, tout en parvenant à une ligne médiane qui ne peut être atteinte qu'en puisant au fond de l'esprit de la Charia teinté en la forme des aspirations des normes internationales.

Annexe



اسم المحكمة
السلطة القضائية
السلطة القضائية
السلطة القضائية

المملكة المغربية
محكمة الاستئناف
طنجة

المحكمة الابتدائية بطنجة

تاريخ: 2017/01/30 أصدرت المحكمة الابتدائية بطنجة قسم قضاء الأسرة في طينتها العلنية حكمه بالآتي:

حكم رقم: 20

تاريخ:

2017/01/30

ملف رقم:

2016/1620/139

بين السيدة:

، مغربية، راشدة، كاملة الأهلية.

طنجة:

عنوانها:

الجايزة محل المخامرة معها بمكتب دفاعها الأستاذة أحمد كون الخاني بطنجة.

بصفقتها مدعية

وبين السيد:

، مغربي، راشد، كامل الأهلية.

طنجة:

عنوانه:

تتوب عنه الأستاذة سميرة محيوتن الخامية بطنجة.

بصفته مدعى عليه

- بحضور النيابة العامة لدى هذه المحكمة.

الوقائع

بناءً على المقال الاقتصادي المقدم من طرف نائب المدعية إلى كتابة ضبط هذه المحكمة المؤتمة عنه الرسوم القضائية بتاريخ 2016/05/24، والذي تعرض فيه أنها أنجبت من المدعي عليه البنت لينا وأنه يرفض إلحاق نسبها إليه بالرغم من ثبوت

المرضى شرعا بمبلغ 2000 درهم شهريا وبأن تؤدي التفتت عويضا شهريا من 100 درهم شهريا إلى غاية التحويل النهائي شرعا بمبلغ 2000 درهم شهريا، مرفقة مقابلا بعد ازدياد البنسنت مع ترجمته العريية وتقرير خبرة.

ويعتمد على المذكرة الجوابية المتلى بها من طرف ناشئ المدعى عليه محليته 2016/10/17 والذي عرض فيه ان طلب المدعية لا أساس له فالنسب جهة شرعية ولا ينال بالخطأ وإن الحكم سبق لها ان ادانت المدعى عليه بالفساد، ملتصقا برفض الطلب، مرفقا بمذكرة تصور من محضر الضابط القضائي وقرار متابعة وحكم ابتدائي.

وبناء على المذكرة التعقيبية المملى بها من طرف نائب المدعية بجلسة 2016/12/05 والتي التمست من خلالها الحكم وفق الطلب.

ويؤام على المذكورة التعقيية المنزل بها من طرف نائب المدعى عليه والتي التمس من خلالها الحكم برفض الطلب، مرفقا
مذكرته بنسخة من قرار استئنافي.

ورنا على مجلس الشايعة العامة الرامي إلى تطبيق القانون.

وبناء على إدراج القضية بملزمة 2017/01/16 حضرها دفاع المدعى عليه، اعتبرت المحكمة القضية جاهزة فم حجزها
المداولات بملزمة 2017/01/30.

التعليق:

في الشكل:

حيث قدمت الدعوى وفق الشروط الشكلية المطلوبة قانونا بما يحتمل التصريح بقبولها.

في الموضوع:

حيث يستهدف الطلب الحكم بثبوت بنوة البنت. لينا للمدعى عليه. وبأدائه نقضها من تاريخ الازدياد الى غاية سقوط الفرض شرعا بحسب مبلغ 2000 درهم شهريا وتعويضها شهريا من تاريخ الازدياد الى غاية سقوط الفرض شرعا بحسب مبلغ 2000 درهم شهريا، مرفقة مقالها بعدد أزيد من البنت مع ترجمته للعربية وتقرير خبرة جينية.

حيث دفع تائب المدعى عليه بعدم ارتكاز الطلب على أساس قانوني لكون النسب لحة شرعية بين الاب وولده ولا ينال بالخطور، وأن المقصود بالنسب الشرعي هو الناشئ عن زواج صحيح أو فاسد وباطل مع وجود حسن النية أو شبهة طبقاً للفصل 158 من مدونة الأسرة، في حين أن البنت المراد ثبوت نسبها ناتجة عن علاقة فساد حسب الثابت من الحكم الابتدائي عدد 4345 الصادر بتاريخ 2016/03/16 في الملف عدد 2102/16/278، كما أن الخبرة المنجزة من السيد قاضي لتحقيق غير ملزمة للقضاء الاسري على اعتبارها غير مثبتة للنسب وإن كانت تثبت العلاقة البيولوجية بين الاب والابن، ملغياً رفض الطلب.

وحيث ارتأت المحكمة معالجة القضية وفق ما سيأتي أدناه:

1- مفهوم البنية لغة واصطلاحاً:

البنوة لغة مشتقة من الابن، وكما جاء في لسان العرب: "البنوة مصدر الابن، يقال: تبنيته أي ادعيت بنوته، وتبناه
تخذناه ولما..."، والبنوة في الأصل نسبة ولد لمن ولده.

واصطلاحاً فإن البنوة تمثل النتيجة الطبيعية للتوالد الذي يكون ثمرة اتصال جنسي بين ذكر وأنثى، حيث يكون الولد في هذه الحالة ابناً طبيعياً لطرفي العلاقة التي كانت سبباً في وجوده.

2- البنوة فقهاً:

أ- الكتاب: قوله تعالى: "ادعوهم لأبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم" سورة الأحزاب الآية 3، ووجه الاستدلال بهذا الآية الكريمة ترجيح نسب الوالد لأبيه وتبني الوالد محرم الفلاح به مطلقاً وقوله تعالى: "حرم عليكم أحوالكم ومما حرم عليكم أحوالكم ومما حرم عليكم أحوالكم ومما حرم عليكم أحوالكم" الآية 3، ووجه الاستدلال بهذا الآية الكريمة هو أن الله تعالى حرم المذكورات في الآية الكريمة من الأم والبنات وغيرهما على سبيل الإطلاق.

ب- السنة: عن عائشة قالت: "اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام، فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص، عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه، وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله، ولد علي فراش أبي من وليدته، فتظر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى شبهه، فرأى شبهاً بقاءً بعنتية. فقال: "هو لك يا عبد الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحضري منه يا سودة بنت زمعة" قالت: فلم ير سودة قط حتى لقي الله، ووجه الاستدلال به أن ادعاء سعد بن أبي وقاص بنوة الغلام لأخيه مستدلاً بالشبه مع عدم انكار الرسول صلى الله عليه وسلم أنه دليل على جوازه، عن البخاري ومسلم.

ج- الاستصلاح: والمراد بها المصالح المرسله، ذلك أن ولد الزنا لا ذنب له فيها جناح أبواه عليه، وقد ورد عن كثير من الصحابة الحث على أكرامهم والإحسان إليهم وكان عمر بن الخطاب يقول: "أكرموا ولد الزنا وأحسنوا إليه". فصلحة الطفل وأكرامه والإحسان إليه وهو البري، من جرم أبوه يقتضي أن ينسب لأبيه كما سينسب لأمه، ولا يجوز بحال أن يتحلل الأب البيولوجي لهذا الطفل من المسؤولية ويتجاوز بتنصله من زناه. (يراجع لطفاً كتاب شرح مدونة الأسرة في إطار المنهج المالكي وأصلته - دراسة تأصيلية مقارنة على ضوء المذاهب الأربعة (الجزء الثالث) الرائدة ونتائجها تأليف عبد الله السوسي التالي ص 23 و 24 و 26 و 27).

3- البنوة في المدونة:

تناولت مدونة الأسرة البنوة في الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها، وقد عرفت المادة 142 البنوة على أنها تتحقق بتفصيل الولد من أبويه وهي شرعية وغير شرعية، وتكون شرعية بالنسبة للأب في حالات قيام سبب من أسباب النسب وتنتج عنها جميع الآثار المترتبة على النسب شرعاً (المادة 144)، أما بالنسبة للأم فتستوي البنوة في الآثار التي تترتب عليها سواء كانت ناتجة عن علاقة شرعية أو غير شرعية (المادة 146)، كما أن البنوة الغير الشرعية لا تترتب عليها أي أثر من آثار البنوة الشرعية بالنسبة للأب (المادة 148).

4- الحماية الحقوقية للطفل في المواثيق الدولية والدستور المغربي (الحق في التعرف على الأبوين):

أ- الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل:

حيث يؤخذ من الفقرة الأولى من المادة الثالثة من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل الخمدية من طرف الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989، المصادق عليها من المغرب في 21/06/1993، أن القضاء يتوجب عليه إيلام الاعتبار الأول لمصالح الأطفال الفضلى عند النظر في النزاعات المتعلقة بهم.

كما تنص المادة 7 من نفس الاتفاقية على أن الطفل يسجل بعد ولادته فوراً ويكون له الحق في اكتساب جنسية ويكون له قدر الإمكان الحق في معرفة والده وتلقي رعايتهما.

ب- الاتفاقية الأوروبية بشأن ممارسة حقوق الأطفال الموقعة بستراسبورغ بتاريخ 25/01/1996، المصادق عليها بظهير شريف بتاريخ 27/03/2014، منشور بالجريدة الرسمية عدد 5242.

حيث تنص الفقرة الأولى من المادة السادسة منها المتعلقة بحماية اتخاذ القرار على أنه: في الإجراءات التي تشمل الطفل تقوم السلطة القضائية قبل اتخاذ القرار بدراسة هل لديها معلومات كافية تحت يدها من أجل اتخاذ قرار في صالح الطفل. وحيث تنص الفقرة الأولى من المادة السابعة على أنه: في الإجراءات التي تشمل الطفل تعمل السلطة القضائية بسرعة لتجنب أي تأخير لازم. وتكون الإجراءات مناسبة لضمان تنفيذها على وجه السرعة، وفي الحالات العاجلة تكون للسلطة القضائية الصلاحية متى كان ذلك مناسباً لاتخاذ القرارات التي تنبذ على الفور.

ج- الدستور المغربي:
نصت الفقرة الثالثة من الفصل 32 من دستور المملكة المغربية على أن الدولة تسعى لتوفير الحماية القانونية والاعتبار الاجتماعي والمعنوي لجميع الأطفال بكيفية متساوية بصرف النظر عن وضعيتهم العائلية.

5- مناقشة دفع المدعى عليه:

أبى الدفع بقاعدة لا يجتمع حد ونسب:

حيث إن تطبيق القاعدة الفقهية القاضية بعدم اجتماع الحد والنسب إما يكون محله إثبات النسب والحال أن المدعية أسست طلبها على أحكام البتة الغير الشرعية المقررة في المواد 142 و148 من مدونة الأسرة، مما لا مجال معه للاستدلال بالقاعدة المذكورة أعلاه لاختلاف الإطار القانوني.

ب- في الدفع المتعلق بالأحكام المستدل بها:

حيث بإطلاع المحكمة على الأحكام المستشهد بها من طرف نائب المدعى عليه، تبين لها أنها لا تتعلق بالبتة موضوع نازلة الحال إنما يكون مجال تطبيقها في حالة ثبوت النسب الشرعي المنصوص عليه في المواد 150 إلى 162 من مدونة الأسرة مما يكون معه الاستدلال بها جاء في غير إطار القانوني السليم ويتعين رد الدفع.

ج- في الدفع المتعلق بعدم اعتماد الخبرة من طرف القضاء الاسري:

حيث يؤخذ من تقرير الخبرة الجينية عدد 1000/15 الصادرة عن مختبر الشرطة العلمية بالدار البيضاء بتاريخ 2015/10/01 بموجب أمر السيد قاضي التحقيق أنه روعي فيها الإجراءات الشكلية والموضوعية المتطلبة قانوناً مما يتعين اعتمادها ويتعين رد الدية بهذا الخصوص.

وحيث خلص تقرير الخبرة المذكور أعلاه إلى وجود علاقة بنوة بيولوجية بين الطفلة لينا والمدعى عليه يوسف الصوري. وحيث تبعاً للعلل التي تم بسطها تكون رابطة البنوة بين الطفلة لينا المزدادة بتاريخ 2014/11/27 ووالدها المدعى عليه ثابتة في النازلة مما يكون معه الطلب مؤسسا ويتعين الاستجابة له.

6- في طلب النفقة:

وحيث إنه وتأسيساً على الحثثات المذكورة أعلاه يبقى طلب النفقة غير مرتبط على أساس قانوني ذلك أن أسباب وجوب النفقة على الغير هي الزوجية والقرابة والالتزام طبقاً للمادة 187 من مدونة الأسرة. وأن البنوة الغير الشرعية لا يترتب عليها بالنسبة للأب أي أثر من آثار البنوة الشرعية بصريح نص المادة 148 من نفس المدونة مما يتعين معه رفض الطلب.

7- في طلب التعويض:

حيث يؤخذ من الحكم الجنحي عدد 4345 الصادر بتاريخ 2016/03/16 في الملف عدد 2102/16/278 عن هذه المحكمة أن المدعى عليه توقع من أجل جنحة الفساد وأدين بشهر واحد موقوف التنفيذ والذي أصبح نهائي بعدما تم تأييده من طرف محكمة الاستئناف.

وحيث لما ثبتت المسؤولية الجنائية للمدعى عليه بارتكابه للفعل الجرمي المذكور، والذي نتج عنه ولادة البنت لينا، تكون العناصر القانونية لقيام المسؤولية المدنية ثابتة في نازلة الحال وفقاً لما ينص عليه الفصل 77 من قانون الالتزامات والعقود.

الذي جاء فيه على أن كل فعل ارتكبه الإنسان عن بينة واختيار، ومن غير أن يسمح له به القانون، فأحدث ضرراً مادياً أو معنوياً للغير، ألزم مرتكبه بتعويض هذا الضرر، إذا ثبت أن ذلك الفعل هو السبب المباشر في حصول الضرر. وحيث أن ذات المحكمة بعد ثبوت علاقة البينة بين البتة لنا والمدعى عليه، وما يستلزمه ذلك من رعاية والقيام بشؤونها مادياً ومعنوياً، والحفاظ على مصالحها كحاضرة، وما يتطلبه من مصاريف، أن تمنح للمدعية تعويضاً وفق ما سيعلن عنه بتطبيقات هذا الحكم.

وحيث عن خاسر الدعوى يتحمل صارتها طبقاً للفصل 124 من قانون المسطرة المدنية. وتطبيقاً لمقتضيات المواد 1، 2، 3، 18، 27، 32 إلى 40، 45، 50، 124 من قانون المسطرة المدنية، المواد 142 إلى 148 و151 و152 و154 و400 من المدونة الفصل 77 من ق ل ع الفصل 32 من الدستور.

لهذه الأسباب

حكمت المحكمة بجلستها العلنية ابتدائياً وحضورياً:

في الشكل: قبول الطلب.

في الموضوع:

1- بثبوت بينة البتة لنا المودعة بتاريخ 2014/11/27 للمدعى

2- إعادته المدعى عليه لفائدة المدعية عن البتة لنا تعويضاً قدره (100000 درهم) (مائة ألف درهم).

3- تحميل المدعى عليه الصائر ورفض الباقي.

هذا صدر الحكم في اليوم والشهر والسنة أعلاه وكانت المحكمة تتكون من السادة:

رئيساً
عضوة ومقررة
عضواً
ممثلاً للنسابة العامة
كاتب للضبط

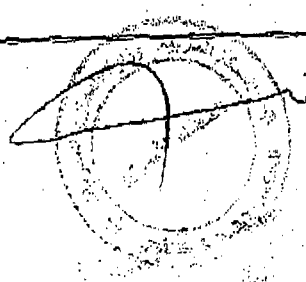
- محمد الزردة
- سهام قرمونا
- محمد الشريف
- نور الدين بعليلو
- إدريس الغياقي

كاتب الضبط

2017 20

المقررة

الرئيس



Bibliographie en langue française

➤ Ouvrages généraux

- ↪ « **Assemblée parlementaire** » session ordinaire de 2001 (quatrième partie) 24-28 septembre 2001, Vol. VIII, doc. 9155-9241. Ed. Conseil de l'Europe
- ↪ ALSTON Philip « **Courrier des droits de l'homme** », Vol. 4, n°1, janvier 1991.
- ↪ BIHR Philippe « **Droit civil général** » MEMENTOS DALLOZ série droit privé. 16^{ème} édition-2006,
- ↪ BLANC François-Paul « **Le droit musulman** ». col. Connaissance du droit. Éd. DALLOZ. 2^e édition 2007.
- ↪ BOULAICH Abdellilah « **Introduction à l'étude du droit marocain : vers une approche initiatique. Le droit objectif, les droits subjectifs** » année universitaire 2011-2012.
- ↪ CABRILLAZ Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry « **Libertés et droits fondamentaux** », 16^e édition revue et augmentée DALLOZ, 2010.
- ↪ CARBONNIER Jean « **Droit civil, t. 1, Introduction, les personnes** », 10^{ème} édition, Thémis, Paris, PUF 1974.
- ↪ COURBE Patrick « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » MEMENTOS DALLOZ série droit privé. 6^{ème} édition-2007

- ✚ DELEBECQUE Philippe & PANSIER Frédéric-Jérôme « **Droit des obligations : responsabilité civile, délit et quasi délit** », 5^{ème} édition Lexis Nexis-2011.
- ✚ DJIENA WEMBOU Michel-Cyr « **Le droit international dans un monde en mutation : Essais écrits au fil des ans** », L'Harmattan, 2003
- ✚ DUPLY Pierre-Marie & KERBRAT Yann « **Droit international public** », 11^e édition, éd. DALLOZ- 2012.
- ✚ EISEMAN Pierre Michel « **L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national : étude de la pratique en Europe** », publié par Kluwer Law International, 1996
- ✚ ESSAID Mohammed Jalal « **Introduction à l'étude du droit** », 4^{ème} éd. 2010, publications la Fondation M.J.ESSAID.
- ✚ FOBLETS Marie-Claire & CARLIER Jean-Yves « **Le code marocain de la famille : incidences au regard du droit international privé en Europe** », BRUYLANT, 2005.
- ✚ GARCIA Kiteri « **Le droit civil européen : nouvelle matière, nouveau concept** », Groupe de Boeck, éd. Larcier, 2008.
- ✚ HAINAUT Jean « **Introduction à la connaissance du Maroc : regards sur l'Islam - Histoire et géographie de l'Afrique du Nord - Institutions et sociologie musulmanes** ». Nouvelle édition, Dar Al-Amane-2013
- ✚ HENRY Joël « **Du social en Europe : le dispositif français en péril** » éd. Cheminements, 2006.
- ✚ LEVINET Michel « **Théorie générale des droits et libertés** » Col. Droit et Justice, BRUTLANT, 2006.
- ✚ OST François et DE KERCHOVE Michel Van « **de la pyramide au réseau ? : pour une théorie dialectique du droit** », publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles 2002.

- ↳ OUAZZANI CHAHDI Hassan « **La pratique marocaine du droit des traités : essai sur le droit conventionnel marocain** », Paris librairie générale de droit et de jurisprudence, 1982
- ↳ PAPI Stéphane « **L'influence juridique islamique au Maghreb (Algérie - Libye - Maroc - Mauritanie - Tunisie)** ». Histoire et Perspectives Méditerranéennes L'Harmattan. 2009
- ↳ PARQUET Muriel « **Introduction générale au droit** », Lexifac 4^e édition 2007
- ↳ PASUKANI Evgueny B. « **la théorie générale du droit et le marxisme** », traduction de Jean-Marie BROHM, Etudes et Documentation Internationales Paris, 1970.
- ↳ PERLOT Pierre-Henri « **Droit des libertés fondamentales** », coordination : Jean-Claude RICCI, HACHETTE LIVRE 2007
- ↳ POUILLE André « **Libertés publiques et droits de l'homme** » 15^e édition 2004. MEMENTOS-DALLOZ. Série droit public-science politique.
- ↳ RENUCCI Jean-François « **Droit européen de l'Homme : contentieux européen** » 4^{ème} éd. LGDJ lextenso éditions, 2010.
- ↳ STIRN Bernard « **Les libertés en questions** » 6^{ème} édition Montchrestien, 2006.
- ↳ SUDRE Frédéric, MARGUENAUD Jean-Pierre, ANDRIANTSIMBAZOVINA Joel, Adeline GOUTTENOIRE, LEVINET Michel « **Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme** » 4^e édition mise à jour. Thémis Droit, Presses Universitaire de France 2003.
- ↳ Taghbaloute Aziz « **Le fellah marocain. L'exemple d'une tribu berbère : les Beni M'tir du XIXe siècle jusqu'à nos jours** ». Centre

interdisciplinaire d'études et de recherche sur les structures régionales.
Université de Saint-Etienne, mai 1994.

- ✚ TERRE François, FENOUILLET Dominique « **Droit civil : les personnes, la famille, les incapacités** » DALLOZ 7^e édition – 2005

➤ **Ouvrages spéciaux**

- ✚ « **Rassembler les générations par le biais de la radio** », un guide pratique en provenance de l'Afrique à l'attention des professionnels de la radio qui travaillent avec des enfants et des jeunes. UNESCO 2014.
- ✚ ABDERRAZAK Moulay Rchid « **Les droits de l'enfant dans les conventions internationales et les solutions retenues dans les pays arabo-musulmans** » Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997, Tome 268 de la collection, éd. MERTINUS NIJHOFF PUBLISHERS, 1999.
- ✚ ANNAN Kofi, Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies « **Nous les enfants : Honorer les promesses du Sommet mondial pour les enfants** », UNICEF, 2001.
- ✚ BAILLON-WRITZ Nathalie, HONHON Yves, LE BOURISCOT Marie-Christine, MEIER-BOURDEAU Alice, OMARJEE Imran, PONS-BRUNETTI Clotilde « **L'enfant, sujet de droits** » filiation, patrimoine, protection, Col. Lamy Axe Droit, Editions Lamy, 2010.
- ✚ BELLO Sakinatou « **La traite des enfants en Afrique : l'application des conventions internationales relatives aux droits de l'enfant en République Bénin** » l'Harmattan, 2015.
- ✚ BEN SEDRINE ECH CHERIF EL KETTANI Leila « **la responsabilité civile, pénale et disciplinaire du médecin au Maroc insuffisances et**

défaillances d'un système », REMALD, col. Manuels et Travaux Universitaires, 1^{ère} édition, 2006.

- ↳ BOSSUS Francis « **L'Enfant et les hommes** » éditions TISSEYRE Pierre, 1978.
- ↳ BOUGRAIN M. « **L'enfant et le droit : une autonomie sous surveillance** », éditions Ères 2000
- ↳ BOUVIER Françoise « **Maternités et libertés : avortement, contraception, statut de l'embryon** », l'Harmattan 2012.
- ↳ BRAUCKMANN Béatrice et BEHLOUL Salim « **L'intérêt de l'enfant : Genèse et usage d'une notion équivoque en protection de l'enfance** », Préface de Michel CHAUVIERE, Postface de Jacques LADSOUS, L'Harmattan 2017.
- ↳ CILIBERTI Daniela, BADILLO Concepción, avec le soutien de EL ATIFI Malika (UNICEF Maroc), Jean Benoit MANHES (UNICEF Maroc), Maud DOMINICY (UNICEF Belgique) « **Analyse de situation des enfants au Maroc** » cofinancée par l'Union européenne, 2015.
- ↳ Comité des droits de l'enfant « **Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale article 3, par. 1)** » Convention relative aux droits de l'enfant, distribution générale 29 mai 2013 français original : anglais.
- ↳ DEKEUWER-DEFOSSEZ Françoise « **Les droits de l'enfant** », que sais-je ? 6^e éd. Mise à jour : 2004, février, Presses Universitaires de France, 1991.
- ↳ DELALEZ Julia « **La convention de New York relative aux droits de l'enfant et son application au Sénégal 20 ans après : les garanties juridiques et le problème de leur effectivité** », 2012.

- ✚ DELFOSSE Marie-Luce, BERT Catherine « **Les codes commentés : bioéthique, droits de l'Homme et biodroit. Textes internationaux régionaux, belges et français** » 2^{ème} éd. Revue et augmentée, éd. LARCIER-2009.
- ✚ DHONTE-ISNARD Emmanuelle « **L'embryon humain in vitro et le droit** », l'Harmattan, 2004.
- ✚ EL ABDOUNI Ahmed « **L'évolution de jurisprudence en matière de responsabilité délictuelle** » Université Mohammed I^{er} d'Oujda, publication de la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Ed. 1998, Imp. AL MAARIF AL JADIDA Rabat.
- ✚ FLORIN Marie-Paule, MOUSSA Tony et OLLIER Christian « **Les obligations et la responsabilité juridique de l'infirmière** », éditions Heures de France, 1999.
- ✚ GAMELIN-LAVOIS Sophie, HERZOK-EVANS Martine « **Les droits des mères : la grossesse et l'accouchement** », Col. Justice au quotidien, éditions l'Harmattan, 2003.
- ✚ GUESSOUS Chakib « **L'exploitation de l'innocence : le travail des enfants au Maroc** », Editions EDDIF, publié avec le concours du service de coopération et d'action culturelle de l'Ambassade de France au Maroc, 2002.
- ✚ HENAFF Gaël « **La lente disparition du droit de correction dans la discipline scolaire** » in « **Le droit à l'éducation : Quelle universalité ?** » Sous la direction de Marc PILON, Jean-Yves MARTIN, Alain CARRY, éd. des archives contemporaines 2010,
- ✚ ISSA Ahmad « **La responsabilité médicale en droit public : Etude comparée** », préface de Marcel-René TERCINET, avant-propos de Gilles LEBRETON, L.G.D.J, lextenso éditions, éd. Alpha 2014.

- ✚ JOLIBERT Bernard « **L'enfant au 17^e siècle** », Col. Dirigée par CHATEAU Jean, Paris librairie philosophique J. VRIN, 6, Place de la Sorbonne, V^o 1981.
- ✚ L'enfant risque d'être exposé à la vente et l'exploitation « **Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant** » UNICEF, édition entièrement révisée, Fonds des Nations Unies pour l'enfance 2002.
- ✚ LAVALEE Carmen « **La protection internationale des droits de l'enfant : entre idéalisme et pragmatisme** », extrait de préface de ZERMATTEN Jean, Groupe Larcier, éditions Bruylant-2015, Bruxelles.
- ✚ Le Blanc AG, JP Chaput, Mc Farlane A et coll. « **Active videogames and health indicators in children and youth: A systematic review** ». PLoS One 2013.
- ✚ LE GAL Jean « **Les droits de l'enfant à l'école : pour une éducation à la citoyenneté** » 2^{ème} édition Ed. De Boeck Université 2008.
- ✚ LEBRETON Marie-Christine, Préface de Mme le Doyen FLOUR Yvonne « **L'enfant et la responsabilité civile** », Publication des Universités de Rouen et du Havre, 1999.
- ✚ MECHRI Farouk « **Le sentiment d'affection & le droit de la famille** », Tunis, éditions LATRACH, 2015.
- ✚ MENNIER Guillemette « **L'application de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties** », l'Harmattan, 2002.
- ✚ MOLE MOGOLO Gratien « **Le patrimoine des jeunes Eglises en République démocratique du Congo : Conditions juridiques de l'autonomie** » Préface de BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte et

Roland Jacques, OMI, Col. Presses Universitaires de Sceaux, l'Harmattan, 2010.

- ✚ MONJID Mariam « **L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb. Etude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie** », éditions l'Harmattan, 2013.
- ✚ MOUNIR Omar « **La Moudawana droit de la famille au Maroc : Essai analytique et texte intégral du code** », 2^{ème} édition. Ed. MARSAM-2005.
- ✚ MOUNIR Omar « **Le nouveau droit de la famille au Maroc, essai analytique, le sort des mariages mixtes, les marocains à l'étranger** » Ed. Cheminements, 2005
- ✚ Numéro spécial « **La situation des enfants dans le monde : Célébrer les 20 ans de la Convention relative aux droits de l'enfant** » Fonds des Nations Unies pour l'enfance (UNICEF), novembre 2009.
- ✚ PAYCHENG Odile « **A la rencontre de l'éthique : les fondements du questionnement éthique dans le domaine de la santé** » guide pratique des textes de référence, 2^{ème} édition revue et augmentée, éd. HEURE DE France, 2006.
- ✚ POMART Cathy « **La magistrature familiale : vers une considération légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille** », préface de DEKEUWER-DEFFOSSEZ Françoise, Col. Logiques juridiques, éditions L'Harmattan, France, 2003.
- ✚ RAYMOND Guy « **Droit de l'enfance et de l'adolescence** », Litec, 2006.
- ✚ REY Jean-François « **Autour de l'enfant : questions aux professionnels** », éditions l'Harmattan, 2012, Paris.

- ✚ ROSENCZVEIG Jean-Pierre « **le droit des enfants** », Col. « Les petites conférences », Bayard, 2011.
- ✚ ROUSSEAU Jean-Jacques « **Émile ou de l'éducation** » Garnier-Flammarion, 1966, Paris.
- ✚ SAISON Johanne « **Le risque médical: évolution de la responsabilité sans faute du service public hospitalier** », Préface de Pierre SANDEVOIR, éd. l'Harmattan, 1999.
- ✚ SCIOTTI-LAM Claudia « **L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'enfant dans le droit interne des Etats parties** », Bruylant, Bruxelles, 2004.
- ✚ SHANON Geoffrey, HORGAN Rosemary, KEEHAN Géraldine, DALY Clare « **Adoption : droit et pratiques établis par la Convention européenne révisée en matière d'adoption des enfants** », éd. du Conseil de l'Europe, juillet 2014.
- ✚ SINGLY François « **Qu'est ce qu'un bon parent ?** » in « **L'autorité parentale en question** » DEFOSSEZ Françoise et CHOAINLERADP Christine, Université du droit et de la santé-Lille 2, Presses universitaires du SEPTENTRION, 2003.
- ✚ TERCIER Anne-Sophie « **être enfant en Inde : faiblesse des politiques, dynamisme des ONG locales** » éditions KARTHALA, 2009
- ✚ TULKENS Françoise & MOREAU Thierry « **Droit de la jeunesse : aide, assistance, protection** » éditions Larcier, Bruxelles 2000.
- ✚ VAN BUEREN Géraldine « **Les droits des enfants en Europe : convergence et divergence dans la protection judiciaire** », éditions du Conseil de l'Europe, août 2008.

- ↳ VERLET Martin « **Grandir à Nima (Ghana) : les figures du travail dans un faubourg populaire d'Accra** », Col. « Hommes et Sociétés », IRD éd. et KARTHALA, 2005.
- ↳ VIEUX Eyike, Magistrat, président du tribunal de première instance de N gaoundré « **Le mineur et la loi pénale camerounaise : étude socio-judiciaire** », éd. Presses Universitaires d'Afrique, 2003.
- ↳ ZAKADI MPIANA Joseph « **La position du droit international dans l'ordre juridique congolais et l'application de ses normes** », Droit & Sciences-Politiques, Droit international, EPU, éd. Publibook-2013
- ↳ ZANI Mamoud « **La Convention internationale des droits de l'enfant : portée et limites** », Publisud, 1996
- ↳ ZARROUKI Mustapha « **L'intérêt supérieur de l'enfant en droit familial marocain** », 1^{ère} édition. 2012.
- ↳ ZERAMETTEN Jean « **L'intérêt supérieur de l'enfant** », Institut international des droits de l'enfant, Paris VIII (mars-mai 2005).

➤ **Thèses et mémoires**

- ↳ EL QOTNI Hanane « **Les droits de l'enfant : étude du droit français et du droit positif marocain à travers la source du droit musulman** », Thèse de Doctorat en Droit Discipline : droit de la famille, Soutenue le 22 janvier 2013, Université Jean Moulin (Lyon 3).
- ↳ FURAHA MWAGALWA Thomas « **L'interdiction de la participation aux hostilités, la démobilisation et la réinsertion des enfants soldats en République démocratique du Congo** », Thèse pour l'obtention du grade de docteur en sciences juridiques, Université Saint Louis-Bruxelles, Faculté de droit, 2014.
- ↳ GALLANT Estelle « ***responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*** » Doctorat & notariat. Col. de thèses dirigées par B. BEIGNIER. Tome 9. DEFNOIS. 2004
- ↳ GUILLEMOT TREFFAINGUY Vanessa « **La protection de l'enfant contre ses parents (1804-1958)** », thèse présentée pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bordeaux, soutenue publiquement le 1er décembre 2017.
- ↳ PASACL Julie « **Les perspectives d'évolution du droit de la filiation en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant** », mémoire publié le 30 juin 2013, dans Mémoire droit civil.
- ↳ POIRRET Jennifer « **LA REPRÉSENTATION LÉGALE DU MINEUR SOUS AUTORITÉ PARENTALE** », Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles, Présentée et soutenue publiquement le 14 novembre 2011, Université Paris-Est.

➤ **Articles**

- ✚ « **Bioéthique : les enjeux du progrès scientifique -France, Allemagne** » Colloque Nancy 7 mars 1998, sous la direction de Françoise FURKEL, François JACQUOT et Heike JUNG, BRUYLANT BRUXELLES 2000.
- ✚ « **La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones** » Actes des troisièmes journées scientifiques du Réseau « droit de l'Environnement » de l'Agence Universitaire de la Francophonie, Yaoundé (Cameroun), 14-15 juin 2001 sous la direction de Michel PRIEUR, Presses Universitaires de Limoges.
- ✚ « **Les preuves sont là : il faut investir dans l'éducation et la protection de la petite enfance : état des lieux dans le monde** », éd. UNESCO, publié en 2017 par l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.
- ✚ AIT ZAI Nadia « **Convention des droits de l'enfant** » in Revue algérienne des Sciences Juridiques, Economiques et Politiques, Vol. 31, N° 1, 1993.
- ✚ ALDEEB ABU-SALIE Sami A. « **Religion et droit dans les pays arabes : domaines influencés par la religion** », Col. Monde arabe et monde musulman. Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2008
- ✚ American Academy of Pediatrics, Council on Communications and Media. « **Media and youngminds. Pediatrics** » 2016.
- ✚ BA MOHAMMED Najib « **Constitutionnalisme et droits de l'Homme** » in « **Contributions politiques et Constitutionnelles marocaines et comparées** » publications de la Revue Marocaine

d'Administration Locale et de Développement, Col. « Manuels et travaux universitaires », n° 107, première éd. 2015,

- ✚ BAKASS Fatima, CHAKER Aziz et FAZOUANE Abdesselam « **l'avortement au Maroc : essai de mesure et recherche des déterminants** » In « **Santé de la reproduction au Nord et Sud : de la connaissance à l'action** » sous la direction de Catherine GOURBIN, acte de la Chaire Quételet 2004, UCL Presses Universitaires de LOUVAIN, 2009.
- ✚ BARRAUD Emilie « **Kafâla et migrations : l'adoption entre la France et le Maghreb** » in « **Droit et Cultures** » Revue internationale interdisciplinaire, l'Harmattan, 2010/1.
- ✚ BEDJAOUI Mohammed « **Le droit des sciences de la vie et le destin de l'homme** » In « **Bioéthique et droit international : autour de la déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme** », colloques et débats, sous la direction Christian BYK, Litec, 2007.
- ✚ BEN SEDRINE KETTANI Leila « **L'avortement au Maroc** », In Revue Marocaine de Droit des Affaires et des Entreprises N° 17-18, janvier-juin 2011.
- ✚ BENDOUROU Omar « **Réflexions sur la Constitution du 29 juillet 2011 et la démocratie** », In « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** » coordonné par Omar BENDOUROU, Rkia EL MOSSADEQ et Mohammed MADANI, éd. la croisée des chemins 2014.
- ✚ BENNETT John, coordinateur des questions des Droits de l'enfant et de la Famille à l'UNESCO, in ZANI Mamoud « **La Convention internationale des droits de l'enfant : portée et limites** », PUBLISUD, 1996.

- ✚ BENNOUNA Mohamed « **La convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant** », In « **Annuaire français de droit international** », Vol. 35, éd. CNRS, Paris 1989.
- ✚ BOUDAHRAIN Abdellah « **Enfant et droit au Maroc : une protection illusoire au regard de la convention sur les droits de l'enfant** » In le nouveau siècle, Revue de Stratégie n° 51, revue bimestrielle- octobre 2000.
- ✚ CASTAIGNEDE Jocelyne « **Les petits responsables. Réflexions sur la responsabilité pénale...** » in « **Etude à la mémoire de Christian LAPOYAD-DESCHAMPS** » Université Montesquieu-Bordeaux VI édité par le Centre d'Etudes et de Recherches en droit des affaires et des contrats, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac, 2003.
- ✚ CHARLES Christophe « **La nouvelle Constitution marocaine, canevas de la démocratie** » In « **Annuaire marocain de la stratégie et des relations internationales** », Tome 2, l'Harmattan, 2012.
- ✚ CHEDDADI Nouredine « **L'identité de l'enfant au Maroc : à la lumière des dispositions de la CDE et les nouveaux apports du code de la famille** » In **Revue marocaine de l'enfant et de la famille**, n° 2, avril 2011, éditée par la chaire de l'UNESCO « enfant, famille & société » Université Sidi Mohamed Ben Abdellah, Faculté de Droit-Fès et l'Observatoire National des Droits de l'Enfant, p. 141-142.
- ✚ CORPART Isabelle « **Le volet patrimonial de la protection des personnes vulnérables** » in « **Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité : études de droit français et de droit comparé** », sous la direction de Frédéric ROUVIERE, CRJFC, Bruylant, Bruxelles, 2010.
- ✚ DOMINICE C. et VOEFFREY F. « **L'application du droit international général** » in « **L'intégration du droit international et**

communautaire dans l'ordre juridique national : étude de la pratique en Europe » sous la direction de Pierre Michel EISEMAN, publié par Kluwer Law International, 1996.

- ↳ Duch H, Fisher EM, Ensari I, Harrington A. Screen time use In « **children under 3 years old: A systematic review of correlates** ». Int J Behav Nutr Phys Act 2013.
- ↳ DUMORTIER T. « **L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice** » », In **Journal des jeunes** 2013/9 (N° 329), Ed. Association jeunesse et droit.
- ↳ Emilie BARRAUD « **la filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb** », in Droit et Cultures « **Revue internationale interdisciplinaire** », l'Harmattan n° 59, 2010/1.
- ↳ EPHRUSSI R. « **Autonomie et dépendance chez l'enfant, étudiées par la planche du kangourou** ». In: *Enfance*, tome 8, n°4, 1955.
- ↳ Etudes et recherches « **Les droits de l'enfant à travers la réforme du code de la famille** » UNICEF 2006.
- ↳ FASSI FIHRI Youssef « **Le Conseil constitutionnel marocain et le contrôle du législateur organique** » In « **La nouvelle Constitution marocaine à l'épreuve de la pratique : actes du colloque organisé les 18 et 19 avril 2013** ».
- ↳ FORTIER Corine « **le droit musulman en pratique : genre, filiation et bioéthique** », in Droit et Cultures « **Revue internationale interdisciplinaire** », l'Harmattan n° 59, 2010/1.
- ↳ FULCHIRON H. « **Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant** », Gazette du Palais, N° 3428, déc. 2009.
- ↳ GARAGNON Jean « **La Constitution de 2011 : analyses et commentaires** » In *Revue marocaine des Sciences Politiques et Sociales*

- « Les élections et les modes de scrutin au Maroc », cet ouvrage a été publié avec le concours de la Fondation HANNS SEIDEL (Allemagne), Centre de Recherche et d'Etudes en Sciences Sociales. Equipe de recherche : études Internationales et Diplomatiques, Faculté de Droit Souissi.
- ↳ HOUNTONDJI Paulin J. « **L'ancien et le nouveau : la production du savoir dans l'Afrique d'aujourd'hui** », publication Langa RPCIG – 2013.
- ↳ IHRAï Saïd « **Le droit international et la nouvelle Constitution** » *In* « **La constitution marocaine de 2011 : Analyses et commentaire** », éditions LGDJ ; Lextenso-2011 ;
- ↳ KORCZAK Janusz « **Le droit de l'enfant au respect : L'héritage de Janusz KORCZAK** », Conférence sur les enjeux actuels pour l'enfance, les éditions du Conseil de l'Europe, 2009.
- ↳ L'Observatoire National des droits de l'Enfant « **Parents ! La parentalité à l'ère du numérique** ».
- ↳ LAROCHE-GISSEROT « **Le nouveau code marocain de la famille : innovation ou archaïsme ?** », in Revue de Droit International et de Droit Comparé, 2005, tome LXXXII.
- ↳ LAROCHE-GISSEROT F. « **Le nouveau code marocain de la famille : innovation ou archaïsme ?** », In Revue de Droit International et de Droit Comparé, 2005, tome LXXXII.
- ↳ LEGEAIS Raymond, Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences sociales, ancien président de l'université de Poitiers « **Les droits de l'enfant et de l'adolescent selon la Cour européenne des droits de l'Homme (le point avec la jurisprudence de la nouvelle Cour)** » in « **Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit** »

études offertes à Claude LOMBOIS, textes réunis par Jean-Pierre Marguénaud, Michel Massé, Nadine Poulet-Gibit Leclerc, Presses Universitaires de Limoges, 2004.

- ✚ MABAKA M. Placide « **Le discernement de l'enfant dans les conventions internationales et en droit comparé** » In « **Recherches familiales** », éd. union nationale des associations familiales (UNAF), 2012/1 n° 9.
- ✚ MADANI Mohammed « **Le fondement constitutionnel du droit à la vie et ses implications** » in « **Droit à la vie et peine de mort** » édité par Farid EL BACHA, Helmy REIFELD, éd. KONRAD ADENAUER STIFTUNG, 2012.
- ✚ MARTINEZ Eric notice n°11 « **Droit au respect de la dignité de la personne humaine et droits associés** » in « **protection des libertés et droits fondamentaux** » les notices, la documentation française, 2007
- ✚ MATHIEU Bertrand « **Les droits fondamentaux : un patrimoine commun intégré dans la Constitution marocaine** » In « **La Constitution marocaine de 2011 : analyses et commentaires** » éd. Lextenso, L.G.D.J, 2012.
- ✚ MONJID Mariam « **Les apports de la réforme du droit marocain de la famille** » in « **Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français** », sous la direction de J. POUSSON-PETIT, éd. l'Harmattan 2009.
- ✚ MOODY Zoe « **les droits de l'enfant Genèse, institutionnalisation et diffusion (1924-1989)** » Éditions Alphil-Presses universitaires suisses, 2016.
- ✚ PAILLET Elizabeth -Avant propos- in « **Le droit et les droits de l'enfant** » Champs Livres Etudes interdisciplinaires, Centre de d'Etudes

et Recherches sur les Contentieux, Université du Sud- Toulon Var, l'Harmattan.

- ↳ PAYCHENG Odile « **A la rencontre de l'éthique : les fondements du questionnement éthique dans le domaine de la santé** » guide pratique des textes de référence, 2^{ème} édition revue et augmentée, éd. HEURE DE France, 2006.
- ↳ PIPIEN Isabelle « **L'enfant peut-il consentir au don de sa moelle osseuse ? Histoire singulière d'un enfant autiste** », Sciences humaines et sociales, Col. Philosophie, Ethique et Santé, éditions Connaissances et Savoirs.
- ↳ PLAZY Jean-Marie, « **Droit de l'enfant et incapacité juridique de l'enfant, entre droit international et législation national** », Informations sociales, 2007/4 n° 140.
- ↳ POUSSON-PETIT Jacqueline « **L'ordre public familial en droits maghrébins** » In « **Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français** », sous la direction de J. POUSSON-PETIT, éditions l'Harmattan 2009.
- ↳ PUBERT Laure « La protection des droits économiques, sociaux et culturels des enfants dans l'Europe élargie à l'aube du XXI^e siècle », publié In « **la Fondation Robert Schuman** », le Centre de recherche et d'étude sur l'Europe ».
- ↳ RBII Hamid « **La place de la convention internationale dans la nouvelle Constitution : cas des conventions des droits de l'Homme** » In « **La nouvelle Constitution du Royaume du Maroc : études sélectionnées** », Publications de la **Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement** », Série « **Thèmes actuels** », n° 82, première édition 2013.

- ↳ République Française, le Défenseur des droits, Groupe de travail « **Intérêt supérieur de l'enfant** », (HF, MS) 9/11/11.
- ↳ RIGAUX François « **Cour général de droit international privé** » In « **Recueil des cours** » Académie de droit international fondée en 1923 avec le concours de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, I, Tome 213 de la collection, 1989.
- ↳ RIGAUX François « **Cour général de droit international privé** » In « **Recueil des cours** » Académie de droit international fondée en 1923 avec le concours de la Dotation Carnegie pour la paix internationale, Tome 213 de la collection, 1989 I.
- ↳ RONGE Jean-Luc « **La Convention internationale relative aux droits de l'enfant : On avance ou on recule ?** » in « **Journal du droit des jeunes** » N° 240, éditions Association jeunesse et droit, 2004/10.
- ↳ ROSSI Elena « **Evaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant et Convention des droits de l'enfant** » in « **La revue d'action juridique & sociale** » lesé mineurs étrangers isolés, journal du droit des jeunes, (N° 221), 2003/1.
- ↳ Statistiques recensées par « **le plan d'action 2012-2016 pour accélérer la réduction de la mortalité maternelle et néonatale : fin du compte à rebours 2015** ». Publication UNFPA & UNICEF.
- ↳ Wartella EA, Richert RA, Robb MB. « **Babies, television and videos: How did we get here?** » Developmental Rev 2010,
- ↳ YOUNG Dominique « **Enfance victime, enfance coupable** » Les métamorphoses de la protection de l'enfance, in Revue « Le Débat », novembre-décembre n° 132, 2004/5.

- ↳ ZARROUK Hassan « **L'enfant au Maroc entre le droit et le devoir** »
In Revue Marocaine d'Administration Locale et de Développement,
janvier-avril 2003.
- ↳ ZARROUKI Mustapha « **Le régime juridique marocain de la Kafâla :
quelle réception par le juge européen ?** » *In* Revue Marocaine de
l'enfant et de la famille, éditée par la chaire de l'UNESCO « Enfant-
Famille- Société » et l'Observatoire National des Droits de l'Enfant,
numéro 02- avril 2011.
- ↳ ZIDANI Abderraouf « **La responsabilité des parents du fait de leurs
enfants mineurs en droit marocain et Français** », *In* Revue marocaine
d'Economie et de droit comparé, n° 185, n° 17-1992.
- ↳ ZIRARI Michèle « **Les droits de l'enfant** », *in* Revue juridique politique
et économique du Maroc : Etat de droit et droits de l'Homme au Maroc,
N° 44 (Numéro spécial), 2^{ème} semestre, 2009.

➤ **Rapports**

- ✚ « **Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants et rapport explicatif** », éditions du Conseil de l'Europe, 1997,
- ✚ « **La mise en œuvre nationale du droit international de l'environnement dans les pays francophones** » Actes des troisièmes journées scientifiques du Réseau « droit de l'Environnement » de l'Agence Universitaire de la Francophonie, Yaoundé (Cameroun), 14-15 juin 2001 sous la direction de Michel PRIEUR, Presses Universitaires de Limoges
- ✚ « **Rapport initial sur la mise en œuvre de la Convention sur les droits de l'enfant** », publié par le Ministère chargé des droits de l'Homme en 1995.
- ✚ Rapport de l'équipe européenne « **Vers des principes directeurs internationaux de droit pénal : le cadre juridique interne I** », éd. de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 1995,
- ✚ Rapport portant avis sur le projet de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants. Rapporteuse Mme JANNI *In* Conseil de l'Europe « **Documents de séance** » (Deuxième partie) 24-28 avril 1995, volume IV, Strasbourg 1995
- ✚ Rapport sur la vingt-cinquième session, septembre/octobre 2000, CRC/C/100, par. 688.8.

➤ **Actes de colloques**

- ✚ Assemblée parlementaire « **Documents de séance** » session ordinaire de 2003 (première partie) 27-31 janvier 2003, vol. II, éd. du Conseil de l'Europe.
- ✚ BENABDELAH Amine, à l'occasion du septième séminaire médical national organisé à Rabat en décembre 1988, sous le thème « la responsabilité du fait du service public sanitaire ».
- ✚ Conférence religieuse animée, en présence de Feu Sa Majesté le Roi Hassan II, par le professeur Abdelkébir ALAOUI MEDAHRI sur le thème « **Le code des droits de l'enfant en Islam** », le 9 Ramadan 1407, correspondant au 8 mai 1987.
- ✚ **Enfants d'aujourd'hui, diversité des contextes, pluralité des parcours** » colloque international de Dakar (10-13 décembre 2002) organisé en partenariat avec l'IRD, n° 11, Tome 2, Presses Universitaires de France, 2006
- ✚ Le Juge de Cassation à l'aube du 21^{ème} siècle « **Actes du premier Congrès de l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)** » Marrakech - 17 au 18 mai 2004, Ministère de la Justice du Royaume du Maroc, Cour suprême du Maroc, Organisation Internationale de francophonie, Délégation générale à la Paix, à la démocratie et aux droits de l'homme
- ✚ Séminaire d'actualité de droit médical « **Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort (droit éthique et culture)** » sous la coordination d'Anne-Marie DUGUE avec la collaboration d'Isabelle FILIPPI, éd. les Etudes Hospitalières-2005.
- ✚ SERHANE El Houssaine « **La problématique de la faute personnelle aux agents publics en droit administratifs marocain** », série « séminaires et Colloques » N° 5 Travaux du colloque International

organisé par la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Marrakech, le 04 et le 05 février 1994.

- ✍ ZERMATTEN Jean « **L'intérêt supérieur de l'enfant : de l'analyse littérale à la portée philosophique** », Institut International des droits de l'enfant, working report 3-2003.

➤ Textes juridiques

✍ **La Constitution du Royaume de 2011**

- ✍ code du commerce marocain, version consolidée en date du 6 décembre 2018, Ministère de la Justice et des Libertés, Direction de Législation.
- ✍ Loi organique n° 106-13 portant statuts des magistrats, publiée au Bulletin Officiel n° 6492 du 18/08/2016 p. 1313.
- ✍ Loi organique n° 100-13 relative au Conseil supérieur du pouvoir judiciaire publiée au Bulletin Officiel n° 6492 du 18/8/2016.
- ✍ Loi n° 43-13 relative à l'exercice des professions infirmières promulguée par le Dahir n° 1-16-82 du 16 ramadan 1437 (22 juin 2016). Cette loi, qui abroge et remplace les dispositions du Dahir n° 1-57-008 du 19 février 1960, elle est publiée au Bulletin officiel n° 6500 en date du 15.09.2016.
- ✍ Loi n° 62-06 modifiant et complétant le dahir n° 1-58-250 du 21 safar 1378 (6 septembre 1958) portant code de la nationalité marocaine, promulguée par le Dahir n° 1-07-80 du 3 rabii I 1428, publiée au B.O n° 5 514 du 5 avril 2007 (23 mars 2007).
- ✍ Dahir n° 1-93-363 du 9 rejev 1417 (21 novembre 1996) portant publication de la convention relative aux droits de l'enfant adoptée par l'assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989 publié au B.O n° 4440 du 19/12/1996.

L'Enfant et le Droit

- ↪ Code pénal marocain, version consolidée en date du 15 septembre 2011, Ministère de la Justice et des Libertés, Direction de Législation.
- ↪ Loi n° 15-01 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés, promulguée par le Dahir n° 1-02-172 du rabii II 1423 publiée au B.O n° 5036 du 5 septembre 2002.
- ↪ Loi n° 47-14 relative à l'assistance médicale à la procréation, promulguée par le Dahir n° 1.19.50 du 4 regeb 1440 (11 mars 2019), B.O n° 6766 du 04/04/2019 (version arabe).
- ↪ Code civil français, version consolidée au 1 mars 2019, consulté sur le site legifrance.gouv.fr.
- ↪ Projet de loi n° 10-16 modifiant et complétant le code pénal
- ↪ Loi n° 70-03 portant code de la famille, promulguée par le Dahir n° 1-04-22 du 12 hija 1423 (3 février 2004) Bulletin Officiel n° 5358 du (6 octobre 2005), p. 667.

➤ Instruments internationaux

- ↪ La convention européenne sur l'exercice des droits des enfants de 1996.
- ↪ La convention Internationale relative aux droits de l'enfant de 1989.
- ↪ La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965.
- ↪ La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979.
- ↪ La Déclaration de Genève de 1924.
- ↪ La déclaration des droits de l'enfant de 1959.
- ↪ La Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948.
- ↪ Le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.
- ↪ Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.



Bibliographie en langue arabe

الكتب

- ❧ "كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات و تذييل الإكراهات: مع قرارات هامة من غرفة الأحوال الشخصية و الميراث بمحكمة النقض". مركز النشر و التوثيق القضائي بمحكمة النقض. مطبعة الأمانة-الرباط 2015
- ❧ أحمد نهيد، "تدخل النيابة العامة في ظل مدونة الأسرة" مقال منشور بمجلة المحامي، عدد مزدوج 44-45،
- ❧ باحمد أرفيش "مراحل الحمل و التصرفات الطبية في الجنين: بين الشريعة الإسلامية و الطب المعاصر"، طبعة ثانية مزودة و منقحة 2005
- ❧ خليل ميخائيل معوض :مشكلات المراهقين في المدن والريف، دار المعارف بمصر، القاهرة، طبعة 1981م،
- ❧ د. أحمد ادريوش "مسؤولية مرافق مرافق الصحة العمومية" سلسلة المعرفة القانونية، الكتاب السابع، الطبعة الأولى 1999
- ❧ د. جعفر عبد الأمير علي الياسين "الحماية القانونية الدولية للطفل: دراسة إحصائية قانونية اجتماعية"، طباعة و نشر و توزيع مكتبة زين الحقوقية و الأدبية، منشورات زين الحقوقية بيروت-لبنان، الطبعة الأولى 2015،
- ❧ د. عبد الحكيم الأنيس "حقوق الطفل في القرآن"، دائرة الشؤون الإسلامية و العمل الخيري بدبي، إدارة البحوث الطبعة الثانية 1453 هـ - 2013
- ❧ د. عبد القادر العرعاري "النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المغربي الجزء الأول مصادر الالتزام الكتاب الثاني المسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار" مطبعة دار الأمان، 2005، الرباط،
- ❧ د. مصطفى لمحمدي الشراذي "الوضع الشرعي و القانوني للطفل القاصر" تقديم محمد الكشور، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الأولى 2017،

- للـ د. منتصر سعيد حموده "حماية حقوق الطفل: دراسة مقارنة بين القانون الدولي العام و الفقه الإسلامي"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2010.
- للـ د. وليد سليم النمر، "حماية الطفل في السياق الدولي و الوطني و الفقه الإسلامي: دراسة مقارنة"، دار الكتب المصرية، 2015
- للـ ذ. عبد الكريم شهبون "الشافي في شرح مدونة الأسرة" الجزء الأول: الزواج، انحلال ميثاق الزوجية و آثاره، الولادة و نتائجها، الطبعة الأولى 2006،
- للـ ذ. محمد الشافعي "المدخل للعلوم القانونية" سلسلة البحوث القانونية 26. الطبعة الأولى 2015
- للـ ذ. عبد العالي الدليمي "الحماية القانونية للطفل: دراسة في النصوص القانونية المتعلقة بالطفل من خلال القوانين المدنية و التجارية معززة بأحدث ما استقر عليه العمل القضائي" الطبعة الأولى 2007
- للـ سناء عثمان الدبسي "الاجتهاد الفقهي المعاصر في الإجهاض و التلقيح الصناعي" منشورات الحلبي الحقوقية الطبعة 2010
- للـ عمر بن محمد بن ابراهيم غانم "أحكام الجنين في الفقه الإسلامي"، دار الأندلس الخضراء للنشر و التوزيع المملكة العربية السعودية- جدة، الطبعة الأولى 1421 هـ - 2001 م
- للـ محمد أبو الخير شكري "الطفولة بين الشريعة الإسلامية و التشريعات الدولية" دار الفكر، دمشق 2011،
- للـ محمد بوزيان "دور النيابة العامة أمام المحاكم المدنية" مطبعة الساحل، الطبعة الثانية 1982،
- للـ محمد تاي "حقوق الطفل في المسيحية و الإسلام بالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل" الطبعة الثانية 2012
- للـ محمد سويد، منهج التربية النبوية للطفل، دار طيبة مكة، الطبعة الرابعة، 1992،
- للـ نوري الحافظ :المراهق، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية 1990،

أطروحات و رسائل

للـ أحمد البنوضي "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة" رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة التكوين و البحث في قانون الأسرة المغربي و المقارن، كلية الحقوق، جامعة عبد الملك السعدي-طنجة 2005-2006،

للـ سيدي حمو "المسؤولية الطبية عن الجرائم غير العمدية" رسالة لنيل دبلوم الماستر في العلوم القانونية، جامعة محمد الخامس أكاد، 2009-2010

مقالات علمية

للـ الدكتور عبد العزيز لعروسي "التشريع المغربي و الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان: ملاءمات قانونية و دستورية"، منشورات المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، سلسلة "مواضيع الساعة" عدد 87، طبع بمساهمة هانس السايدل الألمانية، الطبعة الأولى، 2014،

للـ د. حميد اربيعي "اتفاقية حقوق الطفل كمصدر للتشريع في اجتهاد محكمة النقض: تعليق على قرار الغرفة الاجتماعية عدد 940 بتاريخ 27 يونيو 2013 في موضوع حظر الاعتداء الجسدي على التلميذ" مقال منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية تحت عدد 119، السنة 2014

للـ د. عبد الرحيم الأمين، "إشكالية حق الولد غير الشرعي في النسب و آثاره في المنظور الشرعي و القانوني" مجلة القانون المغربي، العدد 35، 2017،

للـ د. عبد العزيز مخيمر "حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية و القانون الدولي"، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة 1، 1997 ص. 49-50

للـ د. علي عثمان "الخطأ الطبي كأساس للمسؤولية الإدارية للمستشفى في الجزائر" مجلة التراث، العدد 13، 2014،

للـ محمد مومن "أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي دراسة مقارنة
بالفقه الإسلامي" مقال منشور بمجلة الحقوق، العدد الثالث- السنة الثامنة و العشرون
- شعبان 1425 هـ - سبتمبر

للـ سفيان ادريوش، "دور النيابة العامة في قضايا الأسرة"، مجلة القصر، العدد 9، شتنبر 2004
للـ سميرة أقرورو "الحماية الشرعية و التشريعية للأجنة البشرية و إشكالية حماية
الأجنة المخصبة خارج الرحم (دراسة مقارنة)" مقال منشور بمجلة القصر-مجلة
فصلية للدراسات و الوثائق القانونية - العدد 25- يناير 2010
للـ عبد الهادي الأميين "الطفل قبل الولادة : بين مدونة الأسرة و القانون
الجنائي" مقال منشور ب"مجلة قضاء محكمة النقض" العدد 76 السنة 2013

أحكام و قرارات قضائية:

للـ حكم رقم 2606 صادر عن قسم القضاء الشامل بالمحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ
2011/09/12 غير منشور.

للـ حكم رقم 50 صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء، بتاريخ 18/06/2016 غير
منشور.

للـ قرار محكمة النقض عدد 199 الصادر بتاريخ 26 أبريل 2011 في الملف الشرعي
عدد 2009/1/2/346.

للـ القرار عدد 167 الصادر عن غرفة الأحوال الشخصية و الميراث بمحكمة النقض
بتاريخ 7 أبريل 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/96.

للـ قرار رقم 186 صادر عن الغرفة الشرعية بمحكمة الاستئناف بالرباط.

للـ حكم رقم 6/12/99 صادر عن المحكمة الإدارية بمكناس، بتاريخ 2012/03/29 غير
منشور.

للـ قرار عدد 3146 صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2014/07/1
غير منشور.

للمحكم عدد 429 صادر بتاريخ 2009/09/29 عن المحكمة الإدارية بأكادير، غير منشور.

للمحكم عدد 2010/33 صادر عن المحكمة الإدارية بفاس بتاريخ 2010/01/20 غير منشور.

للمقرر عدد 296 المؤرخ في 2014/04/15 الملف الشرعي عدد 2013/1/2/226 المنشور بسلسلة دفاتر محكمة النقض عدد 22 و المضمن بمرجع "كفالة الأطفال المهملين بين تقوية الضمانات و تذييل الإكراهات: مع قرارات هامة من غرفة الأحوال الشخصية و الميراث بمحكمة النقض". مركز النشر و التوثيق القضائي بمحكمة النقض. مطبعة الأمانة-الرباط 2015. ص. 171-174

للمقرر عدد 3400 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2014/07/15، غير منشور.

للمقرر محكمة النقض عدد 101 الصادر بتاريخ 10 مارس 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/298.

للمقرر رقم 2696 صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 2015/06/03 غير منشور.

للمحكم رقم 5297 صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2015/12/31 غير منشور.

للمقرر رقم 606 صادر بتاريخ 2016/2/17 عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط غير منشور.

للمحكم رقم 1837 صادر بتاريخ 2016/05/09 عن المحكمة الإدارية بالرباط غير منشور.

للمقرر عدد 1447 صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بمراكش بتاريخ 2014/11/20 غير منشور.

للقرار عدد 263 صادر عن محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط بتاريخ 2015/01/21 غير منشور.

للقرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 199 بتاريخ 2014/07/14.

للقرار رقم 945 صادر عن الغرفة الشرعية بمحكمة الاستئناف بتاريخ 2016/07/18.

للحكم رقم 1331 صادر عن المحكمة الإدارية بالدار البيضاء بتاريخ 2010/09/27 غير منشور.

للقرار صادر عن محكمة الاستئناف بالرباط رقم 200 صادر بتاريخ 2014/07/14.

Table des matières

INTRODUCTION GENERALE :	7
PREMIERE PARTIE : L'EMERGENCE DES DROITS DE L'ENFANT SUR LA SCENE INTERNATIONALE ET EN DROIT FAMILIAL	25
TITRE I : La perception de l'enfant par le droit conventionnel : En tant que source moderne de droit	26
Chapitre 1 : La genèse des droits de l'enfant.....	26
Section 1 : L'enfant en droit conventionnel.....	27
Sous-section 1 : L'inventaire des instruments internationaux traitant accessoirement des droits de l'enfant	27
Paragraphe 1 : La Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948	28
Paragraphe 2 : Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966.....	29
Paragraphe 3 : Le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.....	31
Paragraphe 4 : La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale	32
Paragraphe 5 : La convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.....	32
Sous-section 2 : L'inventaire des instruments internationaux traitant principalement des droits de l'enfant.....	34
Paragraphe 1 : La Déclaration de Genève de 1924	34
Paragraphe 2 : La déclaration des droits de l'enfant de 1959	36

L'Enfant et le Droit

Paragraphe 3 : La convention Internationale relative aux droits de l'enfant de 1989	36
a) Introduction à l'étude de la Convention.....	36
b) Les raisons d'être de la Convention internationale des droits de l'enfant.....	39
c) Les traits caractéristiques de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant	40
Section 2 : Le concept « enfant » : Fruit d'une genèse du droit conventionnel	44
Sous-section 1 : La définition juridique de l'enfant par l'unique critère de l'âge.....	45
Sous- section 2 : L'élasticité de la définition juridique de l'enfant.....	49
a) Le caractère figé de la définition : Une définition qui se réfère par défaut au critère de l'âge	49
b) L'enfance : Une notion au fil des temps ambiguë et relative	54
Chapitre 2 : La Convention Internationale des droits de l'enfant : Un texte vecteur en matière familiale	57
Section 1 : Les droits substantiels reconnus à l'enfant au titre de la Convention internationale des droits de l'enfant	57
Sous-section 1 : Les droits économiques, sociaux et culturels.....	64
a) Le droit à l'éducation	65
b) Le droit à l'éducation vu par le droit musulman et les textes juridiques en vigueur	66
c) Les failles législatives entravant la jouissance du droit de l'enfant à l'éducation	70

L'Enfant et le Droit

Sous-section 2 : Les droits civils et politiques	77
Section 2 : Les droits processuels reconnus à l'enfant par la convention européenne sur l'exercice des droits des enfants	80
Sous-section 1 : L'objet de la Convention.....	80
Sous-section 2 : Les garanties processuelles assurées par la Convention .	83
Conclusion du titre premier.....	86
TITRE II : La perception de l'enfant par le droit musulman : En tant que source traditionnelle de droit	88
Chapitre 1 : La réception de la Convention Internationale des droits de l'enfant par l'ordre juridique interne familial.....	88
Section 1 : La force obligatoire de la Convention dans l'ordre juridique interne.....	89
Sous-section 1 : La supériorité de la norme internationale sur l'ordre juridique interne : Mythe ou réalité ?	89
Paragraphe 1 : Les normes du droit international auto-exécutoires	90
Paragraphe 2 : La confrontation des doctrines : Dualiste/moniste	94
Sous-section 2 : L'imprécision de la Constitution sur la question	98
Paragraphe 1 : Le dilemme entre modernistes et conservateurs	99
Paragraphe 2 : Les avancées enregistrées dans la promotion du droit international	103
Section 2 : L'ébauche de conciliation entre la perception traditionnelle et la perception moderne des droits de l'enfant	117
Sous-section 1 : Les points de convergence par rapport au droit conventionnel	119

L'Enfant et le Droit

Sous-section 2 : Les points de divergences par rapport au droit conventionnel	123
Chapitre 2 : La plus-value du droit musulman en matière des droits de l'enfant	125
Section 1 : Une protection prénatale	127
Sous-section 1 : La phase de la conception	127
a) La position des jurisconsultes musulmans	137
b) Le droit à la vie : Une tacite reconnaissance de la personnalité de l'embryon.....	139
c) Les atteintes légales à l'embryon	146
d) L'avortement thérapeutique ; une atteinte légale au droit de l'embryon à la vie	148
e) Les cas analogues permettant le recours à l'avortement.....	158
Sous-section 2 : La phase de l'accouchement	170
a) Le fondement de la responsabilité des services publics hospitaliers sur la base de l'article 80 du DOC.....	173
b) L'interprétation juridique de l'article 80 du DOC	174
Sous-section 3 : La responsabilité médicale fondée sur la faute personnelle	177
Section 2 : L'interprétation de l'article 79 du DOC à la lumière de la jurisprudence française	179
Sous-section 1 : La transposition de la jurisprudence française dans l'interprétation de l'article 79 du DOC.....	180

L'Enfant et le Droit

Sous-section 2 : L'interprétation forgée par la jurisprudence nationale indépendamment de la jurisprudence française	184
Paragraphe 1 : L'interprétation du premier courant doctrinal	185
Paragraphe 2 : L'interprétation du deuxième courant doctrinal	186
Paragraphe 3 : La position de la Cour de Cassation	200
Section 3 : Une protection postnatale	203
Sous-section 1 : La phase de la naissance	204
Sous-section 2 : La phase de l'adolescence	205
a) Le cadre juridique du mariage des mineures	207
b) La position du droit comparé vis-à-vis du mariage des mineures	210
Conclusion du titre deuxième	214
DEUXIEME PARTIE : LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA PERSONNE DE L'ENFANT EN DROIT FAMILIAL	215
Titre I : L'évolution du statut juridique de l'enfant : d'un objet à un sujet de droits	215
Chapitre 1 : La requalification de l'enfant d'objet de protection en sujet de droit	216
Section 1 : L'enfant : Véritable sujet de droits subjectifs	217
Sous-section 1 : L'enfant : Une personne à part entière	218
Sous-section 2 : L'enfant entre autonomie et dépendance	222
Section 2 : L'enfant sujet de protection	232
Sous-section 1 : L'enfant en tant que rayonnement de la famille	233
Sous-section 2 : L'enfant en tant que créanciers des droits familiaux	238

L'Enfant et le Droit

Chapitre 2 : Le rôle de l'autorité parentale dans la protection de l'enfant	243
Section 1 : Les devoirs d'éducation et de surveillance.....	244
Sous-section 1 : Le <i>distinguo</i> entre « autorité parentale » et « responsabilité parentale ».....	244
Sous-section 2 : Le conflit d'intérêt parents-enfant.....	247
Section 2 : Le fardeau de la preuve de la responsabilité parentale.....	251
Sous-section 2 : L'évolution de l'ère numérique.....	254
Conclusion du titre premier.....	258
TITRE II : L'individualisation de l'enfant au sein de sa famille	259
Chapitre 1 : La protection de l'enfant à travers l'institution du régime de l'incapacité	260
Section 1 : L'incapacité en tant que régime protectionniste de l'enfant	260
Sous-section 1 : Une protection afférée au tuteur légal.....	261
Sous-section 2 : Une protection à effet réversible : La protection de la personne de l'enfant contre ses parents	276
Section 2 : Le placement du mineur sous la tutelle légale.....	282
Sous-section 1 : La protection des droits patrimoniaux de l'enfant	283
Sous-section 2 : La protection des droits extrapatrimoniaux de l'enfant	286
Chapitre 2 : Les outils mis au service du juge de fond pour la consolidation des droits de l'enfant	294
Section 1 : L'intérêt supérieur de l'enfant : Un critère clé en droit familial	294
Sous-section 1 : Une formule magique en droit de la famille	295
Sous-section 2 : Une notion insaisissable	298

L'Enfant et le Droit

Section 2 : Le ministère public : Partie principale en matière familiale.....	301
Sous-section 1 : Défenseur des droits de l'enfant.....	301
Sous-section 2 : Garant de la célérité de la procédure judiciaire	303
Conclusion du titre deuxième.....	311
CONCLUSION GENERALE	312
ANNEXE.....	316
BIBLIOGRAPHIE	322